

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**11-12/09**

**9. Jahrgang**

**Heft 51**

**November/Dezember 2009**

**S. 363-430**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**K. F. Wiek: Die Schriftform bei Vertretung einer AG**

**E. Streyll: Die Kautions in Zwangsverwaltung und Insolvenz des Vermieters**

**H. Köhler: Für ein Europa im Dienst der Bürger**

**K. E. Heinz: Demokratie, Föderalismus und die europäische Gemeinschaftsordnung**

## **Gewerbemiete**

**Ladenöffnungszeiten; verfassungsrechtlicher Schutzauftrag für die Sonn- und Feiertage (BVerfG)**

**Schutzauftrag der Grundrechte; vorsatznahes Organisationsverschulden des Staates (BGH)**

**Vollstreckungsimmunität; Mietforderungen eines ausländischen Staates (BGH)**

**Gewerberaumiete; Schriftform; Vertrags-Unterzeichnung der Vorstandsmitglieder der AG (BGH)**

**Jagdrecht; Wildschaden; Wildkaninchenverbiss im Spargel-Anbaugebiet (BGH)**

**Sportstätte; Stadionverbot; Hausrecht des Veranstalters (BGH)**

**Selbständiges Beweisverfahren (BGH)**

**Einstellung der Räumungszwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung (BGH)**

## **Teileigentum**

**„Infrastrukturbeitrag“ gemäß Ferienpark-Grundstückskaufvertrag zugunsten kommunaler Fremdenverkehrseinrichtung (BGH)**

## **Wettbewerb**

**D. Dingeldey: Internet – Umschau Dezember 2009**

## **Besteuerung**

**K.-Chr. Callsen: Steuern – Umschau Dezember 2009**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

K. F. Wiek,  
**Die Schriftform bei Vertretung einer AG – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 4.11.2009 – XII ZR 86/07, GuT 2009, 402 –** 365

E. Streyl,  
**Die Kautio in Zwangsverwaltung und Insolvenz des Vermieters** 368

H. Köhler,  
**Für ein Europa im Dienst der Bürger Rede beim Festakt zum 60. Jahrestag der Karlspreis-Proklamation am 20. Dezember 2009 in Aachen** 372

K. E. Heinz,  
**Demokratie, Föderalismus und die europäische Gemeinschaftsordnung – Die ideologischen Fehler der deutschen Europapolitik –** 374

## Gewerbemiete

Ladenöffnungszeiten an Sonntagen und Feiertagen; Berliner Adventssonntagsregelung; verfassungsrechtlicher Schutzauftrag für die Sonn- und Feiertage (BVerfG) 381

Schutzauftrag der Grundrechte; vorsatznahe Organisationsverschulden des Staates bei menschenunwürdiger Unterbringung von Strafgefangenen; Geldentschädigungsanspruch ohne Aufrechnungsbefugnis (BGH) 398

Zwangsvollstreckung; Vollstreckungsimmunität; Forderungen eines ausländischen Staates aus der Vermietung eines inländischen Objekts; Nachweis des Verwendungszwecks; Kulturelle Einrichtung; Russland (BGH) 400

Gewerberaumiete; Schriftform; Vertrags-Unterzeichnung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft AG (BGH) 402

Jagdrecht; Wildschaden; Gartengewächs; Wildkaninchenverbiss im Spargel-Anbaubereich; Feldgewächs; Schutzvorrichtungen des Landwirts (BGH) 404

Sportstätte; Stadionverbot gegen Störer; Hausrecht des Veranstalters; Ehrenschutz des früheren Störers (BGH) 406

Selbständiges Beweisverfahren; Bausachverständiger; Frage nach der Erkennbarkeit von Schäden eines Gebäudes für den Käufer eines Hausgrundstücks (BGH) 408

Gewerberaum; Titel auf Räumung und Herausgabe nach Kündigung der Vertragsverhältnisse; Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung im Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren (BGH) 410

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc. 411

## Teileigentum

Erhebung öffentlicher Abgaben; Vereinbarung jährlicher Zahlung eines zusätzlichen „Infrastrukturbeitrags“ im Ferienpark-Grundstückskaufvertrag zugunsten kommunaler Einrichtungen des Fremdenverkehrs (BGH) 412

## Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Dezember 2009 414

## Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Dezember 2009 417

## Magazin

Politik und Recht 418

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe November/Dezember 2009 erscheint die Beilage 51a zu Heft 51:

**Mario H. Kraus,**

**Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation? Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung in städtischen Siedlungsräumen**

Die Beilage 51a wird den Abonnenten mit diesem Heft ausgeliefert.

Beilagen zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) werden nur im Rahmen eines Abonnements ohne Aufpreis ausgeliefert. Im Einzelbezug der GuT sind Beilagen nicht enthalten.

Einzelstücke der Beilage 51a, Umfang 134 Seiten, DIN A4, können zum Preis von 20,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.

## Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste 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](mailto:info@prewest.de)

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 5/2009.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 51 / 58 83 28 38, Telefax 0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32

Internet: [www.kluth-dtp.de](http://www.kluth-dtp.de), e-mail: [kontakt@kluth-dtp.de](mailto:kontakt@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](mailto: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 Abonnementszeitraumes. 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.

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

## Die Schriftform bei Vertretung einer AG

– Anmerkung zu BGH, Urteil vom 4.11.2009 – XII ZR 86/07, GuT 2009, 402 –

### I. Missglückte Formvorschrift

Fragen der Schriftform für langfristige Mietverträge nötigen der Rechtsprechung immer wieder kunstvolle Verrenkungen und scharfsinnige Differenzierungen ab, an deren Ende häufig ein unbefriedigendes Ergebnis steht. Die hohen Anforderungen an die gesetzliche Schriftform des § 126 BGB, auf den § 550 BGB verweist<sup>1</sup>, sind eine wahre Fundgrube für einen vertragsunwilligen Vermieter oder Mieter, der sich vorzeitig von einem langfristigen Mietvertrag lösen möchte<sup>2</sup>. Die Rechtsprechung des BGH nimmt dies mit gewissen „Auflockungen“, die übertriebene Förmlichkeiten vermeiden sollen, hin. Freilich ist eine widerspruchsfreie und interessengerechte Auslegung der missglückten<sup>3</sup> Formvorschrift des § 550 BGB auch gar nicht möglich, da ihr personaler und gegenständlicher Anwendungsbereich weit über den beabsichtigten Erwerberschutz hinausgeht. Möglich wäre aber eine restriktive Handhabung, indem man den Parteien des Ursprungsvertrags eine Nachholungspflicht auch ohne ausdrückliche Vereinbarung<sup>4</sup> auferlegt und den Erwerberschutz auf den Schutz vor „bösen Überraschungen“<sup>5</sup> beschränkt.

### II. Unterzeichnung für eine Gesellschaft

Vor besondere Schwierigkeiten stellt § 550 BGB die Rechtsprechung bei der alltäglichen Frage, wer und wie für eine Gesellschaft einen Mietvertrag unterzeichnen muss, um der Schriftform zu genügen. Gesellschaften werden durch ihr Vertretungsorgan (Vorstand, Geschäftsführer) oder einen Bevollmächtigten vertreten. Wenn ein Vertreter die Vertragsurkunde ausstellt, muss zur Wahrung der Schriftform das Vertretungsverhältnis kenntlich gemacht werden, was durch einen Vertreterzusatz bei der Unterschrift („i.V.“ oder „für“ usw.) oder durch den sonstigen Urkundentext, etwa durch die Angabe der Vertretungsverhältnisse im Vertragsrubrum, erfolgen kann. Die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts erfordert auch die Bezeichnung der Personen, die das Geschäft abschließen und für die es gelten soll<sup>6</sup>. Es reicht aber aus, wenn das Vertreterhandeln aus der Urkunde „irgendwie“ hervorgeht<sup>7</sup>.

Die ausdrückliche oder konkludente Offenbarung des Vertreterhandelns betrifft für die Wahrung der Schriftform die Frage, ob die Vertragsurkunde die Unterschrift der Vertragspartei trägt. Das Schriftformgebot erfordert, dass die im Vertrag genannte Partei bzw. für sie ein Vertreter die Vertragsurkunde ausstellt. Wenn nach der Vertragsurkunde ein unterzeichnender Dritter den Vertrag ohne Vertretungsabsicht für sich selber unterschrieben hat, liegt kein formgerechter Vertrag vor, da die Unterschrift der Vertragspartei fehlt.

Eine Unterschrift kann auch fehlen oder unvollständig sein, wenn bei einer Mieter- oder Vermietermehrheit nicht alle unterschreiben und die geleisteten Unterschriften oder der sonstige Urkundentext keine Vertretung für die nicht unterzeichnenden Vertragsparteien anzeigen. So hat der BGH für eine Vermietermehrheit einen Formmangel angenommen, wenn eine

Verlängerungsvereinbarung auf Seiten der vermietenden Ehegatten nur vom Ehemann ohne weiteren Zusatz unterschrieben ist<sup>8</sup>. Nach der Urkundenlage fehlte noch die Unterschrift der Ehefrau.

Unvollständig kann auch die Unterschrift für eine Gesellschaft sein, wenn Gesamtvertretung besteht und nicht alle Vertreter unterschreiben. Gesamtvertreter können einzelne von ihnen zur Vornahme von bestimmten Rechtsgeschäften ermächtigen<sup>9</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt ein Schriftformmangel vor, wenn bei Unterzeichnung nur durch einen Teil der Gesamtvertreter ein Vertretungszusatz für die anderen Gesamtvertreter fehlt. Bei dieser Urkundenlage ist nach Ansicht des BGH der Skripturakt noch nicht vollendet und die Urkunde daher unvollständig.

### 1. BGB-Gesellschaft

Für die GbR ist nach §§ 709, 714 BGB der gesetzliche Regelfall die Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter. Nach der Rechtsprechung des BGH setzt ein formgerechter Mietvertrag mit einer GbR voraus, dass alle Gesellschafter unterschreiben oder die unterzeichnenden Gesellschafter mit Vertreterzusatz auch für die anderen Gesellschafter unterschreiben<sup>10</sup>. Ohne den Vertreterzusatz sei bei einer GbR nicht ersichtlich, ob der Gesellschafter „diese Unterschrift nur für sich selbst oder aber zugleich in Vertretung der anderen leistet“<sup>11</sup>. Nach der Urkundenlage sei nicht auszuschließen, „dass vorgesehen war, auch das andere Mitglied oder die anderen Mitglieder sollten die Urkunde unterschreiben und dass deren Unterschrift noch fehlt“<sup>12</sup>.

Nach der Rechtsprechung besteht der Anschein einer unvollständigen Urkunde bei Unterzeichnung durch nur einen oder mehrere Gesellschafter aber nicht, wenn sich aus dem Ver-

1) Heile, NZM 2002, 505.

2) Voelskow, GE 1999, 1620: „Verleitung zur Vertragsuntreue“.

3) Stern/Mittelstein, Miete, 4. Aufl. 1932, S. 156 ff.; Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 34 ff., 110 ff., 289 ff.; Wiek, WuM 2001, 221.

4) Vgl. Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 550 Rdn. 75; Wichert, ZMR 2006, 257.

5) RGZ 103, 381, 384: nachträgliche Überraschungen.

6) RGZ 80, 400, 402.

7) RGZ 96, 286, 289.

8) BGH, Urt. v. 22. 2. 1994 – LwZR 4/93, BGHZ 125, 175.

9) Für AG: § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG; für GmbH: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl., § 35 Rdn. 57 ff.; für GbR: Westermann/Wertenbruch, Handbuch der Personengesellschaften <Stand: Lfg. 45 Sept. 2009>, Rz. I 373r.

10) BGH, Urt. v. 15. 1. 2003 – XII ZR 300/99, GuT 2003, 136; Urt. v. 16. 7. 2003 – XII ZR 65/02, GuT 2003, 209 m. Anm. Wiek, S. 207 (Vorinstanz: OLG Rostock, Urt. v. 25. 2. 2002 – 3 U 209/00, GuT 2003, 138 m. Anm. Wiek); Urt. v. 5. 11. 2003 – XII ZR 134/02, GuT 2004, 61.

11) Vgl. BGH GuT 2005, 143, 145 unter II 2 und GuT 2007, 353 Rz. 12. – Die Ausdrucksweise des BGH ist ungenau. Die Vertretung erfolgt auch in der GbR stets für die Gesellschaft; vgl. Flume, Personengesellschaft, 1977, S. 129 f.

12) BGH GuT 2004, 61, 62 unter 3.



tragsrubrum ergibt, dass die GbR durch den oder die unterzeichnenden Gesellschafter vertreten wird<sup>13</sup>. Stimmen die Unterschriften mit der im Vertrag genannten Vertretungsregelung überein, so fehlt nach der Urkundenlage für eine vollständige Unterzeichnung keine Unterschrift eines weiteren Gesellschafters.

Komplizierter ist die Lage, wenn das Vertragsrubrum keine Angaben zur Vertretungsregelung für die Gesellschaft enthält. Der BGH hat im Urteil vom 15. 1. 2003 für eine GbR angenommen, dass die Schriftform nicht gewahrt ist, wenn der Mietvertrag für die im Vertragsrubrum ohne Vertretungsangabe genannte Gesellschaft nur von einer Person ohne klarstellenden Zusatz unterzeichnet worden ist und nicht auszuschließen sei, dass diese Person zum Gesellschafterkreis gehöre<sup>14</sup>. Auch nach Meinung des OLG Düsseldorf muss wegen der gesetzlichen Regelung der Gesamtvertretung für die GbR eine vereinbarte Einzelvertretung in der Vertragsurkunde schriftlich zum Ausdruck kommen<sup>15</sup>. Dem ist nicht zu folgen. Wenn die Urkunde nicht mitteilt, wer die GbR vertritt, lässt sich ihr auch kein Hinweis darauf entnehmen, der Unterzeichnende habe seine Unterschrift nur als Teil eines Gesamtvertretungsorgans leisten wollen und die Urkunde sei daher noch unvollständig<sup>16</sup>.

## 2. GmbH

Für die Schriftform bei Vertretung einer GmbH liegen zwei Urteile des BGH vor, die aber beide nicht die organschaftliche Vertretung durch Geschäftsführer betreffen, sondern die Vertretung durch einen bevollmächtigten oder vollmachtlosen Dritten<sup>17</sup>. Unterzeichnet ein Dritter einen Mietvertrag für eine GmbH, so ist auch ohne Vertreterzusatz offenkundig, dass diese Unterschrift für die Mietpartei geleistet wurde<sup>18</sup>. Das gilt für eine GbR freilich ebenso<sup>19</sup>. Insoweit unterscheidet sich das Handeln eines Dritten für eine GmbH oder GbR nach den Vertragsumständen nicht. Für die Annahme, der Dritte wolle den auf die Gesellschaft ausgestellten Mietvertrag in eigener Sache oder nur als Untervertreter der Geschäftsführer unterzeichnen, bietet die Vertragurkunde ohne weitere Zusätze keine ernsthaften Anhaltspunkte.

Eine Kennzeichnung der Art des offen oder konkludent mitgeteilten Vertretungsverhältnisses ist für die Einhaltung der Schriftform nicht erforderlich<sup>20</sup>. Auch die Unterzeichnung durch einen vollmachtlosen Vertreter steht der Schriftform nicht entgegen<sup>21</sup>. Die Wirksamkeit der Vertretung spielt für die Schriftform keine Rolle. Ob der Mietvertrag bereits mit der Unterzeichnung durch einen Vertreter wirksam zustande gekommen ist oder mangels Vollmacht des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung der von ihm vertretenen Partei bedarf, ist keine Frage der Schriftform<sup>22</sup>. Eine Genehmigung nach §§ 177, 182, 184 BGB ist formfrei.

Für die Schriftform kommt es nur darauf an, dass der Dritte für die Gesellschaft nach Urkundenlage als Alleinvertretungsberechtigter unterschreibt. Dann besteht nicht der Anschein, dass noch die Unterschrift eines weiteren Vertreters fehlt. Davon ist auszugehen, wenn die Urkunde keine Angaben für eine andersartige Vertretungsregelung enthält, die eine Alleinvertretung durch den Dritten ausschließt. Wenn nach dem Vertragsrubrum aber Gesamtvertretung für die GmbH durch den Dritten und eine weitere Person besteht, reicht nach der Rechtsprechung des BGH die alleinige Unterschrift des Dritten ohne weiteren Zusatz für die Schriftform nicht aus. Die Lage ist dann genauso wie bei der GbR mit Gesamtvertretung, wenn nicht alle Gesellschafter den Mietvertrag unterschrieben haben und die geleisteten Unterschriften keinen Hinweis auf ein Handeln auch für die anderen Gesellschafter enthalten.

Die beiden Urteile des BGH zur Schriftform bei Vertretung einer GmbH<sup>23</sup> sind vielfach dahin missverstanden worden, dass der BGH für die Anforderungen an die Schriftform zwischen Mieter- und Vermietermehrheiten und GbR auf der einen Seite und juristischen Personen auf der anderen Seite unterscheidet und für juristische Personen weniger strenge Anforderungen gelten<sup>24</sup>. Dieses Missverständnis ist zu einen dadurch befördert

worden, dass in den Leitsätzen die beiden GmbH-Urteile zur Frage, ob der für eine GmbH geleisteten Unterschrift unter einen langfristigen Mietvertrag zur Wahrung der Schriftform ein die Vertretung kennzeichnender Zusatz beizufügen ist, als „Abgrenzung“ zu den GbR-Urteilen vom 16. 7. 2003 und 5. 11. 2003<sup>25</sup> bezeichnet werden. Die Fälle lagen indes sehr unterschiedlich. In den GbR-Fällen ging es um eine organschaftliche Gesamtvertretung, in den GmbH-Fällen hingegen um eine Alleinvertretung durch einen Dritten. Geradezu irreführend ist zweitens aber das obiter dictum in dem Urteil vom 19. 9. 2007, die Schriftform sei auch dann gewahrt, wenn ein Mietvertrag auf Seiten der GmbH ohne nähere Kennzeichnung des Vertretungsverhältnisses mit dem Zusatz „i. V.“ unterzeichnet ist, „und zwar gleichgültig, ob der Unterzeichnende Geschäftsführer und damit gesetzlicher Vertreter, in anderer Weise Bevollmächtigter oder lediglich vollmachtloser Vertreter war“<sup>26</sup>. Daraus ist gefolgert worden, bei einer GmbH genüge für die Schriftform stets die Unterschrift eines Geschäftsführers<sup>27</sup>. So ist der Hinweis des BGH aber nicht zu verstehen<sup>28</sup>. Für die Aktivvertretung einer GmbH besteht nach der gesetzlichen Regel gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG Gesamtvertretung durch alle Geschäftsführer. Hat die GmbH mehrere Geschäftsführer und unterzeichnet nur ein Geschäftsführer den Mietvertrag ohne weiteren Zusatz, so stellt sich hinsichtlich der Schriftform bei der GmbH das gleiche Problem wie bei der GbR, ob die Unterschriften der anderen Geschäftsführer noch fehlen.

## III. Urteil des BGH vom 4. 11. 2009 zur AG

Auch für die Aktivvertretung einer AG besteht nach der dispositiven Regel des § 78 Abs. 2 AktG bei einem mehrgliedrigen Vorstand Gesamtvertretung. Dem Urteil des BGH vom 4. 11. 2009<sup>29</sup> lag der Fall zugrunde, dass in einem langfristigen Mietverhältnis eine spätere Mieterhöhungsvereinbarung für eine Vermieter-AG nur von einem Vorstandsmitglied unterzeichnet war. Vertreten wurde die AG laut Rubrum der Vereinbarung indes durch zwei Vorstandsmitglieder.

Das KG hatte als Vorinstanz<sup>30</sup> die Einhaltung der Schriftform bejaht, da das Vorstandsmitglied offenkundig für die AG unterschreiben wollte. Das reicht nach der Rechtsprechung des BGH aber nicht aus. Auch der BGH hält es für nicht zweifelhaft, „dass das Vorstandsmitglied einer AG nicht für sich, sondern für die AG handelt, genauso wie der Geschäftsführer einer GmbH für diese“<sup>31</sup>. Der BGH hat auch bestätigt, dass zur Wahrung der Schriftform keine Angaben darüber erforderlich sind, woraus der Unterzeichner seine Vertretungsmacht herleitet<sup>32</sup>. Der Schriftformmangel ergibt sich nach Ansicht des BGH aber da-

13) Vgl. BGH, UrT. v. 4. 11. 2009 – XII ZR 86/07, GuT 2009, 402, 404 Rz. 18; UrT. v. 7. 5. 2008 – XII ZR 69/06, BGHZ 176, 301, 308 = GuT 2008, 284, 286 Rz. 27; Lehmann-Richter, ZMR 2007, 942.

14) Vgl. o. Fußn. 10 unter II b.

15) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 12. 2005 – I-24 U 46/05, GuT 2006, 9.

16) Lehmann-Richter, ZMR 2007, 942.

17) BGH, UrT. v. 6. 4. 2005 – XII ZR 132/02, GuT 2005, 143; UrT. v. 19. 9. 2007 – XII ZR 121/05, GuT 2007, 353.

18) BGH, UrT. v. 6. 4. 2005 (o. Fußn. 17) unter II 2; UrT. v. 19. 9. 2007 (o. Fußn. 17), Rz. 11.

19) Lehmann-Richter, ZMR 2007, 941 f.

20) BGH, UrT. v. 6. 4. 2005 (o. Fußn. 17) unter II 2.

21) BGHZ 176, 301, 309 = GuT 2008, 284, 286 Rz. 29.

22) BGH, UrT. v. 19. 9. 2007 (o. Fußn. 17), Rz. 13.

23) Vgl. o. Fußn. 17.

24) Vgl. Blank/Börstinghaus (o. Fußn. 4), § 550 Rdn. 57; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2006, § 550 Rdn. 13; Hannemann, in: Hannemann/Wiegner, Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl., § 47 Rdn. 18.

25) Vgl. o. Fußn. 10.

26) BGH, UrT. v. 19. 9. 2007 (o. Fußn. 17), Rz. 9.

27) Vgl. o. Fußn. 24 und Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rdn. 117.

28) Lehmann-Richter, ZMR 2007, 942 f.

29) BGH, UrT. v. 4. 11. 2009 – XII ZR 86/07, GuT 2009, 402; Vorinstanz: KG, UrT. v. 24. 5. 2007 – 8 U 193/06, GuT 2007, 354.

30) Vgl. o. Fußn. 29.

31) BGH, UrT. v. 4. 11. 2009 (o. Fußn. 29), Rz. 19.

32) BGH, UrT. v. 4. 11. 2009 (o. Fußn. 29), Rz. 10.

raus, dass die Unterschrift des zweiten Vorstandsmitglieds, die nach dem Vertragsrubrum für die Vertretung der AG erforderlich war, fehlt<sup>33</sup>. Ohne klarstellenden Zusatz ist der Vertragsurkunde nach dem Urteil des BGH nicht zu entnehmen, dass das Vorstandsmitglied durch seine Unterschrift für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will. Die Urkunde ist hiernach unvollständig.

Bei Gesamtvertretung besteht nach der Rechtsprechung des BGH für GbR, AG und auch GmbH hinsichtlich der Wahrung der Schriftform die gleiche Problematik. Zu seinem Urteil vom 6. 4. 2005 zur Schriftform bei Vertretung einer GmbH, worauf das KG<sup>34</sup> sich fehlerhaft berufen hat, hat der BGH klar gestellt, dass die Unterzeichnung durch einen Geschäftsführer ohne weiteren Zusatz für die Schriftform nur ausreicht, wenn er der alleinige Geschäftsführer der GmbH ist<sup>35</sup>.

#### IV. Schutzzweck der Formvorschrift

##### 1. Erwerberschutz

Der XII. Zivilsenat wendet § 126 BGB auf die Gesamtvertretung einer Gesellschaft formal strikt an. Die Verweisung in § 550 Satz 1 BGB auf die gesetzliche Schriftform des § 126 BGB bedeutet jedoch nicht notwendig, dass die Schriftform für langfristige Mietverträge in allem den Anforderungen des § 126 BGB genügen muss. Die Anwendung der Vorschrift (§ 126 BGB), auf die in der Verweisungsnorm (§ 550 BGB) verwiesen wird, kann immer nur eine „entsprechende“ sein<sup>36</sup>. Unsachgemäße Gleichsetzungen sind zu vermeiden. Von der Sache her gebotene Differenzierungen können eine einschränkende Auslegung der angezogenen Vorschrift im Regelungszusammenhang der Verweisungsnorm gebieten<sup>37</sup>. Davon geht auch die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats bei anderen Schriftformproblemen aus<sup>38</sup>.

Die besonderen Anforderungen des § 126 BGB sind im Regelfall vor allem deshalb strikt zu beachten, weil ein Mangel der Form nach § 125 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags führt<sup>39</sup>. Für einen langfristigen Mietvertrag ist die Beachtung der Form aber nicht Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Mietvertrag ist auch formlos gültig. Lediglich die Befristungsabrede für längere Zeit als ein Jahr ist nach § 550 BGB unwirksam, soweit sie ein Jahr übersteigt. Mieter und Vermieter können den formmangelhaften Vertrag nach Ablauf eines Jahres vorzeitig, d.h. wie einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag kündigen.

Die Schriftform muss die formalen Kriterien des § 126 Abs. 1 und 2 BGB (Urkundeneinheit und eigenhändige Unterschrift) und den besonderen Schutzzweck der Bestimmung, welche die Schriftform vorschreibt, beachten<sup>40</sup>. § 550 BGB bezweckt vor allem den Schutz des Informationsinteresses eines potenziellen Grundstückserwerbers, der nach § 566 BGB in den Mietvertrag eintritt<sup>41</sup>. Ein Erwerber soll nicht an langfristige Vereinbarungen gebunden sein, die er aus der Mietvertragsurkunde nicht ersehen konnte<sup>42</sup>. Die üblicherweise daneben noch genannte Warn- und Beweisfunktion<sup>43</sup> hat nur nachrangige Bedeutung<sup>44</sup>.

##### 2. Fehlende Schutzbedürftigkeit

Ein nach Urkundenlage bestehender Anschein einer fehlenden Unterschrift eines Gesamtvertreters stellt einen Erwerber nicht vor ernsthafte Probleme, die eine Flucht in die vorzeitige Kündigung eines langfristigen Mietvertrags rechtfertigen. Der Erwerber kann den Inhalt der schriftlich niedergelegten Vereinbarung aus der Urkunde zur Kenntnis nehmen. Die Vereinbarung bleibt ihm nicht verborgen. Im Regelfall ist das Rechtsgeschäft wirksam, weil der oder die unterzeichnenden Gesamtvertreter, ohne dies besonders kenntlich gemacht zu haben<sup>45</sup>, mit Ermächtigung der anderen Gesamtvertreter gehandelt haben. Eine Ermächtigung für ein bestimmtes Geschäft kann jederzeit formlos erteilt werden<sup>46</sup>. Handelt ein Gesamtvertreter ohne die Mitwirkung der anderen oder deren Ermächtigung, so können die anderen Gesamtvertreter das vollmachtlose Handeln nach §§ 177, 182, 184 BGB formfrei genehmigen<sup>47</sup>. Davon ist insbesondere bei einer unbeanstandeten Durchführung der Vereinbarung auszugehen.

Beim Handeln eines Gesamtvertreters, für das nach Urkundenlage unklar ist, ob eine Ermächtigung oder eine Genehmigung der anderen Gesamtvertreter vorliegt, ist die Interessenlage eines Erwerbers nicht anders als in dem Fall, dass ein vollmachtloser Vertreter als Alleinvertreter aufgetreten ist. Für diesen Fall ist anerkannt, dass die Ungewissheit, ob der Vertrag bereits mit der Unterzeichnung wirksam zustande gekommen ist oder erst noch der Genehmigung bedarf, für die Schriftform unschädlich ist. Sinn und Zweck der Schriftform ist es nicht, einem Erwerber Gewissheit zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist. Soweit ein Eintritt des Erwerbers in einen Mietvertrag oder eine Nachtragsvereinbarung nicht stattfindet, weil keine wirksame Vereinbarung besteht, bedarf es auch nicht des Schutzes der Schriftform vor einer langjährigen Bindung an unbekanntes Bedingungen<sup>48</sup>.

Der Anschein einer fehlenden Unterschrift eines Gesamtvertreters weist nach Urkundenlage lediglich darauf hin, dass ein Gesamtvertreter ohne Vollmacht gehandelt habe. Die möglicherweise fehlende Unterschrift eines anderen Gesamtvertreters muss nicht nachgeholt werden, sondern kann formfrei (§ 182 Abs. 2 BGB) durch Genehmigung rückwirkend (§ 184 Abs. 1 BGB) ersetzt werden. Für die Interessen eines Erwerbers macht es keinen Unterschied, ob die Unterschrift eines Gesamtvertreters auf der Urkunde fehlt oder eine als Alleinvertreter aufgetretene Person keine Vollmacht hat. In beiden Fällen richtet sich die Wirksamkeit des Geschäfts nach §§ 177 ff. BGB. Dahinter tritt der formale Unterschied, dass bei zweifelhafter Gesamtvertretung noch der Anschein einer unvollständigen Urkunde besteht, im Anwendungsbereich des § 550 BGB zurück.

Gründe für einen Schutz des Erwerbers vor dem Anschein einer unvollständigen Urkunde gibt es nicht. Das Argument, ein Erwerber müsse ermitteln können, ob die Schriftform eingehalten sei<sup>49</sup>, ist tautologisch. Der BGH stellt auf den möglichen

33) BGH, Urt. v. 4. 11. 2009 (o. Fußn. 29), Rz. 18 ff.

34) Vgl. o. Fußn. 29.

35) BGH, Urt. v. 4. 11. 2009 (o. Fußn. 29), Rz. 16.

36) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft <Studienausgabe>, 3. Aufl., S. 82.

37) Vgl. Larenz/Canaris (o. Fußn. 36).

38) Vgl. BGH, Urt. v. 14. 7. 2004 – XII ZR 68/02, BGHZ 160, 97, 103 = WuM 2004, 534, 536 = GuT 2004, 184 KL: „zumindest im Rahmen der durch § 566 SatzBGB a.F. vorgeschriebenen Schriftform“.

39) BGHZ 160, 97, 104.

40) BGH, Urt. v. 24. 9. 1997 – XII ZR 234/95, BGHZ 136, 357, 362 = WuM 1997, 667, 668.

41) Zuletzt BGHZ 176, 301, 304 = GuT 2008, 284 Rz. 13 und Urt. v. 4. 4. 2007 – VIII ZR 223/06, WuM 2007, 272, 273 Rz. 17.

42) BGH, Urt. v. 12. 3. 2003 – XII ZR 18/00, BGHZ 154, 171, 180 = GuT 2003, 132, 135.

43) BGHZ 176, 301, 305 = GuT 2008, 284, 285 Rz. 16 folgert die zusätzliche Warn- und Beweisfunktion daraus, dass die Kündigungsmöglichkeit bei Verfehlung der Schriftform nicht auf einen Erwerber beschränkt ist, sondern auch die ursprünglichen Parteien ohne einen Veräußerungsfall das Recht zur vorzeitigen ordentlichen Kündigung haben. Historisch ist die Argumentation des BGH nicht richtig. Der Gesetzgeber hat gesehen, dass die vorzeitige Kündigungsmöglichkeit eigentlich auf einen Erwerber beschränkt sein müsste (Denkschrift zum BGB, 4. Aufl. 1896, S. 113), doch hat er das „überschießende“ Kündigungsrecht der ursprünglichen Vertragsparteien in Kauf genommen, um das einheitliche Mietverhältnis im Falle des Eigentumswechsels nicht zu „zerreißen“ (Prot. II, 1898, S. 155 f.); vgl. RGZ 86, 30, 32 f. und Häsemeyer (o. Fußn. 2), S. 34 ff.

44) Vgl. BGHZ 136, 357, 370 = WuM 1997, 667. – Inkonsequent daher BGH, Urt. v. 15. 6. 1981 – VIII ZR 166/80, BGHZ 81, 46 = WuM 1981, 261 für Formbedürftigkeit eines Untermietmietvertrages, in den ein Erwerber nicht eintritt.

45) Die Ausdrucksweise des BGH, Urt. v. 4. 11. 2009 (o. Fußn. 29), Rz. 20, es sei ein „Vertreterzusatz“ notwendig, um klarzustellen, „dass der Unterzeichnende nicht nur für die AG, sondern darüber hinaus für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will“, ist ungenau. Ein ermächtigter Gesamtvertreter handelt nicht als Untervertreter für die anderen Gesamtvertreter, sondern als Vertreter nur für die Gesellschaft; vgl. Flume, Juristische Person, 1983, S. 362 und Schwarz, ZGR 2001, 772 f.

46) Vgl. Scholz/Schneider, GmbHG, 10. Aufl., § 35 Rdn. 56; MünchKomm.-AktG/Spindler, 2. Aufl., § 78 Rdn. 66.

47) Vgl. Großkomm.-AktG/Habersack, 4. Aufl., § 78 Rdn. 35.

48) BGH, Urt. v. 4. 11. 2007 (o. Fußn. 29), Rz. 13.

49) Lehmann-Richter, ZMR 2007, 942.

Eindruck eines Erwerbers ab, „dass die Urkunde unvollständig ist und es zur Wirksamkeit des Vertrages noch einer weiteren Unterschrift bedarf“<sup>50</sup>. Allerdings verfolgt § 550 BGB „nicht den Zweck, es einem späteren Grundstückserwerber zu ermöglichen, sich allein anhand der Urkunde Gewissheit über das Zustandekommen eines langfristigen Mietvertrags zwischen dem Veräußerer und dem Mieter zu verschaffen“<sup>51</sup>. § 550 BGB will „den Erwerber lediglich über den Inhalt eines gesetzlich auf ihn übergehenden Vertrages informieren und nicht darüber, ob überhaupt ein Vertrag besteht“<sup>52</sup>. Auch wenn der Urkunde nicht zu entnehmen ist, dass sie alle erforderlichen Unterschriften enthält<sup>53</sup>, ist ein Zustandekommen der Vereinbarung aufgrund einer formlosen Ermächtigung oder Genehmigung doch ohne weiteres möglich. Der XII. Zivilsenat hat große Mühe, die Unterschriften beim Schutzzweck des § 550 BGB unterzubringen, da diese Formvorschrift den Erwerber nicht darüber, ob überhaupt ein wirksamer Vertrag besteht, sondern le-

diglich über den wesentlichen Inhalt des Vertrages informieren will. Nach Ansicht des BGH sollen zu dem wesentlichen Vertragsinhalt aber „auch die erforderlichen Unterschriften zählen“<sup>54</sup>. Diese apodiktische Zuordnung ist unzutreffend. Die Unterschriften betreffen die Wirksamkeit des Vertrags<sup>55</sup>. Für den Vertragsinhalt können sie nur bei einer Mieter- oder Vermietermehrheit von Bedeutung sein, wenn es darum geht, wer Vertragspartei ist. Das ist bei der Vertretung für eine Gesellschaft aber nicht zweifelhaft.

50) BGH, Urt. v. 4. 11. 2009 (o. Fußn. 29), Rz. 18.

51) BGHZ 160, 97, 104 f. = WuM 2004, 534, 536 f.

52) BGHZ 176, 301, 309 = GuT 2008, 284, 286 Rz. 29.

53) So BGH, Urt. v. 16. 7. 2003 (o. Fußn. 10) unter 3.

54) BGH, Urt. v. 4. 11. 2009 (o. Fußn. 29), Rz. 20.

55) Vgl. auch die verhaltene Kritik von Wolf/Eckert/Ball (o. Fußn. 27), Rdn. 115.

*Elmar Streyll, Vorsitzender Richter am Landgericht in Krefeld*

## Die Kautions in Zwangsverwaltung und Insolvenz des Vermieters

Sowohl der Zwangsverwalter als auch der Insolvenzverwalter haben die ihnen anvertrauten Vermögen für den jeweiligen Verfahrenszweck zu erhalten. Deshalb sind Zahlungspflichten, denen keine Gegenwerte gegenüberstehen, schlecht gelitten. Sind Mietverhältnisse Gegenstand der Verwaltung, dann betreffen solche Zahlungspflichten oftmals die Mietsicherheit, die wirtschaftlich notleidende Vermieter mit schöner Regelmäßigkeit dem Zugriff des Verwalters entzogen haben. Muss der Verwalter in diesen Fällen dennoch etwaige Ansprüche des Mieters erfüllen? Welche sonstigen Rechte und Pflichten haben Mieter und Verwalter in Bezug auf die Mietsicherheit? Darum soll es in diesem Beitrag gehen.

### I. Zwangsverwaltung

Bei der Zwangsverwaltung<sup>1</sup> findet durch die Beschlagnahme nach § 148 Abs. 2 ZVG kein Eigentumswechsel und kein Rechtsübergang statt, so dass auch § 566 BGB und damit § 566a BGB nicht gelten, auch nicht in analoger Anwendung<sup>2</sup>. Der Vermieter bleibt Partei des Mietvertrages, ihm ist lediglich gem. § 148 Abs. 2 ZVG die Verwaltung des Grundstücks entzogen, die nun gem. § 152 ZVG dem Zwangsverwalter<sup>3</sup> obliegt. Dieser handelt zwar im eigenen Namen, aber doch für Rechnung des Schuldners/Vermieters<sup>4</sup>. Der Zwangsverwalter ist gem. § 152 Abs. 2 ZVG an die vom Eigentümer geschlossenen Mietverträge gebunden, sofern die Mietsache vor der Beschlagnahme bereits überlassen wurde. Der Eigentümer wiederum ist nach Aufhebung der Zwangsverwaltung an die vom Zwangsverwalter geschlossenen Verträge gebunden<sup>5</sup>. Das bedeutet, dass dem Zwangsverwalter alle Rechte eines Vermieters zustehen<sup>6</sup>, dass er aber auch alle Pflichten zu erfüllen hat<sup>7</sup>. Mietforderungen gem. §§ 148 Abs. 1, 21 Abs. 2, 20 Abs. 2 ZVG, 1123 Abs. 2 BGB kann er allerdings nur geltend machen, soweit sie innerhalb eines Jahres vor der Beschlagnahme fällig wurden<sup>8</sup>. Für die Mietsicherheit haben diese Grundsätze folgende Konsequenzen:

#### 1. Pflicht zur Anlage einer Kautions

Da den Zwangsverwalter die gleichen Rechte und Pflichten aus der Kautionsabrede wie den Vermieter treffen, kann er vom Mieter ggf. die erstmalige Leistung der Sicherheit bzw. deren Wiederauffüllung nach berechtigter Inanspruchnahme verlan-

gen<sup>9</sup>. Der Zwangsverwalter hat die Sicherheit anzulegen und zu verwalten (bei Wohnraummietverhältnissen unter Beachtung des § 551 Abs. 3 BGB) und dem Mieter Auskunft über die gezogenen Zinsen zu geben. Hatte der Vermieter die Kautions treuhänderisch angelegt, trifft die Pflicht zu einer solchen Anlage (einschließlich der Zinsen) nach Anordnung der Zwangsverwaltung den Zwangsverwalter<sup>10</sup>; wenn er sie nämlich, wie nachfolgend noch auszuführen sein wird, nach Wegfall des Sicherungszwecks zurückzahlen hat, dann muss er gleichermaßen die vorgelagerte Pflicht zur sicheren Anlage erfüllen – und zwar auch dann, wenn er die Kautions vom Vermieter nicht erhalten hat<sup>11</sup>. Hatte der Vermieter die Sicherheit auf einem Treuhandkonto angelegt, trifft die Verwaltungspflicht ebenfalls den Zwangsverwalter<sup>12</sup>.

#### 2. Ansprüche auf Herausgabe der Sicherheit

Gem. § 152 Abs. 1 ZVG kann und muss der Zwangsverwalter vom Vermieter die Herausgabe der Sicherheit bzw. die darüber ausgestellten Urkunden (Sparbücher, Wertpapiere, Bürgschaftsurkunde etc.) an sich verlangen, wenn sie sich noch im

1) Siehe ausführlich zur Mietvertragsdurchführung und -abwicklung durch den Zwangsverwalter Eckert, Vortrag auf dem Mietgerichtstag 2008 (abrufbar unter [www.mietgerichtstag.de/downloads/eckertzwangsverwalter.pdf](http://www.mietgerichtstag.de/downloads/eckertzwangsverwalter.pdf)).

2) BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603; Börstinghaus, NZM 2004, 489.

3) Gather, DWW 2006, 317.

4) BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603.

5) Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566 Rdn. 18.

6) Seine Aktivlegitimation im Prozess bleibt auch nach Aufhebung der Zwangsverwaltung bestehen, nach Rücknahme des Antrags hingegen nicht; vgl. für beide Konstellationen BGH, NJW-RR 2003, 1419.

7) BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603; BGH, NJW 2009, 3505 = WuM 2009, 668; Börstinghaus, NZM 2004, 489.

8) BGH, WuM 2003, 390 = NJW 2003, 2321 = GuT 2003, 147 KL.

9) Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566a Rdn. 4.

10) BGH, WuM 2009, 289 = NJW 2009, 1673; BGH, WuM 2009, 668 = GuT 2009, 411 KL = NJW 2009, 3505; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 551 Rdn. 93.

11) Eingehend LG Lüneburg, ZMR 2009, 687.

12) Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566a Rdn. 5/6.



Vermögen bzw. im Besitz des Vermieters befinden<sup>13</sup>. Der Beschluss über die Zwangsverwaltung ist in Verbindung mit der Ermächtigung zur Besitzergreifung in § 152 Abs. 1 ZVG Vollstreckungstitel für eine entsprechende Herausgabevollstreckung gem. § 883 ZPO gegen den Vermieter<sup>14</sup>. Das gilt allerdings nicht für eine Barkautions, die nicht vom übrigen Vermögen getrennt aufbewahrt wird, sondern mit dem Vermögen des Vermieters vermischt ist<sup>15</sup>. Da hier ein Zahlungsanspruch vollstreckt werden müsste, muss der Zwangsverwalter einen Zahlungstitel gegen den Vermieter erwirken.

Auch der Mieter kann als Nebenpflicht aus dem Mietvertrag bzw. der Kautionsabrede vom Vermieter die Herausgabe der Sicherheit an den Zwangsverwalter verlangen<sup>16</sup> und zwar auch dann, wenn bereits ein Treuhandkonto angelegt war, denn dann dient der Anspruch des Mieters dem Schutz vor Missbrauch durch den Vermieter<sup>17</sup>. Wegen dieses gegen den Vermieter persönlich gerichteten Anspruchs auf Herausgabe kann der Mieter gegenüber dem Zwangsverwalter kein Zurückbehaltungsrecht an der Miete ausüben; das beruht schon auf der Personenverschiedenheit von Vermieter und Zwangsverwalter.

### 3. Zurückbehaltungsrecht des Mieters

Anders ist das, wenn der Mieter vom Zwangsverwalter den Nachweis über die insolvenzfesten Anlage der Sicherheit verlangt; in diesem Fall steht dem Mieter in gleicher Weise ein Zurückbehaltungsrecht zu wie ohne Anordnung der Zwangsverwaltung, weil er die Kautionsabrede auch dann anlegen muss, wenn er sie vom Vermieter nicht erhalten hat<sup>18</sup>. Das gilt auch dann, wenn über das Vermögen des Vermieters das Insolvenzverfahren eröffnet wurde<sup>19</sup>. §§ 392, 1125 BGB stehen einem Zurückbehaltungsrecht nur entgegen, wenn es wie eine Aufrechnung wirkt<sup>20</sup>. Eine solche Wirkung kann aber nicht generell angenommen werden, da der Zwangsverwalter zur Anlage und auch – wie noch auszuführen sein wird – zur Rückzahlung der Kautions verpflichtet ist und deshalb in der Regel erwartet werden kann, dass er den Rückerstattungsanspruch erfüllen wird<sup>21</sup>.

### 4. Abrechnung und Rückerstattung

Der Zwangsverwalter ist bei Abrechnungsreife zur Abrechnung und Rückerstattung der Sicherheit verpflichtet, wenn den Vermieter zu dieser Zeit diese Pflicht getroffen hätte<sup>22</sup>. Die Pflichten des Zwangsverwalters gehen nicht weiter als die des Vermieters, bleiben aber auch nicht hinter ihnen zurück; sie treffen den Zwangsverwalter allerdings nur, wenn das Mietverhältnis bei Beschlagnahme des Grundstücks noch nicht beendet war, da sich § 152 Abs. 2 ZVG nur auf zur Zeit der Beschlagnahme bestehende Mietverhältnisse bezieht<sup>23</sup> (siehe zur möglichen Ausnahme sogleich unter 5.). Das bedeutet, dass das Mietverhältnis während der Zwangsverwaltung beendet, der Mieter ausgezogen und der Rückerstattungsanspruch fällig geworden sein muss. Letzteres setzt Abrechnungsreife voraus. Den Vermieter kann der Mieter nicht in Anspruch nehmen, solange ein Anspruch gegen den Zwangsverwalter besteht.

Es ist nicht Voraussetzung des Anspruchs gegen den Zwangsverwalter, dass dieser die Kautions erhalten hat, er ist zur Rückerstattung vielmehr auch ohne dies verpflichtet<sup>24</sup>. Wird der Wohnungsmieter allerdings durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren selbst Eigentümer des Mietobjekts, so kann er vom Zwangsverwalter, wenn dieser die Kautions vom früheren Vermieter nicht erhalten hat, deren Auszahlung an sich selbst nicht verlangen<sup>25</sup>. Die Rückerstattungspflicht des Zwangsverwalters trotz Nichterhalt der Kautions ist inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BGH<sup>26</sup> und muss – wie schon erwähnt – gleichermaßen für die der Rückerstattung vorgelagerte Pflicht zur insolvenzsicheren Anlage der Kautions auf einem Treuhandkonto gelten<sup>27</sup>. Die für die Rückerstattung unter Umständen notwendige Inanspruchnahme von Vermögen, das eigentlich als Haftungsmasse zugunsten der Zwangsvollstreckungsgläubiger dient, ist vom Gesetz gewollt, indem es in § 152 Abs. 2 BGB eine Bindung des Zwangsverwalters an Mietverträge mit ihrem gesamten Vertragsinhalt<sup>28</sup> vorsieht, wohingegen eine solche Bindung für andere Verträge nicht existiert<sup>29</sup>. Vornehmlich

wegen dieser Folge ist der BGH heftig angegriffen worden<sup>30</sup>, er hat aber mit der h.M.<sup>31</sup> und nach ausführlicher Auseinandersetzung mit diesen Angriffen zu Recht an seiner Rechtsprechung festgehalten. Das ist nicht nur deshalb richtig, weil das Gesetz Mietverträge gegenüber anderen Verträgen bevorzugt, sondern auch deshalb, weil der Mieter sich nicht selbst schützen kann. Er hat nämlich keinen sicheren Einfluss darauf, ob der Vermieter seine Pflicht zur treuhänderischen Anlage der Barkautions (bei Wohnraummietverhältnissen folgt diese Pflicht aus § 551 Abs. 3 BGB, ansonsten aus der Kautionsabrede<sup>32</sup>) erfüllt. Zwar steht ihm ein entsprechender Anspruch zu und der Vermieter muss die Erfüllung nachweisen. Das hindert den Vermieter aber nicht zwingend, von einem Zugriff auf das Treuhandkonto abzusehen – im Gegenteil, in Zeiten der Krise, die regelmäßig einer Zwangsverwaltung vorangehen, ist die Versuchung eines Zugriffs auf das Treuhandkonto groß und innerhalb der Öff-

13) BGH, WuM 2005, 405 = NZM 2006, 71 = RPflegler 2005, 463 mit instruktiver Anmerkung Schmidtberger; Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566a Rdn. 4.

14) BGH, WuM 2005, 405 = NZM 2006, 71 = RPflegler 2005, 463 mit instruktiver Anmerkung Schmidtberger.

15) Schmidtberger, RPflegler 2005, 465; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdn. 92.

16) LG Düsseldorf, WuM 1992, 542 m.w.N.; Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566a Rdn. 5; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdn. 93.

17) LG Köln, WuM 1990, 427; AG Düsseldorf, WuM 1992, 432.

18) BGH, WuM 2009, 668 = NJW 2009, 3505 und eingehend die Vorinstanz LG Lüneburg, ZMR 2009, 687.

19) BGH, WuM 2009, 668 = NJW 2009, 3505.

20) BGH, WuM 1979, 101; LG Mannheim, WuM 1990, 293.

21) Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 551 Rdn. 93. A.A. Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566a Rdn. 5 unter Berufung auf LG Mannheim, WuM 1990, 293, das mit BGH, WuM 1979, 101 und entgegen der jetzigen BGH-Rechtsprechung davon ausging, dass nur der Vermieter Schuldner des Rückerstattungsanspruchs sei und in dessen Person es – wie regelmäßig – konkrete Anhaltspunkte dafür gab, dass die Kautions nicht zurückgezahlt werde.

22) BGH, WuM 2005, 404 = NZM 2005, 639 = ZMR 2005, 686; Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566a Rdn. 4; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdn. 23.

23) BGH, WuM 2006, 403 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603 = GuT 2006, 267 KL.

24) BGH, WuM 2003, 630 = NJW 2003, 3342 = ZMR 2003, 903; BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603; BGH, WuM 2005, 404 = NZM 2005, 639 = ZMR 2005, 686; BGH, WuM 2006, 403 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603.

25) LG Bonn, NZM 2009, 817.

26) BGH, WuM 2003, 630 = NJW 2003, 3342 = ZMR 2003, 903; BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603; BGH, WuM 2005, 404 = NZM 2005, 639 = ZMR 2005, 686; BGH, WuM 2006, 403 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603.

27) LG Lüneburg, ZMR 2009, 687. Das folgt wohl auch zwingend aus BGH, WuM 2006, 402 = NJW 2006, 2626 = ZMR 2006, 601, wo der BGH unter Rdn. 11 feststellt, dass der Mietvertrag den Zwangsverwalter mit seinem gesamten Vertragsinhalt binde.

28) BGH, WuM 2006, 402 = NJW 2006, 2626 = ZMR 2006, 601 unter Rdn. 11; BGH, WuM 2009, 289 = NJW 2009, 1673; BGH, WuM 2009, 668 = NJW 2009, 3505.

29) BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603.

30) Siehe vor allem Alff/Hintzen, Rechtspflegler 2003, 635 sowie die weiteren Nachweise in BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603. Skeptisch auch Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566a Rdn. 4.

31) Siehe die ausführlichen Nachweise in BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603, beispielsweise auf Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdn. 22; Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566a Rdn. 6. Außerdem eingehend LG Lüneburg, ZMR 2009, 688.

32) So die herrschende mietrechtliche Auffassung; siehe Nachweise bei Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 551 Rdn. 112. Das Strafurteil BGH, GuT 2008, 210 = NJW 2008, 1827 = WuM 2008, 336 = ZMR 2008, 687 steht dem nicht entgegen. Danach sind die schuldrechtliche Pflicht zur Anlage der Kautions und die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue auseinanderzuhalten. Bei der Gewerbiemie gebe es eine Vermögensbetreuungspflicht nicht, bei der Wohnraummiete folge sie aus der Spezialvorschrift des § 551 BGB. Hinsichtlich der schuldrechtlichen Pflicht zur Kautionsanlage ist der Strafsenat zwar skeptisch, ob sie in der bloßen Vereinbarung einer Kautions schon mit enthalten sei oder ob sie gesondert geregelt werden müsse. Die herrschende mietrechtliche Literatur geht aber – wie erwähnt – von einer konkludenten Vereinbarung aus.

nungszeiten der kontoführenden Bank sehr kurzfristig möglich. Abgesehen davon unterliegt die Erfüllung des Anspruchs auf insolvenzfesten Anlage möglicherweise der Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO, wenn sie in der Krise, die oftmals mit der Zeit der Zwangsverwaltung zusammenfällt, oder gar nach Stellung eines Insolvenzantrages erfolgt<sup>33</sup>.

### 5. Rückerstattung bei Vertragsbeendigung vor Anordnung der Zwangsverwaltung

Der Zwangsverwalter hat – wie soeben ausgeführt – die Kautions nicht mehr abzurechnen und zurückzuerstatten, wenn das Ende des Mietverhältnisses vor Anordnung der Zwangsverwaltung lag und der Mieter ausgezogen ist. Das Interesse der Zwangsvollstreckungsgläubiger an dem Erhalt der Haftungsmasse ist vorrangig vor dem Interesse des Mieters, den Zwangsverwalter in Anspruch nehmen zu können. Fraglich<sup>34</sup> ist allerdings die Behandlung von Fällen, in denen zwar der Mietvertrag vor Anordnung der Zwangsverwaltung rechtlich beendet wurde, in denen der Mieter aber noch nicht ausgezogen ist. In dieser Situation stehen dem Zwangsverwalter – ähnlich wie dem Erwerber im Falle der Veräußerung des Grundstücks<sup>35</sup> – nach der Rechtsprechung des BGH<sup>36</sup> die Ansprüche auf Nutzungsentschädigung zu, obwohl zum Zeitpunkt der entscheidenden Zäsur (bei der Zwangsverwaltung ist das die Beschlagnahme, beim Vermieterwechsel die Eigentumsumschreibung) eigentlich ein noch bestehender Mietvertrag für den Rechtsübergang notwendig ist. Wenn aber diese wertungsmäßig vergleichbaren Fälle der Zwangsverwaltung und des Eigentumswechsels bei der Frage der Nutzungsentschädigung gleich behandelt werden, dann sollte dies auch bei der Frage der Kautionsrückerstattungspflicht so sein<sup>37</sup>:

Der Erwerber eines Grundstücks hat nicht nur Interesse an dem Anspruch auf Räumung und den daraus resultierenden Folgeansprüchen wie Nutzungsentschädigung und Schadensersatz, sondern auch an der Sicherung dieser Folgeansprüche durch die Mietsicherheit, da die Nichterfüllung einer Räumungspflicht meist auf ein Problemverhältnis hindeutet. Deshalb sollte § 566a BGB auch in diesen Fällen angewendet werden, selbst wenn das mit der Folge verbunden ist, dass der Erwerber Schuldner des Kautionsrückerstattungsanspruchs wird. Entscheidend kommt hinzu, dass es dem Sinn und Zweck des § 566a BGB entspricht, eine enge Verzahnung des Rechtsübergangs nach § 566 BGB mit der Kautionsabrede herzustellen<sup>38</sup> und die Sicherheit für die Zeiten der Krise vereinbart wurde, die sich gerade in dem Verstoß gegen die Räumungspflicht realisiert. Bei der Zwangsverwaltung sollte es ähnlich sein, was bedeuten würde, dass der Zwangsverwalter die Kautions trotz Vertragsbeendigung bei Verbleiben des Mieters in dem Objekt fordern kann bzw. ihm die Rechte daraus zustehen, dass er aber auch zur Kautionsrückzahlung verpflichtet ist<sup>39</sup>. Dafür spricht zudem der Wortlaut des § 152 Abs. 2 ZVG, wenn dort die Formulierung „überlassen ist“ verwendet wird<sup>40</sup>.

Der Zwangsverwalter ist hingegen nicht zur Rückerstattung verpflichtet, wenn das Mietgrundstück nach Beendigung des Mietverhältnisses zwangsversteigert und die Zwangsverwaltung deshalb aufgehoben wird. Zwar fällt das Vertragsende als das den Rückzahlungsanspruch auslösende Ereignis in die Zeit der Zwangsverwaltung. Mit dem Ende der Zwangsverwaltung verliert der Zwangsverwalter aber die Verwaltungsbefugnis, der Mieter muss sich an den Vermieter halten<sup>41</sup>. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Abwicklung der Zwangsverwaltung erfordert keine andere Sicht, sondern führt nur dazu, dass der Zwangsverwalter eine bei ihm vorhandene Sicherheit an den Vermieter aushändigen muss, sofern sie nicht dem Ersteher gebührt<sup>42</sup>. Im Übrigen führt nur dieses Ergebnis zu einem Gleichlauf mit dem Verlust der Prozessführungsbefugnis nach Aufhebung der Zwangsverwaltung. Eine Klage gegen den Zwangsverwalter auf Kautionsrückzahlung ist nämlich unzulässig, wenn die Zwangsverwaltung vor Rechtshängigkeit aufgehoben wurde; dem Zwangsverwalter fehlt die Prozessführungsbefugnis selbst dann, wenn die Aufhebung zwischen Anhängigkeit und Rechtshän-

gigkeit erfolgte<sup>43</sup>. Bei Aufhebung der Zwangsverwaltung nach Rechtshängigkeit sind die Regeln über den gewillkürten Parteivertausch anwendbar<sup>44</sup>.

### 6. Aufrechnung

Der Mieter kann gegenüber einem Mietzins- oder Schadensersatzanspruch des Zwangsverwalters nicht mit dem Anspruch auf Kautionsrückzahlung aufrechnen<sup>45</sup>. Bis zur Abrechnungsreife der Kautions folgt dies schon aus der Kautionsabrede. Danach stehen einer solchen Aufrechnung § 392 BGB bzw. §§ 1124 Abs. 2, 1125 BGB entgegen. § 392 BGB ist anwendbar, weil der Mietzins- bzw. Schadensersatzanspruch vor dem Kautionsrückzahlungsanspruch fällig geworden sein muss, da ansonsten keine Abrechnungsreife eingetreten wäre. §§ 1124 Abs. 2, 1125 BGB sehen zugunsten der Hypothekengläubiger ein Aufrechnungsverbot gegenüber solchen Ansprüchen des Vermieters vor, die nach der Beschlagnahme entstanden sind. Letztlich wird es aber meist (es sei denn, die Zwangsverwaltung ist masseunzulänglich) doch auf eine Verrechnung hinauslaufen, wenn nämlich der Mieter den Zwangsverwalter befriedigt und dieser das soeben erhaltene Geld zur Erfüllung des Kautionsrückerstattungsanspruchs zurückzahlt.

## II. Insolvenz des Vermieters

Die Insolvenz des Vermieters ist ebenfalls kein Anwendungsfall des § 566a BGB, da sie gem. § 108 Abs. 1 BGB das Bestehen des Mietverhältnisses nicht berührt (zur Veräußerung des Grundstücks durch den Insolvenzverwalter siehe sogleich). Weil aber der Mietvertrag fortbesteht, haben ihn Mieter und Insolvenzverwalter genau so zu erfüllen wie vor der Insolvenz; die Rechtslage ist insofern vergleichbar derjenigen bei der Zwangsverwaltung unter § 152 Abs. 2 ZVG. Die Insolvenz allein berechtigt den Mieter deswegen nicht, die Rückerstattung der Sicherheit zu verlangen oder mit dem Rückerstattungsanspruch aufzurechnen<sup>46</sup>; die Sicherheit erfüllt vielmehr ihren Sicherungszweck in gleicher Weise wie vor dem Eintritt der In-

- 33) Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rdn. 1538 m.w.N.
- 34) Der BGH hat in BGH, WuM 2006, 403 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603 = GuT 2006, 267 KL diese Frage offen gelassen.
- 35) BGH, NJW 1978, 2149 und BGH, WuM 2007, 267 = NJW 2007, 1818 = ZMR 2007, 529 = GuT 2007, 223 KL jeweils mit weiteren Nachweisen auf die h.M.
- 36) BGH, WuM 2006, 403 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603 = GuT 2006, 267 KL.
- 37) So auch Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rdn. 1430.
- 38) Ähnlich BGH, WuM 2007, 267 = NJW 2007, 1818 = ZMR 2007, 529 = GuT 2007, 223 KL. A.A. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rdn. 1433.
- 39) So auch Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 551 Rdn. 96; Zweifelnd Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rdn. 1504. Offenlassend BGH, WuM 2006, 403 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603.
- 40) Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 551 Rdn. 96. Anders möglicherweise BGH, WuM 2006, 403 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603, wo der BGH aber von einem falschen Wortlaut des § 152 Abs. 2 ZVG ausgeht („überlassen war“ anstatt „überlassen ist“).
- 41) A.A., für eine Rückerstattungspflicht des Zwangsverwalters Eckert, Vortrag auf dem Mietgerichtstag 2008 (abrufbar unter [www.mietgerichtstag.de/downloads/eckertzwangsverwalter.pdf](http://www.mietgerichtstag.de/downloads/eckertzwangsverwalter.pdf)) unter Berufung auf BGH, WuM 2007, 267 = NJW 2007, 1818; in diesem Urteil war aber lediglich eine Rückerstattungspflicht des Erwerbers nach Vertragsbeendigung und Auszug abgelehnt worden.
- 42) Das ist nach der hier vertretenen Meinung der Fall, wenn der Mieter bei Eigentumsübergang noch nicht ausgezogen war; siehe dazu näher oben.
- 43) BGH, WuM 2005, 463 = NZM 2006, 312.
- 44) BGH, NJW-RR 1990, 1213. Siehe aber auch BGH, NJW-RR 2003, 1419 zur Aktivlegitimation des Zwangsverwalters, wenn der Zwangsvollstreckungsantrag zurückgenommen wird; dort gibt der BGH auch Hinweise zu anderen Konstellationen.
- 45) Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdn. 26; Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566a Rdn. 6. Siehe allgemein zur Aufrechnung des Mieters gegen Mietforderungen in der Zwangsverwaltung Eckert, Vortrag auf dem Mietgerichtstag 2008 (abrufbar unter [www.mietgerichtstag.de/downloads/eckertzwangsverwalter.pdf](http://www.mietgerichtstag.de/downloads/eckertzwangsverwalter.pdf)).
- 46) Cymutta, WuM 2008, 441; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdn. 27; Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566a Rdn. 7.



solvenz. Der Insolvenzverwalter darf eine vom Mieter noch nicht geleistete Sicherheit einfordern<sup>47</sup>, muss sie dann aber entsprechend der Kautionsabrede bzw. entsprechend § 551 Abs. 3 BGB anlegen und verwalten.

### 1. Pflicht zur Anlage einer Kautions

Die Pflicht zur insolvenzfesten Anlage trifft den Insolvenzverwalter bei bestehendem Mietverhältnis auch dann, wenn der Vermieter die Kautions zwar erhalten, aber nicht insolvenzfest angelegt hat; der Insolvenzverwalter muss dies (aus der Insolvenzmasse) nachholen<sup>48</sup>. Zwar werden hierdurch die anderen Insolvenzgläubiger benachteiligt, was dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger widerspricht. Das ist aber – genauso wie bei der Zwangsverwaltung – vom Gesetz gewollt bzw. in Kauf genommen, indem Mietverhältnisse in § 108 InsO bzw. § 152 Abs. 2 ZVG gegenüber anderen Verträgen privilegiert werden. Es gibt keine Anhaltspunkte im Gesetz, dass einzelne Pflichten, konkret die Pflicht zur Rückerstattung der Kautions und die dem vorgelagerte Pflicht zur insolvenzfesten Anlage, ausgenommen sein sollen<sup>49</sup>. Es ist weiter zu berücksichtigen, dass § 108 InsO nicht allein dem Mieterschutz dient, sondern über die Vereinnahmung der Miete die Insolvenzmasse auch mehrt. Abgesehen davon gibt es rechtskonstruktive Bedenken, die Anlage- und Rückerstattungspflicht von den Masseverbindlichkeiten auszunehmen. In einem solchen Fall wäre nämlich die Kautionsabrede gegenstandslos, die Pflicht zur Kautionsrückzahlung wäre sofort fällig, der Mieter könnte die Forderung zur Insolvenztabelle anmelden und zwar unabhängig davon, ob der Mietvertrag beendet ist. Das würde einen tiefgreifenden Eingriff in den eigentlich fortbestehenden Vertrag darstellen, der auch im Falle des Grundstücksverkaufs durch den Insolvenzverwalter nicht rückgängig gemacht würde (siehe dazu auch unten). Besondere Wertungswidersprüche werden deutlich, wenn Zwangsverwaltung und Insolvenzverfahren parallel laufen. In diesem Fall wäre der Zwangsverwalter nämlich zur Anlage und Rückerstattung verpflichtet, der Insolvenzverwalter bzw. die Insolvenzgläubiger hätten dies hinnehmen.

Gegen die Pflicht des Insolvenzverwalters zur Anlage und Rückerstattung der Kautions spricht nicht, dass die Pflicht des Vermieters zur insolvenzfesten Anlage (bei der Wohnraummiete gem. § 551 Abs. 3 BGB) überflüssig würde. Sie behielte ihre Funktion für die nicht geringe Zahl masseloser Insolvenzverfahren. Auch die Rechtsprechung des BGH steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Zwar hat der BGH<sup>50</sup> entschieden, dass der Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters in der Insolvenz des Vermieters nur besteht, wenn die Sicherheit aussonderungsfähig angelegt war; das betraf aber ein vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendetes Mietverhältnis (dazu sogleich).

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe September/Okttober 2009 erschien die Beilage 50a zu Heft 50:

**Claudia R. Cymutta,  
Miete und Insolvenz**

Die Beilage 50a wurde den Abonnenten mit dem Heft 50 ausgeliefert.

Beilagen zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) werden nur im Rahmen eines Abonnements ohne Aufpreis ausgeliefert. Im Einzelbezug der GuT sind Beilagen nicht enthalten.

Einzelstücke der Beilage 50a, Umfang 96 Seiten, DIN A5, können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.

### 2. Rückerstattung bei Vertragsbeendigung vor Insolvenzeröffnung

Endet das Mietverhältnis vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so gibt es keinen Vertrag mehr, den der Insolvenzverwalter gem. § 108 InsO fortführen könnte. Der Mieter kann deshalb nach Eintritt der Abrechnungsreife vom Insolvenzverwalter die Rückerstattung der Sicherheit im Wege der Aussonderung gem. § 47 InsO nur verlangen bzw. mit eigenen Ansprüchen aufrechnen, wenn nach der Abrechnung durch den Insolvenzverwalter noch ein Erstattungsanspruch verbleibt und wenn es sich um eine aussonderungsfähige Sicherheit im Sinne von § 47 InsO handelt, also um eine Sicherheit, die nicht zum Schuldner- (Vermieter-) Vermögen gehört bzw. von dem Schuldner treuhänderisch und dinglich getrennt vom seinem übrigen Vermögen verwaltet wurde<sup>51</sup>. Eine derartige Sicherheit ist insbesondere bei einem vom Mieter dem Vermieter verpfändetes Sparsbuch bzw. bei verpfändeten Wertpapieren sowie bei einem offen als Mietsicherheit ausgewiesenen Treuhandkonto gem. § 551 Abs. 3 BGB gegeben; auch die Rückgabe einer Bürgschaftsurkunde dürfte hierunter fallen. Eine Sicherheit, die diesen Anforderungen nicht genügt, insbesondere eine Barkautions, die sich zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im sonstigen Vermögen des Vermieters befindet („Barkautions zur freien Verfügung“), ist nicht aussonderungsfähig gem. § 47 InsO, der Mieter kann sie deshalb bei vor Insolvenzeröffnung beendetem Mietverhältnis nicht vom Insolvenzverwalter heraus verlangen oder mit dem Rückerstattungsanspruch aufrechnen (§ 95 Abs. 1 Satz 3 InsO); der Rückerstattungsanspruch ist vielmehr nur einfache Insolvenzforderung, die quotenmäßig befriedigt wird<sup>52</sup>.

### 3. Rückerstattungspflicht eines Vermieters nach Erwerb vom Insolvenzverwalter

Umstritten ist, ob der Erwerber eines Grundstücks, das ihm vom Insolvenzverwalter veräußert wurde, zur Rückerstattung einer Barkautions verpflichtet ist, die er vom Insolvenzverwalter nicht erhalten hat, weil sie nicht aussonderungsfähig im Vermögen des Vermieters vorhanden war. Auf diese Fälle ist an sich § 566a BGB anwendbar, der Erwerber wäre zur Rückerstattung der Mietsicherheit verpflichtet. Teilweise<sup>53</sup> wird aber eine teleologische Reduktion von § 566a BGB befürwortet, weil der Erwerber bei der Preisfindung berücksichtige, wenn er zur Kautionsrückstattung verpflichtet sei, ohne die Kautions selbst erhalten zu haben, was zu Lasten der Insolvenzgläubiger gehe und deswegen den Zielen des Insolvenzverfahrens widerspreche; der Mieter sei nicht schutzwürdig, weil er sich durch seinen Anspruch auf insolvenzfesten Anlage und das daraus folgende Zurückbehaltungsrecht vor einer solchen Situation hätte bewahren können.

Einer solchen teleologischen Reduktion ist aus vielerlei Gründen zu widersprechen<sup>54</sup>. Zunächst bietet das Recht des Mieters, die insolvenzfesten Anlage der Kautions zu verlangen, gerade in der Krise des Vermieters keinen zuverlässigen Schutz vor Missbrauch (siehe oben unter I. 4.). Weiter ist es rein tatsächlich nicht gesichert, ob und ggf. in welcher Höhe der Kaufpreis durch das Fehlen (einzelner, aller?) Sicherheiten negativ beeinflusst wird; die Preisfindung ist ein komplexer Vorgang, der sich pauscha-

47) Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566a Rdn. 7.

48) Derleder, NJW 2008, 1153.

49) In BGH, ZIP 2008, 1977 Rdn. 19 betont der BGH in anderem Zusammenhang, dass „dem Insolvenzverwalter innerhalb von Vertragsverhältnissen nicht mehr und keine anderen Rechte zustehen als dem Schuldner“.

50) BGH, NJW 2008, 1152 (mit kritischer Anmerkung von Derleder) = WuM 2008, 149 = ZMR 2008, 280.

51) BGH, NJW 2008, 1152 (mit kritischer Anmerkung von Derleder) = WuM 2008, 149 = ZMR 2008, 280; Blank/Börstinghaus § 566a Rdn. 28.

52) BGH, NJW 2008, 1152 mit kritischer Anmerkung von Derleder = WuM 2008, 149 = ZMR 2008, 280; Timme, NZM 2008, 429; Cymutta, WuM 2008, 441; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566a Rdn. 29.

53) Noltin, NZI 2007, 149; Cymutta, WuM 2008, 442.

54) Im Ergebnis ebenso Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566a Rdn. 13; Emmerich in: Staudinger, Bearbeitung 2006, § 566a Rdn. 7.

len Urteilen entzieht. Abgesehen davon stünde die Insolvenzmasse genauso, wenn der Schuldner das Grundstück in der Krise selbst verkauft und wegen der nicht auf den Erwerber zu übertragenden Kautionsen einen geringeren Kaufpreis erzielt hätte; ein Fall inkongruenter Deckung läge nicht vor. Wenn man tatsächlich eine teleologische Reduktion annehmen würde, dann müsste konsequenterweise nicht nur der Ersterwerber von der Rückerstattungspflicht (und allen anderen Rechten und Pflichten aus der Kautionsabrede) befreit sein, sondern auch alle evtl. Folgerwerber<sup>55</sup>. Wenn nämlich bei Verkauf eines Grundstücks durch einen Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten aus der Kautions nicht auf den Ersterwerber übergehen, dann bestehen in der Person dieses Ersterwerbers auch keine Rechte und Pflichten in Bezug auf die Kautions, die gem. § 566a BGB auf

die Folgerwerber übergehen könnten. Entscheidend ist schließlich, dass der Gesetzgeber durch die in § 566a BGB vorgesehene, vom Erhalt der Kautions nicht abhängige Rückerstattungspflicht den Mieterschutz vor die Interessen des Erwerbers, aber auch vor die Interessen der Gläubiger des Vermieters gestellt hat<sup>56</sup>. Für die Gläubiger des Vermieters in der Zwangsverwaltung hat der BGH<sup>57</sup> das anerkannt; es besteht kein Grund zu der Annahme, dass er dies für die Insolvenzgläubiger anders sehen könnte.

55) Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566a Rdn. 13.

56) Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566a Rdn. 13.

57) BGH, WuM 2005, 460 = NZM 2005, 596 = ZMR 2005, 603.

*Bundespräsident Dr. Horst Köhler, Berlin*

## Für ein Europa im Dienst der Bürger

**Rede beim Festakt zum 60. Jahrestag der Karlspreis-Proklamation am 20. Dezember 2009 in Aachen**

„Acht-null-null, Karl kommt auf den Stuhl“. Mit diesem Satz haben sich Generationen deutscher Schüler das Datum der Krönung Karls des Großen gemerkt. Von dem Hofhistoriographen Einhard ist überliefert, Karl selbst sei damals eher verstümmt gewesen, und er wäre nicht in die Kirche gegangen, hätte er von der beabsichtigten Krönung gewusst. Pikanterweise war der ihn krönende Papst Leo III. faktisch sein Schützling, und man hätte diesen Akt auch als Anmaßung missverstehen können.

Als nicht weniger anmaßend hätte man auch die Initiative des Aachener Textilkaufmanns Dr. Kurt Pfeiffer vor genau 60 Jahren missverstehen können, einen nach Karl dem Großen benannten Bürgerpreis für verdiente Persönlichkeiten zu stiften, „die den Gedanken der abendländischen Einigung in politischer, wirtschaftlicher und geistiger Beziehung gefördert haben“, wie es in der Proklamation des Preises zu Weihnachten 1949 hieß.

Und mussten Zeitpunkt und Initiatoren nicht wirklich etwas unpassend erscheinen? Eine kleine Bürgerschaft in der Grenzstadt Aachen in einem Deutschland, das noch weitgehend in Schutt und Asche lag, und ein Europa, das noch aus ungezählten Wunden blutete, die der von Deutschen ausgelöste Krieg geschlagen hatte.

Aber es ging den couragierten Bürgern um Dr. Pfeiffer darum zu zeigen, dass sie nicht auf die große Politik warten wollten, dass sie aus der Geschichte gelernt hatten. „Nie wieder Krieg“, hatten sie sich auf die Fahnen geschrieben. Sie wollten einen Neuanfang, ein neues Denken, ihre Vision war Humanität. Sie sagten sich, „die historische Aufgabe wahren Grenzertums ist es, zu vermitteln und die Grenzen zu überwinden.“ Für diese Vision war ihnen Karl der Große als würdiger Pate gerade gut genug. Und der war so ehrgeizig gewesen, dass er sogar Sprache, Bildung, Recht, Währung und die religiösen Orden vereinheitlichen wollte.

Mit dem Jubiläum des Karlspreises feiern wir heute also auch die Bürger von Aachen, die in den vergangenen 60 Jahren einen wachen Sinn für wahre Väter und Mütter der europäischen Familie bewiesen haben. Die Aachener haben der europäischen Integration Gesichter gegeben, Gesichter für Europas Einheit in Vielfalt.

Der Karlspreis steht für die Idee eines Europas der Bürger. Die Stadt Aachen und ihre Bürger zeichnen Persönlichkeiten aus, die dem europäischen Einigungswerk den Weg bahnen. Die Bürger vertrauen auf politische und geistige Führung, sie formulieren aber auch selbst Ansprüche und Forderungen. Sie setzen auf Vorbilder. Und dabei war es 1949 noch keineswegs sicher, dass sich so viele herausragende Persönlichkeiten für die europäische Idee begeistern und sie vorantreiben würden.

Die Reihe der Geehrten und die jeweilige Würdigung durch das Preisdirektorium spiegeln auch wider, wie sich die Herausforderungen an Europa im Laufe der letzten sechs Jahrzehnte wandelten.

Vor 60 Jahren war die erste Sorge der Aachener der Wiederaufbau ihrer zerstörten Stadt und der unbedingte Wille zum Frieden als Aufgabe der Politik. Sie wollten die Verständigung mit den Nachbarvölkern nach den Schrecknissen, die Deutschland unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft über den europäischen Kontinent gebracht hatte. Als Bewohner einer Grenzregion wollten sie ihr Leben nicht mehr durch Schlagbäume und Zollschranken behindert sehen. Sie erkannten früh die Weitsicht und die politische und geistige Kraft von Jean Monnet, Robert Schuman, Alcide de Gasperi, Paul Henri Spaak, Konrad Adenauer und Walter Hallstein.

Ein Schlüssel für die Wiederfindung Europas war die Überwindung des deutsch-französischen Gegensatzes. Wir können kaum noch ermessen, wie groß die Aufgabe damals war: Es galt, eine sogenannte „Erbfeindschaft“ in Zusammenarbeit und Versöhnung umzuschmieden. Durch vielfältige Begegnungen zwischen den Menschen wurde Freundschaft daraus. Ich selber werde niemals die Rede von Präsident de Gaulle vergessen, die er am 9. September 1962 in Ludwigsburg, meiner Heimatstadt, gehalten hat. Ich war als 19-Jähriger dabei. Er sagte damals: „Die Zukunft unserer beiden Länder, der Grundstein, auf dem die Einheit Europas gebaut werden kann und muss, und der höchste Trumpf für die Freiheit der Welt bleiben die gegenseitige Achtung, das Vertrauen und die Freundschaft zwischen dem französischen und dem deutschen Volk“. Charles de Gaulle wandte sich mit dieser Rede vor allem auch an die deutsche Jugend, und er behielt Recht: Mit den Jahren ist die deutsch-französische Aussöhnung und Zusammenarbeit zum Motor der eu-



ropäischen Einigung geworden. Auf beiden Seiten des Rheins muss darauf geachtet werden, dass dieser Motor nicht zum Stillstand kommt.

Die Bürger Europas verbanden ihr Streben nach Frieden mit dem Wunsch nach Wiederaufbau und gefestigten Verhältnissen. Was als Montanunion begann, um das Rüstungspotenzial der Gründungsstaaten gemeinsamer Kontrolle zu unterwerfen, das entwickelte sich im Laufe der Jahre und Jahrzehnte zum größten Binnenmarkt der Welt. Aus Trümmern wuchs Wohlstand und Interesse füreinander. Die Bürger Europas staunten selber, was ihnen gelang.

Aus der Gemeinschaft der sechs Gründerstaaten von einst ist eine Union von 27 Mitgliedsländern geworden. Ihre Bürger arbeiten und reisen ohne Grenzkontrollen und entdecken die wunderbare Vielfalt Europas. Europa ist die Idee einer Friedensordnung.

Der Karlspreis hatte stets das ganze Europa im Blick. Als der Beitritt Großbritanniens noch eine höchst umstrittene Angelegenheit war, auf den britischen Inseln und auf dem Kontinent, da wurden schon Winston Churchill, Roy Jenkins und Edward Heath Karlspreisträger. Später ehrte das Direktorium mutige und entschlossene Politiker, Menschen- und Bürgerrechtler, die die Zugehörigkeit ihrer Länder zum freiheitlichen Europa einforderten und dazu beitrugen, den Eisernen Vorhang zu beseitigen. Ich nenne Gyula Horn, Václav Havel und Bronislaw Gremek, natürlich aber auch Papst Johannes Paul II., dessen Rolle bei der Überwindung der kommunistischen Diktatur gar nicht überschätzt werden kann. Er rief den Völkern in Mittel- und Osteuropa zu: „Habt keine Angst!“ Die Menschen überwandern ihre Angst und eroberten die Freiheit. Die Einigung Deutschlands und die Einigung Europas wurden durch kluge Politik „zwei Seiten einer Medaille“ (Helmut Kohl).

Heute ist die Europäische Union ein Binnenmarkt mit verlässlichen rechtlichen Rahmenbedingungen für 500 Millionen Bürger. Ein so großer Wirtschaftsraum der Freiheit und die gemeinsame Währung geben Stärke und Schutz. Die anfänglichen Zweifel vieler Bürger gerade in Deutschland, ob die Vorteile eines einheitlichen Währungsraums nicht mit zu hohen Risiken erkauft würden, haben sich nicht bestätigt. Ohne die gemeinsame Währung hätte uns die jüngste Wirtschafts- und Finanzkrise ohne Zweifel noch viel schwerer getroffen. Denn die einzelnen Währungen hätten den Turbulenzen auf den Finanzmärkten nur schwerlich standhalten können. Die Krise hat uns aber auch vor Augen geführt, dass sich die Europäische Union im Inneren noch besser für die Zukunft wappnen muss. Das verlangt unabdingbar nachhaltige Strukturreformen in der Verantwortung der Mitgliedstaaten und eine wirksamere Koordination ihrer Wirtschafts- und Finanzpolitik untereinander. Hier fehlt es noch. Die überbordende Staatsverschuldung in vielen Mitgliedstaaten ist ein Menetekel.

Europa ist aber inzwischen nicht nur eine ökonomische und soziale Schicksalsgemeinschaft, sondern auch und vor allem eine Wertegemeinschaft. Trotz aller vorhandenen Unterschiede verbinden uns Kultur, demokratische Überzeugungen, der Wille zur Freiheit, der Glaube an die Universalität der Menschenrechte, das Vertrauen in den Rechtsstaat und unser christlich-jüdisches Erbe. Ich glaube, es gibt schon so etwas wie ein Lebensgefühl in Europa, das uns zusammenhält.

Eine solche Wertegemeinschaft lebt von der demokratischen Teilhabe der Bürger. Und deshalb ist die demokratische Legitimität der europäischen Institutionen so wichtig. Die Menschen in Europa wollen und brauchen die Zugehörigkeit zu ihrer Nation, die Verbundenheit mit ihrer Region und ihrer Stadt, kurz zu ihrer Heimat und ihren traditionellen Wurzeln. Sie werden geboren als Deutsche, Italiener oder Iren. Das kann und will ihnen niemand wegnehmen. Aber sie wollen zugleich Europäer sein. Das ist auch institutionell möglich, wenn das Subsidiaritätsprinzip die Aufgabenverteilung zwischen den verschiedenen Ebenen zweifelsfrei bestimmt: Alles, was die Bürger und ihre Vertreter vor Ort entscheiden können, sollen sie

auch dort entscheiden. Dieses Vertrauen in die Freiheit soll man ihnen geben. Was nicht vor Ort zu regeln ist, wird in den Ländern oder auf nationaler Ebene entschieden. Aber es gibt auch Aufgaben, die selbst für Nationalstaaten zu groß sind, um sie alleine bewältigen zu können. Für diese Aufgaben brauchen wir die Europäische Union. Es ist gut, dass der Lissabon-Vertrag den nationalen Parlamenten das Recht einräumt, über die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu wachen und notfalls sogar vor dem Europäischen Gerichtshof zu klagen. Ich ermutige die deutschen Parlamentarier: Nehmen Sie dieses Recht ernst! Aber seien Sie auch wachsam und selbstkritisch gegenüber politischem Über-Bande-Spielen im eigenen Land.

Ich nehme es als schönes Zeichen, dass der Lissabon-Vertrag zu Anfang dieses Monats, gerade rechtzeitig zum 60. Jahrestag der Karlspreis-Proklamation, in Kraft getreten ist.

Jetzt kommt es darauf an, den Vertrag kraftvoll mit Leben zu erfüllen. Das beginnt damit, dass er den Bürgern Europas besser erklärt wird. Sie müssen wissen, dass er in ihrem Interesse ist und viele Möglichkeiten bietet für ein besseres Leben. Die Bürger sollen schlicht die Erfahrung machen, dass Europa ihnen dient. Zu oft erleben sie heute das institutionelle Europa vor allem als Ärgernis.

Ganz wesentlich dient es den Interessen der Bürger Europas, dass der Vertrag von Lissabon die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Union stärkt. Das erklärt sich aus drei Gründen:

Erstens: Wir haben mit der Europäischen Union eine Ordnung erreicht, die Freiheit, Wohlstand und Solidarität verbindet. Das kann keine Schablone für andere Regionen und Kontinente sein, aber es ist ein Modell für gutes Miteinander, das anderen Orientierung geben kann bei der Lösung ihrer eigenen Probleme. Wir sollten dieses Modell in der internationalen Gemeinschaft mit selbstbewusster Bescheidenheit vertreten, nicht nur, weil wir von seiner Qualität überzeugt sind, sondern auch, weil wir das Erreichte leichter bewahren und verbessern können, wenn es weltweit viele ähnliche Entwicklungen gibt. Es gibt weltweit einen Bedarf, Freiheit mit sozialem Ausgleich zu verbinden. Das wird nämlich keineswegs zwangsläufig so sein, und das ist die zweite Erkenntnis, die dem Vertrag von Lissabon zugrunde liegt.

Zweitens: Unser europäisches Projekt steht in einer schärfer gewordenen internationalen Konkurrenz, sowohl hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als auch hinsichtlich seiner tragenden Werte und Überzeugungen. Es ist ja schon lange erkennbar gewesen, dass sich neue Wettbewerber, unter anderem in Asien, bilden. Das Tempo kann überraschen. Darum sind bessere Instrumente nötig, um unsere Interessen nach außen wirksam zu vertreten und um im Inneren die Werte, die Überzeugungen und die Fähigkeiten zu stärken, auf denen unsere Freiheit und unser Wohlstand beruhen. Der Lissabonner Vertrag hilft uns dabei. Nun kommt es auf den politischen Willen an, seine Möglichkeiten auch wirklich zu gebrauchen. Es gibt viel Raum dafür.

Drittens: Europa darf aber nicht allein darauf bedacht sein, das bei uns Erreichte zu bewahren und zu bewerben. Europa muss entschlossen und wirksam mitarbeiten an den großen Menschheitsaufgaben, die sich jetzt stellen: Überwindung von Armut, Begrenzung des Klimawandels, Sicherung von Frieden. Europa hat das Rüstzeug dazu, eine Entwicklungspolitik für den ganzen Planeten maßgeblich mitzugestalten. Der Ausgang der Kopenhagen-Konferenz sollte uns eher darin bestärken, dass Europa noch mehr zur Lösung der großen Menschheitsaufgaben beitragen muss. Der Lissabonner Vertrag verbessert auch das „Können“ Europas, nun steht sein „Wollen“ auf dem Prüfstand.

An diesen Aufgaben, an diesen Möglichkeiten werden alle künftigen Träger des Karlspreises gemessen werden. Mein Appell an die Bürger von Aachen lautet: Setzen Sie selber diesen Maßstab! Bewahren Sie den Karlspreis davor, zum Ornament für das Etablierte zu werden. Machen Sie ihn zur wichtigsten

europapolitischen Auszeichnung auch des 21. Jahrhunderts mit den Aufgaben des 21. Jahrhunderts! Belohnen Sie das Zukunftsweisende, auch wenn es uns Europäern die Unbequemlichkeit abverlangt umzudenken, uns ökologisch neu zu erfinden, unvernünftige Gewohnheiten abzulegen, selbst wenn sie uns liebgeworden sind. So Wegweisendes haben ja auch die Gründungsväter des Preises geleistet, als sie vor 60 Jahren eine europäische Einigung propagierten, die vielen als Utopie und so nachrangig gegenüber den drängenden Alltagssorgen in der zerstörten Stadt schien.

Und vor allem: Suchen Sie Preisträger, die sich den Fragen der Jugend stellen, denn es sind die jungen Leute, die das europäische Projekt in die Zukunft tragen und die die Menschheitsfragen bewältigen müssen. Und die Jugendlichen fragen uns schon heute sehr viel: Warum sie in der Schule nur wenig über andere Länder und die gesamteuropäische Geschichte lernen; warum Bildungsabschlüsse in anderen europäischen Ländern nicht anerkannt werden; warum Austauschprogramme überwiegend Akademikern, aber kaum Handwerkern und Technikern offen stehen; warum Europa in Afrika seine Glaubwürdigkeit aufs Spiel setzt; warum so wenig am Aufbau einer öffentlichen politischen Meinung in Europa gearbeitet wird; warum es noch keine gemeinsame europäische Armee gibt und viele, viele Fragen mehr.

So dass ich heute auch kritisch anmerken muss: Europa beschäftigt sich zu sehr mit Nebensächlichkeiten. Aber niemand in der Welt wartet auf Europa, vor allem nicht, wenn es um die zukünftige globale Verteilung von Arbeit und Einkommen geht. Hatten sich die Staats- und Regierungschefs vor zehn Jahren nicht vorgenommen, Europa zum „innovativsten, wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum“ zu machen? Zentrale Zielmarken dieses Anspruchs werden offensichtlich nicht erreicht. Und einen wirkli-

chen Aufbruch in der Bildungs-, Wissenschafts- und Forschungspolitik in Europa kann ich auch nicht erkennen. Ich bedauere das. Vor allem wegen der Jugend Europas und ihrer Zukunftschancen. Eine weitere Anmerkung: Der traurige Verlauf des Bologna-Prozesses bei uns und in anderen europäischen Ländern dürfte die Europabegeisterung bei unseren jungen Menschen auch nicht gerade gesteigert haben. Mein Eindruck ist: Das politische Europa muss aufwachen und sich auf Prioritäten besinnen. Sonst könnten uns die besten jungen Europäer davonlaufen.

Da kommt es mir erst recht wie ein Geschenk des Himmels vor, dass die Karlspreis-Stiftung jetzt auch einen Europäischen Karlspreis für die Jugend geschaffen hat. Sie ist wieder ihrer Zeit voraus. Danke dafür. Dieses Jahr hat das Projekt „YOU-ropo needs You“ aus Polen den ersten Preis erhalten, das die Ausbildung von Studenten in Europakunde und die Weitergabe von Wissen über Europa an Schulen zum Gegenstand hat. Herzlichen Glückwunsch den Initiatoren und den Mitgliedern des Europäischen Studentenforums AEGEE (Association des Etats Généraux des Etudiants de l'Europe)! Das ist nur ein Beispiel dafür, dass die Jugend gern bereit ist, die europäische Idee aufzunehmen, weiterzuentwickeln und weiterzutragen.

Und darüber können wir uns freuen. Das muss uns aber auch Verpflichtung sein.

60 Jahre Karlspreis, das ist ein Stück gute und vor allem ermutigende europäische Geschichte. Die Gesellschaft für die Verleihung des Internationalen Karlspreises und die Stadt Aachen haben sich um Europa und Deutschland verdient gemacht. Dafür möchte ich Ihnen allen Dank und Anerkennung aussprechen. Ich wünsche Ihnen weiterhin eine glückliche Hand bei der Auswahl der Preisträger. Wir brauchen auch in Zukunft Lob und Ermutigung für die besten Köpfe, die für die europäische Idee stehen und sie voranbringen.

Dr. jur. utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

## Demokratie, Föderalismus und die europäische Gemeinschaftsordnung

### – Die ideologischen Fehler der deutschen Europapolitik –

Die griechische Staatsphilosophie unterschied bekanntlich drei „politisch gute“ – weil um das *Allgemeinwohl* bemühte – Herrschaftsformen: „Monarchie“ (Herrschaft eines „Einzelnen“), „Aristokratie“ (Herrschaft der „Besten“), und „Demokratie“ (Herrschaft des „Volkes“), sowie deren negative – am *Eigeninteresse* orientierte und damit „schlechte“ – Herrschaftsformen, nämlich „Tyranis“, „Oligarchie“ (Herrschaft der „Wenigen“, bevorzugt durch Abstammung oder Besitz) und „Ochlokratie“ (Herrschaft der „breiten Massen“).

Platon und Aristoteles betrachteten auch die *Demokratie* als eine schlechte Herrschaftsform, weil der gemeine Bürger über kein politisches Urteil verfüge<sup>1</sup>. Es mag dahinstehen, ob dies auch heute noch zutrifft; dennoch dürfte die Demokratie immer noch abzulehnen sein, weil ihre Entscheidungen *irrational* zustande kommen: bei demokratischen Abstimmungen muss keiner erklären, warum er eine bestimmte Meinung unterstützt, es werden nur Arme gehoben, gezählt, und wenn die Arme wieder nach unten fallen, bleibt für die Entscheidung niemand verantwortlich. Das ist in einer Monarchie deutlich anders, denn hier ist immer klar, wer eine politische Entscheidung zu verantworten hat. Darüber hinaus wird in der Demokratie anstelle eines rationalen, an der *Qualität* der gegensätzlichen Argumente

gemessenen Verfahrens eine *quantitative* Entscheidung organisiert; diese ermöglicht aber eine *rhetorische Einflußnahme* auf das Volk, wovon Demagogen stets Gebrauch machen können, und ebenso ist der Einfluß von „Wahlgeschenken“ nicht zu unterschätzen. Der Ruf der Demokratie war deshalb in der Vergangenheit – und ist bis heute – umstritten; hieran ändert nichts jene Äußerung Winston Churchills, die Demokratie sei zwar schlecht, doch sei ihm keine bessere Staatsform bekannt.

Allerdings dachte Churchill dabei nicht an jene Urform der Demokratie, wie sie etwa in Athen gebräuchlich war und noch heute in einigen Kantonen der Schweiz üblich ist, sondern er hatte die *Repräsentativdemokratie* vor Augen, die – weltweit verwendet – einst in Großbritannien entwickelt wurde. Insoweit handelte es sich demnach nicht um jene Form einer „Demokratie“, wie sie die griechische Staatsphilosophie als solche bezeichnete. Vielmehr stellt die Wahl von „Abgeordneten“ nichts anderes dar als eine Bestimmung jener „Besten“, die zur gemeinsamen Herrschaft im Staat berufen werden und deren Willen sich die übrigen Staatsbürger – zeitlich begrenzt – unterwerfen; dies entspricht aber der „aristokratischen“ Staatsform

1) PLATON Der Staat, 8. Buch; ARISTOTELES Politik, Buch III, Kap. 7 ff.



im griechischen Sinn. Dass die Staatsbürger selbst die „Besten“ bestimmen können, ist ein Umstand, der eine sogenannte Repräsentativdemokratie nicht zur „Demokratie“ macht: das Volk bleibt von der Ausübung einer Staatsherrschaft jedenfalls ausgeschlossen. Das verschweigt unsere politische Doktrin; der mündige Bürger hat in diesem System keine Chance der Einflußnahme auf die Politik seines Staates, es sei denn, er schließt sich einer der politischen Parteien an, aus deren Reihen sich die „Besten“ rekrutieren. Daher sollte die „Repräsentativdemokratie“ richtiger als „Partei-Aristokratie“ bezeichnet werden – was sich aber politisch wohl nicht so gut verkaufen läßt wie gerade die Anlehnung an den Begriff „Demokratie“, zumal unser Grundgesetz selbst das Repräsentativmodell<sup>2</sup> als „demokratisch“ bezeichnet<sup>3</sup>.

Die Kritik am Repräsentativmodell seit Proudhon<sup>4</sup>, später insbesondere durch Karl Marx<sup>5</sup>, war also berechtigt, und das Gegenmodell – genannt „Rätesystem“ – hätte gewiß nachhaltiger gewirkt, wäre es nicht von Anfang an mit einem sozialistischen Eigentumskonzept verknüpft gewesen, das für die herrschenden politischen Parteien inakzeptabel war<sup>6</sup>. Beim Rätesystem sind die Abgeordneten des Volkes an konkrete *Aufträge* ihrer Wähler gebunden oder werden in ihrem Entscheidungsverhalten sogar von den Wählern *kontrolliert*, sodass die Bürger an den politischen Entscheidungen des Staates teilnehmen. Daher ist das Rätesystem, im Unterschied zur „Repräsentativdemokratie“, sehr wohl der *demokratischen* („repräsentativen“) Staatsform zuzurechnen.

Freilich gehören alle von der griechischen Philosophie entdeckten Staatsformen ausnahmslos zur Klasse der „Herrschaft“, was Platon nicht befriedigte. Er vermutete, es müsse doch auch „gerechte“ Staatsformen geben, und wenn diese in der Praxis noch nicht auffindbar seien, so wäre es eben die Aufgabe der Staatsphilosophie, die Prinzipien einer „Politie“ zu entwickeln. Platon versuchte sich in dieser Aufgabe mit der Darstellung von Staatswesen, deren Leitung er in die Hände von „Philosophen“ legen wollte<sup>7</sup>; das war nicht allzu abwegig, galten damals doch als Philosophen jene Experten, die über das Wissen ihrer Zeit verfügten und damit zu objektiven politischen Entscheidungen befähigt sein konnten. Liest man die entsprechenden Staatsentwürfe Platons, so soll sich der Bürger einer Herrschaft von „Weisen“ unterwerfen, die Platon offenherzig als „Aristokraten“ bezeichnet, wenn auch als Aristokraten, die sich durch *tatsächliche Fähigkeiten* auszeichnen und dieser Fähigkeiten wegen erwählt werden<sup>8</sup>. Somit ist der Bürger auch hier einem fremden Willen unterworfen, selbst wenn dieser Wille durch ein allgemeines Interesse geprägt sein mag. Das *Interesse des einzelnen Bürgers* wird dabei nur zufällig berücksichtigt; *Freiheit von Herrschaft* ist also insoweit nicht gegeben.

### Herrschaft und Führerschaft

Prüft man moderne Staatslehren, so findet man immer noch die traditionelle Klassifikation der Staatsformen, wie sie von griechischen Philosophen in der Antike entwickelt wurde. Das mag begründet sein, weil heutige Staatsformen ausnahmslos das *Herrschaftsprinzip* verwirklichen. Schon die alten Griechen waren aber weit gereist. Sie hätten die Kenntnis anderer Formen des politischen Zusammenlebens, denen sie sicherlich begegneten, nach Griechenland mitbringen können; doch zumeist wird eben nur das Gesehene, was bereits als Struktur bekannt ist, und das Wesen andersartiger Strukturen bleibt unverstanden. Im übrigen ist auch heute offensichtlich der Einfluß der griechischen Staatsphilosophie noch immer so stark, dass Untersuchungen zur Klassifikation der Staatsformen nicht für notwendig erachtet werden, obgleich die Probleme, mit denen etwa Jean Bodin oder Samuel Pufendorf zu kämpfen hatten, als sie die Staatsform des „Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation“ mit Hilfe der traditionellen Staatsmodelle zu erklären versuchten, bereits deutlich deren Unzulänglichkeit offenbarten: war dieses Reich etwa eine „Aristokratie“<sup>9</sup> – oder gar ein unerklärbares „monstrum simile“<sup>10</sup>?

Dabei hätte die abendländische Staatslehre frühzeitig erkennen können, dass es andere Formen politischen Zusammenlebens als jene Herrschaftsformen gibt, deren Aufnahme allerdings eine Erweiterung der traditionellen Staatsklassifikation voraussetzt. So beschrieb Tacitus in seinem Werk über Germanien die Struktur der germanischen Stämme als egalitär und keineswegs als herrschaftlich-hierarchisch. Die Befehle der Stammesführer bedurften meist der Zustimmung der Stammesmitglieder – das war die Stellung der „reges“, der Stammeshäuptlinge – oder die Stammesmitglieder mussten zwar den Befehlen ihrer Führer gehorchen, diese Führer konnten aber für ihr Handeln nach dem Ende ihrer Führerschaft zur Verantwortung gezogen werden<sup>11</sup>; letzteres war die Stellung des „Herzogs“ (dux), der nur im Kriegsfall die Befehlsgewalt besaß, ähnlich der Stellung des römischen „Diktators“ in republikanischer Zeit. Die Führer besaßen demnach Befugnisse, die von der Gesellschaft der Stammesmitglieder *abgeleitet* waren. Das unterscheidet sie vom Herrscher, der seine Befugnisse nicht durch einen Übertragungsakt von den Untertanen erlangt, sondern durch deren *Unterwerfung unter den herrscherlichen Willen*.

Eine Herrschaft ist also stets „absolut“, sie ist niemals gegenüber einer Instanz verantwortlich, doch an die Regeln der „Herrschaftsmoral“ gebunden, deren Verletzung die Herrschaft in eine „Tyranis“ verwandelt und den Widerstand der Untertanen gegen den Tyrannen rechtfertigt<sup>12</sup>. Die von Befugnissen der Landstände „beschränkten“ Monarchien in Deutschland bis Ende des 18. Jahrhunderts und die „parlamentarisch beschränkten“ Monarchien im 19. Jahrhundert stellten dagegen Staatsformen dar, in denen die Herrschaftsbefugnis zwischen Monarch und Ständen bzw. zwischen Monarch und Parlament aufgeteilt war und eine *gemeinsam ausgeübte* – hierarchische („ständisches Lehnwesen“<sup>13</sup>) bzw. egalitäre („Parlamente“) – Herrschaft ergab. Offensichtlich ist, dass auch Montesquieus Idee einer „Teilung der Gewalten“ – Überweisung zentraler Herrschaftsfunktionen („Legislative“, „Exekutive“ und „Judikative“) an arbeitsteilig organisierte Aufgabenträger unter einem Herrscher<sup>14</sup> – grundsätzlich die Herrschaftsordnung nicht beseitigt.

### Föderalismus

Das einstige Heilige Römische Reich wird heute oft als Ursprung des deutschen Föderalismus bezeichnet, der im Bismarckreich seine Fortsetzung fand und dann in der Weimarer Republik wie derzeit im Staat unseres Grundgesetzes wiederzufinden sei. Dieser landläufigen Meinung über bundesstaatliche Traditionen in Deutschland kann kaum widersprochen werden, solange eine *Bundesstaatstheorie* fehlt. Bei den Griechen ist hierzu nur wenig Erkenntnis zu finden, obgleich es auch in

2) Verf. Vertretung und Vollmacht in rechtstheoretischer Sicht, RECHTS-THEORIE 2003, 519.

3) Artikel 20 Absatz 1 GG.

4) Walter TORMIN Zwischen Rätediktatur und sozialer Demokratie. Die Geschichte der Rätebewegung in der deutschen Revolution 1918/19 (Düsseldorf 1954) S. 12 Anm. 2; Karl DIEHL Die Diktatur des Proletariats und das Rätesystem (Jena 1920) S. 44.

5) TORMIN (FN 3) ebd..

6) TORMIN (FN 3) S. 10.

7) PLATON Der Staat, 6.-8. Buch; Der Staatsmann.

8) PLATON (FN 7) ebd.

9) Jean BODIN Sechs Bücher über den Staat. Kritische und kommentierte Übersetzung von Bernd WIMMER (München 1977; zugl. Diss. München 1977) II. Buch 1. Kap. (S. 328, 381).

10) Severino de MONZAMBANO, alias Samuel (Frhr. v.) PUFENDORF De Statu Imperii Germanici, deutsch von H. BRESSLAU (Berlin 1922) VI § 9.

11) Publius Cornelius TACITUS Germania VII.

12) Nicht zu verwechseln mit dem „Widerstandsrecht“ in Artikel 20 Absatz 4 GG, das eine Verteidigung des deutschen Grundgesetzes rechtfertigen soll.

13) Verf. Zur Typologie der persönlichen und der dinglichen Rechtsverhältnisse, RECHTS-THEORIE 2006, 360.

14) Hier kontrolliert also der *Herrscher*, nicht etwa kontrollieren sich die „Gewaltenträger“ gegenseitig! Das gilt auch in einer „Repräsentativdemokratie“, in der das Parlament – die *Aristokratie* der „Abgeordneten“ – *Inhaber der Herrschaft* ist.

Griechenland bereits bundesstaatliche Strukturen gab<sup>15</sup> – zumindest solche Strukturen, die unseren heutigen Bundesstaaten<sup>16</sup> ähnlich erscheinen. Die moderne Staatslehre war bisher aber nicht imstande, einen Beitrag zur Klärung dieses Problems zu leisten. Das ist erstaunlich angesichts der Bedeutung, die dem Verhältnis zwischen Bund und Ländern bei eventuellen Streitigkeiten über Befugnisse zukommt, und die aktuelle Praxis, solchen Streit am „runden Tisch“ beizulegen, benachteiligt in der Regel die Länder, weil der Bund über die höheren Steuereinnahmen verfügt. Der runde Tisch ist geradezu das Symbol für das Fehlen einer Bundesstaatstheorie! Gleichwohl behauptet die deutsche Politik, das Bundesstaatsmodell sei die beste Lösung für alle Konflikte, die aus dem Zusammenleben unterschiedlicher Gesellschaften entstehen<sup>17</sup>, und der weltweite Export des Modells wird lebhaft betrieben. Dass etwa in Belgien die Konflikte trotz der Einrichtung eines Föderalismus weiter schwelen und immer wieder in Flammen ausbrechen, erschüttert nicht die Überzeugung der deutschen Politiker. Dabei dürfte es eher ein glücklicher Zufall sein, dass in Deutschland bisher noch keine ähnlichen Konflikte aufgetreten sind, die man sich durchaus zwischen Bayern und den wirtschaftlich schwachen Ländern – oder zwischen Bayern und dem Bund wegen der politischen Bevormundung durch den Bund – vorstellen könnte.

Das Problem beginnt damit, dass sich die Staatsrechtslehrer nicht einig sind, ob der Bund seine Befugnisse *originär durch das Grundgesetz* erhalten hat oder ob es hierzu einer *Übertragung* der Befugnisse des Bundes seitens der Länder bedurfte – wie es ja tatsächlich auch geschehen ist. Geht man davon aus, dass deutsche Souveränität nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst in den Ländern entstand, soweit die Besatzungsmächte dies zuließen, dann blieben für den Bund keinerlei Befugnisse übrig, die er sich nach seiner Gründung hätte aneignen können; er musste sich also mit dem begnügen, was die Länder bereit waren, an ihn abzutreten. Insofern ist der Bund ein *Empfänger von Befugnissen der Länder*, nicht umgekehrt hat der Bund Befugnisse, die er den Ländern abtreten könnte. Weil die Länder sich aber auf die Gründung des Bundes und auf die Übertragung von Befugnissen an diesen geeinigt haben, indem sie das deutsche Grundgesetz billigten, kann ein einzelnes Land seine Befugnisse nicht allein vom Bund zurückverlangen; insgesamt könnten die Länder dies aber sehr wohl tun, wenn sie sich entsprechend einig wären. Das sollte dem Bund und den Ländern bei ihren Verhandlungen am runden Tisch klar sein – oder besser: die Länder sollten oben an einem Tisch sitzen, der Bund aber unten, damit die Verhältnisse deutlich bleiben.

Übrigens unterscheidet sich der *Föderalismus in Deutschland* vom *Föderalismus in Belgien* dadurch, dass in Belgien die originären Befugnisse beim Königreich lagen und die Befugnisse der Regionen vom Königreich auf diese übertragen wurden. Hier sitzt also das Königreich am längeren Hebel. Ähnlich dürfte es auch in Spanien und Italien angesichts einer vergleichbaren Verfassungsentwicklung sein, die dem Druck regionaler Autonomiebestrebungen nachgeben muss.

### Delegation versus Mandat

Dennoch kommt es auch in Regionen, die Autonomiebefugnisse erlangt haben, immer wieder zu politischen Unruhen, was meist mit einer ungenügenden Übertragung von Befugnissen auf die Region erklärt wird. Wie sich zeigen läßt, hat diese Entwicklung jedoch eine ganz andere Ursache, die unmittelbar mit der Anwendung des *föderativen* Prinzips zusammenhängt – sie beruht offenbar auf dem Fehlen einer Bundesstaatstheorie, deren Kenntnis helfen könnte, bei der Gestaltung des Verhältnisses zwischen Zentralstaat und Region einen das Interesse beider Seiten berücksichtigenden Weg zu beschreiten. Nicht bewußt ist nämlich, dass die föderative Übertragung von Befugnissen nach dem Prinzip des „Mandats“<sup>18</sup> erfolgt: der Empfänger einer solchen Befugnis ist zwar dem Befugnisgeber für die Ausübung der Befugnis verantwortlich, ob und wie er von der Befugnis Gebrauch macht, steht ihm aber grundsätzlich frei. Dies hat zur Folge, dass der Befugnisgeber die Kontrolle der

übertragenen Befugnis verliert. Und hierin dürfte auch der Hauptgrund für Querelen zwischen deutschen Ländern und dem Bund liegen, wenn es um die Ausübung von Befugnissen des Bundes geht, von deren Wirkung die Länder unmittelbar betroffen sind, wie insbesondere hinsichtlich der vielfältigen Angelegenheiten, die inzwischen von der Europäischen Gemeinschaft wahrgenommen werden. Hier zeigt sich, wie verhängnisvoll für die Länder die föderative Form der Befugnisübertragung ist, die einst nicht als Problem gesehen wurde, und es zeigt sich auch, dass das föderative Modell durchaus nicht der Weisheit letzter Schluß ist, wie dies oft gerade von deutscher Seite behauptet wird.

Die Alternative müsste also eine Form der Befugnisübertragung sein, die dem Befugnisgeber eine *Kontrolle über die Befugnisausübung durch deren Empfänger* einräumt, und diese Art der Befugnisübertragung gibt es in der Tat: es ist die „Delegation“ der Befugnis, denn hierbei erlangt der Befugnisgeber für den Verzicht auf die Selbstwahrnehmung der eigenen Befugnis eine Kontrollbefugnis über den Befugnisempfänger, und dies genügt, um den Befugnisgeber vor unliebsamen Überraschungen seitens des Befugnisempfängers zu schützen. Die deutschen Länder wären zweifellos zufriedener mit der Wahrnehmung gesamtdeutscher Interessen durch den Bund, wenn sie den Bund hierbei kontrollieren könnten. Die Einrichtung des Bundesrats erlaubt zwar eine gewisse Mitwirkung der Länder an den Regelungen des Bundes, soweit die Länder diese Regelungen auszuführen haben, und es gibt auch einige Befugnisse des Bundes, die eine Zustimmung der Länder zwingend erfordern, bei denen also ein delegativer Charakter vorliegen könnte; doch hat die Staatsrechtslehre hieraus noch nicht die notwendigen Schlüsse gezogen, vermutlich weil sie den *Unterschied zwischen delegativer und mandativer Form* der Befugnisübertragung nicht für beachtenswert hält – soweit sie um diesen Unterschied bisher überhaupt weiß!

Denkt man an die Bildungspolitik in Deutschland, die zu den wenigen der Ländersouveränität noch verbliebenen Politikbereiche gehört und als „Quelle bildungspolitischer Vielfalt“ gelobt wird, für Schüler und Studenten bei einem Ortswechsel über die Grenzen eines Bundeslandes hinweg aber erhebliche und ganz unnötige Nachteile bringt, dann wäre eine zentrale Regelung des Schul- und Hochschulwesens durch den Bund sicherlich zu begrüßen. Das ist jedoch erst möglich, wenn die heutige föderale Struktur des Länder-Bund-Verhältnisses aufgegeben wird, um die entsprechenden Befugnisse dem Bund im Weg der *Delegation* zu übertragen und den Ländern die nötigen Kontrollbefugnisse über eine Bildungspolitik des Bundes zu verschaffen. Selbstverständlich muss die Ausübung dieser Kontrollbefugnisse praktikabel organisiert sein; der „Bundesrat“ als einseitige Veranstaltung der Bundesländer, wie es dem Mandatsverhältnis entspricht, ist hierzu nicht geeignet, denn ein Delegationsverhältnis bedeutet eine *gemeinsame Form der Interessenwahrnehmung* durch den Bund und jedes einzelne Land, sodass der Bund insoweit an den Beratungen der Länder beteiligt werden müsste. Wollte der Bund aber angesichts der Probleme in der Bildungspolitik<sup>19</sup> versuchen, eine eigene Bildungspolitik zu betreiben oder die Bildungspolitiken der Länder zu koordinieren, ohne dafür ein Mandat oder eine delegierte Befugnis zu besitzen, so würde dies die deutsche Verfassungsordnung verletzen.

15) Gustav LEHMANN Ansätze zu einer Theorie des griechischen Bundesstaates bei Aristoteles und Polybios. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen (Göttingen 2001).

16) *Verf. Föderalismus*, in: *ders.* (Hrsg.) Erläuterung und Kritik deutscher Staatsordnung (Bonn 2008) S. 25.

17) *Verf. Verfassungskonzepte für Krisengebiete*, in: *ders.* (FN 16) S. 201.

18) *Verf. Delegation und Mandat*. Eine rechts- und verfassungstheoretische Untersuchung, DER STAAT 1997, 495.

19) Hierzu gehört auch die *Schulpolitik* der Länder; *Verf. Elternrecht und staatliche Schulgesetze*, NWVB1 2007, 128.



## Europäische Gemeinschaft

Auch die Europäische Gemeinschaft ist eine *Empfängerin von Befugnissen*, die ihr seitens der Mitgliedstaaten übertragen sind – nicht so die Europäische Union, die in ihren beiden „neuen Säulen“ (Außen- und Sicherheitspolitik, sowie polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) nach dem *Staatenbundsprinzip* organisiert ist, folglich keine Befugnisübertragung kennt, sondern nur gewisse gemeinsame Ziele besitzt, auf die sie ihre Mitglieder verpflichtet: von den Mitgliedern wird verlangt, bestimmte Befugnisse in Abstimmung mit den anderen Mitgliedstaaten wahrzunehmen, wenn sie von ihnen Gebrauch machen wollen<sup>20</sup>. Dass diese gemeinsame Befugnisausübung „gemeinschaftlich“ genannt wird<sup>21</sup>, ändert daran nichts.

Im Unterschied zum Bundesstaat erlangt die Europäische Gemeinschaft ihre Befugnisse nicht im Wege eines Mandats, sondern im Weg einer *Delegation*, was schon der Umstand nahelegt, dass das deutsche Grundgesetz kaum eine Befugnisübertragung ohne die Kontrollmöglichkeit zulassen dürfte. Deshalb bleibt auch das deutsche Bundesverfassungsgericht für eine Prüfung der Vereinbarkeit europäischen Rechts mit dem Grundrechtskatalog der deutschen Verfassung zuständig; die „Solange“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zu tadeln<sup>22</sup>. Es kann daher auch gar keine Rede sein, dass Deutschland mit dem Beitritt zur Gemeinschaft etwa „Souveränität aufgegeben“ hätte.

Sind aber die Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft von jener delegativen Art, so stellt sich die Frage, auf welche Weise die Mitgliedstaaten ihre jeweilige Kontrollbefugnis ausüben, und dies kann nur im Rahmen des „Rats“ (einst „Ministerrat“) geschehen. Nachdem hier jeder Minister die jeweils ganz individuelle *Kontrollbefugnis seines Staates* wahrzunehmen hat, ist der Gedanke, im Rat könnte „nach Mehrheitsregeln abgestimmt“ werden, völlig unsinnig. Der Rat ist kein Organ der Gemeinschaft, in dem etwa ein kollektives Handeln der Mitgliedstaaten stattfindet; hier wird zwar gemeinsam über Rechtsregelungen der Europäischen Kommission beraten, aber danach übt der Vertreter eines jeden Mitgliedstaats seine *Kontrollbefugnis* aus, indem er die Rechtsregelung der Europäischen Kommission annimmt oder sie ablehnt<sup>23</sup>. Die schon in den alten Romverträgen enthaltenen Mehrheitsentscheidungen beruhen demnach auf einem Mißverständnis über das Wesen des europäischen Gemeinschaftssystems, und ebenso war die Aufnahme der Mehrheitsentscheidungen in den *Vertrag von Lissabon* ein Irrtum, was auch für ähnliche Ziele des *Vertrags von Nizza* gilt. Nicht die ursprüngliche Ablehnung des Vertrags von Lissabon durch Irland war zu kritisieren, sondern dass die Iren in einem zweiten Referendum diesem törichtem Vertrag zustimmten, und gleiches gilt für die Zustimmung der Polen und Tschechen, die dem massiven politischen Druck durch die französische und die bundesdeutsche Regierung nicht standgehalten haben. Der Versuch, Mehrheitsentscheidungen im Europäischen Rat durchzusetzen, könnte künftig ein Ende des Gemeinschaftswegs in Europa bedeuten<sup>24</sup>.

Versuche dieser Art sind auch nicht neu; schon im Jahre 1965 bemühte sich Walter Hallstein, Frankreich dem Zwang der Mehrheitsentscheidung zu unterwerfen, was bekanntlich Charles de Gaulle mit der „Politik des leeren Stuhls“ beantwortete, bis die Mitgliedstaaten schließlich zum sogenannten „Luxemburger Kompromiß“ bereit waren<sup>25</sup>. Es ist lange her, aber vielleicht erinnern sich noch Zeitgenossen. Zu Recht beharrte Frankreich damals auf der Souveränität, die vom EWG-Vertrag nicht angetastet wurde. Angesichts des heute vereinten Vorgehens von Frankreich und Deutschland in dieser Frage erscheint das kurze Gedächtnis der französischen Regierung ebenso merkwürdig wie der rücksichtslose Umgang mit der Souveränität der neuen Mitgliedstaaten, von unlauteeren Streben der deutschen Bundesregierung nach mehrheitlicher Macht in Europa ganz zu schweigen<sup>26</sup>. Wollte man das Verfahren im Rat verbessern, so hätte eine zwingendere Ausgestaltung des Luxemburger Kompromisses nahegelegen, etwa mit der Einschaltung des *Eu-*

*ropäischen Gerichtshofs* bei Streitigkeiten, ob ein „sensible political problem“ vorliegt; dafür hätte es jedoch eines theoretischen Verständnisses für die Funktion jener Kompromißregelung bedurft, die in Deutschland leider niemals Freunde fand.

Mit der Erkenntnis, dass es sich bei den Befugnissen der Europäischen Gemeinschaft nur um *delegierte Befugnisse* handeln kann, erhebt sich die weitere Frage, wem die Ausübung dieser Befugnisse unter den Organen der Gemeinschaft zusteht, und hier kommt unbestreitbar allein die *Europäische Kommission* in Betracht; sie ist also Inhaberin der übertragenen Befugnisse, ihr obliegt die Wahrnehmung der Gemeinschaftsinteressen, und sie kann sich dabei all jener Instrumente bedienen, die ihr die Gemeinschaftsverträge zur Verfügung stellen, jedoch mit der Einschränkung, dass ihre Maßnahmen den *Kontrollentscheidungen der Mitgliedstaaten* standhalten müssen. Die Europäische Kommission ist daher der eigentliche „Gesetzgeber“ in der Europäischen Gemeinschaft, nicht etwa der *Europäische Rat*, wie selbst bei Fachleuten oft zu lesen ist<sup>27</sup>. Auch versteht es sich, dass die Europäische Kommission – als Gruppe von Experten – keiner „demokratischen Legitimation“ bedarf, denn Experten

20) Der Staatenbund erscheint als völkerrechtlicher Kollektivvertrag und entspricht daher etwa dem Prinzip der „Gesellschaft des bürgerlichen Rechts“ (§§ 705 ff. BGB). Eine solche Gesellschaft wird im allgemeinen nicht für rechtsfähig gehalten, doch kann sie durchaus eigene Rechtsfähigkeit erlangen, wenn sie über eine *arbeitsteilige Organisation ihrer Willensbildung*, insbesondere über eine Geschäftsführung, verfügt und damit eine juristische Person darstellt. Deshalb besaß etwa der Deutsche Bund (1815–1866) infolge der geschäftsführenden Stellung Österreichs die Eigenschaft einer juristischen Person und erlangte im Wege seiner Anerkennung durch fremde Staaten *Rechtsfähigkeit*, konnte also Botschafter solcher Staaten akkreditieren. Zu bemerken ist allerdings, dass diese Zusammenhänge der heutigen Theorie des Staatenbunds so wenig bekannt sind wie auch eine Theorie des Bundesstaats fehlt. Es erhebt sich die Frage, ob der gegenseitige Wirtschaftshilfe – RGW oder COMECON – unter der Führung der Sowjetunion, der lediglich ein *Sekretariat*, aber keine repräsentative Struktur besaß, keinesfalls als juristische Person erscheinen konnte. Deshalb lehnte die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft – die mit der „Kommission“ einen *Willensträger* besaß und damit juristische Person war, die völkerrechtlich anerkannt werden konnte – direkte Kontakte mit dem RGW ab und verhandelte stets nur mit den einzelnen Mitgliedstaaten des RGW. Hieran änderte nichts, dass der RGW-Vertrag eine „Rechtspersönlichkeit“ des RGW ausdrücklich postulierte, denn die Eigenschaft der Rechtspersönlichkeit ergibt sich denknötwendig aus der organisatorischen Struktur einer Gesellschaft und kann weder von anderen noch etwa sich selbst willentlich „verliehen“ werden (das gilt auch für Artikel 281 EGV); *Verf. Persönlichkeit und Subjektivität*, ARSP 1998, 250. Der Status der Europäischen Union ist unterschiedlich, wenn es um Gemeinschaftspolitik oder um die Politik der „Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik“ bzw. um die „Justizielle Zusammenarbeit“ geht. Insofern war der Passus über eine *Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union* im europäischen Verfassungsentwurf von 2004 unsinnig; er verdeutlicht noch einmal die theoretischen Mängel dieses Verfassungsentwurfs; *Verf. Europäische Verfassung. Grundlinien einer allgemeinen Verfassungstheorie und Kritik des europäischen Verfassungsprojekts 2004* (Bonn 2005) S. 163.

21) Elfriede REGELSBERGER Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der EU (GASP). Konstitutionelle Angebote im Praxistest 1993–2003 (Baden-Baden 2004).

22) *Verf. Grundrechtsschutz und Gemeinschaftsrecht – zur Rechtsprechung des BVerfG „Solange-II“*, DöV 1987, 851.

23) *Verf. Europäische Verfassung* (FN 20) S. 164.

24) Das sehen die herrschende deutsche Europarechtswissenschaft und die deutsche Politikwissenschaft freilich ganz anders; Matthias JOPP / Saskia MATL (Hrsg.) Der Vertrag über eine Verfassung für Europa. Analysen zur Konstitutionalisierung der EU (Baden-Baden 2005). Womit begründen aber die Autoren dieses Bandes ihr emphatisches Lob für den europäischen „Verfassungsvertrag“ von 2004? Eine ähnliche Frage gilt etwa dem Sammelband von Heinz KLEGER / Ireneusz Pawel KAROLEWSKI / Matthias MUNKE (Hrsg.) Europäische Verfassung. Zum Stand der europäischen Demokratie im Zuge der Osterweiterung (3. aktualisierte und erweiterte Auflage Münster 2004), statt vieler weiterer Beispiele europapolitischer Ideologien.

25) *Verf. Europäische Verfassung* (FN 20) S. 165.

26) Dass Deutschland mit dem Gemeinschaftskonzept nichts anzufangen weiß, zeigte sich auch im deutschen Boykott des französischen Konzepts einer „Mittelmeergemeinschaft“. Die deutsche Politik hat erreicht, dass dieses Konzept zu einer *Staatenbundsordnung* zwischen der EU und Mittelmeeranrainern denaturiert wurde!

27) Werner WEIDENFELD Die Europäische Verfassung verstehen (Bonn 2006) S. 73.

sind nur aufgrund ihrer Fähigkeiten legitimierbar; wenn der Kommissionspräsident heute durch das Europäische Parlament „gewählt“ – und damit der Willkür dieses Parlaments unterworfen – wird, offenbart dies ganz besonders den Mangel an Verständnis für das Wesen der Gemeinschaftsstruktur.

Aus verfassungstheoretischer Sicht wird die Funktion der Europäischen Kommission mit der Aufgabe eines „Lenkers“ – als *kontrollierten Führers* – zu identifizieren sein; die Europäische Gemeinschaft gehört daher zu den heute immer noch seltenen „herrschaftsfreien“ politischen Kollektiven und ist schon aus diesem Grund eine Veranstaltung, die unsere Aufmerksamkeit verdient (auch das *Heilige Römische Reich deutscher Nation*<sup>28</sup> und das *Bismarckreich*<sup>29</sup> waren übrigens *Gemeinschaften*, durchaus keine „Föderationen“!). Dass diese Herrschaftsfreiheit nur für die Mitgliedstaaten gilt – solange diese nicht einer *Mehrheitsentscheidung* unterworfen werden, um widerstrebende Mitgliedstaaten unter die Herrschaft der übrigen Mitgliedstaaten zu zwingen – und dass die Herrschaftsfreiheit die Bürger in Europa noch nicht erreicht, beruht darauf, dass alle Mitgliedstaaten noch Systeme der *Herrschaft* praktizieren und dass folglich auch nur *Herrschaftsbefugnisse* auf die Europäische Gemeinschaft übertragen werden. Es wäre zu wünschen, dass zukünftig einmal die nationalen Staatsordnungen in Europa ebenfalls nach dem Gemeinschaftsmodell umgestaltet würden<sup>30</sup> – das wäre ein Segen, besonders auch für das föderale Deutschland, wo nicht nur Bundespolitiker immer wieder erwägen, wie man die kleineren Bundesländer „abschaffen“ könnte!

Der verfassungstheoretische Begriff „Führerschaft“ ist im übrigen nicht etwa mit dem Begriff „Führerprinzip“ identisch, der eine rhetorische Komponente des Nationalsozialismus war; die Mehrheit des deutschen Volkes unterwarf sich 1933 vielmehr einer *Herrschaft Adolf Hitlers*, die dieser bekanntlich – gestützt auf SA und SS – moralwidrig in eine *Tyrannis* verwandelte. Letztere entsprach durchaus dem klassischen griechischen Modell, wie es Jacob Burckhardt in seiner Griechischen Kulturgeschichte dargestellt hat<sup>31</sup>.

Die Besonderheit des delegativen Systems der Europäischen Gemeinschaft besteht aber darin, dass sich die Europäische Kommission aus *Experten* für die verschiedenen ihr übertragenen Aufgaben zusammensetzt – oder zusammensetzen soll: die Qualität der Kommissionsarbeit ist natürlich von der Qualität der nach Brüssel entsandten *Experten* abhängig, was den nationalen Regierungen eine entsprechende, auch von der deutschen Regierung nicht immer angemessen wahrgenommene Verantwortung auferlegt! Diese Führerschaft der Experten garantiert, dass europäische Regelungen grundsätzlich *objektiv an ihren Erfordernissen ausgerichtet* werden (was einem zentralen Anliegen Platons<sup>32</sup> gerecht wird), ohne dabei die *Belange der einzelnen Mitgliedstaaten* aus dem Auge zu verlieren (was in Platons Entwürfen unbeachtet blieb); denn die Kontrolle der Kommissionsmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten sorgt dafür, dass auch deren individuelle Belange berücksichtigt werden. Die besondere Struktur der Europäischen Gemeinschaft dürfte demnach die Ursache des allgemeinen Wohlstands in der Gemeinschaft sein, und diese Struktur gilt es weiterhin zu pflegen. Die Anzahl der Kommissionsmitglieder ist dabei grundsätzlich unproblematisch; denn anders als in Herrschaftssystemen, in denen die Konkurrenz unter den Mitherrschern die Stabilität des Systems gefährdet, ist eine Konkurrenz unter Experten sogar erwünscht, weil sie die *Qualität der logischen Argumentationen* fördert. Die häufig geäußerte Befürchtung, die Europäische Kommission werde durch die wachsende Zahl ihrer Mitglieder „handlungsunfähig“, entbehrt jeder vernünftigen Einsicht.

Es wäre daher zu hoffen, dass das Gerangel um „institutionelle Neuordnung“ der Europäischen Gemeinschaft schnellstens beendet wird. Dies sollte vor allem für die Machtambitionen des „Europäischen Parlaments“ gelten, dessen Funktion im Rahmen der europäischen Strukturen ohnehin fragwürdig ist – welchen Sinn hat eine Herrschaftskomponente im herrschaftsfreien Raum europäischer Institutionen? – und das seine stete Macht-

erweiterung, wie überhaupt die Tatsache seiner Existenz, nur dem Umstand zu verdanken hat, dass bislang eine *Theorie der Supranationalen Gemeinschaft* fehlte, die solche Relikte aus der Praxis des „demokratischen“ Herrschaftsstaats als überholt erkennen ließe. Zu erinnern ist, dass das Europäische Parlament in den ursprünglichen Verträgen schlicht „Versammlung“ hieß, und deren Aufgabe war rein konsultativ gedacht; war es sinnvoll, dieser Institution nach und nach jene Macht zu verleihen, über die sie heute verfügt? Insofern wäre allerdings eine *institutionelle Neuordnung Europas* zu wünschen, wie wenig das manchem Verfechter demokratischer Ideen gefallen mag; doch sollte er sich vor Augen führen, dass bislang auch eine *Demokratiethorie* fehlt, mit der sich vielleicht seine Meinung ändern könnte.

### Einbeziehung der Bürger

Die europäischen Institutionen treten heute zumeist in das Bewußtsein der Bürger als Urheber bürokratischer Regelungen, deren Notwendigkeit ein Bürger nur selten einsehen kann, zumal sich niemand um sein Verständnis kümmert. Da helfen schöne Schlagworte wie „Europa der Bürger“ nur wenig, um den Bürger für Europa zu begeistern, und man muss sich deshalb kaum wundern, wenn Wahlen zum Europäischen Parlament wenig Resonanz finden. Auch erhält der Bürger aus der Tätigkeit dieses Parlaments nur selten den Eindruck, dass es dort um *seine* Belange geht, wenn die Parlamentarier vor allem das „Wohl Europas“ im Auge haben.

Dringlichst benötigt der Bürger in Europa, der von den europäischen Regelungen unmittelbar betroffen sein kann, eine europäische Einrichtung, die ihn frühzeitig über Regelungsvorhaben der Europäischen Kommission informiert – die öffentlichen Medien, die heute diese Aufgabe wahrnehmen, tun dies nur nach Gutdünken, weil sie unabhängig sind und sich grundsätzlich mehr mit den Interessen der Allgemeinheit als mit den Interessen einzelner Bürger befassen – und der Bürger benötigt darüber hinaus eine europäische Einrichtung, die sein persönliches Interesse an einer geplanten (oder erst zu planenden) Regelung gegenüber der Europäischen Kommission vertritt. Das Europäische Parlament ist hierzu so wenig in der Lage wie seine Parlamentarier oder sein „Bürgerbeauftragter“<sup>33</sup>, weil die Institution des Parlaments für diese Aufgaben nicht geschaffen wurde und die parlamentarische Struktur dafür auch nicht geeignet ist, der Bürgerbeauftragte aber mit diesen beiden Aufgaben weit überfordert wäre.

Daher sollten die finanziellen Mittel, die heute für eine Öffentlichkeitsarbeit des Europäischen Parlaments zur Verfügung stehen, einer *neuen europäischen Institution* überwiesen werden, die zur umfassenden Information der Bürger über europäische Vorhaben verpflichtet ist, und die zugleich verpflichtet ist, die begründeten Anliegen eines Bürgers nach dessen Weisung gegenüber der Europäischen Kommission zu vertreten. Nur mit einer solchen institutionellen Neuordnung wird es gelingen, dass auch die europäischen Bürger an den Errungenschaften der Herrschaftsfreiheit in Europa teilnehmen können, womit die erwünschte Achtung der Bürger vor dem europäischen Werk und seiner Leistung erzeugt wird.

### Vergemeinschaftung von Unionspolitikern

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sollten im übrigen begreifen, dass sie auch die beiden „neuen Säulen“ der Union in das System der Europäischen Gemeinschaft überführen können, ohne dabei den Verlust ihrer Souveränität befürchten

28) *Verf.* Kaiser und Reich, in: ders. (FN 16) S. 7.

29) *Verf.* Europäische Zukunft – Bundesstaat oder Staatengemeinschaft? Das Beispiel des Bismarck-Reichs, *DöV* 1994, 994.

30) *Verf.* Europäische Verfassung (FN 20) S. 187.

31) Jacob BURCKHARDT *Griechische Kulturgeschichte*, Erster Band: Der Staat und die Religion, zusammengefaßt hrsgg. v. Rudolf MARX (Leipzig 1929) S. 271.

32) *Der Staat*, 8. Buch.

33) Michael PIAZOLO Die Bedeutung der Verfassung für die Bürger, in: Matthias JOPP / Saskia MATL (FN 24) S. 423.



zu müssen. Die Gemeinschaft hat keinen jener Nachteile, die mit einem *föderalen* System verbunden sind: die Möglichkeit der umfassenden Kontrolle der Gemeinschaftsregelungen, bevor diese Rechtskraft erlangen, läßt jedem Mitgliedstaat die Verantwortung zu entscheiden, ob er eine Gemeinschaftsregelung scheitern lassen will, indem er seine Zustimmung verweigert. Andererseits haben jedoch die Aktivitäten der Europäischen Kommission im Verlauf von mehr als 50 Jahren gezeigt, dass ihre Regelungen aufgrund deren objektiver Rationalität den Interessen aller Mitgliedstaaten gerecht werden, ohne als „kleinster gemeinsamer Nenner“ der Interessen zu erscheinen, wie dies in einem Staatenbundverhältnis meist der Fall ist: dort vertraut kein Mitgliedstaat den Vorschlägen eines anderen Mitgliedstaats, denn er vermutet, dass dessen Vorschläge immer eigensüchtig motiviert sind. Selbst wenn die Erarbeitung solcher Regelungsvorschläge einem *Sekretär* übertragen wird – wie in der Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union geschehen – fehlt diesem Sekretär strukturell bedingt die Autorität, um Konzepte gegenüber den Mitgliedstaaten mit Nachdruck verteidigen zu können, und dieser Sekretär besitzt auch nicht die Autorität, um etwa mit anderen Staaten auf gleicher Augenhöhe Verhandlungen zu führen; daran ändert nichts dessen Bezeichnung als „Hoher Vertreter für die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik“, denn er bleibt zwangsläufig von den Mitgliedstaaten der Union und deren Weisungen abhängig: im organisationstheoretischen Sinn entspricht seine Aufgabe der eines „Stabes“, das heißt, der Hohe Vertreter hat *Hilfsaufgaben für die Mitglieder des Staatenbunds der Europäischen Union* zu erledigen.

Ganz anders dagegen die Stellung der *Europäischen Kommission*: sie organisiert das Handeln jener Körperschaft, die von den Mitgliedstaaten gebildet wird und der diese Mitgliedstaaten ihre Befugnisse im Delegationsweg – unter Gewinnung entsprechender Kontrollbefugnisse – übertragen haben; sie besitzt damit klare Befugnisse – die Befugnisse der Gemeinschaft – und muss sich nicht ihre Befugnisse von den Mitgliedstaaten fallweise erbeten. Das bedeutet auch, dass die Mitgliedstaaten von den Kommissionsregelungen abhängig sind – nicht umgekehrt – denn die Kommission kann jederzeit ihr Regelungsangebot zurückziehen, ohne dass danach die Mitgliedstaaten in der Lage wären, für sich allein oder für alle gemeinsam entsprechende Regelungen zu schaffen: die Gemeinschaftsverträge lassen dies nicht zu. Deshalb kann die Kommission auch gegenüber anderen Staaten und Internationalen Organisationen mit weit stärkerer Autorität als der Sekretär der Europäischen Union auftreten, wie sich besonders bei Verhandlungen der Welthandelsorganisation immer wieder gezeigt hat.

### Europäisches Bürgeramt

Wollen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union wirklich Verbesserungen ihrer Verträge erreichen, dann sollte die Europäische Kommission ein europäisches Bürger-Amt einrichten, um Bürgern Europas einen Zugang zu den europäischen Regelungsverfahren zu verschaffen. Wenn heute oft eine „notwendige Transparenz der Verhandlungen im Rat“ gefordert wird, so verkennt dies, dass die Öffentlichkeit keinen Anspruch darauf hat zu erfahren, welche Argumente von Seiten der Mitgliedstaaten bei der Wahrnehmung der *mitgliedstaatlichen Interessen* vorgebracht werden; es ist Sache jeder Regierung in den Mitgliedstaaten, ob sie ihren Bürgern ihre Entscheidung erklärt. Der einzelne Bürger muss aber seine Wünsche bereits im Vorfeld bei der Kommission angemeldet haben, damit sie im *Regelungsvorschlag der Kommission* berücksichtigt werden konnten – und selbstverständlich muss diesem Bürger der endgültige Regelungsvorschlag zur Kenntnis gebracht sein, damit er sich gegebenenfalls an den *Europäischen Gerichtshof* wenden kann, um seinen Wünschen Nachdruck zu verleihen. Es wäre nicht sinnvoll, wenn der Bürger erst nachträglich seine „rechtliche Betroffenheit“ durch die Regelung geltend machen könnte und die Regelung dann gegebenenfalls wieder aufgehoben werden müsste<sup>34</sup>. Jenes Referendumsrecht aber, das der Vertrag von Lissabon den Bürgern zur Verfügung stellt, dürf-

te den Interessen des einzelnen Bürgers schwerlich nützen; der politische Druck, der hierdurch auf die europäischen Institutionen erzeugt werden soll, hat in einem Gemeinschaftssystem ohnehin keinen Platz.

### Europas gemeinsame Stimme

Ferner ist ebenso wichtig, dass die beiden Staatenbündnisse der Union in das System der Europäischen Gemeinschaft übernommen werden, damit Europa auf internationaler Ebene endlich „mit einer Stimme sprechen“ kann und nicht mehr das Erscheinungsbild politischer Uneinigkeit und Handlungsunfähigkeit bietet – oder was noch schlimmer ist: dass dann, wenn es schließlich zu einem gemeinsamen Handeln der Mitglieder des Staatenbunds kommt, die Risiken und Nebenwirkungen oft nicht hinreichend bedacht sind, weil die Mitgliedstaaten in der Union gegeneinander arbeiten und der kleinste gemeinsame Nenner politischen Handelns schwerwiegendere Folgen nach sich ziehen kann, als wenn das Handeln unterblieben wäre. Ein „wirtschaftlicher Riese“ wie die Europäische Union darf sich diese selbstverschuldete politische Schwäche nicht länger erlauben.

Werden alle Politikbereiche der Europäischen Union dem Gemeinschaftssystem unterworfen, dann erübrigt sich eine weitere Unterscheidung zwischen „Union“ und „Gemeinschaft“, und der Begriff „Europäische Gemeinschaft“ kann wieder für sämtliche Gemeinschaftspolitiken gebraucht werden, wie dies der Besonderheit des Gemeinschaftssystems entspricht. Die von Walter Hallstein verbreitete Idee, dass die Europäischen Gemeinschaften einen „unvollendeten Bundesstaat“ darstellen, der zu einem echten Bundesstaat entwickelt werden müsse, kann man getrost aufgeben; hätte es zur Zeit Hallsteins eine Theorie des Bundesstaats und eine Theorie der „Supranationalen Gemeinschaft“ gegeben, dann hätte Walter Hallstein nicht eine Ansicht vertreten, die ihn schließlich sein langwährendes, glanzvoll ausgefülltes Amt als Präsident der Europäischen Kommission kostete.

Ergänzt werden sollten die Tätigkeitsbereiche der Europäischen Gemeinschaft aber durch eine *gemeinschaftliche Verteidigungspolitik*, wie sie bereits im Jahre 1951 unter der Bezeichnung „Europäische Verteidigungsgemeinschaft“ angedacht war. Jede eigenständige Rechtsordnung benötigt einen eigenständigen Gewaltapparat zur autonomen Gewährleistung ihrer Sicherheit, und ein solcher Apparat kann nicht durch Verträge ersetzt, sondern nur zusätzlich abgesichert werden, wie es für Europa durch die Nordatlantikkpakt-Organisation geschehen ist; doch selbst die Teilnahme aller Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft am Nordatlantikkpakt darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Vereinigten Staaten von Amerika in diesem Pakt eine Übermacht bilden, die letztlich über die europäischen Mitgliedstaaten nach Belieben verfügen kann, solange diese sich nicht untereinander einig sind. Der Nordatlantikkpakt erscheint heute als „Gesellschaft eines Löwen“ (*societas leonina*), wie die alten Philosophen sich ausdrückten, und dieses für die europäischen Staaten ungünstige Verhältnis sollte durch eine *Europäische Verteidigungsgemeinschaft* verbessert werden, um Europa zu einem gleichwertigeren Partner der Vereinigten Staaten zu machen; denn was für Amerika gut ist, muss nicht auch für Europa gut sein. Darüber hinaus könnte das nationale Sicherheitsbedürfnis der europäischen Staaten durch die gemeinschaftliche Regelung der Verteidigungsaufgaben auf wirtschaftlichere Weise befriedigt werden – dies schon ein ausdrückliches Motiv für die Bemühungen um die einstige Europäische Verteidigungsgemeinschaft –, weil die Struktur der Gemeinschaft die rationalste Verwendung aller für die Sicherheit des Wohlstands in Europa verfügbaren Mittel garantiert.

34) Dies entspricht einer richtig verstandenen Funktion des Artikels 17 GG, der mit dem „Petitionsrecht“ eine verfassungsmäßige *Mitwirkung des Bürgers bei der Bundesgesetzgebung* über die Funktion eines bloßen „subjektiven öffentlichen Rechts“ hinaus gewährt; *Verf.* Die Stellung des Bürgers nach Artikel 17 des Bonner Grundgesetzes (Veröffentlichung in Vorbereitung).



Vergleicht man die Strukturen der frühen europäischen Gemeinschaften – *Gemeinschaft für Kohle und Stahl* (EGKS, „Montanunion“) und *Verteidigungsgemeinschaft* (EVG) – mit den Strukturen der späteren Verträge – *Wirtschaftsgemeinschaft* (EWG) und *Atomgemeinschaft* (EAG, „Euratom“) – so sind die selbständigen Befugnisse der „Hohen Behörde“ der EGKS und des „Kommissariats“ der EVG auffällig: sie haben zweifellos einen *föderalen Charakter*! Der EVG-Vertrag wurde von Frankreich nicht ratifiziert, und es läßt sich unschwer erkennen, dass auch die spätere französische „Politik des leeren Stuhls“ auf gleichen Bedenken beruhte. Über die Ursachen der französischen Politik wurde schon viel philosophiert. Vermutlich trug aber das Gefühl lauernder Gefahren eines Föderalismus maßgebend zum Scheitern der EVG bei, selbst wenn diese Gefahren damals noch nicht deutlich formuliert werden konnten. Dass Frankreich der EGKS beitrug, ändert hieran nichts; denn der sensible militärische Bereich ist anders zu bewerten als die Bereiche von *Kohle und Stahl*, die zwar ebenfalls eine militärische Bedeutung haben, jedoch weitgehend kommerzialisiert sind. Heute sind föderale Strukturen in der Europäischen Gemeinschaft kaum mehr vorhanden, weil die Befugnisse der Kommission grundsätzlich unter der Kontrolle aller Mitgliedstaaten der Gemeinschaft bleiben; soweit aber selbständige Befugnisse der Kommission weiter bestehen – vor allem aus dem EGKS-Vertrag – ist der Gebrauch dieser Befugnisse künftig *regelmäßig zu überprüfen*.

Trotz mancher Irrwege – zuletzt wieder mit dem *Vertrag von Lissabon*<sup>35</sup> – läßt sich insgesamt eine folgerichtige Verfassungsentwicklung der Europäischen Gemeinschaft feststellen, in die auch die beiden *Staatenbundbereiche* der Europäischen Union aufgenommen werden sollten, ebenso wie der noch den Mitgliedstaaten verbliebene *Verteidigungsbereich*. Die Funktion des „Europäischen Parlaments“ ist jedoch zu überprüfen; insbesondere kann es keinen Einfluß des sogenannten Parlaments auf die Ernennung des Präsidenten der Europäischen Kommission geben, denn anders als in einer parlamentarischen Herrschaftsordnung erlangt die Europäische Kommission ihre Befugnisse nicht etwa – wie eine Regierung – von „demokratisch gewählten Abgeordneten“, sondern *aufgrund der europäischen Gemeinschaftsverfassung* (und eventuell aufgrund von Befugnissen, die ihr aktuell im Rahmen des Staatenbunds der Union übertragen werden können), und für eine Begrenzung der Anzahl der Kommissionsmitglieder, wie sie der Vertrag von Nizza vorsieht, gibt es überhaupt keinen vernünftigen Grund. Unerläßlich dürfte aber im Interesse der europäischen Bürger ein neues „Europäisches Bürger-Amt“ – oder eine ähnliche Einrichtung der Europäischen Kommission – sein, um für die nötige Akzeptanz der Europäischen Gemeinschaft unter den Gemeinschaftsbürgern zu sorgen.

### Die deutsche Haltung zum Lissabon-Vertrag

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat die deutsche Ratifizierung des Vertrags von Lissabon zwar grundsätzlich gebilligt – Entscheidung vom 30. Juni 2009 – allerdings verlangt, dass bestimmte Versäumnisse bei der innerstaatlichen Organisation des deutschen Handelns in der Europäischen Union zunächst ausgeglichen werden; insbesondere sei die demokratische Kontrolle der deutschen Bundesregierung in europäischen Fragen noch ungenügend<sup>36</sup>. Diese Feststellungen und Forderungen des Bundesverfassungsgerichts gehen jedoch in eine falsche Richtung. Das Problem des Vertrags von Lissabon sind nicht solche innerstaatlichen bundesdeutschen Organisationsfragen, sondern die *Mehrheitsentscheidungen, die künftig im Europäischen Rat zulässig sein sollen*, denn diese sind mit dem Prinzip einer Gemeinschaftsordnung ebensowenig vereinbar wie mit der Souveränität der Mitgliedstaaten, und der letztere Punkt hätte das Bundesverfassungsgericht zum Eingreifen gegen die deutsche Ratifizierung des Vertrags von Lissabon veranlassen müssen. Das Bundesverfassungsgericht verfügt aber weder über eine *Theorie der Supranationalen Gemeinschaft* noch über eine Theorie der staatlichen *Souveränität*<sup>37</sup>, die für das Verständnis des Artikels 24 GG so wichtig ist; dies wird

durch nichts deutlicher als durch den erneuten Rückgriff auf den unsäglich leeren Begriff eines „Staatenverbunds“ zur Charakterisierung der Europäischen Union, den das Bundesverfassungsgericht einst erfunden hat, ohne ihn jemals zu definieren. Wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung stattdessen Versäumnisse bei der Organisation der „demokratischen Kontrolle“ des deutschen Regierungshandelns rügte, so meinte das Gericht insbesondere die mangelhafte Teilhabe der Länderparlamente an einer solchen Kontrolle. Gerade dies aber zeigt, dass das Bundesverfassungsgericht auch über *keine Bundesstaatstheorie* verfügt – denn wie bereits gesagt ist das Verhältnis zwischen Bund und Ländern grundsätzlich *mandativ* bestimmt, erlaubt also keine Kontrolle des bundesstaatlichen Handelns durch die Bundesländer, und insofern sind die Bestimmungen des neuen Artikels 23 GG überhaupt fragwürdig, weil sie ein Kontrollelement in das bundesstaatliche Verhältnis bringen wollen, das dort keinen Platz haben kann. Zwar sind die Bundesländer an der Gesetzgebung des Bundes beteiligt – Artikel 76 ff. GG – doch folgt hieraus auch in Fällen einer *notwendigen Zustimmung des Bundesrats* nicht, dass insofern eine *delegative* Form der Befugnisübertragung von den Ländern auf den Bund vorliegt, denn das einzelne Bundesland kann ein Bundesgesetz nicht durch das Verweigern seiner Zustimmung zu Fall bringen. Die Verhältnisse in einer Föderation liegen eben gänzlich anders – und für die Mitgliedstaaten nachteiliger! – als in einer (nationalen oder supranationalen) Gemeinschaft. Die mandative Form der Befugnisübertragung in einer Föderation begrenzt nämlich auch die Mitwirkung der einzelnen Bundesländer an der Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, denn der Bundesstaat ist nicht nur grundsätzlich für die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten verantwortlich – Artikel 32 GG – sondern ebenso für die Beziehungen zu internationalen Organisationen, und dies umfaßt auch die Beziehungen zur Europäischen Gemeinschaft, wobei der deutsche Bundesrat als Vertretung der deutschen Bundesländer lediglich „gehört“ werden muss, falls die Interessen von Bundesländern betroffen sein sollten. Es ist zu bedauern, dass das Bundesverfassungsgericht diese Umstände nicht durch eine autoritative Interpretation der Artikel 23, 24 und 32 GG klargestellt hat.

Im übrigen ist auch das Verhältnis zwischen dem Deutschen Bundestag und der deutschen Bundesregierung *mandativ* – Ar-

35) Vom 13. Dezember 2007, in Deutschland ratifiziert durch ein Gesetz vom 8. Oktober 2008 (BGBl. 2008 II a) Seite 1038.

36) 2 BvE 2/08 u. a.

37) *Verf.* Delegation und Mandat (FN 18) ebd.

38) *Verf.* Europäische Verfassung (FN 20) S. 187. – Im Gemeinschaftsstaat unterliegt das Handeln der Regierung grundsätzlich der *Kontrolle durch jeden einzelnen Bürger*. Dies unterscheidet den Gemeinschaftsstaat nicht nur vom *Herrschaftsstaat* einer „Demokratie“, sondern auch von einer *Diktatur*, deren (mandative) Regierung – im Gegensatz zur Regierung im Herrschaftsstaat – grundsätzlich von jedem einzelnen Bürger *zur Verantwortung gezogen* werden kann. Eine besondere Aufgabe im Gemeinschaftsstaat bildet die *Organisation der Kontrolle der Regierung*, für die es bisher an praktischen Beispielen fehlt. Mit dem „Ständestaat“, der nach dem Ende der Monarchien in Deutschland und besonders in Österreich als Alternative zur Demokratie und zum Räteystem diskutiert wurde – Elke SEEFRIED Reich und Stände. Ideen und Wirken des deutschen politischen Exils in Österreich 1933-1938 (Düsseldorf 2006; zugl. Diss. Augsburg 2004) S. 38 – sollten die in „Ständen“ zusammengefaßten bürgerlichen Interessen (Land- und Forstwirtschaft, Industrie, Gewerbe, Handel, Banken, freie Berufe, öffentlicher Dienst) anstelle einer Parteienherrschaft zur Grundlage der Regierungspolitik gemacht werden. Allerdings sah die österreichische „ständestaatliche“ Verfassung von 1934-1938 lediglich eine *Beratung* der Regierung durch die Stände vor; insofern trifft die Kennzeichnung als „autoritär“ (SEEFRIED S. 39) zwar zu, doch stellt dieser politisch-argumentative Begriff keine verfassungstheoretische Kategorie dar; hier sollte deshalb besser von „diktatorisch“ die Rede sein, denn es handelte sich um ein *mandatives System*, das eine *Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber den organisierten Ständen* bedeutete. Hätten die Stände eine *Kontrollbefugnis* über die Regierung erhalten, so wäre dies ein erster Schritt zur Verwirklichung eines Gemeinschaftsstaats gewesen. Da sich die Idee des Ständestaats ebenso gegen die „demokratische“ Parteienherrschaft wie gegen die Räterepublik wandte, ist deren abschätziges Urteil über den „konservativen“ Ständestaat – SEEFRIED S. 388 – verständlich.

tikel 65 GG – und nicht etwa delegativ gestaltet, woraus folgt, dass das politische Handeln der Bundesregierung eben *keiner Kontrolle* durch den Deutschen Bundestag unterliegt, vielmehr kann die Bundesregierung immer nur *nachträglich* für ihr Handeln vom Bundestag *zur Verantwortung gezogen* werden, nämlich durch ein sogenanntes „konstruktives Mißtrauensvotum“ (Artikel 67 GG). An dieser mandativen Gestaltung sollte aber

das Bundesverfassungsgericht nichts ändern, ohne eine umfassende Neuordnung des Staates des deutschen Grundgesetzes – vornehmlich im Sinn eines *Gemeinschaftsstaats*<sup>38</sup> – anzumahnen. Im 21. Jahrhundert sind herrschaftsstaatliche Konzepte grundsätzlich nicht mehr tragbar, und es wäre zu wünschen, dass auch in Deutschland allmählich das Verständnis für eine *herrschaftsfreie Ordnung aller politischen Strukturen* wächst.

## Gewerbemiete

**Art. 4, 140 GG; Art. 139 WRV; § 3 BerlLadÖffG  
Ladenöffnungszeiten an Sonntagen und Feiertagen;  
Berliner Adventssonntagsregelung;  
verfassungsrechtlicher Schutzauftrag für die  
Sonn- und Feiertage**

**1. Die aus den Grundrechten – hier aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG – folgende Schutzverpflichtung des Gesetzgebers wird durch den objektivrechtlichen Schutzauftrag für die Sonn- und Feiertage aus Art. 139 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG konkretisiert.**

**2. Die Adventssonntagsregelung in § 3 Abs. 1 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes steht mit der Gewährleistung der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen nicht in Einklang.**

(BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 1. 12. 2009 – 1 BvR 2857/07, 1 BvR 2858/07)

In den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden

1. der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz, vertreten durch den Vorsitzenden der Kirchenleitung, Bischof Prof. Dr. Wolfgang Huber, und den Präsidenten des Konsistoriums, Ulrich Seelemann, Georgenkirchstraße 69, 10249 Berlin, - Bevollmächtigter: Prof. Dr. Karl-Hermann Kästner, Alt-Rathausstraße 5, 72511 Bingen -

gegen § 3 Abs. 1 Alternative 2, § 4 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 1 und § 6 Abs. 1, 2 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes (BerlLad-ÖffG) vom 14. November 2006 (GVBl S. 1045) in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vom 16. November 2007 (GVBl S. 580)

- 1 BvR 2857/07 -,

2. des Erzbistums Berlin, vertreten durch den Erzbischof Georg Kardinal Sterzinsky, Hinter der Katholischen Kirche 3, 10117 Berlin, - Bevollmächtigter: Prof. Dr. Christian Starck, Schlegelweg 10, 37075 Göttingen -

gegen § 3 Abs. 1 Alternative 2, § 4 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 1 und § 6 Abs. 1, 2 des Berliner Ladenöffnungsgesetzes (BerlLad-ÖffG) vom 14. November 2006 (GVBl S. 1045) in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vom 16. November 2007 (GVBl S. 580)

- 1 BvR 2858/07 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter Präsident Papier, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Kirchhof, Masing aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 2009 durch Urteil für Recht erkannt:

Die Regelung über die Öffnung von Verkaufsstellen an den Adventssonntagen in § 3 Absatz 1 Alternative 2 des Berliner La-

denöffnungsgesetzes (BerlLadÖffG) vom 14. November 2006 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin Seite 1045) in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vom 16. November 2007 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin Seite 580) ist mit Artikel 4 Absatz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 140 des Grundgesetzes und Artikel 139 der Weimarer Reichsverfassung unvereinbar.

Die vorgenannte Bestimmung bleibt noch bis zum 31. Dezember 2009 anwendbar.

Im Übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

Das Land Berlin hat den Beschwerdeführern deren notwendige Auslagen zur Hälfte zu erstatten.

### Gründe

#### A.

Die Beschwerdeführer sind öffentlichrechtlich verfasste Religionsgemeinschaften im Sinne von Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 der Weimarer Reichsverfassung (WRV). Sie wenden sich mit ihren Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen die Regelung der Ladenöffnungsmöglichkeiten an Sonn- und Feiertagen im Land Berlin.

#### I.

1. Im Zuge der so genannten Föderalismusreform I im Jahr 2006 wurde das Recht des Ladenschlusses aus dem Katalog der Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) herausgenommen und die Gesetzgebungskompetenz insoweit auf die Länder übertragen. Das Abgeordnetenhaus von Berlin beschloss daraufhin am 14. November 2006 das Berliner Ladenöffnungsgesetz (BerlLadÖffG, GVBl 2006, S. 1045). Das Gesetz trat am 17. November 2006 in Kraft. Ein Jahr später, am 16. November 2007, erging das Erste Gesetz zur Änderung des Berliner Ladenöffnungsgesetzes (GVBl 2007, S. 580). Inzwischen haben alle Bundesländer bis auf den Freistaat Bayern den Ladenschluss durch Landesgesetz geregelt.

a) Zuvor waren die Ladenöffnungszeiten bundeseinheitlich in dem Gesetz über den Ladenschluss (Ladenschlussgesetz - LadSchlG) vom 28. November 1956 (BGBl I S. 875) geregelt, zuletzt in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juni 2003 (BGBl I S. 744), diese zuletzt geändert durch Art. 228 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl I S. 2407). Nach wiederholten Ausweitungen der Ladenöffnungszeiten unter der Geltung des Ladenschlussgesetzes des Bundes galt an Werktagen, einschließlich der Sonnabende, zuletzt eine Ladenschlusszeit von 20.00 bis 6.00 Uhr (§ 3 Nr. 2 LadSchlG). An Sonn- und Feiertagen untersagte das Gesetz grundsätzlich die Ladenöff-

nung (§ 3 Nr. 1 LadSchlG). Abweichend hiervon ließ § 14 Abs. 1 LadSchlG die Ladenöffnung an bis zu vier Sonn- und Feiertagen aus Anlass von Märkten, Messen oder ähnlichen Veranstaltungen durch Rechtsverordnung der Landesregierung oder der von ihr bestimmten Stellen zu. Die Ladenöffnung durfte fünf zusammenhängende Stunden nicht überschreiten, musste spätestens um 18.00 Uhr enden und sollte außerhalb der Zeit des Hauptgottesdienstes liegen (§ 14 Abs. 2 LadSchlG). Die Sonn- und Feiertage im Monat Dezember waren für jede - auch ausnahmsweise - Freigabe gesperrt (§ 14 Abs. 3 LadSchlG).

Daneben enthielt das Ladenschlussgesetz des Bundes Sonderregelungen für bestimmte Verkaufsstellen wie Läden in Bahnhöfen oder in ländlichen Gebieten sowie für bestimmte Warengruppen. Insbesondere ermächtigte § 10 LadSchlG die Landesregierungen durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass und unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen in Kurorten und in einzeln aufzuführenden Ausflugs-, Erholungs- und Wallfahrtsorten mit besonders starkem Fremdenverkehr an jährlich höchstens 40 Sonn- und Feiertagen Verkaufsstellen geöffnet werden dürfen. Die Dauer der Ladenöffnung war auf acht Stunden begrenzt. Es durfte nur der Verkauf bestimmter, in § 10 Abs. 1 LadSchlG genannter Waren zugelassen werden. Überdies konnten die obersten Landesbehörden nach § 23 LadSchlG in Einzelfällen befristete Ausnahmen von den Vorschriften des Ladenschlussgesetzes bewilligen, wenn die Ausnahmen „im öffentlichen Interesse dringend nötig“ waren.

b) Die nach der Änderung der Gesetzgebungskompetenz bisher erlassenen Ladenschluss- oder -öffnungsgesetze der anderen Bundesländer halten in den Grundzügen am Regelungskonzept des Ladenschlussgesetzes des Bundes fest. Im Grundsatz sehen alle Landesgesetze vor, dass an Sonn- und Feiertagen keine Ladenöffnung erfolgt. Für bestimmte Verkaufsstellen sowie für bestimmte Waren und bestimmte Orte, etwa an Bahnhöfen, gibt es zahlreiche, zum Teil über die Regelung des Ladenschlussgesetzes des Bundes hinausgehende Ausnahmen. Insbesondere ermöglichen die Regelungen für Kur- und Ausflugsorte in einigen Landesgesetzen eine weitergehende Ladenöffnung als § 10 LadSchlG. Beispielsweise sehen die so genannten Bäderregelungen in den Gesetzen von Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern keine Sortimentsbeschränkung vor. Darüber hinaus ermöglichen alle Landesgesetze eine begrenzte Zahl verkaufsoffener Sonn- und Feiertage, die gesetzlich nicht an bestimmte Verkaufsstellen, Waren oder Orte gebunden, häufig aber anlassbezogen sind. Insoweit weisen die meisten anderen Bundesländer vier Sonn- und Feiertage zur Freigabe aus, Baden-Württemberg lediglich drei, Brandenburg hingegen sechs. Zumeist ist eine Ladenöffnung an den Adventssonntagen ausgeschlossen oder zumindest nur an einem einzigen Adventssonntag im Jahr gestattet. Neben Berlin sehen nur die Gesetze über den Ladenschluss von Brandenburg, Sachsen und Sachsen-Anhalt keinen besonderen Schutz der Adventssonntage vor. Die Landesgesetze enthalten - mit Ausnahme des sächsischen und des Berliner Ladenöffnungsgesetzes - Regelungen entsprechend der bundesrechtlichen allgemeinen Ausnahmevorschrift des § 23 LadSchlG.

2. a) Das Berliner Ladenöffnungsgesetz sieht - insoweit über die Regelungen in anderen Ländern hinausreichend - die Freigabe von jährlich bis zu zehn Sonn- und Feiertagen für die Ladenöffnung vor. Eine nach der Zahl der Tage nicht begrenzte, § 23 LadSchlG entsprechende allgemeine, aber einzelfallbezogene Ausnahmeregelung mit eng gefassten Voraussetzungen kennt das Berliner Ladenöffnungsgesetz nicht. Die Ladenöffnung an Werktagen ist vollständig freigegeben (24-Stunden-Öffnungsmöglichkeit).

Die Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen ist im Berliner Ladenöffnungsgesetz wie folgt geregelt: Kraft Gesetzes und ohne weitere Voraussetzungen dürfen Verkaufsstellen an allen vier Adventssonntagen in der Zeit von 13.00 bis 20.00 Uhr geöffnet werden (§ 3 Abs. 1 Alternative 2 BerlLadÖffG). Vier weitere Sonn- und Feiertage jährlich können „im öffentlichen Interesse“ durch Allgemeinverfügung der Senatsverwaltung freigege-

ben werden; eine uhrzeitliche Begrenzung sieht diese Regelung nicht vor (§ 6 Abs. 1 BerlLadÖffG). Zusätzlich dürfen an zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen Verkaufsstellen nach vorheriger Anzeige gegenüber dem zuständigen Bezirksamt aus Anlass „besonderer Ereignisse, insbesondere von Firmenjubiläen und Straßenfesten“, von 13.00 bis 20.00 Uhr offen gehalten werden (§ 6 Abs. 2 BerlLadÖffG). Von den Ladenöffnungsmöglichkeiten nach § 6 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG ausgenommen sind der 1. Januar, der 1. Mai, der Karfreitag, der Ostersonntag, der Pfingstsonntag, der Volkstrauertag, der Totensonntag und die Feiertage im Dezember (§ 6 Abs. 1 Satz 2, § 6 Abs. 2 Satz 3 BerlLadÖffG).

In den Jahren 2007 bis 2009 hat die Berliner Senatsverwaltung von der Möglichkeit des § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG jeweils in vollem Umfang Gebrauch gemacht und durch Allgemeinverfügungen die Öffnung der Verkaufsstellen an vier Sonn- oder Feiertagen zugelassen. In allen bisher ergangenen Allgemeinverfügungen wurde die Ladenöffnung allerdings auf die Zeit von 13.00 bis 20.00 Uhr begrenzt.

Neben diesen für alle Verkaufsstellen, also den gesamten Einzelhandel geltenden Sonn- und Feiertagsregelungen bestehen weitere - auch bisher grundsätzlich schon übliche - Ausnahmetatbestände, die bereichsspezifisch vor allem nach Warengruppen und Anbietern sowie nach besonderen Orten differenzieren: Ausnahmen vom Ladenschluss an Sonn- und Feiertagen lässt das Gesetz unter anderem zu für die Versorgung von Veranstaltungsbesuchern (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 BerlLadÖffG), für den Verkauf von Blumen, Zeitungen und Zeitschriften, Back- und Konditorwaren sowie Milch und Milcherzeugnissen (§ 4 Abs. 1 Nr. 3), für Kunst- und Gebrauchtmärkte (§ 4 Abs. 1 Nr. 5) sowie für Apotheken, Tankstellen und Verkaufsstellen auf Personenbahnhöfen, Verkehrsflughäfen und in Reisebusterminals (§ 5 BerlLadÖffG). Eine dem bundesrechtlichen § 10 LadSchlG entsprechende Regelung für Kur-, Ausflugs- und Wallfahrtsorte sieht das Berliner Ladenöffnungsgesetz nicht vor. Stattdessen ist in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG die Öffnung von Verkaufsstellen, die ausschließlich im Gesetz näher bestimmte Waren für den Bedarf von Touristen anbieten, an jedem Sonn- und Feiertag in der Zeit von 13.00 bis 20.00 Uhr und ohne räumliche Begrenzung auf bestimmte Bezirke oder Ausflugsziele freigegeben.

b) Die für den gesamten Einzelhandel unabhängig von Verkaufsort und Sortiment geltenden Regelungen der Ladenöffnungszeiten und der Ausnahmen vom Ladenschluss an Sonn- und Feiertagen lauten in der Fassung des Gesetzes vom 16. November 2007:

#### § 3 Allgemeine Ladenöffnungszeiten

(1) Verkaufsstellen dürfen an Werktagen von 0.00 bis 24.00 Uhr und an Adventssonntagen von 13.00 bis 20.00 Uhr geöffnet sein.

(2) Verkaufsstellen müssen, soweit die §§ 4 bis 6 nichts Abweichendes bestimmen, geschlossen sein

1. an Sonn- und Feiertagen und am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt,

2. am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Werktag fällt, ab 14.00 Uhr.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Kunst- und Gebrauchtmärkte.

(4) Die bei Ladenschluss anwesenden Kundinnen und Kunden dürfen noch bedient werden.

#### § 6 Weitere Ausnahmen

(1) Die für die Ladenöffnungszeiten zuständige Senatsverwaltung kann im öffentlichen Interesse ausnahmsweise die Öffnung von Verkaufsstellen an höchstens vier Sonn- oder Feiertagen durch Allgemeinverfügung zulassen. Der 1. Januar, der 1. Mai, der Karfreitag, der Ostersonntag, der Pfingstsonntag, der Volkstrauertag, der Totensonntag und die Feiertage im Dezember sind hiervon ausgenommen.



(2) Verkaufsstellen dürfen aus Anlass besonderer Ereignisse, insbesondere von Firmenjubiläen und Straßenfesten, an jährlich höchstens zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen von 13.00 bis 20.00 Uhr öffnen. Die Verkaufsstelle hat dem zuständigen Bezirksamt die Öffnung sechs Tage vorher anzuzeigen. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.

Weitere Ausnahmen vom Ladenschluss an Sonn- und Feiertagen für besondere Warengruppen und Anbieter sowie für Verkaufsstellen an besonderen Orten sehen § 4 und § 5 BerlLadÖffG vor:

#### § 4 Verkauf bestimmter Waren an Sonn- und Feiertagen

##### (1) An Sonn- und Feiertagen dürfen öffnen

1. Verkaufsstellen, die für den Bedarf von Touristen ausschließlich Andenken, Straßenkarten, Stadtpläne, Reiseführer, Tabakwaren, Verbrauchsmaterial für Film- und Fotozwecke, Bedarfsartikel für den alsbaldigen Verbrauch sowie Lebens- und Genussmittel zum sofortigen Verzehr anbieten, von 13.00 bis 20.00 Uhr und am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt, von 13.00 bis 17.00 Uhr,
2. Verkaufsstellen zur Versorgung der Besucherinnen und Besucher auf dem Gelände oder im Gebäude einer Veranstaltung oder eines Museums mit themenbezogenen Waren oder mit Lebens- und Genussmitteln zum sofortigen Verzehr während der Veranstaltungsdauer, und Öffnungsdauer,
3. Verkaufsstellen, deren Angebot ausschließlich aus einer oder mehreren der Warengruppen Blumen und Pflanzen, Zeitungen und Zeitschriften, Back- und Konditorwaren, Milch und Milcherzeugnisse besteht, von 7.00 bis 16.00 Uhr, an Adventssonntagen von 7.00 bis 20.00 Uhr und am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt, von 7.00 bis 14.00 Uhr,
4. Verkaufsstellen mit überwiegendem Lebens- und Genussmittelangebot am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt, von 7.00 bis 14.00 Uhr,
5. Kunst- und Gebrauchtwarenmärkte von 7.00 bis 18.00 Uhr, an Adventssonntagen von 7.00 bis 20.00 Uhr.

##### (2) In Verkaufsstellen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3

1. darf leicht verderbliches Obst und Gemüse vom Erzeuger angeboten werden an Sonn- und Feiertagen, an Adventssonntagen von 7.00 bis 20.00 Uhr und am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt, von 7.00 bis 14.00 Uhr,
  2. dürfen Weihnachtsbäume angeboten werden an Adventssonntagen von 7.00 bis 20.00 Uhr und am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt, von 7.00 bis 14.00 Uhr.
- (3) Am Ostermontag, Pfingstmontag und am zweiten Weihnachtsfeiertag dürfen als Waren nach Absatz 1 Nr. 3 nur Zeitungen und Zeitschriften und in Verkaufsstellen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 leicht verderbliches Obst und Gemüse vom Erzeuger angeboten werden. Am Karfreitag, Volkstrauertag und Totensonntag dürfen Kunst- und Gebrauchtwarenmärkte nicht öffnen.

#### § 5 Besondere Verkaufsstellen

An Sonn- und Feiertagen und am 24. Dezember dürfen geöffnet sein:

1. Apotheken für die Abgabe von Arzneimitteln und das Anbieten von apothekenüblichen Waren,
2. Tankstellen für das Anbieten von Ersatzteilen für Kraftfahrzeuge, soweit dies für die Erhaltung oder Wiederherstellung der Fahrbereitschaft notwendig ist, sowie für das Anbieten von Betriebsstoffen und von Reisebedarf,
3. Verkaufsstellen auf Personenbahnhöfen, auf Verkehrsflughäfen und in Reisebusterminals für das Anbieten von Reisebedarf. Auf dem Flughafen Berlin-Tegel dürfen darüber hinaus Waren des täglichen Ge- und Verbrauchs, insbesondere

Erzeugnisse für den allgemeinen Lebens- und Haushaltsbedarf, Textilien, Sportartikel, sowie Geschenkartikel angeboten werden.

§ 7 BerlLadÖffG trifft arbeitszeitrechtliche Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer. Danach dürfen Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen in Verkaufsstellen nur mit Verkaufstätigkeit während der jeweils zugelassenen Öffnungszeiten sowie zur Erledigung von Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten - wenn unerlässlich - während weiterer 30 Minuten beschäftigt werden; auf ihr Verlangen hin sind sie in jedem Kalendermonat mindestens an einem Sonnabend freizustellen. Beschäftigte mit mindestens einem Kind unter 12 Jahren im Haushalt oder einer zu versorgenden, anerkannt pflegebedürftigen Person sollen auf Verlangen an verkaufsoffenen Sonn- und Feiertagen freigestellt werden, soweit die Betreuung durch eine andere im Haushalt lebende Person nicht gewährleistet ist. Arbeitnehmer dürfen nur an zwei Adventssonntagen im Jahr beschäftigt werden.

§ 9 BerlLadÖffG bedroht Verstöße gegen näher bezeichnete Vorschriften des Berliner Ladenöffnungsgesetzes als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße. Der Ordnungswidrigkeitentatbestand, der auch die Bußgeldhöhe bestimmt, lautet auszugsweise:

#### § 9 Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig als Inhaberin oder Inhaber einer Verkaufsstelle

1. entgegen § 3 Abs. 1, 2 und 3 eine Verkaufsstelle öffnet oder Waren anbietet,
2. entgegen §§ 4 und 5 über die zulässigen Öffnungszeiten hinaus Waren oder Waren außerhalb der genannten Warengruppen anbietet,
3. entgegen § 6 über die zulässige Anzahl der Sonn- oder Feiertage oder über die zulässigen Öffnungszeiten hinaus Verkaufsstellen öffnet oder Waren anbietet oder die rechtzeitige Anzeige bei der zuständigen Behörde unterlässt,
4. bis 6. ...
7. entgegen § 7 Abs. 5 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an mehr als zwei Adventssonntagen im Jahr beschäftigt,
8. ...

(2) ...

(3) Die Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße bis zu 2 500 Euro, in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 4 und des Absatzes 2 mit einer Geldbuße bis zu 15 000 Euro geahndet werden.

Der höhere Bußgeldrahmen von 15.000 Euro betrifft den Betrieb von Kunst- und Gewerbemärkten an Sonn- und Feiertagen entgegen § 3 und § 4 BerlLadÖffG und Verstöße gegen die Arbeitszeitvorschrift des § 7 Abs. 1 BerlLadÖffG.

c) In der Begründung des Entwurfs zum Berliner Ladenöffnungsgesetz vom 14. November 2006 (Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015) betonte der Senat von Berlin, dem Sonntag komme insbesondere in unserer auf Betriebsamkeit bedachten Gesellschaft eine große Bedeutung als Zeit zum physischen und mentalen Kräfteschöpfen zu. Als Ausgleich für die ständig wachsenden Anforderungen aus der Arbeitswelt, insbesondere auch an die Mobilität und Flexibilität der Beschäftigten, sei der Sonntag im Interesse der Familie und zur Förderung von Sozialbeziehungen in unserer heutigen Zeit unverzichtbar. Der Sonntag werde zur Erholung, für die Gestaltung des Familienlebens, zur Pflege gesellschaftlicher, sportlicher, kultureller und nicht zuletzt auch religiöser Aktivitäten benötigt. Vom Grundsatz der Sonn- und Feiertagsruhe könne deshalb nur ausnahmsweise unter Abwägung der Interessen des Einzelhandels und der Kunden mit den Schutzinteressen der Beschäftigten abgewichen werden. Das Gesetz sehe aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit keine Sonderregelungen für allein inhabergeführte oder ausschließlich mit nicht-angestellten Familienangehörigen geführte Verkaufsstellen vor. Im Interesse einer weitgehenden Flexibilisierung der Verkaufszeiten, an der die Kunden interessiert sei-

en, sei zügig von der neuen Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht worden. Damit werde auch dem Standort Berlin als Einkaufs- und Tourismusmetropole Rechnung getragen. Als besondere Neuerung wird hervorgehoben, dass das Gesetz keine Beschränkungen mehr für die werktäglichen Öffnungszeiten enthält. Die Gesetzesbegründung gibt zugleich zu erkennen, dass die früher begrenzten Öffnungszeiten das Verkaufspersonal vor überlangen Arbeitszeiten hätten schützen sollen. Dies werde nunmehr durch den Arbeitszeitschutz sichergestellt.

Die zeitlich begrenzte Freigabe der Ladenöffnung an den Adventssonntagen sei Ergebnis der Abwägung der Interessen des Einzelhandels und der Kunden mit den Schutzinteressen der Beschäftigten. Die Regelung des § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG, nach der die Senatsverwaltung ermächtigt wird, durch Allgemeinverfügung bis zu vier verkaufsoffene Sonn- und Feiertage jährlich zuzulassen, löse die Regelungen der §§ 14 und 23 LadSchlG des Bundes ab. Die Ladenöffnung solle insoweit bei Veranstaltungen oder Ereignissen ermöglicht werden, die über die Stadt hinaus Bedeutung hätten und zahlreiche Touristen nach Berlin holten. Mit der verkaufsstellenspezifischen Ladenöffnungsmöglichkeit des § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG an zwei weiteren Sonn- und Feiertagen solle der Kritik Rechnung getragen werden, dass die von der Senatsverwaltung ausgewählten Anlässe für die vier Sonn- und Feiertage, die früher durch Rechtsverordnung bestimmt wurden, nicht für alle Berliner Verkaufsstellen auch wirtschaftlichen Erfolg gebracht hätten.

Zur Erweiterung des an jedem Sonntag verkaufbaren Sortiments auf touristische Bedarfsartikel in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BerlLadÖffG führte der Senat aus, dass diese Regelung die nach § 10 LadSchlG ergangene Verordnung über den Ladenschluss in Ausflugs- und Erholungsgebieten ersetzen solle, derzufolge in der Zeit vom ersten Sonntag im März bis zum dritten Sonntag im Oktober ein stark begrenztes Sortiment in der Zeit von 11.00 bis 19.00 Uhr in elf exakt abgegrenzten Gebieten angeboten werden dürfte. Zur Vermeidung der damit verbundenen erheblichen örtlichen Abgrenzungsprobleme werde zukünftig der Verkauf eines abgegrenzten Sortiments in der ganzen Stadt, an allen Sonn- und Feiertagen im Jahr, in der Zeit von 13.00 bis 20.00 Uhr, am 24. Dezember jedoch nur bis 17.00 Uhr zugelassen. § 4 Abs. 1 Nr. 4 BerlLadÖffG regle für den Sonderfall, dass der 24. Dezember auf einen Sonntag fällt, eine Durchbrechung des sonn- und feiertäglichen Schließungsgebots für Verkaufsstellen, die überwiegend Lebens- und Genussmittel anbieten. Hiermit solle gewährleistet werden, dass die Bevölkerung sich mit frischen Lebensmitteln für die nachfolgenden Weihnachtsfeiertage eindecken kann. Die Regelung des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG erlaube den Verkauf von leichtverderblichem, erntefrischem Obst und Gemüse in mobilen Verkaufsständen durch den Erzeuger oder durch die von ihm Beauftragten auch an Sonn- und Feiertagen zur Deckung des Bedarfs der Bevölkerung. Diese Regelung sei mit dem Land Brandenburg abgestimmt; denn wegen der räumlichen Nähe verkauften vorrangig Anbieter aus dieser Region Obst und Gemüse auf Berliner Straßen.

## II.

Mit ihren Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 WRV durch die Regelungen in § 3 Abs. 1 Alternative 2, § 4 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1, § 6 Abs. 1 und 2 und § 9 Abs. 2 BerlLadÖffG, soweit dieser für Fälle von Ordnungswidrigkeiten lediglich ein Bußgeld bis zu 2.500 Euro vorsehe, sowie durch die von der Kumulation der Regelungen ausgehende Wirkung. Die Beschwerdeführer begründen ihre Verfassungsbeschwerden im Wesentlichen übereinstimmend.

1. a) Die Beschwerdeführer halten sich für beschwerdebefugt.

Sie meinen, ihrer Berufung auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG stehe nicht entgegen, dass bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Normen die Gewährleistung des

Schutzes der Sonn- und Feiertagsruhe nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV maßgebliche Relevanz entfalte. Zwar enthalte Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht, sondern eine institutionelle Garantie. Indes werde die durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützte Möglichkeit freier Religionsausübung in ihren tatsächlichen Rahmenbedingungen durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV entfaltet und ausgeformt. Es sei anerkannt, dass die Gewährleistungen der Weimarer Kirchenartikel funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt seien. Art. 139 WRV enthalte mit der Zwecksetzung der „seelischen Erhebung“ auch eine religionsfördernde Komponente. Der Sache nach konkretisiere Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV den Gewährleistungsgehalt von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, insbesondere die aus dem Grundrecht folgende Schutzpflicht des Staates. Indem die Verfassung den Schutz der Sonntage nach Maßgabe von Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV im Sinne einer institutionellen Garantie zur „seelischen Erhebung“ gewährleiste, erwachse den Kirchen und Religionsgemeinschaften im Rahmen ihres Grundrechts auf Religionsfreiheit ein Anspruch, an diesem objektiv statuierten spezifischen Schutz ungestörter Religionsausübung effektiv teilzuhaben und nicht durch Landesrecht beeinträchtigt zu werden.

Die Beschwerdeführer sehen sich von den angegriffenen Regelungen auch unmittelbar betroffen. Dies folge aus deren Kumulation, durch die eine Aushöhlung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Sonntage bewirkt werde. Bei den Eingriffen in den Sonntagsschutz durch die Bestimmungen der § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Nr. 4 und § 4 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG bedürfe es keines weiteren Vollzugsaktes. In den Fällen des § 6 Abs. 1 und 2 BerlLadÖffG sei zwar jeweils eine gewisse Umsetzung erforderlich. Gleichwohl komme es bei § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG faktisch bereits unmittelbar zu einer Grundrechtsverletzung durch das Gesetz, da sie angesichts der kurzen Anzeigefrist von sechs Tagen und der Verteilung der Anmeldungen auf sämtliche Berliner Bezirksämter in der Regel keine rechtzeitige Kenntnis von Ladenöffnungen nach § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG erhalten würden und somit auch keine Rechtsmittel gegen die Untätigkeit der Bezirksverwaltung ergreifen könnten. Fortsetzungsfeststellungsklagen würden angesichts der unterschiedlichen Gegebenheiten bei den jeweils öffnenden Verkaufsstellen und der meist fehlenden Wiederholungsgefahr als unzulässig scheitern. Bei § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG bedürfe es einer Allgemeinverfügung der Senatsverwaltung, die verwaltungsgerichtlich angegriffen werden könne. Sie als Beschwerdeführer seien aber bereits durch die Ermächtigung zum Erlass von Allgemeinverfügungen unmittelbar betroffen, weil diese Ermächtigung im Verbund mit den anderen angegriffenen Regelungen stehe. Durch die Kumulation mit den „selbstvollziehenden“ Vorschriften komme es zur Verletzung ihres Grundrechts auf freie Religionsausübung.

Schließlich seien sie auch selbst betroffen. Sie seien zwar nicht Adressaten der Ladenöffnungsvorschriften. Ihre Grundrechtspositionen stünden aber in enger Beziehung zu diesen Regelungen. Diese enge Beziehung folge aus der Verknüpfung von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG mit Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV. Ihre Gottesdienste und religiösen Veranstaltungen würden an einer beträchtlichen Anzahl von Sonntagen nachhaltig behindert. Die Sonntage würden durch die Öffnung von Verkaufsstellen ihres ruhigen, geschützten Charakters entkleidet. Die Verfassung bekenne sich aber ausdrücklich zum Sonntagsschutz nach christlicher Tradition. In ihr sei ausdrücklich angelegt, dass der Sonntag für die christlichen Kirchen und Religionsgemeinschaften der hervorgehobene Tag der Woche sei. Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV schütze den gesamten Tag zur seelischen Erhebung und unterscheide nicht nach Hauptgottesdienstzeiten und dem übrigen Tag. Dies sei auch

sachgerecht, weil sich die Religionsausübung und damit die seelische Erhebung auch außerhalb von Gottesdiensten in anderen Formen vollziehe.

b) Weiter führen die Beschwerdeführer aus, der Rechtsweg sei erschöpft und der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt:

Die §§ 3 und 4 BerlLadÖffG könnten als Vorschriften eines formellen Gesetzes nicht in einem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO angegriffen werden. Bei der Regelung des § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG handele es sich um eine Erlaubnis mit Anzeigevorbehalt. Ein Verwaltungsakt werde nur erlassen, wenn die Behörde aufgrund der Anzeige die Ausnahme verweigere. Rechtsschutz komme in Form einer Verpflichtungsklage in Betracht. Die Anzeigen seien aber an die verschiedenen Bezirksämter zu richten. Kenntnis hiervon könnten sie, die Beschwerdeführer, kaum erlangen. Deshalb sei es unzumutbar, sie auf den nicht praktikablen Rechtsweg zu verweisen.

Gegen die Allgemeinverfügungen nach § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG stehe zwar ein Rechtsweg zur Verfügung. Insoweit sei aber § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG anwendbar und damit auch ohne Erschöpfung des Rechtswegs die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde zu bejahen. Die Klärung der Frage, welche Grenzen einem Ladenöffnungsgesetz durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG und mit Art. 139 WRV gesetzt seien, sei von allgemeiner Bedeutung. Die Frage nach der Begrenzung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zur Ladenöffnung am Sonntag habe das Bundesverfassungsgericht noch nicht beantwortet. Bisher sei nur festgestellt worden, dass ein Kernbereich an Sonn- und Feiertagsruhe unantastbar sei und ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes gewahrt bleiben müsse. Es sei noch nicht geklärt, wann Regelungen zur Ermöglichung der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr genügen (Bezugnahme auf BVerfGE 111, 10 <50, 52, 54>). Die aufgeworfene Frage werde auch in der Fachliteratur kontrovers diskutiert. Ihre Klärung habe darüber hinaus für die anderen Länder Bedeutung.

## 2. Die Verfassungsbeschwerden seien auch begründet.

a) Ihr Anliegen, den Sonntag nach Maßgabe ihres religiösen Selbstverständnisses zu begehen, werde vom Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erfasst. Dieser Schutz betreffe nicht nur die Möglichkeit, Gottesdienste und sonstige religiöse Veranstaltungen ungehindert von staatlichen Geboten oder Verboten abzuhalten. Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sei vielmehr mit Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV verknüpft. Die Verfassung gewährleiste den Schutz der Sonntage im Sinne einer institutionellen Garantie zur „seelischen Erhebung“, mithin - neben der sozialpolitischen Zwecksetzung der Arbeitsruhe - mit einer religionsfördernden Zwecksetzung. Demzufolge fließe der verfassungsrechtliche Schutz der Sonn- und Feiertage im Umfang seiner religionsfördernden Dimension in den Gewährleistungsgehalt des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein. Über diese Verknüpfung seien auch die äußeren Rahmenbedingungen der Veranstaltung von Gottesdiensten und sonstigen religiösen Veranstaltungen geschützt. Den Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften erwachse ein Anspruch, an diesem spezifischen Schutz ungestörter Religionsausübung effektiv teilzuhaben. Insofern enthalte das Grundrecht auf Religionsfreiheit partiell ein Teilhaberecht. Den Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften werde die Möglichkeit gesichert, gerade auch die vom Werktag unterschiedenen Sonntage nach Maßgabe ihres Selbstverständnisses zu begehen und dabei ihre Gläubigen tatsächlich erreichen zu können. Der Schutz der Sonntage richte sich in erster Linie auf die ungestörte Abhaltung von Gottesdiensten und sonstigen religiösen Veranstaltungen. Daneben sei den Kirchen an einer Unterstützung ihrer diakonischen und familienfördernden Arbeit gelegen, welche nach ihrem Selbstverständnis gleichermaßen zu ihrem Auftrag gehörten. Der Sonntagsschutz erstrecke sich auf den ganzen Tag, weil er über den Gottesdienst hinaus auch

andere Güter schütze, die auch die Kirchen verteidigten: Das gelte für die Familie, die Aktivitäten kirchlicher Vereine, kirchliche Feiern außerhalb der Hauptgottesdienstzeiten bis hin zur Möglichkeit der „ruhigen Einkehr“. Damit bestehe eine unmittelbare Interdependenz zwischen der Religionsfreiheit der Kirchen und dem Schutz des Sonntags.

b) Die angegriffenen Vorschriften verletzten jeweils für sich genommen sowie in ihrer Kumulation Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV und damit zugleich Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.

aa) § 3 Abs. 1 BerlLadÖffG verletze sie in ihren Grundrechten, weil danach eine Ladenöffnung an allen Adventssonntagen von 13.00 bis 20.00 Uhr zulässig sei. Die Sonntage in der Adventszeit nähmen einen hervorgehobenen Platz im Kirchenjahr ein und würden von den Kirchen traditionell auch entsprechend begangen. Das Berliner Ladenöffnungsgesetz beraube die Vorweihnachtszeit grundlegend ihres verfassungsrechtlichen Schutzes. Aufgrund des besonderen Gepräges der Adventssonntage würden durch die einschlägige Regelung die struktur- und typusbestimmenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Sonntagsschutzes in ihrer religionsfördernden Komponente intensiv betroffen. Dies gelte umso mehr, als § 3 Abs. 1 BerlLadÖffG nicht vier punktuell über das Jahr verteilten Sonntagen ihren spezifischen Schutz nehme, sondern vier aufeinander folgenden Sonntagen. Damit werde der Schutz über einen Zeitraum von vier Wochen suspendiert. Die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung folge überdies daraus, dass ihr allein wirtschaftliche Erwägungen zugrunde lägen, was in der Gesetzesvorlage deutlich zum Ausdruck komme. Eine Ausnahmeregelung vom Sonn- und Feiertagsschutz allein aus ökonomischen Gründen dürfe es aber nicht geben.

bb) Auch § 4 Abs. 1 Nr. 4 BerlLadÖffG verletze den verfassungsrechtlichen Schutz der Sonntage. Die Vorschrift solle der Gesetzesvorlage zufolge dazu dienen, der Bevölkerung an Weihnachten für die beiden Feiertage eine Bevorratung mit frischen Lebensmitteln zu ermöglichen, wenn der 24. Dezember auf einen Sonntag falle. Dem fehle jede sachliche Berechtigung. Der Einkauf nicht verderblicher Lebensmittel lasse sich auch vor dem 24. Dezember vornehmen. Angesichts der heutigen Kühlmöglichkeiten gelte dies ebenso für verderbliche Lebensmittel. Im Übrigen beziehe sich § 4 Abs. 1 Nr. 4 BerlLadÖffG pauschal auf „Verkaufsstellen mit überwiegendem Lebens- und Genussmittelangebot“. Eine solche Regelung sei im Sinne einer Bevorratung für die Weihnachtsfeiertage nicht erforderlich.

cc) Ebenfalls unverhältnismäßig sei § 4 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG. Mit der Privilegierung der Verkaufsstellen von Erzeugern heimischen Obstes und Gemüses werde der Zweck der Wirtschaftsförderung verfolgt. Dieser Zweck genieße keinen verfassungsrechtlichen Rang. Zudem sei auch insoweit angesichts der heutigen Kühlmöglichkeiten nicht ersichtlich, weshalb der Handel mit „leicht verderblichem Obst und Gemüse“ an Sonn- und Feiertagen erforderlich sein solle.

dd) Mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG unvereinbar sei ferner die Regelung über die Freigabe der Ladenöffnung durch Allgemeinverfügung an vier Sonn- und Feiertagen wegen eines öffentlichen Interesses nach § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG. Zwar lehne sich diese Ausnahmeregelung an die vormaligen bundeseinheitlichen Regelungen der §§ 14, 23 LadSchlG an; sie unterscheide sich davon jedoch in einem maßgeblichen Punkt. Nach dem Ladenschlussgesetz des Bundes habe die Ausnahme im Einzelfall im öffentlichen Interesse dringend nötig sein müssen; dies sei etwa im Blick auf die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Waren bei Notfällen und Katastrophen in Betracht gekommen. Die Regelung des § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG hingegen enthalte keine derartigen strengen Anforderungen mehr. Für die Zulassung der Ladenöffnung genüge bereits eine mehr oder minder bedeutende Veranstaltung oder ein Ereignis, welches in irgendeiner Weise das Interesse der Berliner Bevölkerung oder der Touristen wecke. Von den Tatbestandsmerkmalen „im öffentlichen Interesse“ und „ausnahmsweise“ gehe praktisch



kaum Steuerungswirkung aus. Das erweise sich an den bisher ergangenen Allgemeinverfügungen, bei denen Anlass für die Zulassung von Ladenöffnungen an Sonntagen im Jahr 2007 die Grüne Woche, jeweils zeitlich zusammentreffend ein Theaterfest und der Deutsche Röntgenkongress, die Internationale Funkausstellung und das Musikfest 2007 sowie das Art Forum Berlin und der Kunstherbst Berlin gewesen seien. Die Ermächtigung in § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG normiere unangemessen geringe Ausnahmeanforderungen und verfolge ausschließlich wirtschaftliche Zwecke.

ee) Der Regelung über die Ladenöffnung aus Anlass besonderer Ereignisse gemäß § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG lägen ebenso allein wirtschaftliche Interessen zugrunde. Sie sei unverhältnismäßig, weil sie angesichts der sehr großen Anzahl von Handelsgeschäften in Berlin, der sehr niedrigen Erfordernisse für eine Ladenöffnung - „Firmenjubiläen und Straßenfeste“ - und der Tatsache, dass pro Geschäft zwei Öffnungen im Jahr ermöglicht würden, eine beträchtliche Streuwirkung entfalte. Das Grundprinzip der Schließung von Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen würde damit in Berlin faktisch flächendeckend aufgegeben.

ff) Erst recht seien die angegriffenen Einzelbestimmungen in ihrer Kumulation verfassungswidrig. Ausnahmen vom verfassungsrechtlichen Sonn- und Feiertagsschutz seien jedenfalls dann verfassungswidrig, wenn ihre Kumulation dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Verbots und der Gestattung von Sonntagsarbeit zuwiderlaufe. Angesichts der quantitativen Dimension der möglichen Ladenöffnungen - zehn Sonn- und Feiertage pro Jahr, was fast einem Fünftel aller Sonntage gleichkomme - sei es nicht mehr beachtet. Es sei zudem davon auszugehen, dass es in Berlin keinen einzigen Sonntag mehr geben werde, an dem nicht eine größere Anzahl von Geschäften geöffnet habe. Die Gesamtwirkung der Ladenöffnungsmöglichkeiten werde nicht dadurch gemindert, dass die gesetzliche Regelungstechnik eine Verteilung auf verschiedene Paragraphen vorsehe.

gg) Die Eingriffe seien insgesamt verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Wegen der schrankenlosen Gewährleistung von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG komme nur eine Rechtfertigung kraft kollidierenden Verfassungsrechts in Betracht. Die wirtschaftsbezogenen Grundrechte der Art. 12 und 14 GG trügen die Eingriffe in den Sonn- und Feiertagsschutz nicht; denn die wirtschaftlichen Zwecksetzungen des Berliner Ladenöffnungsgesetzes hätten keinen Verfassungsrang. Auch könne das Versorgungsinteresse der Bevölkerung, dem angesichts des Sozialstaatsprinzips und staatlicher Schutzpflichten Verfassungsrang zugesprochen werden könne, nicht herangezogen werden, da die beanstandeten Vorschriften nicht der Grundversorgung dienen.

hh) Die Aushöhlung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Sonn- und Feiertagsruhe werde dadurch weiter verstärkt, dass das Gesetz nicht einmal wirksame Sanktionen bei Verstößen gegen die noch vorhandenen, rudimentären Restriktionen vorsehe. Nach Maßgabe von § 9 Abs. 2 BerlLadÖffG könnten Zuwiderhandlungen allenfalls mit einer Geldbuße bis zu 2.500 Euro geahndet werden. Es könne keine Rede davon sein, dass von diesem geringen Betrag - insbesondere im Blick auf große Handelsketten und Kaufhäuser - eine abschreckende Wirkung und ein Anreiz zur Rechtstreue ausgingen.

ii) Der Beschwerdeführer zu 2) führt überdies aus, die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 4 BerlLadÖffG könne so verstanden werden, dass Verkaufsstellen, die Lebens- und Genussmittel verkaufen, an jedem Sonn- und Feiertag öffnen dürften; denn an die einleitenden Worte des ersten Absatzes „An Sonn- und Feiertagen dürfen öffnen“ knüpfe im Satzbau auch Nr. 4 an, der für den 24. Dezember, falls er auf einen Sonntag falle, ausnahmsweise nur eine Öffnungszeiten von 7.00 bis 14.00 Uhr vorsehe. In einer weiten, alle Sonn- und Feiertage einbeziehenden Auslegung sei die Vorschrift verfassungswidrig. Falls das Bun-

desverfassungsgericht eine engere Auslegung zugrunde lege - und für verfassungsmäßig halte -, müsse es dies in der Entscheidung ausdrücklich feststellen.

### III.

Zu den Verfassungsbeschwerden haben schriftlich Stellung genommen das Abgeordnetenhaus von Berlin und der Senat von Berlin, die Regierung des Landes Brandenburg, die Thüringer Landesregierung, das Bundesverwaltungsgericht, die Deutsche Bischofskonferenz, die Evangelische Kirche in Deutschland (EKD), der Bund Freireligiöser Gemeinden Deutschlands, der Dachverband Freier Weltanschauungsgemeinschaften e.V., die Deutsche Unitarier Religionsgemeinschaft e.V., die Giordano-Bruno-Stiftung, der Humanistische Verband Deutschlands - Bundesverband -, die Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e.V. (BAG), die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), der Deutsche Industrie- und Handelskammertag sowie die Industrie- und Handelskammern zu Berlin und zu Köln und die Landesarbeitsgemeinschaft der Industrie- und Handelskammern des Landes Brandenburg, der Hauptverband des Deutschen Einzelhandels (HDE), der Christliche Gewerkschaftsbund (CGB) sowie der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) zusammen mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Der Senat hat zudem schriftliche Stellungnahmen der sachkundigen Auskunftspersonen Professor Dr. Peter Knauth (Technische Universität Karlsruhe) und Professor Dr. Friedhelm Nachreiner (Universität Oldenburg) eingeholt. Daneben hat er dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung, den anderen Landesregierungen und -parlamenten sowie weiteren sachkundigen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, die sich jedoch nicht geäußert haben.

1. Das Abgeordnetenhaus von Berlin und der Senat von Berlin haben eine gemeinsame Stellungnahme abgegeben. Sie halten die Verfassungsbeschwerden für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet.

a) Die Beschwerdeführer seien bereits nicht beschwerdebehaftet. Art. 139 WRV könne im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nicht gerügt werden. Das Bundesverfassungsgericht habe bereits entschieden, dass aus Art. 140 GG keine subjektiven Berechtigungen folgten. Art. 139 WRV sei eine institutionelle Garantie, die den Gesetzgeber objektivrechtlich verpflichte, ein Mindestmaß an gesetzlichen Regelungen zum Schutz von Sonn- und Feiertagen bereitzustellen. Die These einer Subjektivierung des Art. 139 WRV wegen heutiger Gefährdungslagen für den Sonntag sei nicht haltbar. Auch über die Konstruktion eines besonderen Näheverhältnisses von Art. 139 WRV zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG könne sie nicht begründet werden. Der Wortlaut des Art. 139 WRV lasse erkennen, dass der verfassungsrechtliche Sonntagsschutz nicht ein speziell auf die Kirchen gerichtetes Anliegen sei, sondern säkular verstanden werden müsse. Eine andere Sichtweise sei unvereinbar mit der auf weltanschauliche Neutralität ausgerichteten Grundkonzeption des Art. 4 GG. Der thematische Zusammenhang von Art. 4 GG und Art. 139 WRV ändere an der fehlenden subjektiven Wirkung des Art. 139 WRV nichts. Das Nebeneinander von sozialpolitischen und religiösen Motiven lasse eine Zuordnung zu individuellen Trägern, welche die Einhaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes geltend machen könnten, nicht zu. Alles andere würde auf die Zulassung einer Popularbeschwerde hinauslaufen. Art. 4 GG schütze zwar ein religiös motiviertes Verhalten auch und gerade an Sonntagen. Die Ausgestaltung der Rahmenbedingungen für den Sonntag im Allgemeinen, wie sie allein Art. 139 WRV im Auge habe, sei von der Religionsfreiheit aber nicht erfasst.

Die Beschwerdebefugnis fehle den Beschwerdeführern auch, wenn man Art. 4 GG als offener gegenüber den kirchlichen Sonntagsinteressen ansehe. Die Beschwerdeführer seien durch das Berliner Ladenöffnungsgesetz weder selbst noch unmittelbar betroffen. Überdies hätten sie schon die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht aufgezeigt. Durch die angegriffe-

nen Vorschriften würden die Rahmenbedingungen für die Religionsausübung der Beschwerdeführer schon deshalb nicht unter Verstoß gegen Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV unzumutbar verschlechtern, weil die nunmehr an Sonn- und Feiertagen erlaubten Öffnungszeiten für Verkaufsstellen sich im Wesentlichen deckten mit denen, die aufgrund der Verordnung über Sonntagsruhe im Handelsgewerbe und in Apotheken vom 5. Februar 1919 zugelassen gewesen seien. Auf diese schon damals zulässigen Tatbestände nehme Art. 139 WRV durch die Formulierung „bleiben ... geschützt“ Bezug. Während der Weimarer Zeit und auch danach sei bis zum Inkrafttreten des Ladenschlussgesetzes im Jahre 1956 die Ladenöffnung an Adventssonntagen grundsätzlich erlaubt gewesen. Diese Sonntage hätten sogar als besonders wichtige Verkaufstage gegolten. Das angegriffene Berliner Ladenöffnungsgesetz bleibe hinter der Verordnung aus dem Jahr 1919 sogar noch zurück, weil es die Öffnung an Adventssonntagen nur zeitlich begrenzt erlaube.

Schließlich seien die Verfassungsbeschwerden auch wegen fehlender Erschöpfung des Rechtswegs unzulässig (§ 90 Abs. 2 BVerfGG), soweit sie sich gegen § 6 Abs. 1 und 2 BerlLadÖffG richteten. Denn diese Regelungen setzten jeweils einen Vollzugsakt der Verwaltung im Vorfeld der Ladenöffnung voraus, gegen den sich die Beschwerdeführer vor den Verwaltungsgerichten wenden könnten. Weshalb ihnen insoweit hinreichend effektiver Rechtsschutz versagt sei, legten die Beschwerdeführer nicht überzeugend dar.

b) Halte man die Verfassungsbeschwerden für zulässig, seien sie jedenfalls unbegründet. Die angegriffenen Regelungen seien - auch objektiv - verfassungsgemäß; sie würden der institutionellen Garantie des Art. 139 WRV gerecht. Insbesondere ließen sie den unantastbaren Kern der Sonn- und Feiertagsruhe unberührt. Art. 139 WRV verpflichte den Gesetzgeber, durch gesetzliche Regelungen zu gewährleisten, dass die Sonn- und Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und seelischen Erhebung dienen können. Dabei verfüge er über einen Gestaltungsspielraum. In erster Linie sei die formale Existenz der Institution Sonn- und Feiertage geschützt. Dem trage § 3 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG Rechnung, indem er anordne, dass in der Regel Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen geschlossen sein müssten. Die Ausnahmeregelungen änderten hieran nichts, da die institutionelle Garantie nicht jede auflockernde Veränderung des Sonn- und Feiertagsschutzes verbiete. Die Bedürfnisse, insbesondere das Ruhebedürfnis, hätten sich gewandelt und konkurrierten heute mit anderen Bedürfnissen. Die religiöse Zweckbestimmung des Sonntags sei in den Hintergrund getreten. Einschränkungen der institutionellen Garantie könnten daher leichter begründet werden. Nicht nur das Unverzichtbare, das unbedingt Erforderliche, sondern auch andere plausible gesetzgeberische Intentionen wie das Bemühen, das Freizeitangebot oder die wirtschaftliche Situation zu verbessern, könnten eine Einschränkung des Sonntagsschutzes rechtfertigen. Dem genügt die angegriffene Regelung. Ebenso schütze Art. 139 WRV davor, dass die Institution bis auf eine „wertlose Hülse“ ausgehöhlt werde. Davon könne vorliegend offensichtlich keine Rede sein.

Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sei im Übrigen nur durch einen unantastbaren Kernbestand der Sonn- und Feiertagsruhe beschränkt: Einerseits betreffe dies die Anzahl der geschützten Sonn- und Feiertage und den Sieben-Tage-Rhythmus, andererseits das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Arbeitsruhe und Abwesenheit von werktäglicher Geschäftigkeit zu Sonntagsarbeit. Soweit die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang rügten, es werde ihnen durch die Ladenöffnung an fast einem Fünftel aller Sonntage unzumutbar erschwert, Gottesdienste und sonstige religiöse Veranstaltungen abzuhalten, könne dem schon im Ansatz nicht gefolgt werden. Die Ladenöffnungsregelung stelle kein Gebot dar, die Verkaufsstellen aufzusuchen und Gottesdienste nicht zu besuchen, sondern trage lediglich einer geänderten sozialen Wirklichkeit Rechnung, namentlich geänderten Freizeitwünschen der Bürger, indem sie den Bürgern die Möglichkeit einräume, an Sonn- und Feiertagen

Verkaufsstellen aufzusuchen. Diese Möglichkeit sei auf zehn Sonn- und Feiertage beschränkt und an sechs dieser Tage auch noch zeitlich begrenzt. Das gebotene Regel-Ausnahme-Verhältnis werde angesichts der geringen Zahl der Sonn- und Feiertage, an denen die Ladenöffnung erlaubt sei, und der zeitlichen Beschränkung der Öffnung nicht verletzt. Dadurch, dass lediglich an vier Sonntagen eine ganztägige Ladenöffnung zulässig sei, nähmen die Sonntage nicht werktäglichen Charakter an. Eine bloße Zunahme der werktäglichen Prägung begründete noch keinen Verstoß gegen den Kernbestand der Sonn- und Feiertagsruhe.

Der weltanschaulich-religiösen Komponente des Art. 139 WRV habe der Landesgesetzgeber ausreichend Rechnung getragen, indem er die Öffnung von Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich verboten und zudem die Öffnung an sechs von zehn verkaufsoffenen Sonn- und Feiertagen zeitlich begrenzt und gerade die Hauptgottesdienstzeiten von der Ladenöffnung ausgenommen habe.

Die Entscheidung des Berliner Landesgesetzgebers bewege sich im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit. Bei der Ausgestaltung des Schutzes der Sonn- und Feiertage müsse der Gesetzgeber unter Berücksichtigung des nach Art. 139 WRV gebotenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses einen Ausgleich unter anderem mit dem durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Interesse der Verbraucher am Einkaufen und der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit der Ladeninhaber treffen. Hierbei komme ihm ein weiterer Spielraum zu. Anerkannt sei, dass grundsätzlich nicht nur aus gesellschaftlichen und technischen Gründen notwendige Arbeiten gestattet seien, sondern auch Arbeiten, welche dem Freizeitbedürfnis der Bevölkerung zugute kämen. Bei solchen „Arbeiten für den Sonntag“ könne nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Abwägung eher für die Ladenöffnung ausfallen als bei „Arbeiten trotz des Sonntags“. Allerdings bestehe auch dann kein absolutes Verbot. Die angegriffenen Regelungen verstießen daher nur dann gegen Art. 139 WRV, wenn der Gesetzgeber verpflichtet wäre, sie zu unterlassen, weil der durch sie bewirkte Eingriff in die Sonn- und Feiertagsruhe nicht durch plausible Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und unverhältnismäßig wäre. Davon sei nicht auszugehen. Die Handlungsfreiheit der Verbraucher und die Berufsausübungsfreiheit der Ladeninhaber legitimiere die Ausnahmeregelung sowohl einzeln als auch in ihrer Gesamtschau. Die Regelungen seien zum Schutz dieser Rechtsgüter geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung des durch Art. 139 WRV vorgegebenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses auch angemessen. Dies gelte insbesondere, wenn man die geänderten Einkaufsgewohnheiten der Bevölkerung berücksichtige: Für breitere Teile der Bevölkerung habe das Einkaufen an Sonn- und Feiertagen, insbesondere auch an Adventssonntagen, seinen werktäglichen Charakter verloren und sei zu einer der Erholung dienenden Freizeitbeschäftigung geworden, so dass die Ladenöffnung dazu tendiere, zu einer „Arbeit für den Sonntag“ zu werden. Selbst wenn man das anders sehe, komme den geänderten Einkaufsgewohnheiten zusammen mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel der Stimulierung der Wirtschaft jedenfalls solches Gewicht zu, dass es die Einschränkung des Sonn- und Feiertagsschutzes in dem beschränkten Umfang rechtfertige.

Dies treffe auch für die einzelnen Regelungen zu. Die Ladenöffnung an allen Adventssonntagen sei nicht zu beanstanden. Art. 139 WRV lasse sich nicht entnehmen, dass stets alternierend einem Sonntag, an dem zeitlich beschränkt eine Ladenöffnung zulässig ist, ein verkaufsfreier Sonntag folgen müsse. Dem von Art. 139 WRV verfolgten Ziel der Arbeitsruhe zugunsten der Arbeitnehmer im Einzelhandel habe der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass gemäß § 7 Abs. 5 BerlLadÖffG Arbeitnehmer nur an zwei Adventssonntagen im Jahr beschäftigt werden dürfen. Zwar hätten die Adventssonntage im Kirchenjahr einen hervorragenden Platz. Dem stehe aber gegenüber, dass der Einzelhandel im Weihnachtsgeschäft einen beachtlichen Teil des Umsatzes erziele, und deshalb besonde-



res Interesse an der Ladenöffnung habe, mit dem das gesteigerte Interesse der Bevölkerung an Sonntageinkäufen im Advent gegebenenfalls im familiären Rahmen korrespondiere. Zudem habe der Berliner Gesetzgeber die Hauptgottesdienstzeiten von der Ladenöffnung ausgespart. Die in § 4 Abs. 1 Nr. 4 BerlLadÖffG geregelte Ladenöffnung an Weihnachten, wenn der 24. Dezember auf einen Adventssonntag fällt, sei nicht zu beanstanden, weil lediglich der Verkauf bestimmter Waren gestattet sei und zudem die Öffnungszeiten entsprechend den Interessen der Beschwerdeführer auf die Zeit von 7.00 bis 14.00 Uhr beschränkt seien. Die Regelung des Verkaufs von leicht verderblichem Obst und Gemüse durch den Erzeuger (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG) spiele für die Adventssonntage keine nennenswerte Rolle.

Die weiteren Regelungen der Ladenöffnung bedürften keiner Einzelbetrachtung. Die Ausnahmeregelungen seien überdies sachlich noch eingeschränkt durch die Voraussetzungen des „öffentlichen Interesses“ beziehungsweise des „besonderen Ereignisses“. Zudem hätten sich entsprechende Vorläufer schon in § 14 und § 23 LadSchlG gefunden. Die Rechtslage des Berliner Ladenöffnungsgesetzes sei demgegenüber sogar enger, weil die Zahl der verkauften offenen Sonn- und Feiertage anders als in § 23 LadSchlG beschränkt sei.

2. Die Regierung des Landes Brandenburg hat sich lediglich zu § 4 Abs. 1 Nr. 4 und § 4 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG geäußert, da nur diese Bestimmungen dem brandenburgischen Landesrecht ähnelten. Diese Vorschriften würden den verfassungsrechtlichen Maßgaben gerecht. Durch sie werde weder der Kernbereich des Sonn- und Feiertagsschutzes noch das verfassungsrechtlich verbürgte Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen angetastet.

3. Die Thüringer Landesregierung hält die Verfassungsbeschwerden für zulässig und begründet. Die Beschwerdeführer würden durch die angegriffenen Gesetzesbestimmungen in ihrem Grundrecht auf Religionsausübungsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verletzt. Die Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutzes genüge nicht mehr dem Gebot an den Gesetzgeber, einen absoluten Kernbereich der Sonn- und Feiertagsruhe zu schützen. Die Regelungen in § 6 Abs. 1 und 2 BerlLadÖffG verstießen zudem gegen das Grundrecht der Beschwerdeführer auf Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, denn es sei vom Zufall abhängig, ob die Beschwerdeführer Kenntnis von der Anzeige des Verkaufsstellinhabers gegenüber dem zuständigen Bezirksamt erhielten und gegebenenfalls das Nichteinschreiten der Behörde gerichtlich überprüfen lassen könnten.

4. Das Bundesverwaltungsgericht hat mitgeteilt, nach Inkrafttreten der so genannten Föderalismusreform I mit der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sei der für das Wirtschaftsverwaltungsrecht zuständige 6. Revisions Senat nicht mit Verfahren aus dem Gebiet des Ladenschlussrechts befasst gewesen. Der früher für das genannte Rechtsgebiet zuständige 1. Revisions Senat habe sich in mehreren Entscheidungen mit Fragen des Bundesgesetzes über den Ladenschluss befasst. Einen gewissen Bezug zu den mit den vorliegenden Verfassungsbeschwerden aufgeworfenen Fragen wiesen mehrere, im Einzelnen aufgeführte Entscheidungen auf. Von einer weiteren Stellungnahme hat das Bundesverwaltungsgericht abgesehen.

5. Die Deutsche Bischofskonferenz hält die Verfassungsbeschwerden für zulässig und begründet. Sie verweist auf die Beschwerdeschriften und hebt ergänzend hervor, dass das angegriffene Gesetz den Schutz des Sonntags und der Feiertage in verfassungsrechtlich nicht mehr erträglicher Weise zurückdränge.

6. Die Evangelische Kirche in Deutschland (EKD) stimmt dem Inhalt der Beschwerdeschrift der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz in vollem Umfang zu und schließt sich auch den Überlegungen in der Beschwerdeschrift des Erzbistums Berlin an.

7. Der Bund Freireligiöser Gemeinden Deutschlands und der Dachverband Freier Weltanschauungsgemeinschaften e.V. haben gleich lautende Stellungnahmen abgegeben. Sie sind der Auffassung, die Verfassungsbeschwerden seien abzuweisen, da die Beschwerdeführer nicht in ihren Rechten verletzt seien. Eine kirchliche Deutungshoheit der Sonn- und Feiertage sei im weltanschaulich neutralen Staat abzulehnen.

8. Der Verein Deutsche Unitarier Religionsgemeinschaft e.V. hat geäußert, von staatlicher Seite sollten wiederkehrende Zeiten sichergestellt werden, die dem Einzelnen Ruhe und Besinnung, Zeiten des religiösen Erlebens oder auch Erlebnisse in Gemeinschaften erlaubten. Dies könne aber in verschiedenen Formen, nicht nur durch Sonntagsruhe oder Feiertagsschutz erfolgen, wobei dem gesellschaftlichen Wandel Rechnung getragen werden müsse. Traditionell kirchliche Feiertage zu schützen, sei angesichts der Verpflichtung des Staates zur weltanschaulichen Neutralität nicht die Aufgabe des Staates.

9. Nach Auffassung der Giordano-Bruno-Stiftung können die Verfassungsbeschwerden keinen Erfolg haben. Art. 139 WRV beinhalte nur einen objektivrechtlichen Sonntagschutz mit weitem Spielraum des Gesetzgebers. Auch auf die Gewährleistung seines Kernbereichs bestehe kein subjektiver Rechtsanspruch. Deshalb seien die Verfassungsbeschwerden unzulässig. Zudem lasse sich selbst bei einer umfassenden objektivrechtlichen Prüfung des angegriffenen Gesetzes kein Verfassungsverstoß feststellen. Von jährlich 52 Sonntagen blieben mindestens 44 von gravierender „werktäglicher Geschäftigkeit“ frei. An den vier Adventssonntagen dürften Verkaufsstellen nur von 13.00 bis 20.00 Uhr geöffnet sein. Der absolut geschützte Kernbereich der institutionellen Garantie des Art. 139 WRV sei daher nicht berührt.

10. Der Humanistische Verband Deutschlands - Bundesverband - trägt vor, die Verfassungsbeschwerden verkürzten den Schutz des Sonntags unzulässig auf eine christlich-religiöse Schutzvorschrift, was schon dem Wortlaut des Art. 139 WRV widerspreche. Der Sonntag sei kein speziell christlicher Feiertag. Art. 139 WRV enthalte lediglich eine objektivrechtliche Institutsgarantie ohne subjektive Berechtigung. Das angegriffene Gesetz nehme auch nicht die Möglichkeit zum Kirchgang. Im Übrigen müssten die soziologischen Determinanten im Lande Berlin berücksichtigt werden. Die christlichen Kirchen vereinten nicht die Mehrheit der Berliner unter sich. Die Regelungen des Berliner Ladenöffnungsgesetzes seien verfassungsgemäß, da das Recht auf Religionsausübung für jede gläubige Minderheit gewährleistet sei.

11. Nach Auffassung der Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e.V. (BAG) fehlt es den Beschwerdeführern bereits an einem subjektiven Recht zur Geltendmachung ihrer Ansprüche. Dessen ungeachtet tasteten die angegriffenen Regeln des Berliner Ladenöffnungsgesetzes nicht den Kernbestand der Sonn- und Feiertagsruhe an. Vielmehr stellten sie einen interessengerechten Ausgleich zwischen den Erholungs- und Freizeitbedürfnissen der Bevölkerung und dem Grundsatz der Arbeitsruhe her, ohne dabei das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen werktäglicher Beschäftigung und sonntäglicher Arbeitsunterbrechung zu berühren. Im Übrigen diene die Neugestaltung der Ladenschlusszeiten sowohl der Ausübung von Grundrechten der Ladeninhaber als auch der Angestellten und Dritter sowie der Berücksichtigung übergreifender und verfassungsrechtlich legitimer gesellschaftlicher und ökonomischer Interessen der Allgemeinheit. Die Berücksichtigung dieser Rechte und Interessen lasse einen etwaigen Eingriff in Grundrechte der Beschwerdeführer in jedem Fall als gerechtfertigt erscheinen.

Die Bundesarbeitsgemeinschaft weist zudem darauf hin, dass eine stichprobenartige Umfrage unter den mittelständischen Einzelhandelsunternehmen in Berlin ergeben habe, dass 14% der befragten Geschäftsinhaber erklärt hätten, speziell im Hinblick auf die erweiterten Ladenöffnungszeiten neue Angestellte eingestellt zu haben. Sie betont, dass mit der Neuregelung der



Ladenöffnungszeiten die von ihr für gleichheitswidrig erachtete Bevorzugung von Einzelhändlern an privilegierten Standorten wie Tankstellen, Raststätten, Flughäfen und Bahnhöfen sowie die Bevorzugung des Online-Handels deutlich abgemildert worden sei.

12. Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) ist der Ansicht, die Ausgestaltung der Ladenöffnungszeiten stelle keinen Verstoß gegen die aus Art. 139 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG folgende Pflicht des Staates zur Gewährleistung der Sonntagsruhe dar. Der Berliner Gesetzgeber bewege sich innerhalb seines Ausgestaltungsspielraums. Die Vorschriften seien weder einzeln noch in ihrer Zusammenschau verfassungswidrig.

13. Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag enthält sich einer eigenen Stellungnahme, weil die von den einzelnen Industrie- und Handelskammern geäußerten wirtschaftsbezogenen Positionen im konkreten Fall so unterschiedlich seien, dass ein klarer Trend nicht erkennbar sei.

So sei die Industrie- und Handelskammer Berlin der Auffassung, die Ladenöffnung diene der Befriedigung von Freizeitbedürfnissen und stelle damit als „Arbeit für den Sonntag“ eine privilegierte Ausnahme vom Gebot der Arbeitsruhe dar. Zu berücksichtigen sei auch die Sonderrolle Berlins als Hauptstadt und Touristenmetropole. Der Kernbestand des Sonn- und Feiertagsschutzes werde durch die maßvolle Freigabe des Einzelhandels nicht angetastet.

Die Landesarbeitsgemeinschaft der Industrie- und Handelskammern des Landes Brandenburg vertrete die Ansicht, ein weitgehendes Verbot der Arbeit an Sonn- und Feiertagen schade dem Standort Deutschland, seiner Wirtschaft und seinen Bürgern. Das Arbeitszeitgesetz biete hinreichende Schutzmöglichkeiten.

Die Industrie- und Handelskammer zu Köln verweise auf die wichtige Funktion der verkaufsoffenen Sonntage für den Einzelhandel sowie für die Vitalität der Innenstädte. Für den innerstädtischen Einzelhandel eines Oberzentrums seien verkaufsoffene Sonntage geradezu notwendig, um sich im nationalen und internationalen Standortwettbewerb zu behaupten.

14. Der Hauptverband des Deutschen Einzelhandels (HDE) hält die Regelungen des Berliner Ladenöffnungsgesetzes für verfassungskonform. Die Verfassungsbeschwerden seien unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Es fehle den Beschwerdeführern schon an der Beschwerdebefugnis, denn sie seien nicht selbst und zumindest teilweise nicht unmittelbar von den angegriffenen Normen betroffen. Die mögliche Verletzung eines Grundrechts sei nicht dargetan. Teilweise unzulässig seien die Verfassungsbeschwerden darüber hinaus, weil die Beschwerdeführer zunächst den Rechtsweg zu den Fachgerichten beschreiten müssten. Unabhängig davon seien die Beschwerdeführer aber auch sachlich nicht in ihren Grundrechten verletzt.

15. Nach Auffassung des Christlichen Gewerkschaftsbunds (CGB) dient der Sonn- und Feiertagsschutz des Art. 139 WRV im Schwerpunkt dem religiösgemeinschaftlichen Aspekt, der „seelischen Erhebung“, und weniger der körperlichen Erholung. Dies ergebe sich aus dem Kontext der Bestimmung. Unter Berücksichtigung dieses Umstands konkretisiere Art. 139 WRV die in Art. 4 GG manifestierte Religionsfreiheit. Untermauert werde dies durch die christlich geprägte Bedeutung des Sonntags in der abendländischen Kultur. Das angegriffene Gesetz hebele den Schutz der Sonn- und Feiertage aus und verletze dessen Kernbereich. Den Verfassungsbeschwerden sei stattzugeben.

16. Die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di und der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) teilen die Rechtsauffassung der Beschwerdeführer und unterstützen die Verfassungsbeschwerden in einer gemeinsamen Stellungnahme. Im Interesse der Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Sonn- und Feiertagsschutz sei es notwendig, den Kirchen die Möglichkeit zur effektiven Durchsetzung des Sonn- und Fei-

ertagsschutzes zu eröffnen. Die angegriffenen Vorschriften seien schon deshalb verfassungswidrig, weil das Land keine Kompetenz zur Regelung der arbeitsschutzrechtlichen Aspekte des Ladenschlusses habe. Ferner stellten die angegriffenen Regelungen einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den gemäß Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV garantierten Schutz der Sonn- und Feiertagsruhe dar. Sie seien weder geeignet noch erforderlich, um die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele zu erreichen. Im Übrigen seien sie wegen der gravierenden Folgen auch nicht angemessen. Hinzu komme, dass auch der Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und die körperliche Unversehrtheit der Arbeitnehmer (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) beeinträchtigt würden.

Im Übrigen heben die Gewerkschaft ver.di und der Deutsche Gewerkschaftsbund hervor, die Eignung der vom Landesgesetzgeber getroffenen Regelung, das verfolgte Ziel zu erreichen, nämlich zusätzliche Arbeitsplätze zu schaffen und die wirtschaftliche Entwicklung positiv zu beeinflussen, begegne erheblichen Zweifeln. Diese Ziele seien schon bei früheren Ausweitungen der Ladenöffnungszeiten genannt, aber verfehlt worden. So habe insbesondere die Verlängerung der Ladenöffnungszeiten an Samstagen bis 20.00 Uhr seit dem Jahr 2003 bis zum Jahr 2007 lediglich zu einer Umsatzsteigerung von 0,2% geführt. Zugleich sei die Zahl der Beschäftigten um 3,2% zurückgegangen. Besonders gravierend sei die Entwicklung bei den Vollzeitbeschäftigten. Deren Zahl sei seit 2003 um 10,5% gesunken, während der Anteil geringfügig entlohnter Beschäftigter um 4,9% und der Anteil von Teilzeitbeschäftigten um 5,9% gestiegen sei. Diese Zahlen zeigten, dass eine Verlängerung der Ladenöffnungszeiten nicht die erhofften positiven Effekte nach sich ziehe. Die Veränderung der Öffnungszeiten habe keine Erhöhung des Konsums zur Folge, verursache aber höhere Betriebskosten. Regelmäßig würden diese durch Einsparungen bei den Personalkosten kompensiert, was zu einer Ausweitung geringfügig entlohnter Beschäftigung zulasten sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung führe. Im Ergebnis würden lediglich die Kundenströme verlagert, zugunsten der großen Einkaufszentren und der Innenstädte von Großstädten, zulasten kleinerer Einzelhandelsgeschäfte und der Geschäfte in Klein- und Mittelstädten sowie in städtischen Randlagen. Ziel des Berliner Ladenöffnungsgesetzes sei gerade, die Kundenströme aus den umliegenden Gebieten abziehen und die Kaufkraft nach Berlin zu verlagern. Diese Konkurrenzsituation könne dazu führen, dass benachbarte Regionen zulasten des Sonn- und Feiertagsschutzes um die liberaleren Öffnungszeiten wetteiferten.

Weiter weisen die Gewerkschaften darauf hin, dass die Arbeitszeiten der Beschäftigten weit über die Öffnungszeiten der Geschäfte hinausgingen, weil die Ladenöffnung umfangreiche Vor- und Nacharbeiten erfordere. Ferner betonten sie die Bedeutung der durch die kollektiv freien Tage bewirkten gleichen Taktung des sozialen Lebens. Erst diese Synchronisation der Freizeit schaffe die Möglichkeit, sich dem Leben in der Familie, in der Ehe, den Vereinen, den Gemeinden und damit Grundelementen des sozialen Zusammenlebens zuzuwenden. Die Veränderung der Öffnungszeiten führe zu einer entsprechenden Veränderung der Rhythmizität von Arbeit und Freizeit, verbunden mit einer Desynchronisation von biologischen und sozialen Rhythmen. Die Abweichung von den Normal- und Standardarbeitszeiten führe zu einer Erhöhung des Risikos von Beeinträchtigungen im physiologischen wie im psychosozialen Bereich, und zwar nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern auch für deren Familienangehörige.

Zur Beschäftigtenstruktur im Einzelhandel führen die Gewerkschaften aus, dass zum 31. März 2007 im Einzelhandel insgesamt - allerdings deutschlandweit - von etwa 2 Millionen Beschäftigten mehr als zwei Drittel, nämlich 1,4 Millionen, weiblich gewesen seien. Von den im Handel insgesamt (Einzel- und Großhandel) zu diesem Stichtag beschäftigten Frauen sei etwa die Hälfte jünger als 40 Jahre und rund drei Viertel jünger als 50 Jahre. Die Anzahl von beschäftigten Frauen unter 50 Jahren liege im Einzelhandel bei etwa 75% und sei besonders groß.

Diese Gruppe sei aber gerade im Hinblick auf die mit der Sonn- und Feiertagsruhe verfolgten sozialen Zwecke besonders sensibel. Personen in dieser Altersgruppe hätten typischerweise häufig Kinder, die noch nicht volljährig und selbständig seien. Traditionell komme der größere Teil der Kinderbetreuung und der Versorgung des Haushaltes noch immer den Frauen zu. Sie seien daher in besonderer Weise betroffen.

Schließlich weisen die Gewerkschaften auch auf die Folgen der Sonn- und Feiertagsöffnung für andere Bereiche hin, etwa in der Zulieferindustrie und im Bereich der Infrastruktur. Besonders kritisch sehen die Gewerkschaften die Ladenöffnung an den Adventssonntagen. Die Beschäftigten im Einzelhandel bedürften gerade in der Vorweihnachtszeit wegen der besonderen Belastungen durch das Weihnachtsgeschäft noch dringlicher der Erholungsphase am Wochenende.

Die angegriffenen Regelungen seien nach allem weder geeignet noch erforderlich, die vom Landesgesetzgeber verfolgten Ziele zu erreichen. Sie seien unverhältnismäßig, weil die mit der Öffnung an Sonn- und Feiertagen verbundenen Folgen so gravierend seien, dass die verfolgten Ziele solche Ausnahmen nicht rechtfertigen könnten. Neben der Religionsfreiheit sei zugleich der Schutz der Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG gefährdet und der Schutz der körperlichen Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG beeinträchtigt.

17. Die sachkundigen Auskunftspersonen Professor Dr. Knauth und Professor Dr. Nachreiner haben zu den Auswirkungen von Sonn- und Feiertagsarbeit auf die Beschäftigten und deren Angehörige aus arbeits- und sozialwissenschaftlicher Sicht Stellungnahmen abgegeben.

#### IV.

In der mündlichen Verhandlung haben sich geäußert: die Beschwerdeführer, das Abgeordnetenhaus und der Senat von Berlin, der Handelsverband Berlin-Brandenburg e.V., die Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e.V., der Hauptverband des Deutschen Einzelhandels, die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, die Deutsche Bischofskonferenz und der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland sowie die sachkundigen Auskunftspersonen Professor Dr. Knauth und Professor Dr. Nachreiner.

Die Vertreter des Abgeordnetenhauses und des Senats von Berlin haben die Ansicht vertreten, dass das Berliner Ladenöffnungsgesetz den Sonntagsschutz gegenüber der Rechtslage nach dem Ladenschlussgesetz des Bundes nicht verschlechtert, sondern sogar verstärkt habe. Denn die Bezirksämter hätten nach früherer Rechtslage gestützt auf § 23 LadSchlG zahlreiche Ausnahmen vom Verbot der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen zugelassen. Die neue gesetzliche Regelung sehe eine solche allgemeine Ausnahmeregelung hingegen nicht vor. Im neuen Gesetz habe man die Zahl der für eine Freigabe offenen Sonn- und Feiertage auf eine absolute Höchstzahl begrenzt und zudem die Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten, welche die Anwendung des § 23 LadSchlG mit sich gebracht habe, beseitigt.

#### B.

Die zulässigen Verfassungsbeschwerden haben in der Sache teilweise Erfolg.

#### I.

Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig. Die beschwerdeführenden, öffentlichrechtlich verfassten Religionsgemeinschaften sind beschwerdefähig und beschwerdebefugt (1.). Das Gebot der Rechtswegerschöpfung steht der Zulässigkeit nicht entgegen (2.).

1. Die Beschwerdeführer sind als juristische Personen ungeachtet ihrer öffentlichrechtlichen Organisationsform hinsichtlich des Grundrechts der Religionsfreiheit beschwerdefähig (vgl. BVerfGE 42, 312 <321 f.>; 53, 366 <387 f.>) und auch beschwerdebefugt. Sie machen geltend, durch die angegriffenen Normen in einem verfassungsbeschwerdefähigen Recht (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG), nämlich

in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 WRV selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt zu sein. Dies erscheint als möglich (vgl. BVerfGE 94, 49 <84>; siehe auch BVerfGE 28, 17 <19>; 52, 303 <327>; 65, 227 <232 f.>; 89, 155 <171>).

a) Ein Betroffensein in einem eigenen Grundrecht wäre von vornherein ausgeschlossen, wenn auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits entwickelte Grundsätze zur Reichweite des Grundrechts der Beschwerdeführer aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG angewandt werden könnten und auf deren Grundlage eine Verletzung dieses Grundrechts in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 WRV ohne weiteres zu verneinen wäre (vgl. BVerfGE 110, 274 <287 ff.> zu Art. 12 Abs. 1 GG). Die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ist hingegen dann gegeben, wenn die Verfassungsbeschwerde eine bislang vom Bundesverfassungsgericht noch nicht entschiedene, offene verfassungsrechtliche Frage aufwirft (vgl. BVerfGE 94, 49 <84>; Magen, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl., § 92 Rn. 50), die die Annahme eines verfassungsbeschwerdefähigen Rechts jedenfalls nicht von vornherein ausschließt. Das ist hier hinsichtlich der Frage eines etwaigen Überwirkens der objektivrechtlichen Schutzgarantie des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV auf das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG im Sinne einer Konkretisierung und Stärkung des Grundrechtsschutzes der Fall.

Die Beschwerdeführer werfen die Frage auf, ob und inwieweit sich Religionsgemeinschaften im Wege einer Verfassungsbeschwerde auf die verfassungsrechtliche Sonn- und Feiertagsgarantie des Art. 139 WRV berufen können. Es handelt sich hierbei um einen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht geklärten Problemkreis, da bislang nur die Wirkung des Art. 139 WRV gegenüber Grundrechtsträgern beurteilt wurde, die sich in ihrer Berufsausübungsfreiheit eingeschränkt sahen und denen an Ausnahmen vom Sonn- und Feiertagsschutz gelegen war (vgl. BVerfGE 111, 10 [=GuT 2004, 142 PM]). Daneben wurde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lediglich ausgesprochen, dass Art. 140 GG selbst keine Grundrechtsqualität beizumessen ist (vgl. BVerfGE 19, 129 <135>; siehe dazu auch BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. September 1995 - 1 BvR 1456/95 -, NJW 1995, S. 3378 f.). Offen geblieben ist bisher aber, ob und inwieweit gerade Art. 139 WRV im Zusammenwirken mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG oder anderen Grundrechten Religionsgemeinschaften oder anderen Betroffenen eine Durchsetzung des Sonn- und Feiertagsschutzes ermöglicht. Unbeantwortet ist weiter, ob und inwieweit der Schutzgehalt eines Grundrechts - hier des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG - durch den Sonntagsschutz des Art. 139 WRV (i.V.m. Art. 140 GG) konkretisiert und verstärkt werden kann und dabei die Gewährleistungen der Arbeitsruhe und der Möglichkeit zu seelischer Erhebung in die Bestimmung des Schutzgehalts der Grundrechtsnorm einzubeziehen sind. Bejahendenfalls stellt sich die bislang ebenso ungeklärte Frage, ob es gerade wegen der Bedeutung des Sonntagsschutzes für die Ladenöffnung konkrete, auch grundrechtsverbürgte Grenzen für diese gibt und wo sie verlaufen.

Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG steht auch den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu (vgl. nur BVerfGE 24, 236). Schon nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Gewährleistungen der Weimarer Kirchenartikel funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt (vgl. BVerfGE 102, 370 <387>).

Danach erscheint eine Verletzung der Beschwerdeführer in einem durch die Gewährleistung des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV konkretisierten Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch die gesetzliche Erweiterung der Ladenöffnungsmöglichkeiten an Sonn- und Feiertagen als möglich.

b) Die Beschwerdeführer haben überdies auch hinreichend dargelegt, selbst betroffen zu sein, obgleich sie nicht unmittel-



bar Adressaten der landesgesetzlichen Regelungen über die Verkaufsstellenöffnung sind. Aus ihrem Vortrag ergibt sich die Möglichkeit eines rechtlich erheblichen Nachteils auch für sie. Geöffnete Läden und eine Inanspruchnahme des Sonn- oder Feiertages seitens der Beschwerdeführer zum Zwecke der seelischen Erhebung schließen sich zwar nicht gänzlich aus. So können auch während der Ladenöffnungszeiten Gottesdienste oder andere religiöse Veranstaltungen abgehalten oder diese gegebenenfalls auf Tageszeiten verlegt werden, zu denen die Geschäfte noch nicht oder nicht mehr geöffnet haben. Eine Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführer kommt aber unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass sich durch die in Rede stehenden Ladenöffnungszeiten generell der Charakter der Sonn- und Feiertage als Tage der Arbeitsruhe, aber auch der Besinnung verändert, weil diese Tage auch in ihrer Ganzheit als Tage der Ruhe und der seelischen Erhebung religiöse Bedeutung für die Beschwerdeführer haben („... am siebten Tage sollst Du ruhen, ...“; vgl. in der Bibel Ex 23, 12; dazu weiter Dtn 5, 12-14 und in den Zehn Geboten Ex 20, 8-11). Das gilt jedenfalls auf der Grundlage der Annahme einer Konkretisierung des Schutzgehalts des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV, auf die sich die Beschwerdeführer berufen.

c) Die Beschwerdeführer sind durch die in Rede stehenden Normen zudem gegenwärtig betroffen, weil das Berliner Ladenöffnungsgesetz in Kraft ist. Die unmittelbare Betroffenheit der Beschwerdeführer folgt daraus, dass die angegriffenen Vorschriften über die Möglichkeit der Verkaufsstellenöffnung an den Adventssonntagen (§ 3 Abs. 1 Alternative 2 BerlLadÖffG) keines weiteren Vollzugsaktes bedürfen, also so genannte selbstvollziehende Gesetzesnormen sind (vgl. BVerfGE 109, 279 <306 f.> m.w.N.). Das gilt auch für die Bestimmungen in § 4 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG. Soweit die Regelungen des § 6 Abs. 1 und 2 BerlLadÖffG jeweils noch einer Umsetzung bedürfen, also einer Allgemeinverfügung oder einer vorherigen Anzeige mit folgender Duldung seitens der Verwaltung, steht dies der Annahme unmittelbaren Betroffenseins nicht entgegen. Von den Anzeigen der Verkaufsstellen werden die Beschwerdeführer zumeist nicht rechtzeitig Kenntnis erlangen. Angesichts der Kumulation der im Gesetz an verschiedenen Stellen angelegten Ladenöffnungsmöglichkeiten an Sonn- und Feiertagen ist eine unmittelbare Betroffenheit auch durch § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG kraft Sachzusammenhangs gegeben.

2. Das Gebot der Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) und der Grundsatz der Subsidiarität stehen der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden nicht entgegen.

a) Gegen die „selbstvollziehenden“ Bestimmungen der § 3 Abs. 1 Alternative 2, § 4 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG, welche die Öffnungen an den vier Adventssonntagen sowie für den Verkauf von leicht verderblichem Obst und Gemüse und für einen auf den Sonntag fallenden Heiligabend betreffen, ist für die Beschwerdeführer kein wirkungsvoller Rechtsschutz außerhalb des Verfassungsbeschwerdeverfahrens gegeben.

b) Hinsichtlich der Regelung der mit einer Anzeigepflicht verbundenen Befugnis der Verkaufsstellen zur Öffnung aus besonderem Anlass (§ 6 Abs. 2 BerlLadÖffG) besteht ebenso wenig ein wirkungsvoller fachgerichtlicher Rechtsschutz. Die erforderlichen Anzeigen, die sechs Tage vor der beabsichtigten Ladenöffnung zu erfolgen haben, müssen den Beschwerdeführern nicht zur Kenntnis gebracht werden.

c) Wegen der Möglichkeit, vier Sonn- und Feiertage durch Allgemeinverfügung aufgrund des § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG für die Verkaufsstellenöffnung freizugeben, ist den Beschwerdeführern eine Verweisung auf den fachgerichtlichen Rechtsweg nicht zumutbar. Sie erstreben eine verfassungsgerichtliche Überprüfung des Normenkomplexes der § 3 Abs. 1 Alternative 2, § 4 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1, § 6 Abs. 1 und 2 BerlLadÖffG ins-

gesamt; die anderen Vorschriften können aber nicht ohne den damit im Sachzusammenhang stehenden § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG erschöpfend beurteilt werden.

## II.

Die Verfassungsbeschwerden sind teilweise begründet. Das Schutzkonzept, das den Regelungen zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen im Land Berlin zugrunde liegt, wird der Schutzverpflichtung des Landesgesetzgebers aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in seiner Konkretisierung durch Art. 139 WRV (i.V.m. Art. 140 GG) nicht hinreichend gerecht.

Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG wird in seiner Bedeutung als Schutzverpflichtung des Gesetzgebers (1.) durch den objektivrechtlichen Schutzauftrag für den Sonn- und Feiertagsschutz aus Art. 139 WRV (i.V.m. Art. 140 GG) konkretisiert, der neben seiner weltlich-sozialen Bedeutung in einer religiös-christlichen Tradition wurzelt (2.). Danach ist ein Mindestniveau des Schutzes der Sonntage und der gesetzlich anerkannten - hier der kirchlichen - Feiertage durch den Gesetzgeber zu gewährleisten (3.). Dem genügt das Berliner Sonn- und Feiertagsschutzkonzept nicht in jeder Hinsicht. Die dort vorgesehene Möglichkeit der Ladenöffnung an allen vier Adventssonntagen ist mit den Mindestanforderungen an einen auch grundrechtsverbürgten Schutz nicht mehr in Einklang zu bringen. Die Regelung über die Öffnung aufgrund Allgemeinverfügung an vier weiteren Sonn- und Feiertagen trägt nur bei einschränkender Auslegung den Erfordernissen des vom Gesetzgeber zu gewährleistenden Mindestschutzes Rechnung (4.). Im Übrigen halten die angegriffenen Bestimmungen im Rahmen des vom Landesgesetzgeber verfolgten Schutzkonzepts verfassungsrechtlicher Prüfung stand (5.).

1. Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist hier in seiner Bedeutung als Schutzverpflichtung des Staates betroffen.

Das Berliner Ladenöffnungsgesetz greift weder gezielt in die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer ein, noch liegt in den verschiedenen Bestimmungen und Optionen zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen das „funktionale Äquivalent“ eines Eingriffs. Es richtet sich mit den hier angegriffenen Vorschriften an die Verkaufsstelleninhaber und eröffnet diesen Möglichkeiten zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erschöpft sich der Grundrechtsschutz nicht in seinem klassischen Gehalt als subjektives Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen. Aus Grundrechten ist vielmehr auch eine Schutzpflicht des Staates für das geschützte Rechtsgut abzuleiten, deren Vernachlässigung von dem Betroffenen mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann (vgl. BVerfGE 92, 26 <46>; ähnlich BVerfGE 56, 54 <80 f.>; 77, 170 <215>; 79, 174 <202>). Auch die Religionsfreiheit beschränkt sich nicht auf die Funktion eines Abwehrrechts, sondern gebietet auch im positiven Sinn, Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern (vgl. BVerfGE 41, 29 <49>). Diese Schutzpflicht trifft den Staat auch gegenüber den als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfassten Religionsgemeinschaften.

Der Staat muss dieser Schutzpflicht durch hinreichende Vorkehrungen genügen. Aus einer grundrechtlichen Schutzpflicht folgt in der Regel indessen keine bestimmte Handlungsvorgabe. Die zuständigen staatlichen Organe, insbesondere der Gesetzgeber, haben vielmehr zunächst in eigener Verantwortung zu entscheiden, wie sie ihre Schutzpflichten erfüllen. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen. Dabei kommt ihm ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht kann die Verletzung einer solchen Schutzpflicht nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen,



oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (vgl. BVerfGE 92, 26 <46>; ähnlich BVerfGE 56, 54 <80 f.>; 77, 170 <215>; 79, 174 <202>).

2. Allein aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG lässt sich keine staatliche Verpflichtung herleiten, die religiös-christlichen Feiertage und den Sonntag unter den Schutz einer näher auszugestaltenden generellen Arbeitsruhe zu stellen und das Verständnis bestimmter Religionsgemeinschaften von nach deren Lehre besonderen Tagen zugrunde zu legen. Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erfährt jedoch eine Konkretisierung durch die Sonn- und Feiertagsgarantie nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV: Die Sonn- und Feiertagsgarantie wirkt ihrerseits als in der Verfassung getroffene Wertung auf die Auslegung und Bestimmung des Schutzgehalts von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein und ist deshalb auch bei der Konkretisierung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Gesetzgebers zu beachten. Art. 139 WRV enthält einen Schutzauftrag an den Gesetzgeber (vgl. BVerfGE 87, 363 <393>), der im Sinne der Gewährleistung eines Mindestschutzniveaus dem Grundrechtsschutz aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG insoweit Gehalt gibt.

a) Art. 4 GG garantiert in Absatz 1 die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses, in Absatz 2 das Recht der ungestörten Religionsausübung. Beide Absätze des Art. 4 GG enthalten ein umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht (vgl. BVerfGE 24, 236 <245 f.>; 32, 98 <106>; 44, 37 <49>; 83, 341 <354>; 108, 282 <297>), das auch die Religionsfreiheit der Korporationen umfasst (vgl. BVerfGE 19, 129 <132>; 24, 236 <245>; 83, 341 <354 f.>).

Bei der näheren Bestimmung des Schutzgehalts des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist auch an die Schutzgarantie des Art. 139 WRV für den Sonn- und Feiertagsschutz anzuknüpfen. Die durch Art. 140 GG aufgenommenen Vorschriften der Weimarer Reichsverfassung und somit auch Art. 139 WRV sind von gleicher Normqualität wie die sonstigen Bestimmungen des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 111, 10 <50> m.w.N.). Bei der Sonn- und Feiertagsgarantie handelt es sich zwar nicht um ein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht (vgl. BVerfGE 19, 129 <135>; 19, 206 <218>). Die Gewährleistungen der so genannten Weimarer Kirchenartikel sind aber funktional auch auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt (vgl. BVerfGE 42, 312 <322>; 102, 370 <387>). Die inkorporierten Kirchenartikel der Weimarer Reichsverfassung, die mit dem Grundgesetz ein organisches Ganzes bilden (vgl. BVerfGE 66, 1 <22>; 70, 138 <167>), regeln das Grundverhältnis zwischen Staat und Kirche (vgl. BVerfGE 42, 312 <322>). Es ist anerkannt, dass zumindest Teilaspekte dieses Grundverhältnisses auch von Art. 4 GG erfasst werden (vgl. BVerfGE 42, 312 <322>). Im Kontext des Grundgesetzes sind die Kirchenartikel auch ein Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit der korporierten Religionsgemeinschaften (vgl. BVerfGE 102, 370 <387> zu Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV; siehe auch BVerfGE 99, 100 <119 ff.> zu Art. 138 Abs. 2 WRV).

b) Die funktionale Ausrichtung der so genannten Weimarer Kirchenartikel auf die Inanspruchnahme des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gilt auch für die Gewährleistung der Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung in Art. 139 WRV, obgleich in dieser Norm selbst der religiös-christliche Bezug nicht ausdrücklich erwähnt wird. Art. 139 WRV hat nach seiner Entstehungsgeschichte, seiner systemischen Verankerung in den Kirchenartikeln und seinen Regelungszwecken neben seiner weltlich-sozialen auch eine religiös-christliche Bedeutung. Er sichert mit seinem Schutz eine wesentliche Grundlage für die Rekreationsmöglichkeiten des Menschen und zugleich für ein soziales Zusammenleben und ist damit auch Garant für die Wahrnehmung von Grundrechten, die der Persönlichkeitsentfaltung dienen. Er erweist sich so als verfassungsverankertes Grundelement sozialen Zusammenlebens und staatlicher Ordnung und ist als Konnexgarantie zu verschiedenen Grundrechten zu begreifen. Die Gewährleistung von Tagen der Ar-

beitsruhe und der seelischen Erhebung ist darauf ausgerichtet, den Grundrechtsschutz - auch im Sinne eines Grundrechtsvoraussetzungsschutzes - zu stärken und konkretisiert insofern die aus den jeweils einschlägigen Grundrechten folgenden staatlichen Schutzpflichten (vgl. Häberle, Der Sonntag als Verfassungsprinzip, 2. Aufl. 2006, S. 63 f., 70).

Schon die Entstehungsgeschichte der Vorschrift lässt die Verknüpfung der tradierten religiösen und sozialen Aspekte des Sonn- und Feiertagsschutzes zutage treten. Bei der Einbringung in der Weimarer Nationalversammlung hob der Berichterstatter, der Abgeordnete Mausbach (Zentrumspartei), hervor, die Bestimmung schütze die „öffentliche Sitte“ und die christliche Tradition und Religionsausübung. Die großen geschichtlichen Bestandteile der Kultusausübung enthielten aber auch wertvolle Freiheitsrechte für die Einzelnen; und gerade diese Seite der Sonntagsruhe, die „Schonung der Freiheit“ und der „sozialen Gleichwertigkeit aller Klassen“, sei darin angesprochen (vgl. Heilfron, Die Deutsche Nationalversammlung im Jahre 1919, 6. Band, 1920, S. 4007). Der Religionsbezug des Art. 139 WRV wird bestätigt durch seine Stellung im Grundrechtsteil der Weimarer Reichsverfassung unter der Abschnittsüberschrift „Religion und Religionsgesellschaften“. Die Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel in das Grundgesetz war letztlich ein Kompromiss, bei dessen Findung der überkommene Gewährleistungsgehalt des Art. 139 WRV nicht mehr zur Debatte stand. Damit setzte sich im Ergebnis die motivische Allianz zwischen religions- und arbeitsverfassungspolitischen Bestrebungen fort, die schon das Zustandekommen des Art. 139 WRV bestimmt hatte (vgl. Koriath, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 139 WRV Rn. 9 f.).

Art. 139 WRV ist damit ein religiöser, in der christlichen Tradition wurzelnder Gehalt eigen, der mit einer dezidiert sozialen, weltlich-neutral ausgerichteten Zwecksetzung einhergeht.

c) Soweit Art. 139 WRV an den Sonntag und an die staatlich anerkannten religiösen Feiertage in ihrer überkommenen christlichen Bedeutung als arbeitsfreie Ruhetage anknüpft, deckt er sich im lebenspraktischen Ergebnis in seinen Wirkungen weitgehend mit der sozialen Bedeutung der Sonn- und Feiertagsgarantie. Er hat insoweit seine Wurzeln im jüdischen Sabbat (Samstag). Das jüdische Verständnis des Sabbats als heiliger Ruhetag wurde später auf den Sonntag übertragen (vgl. Bergholz, in: Theologische Realenzyklopädie, Bd. XXXI, 2000, Artikel Sonntag, S. 451 ff.).

In der neuzeitlichen Interpretation durch die großen öffentlichrechtlich verfassten christlichen Religionsgemeinschaften kommt dem Sonntag und den religiös-christlichen Feiertagen auch die Aufgabe zu, Schutz vor einer weitgehenden Ökonomisierung des Menschen zu bieten. So heißt es etwa im Katechismus der Katholischen Kirche (Rn. 2172), der Sonntag unterbreche den Arbeitsalltag und gewähre eine Ruhepause; er sei ein Tag des Protestes gegen die „Fron der Arbeit“ und die „Vergötzung des Geldes“. Das Leben der Menschen erhalte durch die Arbeit und die Ruhe seinen Rhythmus (Rn. 2184). Im Evangelischen Erwachsenenkatechismus (6. Aufl. 2000) wird hervorgehoben, der Mensch und die Gesellschaft brauchten den Sonntag, um zu erfahren, dass Produktion und Rentabilität nicht den Sinn des Lebens ausmachen. Nach diesem Verständnis ist der „Rhythmus von Arbeit und Ruhe“ ein „zentraler Rhythmus der christlich-jüdischen Kultur“ (S. 424 f., S. 457).

d) Mit der Gewährleistung rhythmisch wiederkehrender Tage der Arbeitsruhe konkretisiert Art. 139 WRV überdies das Sozialstaatsprinzip. Unter diesem Gesichtspunkt hat er weitergehende grundrechtliche Bezüge. Die Sonn- und Feiertagsgarantie fördert und schützt nicht nur die Ausübung der Religionsfreiheit. Die Arbeitsruhe dient darüber hinaus der physischen und psychischen Regeneration und damit der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Die Statuierung gemeinsamer Ruhetage dient dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG). Auch die Vereinigungsfreiheit lässt sich so effektiver wahrnehmen (Art. 9 Abs. 1 GG). Der Sonn- und Feiertagsgarantie

kann schließlich ein besonderer Bezug zur Menschenwürde beigemessen werden, weil sie dem ökonomischen Nutzendenken eine Grenze zieht und dem Menschen um seiner selbst willen dient.

Die soziale Bedeutung des Sonn- und Feiertagsschutzes und mithin der generellen Arbeitsruhe im weltlichen Bereich resultiert wesentlich aus der - namentlich durch den Wochenrhythmus bedingten - synchronen Taktung des sozialen Lebens. Während die Arbeitszeit- und Arbeitsschutzregelungen jeweils für den Einzelnen Schutzwirkung entfalten, ist der zeitliche Gleichklang einer für alle Bereiche regelmäßigen Arbeitsruhe ein grundlegendes Element für die Wahrnehmung der verschiedenen Formen sozialen Lebens. Das betrifft vor allem die Familien, insbesondere jene, in denen es mehrere Berufstätige gibt, aber auch gesellschaftliche Verbände, namentlich die Vereine in den unterschiedlichen Sparten. Daneben ist im Auge zu behalten, dass die Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen auch für die Rahmenbedingungen des Wirkens der politischen Parteien, der Gewerkschaften und sonstiger Vereinigungen bedeutsam ist und sich weiter, freilich im Verbund mit einem gesamten „freien Wochenende“, auch auf die Möglichkeiten zur Abhaltung von Versammlungen auswirkt. Ihr kommt mithin auch erhebliche Bedeutung für die Gestaltung der Teilhabe im Alltag einer gelebten Demokratie zu. Sinnfällig kommt das dadurch zum Ausdruck, dass nach der einfachrechtlichen Ausgestaltung der Tag der Wahlen ein Sonntag oder gesetzlicher Feiertag sein muss (vgl. § 16 Satz 2 Bundeswahlgesetz).

Darüber hinaus eröffnet die generelle Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen dem Einzelnen die Möglichkeit der physischen und psychischen Regeneration. Aus arbeitswissenschaftlicher Sicht wird dem wesentliche Bedeutung für das individuelle Wohlbefinden und die gesundheitliche Stabilität beigemessen, wie die sachkundigen Auskunftspersonen Professor Dr. Peter Knauth und Professor Dr. Friedhelm Nachreiner in der mündlichen Verhandlung fundiert ausgeführt haben.

e) Neben dieser anhand des Regelungszwecks bestimmten Bedeutung für den Schutz der Grundrechte wird der Charakter des Art. 139 WRV als Konnexgarantie dadurch unterstrichen, dass verfassungsrechtliche Institutsgarantien ohnehin in ihrem jeweils spezifischen Gehalt auf Grundrechtsstärkung ausgerichtet sind. Da die Verfassung insgesamt als ein teleologisches Sinngebilde erscheint (vgl. BVerfGE 19, 206 <220>) und der Sonn- und Feiertagsschutz in Art. 139 WRV zudem als verfassungsrechtliche Wertung zu begreifen ist, ist dieser Schutzauftrag an den Gesetzgeber bei der Konkretisierung seiner grundrechtsverankerten Schutzpflichten heranzuziehen.

f) Die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität steht einer Konkretisierung des Schutzgehalts des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch Art. 139 WRV nicht entgegen. Denn die Verfassung selbst unterstellt den Sonntag und die Feiertage, soweit sie staatlich anerkannt sind, einem besonderen staatlichen Schutzauftrag und nimmt damit eine Wertung vor, die auch in der christlich-abendländischen Tradition wurzelt und kalendarrisch an diese anknüpft. Wenn dies den christlichen Religionsgemeinschaften einen grundrechtsverankerten Mindestschutz der Sonntage und ihrer staatlich anerkannten Feiertage vermittelt, so ist dies in der Wertentscheidung des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV angelegt. Im Übrigen können sich auf diesen Schutz auch andere Grundrechtsträger im Rahmen ihrer Grundrechtsverbürgungen berufen.

g) Der objektivrechtliche Schutzauftrag, der in der Sonn- und Feiertagsgarantie begründet ist (Art. 139 WRV), ist mithin auf die Stärkung des Schutzes derjenigen Grundrechte angelegt, die in besonderem Maße auf Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung angewiesen sind. Dies trifft sich mit der Schutzpflicht, die auch aus den Grundrechten selbst dem Staat und seinen Organen erwächst. Der Schutzauftrag des Art. 139 WRV (i. Vm. Art. 140 GG) löst damit nicht nur die Schutzfunktion der Grundrechtsverbürgung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Bezug auf den Sonn- und Feiertagsschutz aus; darüber hinaus kon-

kretisiert er auch inhaltlich die materiellen Vorgaben für die Ausgestaltung des grundrechtlich gebotenen Mindestschutzniveaus für die Sonn- und Feiertage durch den Gesetzgeber.

3. Der Gesetzgeber verletzt die sich aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ergebende Schutzpflicht, wenn er die aus Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV folgenden Mindestanforderungen an den Sonn- und Feiertagsschutz unterschreitet.

a) Charakter und Umfang der Schutzgarantie des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV haben durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schon bisher eine Konkretisierung erfahren:

Art. 139 WRV enthält einen Schutzauftrag an den Gesetzgeber (vgl. BVerfGE 87, 363 <393>), der für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen unter anderem ein Regel- Ausnahme-Verhältnis statuiert (vgl. BVerfGE 87, 363 <393>; 111, 10 <53>). Grundsätzlich hat die typische „werk tägliche Geschäftigkeit“ an Sonn- und Feiertagen zu ruhen. Der verfassungsrechtlich garantierte Sonn- und Feiertagsschutz ist nur begrenzt einschränkbar. Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe sind zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter möglich; in jedem Falle muss der ausgestaltende Gesetzgeber aber ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes wahren (vgl. BVerfGE 111, 10 <50>).

Im Einzelnen gilt insoweit: Der Schutz der Sonn- und Feiertage wird in Art. 139 WRV als gesetzlicher Schutz beschrieben. Dies bedeutet, dass die Institution des Sonn- und Feiertags unmittelbar durch die Verfassung garantiert ist, die Art und das Ausmaß des Schutzes aber einer gesetzlichen Ausgestaltung bedürfen. Der Gesetzgeber darf in seinen Regelungen auch andere Belange als den Schutz der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung zur Geltung bringen. Ihm ist deshalb ein Ausgleich zwischen Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV einerseits und Art. 12 Abs. 1, aber auch Art. 2 Abs. 1 GG andererseits aufzugeben (vgl. BVerfGE 111, 10 <50>).

Der Schutz des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV ist nicht auf einen religiösen oder weltanschaulichen Sinngehalt der Sonn- und Feiertage beschränkt. Umfasst ist zwar die Möglichkeit der Religionsausübung an Sonn- und Feiertagen. Die Regelung zielt in der säkularisierten Gesellschafts- und Staatsordnung aber auch auf die Verfolgung profaner Ziele wie die der persönlichen Ruhe, Besinnung, Erholung und Zerstreuung. An den Sonn- und Feiertagen soll grundsätzlich die Geschäftstätigkeit in Form der Erwerbsarbeit, insbesondere der Verrichtung abhängiger Arbeit, ruhen, damit der Einzelne diese Tage allein oder in Gemeinschaft mit anderen ungehindert von werktäglichen Verpflichtungen und Beanspruchungen nutzen kann. Geschützt ist damit der allgemein wahrnehmbare Charakter des Tages, dass es sich grundsätzlich um einen für alle verbindlichen Tag der Arbeitsruhe handelt. Die gemeinsame Gestaltung der Zeit der Arbeitsruhe und seelischen Erhebung, die in der sozialen Wirklichkeit seit jeher insbesondere auch im Freundeskreis, einem aktiven Vereinsleben und in der Familie stattfindet, ist insoweit nur dann planbar und möglich, wenn ein zeitlicher Gleichklang und Rhythmus, also eine Synchronität, sichergestellt ist. Auch insoweit kommt gerade dem Sonntag im Sieben-Tage-Rhythmus und auch dem jedenfalls regelmäßig landesweiten Feiertagsgleichklang besondere Bedeutung zu. Diese gründet darin, dass die Bürger sich an Sonn- und Feiertagen von der beruflichen Tätigkeit erholen und das tun können, was sie individuell für die Verwirklichung ihrer persönlichen Ziele und als Ausgleich für den Alltag als wichtig ansehen. Die von Art. 139 WRV ebenfalls erfasste Möglichkeit seelischer Erhebung soll allen Menschen unbeschadet einer religiösen Bindung zuteil werden (vgl. BVerfGE 111, 10 <51>).

b) Der Gesetzgeber kann bei dem Ausgleich gegenläufiger Schutzgüter im Rahmen seines Gestaltungsspielraums auf eine geänderte soziale Wirklichkeit, insbesondere auf Änderungen im Freizeitverhalten, Rücksicht nehmen. Allerdings führt der Schutz der Verwirklichung von Freizeitwünschen der Bürger in-



soweit zu einem Konflikt, als diese auf die Bereitstellung von Leistungen angewiesen sind, die den Arbeitseinsatz der Anbieter solcher Leistungen erfordern.

Einfachrechtlich werden schon seit jeher an Sonn- und Feiertagen Arbeiten gestattet, die aus gesellschaftlichen oder technischen Gründen notwendig sind. Diese Arbeiten „trotz des Sonn- und Feiertags“ sind in Grenzen durchaus zulässig. So ist anerkannt, dass etwa zum Schutz von Grundrechten und sonst gewichtigen Rechtsgütern der Bürger oder der Gemeinschaft in Rettungsdiensten, bei Feuerwehr, Polizei, in der gesamten medizinischen Versorgung, für die Aufrechterhaltung der Infrastruktur - neben der Energieversorgung auch die Sicherung der Mobilität (Autostraßen, Bahnen, Busse, Luftverkehr) - an Sonn- und Feiertagen gearbeitet werden darf. In diesen Bereich fallen auch die vielfältigen Notdienste der unterschiedlichen Branchen und die Ausnahmen im industriellen Bereich aus produktionstechnischen Gründen. Für die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Vergleich und damit aus beschäftigungspolitischen Erwägungen ist schließlich im Bereich der Industrie eine Ausnahme vom Sonntagsschutz seit langem akzeptiert, zumal diese der öffentlichen Wahrnehmung weitgehend entzogen ist und ihr damit kein prägender Charakter für den äußeren Ruherahmen der Sonntage zukommt (vgl. nur die Ausnahmeregelungen in § 10 Abs. 1 Nr. 14 bis 16 und Abs. 2 sowie insbesondere in § 13 Abs. 1, 4 und 5 Arbeitszeitgesetz - ArbZG). Dem entspricht, dass etwa der öffentlich wahrnehmbare Schwerlastverkehr aufgrund verkehrsrechtlicher Bestimmung als Ausdruck des Sonntagsschutzes grundsätzlich ruht, es aber auch hier Ausnahmen gibt (vgl. § 30 Abs. 3 Straßenverkehrs-Ordnung). Neben diesen Feldern der „Arbeit trotz des Sonntags“ ist auch die „Arbeit für den Sonntag“ anerkannt, die etwa in der Hotel- und Gastronomiebranche und im Bereich der Sicherstellung der Mobilität des Einzelnen dazu dient, den Bürgern eine individuelle Gestaltung ihres Tages der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung zu ermöglichen. Stets aber muss ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 111, 10 <51 f.>). Das gilt auch im Blick auf die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 111, 10 <50, 52>).

c) Auf dieser Grundlage ergibt sich, dass gesetzliche Schutzkonzepte für die Gewährleistung der Sonn- und Feiertagsruhe erkennbar diese Tage als solche der Arbeitsruhe zur Regel erheben müssen. Hinsichtlich der hier in Rede stehenden Ladenöffnung bedeutet dies, dass die Ausnahme eines dem Sonntagsschutz gerecht werdenden Sachgrundes bedarf. Ein bloß wirtschaftliches Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber und ein alltägliches Erwerbsinteresse („Shopping-Interesse“) potenzieller Käufer genügen grundsätzlich nicht, um Ausnahmen von dem verfassungsunmittelbar verankerten Schutz der Arbeitsruhe und der Möglichkeit zu seelischer Erhebung an Sonn- und Feiertagen zu rechtfertigen. Darüber hinaus müssen Ausnahmen als solche für die Öffentlichkeit erkennbar bleiben und dürfen nicht auf eine weitgehende Gleichstellung der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen und ihrer Betriebsamkeit hinauslaufen.

Dem Regel-Ausnahme-Gebot kommt generell umso mehr Bedeutung zu, je geringer das Gewicht derjenigen Gründe ist, zu denen der Sonn- und Feiertagsschutz ins Verhältnis gesetzt wird und je weitergreifend die Freigabe der Verkaufsstellenöffnung in Bezug auf das betroffene Gebiet sowie die einbezogenen Handelssparten und Warengruppen ausgestaltet ist. Deshalb müssen bei einer flächendeckenden und den gesamten Einzelhandel erfassenden Freigabe der Ladenöffnung rechtfertigende Gründe von besonderem Gewicht vorliegen, wenn mehrere Sonn- und Feiertage in Folge über jeweils viele Stunden hin freigegeben werden sollen.

4. Die angegriffenen Regelungen des Berliner Ladenöffnungsgesetzes über die Verkaufsstellenöffnung an Sonn- und Feiertagen und die vom Landesgesetzgeber gewählte Schutzkonzeption werden diesen grundrechtlichen Schutzpflichtanforderungen aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit

Art. 140 GG und Art. 139 WRV nicht in jeder Hinsicht gerecht. Die vom Landesgesetzgeber gewählte Schutzkonzeption ist zwar formell verfassungsgemäß und enthält gewichtige schützende Elemente. Sie erweist sich indessen - auch eingedenk der Weite des Gestaltungsspielraums des Landesgesetzgebers - hinsichtlich des gebotenen Mindestschutzniveaus in einem wesentlichen Teil als nicht hinreichend wirksam und bleibt insoweit hinter dem vorgegebenen Schutzziel erheblich zurück.

a) Der Berliner Landesgesetzgeber ist Adressat der grundrechtlichen Schutzpflicht; denn ihm kommt die Gesetzgebungsbefugnis für die hier in Rede stehenden Regelungen zu.

Mit der ausdrücklichen Herausnahme des Rechts des Ladenschlusses aus dem Katalog der Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG im Zuge der Föderalismusreform I ist die Gesetzgebungskompetenz auf die Länder übergegangen (Art. 70 Abs. 1 GG). Kompetenzrechtlichen Zweifeln sind die angegriffenen Vorschriften nicht deshalb ausgesetzt, weil sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG auf das Gebiet des Arbeitsrechts einschließlich des Arbeitsschutzes erstreckt und der Bund ein Arbeitszeitgesetz erlassen hat, in § 7 BerlLadÖffG aber gleichwohl arbeitsschutzrechtliche Aspekte des Ladenschlusses geregelt sind. Der Berliner Landesgesetzgeber ist offenbar davon ausgegangen, dass die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitszeitrecht im Zusammenhang mit dem Ladenschluss beim Bund verblieben ist, dieser jedoch hiervon insoweit keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015, S. 14, zu § 7 BerlLadÖffG). Die Frage der Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich des arbeitszeitrechtlichen Regelungselements kann hier offen bleiben, weil die individualarbeitnehmerschützende Bestimmung des § 7 BerlLadÖffG nicht Angriffsgegenstand der Verfassungsbeschwerden ist. Selbst wenn dem Landesgesetzgeber insoweit die Gesetzgebungskompetenz fehlen würde, blieben die übrigen hier angegriffenen Bestimmungen des Gesetzes davon unberührt. Denn dann würde die - insoweit strengere - bundesrechtliche Arbeitszeitschutzregelung greifen (vgl. § 13 ArbZG) oder von der Fortgeltung der arbeitnehmerschützenden Bestimmung des § 17 LadSchlG auszugehen sein (vgl. dazu Kühling, ArbuR 2006, S. 384; Kühn, ArbuR 2006, S. 418, siehe auch Kingreen/Pieroth, NVwZ 2006, S. 1221 <1224>; Horstmann, NZA 2006, S. 1246 <1249 f.>).

b) Die Schutzkonzeption und die angegriffenen Regelungen des Berliner Ladenöffnungsgesetzes werden dem Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 WRV hinsichtlich des zu gewährleistenden Mindestschutzes nicht uneingeschränkt gerecht. Der Gesetzgeber hat zwar positive Schutzvorkehrungen getroffen, die bei der gebotenen Gesamtbetrachtung seines Konzepts mit in den Blick zu nehmen sind. Die Durchbrechungen dieses Schutzkonzepts verfehlen indessen in einem wesentlichen Teil das erforderliche Mindestniveau an Schutz.

aa) Nach dem Berliner Landesrecht genießen die Sonntage und die allgemeinen Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung staatlichen Schutz (§ 1 Abs. 3 des Gesetzes über die Sonn- und Feiertage Berlin). An diesen Tagen sind öffentlich bemerkbare Arbeiten verboten, soweit sie nicht nach Bundes- oder Landesrecht allgemein oder im Einzelfall zugelassen sind (vgl. § 2 Feiertagsschutz-Verordnung Berlin mit weiteren Ausnahmetatbeständen). Das Berliner Ladenöffnungsgesetz sieht dementsprechend im Grundsatz vor, dass Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen geschlossen sein müssen (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG). Damit wird der Konflikt zwischen den grundrechtlichen Positionen der Ladeninhaber (Berufsfreiheit) und Einkaufswilligen (allgemeine Handlungsfreiheit) einerseits und den Beschäftigten, den Ruhesuchenden sowie den Beschwerdeführern (Art. 2, 4 Abs. 1 und 2, Art. 6 Abs. 1 und 2 GG) andererseits im Ausgangspunkt und in der systematischen Anlage zugunsten eines grundsätzlichen Schutzes der Beschwerdeführer und anderer arbeitsruhesuchender Grundrechtsträger entschieden. Im Ansatz entspricht das - für sich betrachtet



- dem Schutzauftrag des Art. 139 WRV. Auch in der Gesetzesbegründung zum Berliner Ladenöffnungsgesetz wird die Bedeutung des Sonn- und Feiertagsschutzes zur Gewährleistung der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung allgemein hervorgehoben (vgl. Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015, S. 7 f.). Schließlich hat der Landesgesetzgeber auf eine generelle, einzelfallbezogene Ausnahmeklausel ohne Begrenzung der Zahl der ihr unterfallenden Sonn- und Feiertage verzichtet, wie sie das Bundesrecht kannte (§ 23 LadSchlG).

bb) Das Schutzkonzept des Landesgesetzgebers wird indes durch die Ausnahmeregelungen zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen erheblich eingeschränkt. In einem wesentlichen Teil wird dadurch dem Erfordernis des Regel-Ausnahme-Verhältnisses nicht hinreichend Rechnung getragen und es bestehen insoweit keine genügenden Gründe. Im Ergebnis ist das erforderliche Mindestschutzniveau deshalb nicht gewährleistet.

(1) Bei der Einordnung und Bewertung der Durchbrechungen der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen kommt der Ladenöffnung großes Gewicht zu. Das Erreichen des Ziels des Sonntagsschutzes - des religiös wie des weltlich motivierten - setzt das Ruhen der typischen werktäglichen Geschäftigkeit voraus. Gerade die Ladenöffnung prägt aber wegen ihrer öffentlichen Wirkung den Charakter des Tages in besonderer Weise. Von ihr geht eine für jedermann wahrnehmbare Geschäftigkeits- und Betriebsamkeit aus, die typischerweise den Werktagen zugeordnet wird. Diese Wirkung wird nicht nur durch die in den Verkaufsstellen tätigen Arbeitnehmer und sonstigen Beschäftigten ausgelöst, sondern auch durch die Kunden. Sie erfasst überdies den Straßenverkehr und den öffentlichen Personennahverkehr in seiner Dichte und hat Rückwirkungen auf dessen Beschäftigte wie auch den verkehrsverursachten Lärm. Auf diese Weise bestimmt die Ladenöffnung maßgeblich das öffentliche Bild des Tages. Damit werden notwendig auch diejenigen betroffen, die weder arbeiten müssen noch einkaufen wollen, sondern Ruhe und seelische Erhebung suchen, namentlich auch die Gläubigen christlicher Religionen und die Religionsgemeinschaften selbst, nach deren Verständnis der Tag ein solcher der Ruhe und der Besinnung ist.

(2) Die Zahl der durch die Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen potentiell Betroffenen auf Beschäftigten- und Kundenseite sowie in so genannten Folgesparten, zum Beispiel dem innerörtlichen Verkehr, ist vergleichsweise hoch. So liegt die Zahl allein der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten ausschließlich der vorliegenden statistischen Erhebungen deutschlandweit im Einzelhandel um mehr als das Doppelte, in Berlin um nahezu das Doppelte über der Zahl der Beschäftigten in der Gastronomiebranche. Der Anteil der weiblichen Beschäftigten ist besonders hoch (vgl. dazu Amt für Statistik Berlin-Brandenburg, Statistischer Bericht A VI 15 - vj 4/07, Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte, Juni 2008). Hinzu kommen die mithelfenden Familienangehörigen und vor allem die so genannten geringfügig Beschäftigten. Hinsichtlich der zuletzt genannten Gruppe deutet eine Studie, die von Gewerkschaftsseite publiziert worden ist, auf einen Trend hin, demzufolge die Ausweitung der Ladenöffnungszeiten den Anteil der nichtsozialversicherungspflichtig Beschäftigten deutlich erhöht hat. Nach dieser Studie beträgt der Anteil der Frauen an der Mitarbeiterschaft der Verkaufsstellen etwa 72% (so schon der Hinweis in BVerfGE 111, 10 <40>; vgl. WABE-Institut Berlin, Hrsg. ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Einzelhandel - Branchendaten 2007/2008, 27. März 2008). Diese Beschäftigtenzahlen sind allerdings Gesamtzahlen. Potentiell sind zwar alle Beschäftigten von der Durchbrechung des Sonn- und Feiertagsschutzes betroffen. Real wird an freigegebenen Sonn- und Feiertagen aber stets nur ein gewisser Anteil der Beschäftigten arbeiten.

Allein schon diese beachtliche Zahl von Betroffenen belegt eine erhebliche Beeinträchtigung der grundsätzlichen Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen mit breiter Öffentlichkeitswirkung, zumal wenn - wie hier - generelle, landesweite Öffnungsmöglichkeiten für alle Verkaufsstellen in Rede stehen.

(3) Durch die maximale Ausweitung der werktäglichen Öffnungszeiten auf 24 Stunden, die, wenn von ihnen Gebrauch gemacht wird, mit entsprechendem Personaleinsatz verbunden ist, gewinnt die Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen noch mehr an Bedeutung und Gewicht. Mit der vollständigen Freigabe der Ladenöffnungszeiten an Werktagen einschließlich des Samstags („shop-around-the-clock“) kommt es notwendigerweise vermehrt zum Einsatz der Beschäftigten im Schicht- und Nachtbetrieb. Deshalb ist für sie trotz der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften für den individuellen Arbeitsschutz gerade der Sonntag als einzig verbleibender Tag der Arbeitsruhe im rhythmischen Gleichklang ein solcher der Rekreation und der Möglichkeit des familiären und sozialen Zusammenseins von herausragender Bedeutung. Das gilt zumal angesichts der Beschäftigtenstruktur im Einzelhandel, in dem Frauen, die sich im Rahmen einer familiären Einbindung zu einem großen Teil nach wie vor einer Doppelbelastung in ihren Familien ausgesetzt sehen, besonders stark vertreten sind (in diesem Sinne auch schon BVerfGE 111, 10 <40>).

Die Professoren Knauth und Nachreiner haben in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben, dass die Ausweitung von Nacht- und Schichtarbeit bei gleichzeitiger Einbeziehung des Tages der allgemeinen Arbeitsruhe vermehrt zu psychosozialen Beeinträchtigungen führt. Eine Verringerung oder gar Aufgabe sozialer Beziehungen, eine reduzierte Anteilnahme am sozialen Leben und eine Veränderung der Einstellung zu sozialer, aber auch zu politischer Teilhabe, sind nicht nur bei lebensnaher Betrachtung naheliegend; sie sind auch in der Arbeitswissenschaft anerkannt. Die Desynchronisationseffekte führen zwangsläufig zu einer Verringerung der sozialen Interaktionsdichte und -qualität, die sich auch auf den Familienverband und zu betreuende Kinder auswirkt. Aus religiös-christlicher Sicht, die sich im Ergebnis von den in der weltlich-sozialen Perspektive hervorgehobenen Auswirkungen nicht wesentlich unterscheidet, wird insoweit den Sonn- und Feiertagen der Charakter als Tag der Gemeinschaft, aber auch der Besinnung durch ausgreifende Ladenöffnungsmöglichkeiten, die auch Folgesparten miteinbeziehen, weitgehend genommen.

(4) Schließlich fällt ins Gewicht, dass der Landesgesetzgeber gerade der Berufsausübungsfreiheit der Verkaufsstelleninhaber wie auch der allgemeinen Handlungsfreiheit potenzieller Kunden in weitem Umfang Rechnung getragen hat. Er hat die werktäglichen Öffnungszeiten vollständig freigegeben (24-Stunden-Öffnung) und warengruppenspezifische sowie orts- und anlassbezogene Ausnahmeregelungen getroffen, die an Sonn- und Feiertagen dem Erwerbs- und Einkaufsinteresse sowie dem Versorgungs- und Bedarfsdeckungsinteresse in hohem Maße entsprechen (vgl. § 4 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 5, § 4 Abs. 2 und 3, § 5 Nr. 2, Nr. 3 BerlLadÖffG). Dem Bedarfsdeckungs- und Versorgungsargument kommt deswegen an Sonn- und Feiertagen nur noch geringe Bedeutung zu. Auch im Hinblick auf die beschäftigungspolitischen Effekte hat sich bislang kein Hinweis auf die Gefahr eines beachtlichen Einbruchs im Einzelhandel ergeben. Die vorliegenden Erkenntnisse, etwa in der Studie des WABE-Instituts (herausgegeben von ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Einzelhandel - Branchendaten 2007/2008, Berlin, 27. März 2008), deuten auch unter Berücksichtigung der vom Handelsverband Berlin-Brandenburg vorgelegten Übersichten darauf hin, dass es mit der Sonntagsladenöffnung lediglich zu einer anderen Verteilung der Kundenströme und einer Optimierung und Streckung des Einsatzes der Arbeitnehmer kommt. Erkennbar verbleibt danach ein unternehmerisches Erwerbsinteresse, das sich mit dem alltäglichen Shopping-Interesse von Besuchern und Einwohnern im Land Berlin paart. Diese sind aber keine geeigneten Gründe, die es rechtfertigen könnten, das Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes in erheblichem Umfang abzusenken.

(5) Die Beeinträchtigung der Sonn- und Feiertagsruhe wird nicht durch den von der Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels erhobenen Einwand relativiert, mit der Neuregelung der Ladenöffnungszeiten sei die für

gleichheitswidrig zu erachtende Bevorzugung von Einzelhändlern an privilegierten Standorten (Tankstellen, Raststätten, Flughäfen, Bahnhöfen; vgl. § 5 BerlLadÖffG) und die Bevorzugung des Online-Handels („E-Commerce“) deutlich abgemildert worden. Diese Argumentation, die letztlich auf die Forderung des Ausgleichs von Wettbewerbsnachteilen hinausläuft, die durch unterschiedliche tatsächliche und rechtliche Rahmenbedingungen entstehen, kann nicht durchdringen. Verfassungsrechtlich ist anerkannt, dass es grundsätzlich keinen Anspruch auf Teilhabe an Vergünstigungen gibt. Niemand kann allein daraus, dass einer Gruppe aus besonderem Anlass Vergünstigungen zugestanden werden, für sich ein verfassungsrechtliches Gebot herleiten, dieselben Vorteile in Anspruch nehmen zu dürfen (vgl. BVerfGE 49, 192 <208>; 67, 231 <238>), sofern für ihn kein vergleichbarer besonderer Anlass besteht. Wegen des Ausnahmeharakters der Regelungen für die Verkaufsstellenöffnung an bestimmten Orten, die letztlich dem Bereich der „Arbeit für den Sonntag“ zuzuordnen sind, kann deren Ausweitung auf bis dahin nicht erfasste Sachverhalte nicht durch Berufung auf den allgemeinen Gleichheitssatz erzwungen werden (vgl. BVerfGE 67, 231 <238>). Hinsichtlich des Online-Handels („E-Commerce“) scheidet die Annahme einer sachwidrigen Ungleichbehandlung schon deshalb aus, weil sich dessen Rahmenbedingungen grundlegend anders darstellen.

(6) Soweit in der Gesetzesbegründung (vgl. Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015, S. 7) hervorgehoben wird, dem Schutz des Verkaufspersonals werde durch das Arbeitszeitrecht Rechnung getragen, ändert dies ebenfalls nichts an der beeinträchtigenden Wirkung der Verkaufsstellenöffnung an Sonn- und Feiertagen. Von diesen arbeitnehmerschützenden Bestimmungen geht nur eine individuelle Schutzwirkung aus (vgl. § 7 BerlLadÖffG). Auf die öffentlich wahrnehmbare, den Tag maßgeblich prägende Geschäftigkeitswirkung der Ladenöffnung sind sie ohne Einfluss.

c) Auf dieser Grundlage führt die Bestimmung über die voraussetzungslose siebenstündige Öffnung an allen vier Adventssonntagen wegen der vollständigen Herausnahme eines zusammenhängenden Monatszeitraums aus dem Schutz der Sonntage ohne hinreichend gewichtige Gründe zu einem Unterschreiten des Maßes an gebotenen Mindestschutz. Die flächendeckende Möglichkeit der Öffnung aufgrund einer Allgemeinverfügung an vier weiteren Sonn- oder Feiertagen bei öffentlichem Interesse ohne zeitliche Begrenzung ist bei einschränkender Interpretation mit der Verfassung vereinbar. Die weiteren mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Bestimmungen beeinträchtigen den verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz nicht in erheblichem Maße; sie sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Die Adventssonntagsregelung (§ 3 Abs. 1 Alternative 2 BerlLadÖffG) als generelle und materiell voraussetzungslose Freigabe der Öffnung von Verkaufsstellen an allen Adventssonntagen von 13.00 bis 20.00 Uhr im Land Berlin steht angesichts der Bedeutung der Verkaufsstellenöffnung für die Gewährleistung der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen mit dem Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 WRV nicht mehr in Einklang.

(1) Die Besonderheit dieser Regelung besteht darin, dass schon kraft Gesetzes ohne irgendeine weitere Voraussetzung vier Sonntage in Folge für die Dauer von jeweils sieben Stunden zur Ladenöffnung freigegeben werden. Diese Vorschrift hält der Anforderung, dass die Sonntagsruhe die Regel ist, nicht stand, weil sie einen in sich geschlossenen Zeitblock von etwa einem Zwölftel des Jahres vollständig vom Grundsatz der Arbeitsruhe ausnimmt. Daran ändert der allgemein gehaltene Hinweis in der Gesetzesbegründung auf die Metropolfunktion Berlins nichts. Auch darin spiegeln sich lediglich bloße Umsatz- und Erwerbsinteressen wider. Der Sache nach läuft die Regelung mithin darauf hinaus, den Sonn- und Feiertagsschutz für die Dauer eines Monats für die Verkaufsstellen, die den äußeren Charakter des Tages auch angesichts der Zahl der unmittel-

bar wie mittelbar Betroffenen und der Öffentlichkeitswirkung maßgeblich prägen, aufzuheben, ohne dass für eine derart intensive Beeinträchtigung eine hinreichend gewichtige Begründung gegeben würde oder sonst erkennbar wäre, die dem verfassungsrechtlichen Rang des Sonntagsschutzes gerecht werden könnte.

Wenn der Berliner Landesgesetzgeber mit Blick auf die Besonderheiten der Vorweihnachtszeit für eine Ladenöffnung an den Adventssonntagen Sachgründe anführen könnte, so könnte dies die Ladenöffnung nur an einzelnen Sonntagen rechtfertigen.

(2) Entgegen der in der Stellungnahme des Abgeordnetenhauses und des Senats von Berlin vertretenen Auffassung kann der vorstehenden Bewertung der gesetzlichen Freigabe der Adventssonntage nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass schon während der Zeit der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik bis zum Jahr 1956 gerade die Adventssonntage besonders wichtige Verkaufstage des Handels gewesen seien. Diese Stellungnahme stützt sich darauf, dass nach der Änderung des § 105b Abs. 2 Gewerbeordnung durch Art. 1 der Verordnung über die Sonntagsruhe im Handelsgewerbe und in Apotheken vom 5. Februar 1919 (RGBl S. 176) die Öffnung der Verkaufsstellen durch die zuständigen Behörden noch zugelassen gewesen sei und dies auch in der Weimarer Republik gegolten habe. Danach habe die Polizeibehörde für sechs Sonn- und Festtage, die höhere Verwaltungsbehörde für weitere vier Sonn- und Festtage im Jahre, an denen „besondere Verhältnisse einen erweiterten Geschäftsverkehr erforderlich machen, für alle oder für einzelne Geschäftszweige“ eine Beschäftigung bis zu acht Stunden zulassen dürfen. Am 2., 3. und 4. Adventssonntag seien damals auf der Grundlage dieser Regelung besonders hohe Umsätze erzielt worden. An die seinerzeitige Rechtslage knüpfte Art. 139 WRV an, indem er mit der Formulierung „bleiben ... geschützt“ den Vergangenheitsbezug zum Ausdruck bringe.

Dieser Einwand verkennt, dass die vergangenheitsbezogene Wendung in Art. 139 WRV die Sonn- und Feiertage lediglich in allgemeiner Hinsicht dem fortdauernden Schutz des Gesetzgebers anheimgibt, über dessen konkrete Ausgestaltung indessen zunächst nichts aussagt. Bei der vergleichenden Beurteilung ist in Betracht zu ziehen, dass Ausnahmen von der Sonntagsruhe im Handel nach der genannten früheren Regelung an die Erfüllung einer begrenzenden Tatbestandsvoraussetzung gebunden waren und eine verwaltungsbehördliche Entscheidung darüber voraussetzten. Sie besagte nicht, dass eine Ladenöffnung an allen Adventssonntagen von vornherein und überall zulässig sein sollte. Hinzu kommt, dass damals die Ladenöffnungszeiten an den Werktagen abends kürzer waren und auch die Samstag-Öffnungszeiten nicht bis in den späten Abend reichten. Die geringere Mobilität der Bevölkerung erschwerte zudem in ländlichen Gebieten Einkäufe während der Werktage. Auch wegen der damals deutlich ausgedehnteren werktäglichen Arbeitszeiten in anderen Branchen hatte die Möglichkeit zum Tätigen von Weihnachtseinkäufen an den Adventssonntagen unter dem Versorgungs- und Bedarfsaspekt größere Bedeutung. Dieser Gesichtspunkt hat aufgrund der veränderten Verhältnisse, vor allem mit der Ausdehnung der werktäglichen Öffnungszeiten auf 24 Stunden, sein Gewicht eingebüßt.

bb) Die Regelung, wonach die Senatsverwaltung im öffentlichen Interesse ausnahmsweise die Öffnung von Verkaufsstellen an höchstens vier (weiteren) Sonn- oder Feiertagen durch Allgemeinverfügung zulassen kann (§ 6 Abs. 1 Satz 1 BerlLadÖffG), ist mit dem Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG und Art. 139 WRV jedenfalls bei einschränkender Auslegung vereinbar.

(1) Hinsichtlich der Zahl von vier Tagen lässt sich gegen die Regelung im Blick auf die Gesamtzahl von regelhaft 52 Sonntagen im Jahr und von insgesamt neun je nicht zwingend auf einen Sonntag fallenden weiteren Feiertagen nichts erinnern, zumal bestimmte Feiertage von dieser Öffnungsmöglichkeit ausgenommen sind (§ 6 Abs. 1 Satz 2 BerlLadÖffG). Da die Frei-



gabe durch Allgemeinverfügung erfolgt, bedarf es einer Verwaltungsentscheidung, die die Möglichkeit eröffnet, die jeweils betroffenen Interessen und Rechtsgüter konkret in eine Abwägung einzubeziehen.

(2) Bedenken begegnet indessen die weite, allgemein gehaltene Voraussetzung für die Ausnahmeregelung: Erforderlich ist lediglich, dass die ausnahmsweise Öffnung „im öffentlichen Interesse“ liegt. Dabei handelt es sich um einen ausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff, der es bei einem allein am Wortlaut orientierten Verständnis ermöglicht, jedes noch so geringe öffentliche Interesse genügen zu lassen. Hier ist eine der Wertung des Art. 139 WRV genügende Auslegung geboten. Danach ist ein öffentliches Interesse solchen Gewichts zu verlangen, das die Ausnahmen von der Arbeitsruhe rechtfertigt. Dazu genügen das alleinige Umsatz- und Erwerbsinteresse auf Seiten der Verkaufsstelleninhaber und das alltägliche „Shopping-Interesse“ auf der Kundenseite nicht.

Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ soll der Gesetzesbegründung zufolge für „besondere Ereignisse im Interesse der Berliner und Touristen“ zusätzliche Öffnungszeiten zulassen. Dabei soll es um „große Veranstaltungen“ gehen, die wegen ihrer Bedeutung für die ganze Stadt eine Geschäftsöffnung erforderlich machen. Damit sind Veranstaltungen und Ereignisse gemeint, die auch „über die Stadt hinaus Bedeutung haben und zahlreiche Touristen nach Berlin holen“ (Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015, S. 13). Auf diese Weise wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich in einem Land von der Struktur Berlins die Versorgung von Touristen und Besuchern von großen Messen und anderen Großveranstaltungen schwer auf bestimmte Bezirke begrenzen lässt. Für die von der Begründung in Bezug genommene Zielsetzung und Kategorie von Ereignissen werden nur Veranstaltungen, die einzeln oder in ihrem Zusammenwirken Bedeutung für Berlin als Ganzes haben, die Ausnahme tragen können.

(3) Bei verfassungskonformer Auslegung ist nicht zu beanstanden, dass die Ausnahme von der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen in § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG an den betroffenen Tagen keine ausdrückliche uhrzeitliche Eingrenzung enthält. Während die anderen Ausnahmeregelungen zur Ladenöffnung an den Adventssonntagen sowie aus Anlass besonderer Ereignisse eine Begrenzung auf den Zeitraum von 13.00 bis 20.00 Uhr vorsehen (§ 3 Abs. 1 Alternative 2, § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG), fehlt hier eine solche. Der Wortlaut lässt also den Schluss zu, dass an den in Rede stehenden vier weiteren Sonn- oder Feiertagen - wie nach der Berliner Regelung für Werktag - eine 24-Stunden-Öffnung statthaft sei. Gerade weil bei den anderen Ausnahmeregelungen - von denen für besondere Verkaufsstellen und bestimmte Waren abgesehen - ausdrücklich uhrzeitliche Begrenzungen genannt sind, hier indessen nicht, liegt diese Auslegung nicht fern. Von ihr gehen auch das Abgeordnetenhaus und der Senat von Berlin in ihrer Stellungnahme aus. Ein solches Verständnis liefe allerdings darauf hinaus, dass die werktägliche Geschäftigkeit an diesen Tagen wegen der prägenden öffentlichen Betriebsamkeitwirkung der Verkaufsstellenöffnung in vollem Umfang auf die Sonn- und Feiertage übertragen würde. Diese Tage würden sich insoweit - jedenfalls nach der maßgeblichen Rechtslage - nicht mehr deutlich vom Werktag unterscheiden. Der Ausnahmecharakter der Regelung käme in der praktischen Anwendung und in der öffentlichen Wahrnehmung nicht mehr hinreichend zum Ausdruck.

Auch insoweit ist allerdings die Möglichkeit einer einengenden, grundrechts- und sonntagsschutzgeleiteten Auslegung der Ausnahmebestimmung eröffnet. Diese orientiert sich an dem System der übrigen Ausnahmen, das der Landesgesetzgeber in § 3 Abs. 1 Alternative 2, § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG errichtet hat und das uhrzeitliche Begrenzungen vorsieht. Will der Landesgesetzgeber dennoch eine flächendeckende, allgemeine 24-Stunden-Öffnung an Sonn- und Feiertagen ermöglichen, könnte er dem verfassungsrechtlich zu gewährleistenden Schutz nur dadurch Rechnung tragen, dass er dafür eine besonders hohe Voraussetzung vorsähe, etwa ein herausragend gewichtiges öf-

fentliches Interesse. Da dies nicht geschehen ist, ist es für die vorliegende Fassung die schonendere Möglichkeit, anstatt der Verwerfung auch dieses Ausnahmetatbestandes eine dem Ausnahmeregime in wesentlichen Teilen eigene uhrzeitliche Begrenzung von 13.00 bis 20.00 Uhr zu verlangen, die Vorschrift in dieser Interpretation jedoch unbeanstandet zu lassen. Anhaltspunkte dafür, dass dieser einschränkenden Auslegung ein gegenläufiger Wille des Landesgesetzgebers entgegenstünde, bestehen nicht. Ein solches einengendes Verständnis des Ausnahmetatbestandes entspricht im Übrigen der bisherigen Anwendungspraxis im Land Berlin, die auch in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen bestätigt worden ist.

5. Die weiteren angegriffenen Bestimmungen, die das Schutzkonzept des Landesgesetzgebers mit Ausnahmen versehen, begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das gilt auch für das Zusammenwirken der nach Maßgabe dieser Gründe nicht zu beanstandenden Regelungen.

a) Die Regelung, dass Verkaufsstellen aus Anlass besonderer Ereignisse, insbesondere von Firmenjubiläen und Straßenfesten, an jährlich höchstens zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen von 13.00 bis 20.00 Uhr öffnen dürfen (§ 6 Abs. 2 Satz 1 BerlLadÖffG), ist verfassungsrechtlich weder für sich gesehen noch im schutzkonzeptionellen Kontext zu beanstanden.

Die Verkaufsstelle hat dem zuständigen Bezirksamt die Öffnung sechs Tage vorher anzuzeigen (§ 6 Abs. 2 Satz 2 BerlLadÖffG). Der Schutz besonderer Feiertage nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BerlLadÖffG gilt hier entsprechend (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 3 BerlLadÖffG). Diese Ladenöffnungsmöglichkeit ist wegen ihrer engen örtlichen Begrenzung ohnehin von geringer prägender Wirkung für den öffentlichen Charakter des Tages. Es kann angenommen werden, dass die im Gesetz geforderten Voraussetzungen lediglich von eingeschränktem Gewicht sind, weil sie jeweils auf konkrete Verkaufsstellen und ein Jubiläum oder auf Feste im Straße nzugsbereich abheben. Auch besteht wegen des sechstägigen Vorlaufs der Anzeige eine ausreichende Möglichkeit zur Kontrolle und gegebenenfalls zum Einschreiten der Verwaltung. Dass damit gerade in einem überwiegend städtisch strukturierten Land ein so genannter Flickenteppich entstehen kann, auf dem aufs Jahr gesehen irgendwelche Verkaufsstellen mit uneingeschränktem Warenangebot immer geöffnet haben, erscheint bei dieser Lösung unvermeidlich, aber hinnehmbar. Daher lässt sich nicht sagen, diese Ausnahme unterschreite ein als hinreichend zu erachtendes Mindestschutzniveau.

b) Die Beschwerdeführer beanstanden überdies einige weitere Einzelheiten des Gesetzes, denen jedoch unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit des gesetzgeberischen Schutzkonzepts kaum oder allenfalls äußerst geringe Bedeutung beizumessen ist und gegen die von Verfassungen wegen nichts zu erinnern ist.

aa) Unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Religionsfreiheit ist nichts dagegen einzuwenden, dass Verkaufsstellen mit überwiegendem Lebens- und Genussmittelangebot am 24. Dezember von 7.00 bis 14.00 Uhr öffnen dürfen, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 BerlLadÖffG), und dass in mobilen Verkaufsstellen leicht verderbliches Obst und Gemüse vom Erzeuger auch an Sonn- und Feiertagen, an Adventssonntagen von 7.00 bis 20.00 Uhr und am 24. Dezember, wenn dieser Tag auf einen Adventssonntag fällt, von 7.00 bis 14.00 Uhr angeboten werden darf (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BerlLadÖffG). Diese Ausnahmeregelungen lassen aus sich heraus ohne weiteres Gründe erkennen, die im Blick auf die Mindestschutzgewährleistung tragfähig sind. Sie sind im Kontext der Ladenöffnungsregelungen von lediglich randständiger Bedeutung. Der Gesetzgeber hält sich damit im Rahmen des ihm zukommenden weiten Gestaltungsspielraumes. Zwar ist es zutreffend, wie die Beschwerdeführer geltend machen, dass es unter den bevorratungspraktischen Bedingungen der heutigen Zeit ohne Schwierigkeiten möglich ist, die benötigten Lebens- und Genussmittel für die Weihnachtsfeiertage auch am 23. Dezember zu erwerben, wenn der 24. Dezember auf einen Sonntag



fällt. Ebenso lässt sich vertreten, dass heimisches leicht verderbliches Obst und Gemüse vom Erzeuger angesichts der heutigen Möglichkeiten zur Kühlung und Lagerung nicht privilegiierungsbedürftig sei. Die Argumentation der Beschwerdeführer geht aber daran vorbei, dass dem Gesetzgeber im Rahmen der Ausgestaltung seines Schutzkonzepts ein weiter Spielraum zukommt, namentlich bei der Statuierung von spezifischen Ausnahmen. Gemessen daran lässt sich nicht feststellen, dass die in Rede stehenden Regelungen, die bestimmte Warengruppen betreffen, das Schutzniveau des Sonn- und Feiertagsschutzes gravierend beeinträchtigen würden.

bb) Soweit der Beschwerdeführer zu 2) die Fassung des § 4 Abs. 1 Nr. 4 BerlLadÖffG für missverständlich hält, ist klarzustellen, dass diese Vorschrift eine Öffnung von Verkaufsstellen, die Lebens- und Genussmittel verkaufen, unzweifelhaft nicht an jedem Sonn- und Feiertag erlaubt. Die dahingehenden Bedenken sind in Ansehung des Wortlauts und des Zusammenhangs der in Absatz 1 enthaltenen Regelungen nicht nachvollziehbar. Die Bestimmung beinhaltet eine Ausnahme, die erkennbar nur dann greift, wenn der 24. Dezember (Heiligabend) auf einen Adventssonntag fällt.

cc) Schließlich ist nicht ersichtlich, dass der im Gesetz vorgesehene Schutz nicht wirksam durchgesetzt werden könnte. Verstöße gegen die Ladenschlusszeiten und die Ausnahmebestimmungen stellen Ordnungswidrigkeiten dar und können in den hier erheblichen Fallgestaltungen nach Maßgabe von § 9 Abs. 2 BerlLadÖffG mit einer Geldbuße bis zu 2.500 Euro geahndet werden. Dies allein mag insbesondere für große Handelsketten und Kaufhäuser wirtschaftlich keine abschreckende Wirkung entfalten. Es ist jedoch in Rechnung zu stellen, dass Verstöße gegen die Ladenöffnungsvorschriften ordnungsrechtlich unterbunden werden und unter Umständen auch weitere Konsequenzen haben können. Mithin lässt sich nicht feststellen, dass das Schutzkonzept insoweit völlig unzulänglich oder ungeeignet wäre, zumal auch die Höhe des angedrohten Bußgeldes nach der Ladenschlussgesetzgebung des Bundes nicht höher lag (§ 24 Abs. 2 LadSchlG a.F.).

c) Die gesetzlich angelegten Ladenöffnungsmöglichkeiten an Sonn- und Feiertagen führen auch in ihrem Zusammenwirken eingedenk der verfassungswidrigen Öffnungsmöglichkeit an allen vier Adventssonntagen nicht zu einem Verstoß gegen die staatliche Schutzpflicht für die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer, der das gesamte Schutzkonzept mit all seinen angegriffenen Ausnahmetatbeständen für den Sonn- und Feiertagsschutz ergreifen würde und als verfassungswidrig erscheinen ließe.

Im Übrigen hat der Berliner Landesgesetzgeber erkennbar gesehen, dass er bei dem von ihm verfolgten Konzept einer flächendeckenden Freigabe der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen unter geringen Voraussetzungen und ohne warengruppenspezifische Beschränkungen nur eine niedrige jährliche Höchstzahl derart freigabefähiger Sonn- und Feiertage ansetzen durfte, um dem Regel-Ausnahme-Gebot und der verfassungsrechtlich geforderten Sicherung eines Mindestniveaus des Sonn- und Feiertagsschutzes zu genügen. Diese Höchstzahl hat er auf der Grundlage der von ihm gewählten Schutzkonzeption, also insbesondere ohne allgemeine einzelfallbezogene Ausnahmebestimmung - etwa § 23 Abs. 1 LadSchlG entsprechend -, in nicht zu beanstandender Weise mit acht Sonn- und Feiertagen angesetzt (siehe § 3 Abs. 1 Alternative 2, § 6 Abs. 1 BerlLadÖffG).

### III.

Die Regelung zur Öffnung der Verkaufsstellen an allen vier Adventssonntagen (§ 3 Abs. 1 Alternative 2 BerlLadÖffG) ist damit für verfassungswidrig zu erklären (§ 95 Abs. 3 BVerfGG). Sie bleibt indes unter Berücksichtigung der Berufsausübungsfreiheit der Verkaufsstelleninhaber, ihres in die Regelung gesetzten Vertrauens und der von ihnen für die Vorweihnachtszeit des Jahres 2009 getroffenen Dispositionen in diesem Jahr noch

anwendbar. Ob und wie der Berliner Landesgesetzgeber seine Schutzkonzeption anpasst, obliegt seiner Gestaltungsmacht nach Maßgabe der Grundsätze dieser Entscheidung.

Den Beschwerdeführern sind ihre notwendigen Auslagen je zur Hälfte zu erstatten; dies ist angemessen, weil ihre Verfassungsbeschwerden einen wesentlichen Teilerfolg haben, der sich auch bei der Konkretisierung des Prüfungsmaßstabes niederschlägt (§ 34a Abs. 2 BVerfGG).

Die Entscheidung ist zu B. I. 1. (Beschwerdebefugnis) und zu B. II. 2. (Konkretisierung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV) mit 5 : 3 Stimmen, hinsichtlich der Anforderungen des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV einstimmig ergangen.

**Hinw. d. Red.:** S. dazu die Einführung zur Urteilsverkündung am 1. 12. 2009 des Vorsitzenden des Ersten Senats sowie die Pressemeldungen der Bundestagsfraktionen vom 1. 12. 2009 in GuT 2009, 418 f. (in diesem Heft).

**§§ 242, 393, 839 BGB; Art. 1, 2, 34 GG**  
**Schutzauftrag der Grundrechte; vorsatznahe**  
**Organisationsverschulden des Staates bei**  
**menschenunwürdiger Unterbringung von**  
**Strafgefangenen; Geldentschädigungsanspruch**  
**ohne Aufrechnungsbefugnis**

**Es ist der Justizverwaltung unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) grundsätzlich verwehrt, gegenüber dem Anspruch eines Strafgefangenen auf Geldentschädigung wegen menschenunwürdiger Haftbedingungen mit einer Gegenforderung auf Erstattung offener Kosten des Strafverfahrens aufzurechnen.**

(BGH, Urteil vom 1. 10. 2009 – III ZR 18/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt das beklagte Land auf Zahlung einer Geldentschädigung wegen menschenunwürdiger Haftunterbringung in Anspruch.

2 Der Kläger befindet sich zur Verbüßung einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren wegen schweren Raubes in Strafhaf in der Justizvollzugsanstalt B. Dort war er in der Zeit vom 17. Januar bis 1. August 2006 (mit Ausnahme eines Krankenhausaufenthalts vom 2. bis zum 15. Februar 2006) in einer 9,09 m<sup>2</sup> großen Gemeinschaftszelle mit einem weiteren Strafgefangenen untergebracht. Die in dieser Zelle befindliche Toilette war lediglich durch einen Sichtschutzvorhang abgetrennt. Das beklagte Land ist dem Vorwurf der Amtspflichtverletzung, des Verstoßes gegen die Menschenwürde und der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers entgegen getreten und hat hilfsweise die Aufrechnung mit einer - unstreitigen - Gegenforderung auf Erstattung der von dem Kläger zu tragenden Kosten des Strafverfahrens erklärt. Der Kläger hält diese Aufrechnung für unzulässig.

3 Die Vorinstanzen haben dem Kläger aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung des Beklagten (§ 839 BGB, Art. 34 GG) übereinstimmend eine Entschädigung in Höhe von 3000 € zugesprochen. Das Landgericht Karlsruhe hat die Hilfsaufrechnung des Beklagten für begründet erachtet und die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht Karlsruhe den Beklagten zur Zahlung verurteilt.

4 Mit seiner - insoweit vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision wendet sich das beklagte Land gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Aufrechnung eine gemäß § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung darstelle.

5 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision des Beklagten ist unbegründet.

6 I. Das Berufungsgericht (VersR 2009, 360) hat ausgeführt, der Aufrechnung des beklagten Landes stehe § 394 Satz 1 BGB nicht entgegen, weil der Anspruch des Klägers der Pfändung unterworfen sei. Ob die Aufrechnung gemäß § 393 BGB aus-

geschlossen sei, könne offen bleiben. Denn jedenfalls stelle sich die Aufrechnung des Beklagten als gemäß § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung dar. Der Anspruch des Klägers ergebe sich aus einem Eingriff in seine durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde. Bereits die überragende Bedeutung dieses Grundrechts schließe eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung aus einer einfachgesetzlichen Regelung aus. Darüber hinaus sei zu beachten, dass der Zubilligung einer Geldentschädigung bei Verletzung der Menschenwürde gerade der Gedanke der Genugtuung des Verletzten und der Sanktionierung des Grundrechtsverstoßes zu Grunde liege. Diesen Funktionen würde man nicht gerecht, wenn man eine Aufrechnung des beklagten Landes zuließe. Die Verletzung der Ehre und Würde des einzelnen Strafgefangenen bliebe dann nämlich letztlich ohne spürbare Sanktion. Bei der Gegenforderung des Beklagten handele es sich ihrerseits auch nicht um einen Anspruch aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung - was im Rahmen der bei § 242 BGB anzustellenden „Gegenabwägung“ bedeutsam sein könne -, da sie nicht aus einer unerlaubten Handlung des Klägers gegenüber dem Beklagten herrühre.

7 II. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision wirksam auf die Aufrechnung des beklagten Landes beschränkt (siehe dazu Senat, Urteil vom 30. November 1995 - III ZR 240/94 - NJW 1996, 527 m.w.N.; Zöller/Heßler, ZPO 27. Aufl., § 543 Rn. 24). Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass es dem Land, das auf Zahlung einer Geldentschädigung für immaterielle Schäden aufgrund unwürdiger Bedingungen der Haftunterbringung in Anspruch genommenen wird, gemäß § 242 BGB grundsätzlich verwehrt ist, gegenüber diesem Anspruch mit einer Gegenforderung auf Erstattung von offenen Strafverfahrenskosten aufzurechnen, hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

8 Die Aufrechnung ist nach § 242 BGB ausgeschlossen, wenn sie nach der Eigenart des Schuldverhältnisses oder dem Zweck der geschuldeten Leistung als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheint (Senatsurteil BGHZ 95, 103, 113 m.w.N.; BGHZ 113, 90, 93; BGH, Urteil vom 21. November 2001 - XII ZR 162/99 - NJW 2002, 1130, 1132; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 387 Rn. 15; Erman/Wagner, BGB Band 1, 12. Aufl., § 387 Rn. 33 ff).

9 So liegt es auch hier.

10 1. Das aus § 242 BGB (unzulässige Rechtsausübung) hergeleitete Aufrechnungshindernis folgt für die vorliegend zu entscheidende Fallgestaltung - unter Zugrundelegung einer typisierenden Betrachtung der hierbei relevanten Umstände (insbesondere: Verschulden) - aus der Funktion und dem Zweck des Geldentschädigungsanspruchs wegen menschenunwürdiger Haftbedingungen und der Eigenart des zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisses.

11 Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 161, 33, 35 ff; Beschlüsse vom 21. Dezember 2005 - III ZR 33/05 - NJW 2006, 1289 und vom 28. September 2006 - III ZB 89/05 - NJW 2006, 3572) steht dem Betroffenen unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) ein Anspruch auf Geldentschädigung für immaterielle Schäden infolge menschenunwürdiger Haftbedingungen zu, wenn die damit verbundene Beeinträchtigung ein Mindestmaß an Schwere erreicht hat und nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann, wobei - ebenso wie bei einem Geldentschädigungsanspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, der Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie der Grad des Verschuldens zu berücksichtigen sind. Der Anspruch auf Geldentschädigung gründet auf dem Schutzauftrag der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG und dient vornehmlich der Genugtuung des Verletzten, aber auch den Zwecken der wirksamen Sanktion und Prävention (Senat aaO BGHZ 161, 33, 35 ff; allgemein: BGHZ 128, 1, 12, 15; 143, 214, 218 f; 160, 298, 302 f, 306; 165, 203, 204 f, 206 f, 210 f).

12 a) Um seine Funktionen der Genugtuung, der Sanktion und der Prävention - in dem Sinne, dass der verpflichtete Staat dazu angehalten wird, menschenunwürdige Haftbedingungen von vornherein zu vermeiden oder aber (zumindest) alsbald zu beseitigen und nicht länger fort dauern zu lassen - wirksam wahrnehmen zu können, muss der Geldentschädigungsanspruch für den ersatzpflichtigen Staat spürbare Auswirkungen haben. Daran fehlte es vielfach, wenn die Erfüllung des Geldentschädigungsanspruchs im Wege der Aufrechnung mit einer Gegenforderung auf Erstattung offener Strafverfahrenskosten herbeigeführt werden könnte. Sehr viele Strafgefangene sind vermögenslos und - wie hier - bei der Verfolgung ihrer Entschädigungsansprüche auf Prozesskostenhilfe angewiesen. Die Ansprüche des Staates auf Erstattung von Kosten des Strafverfahrens sind in all diesen Fällen im Grunde uneinbringlich und bei wirtschaftlicher Betrachtung wertlos. Könnte sich der Staat hier seiner Entschädigungsverpflichtung durch Aufrechnung entledigen, so könnte von einem echten Vermögensopfer nicht gesprochen werden; auch enthielte der Geschädigte keinen wirklichen materiellen Ausgleich für den erlittenen Eingriff. Dass die Forderungen des Staates infolge der Aufrechnung ebenso verringert würden wie die Verbindlichkeiten des Betroffenen (§ 389 BGB), wirkte sich in dieser Situation gleichsam nur „buchhalterisch“ aus, ohne dass dies von den Beteiligten wirtschaftlich als Vor- oder Nachteil empfunden würde. Nehmen darüber hinaus die Forderungen des Staates gegen den Betroffenen auf Erstattung offener Strafverfahrenskosten - wie nicht selten und so auch hier (24.398,87 €) - einen beträchtlichen Umfang ein, so liegt die Besorgnis nicht fern, dass der ersatzpflichtige Staat aufgetretene menschenunwürdige Haftbedingungen nicht so zügig wie geboten beseitigt, sondern (aus fiskalischen Gründen) längere Zeit hinnimmt und hierdurch nicht nur die Genugtuungs- und Sanktionsfunktion, sondern auch die Präventivfunktion des Entschädigungsanspruchs beeinträchtigt wird.

13 b) Hinzu treten folgende Erwägungen:

14 Der Anspruch auf Geldentschädigung wegen menschenunwürdiger Haftbedingungen gründet auf einem besonderen Rechtsverhältnis zwischen dem Betroffenen und dem Staat, das einerseits von intensiven Eingriffs- und Anweisungsbefugnissen gekennzeichnet ist, die weit in die persönliche Lebensführung des Gefangenen hineinreichen, andererseits aber dem Staat besondere Fürsorgepflichten, insbesondere für Leben und Gesundheit des Gefangenen, auferlegt (vgl. Staudinger/Wurm, BGB, Neubearb. 2007, § 839 Rn. 665). Dabei gehört die Pflicht, den Häftling menschenwürdig unterzubringen, zu den Kardinalpflichten der Justizvollzugsorgane. Der aus der Verletzung dieser Pflicht sich ergebende Entschädigungsanspruch erfordert eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Betroffenen, die weit über die mit der Haft als solche verbundenen Belastungen hinausgeht.

15 Bei der gebotenen wertenden Gesamtschau liegt diesem Anspruch im Allgemeinen auch ein erhebliches Verschulden der verantwortlichen Staatsorgane zugrunde, das durchaus als „vorsatznah“ einzustufen ist, mit der Folge, dass die Frage des Verbots der Aufrechnung nach § 393 BGB im Raum steht. Den Justizvollzugsbeamten der betroffenen Vollzugsanstalt sind regelmäßig - wie auch hier, worauf der Revisionsbeklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu Recht hingewiesen hat (Schreiben der Justizvollzugsanstalt B. vom 13. Juni 2006); auch das Berufungsgericht hat dies letztlich nicht anders gesehen - die tatsächlichen Umstände der Unterbringung bekannt und die Rechtswidrigkeit der Art und Weise dieser Unterbringung bewusst. Die Notlage, die darauf beruht, dass in der jeweiligen Justizvollzugsanstalt nicht genügend Haftplätze zur Verfügung stehen, mag zwar dazu führen, dass die Beamten „vor Ort“ nicht vorsätzlich im Sinne des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB handeln; dies kann aber den Staat - unter dem Aspekt des Organisationsverschuldens - nicht entscheidend entlasten (vgl. Senat BGHZ 161, 33, 35; Beschluss vom 21. Dezember 2005 aaO Rn. 4).

16 2. Da dem beklagten Land die Aufrechnung mit der Kostenforderung nach § 242 BGB versagt ist, kommt es nicht (mehr) darauf an, ob der Kläger den Nachweis führen könnte, dass einzelne Beamte der haftenden Anstellungskörperschaft vorsätzlich gehandelt haben, und somit dem beklagten Land die Aufrechnung nach § 393 BGB verboten wäre. Dabei trifft es entgegen der Auffassung der Revision nicht zu, dass die der Bestimmung des § 393 BGB zugrunde liegende gesetzgeberische Wertentscheidung unterlaufen wird, wenn in Fällen der vorliegenden Art ein grundsätzliches Aufrechnungshindernis aus dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) hergeleitet wird. Der Umstand, dass (noch) nicht von einer das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB auslösenden Vorsatztat ausgegangen werden kann, hindert nicht daran, bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs neben der Gewährleistung der Funktionen und des Zwecks des Geldentschädigungsanspruchs sowie den Besonderheiten des zwischen der Landesjustizverwaltung und dem Strafgefängnissen bestehenden Rechtsverhältnisses auch die dem Gesamtgeschehen anhaftende „Vorsatznähe“ in den Blick zu nehmen.

17 3. Wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, ist der aus § 242 BGB hergeleitete Einwand gegen die Aufrechnung des beklagten Landes hier - unter dem Aspekt einer „Gegenabwägung“ - nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung auf Zahlung offener Kosten des Strafverfahrens ihrerseits als eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung (des Klägers) darstellte. Denn Forderungen des Staates auf Zahlung von Strafverfahrenskosten sind keine Ansprüche, die aus einer vorsätzlich unerlaubten Handlung gegenüber dem Staat hervorgegangen sind.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Art. 25 GG; §§ 286, 294 ZPO  
Zwangsvollstreckung; Vollstreckungsimmunität;  
Forderungen eines ausländischen Staates aus der  
Vermietung eines inländischen Objekts;  
Nachweis des Verwendungszwecks;  
Kulturelle Einrichtung; Russland**

**a) Die einem ausländischen Staat zustehenden Forderungen aus der Vermietung eines im Inland gelegenen Objekts, die ausschließlich für den Erhalt einer kulturellen Einrichtung dieses Staates verwendet werden, können hoheitlichen Zwecken dienen und unterliegen dann der Vollstreckungsimmunität.**

**b) Die von der Rechtsprechung zum Schutz diplomatisch und konsularisch genutzter Gegenstände gestellten Anforderungen an den Nachweis des Verwendungszwecks gelten in gleicher Weise für sonstige hoheitlich genutzte Gegenstände und Vermögenswerte einer an der Staatenimmunität teilhabenden kulturellen Einrichtung (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2005 – VII ZB 8/05, NJW-RR 2006, 425).**

(BGH, Beschluss vom 1. 10. 2009 – VII ZB 37/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Gläubiger betreibt gegen die Schuldnerin die Zwangsvollstreckung aus einem Schiedsspruch.

2 Der Gläubiger erwirkte vor dem Internationalen Schiedsgericht bei der Handelskammer in Stockholm am 7. Juli 1998 einen Schiedsspruch, nach dem die Schuldnerin an den Gläubiger 2,35 Mio. US-Dollar zuzüglich Zinsen zu zahlen hat. Dieser Schiedsspruch wurde vom Kammergericht für vollstreckbar erklärt (KG-Report 2001, 146).

3 Auf Antrag des Gläubigers hat das Amtsgericht - Vollstreckungsgericht - mit Beschluss vom 23. Januar 2007 wegen eines Teilbetrages von 750.000 USDollar nebst Zinsen

„alle Ansprüche der Schuldnerin an die Drittschuldnerin aus gegenwärtigen und zukünftigen Mietzinszahlungen für das

von der Drittschuldnerin von der Schuldnerin gemietete Ladenlokal an der F. strasse in B. , einschließlich Vorauszahlungen, Nachzahlungen von Geldbeträgen für Nebenkosten, Heizung, Warmwasser, Mietkautionen, Kostenerstattungen aus Dienstleistungen, Reparaturen und Renovierungen, Umbauten, Einbauten, sowie sämtliche Ansprüche wie gegenwärtige und zukünftige Schadensersatzansprüche der Schuldnerin an die Drittschuldnerin“

4 gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen. In dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wird die Schuldnerin bezeichnet als

„Russische Föderation, beim Administrativen Büro des Präsidenten der Russischen Föderation, N. , M. , Russland *auch handelnd unter Russisches Haus der Wissenschaft und Kultur, ausländische Vertretung des Russischen Zentrums für internationale wissenschaftliche und kulturelle Zusammenarbeit bei dem Außenministerium der Russischen Föderation*“.

5 Der hiergegen gerichteten Erinnerung der Schuldnerin hat das Amtsgericht München - Vollstreckungsgericht - abgeholfen und den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aufgehoben. Mit dem Russischen Haus der Wissenschaft und Kultur (im Folgenden: Russisches Haus) sei eine weitere Schuldnerin benannt, die im Vollstreckungstitel keine Erwähnung finde, und vom Vollstreckungsgericht sei nicht klärbar, ob die russische Föderation und das russische Haus dieselbe Rechtspersönlichkeit seien.

6 Auf die sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das Beschwerdegericht [LG München I] am 21. Februar 2008 einen neuen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlassen, in dem die zusätzliche Bezeichnung der Schuldnerin „auch handelnd unter Russisches Haus ...“ sowie die Pfändung sämtlicher „Ansprüche wie gegenwärtige und zukünftige Schadensersatzansprüche der Schuldnerin an die Drittschuldnerin“ nicht mehr enthalten sind. Im Übrigen sind die Ansprüche der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin wie im ursprünglichen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen. Mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Schuldnerin die Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses.

7 **Aus den Gründen:** II. 1. Das Beschwerdegericht führt aus, der ursprüngliche Pfändungs- und Überweisungsbeschluss sei hinsichtlich der Bezeichnung der zu pfändenden Forderung nicht hinreichend bestimmt gewesen, soweit „sämtliche Ansprüche wie gegenwärtige und zukünftige Schadensersatzansprüche der Schuldnerin an die Drittschuldnerin“ gepfändet gewesen seien. Die weiteren gepfändeten Ansprüche seien dagegen hinreichend bestimmt. Der Zusatz „auch handelnd unter Russisches Haus“ komme im neu erlassenen Beschluss nicht mehr vor, weil die Schuldnerin durch das Administrative Büro der Russischen Föderation vertreten werde und das Russische Haus im Vollstreckungstitel nicht benannt sei.

8 2. Dahingestellt bleiben könne, ob das Russische Haus eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweise. Der Gläubiger habe unter Vorlage eines Rechtsgutachtens schlüssig vorgetragen, dass das Russische Haus ein unselbständiges Rechtssubjekt sei und die gepfändete Forderung der Schuldnerin zustehe. Da im Vollstreckungsverfahren nur eine formalisierte Prüfung vorzunehmen sei, müsse es genügen, dass dem Schuldner die Forderung als angebliche zustehen könne. Ob er tatsächlich Inhaber der Forderung sei, sei nicht im Vollstreckungsverfahren, sondern in einem gegebenenfalls folgenden Einziehungsprozess zu prüfen. Die Frage, ob zwischen Schuldner und Forderungsinhaber Identität bestehe, sei nicht anders zu behandeln als die Konstellation, in der die Aktivlegitimation des Schuldners aus sonstigen Gründen streitig sei. Es handele sich auch insoweit um die Frage, ob die gepfändete - angebliche - Forderung in der gepfändeten Form tatsächlich bestehe.



9 3. Der Schuldnerin stehe mangels hoheitlicher Zweckbestimmung keine Vollstreckungsimmunität zu. Die Vermittlung von Kultur durch eine Institution wie das Russische Haus gehöre nicht zu dem Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit.

10 III. 1. Die Rechtsbeschwerde rügt, das Beschwerdegericht habe zu Unrecht offengelassen, ob die Schuldnerin Inhaberin der gepfändeten Forderungen aus dem Mietvertrag zwischen dem Russischen Haus und der Drittschuldnerin sei. Denn nach dem eigenen Vortrag des Gläubigers stehe das Forderungsrecht der Schuldnerin nicht zu. Unstreitig sei der fragliche Mietvertrag zwischen dem Russischen Haus, das eine Auslandsvertretung des Russischen Zentrums für internationale wissenschaftliche und kulturelle Zusammenarbeit beim Außenministerium der Russischen Föderation, einer juristischen Person, sei, und der Drittschuldnerin abgeschlossen worden. Hieraus folge, dass die gepfändeten Forderungen nicht der Schuldnerin, sondern entweder dem Russischen Haus oder dem Russischen Zentrum zustehen würden. Die Frage, für wen das Russische Haus den Mietvertrag abgeschlossen habe, richte sich nach deutschem Recht. Danach komme es darauf an, ob der Wille, in fremden Namen zu handeln, erkennbar hervorgetreten sei (§ 164 Abs. 2 BGB). Da dies vorliegend nicht der Fall sei, sei die Schuldnerin offenkundig nicht Forderungsinhaberin.

11 2. Wenn die Schuldnerin Inhaberin der gepfändeten Forderungen wäre, stehe ihr Vollstreckungsimmunität zu, weil die Forderungen nach ihrem glaubhaft gemachten Vortrag dem Betrieb einer Kultureinrichtung und damit hoheitlichen Zwecken dienen würden.

12 a) Das Beschwerdegericht habe verkannt, dass das Bundesverfassungsgericht die Immunität nicht allgemein auf den Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit beschränkt habe, sondern vielmehr lediglich den völkerrechtlich zwingenden Schutzbereich festgelegt habe, der auch durch eine landesrechtliche Qualifikation der Tätigkeit als nichthoheitlich nicht außer Kraft gesetzt werden könne. Es komme allein darauf an, ob die Staats-tätigkeit nach nationalem Recht als hoheitlich zu qualifizieren sei. Kultur- und Forschungseinrichtungen seien als hoheitliche Betätigung zu qualifizieren, zumal der Ausbau der wirtschaftlichen, kulturellen und wissenschaftlichen Beziehungen gemäß Art. 3 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 zu den Aufgaben einer diplomatischen Vertretung gehöre.

13 b) Die Schuldnerin habe im Einzelnen dargelegt und glaubhaft gemacht, dass die Einnahmen aus den vom Russischen Haus abgeschlossenen Mietverträgen zur laufenden Unterhaltung des diesem zur Ausübung seiner Tätigkeit überlassenen Grundstücks und zur Vornahme notwendiger Instandhaltungsmaßnahmen verwendet und benötigt würden. Damit würden sie für eine hoheitliche Tätigkeit verwendet werden. Davon ungeachtet trage nach Art. 19 c des Übereinkommens der Vereinten Nationen 2004 der Gläubiger die Darlegungs- und Beweislast für die nichthoheitliche Zweckbestimmung des Vermögensgegenstandes.

14 IV. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und des vom Beschwerdegericht erlassenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde des Gläubigers gegen den Beschluss des Amtsgerichts und zur Zurückweisung des Antrags des Gläubigers auf Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses.

15 1. Das Beschwerdegericht hat offengelassen, ob die Schuldnerin tatsächlich Inhaberin der gepfändeten Forderungen ist. Ob dies zu Recht erfolgt ist, kann dahingestellt bleiben; denn wenn die Schuldnerin Inhaberin der Zahlungsansprüche gegen die Drittschuldnerin wäre, wäre sie insoweit nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen.

16 2. Mit Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, dass bezüglich der gepfändeten Zahlungsansprüche Vollstreckungsimmunität bestehe, da sie hoheitlichen Zwecken der Schuldnerin dienen.

Die gepfändeten angeblichen Ansprüche der Schuldnerin unterfallen zwar nicht der diplomatischen Immunität (b), mit ihrer Pfändung wird jedoch die allgemeine Staatenimmunität verletzt (c).

17 a) Nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts ist die Zwangsvollstreckung gegen einen fremden Staat in Gegenstände dieses Staates ohne Zustimmung des fremden Staates unzulässig, soweit diese Gegenstände im Zeitpunkt des Beginns der Vollstreckungsmaßnahme hoheitlichen Zwecken des fremden Staates dienen (BVerfG, BVerfGE 46, 342, 392; BVerfGE 64, 1, 40; BGH, Beschluss vom 28. Mai 2003 - IXa ZB 19/03, NJW-RR 2003, 1218; Beschluss vom 4. Oktober 2005 - VII ZB 9/05, NJW-RR 2006, 198 m.w.N.). Ob ein Vermögensgegenstand hoheitlichen Zwecken dient, richtet sich danach, ob er für eine hoheitliche Tätigkeit verwendet werden soll (BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2005 - VII ZB 9/05, NJW-RR 2006, 198). Nach der herrschenden Theorie der restriktiven Immunität ist zu unterscheiden zwischen hoheitlich bedingten Tätigkeiten des Staates (*acta iure imperii*) und seinen privatwirtschaftlichen Aktivitäten (*acta iure gestionis*). Letztere werden von der Immunität ausgenommen (Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Rdn. 558 ff.; Stürmer, IPRax 2008, 197, 200).

18 b) Die gepfändeten angeblichen Ansprüche der Schuldnerin aus dem Mietvertrag mit der Drittschuldnerin fallen nicht unter die diplomatische Immunität.

19 aa) Von Völkerrechts wegen darf bei Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen einen fremden Staat nicht auf die seiner diplomatischen Vertretung zur Wahrnehmung ihrer amtlichen Funktion dienenden Gegenstände zugegriffen werden, sofern dadurch die Erfüllung der diplomatischen Tätigkeit beeinträchtigt werden könnte (BVerfG, BVerfGE 46, 342, 394 f.; BGH, Beschluss vom 28. Mai 2003 - IXa ZB 19/03, NJW-RR 2003, 1218; Beschluss vom 4. Oktober 2005 - VII ZB 8/05, NJW-RR 2006, 425). Bei der Beurteilung der Gefährdung dieser Funktionsfähigkeit zieht das Völkerrecht den Schutzbereich zugunsten des anderen Staates sehr weit und stellt auf die typische, abstrakte Gefahr, nicht auf eine konkrete Beeinträchtigung der diplomatischen Tätigkeit ab.

20 bb) Ein Mietvertrag der Schuldnerin mit der Drittschuldnerin stünde nicht im Zusammenhang mit dem Betrieb der Botschaft oder eines Konsulats der Schuldnerin. Dass die gepfändeten Ansprüche der Aufrechterhaltung der Funktion ihrer diplomatischen Vertretung dienen, hat auch die Rechtsbeschwerde nicht vorgetragen. Entgegen der Rechtsbeschwerde kann auch aus Art. 3 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 (BGBl. 1964 II, 959) nichts anderes hergeleitet werden. Danach gehört zwar der Ausbau der kulturellen und wissenschaftlichen Beziehungen zu den Aufgaben einer diplomatischen Mission. Das Russische Haus ist jedoch keine diplomatische Mission in diesem Sinne.

21 c) Mit der Pfändung der angeblichen Ansprüche der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin aus dem Mietverhältnis ist jedoch die allgemeine Staatenimmunität der Schuldnerin verletzt. Das Russische Haus als ausländische Vertretung des Russischen Zentrums für internationale, wissenschaftliche und kulturelle Zusammenarbeit bei dem Außenministerium der Russischen Föderation ist eine Kultureinrichtung der Schuldnerin, deren hoheitliche Vermögenswerte von der Vollstreckungsimmunität umfasst werden.

22 Zu Unrecht stellt das Beschwerdegericht darauf ab, dass eine hoheitliche Zweckbestimmung die unmittelbare Betroffenheit des Kernbereichs ausländischer hoheitlicher Tätigkeit voraussetze. Neben dem Kernbereich der staatlichen Tätigkeit kann auch sonstiges hoheitliches Handeln unter die allgemeine Staatenimmunität fallen (BVerfG, BVerfGE 16, 27, 63). Letzterem sind die gepfändeten Vermögenswerte der Schuldnerin zuzuordnen.

23 aa) Die Staatenimmunität schützt die Funktionsfähigkeit staatlichen Handelns nach außen. Hierzu gehört auch das Handeln selbstständiger Dienststellen, soweit die eingeleiteten Ver-

fahren sich auf von diesen ausgeübte hoheitliche Funktionen beziehen (Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht Band I/1, 2. Aufl., § 73 II. 1.). Die Staatenimmunität steht damit nicht nur dem Staat selbst, sondern auch Untergliederungen des Staates zu, durch die dieser handelt. Die Verbindung zum Staat als Hoheitsträger muss so eng sein, dass er auch in dieser Handlung durch die Immunität geschützt werden muss. Dies gilt um so mehr, als ein Staat, der außerhalb seiner Hoheitsgrenzen tätig werden will, in aller Regel auf das Privatrecht verwiesen ist, weil das völkerrechtliche Territorialprinzip die Geltung seiner Hoheitsakte auf sein Staatsgebiet beschränkt (Stein, IPRax 1984, 179, 180).

24 Ob ein Handeln oder ein Vermögenswert als hoheitlich zu qualifizieren ist, entscheidet sich, soweit keine Kriterien im Völkerrecht vorhanden sind (wie z. B. im Falle eines Botschaftsgegenstandes), grundsätzlich nach der jeweiligen nationalen Rechtsordnung (lex fori) (OLG Köln, IPRax 2004, 251, 254; Dutta, IPRax 2007, 109, 110 f.; Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht Band I/1, 2. Aufl., § 73 II. 2.; Linke, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Rdn. 76; Weller, Rpfleger 2006, 364, 368; differenzierend Stein, IPRax 1984, 179, 182; a.A. Gramlich, NJW 1981, 2618, 2619).

25 bb) Nach diesen Maßstäben dienen die gepfändeten Ansprüche hoheitlichen Zwecken.

26 (1) Nach Art. 14 Abs. 1 des deutsch-russischen Abkommens über kulturelle Zusammenarbeit in der Bekanntmachung vom 8. Juli 1993 (BGBl. 1993 II, 1256) haben die Vertragsparteien die Gründung von kulturellen Einrichtungen der jeweils anderen Vertragspartei im Hoheitsgebiet ihrer Länder zu fördern und deren Tätigkeit zu erleichtern. Kulturelle Einrichtungen in diesem Sinne sind u. a. vollständig oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierte Kulturinstitute oder Kulturzentren (Abs. 2). Jedenfalls im Zusammenhang mit der Prüfung der Reichweite eines pauschalen Immunitätsverzichts hat das Bundesverfassungsgericht als sonstige hoheitlich genutzte Gegenstände und Vermögenswerte eines ausländischen Staates im Vollstreckungsstaat unter anderem Kultur- und Forschungseinrichtungen genannt (BVerfG, BVerfGE 117, 141, 155). Da zur Wahrnehmung ausländischer Gewalt auch die vom Staat abhängige Repräsentation von Kultur und Wissenschaft im Ausland durch Mittelorganisationen gehört, bezieht sich das Vollstreckungsverbot grundsätzlich auch auf kulturelle Einrichtungen (Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., § 26 Rdn. 32; so auch für das Danish Cultural Institute der Italienische Kassationshof in einer Entscheidung vom 15. Februar 1979, ILR 65 (1984), 325). Das Russische Haus als ausländische Vertretung des Russischen Zentrums für internationale, wissenschaftliche und kulturelle Zusammenarbeit bei dem Außenministerium der Schuldnerin ist eine solche kulturelle Einrichtung, mit der die Schuldnerin hoheitliche Zwecke, nämlich die Förderung russischer Kultur in der Bundesrepublik, verfolgt.

27 (2) Die gepfändeten Ansprüche dienen dieser Förderung und damit hoheitlichen Zwecken.

28 Die Schuldnerin, die nach allgemeinen Regeln die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vollstreckungsimmunität trägt (Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Rdn. 527 m.w.N.; Lange, Internationale Rechts- und Forderungspfändung, 2004, S. 82 ff.; a.A. Heß, Staatenimmunität bei Distanzdelikten, 1992, S. 69 ohne nähere Begründung), hat den Verwendungszweck der gepfändeten Forderungen in ausreichendem Maße glaubhaft gemacht.

29 Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, BVerfGE 46, 342, 395 ff.) und des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2005 - VII ZB 8/05, NJW-RR 2006, 425) zu diplomatischen Vertretungen dürfen keine hohen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des ausländischen Staates gestellt werden. Es reicht aus, dass ein zuständiges Organ des ausländischen Staates versichert, eine solche Zweckbestimmung sei erfolgt. Das folgt aus dem Schutz, den das Völkerrecht diplomatisch und konsularisch genutzten Gegenständen gewährt. Es wäre als völkerrechtswidrige Ein-

mischung in die Angelegenheiten eines fremden Staates zu werten, wenn dieser vor Gericht die Verwendungszwecke eines ihm gehörenden Vermögensgegenstandes näher darlegen müsste.

30 Nichts anderes kann gelten, wenn der ausländische Staat behauptet, den einer kulturellen Einrichtung zustehenden Vermögensgegenstand für sonstige hoheitliche Zwecke zu verwenden. Nach zutreffender, aber umstrittener Auffassung sind die von der Rechtsprechung zum Schutz diplomatisch und konsularisch genutzter Gegenstände verringerten Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast auch auf sonst hoheitlich genutzte Gegenstände und Vermögenswerte einer an der Staatenimmunität teilhabenden kulturellen Einrichtung auszudehnen (vgl. OLG Köln, IPRax 2004, 251, 254; LG Frankfurt/M., RIW 2001, 308; Lange, Internationale Rechts- und Forderungspfändung, 2004, S. 85 ff.; Damian, Staatenimmunität und Gerichtszwang, 1985, S. 176 f.; Habscheid, BerDGVR 8 (1968), 159, 267; Weller, Rpfleger 2006, 364, 368; offengelassen BVerfG, BVerfGE 46, 342, 402; a.A. Dutta, IPRax 2007, 109, 111; Kröll, IPRax 2004, 223, 227; Albert, Völkerrechtliche Immunität ausländischer Staaten gegen Gerichtszwang, 1984, S. 286 f., wonach in solchen Fällen die allgemeinen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast gelten sollen).

31 Einen über die Glaubhaftmachung hinausgehenden Nachweis zu fordern, würde eine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten des fremden Staates bedeuten. Die Staatenimmunität stellt eine wesentliche Regelung des Völkerrechts dar und basiert auf dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten. Die über Art. 6 EMRK geschützten Interessen privater Vollstreckungsgläubiger müssen insoweit zurücktreten. Behauptet der ausländische Staat, das einer Vollstreckungsimmunität genießenden kulturellen Einrichtung zustehende Vollstreckungsobjekt diene hoheitlichen Zwecken, und macht er dies glaubhaft, reicht dies zur Beweisführung aus.

32 Die Schuldnerin hat vorgetragen, dass die in Betracht kommenden Ansprüche gegen die Drittschuldnerin zum Zwecke des Betriebs der kulturellen Einrichtung des Russischen Hauses (zur Unterhaltung des Grundstücks und zur Vornahme von Instandhaltungsmaßnahmen) verbraucht werden. Damit werden sie der hoheitlichen Zweckbestimmung des Russischen Hauses entsprechend verwandt. Das Beschwerdegericht hat zwar keine Feststellungen zur Richtigkeit dieses von dem Gläubiger bestrittenen Vortrags getroffen. Die Schuldnerin hat diesen Vortrag jedoch durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des Direktors des Russischen Hauses vom 20. Februar 2007 hinreichend glaubhaft gemacht. Dies kann das Rechtsbeschwerdegericht nach § 577 Abs. 5 ZPO selbst entscheiden, nachdem die eidesstattliche Versicherung vorliegt. Ob das Russische Haus rechtlich selbstständig mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ist, kann dahingestellt bleiben. Denn es kommt nicht auf die austauschbare Rechtsform, sondern auf die Funktion an, die das Russische Haus erfüllt (vgl. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Rdn. 624 a m.w.N.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Zur Zwangsvollstreckung in Grundstücke des ausländischen Staates als Schuldner (zur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung der „Russen-Siedlung“ in Köln) vgl. BGH GuT 2008, 450 und OLG Köln GuT 2008, 182 PM.

### § 550 BGB

#### Gewerberaumiete; Schriftform; Vertrags-Unterzeichnung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft AG

**Bei Abschluss eines Mietvertrages durch eine AG ist die Schriftform des § 550 BGB nur gewährt, wenn alle Vorstandsmitglieder unterzeichnen oder eine Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Vorstandsmitglied auch die Vorstandsmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben.**

(BGH, Urteil vom 4. 11. 2009 – XII ZR 86/07)



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

2 Mit Vertrag vom 2. Juli 2001 mietete die Klägerin Gewerberäume für zehn Jahre beginnend mit dem 1. Oktober 2001. Die Vermieterin und Eigentümerin übereignete das Grundstück durch „Einbringungsvertrag“ vom 20. Dezember 2001 unter Übergang der Nutzungen und Lasten zum 1. Januar 2002 an die Beklagte, die am 15. August 2003 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde. Am 18. März 2002 einigten sich die Beklagte und die Klägerin auf eine Mieterhöhung. Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft, wurde dabei laut Vereinbarung durch die Vorstandsmitglieder S. G. und E. K. vertreten; unterzeichnet wurde die Vereinbarung nur von E. K.

3 Mit Schreiben vom 31. März 2006 erklärte die Klägerin die ordentliche und außerordentliche Kündigung des Mietvertrages zum 30. Juni 2006.

4 Das Landgericht Berlin hat - nach teilweiser Klagerücknahme - antragsgemäß festgestellt, dass das Mietverhältnis der Parteien zum 30. September 2006 geendet hat. Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht [GuT 2007, 354] die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Senat zugelassenen Revision.

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

6 1. Das Kammergericht hat, soweit für die Revision noch von Bedeutung, ausgeführt: Entgegen der Auffassung des Landgerichts könne nicht festgestellt werden, dass das Mietverhältnis durch die Kündigung der Klägerin mit Schreiben vom 31. März 2006 beendet worden sei. Zum Zeitpunkt der Kündigung hätten weder die Voraussetzungen für eine ordentliche noch die für eine außerordentliche Kündigung vorgelegen. Sowohl der Mietvertrag vom 2. Juli 2001 als auch die Änderungsvereinbarung genügten den gesetzlichen Schriftformerfordernissen. Der Mietvertrag gelte deshalb nicht gemäß § 550 BGB als für unbestimmte Zeit mit der Folge der ordentlichen Kündbarkeit geschlossen. Der Auffassung des Landgerichts, die Änderungsvereinbarung sei formunwirksam, weil aus ihr heraus nicht zu ermitteln sei, ob der für die Klägerin unterzeichnende Vorstand auch für das weitere in der Parteibezeichnung genannte Vorstandsmitglied G. unterzeichnet habe oder aber der weitere Vorstand G. noch zusätzlich unterzeichnen sollen, sei nicht zu folgen. In den vom Landgericht zitierten Entscheidungen (NJW 2004, 1103 [=GuT 2004, 61]; NJW 2003, 3053 [=GuT 2003, 209]) habe der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass, wenn von mehreren Vermietern oder Mietern oder von mehreren Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts lediglich einer unterschreibe, zur Wahrung der Schriftform ein Vertretungszusatz erforderlich sei, weil anderenfalls nicht ersichtlich sei, ob der Unterzeichner die Unterschrift nur für sich selbst oder aber zugleich in Vertretung der anderen leiste. Derartige Zweifel könnten aber im vorliegenden Fall nicht auftreten, weil Mieterin nicht eine GbR, sondern eine AG sei. Mit Urteil vom 6. April 2006 (XII ZR 132/03 - NJW 2005, 2225 [=GuT 2005, 143]) habe der Bundesgerichtshof in Abgrenzung zu den beiden oben genannten Entscheidungen ausgeführt, dass das Fehlen eines Vertretungszusatzes der Wahrung der Schriftform nicht entgegenstehe, wenn eine Person für eine GmbH unterzeichne. Weil die Person nicht selbst Vertragspartei werden solle, könne ihre Unterschrift nur die Bedeutung haben, dass sie die GmbH vertreten wolle. Auch im vorliegenden Fall sei unstrittig und offenkundig, dass der Vorstand K. jedenfalls nicht für sich selbst, sondern in Vertretung für die Klägerin - eine AG -, deren Name sich unmittelbar unter den Unterschriftenleisten befände, habe unterzeichnen wollen. Die Schriftform des § 126 BGB sei daher gewahrt. Ob der Vorstand K. alleinvertretungsberechtigt gewesen sei, sei für die Frage der Schriftform nicht entscheidend, sondern lediglich für die Frage, ob die Ände-

rungsvereinbarung überhaupt wirksam zustande gekommen sei. Die Wirksamkeit der Änderungsvereinbarung sei zwischen den Parteien nicht streitig.

7 Die Auffassung der Klägerin, die Schriftform sei nicht gewahrt, weil dem Mietvertrag wie der Änderungsvereinbarung die Funktion der in Vertretung für die Vermieterseite jeweils unterzeichnenden Person nicht entnommen werden könne, treffe nicht zu. In der Literatur (Kraemer, NZM 2002, 465) werde die Auffassung vertreten, dem Schutzzweck des § 550 BGB entsprechend müsse ein potentieller Erwerber des Mietgrundstücks aus der Vertragsurkunde entnehmen können, „in welcher Funktion“ der Vertreter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehandelt habe. Der Bundesgerichtshof habe bisher offen gelassen, ob dieser Meinung zu folgen sei. Ob es zur Wahrung der Schriftform erforderlich sei, die Funktion des Vertreters anzugeben, wenn dieser eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vertrete, könne auch im vorliegenden Fall offen bleiben, weil es hier um die Vertretung einer Einzelperson bzw. der aus einer Einzelperson bestehenden Komplementärin gehe. Jedenfalls dann, wenn eine Einzelperson bei der Vertragsunterzeichnung von einer anderen Person vertreten werde, sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Schutzzweck des § 550 BGB es erfordere, dass ein potentieller Erwerber des Mietgrundstücks aus der Vertragsurkunde entnehmen müsse, in welcher Funktion der Vertreter dieser Einzelperson gehandelt habe.

8 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 a) Ohne Erfolg beruft sich die Revision allerdings darauf, die Schriftform sei schon deshalb nicht gewahrt, weil im Hinblick auf die Änderungsvereinbarung vom 18. März 2002 unklar sei, in welcher Funktion das Vorstandsmitglied K. gehandelt habe. Zwar liege es nahe, dass er als eines von zwei gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitgliedern unterschrieben habe, doch die Auslegung, dass er (auch) als von dem weiteren Vorstandsmitglied G. rechtsgeschäftlich beauftragter Vertreter agiert habe, bleibe möglich. Für einen potentiellen Erwerber bleibe die Frage der Vertretungsberechtigung und somit der Wirksamkeit des Vertrages im Unklaren.

10 Der Senat hat bereits mehrmals entschieden, dass Angaben darüber, woraus der Unterzeichner seine Vertretungsmacht herleitet, zur Wahrung der Schriftform nicht erforderlich sind. Ob der Vertreter Vertretungsmacht gehabt hat, ist keine Frage der Schriftform, sondern der Wirksamkeit des Vertrages. Selbst wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, beeinträchtigt das die Schriftform nicht (Senatsurteile BGHZ 176, 301, 309 = NJW 2008, 2178, 2179 [=GuT 2008, 284]; vom 6. April 2005 - XII ZR 132/03 - NJW 2005, 2225, 2226 [=GuT 2005, 143]).

11 b) Zu Recht macht die Revision aber geltend, die Schriftform sei nicht eingehalten, weil der Unterschrift des Vorstandsmitgliedes K. nicht entnommen werden könne, ob es für das Vorstandsmitglied G. mit unterzeichnet habe.

12 Zur Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB gehört auch, dass die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist (Senatsurteil BGHZ 176, 301, 307 = NJW 2008, 2178, 2179 [=GuT 2008, 284]).

13 aa) Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien geleistet worden sind. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften, auch für 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 diesen unterschrieben haben.

14 Das 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 [=GuT 2003, 19 = WuM 2002, 601]) entschieden. Ein Vertretungszusatz ist darüber hinaus immer dann erforderlich, wenn als Mieter oder Vermieter mehrere Personen (etwa Eheleute) auftreten, von denen nur eine den Vertrag unterschrieben hat. Auch dann ist aus der bloßen Unterschrift noch nicht ersichtlich, ob der Vertrag zugleich in Vertretung - und zwar auch für den anderen - mit unterzeichnet worden ist oder ob es noch der Unterschrift weiterer Personen bedarf (BGHZ 125, 175, 178 ff. = NJW 1994, 1649, 1650 f.).

15 bb) Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich (dazu auch Senatsurteil BGHZ 176, 301, 308 = NJW 2008, 2178, 2180 [=GuT 2008, 284]).

16 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 deren Unterschrift auf der im Mietvertrag mit „Mieter“ oder „Vermieter“ gekennzeichneten Unterschriftenzeile nur bedeuten, dass sie mit ihrer 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 Vertretervermerk 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]). Dementsprechend hat der Senat die Wahrung der Schriftform als ausreichend angesehen, wenn bei einer GmbH der alleinige Geschäftsführer ohne Hinweis auf seine Vertreterstellung unterzeichnet (Senatsurteil vom 6. April 2005 - XII ZR 132/03 - NJW 2005, 2225, 2226 f. [=GuT a. a. O.]). Ein Vertretungszusatz bedarf es in diesem Falle nicht, weil von vornherein klar ist, dass der Alleingeschäftsführer nicht für sich, sondern für die Gesellschaft handelt.

17 cc) Im Streitfall ist die Mieterin eine Aktiengesellschaft. Bei dieser sind nach der gesetzlichen Regelung des § 78 Abs. 2 Satz 1 AktG, wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt. Die Nachtragsvereinbarung vom 18. März 2002 hat aber nur ein Vorstandsmitglied unterzeichnet. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Schriftform gewahrt ist, wenn eine Mietvertragspartei zwar nicht aus einer Personenmehrheit, sondern einer Kapitalgesellschaft besteht und diese nicht von einer Einzelperson, sondern einer Personenmehrheit vertreten wird, aber nur ein Mitglied der vertretenden Personenmehrheit unterzeichnet hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist das nicht der Fall.

18 (1) Unterzeichnet nur ein Mitglied des Vorstandes, obwohl das Gesetz die Mitwirkung aller Vorstandsmitglieder verlangt, lässt sich der Urkunde ohne Vertretungszusatz nicht entnehmen, ob die übrigen Vorstandsmitglieder noch unterzeichnen müssen. Ein Rechtsnachfolger, dessen Schutz die Schriftform in erster Linie dient, kann nicht erkennen, ob der Unterzeichnende auch für das weitere Vorstandsmitglied unterzeichnet hat. Für ihn kann deshalb der Eindruck entstehen, dass die Urkunde unvollständig ist und es zur Wirksamkeit des Vertrages noch einer weiteren Unterschrift bedarf. Das war der entscheidende Gesichtspunkt, warum der Senat für die GbR und die Erbengemeinschaft zur Wahrung der Schriftform einen Vertreterzusatz für erforderlich gehalten hat, wenn nur ein Mitglied unterzeichnet hat.

19 (2) Bei Unterzeichnung lediglich durch ein Vorstandsmitglied wird auch nicht aus den Umständen deutlich, dass es für die weiteren Vorstandsmitglieder gehandelt hat. Zwar ist nicht zweifelhaft, wovon das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Senatsentscheidung vom 6. April 2006 (XII ZR 132/03 - NJW 2005, 2225 [=GuT a. a. O.]) ausgeht, dass das Vor-

standsmitglied einer AG nicht für sich, sondern für die AG handelt, genauso wie der Geschäftsführer einer GmbH für diese. Darum geht es hier aber nicht. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob das unterzeichnende Vorstandsmitglied auch für die weiteren Vorstandsmitglieder gehandelt hat, deren Mitwirkung nach der gesetzlichen Regelung des § 78 Abs. 2 Satz 1 AktG unerlässlich ist. Das ergibt sich aus den Umständen aber nicht.

20 (3) Um hinreichend deutlich zu machen, dass ein Vorstandsmitglied durch seine Unterschrift für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will, bedarf es deshalb eines Vertreterzusatzes. Dabei ist nötig, aber auch ausreichend, klarzustellen, dass der Unterzeichnende nicht nur für die AG, sondern darüber hinaus für ein weiteres Vorstandsmitglied handeln will, etwa durch den Vermerk „i. V. ...“. Ob der Vertrag damit wirksam zustande kommt oder - mangels Vollmacht des Unterzeichnenden - noch der Genehmigung der anderen Vorstandsmitglieder bedarf, ist keine Frage der Schriftform, sondern der Wirksamkeit, denn, wie ausgeführt, will § 550 BGB den Erwerber lediglich über den wesentlichen Inhalt des Vertrages informieren, wozu auch die erforderlichen Unterschriften zählen, und nicht darüber, ob überhaupt ein wirksamer Vertrag besteht (Senatsurteil BGHZ 176, 301, 309 = NJW 2008, 2178, 2180 [=GuT 2008, 284]).

21 3. Der Senat kann selbst in der Sache entscheiden. Da das unterzeichnende Vorstandsmitglied nicht klargestellt hat, dass es auch für das andere Vorstandsmitglied handeln wollte, war die Schriftform nicht gewahrt. Gemäß § 550 BGB konnte deshalb der Vertrag mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden. Durch die ordentliche Kündigung der Klägerin endete das Mietverhältnis zum 30. September 2006.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** S. dazu den Beitrag Wiek, GuT 2009, 365 (in diesem Heft).

### § 32 BJagdG

**Jagdrecht; Wildschaden; Gartengewächs;  
Wildkaninchenverbiss im Spargel-Anbaugebiet;  
Feldgewächs; Schutzvorrichtungen des Landwirts**

**Die Beantwortung der Frage, ob der feldmäßige Anbau eines herkömmlichen Gartengewächses (hier: Spargel) in der betreffenden Region als Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung einiges Gewicht hat, unterliegt der tatrichterlichen Würdigung. Dabei kann vor allem dem Anteil des feldmäßigen Anbaus des betreffenden Gewächses an der Gesamtackerfläche bzw. der gesamten landwirtschaftlichen Nutzfläche in dieser Region besondere Bedeutung zukommen.**

(BGH, Urteil vom 3.12.2009 – III ZR 139/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Landwirt und verlangt wegen Beschädigung des von ihm in der Gemarkung N. angebaute Spargels durch Wildkaninchenverbiss von dem beklagten Jagdpächter aus § 29 Abs. 1 BJagdG Schadensersatz.

2 Der Beklagte hat eingewandt, der Anspruch aus § 29 BJagdG bestehe nicht, weil es sich bei Spargel um ein Gartengewächs im Sinne von § 32 Abs. 2 Satz 1 BJagdG handele und der Kläger - insoweit unstreitig - nicht für die danach erforderlichen Schutzvorkehrungen gesorgt habe.

3 In Nordrhein-Westfalen nimmt die Spargelanbaufläche im Verhältnis zur Gesamtackerfläche einen Anteil von 0,23% ein. In den Regierungsbezirken Köln und Düsseldorf beträgt dieser Anteil 0,43%. Das Verhältnis der Spargelanbaufläche zur Gesamtgemüseanbaufläche beläuft sich in Nordrhein-Westfalen auf über 18% und in den Regierungsbezirken Münster, Detmold, Düsseldorf, Köln und Arnberg auf ca. 21%.

4 Der Kläger hat weiterhin geltend gemacht, der Beklagte habe anlässlich der Verhandlung des Wildschadensfalles am 4.



Oktober 2007 seine Verpflichtung zum Ersatz des Wildschadens verbindlich anerkannt.

5 Die Klage ist in beiden Vorinstanzen [AG Grevenbroich; LG Mönchengladbach] ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Schadensersatzanspruch weiter.

6 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision des Klägers ist nicht begründet.

7 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

8 Der Anspruch des Klägers aus § 29 Abs. 1 BJagdG auf Ersatz des Wildschadens sei gemäß § 32 Abs. 2 Satz 1 BJagdG ausgeschlossen, weil es sich bei dem Spargel des Klägers um Gartengewächse im Sinne dieser Vorschrift handele und die Herstellung der üblichen Schutzvorrichtungen unterblieben sei. Spargel, der herkömmlich ein Gartengewächs darstelle, werde nur dann zum Feldgewächs, wenn der feldmäßige Spargelanbau in der betreffenden Region als Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung einiges Gewicht habe. Hierfür sei der Vergleich zwischen der Spargelanbaufläche und der Gesamtackerfläche maßgeblich. Danach entfalle auf den Spargelanbau nur ein geringfügiger Anteil von weniger als 1%. Auf den Anteil des Spargelanbaus an der Gesamtgemüseanbaufläche komme es demgegenüber nicht an. Der Beklagte habe den Wildschadensersatzanspruch des Klägers auch nicht verbindlich anerkannt.

9 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

10 1. Der Ersatz des Wildschadens nach § 29 BJagdG ist gemäß § 32 Abs. 2 Satz 1 BJagdG unter anderem dann ausgeschlossen, wenn Freilandpflanzungen von Gartengewächsen betroffen sind und die Herstellung von üblichen Schutzvorrichtungen unterblieben ist, die unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichen. Da der Kläger solche Schutzvorkehrungen nicht getroffen hat, ist es entscheidungserheblich, ob es sich bei dem vom Kläger angebauten Spargel um Gartengewächse handelt oder aber um Feldgewächse, die von § 32 Abs. 2 Satz 1 BJagdG nicht erfasst werden. Das Berufungsgericht ist - ebenso wie das Amtsgericht - ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass der Spargelanbau des Klägers als Gartengewächs anzusehen ist.

11 a) In seinem Urteil vom 8. Mai 1957 (V ZR 150/55 - RdL 1957, 191, 192 f) hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass üblicherweise in Gärten und in der für Gärtnerereien typischen Anbauweise gezogene Pflanzen ihre hierdurch vermittelte Eigenschaft als Gartengewächse nicht schon dadurch verlieren, dass sie feldmäßig angebaut werden; dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut sowie aus dem Sinn und Zweck der Regelung des § 32 Abs. 2 BJagdG (BGH aaO S. 193). Der erkennende Senat hat diese Rechtsprechung in seinem Urteil vom 22. Juli 2004 (III ZR 359/03 - NJW-RR 2004, 1468 f [= GuT 2004, 187 KL]) aufgenommen und fortgeführt. Er hat dargelegt, dass es durchaus denkbar ist, dass gewisse Pflanzen in der einen Gegend als Gartengewächse, in einer anderen Gegend jedoch als Feldpflanzen anzusehen sind und dass auch durch eine allgemeine Veränderung der Anbauweise (herkömmliches) „Gartengewächs zur Feldpflanze“ werden kann (Senat aaO S. 1469 m.w.N.). Sollte im Gefolge einer nachhaltigen, schon über Jahre andauernden Entwicklung der feldmäßige Anbau in einem größeren regionalen - über das Gebiet eines Landkreises erheblich hinausgehenden - Bereich derart im Vordergrund stehen, dass der gartenmäßige Anbau dort kaum noch eine Rolle spielt, und kommt dem feldmäßigen Anbau der Pflanze in der betreffenden Region als Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung einiges Gewicht zu, so rechtfertigt dies für das betroffene Gebiet die Einordnung eines herkömmlichen Gartengewächses als „Feldgewächs“, für das der Haftungsausschluss nach § 32 Abs. 2 BJagdG nicht gilt (Senat aaO).

12 b) Für die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen davon gesprochen werden kann, dass der feldmäßige Anbau eines herkömmlichen Gartengewächses in der

betreffenden Region als Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung einiges Gewicht hat, hat der Tatrichter die jeweils relevanten Umstände und Bezugsgrößen zu ermitteln und abzuwägen. Die Bedeutung und das Gewicht des feldmäßigen Anbaus der Pflanze als Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung in der betroffenen Region können in der Größe der Anbaufläche, in Umsatz- und Ertragszahlen, in der Anzahl der hierfür eingesetzten Beschäftigten (vgl. dazu OLG Karlsruhe, VersR 2005, 364, 365) oder - vor allem - auch in dem Anteil an der Gesamtackerfläche bzw. der gesamten landwirtschaftlichen Nutzfläche des Gebiets (vgl. dazu OLG Köln, OLGR 2009, 55; LG Trier, Urteil vom 5. Juli 2005 - 1 S 98/05 - juris Rz. 14; AG Trier, Urteil vom 30. März 2007 - 32 C 609/06 - juris Rz. 24) zum Ausdruck kommen. Die damit verbundene Tatsachenwürdigung bleibt dem Tatrichter überlassen und ist vom Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüfbar.

13 c) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass es sich bei Spargel um ein herkömmliches Gartengewächs handelt (vgl. auch Senat aaO S. 1469 m.w.N.). Es begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgezeigten Voraussetzungen für die Einordnung der herkömmlichen Gartenpflanze „Spargel“ als „Feldgewächs“ mit der Begründung verneint hat, der feldmäßige Spargelanbau in der betroffenen Region nehme nur einen sehr geringfügigen Anteil von deutlich weniger als 1% der Gesamtackerfläche ein.

14 aa) Die Anknüpfung an das Verhältnis zur Gesamtackerfläche (bzw. an der gesamten landwirtschaftlichen Nutzfläche) in der Region hält sich im Rahmen der zulässigen tatrichterlichen Würdigung und wird, wie ausgeführt, auch von anderen Gerichten herangezogen. Hierbei kann der Tatrichter - was von der Revision auch nicht beanstandet wird - auf die veröffentlichten statistischen Zahlen für die politischen Bezirke abstellen, die zu dem jeweiligen Anbaugelände gehören. Entgegen der Ansicht der Revision kommt es nicht entscheidend darauf an, welchen Anteil der Spargelanbau an der Gesamtgemüseanbaufläche der Region hat. Wird in einer Region insgesamt nur sehr wenig Gemüse angebaut, so kann der Anteil des feldmäßigen Spargelanbaus an der gesamten Gemüseanbaufläche sehr hoch ausfallen, ohne dass dem Spargelanbau damit in der betreffenden Region als Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung einiges Gewicht zukäme. Für sich allein genommen ist das Verhältnis zur gesamten Gemüseanbaufläche kein taugliches Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob ein herkömmliches Gartengewächs zum Feldgewächs geworden ist, da dieser Gesichtspunkt jedenfalls dann keinen zuverlässigen Aufschluss über das Gewicht des Anbaus dieser Pflanze als Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung in der Region gibt, wenn nicht zugleich auch das Verhältnis zur Gesamtackerfläche (bzw. zu der gesamten landwirtschaftlichen Nutzfläche) oder die wirtschaftliche Bedeutung dieses Anbaus in der betroffenen Region in die Würdigung mit einbezogen wird.

15 bb) Ist der Anteil des feldmäßigen Anbaus der herkömmlichen Gartenpflanze an der Gesamtackerfläche der Region - wie hier - äußerst geringfügig (unter 1%), so kann der Tatrichter in aller Regel ausschließen, dass diesem Anbau in der betreffenden Region als Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung einiges Gewicht zukommt, und die Qualifizierung der Pflanze als Feldgewächs verneinen, ohne dass es hierzu noch der Prüfung weiterer Gesichtspunkte bedarf.

16 2. Ebenfalls zu Recht haben die Vorinstanzen einen Anspruch des Klägers aus einem Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) verneint. Die Auslegung des Protokolls über die Verhandlung des Wildschadens vom 4. Oktober 2007, wonach sich kein zureichender Anhalt dafür ergebe, dass der Vertreter des Beklagten eine verbindliche Einstandspflicht des Beklagten für den geltend gemachten Wildschaden anerkannt habe, ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 256 ZPO; §§ 862, 1004 BGB  
Sportstätte; Stadionverbot gegen Störer;  
Hausrecht des Veranstalters;  
Ehrenschutz des früheren Störers**

**a) Hat der Kläger die Aufhebung oder Beschränkung eines gegen ihn verhängten Stadionverbots beantragt, ist unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes der Übergang von der Leistungsklage zu der auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verbots gerichteten Klage zulässig, wenn es im Laufe des Rechtsstreits infolge Zeitablaufs erloschen ist und Umstände vorliegen, die auch nach dem Ablauf des Verbots geeignet sind, die Ehre des Klägers zu beeinträchtigen.**

**b) Der Ausspruch eines bundesweiten Stadionverbots ist von dem Hausrecht des Veranstalters gedeckt, wenn ein sachlicher Grund besteht; ein sachlicher Grund besteht dann, wenn aufgrund von objektiven Tatsachen, nicht aufgrund subjektiver Befürchtungen, die Gefahr besteht, dass künftige Störungen durch die betreffenden Personen zu besorgen sind.**

(BGH, Urteil vom 30.10.2009 - V ZR 253/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Am 25. März 2006 fand in der Sportstätte der Beklagten (M.-Arena) ein Spiel der ersten Fußballbundesliga zwischen der von der Beklagten unter der Bezeichnung „M. D.“ unterhaltenen Lizenzspielermannschaft und der Mannschaft des FC B. M. statt. Der Kläger, der seinerzeit Vereinsmitglied und Inhaber von Heim- und Auswärtsdauerkarten des FC B. M. war, nahm an dem Spiel als Zuschauer teil. Nach Spielschluss kam es zwischen einer Gruppe von ca. 100 Anhängern des FC B. M., zu der ausweislich des Polizeiberichts auch der Kläger gehörte, und Anhängern des M. D. zu Auseinandersetzungen, bei denen mindestens eine Person verletzt und ein Auto beschädigt wurde. Im Rahmen des Polizeieinsatzes wurde u. a. der Kläger in Gewahrsam genommen.

2 Mit Schreiben vom 18. April 2006 sprach die Beklagte gegenüber dem Kläger ein bis zum 30. Juni 2008 befristetes Betretungsverbot für die M.-Arena und sämtliche Fußballveranstaltungsstätten in Deutschland (bundesweites Stadionverbot) für nationale und internationale Fußballveranstaltungen von Vereinen bzw. Tochtergesellschaften der Fußballbundesligen und der Fußballregionalligen sowie des Deutschen Fußballbundes (DFB) aus. Sie stützte sich dabei auf die von ihr im Lizenzierungsverfahren anerkannten „Richtlinien zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten“ des DFB (DFB-Richtlinien). Danach soll ein solches Verbot bei eingeleiteten staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren u. a. wegen Landfriedensbruchs verhängt werden. Es ist aufzuheben, wenn das Ermittlungsverfahren keinen Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage gegeben hat und nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden ist. Bei einer Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO soll das Verbot auf Antrag des Betroffenen im Hinblick auf seinen Bestand und seine Dauer überprüft werden.

3 Ein gegen den Kläger eingeleitetes staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs wurde am 27. Oktober 2006 nach § 153 StPO eingestellt. Auf Antrag des Klägers, das Stadionverbot zu überprüfen, nahm die Beklagte im Dezember 2006 Einsicht in die Ermittlungsakten und kam zu dem Schluss, das Verbot aufrecht zu erhalten.

4 Der Kläger behauptet, an den - im Übrigen nur kleineren - Auseinandersetzungen zwischen den beiden Fangruppen nicht beteiligt gewesen zu sein, sondern diese nur aus der Distanz wahrgenommen zu haben. Seine auf die Aufhebung des Stadionverbots, hilfsweise auf die Beschränkung des Verbots auf die M.-Arena gerichtete Klage hat das Amtsgericht Duisburg abgewiesen. In dem Berufungsverfahren hat der Kläger, weil das Verbot wegen Zeitablaufs nicht mehr bestand, mit mehre-

ren inhaltlich abgestuften Anträgen die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Stadionverbots beantragt. Das Landgericht Duisburg hat die Berufung zurückgewiesen.

5 Mit der in dem Berufungsurteil zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Berufungsanträge weiter.

6 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in SpuRt 2009, 78 f. veröffentlicht ist, hat die Änderung der Leistungsklage in eine Feststellungsklage wegen Sachdienlichkeit für zulässig gehalten; als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung hat es das besondere Feststellungsinteresse des Klägers bejaht, weil es der Klärung der Rechtmäßigkeit des Stadionverbots bedürfe, damit der Kläger seine Mitgliedschaft bei dem FC B. M. und seine Dauerkarten zurückerlangen könne. In der Sache hält das Berufungsgericht die Klage jedoch für unbegründet. Vertragliche Ansprüche des Klägers kämen nur gegen den FC B. M., nicht aber gegen die Beklagte in Betracht. Auch nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB analog i. Vm. Art. 2 Abs. 1 GG könne der Kläger weder die Aufhebung des Stadionverbots noch die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit verlangen. Das Verbot sei von dem Hausrecht der Beklagten gedeckt, das in den Grenzen der allgemeinen Gesetze, insbesondere der §§ 242, 826 BGB und des Art. 2 Abs. 1 GG, frei ausgeübt werden könne. Diese Grenzen habe die Beklagte beachtet. Sie habe sich nicht auf unsachliche, willkürliche Begründungen gestützt, sondern die DFB-Richtlinien zugrunde gelegt. Trotz der Einstellung des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens habe das Verbot aufrechterhalten bleiben können; es genüge nämlich, dass gegen den Kläger der Verdacht bestanden habe, Störer gewesen zu sein, der Nachweis einer Straftat sei nicht erforderlich.

7 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

8 II. 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die Zulässigkeit der in zweiter Instanz von dem Kläger erhobenen Feststellungsklage bejaht. Zwar kennt das Zivilprozessrecht - anders als das verwaltungsgerichtliche Verfahren (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO) - keine Fortsetzungsfeststellungsklage, mit der die Rechtswidrigkeit einer durch Zeitablauf erledigten Maßnahme festgestellt werden kann. Aber das Interesse des Klägers an seiner Rehabilitation und sein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz begründen das für die Feststellungsklage notwendige rechtliche Interesse (§ 256 Abs. 1 ZPO).

9 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 4. Oktober 1984, III ZR 50/83, VersR 1985, 39) kann auch die Schädigung anderer Rechtsgüter als die des Vermögens, z. B. die Ehre, ein rechtliches Interesse im Sinne des § 256 ZPO begründen. So liegt es hier. Die gesellschaftliche Stellung des Klägers ist durch das Stadionverbot fühlbar beeinträchtigt worden. Ihm war es mehr als zwei Jahre lang verwehrt, in Deutschland an Spielen der Fußballnationalmannschaft, der Fußballbundesligen und der Fußballregionalligen als Zuschauer teilzunehmen. Auch hat er seine Mitgliedschaft bei dem Verein FC B. M. verloren. Schließlich ist er in die Liste über die bundesweit geltenden Stadionverbote eingetragen worden, die vom DFB verwaltet und regelmäßig den Fußballvereinen zur Weiterleitung an die örtlich zuständige Polizei, der Zentralen Informationsstelle Sporeinsätze und der Bundespolizeidirektion übermittelt wird.

10 b) Diese von dem Prozessbevollmächtigten des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat als Brandmarkung bezeichneten Umstände sind auch nach dem Ablauf des Stadionverbots geeignet, die Ehre des Klägers zu schädigen. Sein deshalb weiterhin rechtlich anzuerkennendes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Stadionverbots (vgl. BGHZ 27, 190, 196) darf nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass das Ziel der ursprünglich auf die Aufhebung des Verbots gerichteten Leistungsklage nicht mehr erreicht werden kann. Der Ablauf des Stadionverbots während des Rechtsstreits ist angesichts der gewöhnlichen Dauer eines Zivilprozesses geradezu vorprogrammiert, wenn - wie hier - nicht die Höchstdauer



des Verbots verhängt worden ist. Dem hat die Rechtsordnung dadurch Rechnung zu tragen, dass sie den Übergang von der Leistungsklage zur Feststellungsklage zulässt (vgl. BVerfG NJW 2002, 2456 f.; BGHZ 158, 212, 216 f. [= GuT 2004, 179]). Anderenfalls müsste sich der Kläger damit zufrieden geben, dass das Stadionverbot zwar tatsächlich nicht mehr besteht, dessen vorherige Rechtswidrigkeit aber nicht mehr festgestellt werden kann. Dieses Ergebnis ist unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes nicht hinzunehmen.

11 2. Zutreffend - und von der Revision nicht angegriffen - ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Befugnis der Beklagten zum Ausspruch des bundesweiten Stadionverbots aus ihrem Hausrecht und aus dem Hausrecht der übrigen Vereine bzw. Tochtergesellschaften der Fußballbundesligen und der Fußballregionalligen folgt, die sich in den DFB-Richtlinien gegenseitig zum Ausspruch des Verbots bevollmächtigt haben. Es beruht auf dem Grundstückseigentum oder -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB) und ermöglicht seinem Inhaber, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt zu der Örtlichkeit gestattet und wem er ihn verwehrt (Senat, Urt. v. 20. Januar 2006, V ZR 134/05, NJW 2006, 1054 [= GuT 2006, 148] m.w.N.; zu Stadionverboten: LG Duisburg, Urt. v. 22. Juli 2005, 7 S 63/05, juris, Rdn. 50). Das gilt auch, wenn - wie bei dem Besuch eines Fußballspiels - der Zutritt aufgrund eines Vertragsverhältnisses mit dem Hausrechtsinhaber gewährt wird.

12 3. Das von der Beklagten ausgesprochene Hausverbot war rechtmäßig.

13 a) Es unterliegt allerdings Einschränkungen. Bei Fußballspielen gewährt der Veranstalter in Ausübung der in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Vertragsfreiheit grundsätzlich jedermann - gegen Bezahlung - den Zutritt zu dem Stadion. Will er bestimmte Personen davon ausschließen, muss er deren mittelbar in das Zivilrecht einwirkende Grundrechte beachten; ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.Vm. Art. 1 Abs. 1 GG) und das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gebot der Gleichbehandlung lassen es nicht zu, einen einzelnen Zuschauer willkürlich auszuschließen (Breucker, JR 2005, 133, 136). Vielmehr muss dafür ein sachlicher Grund bestehen.

14 Dabei ist es entgegen der Auffassung der Revision ohne Bedeutung, ob der von dem Ausschluss Betroffene in vertraglichen Beziehungen zu dem Hausrechtsinhaber steht oder nicht. Der von der Revision hervorgehobene Gedanke, die Beklagte habe gegenüber dem Kläger vertragliche Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) zu beachten gehabt, die einem Stadionverbot entgegen gestanden hätten, führt nicht weiter. Schutzpflichten obliegen der Beklagten gegenüber allen Stadionbesuchern. Gerade daraus können sich - wie noch zu zeigen sein wird - Sachgründe ergeben, einzelne mit einem Zugangsverbot zu belegen, mögen sie selbst in Vertragsbeziehungen stehen oder nicht. Soweit es darum geht, auch ihre Interessen bei der Entscheidung über die Verhängung eines Hausverbots zu berücksichtigen, ist es ebenfalls ohne Belang, ob vertragliche Beziehungen bestehen oder nicht.

15 b) Für die Verhängung des Stadionverbots gab es Sachgründe.

16 aa) Da die Verhängung eines Hausverbots seine Grundlage in einem Unterlassungsanspruch nach §§ 862 Abs. 1 Satz 2, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, hat, setzt es voraus, dass eine künftige Störung zu besorgen ist. Konkret geht es darum, potentielle Störer auszuschließen, die die Sicherheit und den reibungslosen Ablauf von Großveranstaltungen wie einem Liga-Fußballspiel gefährden können. Daran hat der Veranstalter ein schützenswertes Interesse, weil ihn gegenüber allen Besuchern Schutzpflichten treffen, sie vor Übergriffen randalierender und gewaltbereiter „Fans“ zu bewahren. Solche Schutzpflichten bestehen entweder aufgrund Vertrages mit den Besuchern der Veranstaltung oder unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Verkehrssicherungspflichten.

17 bb) Ein sachlicher Grund für ein Stadionverbot besteht daher, wenn aufgrund von objektiven Tatsachen, nicht aufgrund bloßer subjektiver Befürchtungen, die Gefahr besteht, dass künftige Störungen durch die betreffenden Personen zu besorgen sind. Eine derartige Gefahr wird regelmäßig bei vorangegangenen rechtswidrigen Beeinträchtigungen vermutet, kann aber auch bei einer erstmals drohenden Beeinträchtigung gegeben sein (Senat, BGHZ 160, 232, 236; Urt. v. 12. Dezember 2003, V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1036). Bei der Verhängung von Stadionverboten sind an die Annahme der Gefahr von Störungen keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Das ergibt sich aus den Besonderheiten sportlicher Großveranstaltungen, insbesondere von Fußballgroßereignissen. Diese werden häufig zum Anlass für Ausschreitungen genommen. Angesichts der Vielzahl der Besucher und der häufig emotional aufgeheizten Stimmung zwischen rivalisierenden Gruppen ist daher die Bemühung der Vereine sachgerecht, neben Sicherungsmaßnahmen während des Spiels etwa durch Ordnungskräfte und bauliche sowie organisatorische Vorkehrungen auch im Vorfeld tätig zu werden und potentiellen Störern bereits den Zutritt zu dem Stadion zu versagen (Breucker, JR 2005, 133 m.w.N.; ders., NJW 2006, 1233).

18 cc) Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts war die Annahme, dass von dem Kläger die Gefahr künftiger Störungen ausging, gerechtfertigt.

19 (1) Bei der Festsetzung von Stadionverboten sind andere Maßstäbe anzuwenden als bei der strafrechtlichen Sanktionierung von Störungen bei früheren Spielen. Während insoweit nach dem Grundsatz in dubio pro reo eine Bestrafung unterbleibt, wenn keine Tat bewiesen ist, können Stadionverbote eine nennenswerte präventive Wirkung nur dann erzielen, wenn sie auch gegen solche Besucher ausgesprochen werden, die zwar nicht wegen einer Straftat verurteilt sind, deren bisheriges Verhalten aber besorgen lässt, dass sie bei künftigen Spielen sicherheitsrelevante Störungen verursachen werden (AG Freiburg SpuRt 2005, 257).

20 (2) Eine solche Besorgnis ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision zunächst aus den der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen eines im Zusammenhang mit einem Stadionbesuch begangenen Landfriedensbruchs zugrunde liegenden Tatsachen.

21 Die Staatsanwaltschaft ist nach § 152 Abs. 2 StPO verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens setzt einen auf Tatsachen beruhenden Anfangsverdacht voraus (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 152 Rdn. 4 m.w.N.). Es begegnet deshalb keinen Bedenken, wenn der Hausrechtsinhaber die in der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zum Ausdruck kommende Bejahung eines solchen Verdachts durch die Ermittlungsbehörden zum Anlass für den Ausspruch eines Stadionverbots nimmt. Dem Hausrechtsinhaber stehen nämlich regelmäßig keine besseren Erkenntnisse über den Tatablauf und die Beteiligung des Betroffenen zur Verfügung als der Polizei und der Staatsanwaltschaft. Etwas anderes gilt dann, wenn das Verfahren offensichtlich willkürlich oder aufgrund falscher Tatsachenannahmen eingeleitet wurde (AG Freiburg SpuRt 2005, 257; Breucker, SpuRt 2005, 154; ders., NJW 2006, 1233, 1235). Dafür, dass dies hier der Fall war, gibt es keine Anhaltspunkte.

22 (3) Die Besorgnis ist auch nicht später entfallen. Allerdings ist das Ermittlungsverfahren später wegen Geringfügigkeit nach § 153 StPO eingestellt worden. Infolgedessen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger den Straftatbestand des Landfriedensbruchs verwirklicht hat. Der Verfahrenseinstellung kann nur entnommen werden, dass seine Schuld, falls er sich strafbar gemacht haben sollte, gering wäre.

23 Auf die Strafbarkeit seines Verhaltens kommt es aber nicht an. Anknüpfungspunkt für das Stadionverbot ist nicht die Verwirklichung eines Straftatbestandes, sondern das Verhalten des Klägers, das Anlass für die Einleitung eines Ermittlungsver-

fahrens gegeben hat. Die Umstände, die dazu geführt haben, haben auch nach Einstellung des Verfahrens weiterhin Bedeutung (vgl. auch BVerwG NZWehr 2006, 153, 154). Der Kläger ist nicht zufällig in die Gruppe, aus der heraus Gewalttaten verübt worden sind, geraten, sondern war Teil dieser Gruppe. Die Zugehörigkeit zu dieser Gruppe, mit der der Kläger in Gewahrsam genommen wurde, rechtfertigt die Annahme, dass er sich bei Fußballveranstaltungen in einem zu Gewalttätigkeiten neigenden Umfeld bewegt und von ihm deshalb künftige, Dritte gefährdende Störungen zu besorgen sind; auf den Nachweis, er habe sich an den aus der Gruppe heraus begangenen Gewalttätigkeiten beteiligt, kommt es - entgegen der Auffassung der Revision - nicht an.

24 Der Kläger hat diese Besorgnis weder im vorliegenden Zivilrechtsstreit noch anlässlich der Überprüfung des Stadionverbots durch die Beklagte, bei der ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden war, ausgeräumt. Er hat in dem als Übergang gerügten Vorbringen die Zugehörigkeit zu der Gruppe zugestanden und lediglich eine aktive Teilnahme an den Ausschreitungen in Abrede gestellt. Darauf ist das Stadionverbot - wie dargelegt - indes nicht gestützt. Die Verfahrensrüge geht daher ins Leere.

25 c) Soweit die Revision zu dem Vorgehen der Beklagten bei der Verhängung des Stadionverbots Einwendungen erhebt, bleibt dies ohne Erfolg.

26 aa) Die Rüge, dem Kläger sei vor Verhängung des Verbots rechtliches Gehör verwehrt worden, greift schon deswegen nicht, weil die Beklagte kein gerichtsförmiges oder verwaltungsähnliches Verfahren zu beachten hatte, sondern einen ihr zustehenden zivilrechtlichen Anspruch geltend gemacht hat. Dabei musste sie den Kläger nicht vorher anhören. Es war vielmehr seine Sache, den bei Fehlen eines sachlichen Grundes bestehenden Anspruch auf Aufhebung des Verbots gegenüber der Beklagten geltend zu machen. Im Übrigen hat sie es auch auf Bitten des Klägers überprüft.

27 bb) Richtig ist der Hinweis der Revision, dass die Richtlinien des Deutschen Fußballbundes zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten im Verhältnis der Parteien zueinander keine unmittelbare Geltung haben. Das hindert die Beklagte indes nicht, sich bei der Prüfung, ob ein Stadionverbot auszusprechen ist, an diesen Richtlinien zu orientieren. Sie enthalten einheitliche Maßstäbe für Stadionverbote, insbesondere für deren Voraussetzungen, Umfang, vorzeitige Aufhebung und das dabei einzuhaltende Verfahren. Sie stellen ein insgesamt um Ausgewogenheit bemühtes Regelwerk dar, welches die Vereine der verschiedenen Fußball-Ligen anerkannt haben (dazu Breucker, JR 2005, 133, 134 f., 137). Damit bilden sie eine geeignete Grundlage für die Vereine, ein Stadionverbot auszusprechen. Im Regelfall wird daher ein den Richtlinien gemäß verhängtes Verbot nicht willkürlich sein. Das entbehrt die Vereine andererseits nicht der Notwendigkeit, die jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Beachtung der Richtlinien schließt es daher nicht generell aus, dass ein ausgesprochenes Verbot gleichwohl rechtswidrig ist. Entscheidend sind nicht die Richtlinien, sondern die konkreten Umstände.

28 d) Schließlich sind weder das zeitliche Ausmaß noch der inhaltliche Umfang (bundesweit) des Verbots rechtlich zu beanstanden. Die Sanktion blieb unter dem zeitlichen Rahmen, der in den DFB-Richtlinien in solchen Fällen vorgesehen ist. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte den Anlass für den Ausspruch des Verbots nicht angemessen berücksichtigt und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt hätte. Der Umstand, dass der Kläger Inhaber von Heim- und Auswärtsdauerkarten für die Spiele des FC B. M. gewesen sein mag, spielt hierbei keine Rolle. Die Verhängung eines Stadionverbots hat stets zur Folge, dass Dauerkartenberechtigungen ganz oder teilweise ins Leere laufen. Das kann keine Auswirkungen auf die Frage des Ob und des Wie eines Stadionverbots haben. Insoweit muss sich der Kläger vielmehr mit seinem Vertragspartner, von dem er die Dauerkarte bezogen hat, auseinandersetzen. In Be-

tracht kommt zudem, dass in dem Ausspruch des Stadionverbots zugleich die Kündigung des zwischen dem Inhaber der Dauerkarte und dem Veranstalter bestehenden Dauerschuldverhältnisses liegt (Breucker, JR 2005, 133, 137). Diese wäre, wenn das Stadionverbot - wie hier - zu Recht ausgesprochen wurde, aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zulässig (§ 314 Abs. 1 BGB).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Hausrecht des Flughafenbetreibers: BGH GuT 2006, 148 (zitiert oben Rn.11).

#### § 485 ZPO

#### Selbständiges Beweisverfahren; Bausachverständiger; Frage nach der Erkennbarkeit von Schäden eines Gebäudes für den Käufer eines Hausgrundstücks

**In einem selbständigen Beweisverfahren kann dem Sachverständigen auch die Frage vorgelegt werden, ob Schäden und Mängel eines Gebäudes für dessen Eigentümer bzw. Bewohner - aus sachverständiger Sicht - erkennbar waren.**

(BGH, Beschluss vom 8.10.2009 - V ZB 84/09)

**Aus dem Tenor:** Unter Zurückweisung der Rechtsbeschwerde im Übrigen wird die Einholung eines schriftlichen Gutachtens des in dem Beschluss der 2. Zivilkammer des Landgerichts Karlsruhe vom 15. Dezember 2008 bestimmten Sachverständigen auch über folgende Fragen angeordnet:

„3. Hätte der Eigentümer und/oder Bewohner des in der Antragsfrage zu Ziff. 1 näher bezeichneten Hauses die Durchfeuchtung bzw. Feuchtigkeit in den Wänden und/oder Außenwänden dieses Hauses aus sachverständiger Sicht bemerken können oder bemerken müssen, insbesondere vor dem 24. Mai 2006? Falls ja, auf Grund welcher Umstände hätte der Eigentümer/Bewohner die Durchfeuchtung bzw. Feuchtigkeit aus sachverständiger Sicht bemerken können bzw. müssen?“

10. Waren die Schäden an der Dachisolierung des in Ziff. 1 genannten Gebäudes und/oder deren Auswirkungen auf die übrige Bausubstanz für den Eigentümer oder Bewohner dieses Hauses bereits vor dem 24. Mai 2006 aus sachverständiger Sicht erkennbar bzw. musste er diese erkennen?

13. Waren die Schornsteindurchfeuchtung und/oder deren Auswirkungen auf die übrige Bausubstanz für den Eigentümer/Bewohner des in Ziff. 1 genannten Gebäudes vor dem 24. Mai 2006 aus sachverständiger Sicht erkennbar oder musste er diese erkennen?

14. ...War die Verstopfung bzw. Versetzung dieses Rohrsystems [scil. Kanalanschluss] bereits vor dem 24. Mai 2006 vorhanden? War diese Verstopfung bzw. Versetzung für den Eigentümer bzw. Bewohner der in Ziff. 1 bezeichneten Immobilie vor dem 24. Mai 2006 aus sachverständiger Sicht erkennbar?“

**1 Aus den Gründen:** I. Die Antragsteller kauften von der Antragsgegnerin mit notariellem Vertrag vom 24. Mai 2006 ein Hausgrundstück. Sie machen Feuchtigkeits- und andere Schäden geltend, die ihrer Ansicht nach bereits bei Abschluss des Vertrags vorhanden waren. Diese möchten sie durch ein Sachverständigengutachten feststellen lassen. Das Landgericht [Karlsruhe] hat die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens im Wege des selbständigen Beweisverfahrens zu elf der insgesamt 15 in dem Antrag formulierten Fragen und dem ersten Teil der Frage 14 angeordnet. Die Einholung des Sachverständigengutachtens auch zu den Fragen 3, 10, 13 und dem zweiten Teil der Frage 14 hat es abgelehnt. Diese Fragen lauten:

„3. Hätte der Eigentümer und/oder Bewohner des in der Antragsfrage zu Ziff. 1 näher bezeichneten Hauses die Durchfeuchtung bzw. Feuchtigkeit in den Wänden und/oder Außenwänden dieses Hauses bemerken können oder bemerken müssen, insbesondere vor dem 24.



Mai 2006? Falls ja, auf Grund welcher Umstände hätte der Eigentümer/ Bewohner die Durchfeuchtung bzw. Feuchtigkeit bemerken können bzw. müssen?

10. Waren die Schäden an der Dachisolierung des in Ziff. 1 genannten Gebäudes und/oder deren Auswirkungen auf die übrige Bausubstanz für den Eigentümer oder Bewohner dieses Hauses bereits vor dem 24. Mai 2006 erkennbar bzw. musste er diese erkennen?

13. Waren die Schornsteindurchfeuchtung und/oder deren Auswirkungen auf die übrige Bausubstanz für den Eigentümer/Bewohner des in Ziff. 1 genannten Gebäudes vor dem 24. Mai 2006 erkennbar oder musste er diese erkennen?

14. ...War die Verstopfung bzw. Versetzung dieses Rohrsystems [scil. Kanalanschluss] bereits vor dem 24. Mai 2006 vorhanden? War diese Verstopfung bzw. Versetzung für den Eigentümer bzw. Bewohner der in Ziff. 1 bezeichneten Immobilie vor dem 24. Mai 2006 erkennbar?\*

2 Der sofortigen Beschwerde der Antragsteller hat das Landgericht mit folgender Ergänzung teilweise abgeholfen:

„Der Sachverständige soll jeweils feststellen, wie sich die zu begutachtenden Schäden und Mängel (Durchfeuchtung bzw. Feuchtigkeit in den Wänden und/oder Außenwänden, Verstopfung der Drainage, Schäden an der Dachisolierung, Schornsteindurchfeuchtung, Verstopfung bzw. Versetzung des Rohrsystems) bemerkbar machen.“

3 Das Oberlandesgericht [Karlsruhe] hat ihr durch die nachfolgende Ergänzung des Anordnungsbeschlusses und des Abhilfebeschlusses teilweise weiter abgeholfen:

„Ziff. 14 des Beschlusses vom 15. Dezember 2008 [d. i. Anordnungsbeschluss] wird um folgenden Satzergänzt: War die Verstopfung bzw. Versetzung dieses Rohrsystems bereits vor dem 24. Mai 2006 vorhanden?

Ziff. 1 des Beschlusses vom 17. 2. 2009 [d. i. die oben referierten Ergänzung] wird nach „bemerkt machen“ wie folgt ergänzt: „... und waren diese Umstände bereits vor dem 24. Mai 2006 vorhanden?“

4 Im Übrigen hat es die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Antragsteller, die die Einholung des Sachverständigengutachtens auch zu den zurückgewiesenen Teilen ihrer Fragen erreichen wollen. Die Antragsgegnerin beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

5 II. Das Beschwerdegericht meint, hinsichtlich des zurückgewiesenen Teils der Beweisfragen lägen die Voraussetzungen für die Anordnung eines Beweisverfahrens nicht vor. Es sei nicht erkennbar, dass zu besorgen sei, dass das Beweismittel verloren gehe oder seine Benutzung erschwert werde. Die Frage nach der Erkennbarkeit der behaupteten Schäden und Mängel für bestimmte Personen stelle keine zulässige Beweisfrage dar. Sie beziehe sich weniger auf den Zustand der jeweiligen Sache als vielmehr auf die Fähigkeit der im Beweisverfahren bezeichneten Personen, einen bestimmten Zustand wahrzunehmen. Dazu könne das Gutachten eines Bausachverständigen keine Aussagen machen. Außerdem unterliege diese Frage in erster Linie der Beurteilung des Gerichts.

6 III. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

7 1. Das Beschwerdegericht geht allerdings zutreffend davon aus, dass der Antrag auf Anordnung eines selbständigen Beweisverfahrens hinsichtlich der zurückgewiesenen Teile der Be-

weisfragen nicht nach § 485 Abs. 1 ZPO zulässig ist. Insoweit ist nicht zu besorgen, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird.

8 2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Anordnung eines selbständigen Beweisverfahrens aber nach § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zulässig. Die Antragsteller haben nämlich ein rechtliches Interesse daran, dass der Zustand des verkauften Hauses auch in dieser Hinsicht festgestellt wird. Diese Feststellung ist für die Prüfung etwaiger Ansprüche von wesentlicher Bedeutung. Außerdem kann sie der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen.

9 a) Die zurückgewiesenen Teile der Fragen sind tauglicher Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens.

10 aa) Sie schieden als solche allerdings aus, wenn sie im Kern auf die Beantwortung von Rechtsfragen zielten oder hinausliefen. Das selbständige Beweisverfahren hat in der hier maßgeblichen Fallgestaltung die Feststellung des tatsächlichen Zustands einer Sache zum Gegenstand. Als vorweggenommene Beweisaufnahme (vgl. MünchKomm-ZPO/Zimmermann, 3. Aufl., § 402 Rdn. 10) dient sie wie jede Beweisaufnahme der Aufklärung von Tatsachen, nicht der Beantwortung von Rechtsfragen (dazu: Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 401 Rdn. 1). Richtig ist auch, dass die Frage nach der Erkennbarkeit von Sachverhalten vor allem für die Beantwortung der Rechtsfragen von Bedeutung ist, ob die im Verkehr gebotene Sorgfalt (vgl. § 276 Abs. 2 BGB) angewandt worden ist oder ob Arglist (vgl. § 444 BGB) vorliegt. Die Beantwortung dieser Rechtsfragen ist Aufgabe des Gerichts, nicht des Sachverständigen.

11 bb) Deren Beantwortung wird indessen entscheidend durch die tatsächlichen Verhältnisse bestimmt. Diese sind einem Beweis durch Sachverständigengutachten zugänglich. Der Sachverständige kann in diesem Rahmen auch dazu befragt werden, ob es besonderer Fähigkeiten oder tatsächlicher Möglichkeiten bedarf, um einen bestimmten Schaden oder Mangel zu erkennen. Denn auch das gehört zu den tatsächlichen Grundlagen der von dem (Prozess-) Gericht zu beantwortenden Rechtsfragen. Das Gericht wird bei seiner freien Würdigung des Beweisergebnisses indessen nicht nur die Einschätzung des Sachverständigen zu berücksichtigen haben. Es muss in seine Würdigung auch einbeziehen, ob die tatsächlichen Grundlagen, von denen der Sachverständige ausgegangen ist, bestritten sind und was die Beweisaufnahme hierzu erbracht hat. Die Verteilung der Aufgaben zwischen dem Sachverständigen einerseits und dem Gericht andererseits ist in der Formulierung der Beweisfragen klarzustellen.

12 b) Die Frage nach der Erkennbarkeit von Bauschäden und Mängel von Gebäuden gehört, anders als das Beschwerdegericht meint, auch zu dem fachlichen Aufgabenbereich eines Bausachverständigen. Sie zielt nämlich erkennbar nicht darauf ab, die intellektuellen oder Wahrnehmungsfähigkeiten bestimmter Personen aufzuklären. Es geht vielmehr darum festzustellen, ob sich die zu prüfenden Schäden und Mängel dem Bewohner des Hauses mit den ihm typischerweise zu Gebote stehenden Erkenntnismöglichkeiten von selbst erschließen oder ob es dazu besonderer Fähigkeiten oder Anstrengungen bedarf. Gegenstand der Begutachtung ist dabei nicht, wie das Beschwerdegericht offenbar meint, der Beobachter, sondern der Zustand des Gebäudes und die Aussagekraft der festzustellenden Schäden und Mängel. Deshalb hat das Landgericht in seiner Abhilfeentscheidung zu Recht auch die Frage danach zugelassen, wie sich die zu untersuchenden Schäden und Mängel bemerkbar machen. Nichts anderes gilt für die letztlich nur noch offene Frage danach, ob die Einordnung solcher Anzeichen besonderer Fachkunde oder tatsächlicher Erkenntnismöglichkeiten bedarf.

13 IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind Kosten des anschließenden Rechtsstreits (BGH, Beschl. v. 18. Dezember 2002, VIII ZB 97/02, NJW 2003, 1322, 1323; Senat, Beschl. v. 21. Oktober 2004, V ZB 28/04, NJW 2005, 294 [= GuT 2005, 28 KL]), bei deren Verteilung gegebenenfalls in entsprechen-

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

der Anwendung von § 96 ZPO berücksichtigt werden könnte, dass die Verteidigung der Antragsgegnerin gegen die Rechtsmittel im Beweisverfahren erfolglos war. Ansonsten kommt eine Erstattung der Kosten nur aus materiellrechtlichen Gesichtspunkten oder unter den Voraussetzungen des § 494a ZPO in Betracht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 719 ZPO

**Gewerberaum; Titel auf Räumung und Herausgabe nach Kündigung der Vertragsverhältnisse; Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung im Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren**

**§ 719 Abs. 2 ZPO regelt die gegenüber dem Berufungsverfahren (§ 719 Abs. 1 ZPO) strengeren Voraussetzungen für eine Einstellung im Revisionsverfahren, nicht dagegen die Frage, ob die Einstellung, wenn die Voraussetzungen des § 719 Abs. 2 ZPO erfüllt sind, gegen oder ohne Sicherheitsleistung anzuordnen ist. Insoweit gilt für das Revisionsverfahren ebenso wie für das Berufungsverfahren die in § 719 Abs. 1 Satz 1 ZPO ausgesprochene Verweisung auf die einschränkenden Voraussetzungen des § 707 ZPO, nach denen eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung nur zulässig ist, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO; vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 2007 - X ZR 147/06, WuM 2007, 143 [= GuT 2007, 156 KL]).**

(BGH, Beschluss vom 8. 12. 2009 – VIII ZR 305/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin schloss mit den Beklagten unter dem 15./19. März 2003 Franchiseverträge, Unterpachtverträge sowie Beitrittsvereinbarungen für den Betrieb von insgesamt vier M.-Restaurants in F. Der Beklagte zu 1 ist Franchisenehmer, die Beklagten zu 2 bis 5 sind die in die Verträge einbezogenen Betriebsgesellschaften der einzelnen Restaurants.

2 Mit Schreiben vom 16. Juli 2008 kündigte die Klägerin sämtliche Vertragsverhältnisse mit den Beklagten fristlos und begründete dies unter anderem damit, es bestehe der dringende Verdacht, dass der Beklagte zu 1 in den vier Restaurants gesammelte Spenden von Kunden zugunsten der M.-Kinderhilfe zumindest in der Zeit ab dem Jahr 2004 nicht weitergeleitet, sondern für sich selbst oder andere Zwecke vereinnahmt habe.

3 Das Landgericht Frankfurt/Main hat die Klage auf Räumung und Herausgabe der vier Gewerberäumlichkeiten abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Frankfurt/Main die Beklagten jeweils zur Räumung und Herausgabe der sie betreffenden Räumlichkeiten verurteilt und Vollstreckungsanordnungen nach § 708 Nr. 10, § 711 ZPO getroffen. Einem Vollstreckungsschutzantrag der Beklagten nach § 712 ZPO hat das Berufungsgericht nicht stattgegeben; die Revision hat es nicht zugelassen. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer noch nicht begründeten Nichtzulassungsbeschwerde. Sie beantragen, vorab die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen.

4 **Aus den Gründen:** II. Der Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nicht begründet.

5 1. Wird Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Berufungsurteil eingelegt, so ordnet das Revisionsgericht auf Antrag an, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und wenn nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 ZPO). Im Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde gilt dies entsprechend (§ 544 Abs. 5 Satz 2 ZPO).

6 2. Die Voraussetzungen für die von den Beklagten beantragte einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung sind hier nicht erfüllt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagten glaubhaft gemacht haben (§ 719 Abs. 2 Satz 2 ZPO), dass ihnen die Zwangsvollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und ein überwiegendes Interesse der Klägerin einer Einstellung ohne Sicherheitsleistung der Beklagten nicht entgegensteht. Der Einstellungsantrag hat bereits deshalb keinen Erfolg, weil die Beklagten nicht glaubhaft gemacht haben, dass sie zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage sind (§ 719 Abs. 2 i.V.m. § 719 Abs. 1 Satz 1, § 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung haben die Beklagten nicht - auch nicht hilfsweise - beantragt.

7 a) Die Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO im Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren kommt als letztes Hilfsmittel des Schuldners nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht (BGH, Beschluss vom 24. März 2003 - IX ZR 243/02, ZVI 2003, 279, unter II; MünchKommZPO/Krüger, 3. Aufl., § 719 Rdnr. 2). Dementsprechend gelten für die Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO strengere Anforderungen als für die Einstellung in der Berufungsinstanz nach § 719 Abs. 1 ZPO. Gläubigerinteressen stehen im Revisionsverfahren im Vordergrund, weil die Rechte des Schuldners in zwei Tatsacheninstanzen regelmäßig als hinreichend gewahrt erscheinen und nicht Revisionen provoziert werden sollen, die lediglich zum Zwecke der Vollstreckungsverzögerung eingelegt werden (MünchKommZPO/Krüger, aaO, Rdnr. 2, 12; vgl. auch Musielak/Lackmann, ZPO, 7. Aufl., § 719 Rdnr. 1, und Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, ZPO, § 719 Rdnr. 7 f.).

8 Aus der von den Voraussetzungen der Einstellung im Berufungsverfahren (§ 719 Abs. 1, § 707 ZPO) losgelösten Regelung des § 719 Abs. 2 ZPO für das Revisionsverfahren folgt aber nicht, dass eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO - anders als bei der Einstellung nach § 719 Abs. 1 ZPO - in jedem Fall ohne Sicherheitsleistung anzuordnen wäre (so aber Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., § 719 Rdnr. 8; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, aaO, Rdnr. 9; MünchKommZPO/Krüger, aaO, Rdnr. 15; Musielak/Lackmann, aaO, Rdnr. 6). Die gegenteilige Auffassung der Literatur ist mit dem Sinn und Zweck des § 719 Abs. 2 ZPO nicht vereinbar und entspricht auch nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in der eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO durchaus auch gegen Sicherheitsleistung angeordnet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 13. Juli 2007 - VIII ZR 306/06, WuM 2007, 545; BGH, Beschlüsse vom 30. Januar 2007, aaO, und vom 15. März 2007 - V ZR 271/06, WuM 2007, 545). Aus dem von Zöller/Herget (aaO) angeführten Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18. Mai 1951 (I ZR 63/51, JZ 1951, 644) ergibt sich nichts anderes; dieser Beschluss befasst sich nicht mit der Frage, ob die Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO nur ohne oder auch gegen Sicherheitsleistung eingestellt werden kann.

9 Der Wortlaut des § 719 Abs. 2 ZPO gebietet eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung nicht; er ordnet jedenfalls nicht ausdrücklich an, dass die Zwangsvollstreckung nur ohne Sicherheitsleistung anzuordnen wäre. Aus dem Sinnzusammenhang der Bestimmungen in § 719 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO ergibt sich, dass die Frage, ob die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO ohne oder gegen Sicherheitsleistung anzuordnen ist, in § 719 Abs. 2 ZPO nicht geregelt ist. § 719 Abs. 2 ZPO regelt - in Ergänzung und insoweit abweichend von § 719 Abs. 1 ZPO - lediglich die strengeren Voraussetzungen für „das Ob“ der Einstellung (so auch MünchKommZPO/Krüger, aaO, Rdnr. 11), nicht aber „das Wie“. Hinsichtlich „des Wie“ der Einstellung gilt für § 719 Abs. 2 ZPO - ebenso wie für § 719 Abs. 1 ZPO - die Verweisung in § 719 Abs. 1 ZPO auf die einschränkenden Voraussetzungen des § 707 ZPO, nach denen eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung nur zulässig ist, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 707 Abs. 1 Satz 2



ZPO). Es widerspräche dem Zweck der Regelung des § 719 Abs. 2 ZPO, wenn diese Bestimmung, die im Interesse des Gläubigers eine Verschärfung der Anforderungen an eine Einstellung der Zwangsvollstreckung im Revisionsverfahren vorsieht, zum Nachteil des Gläubigers nur eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung zuließe, also selbst dann, wenn der Schuldner zur Sicherheitsleistung in der Lage ist. Eine solche Besserstellung des Schuldners im Revisionsverfahren gegenüber dem Berufungsverfahren wäre mit dem Schutzzweck der die Interessen des Gläubigers im Revisionsverfahren stärker gewichtenden Regelung des § 719 Abs. 2 ZPO nicht vereinbar. Deshalb ist für die Frage, ob mit oder ohne Sicherheitsleistung einzustellen ist, auch für die Einstellung im Revisionsverfahren nach § 719 Abs. 2 ZPO auf die Verweisung in § 719 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf § 707 ZPO zurückzugreifen (so auch BGH, Beschluss vom 30. Januar 2007, aaO, Tz. 2).

<sup>10</sup> Für die Zulässigkeit einer Anordnung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Schuldners nicht nur im Berufungs-, sondern auch im Revisionsverfahren spricht schließlich, dass die Regelung des § 719 Abs. 2 ZPO der des § 712 ZPO nachgebildet ist (Zöller/Herget, aaO, Rdnr. 4; Musielak/Lackmann, aaO, Rdnr. 5) und deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nur zur Anwendung kommt, wenn ein Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO in der Berufungsinstanz vergeblich gestellt worden ist (MünchKommZPO/Krüger, aaO, Rdnr. 13 m.w.N.). Auch die Bestimmung des § 712 ZPO, die Anordnungen des Berufungsgerichts zur Abwendung der Vollstreckung ermöglicht und deren materielle Voraussetzungen denen des § 719 Abs. 2 ZPO entsprechen (Musiellak/Lackmann, aaO), lässt eine Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil grundsätzlich nur gegen Sicherheitsleistung des Schuldners zu. Eine der Regelung in § 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO entsprechende Ausnahme gilt auch im Rahmen des § 712 ZPO; von einer Sicherheitsleistung des Schuldners kann nur dann abgesehen werden, wenn der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 712 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Es wäre widersprüchlich, wenn das Berufungsgericht - unter den gleichen materiellen Voraussetzungen, wie sie in § 719 Abs. 2 ZPO geregelt sind - eine Abwendung der Vollstreckung aus dem Berufungsurteil nach § 712 ZPO nur gegen Sicherheitsleistung des Schuldners anordnen darf, wenn der Schuldner Sicherheit leisten kann, während der Bundesgerichtshof im selben Fall in dem sich anschließenden Nichtzulassungsbeschwerde- oder Revisionsverfahren - ohne jede Änderung der Sachlage - die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil ohne Sicherheitsleistung anzuordnen hätte. Ein rechtfertigender Grund für eine solche Abweichung im Revisionsverfahren zum Nachteil des Gläubigers ist nicht ersichtlich. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs über eine Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO kann in ein und demselben Fall unter unveränderten Voraussetzungen keine andere sein als die des Berufungsgerichts über einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO.

<sup>11</sup> b) Die Beklagten haben nicht, wie es für eine Einstellung der Zwangsvollstreckung erforderlich wäre (§ 719 Abs. 2 i.V.m. § 719 Abs. 1 Satz 1, § 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO), glaubhaft gemacht, dass sie nicht im Stande sind, zur Abwendung der Vollstreckung seitens der Klägerin Sicherheit zu leisten.

<sup>12</sup> Der Vortrag der Beklagten beschränkt sich insoweit darauf, dass sie in der Begründung des Einstellungsantrags

(S. 6 ff.) auf ihren in der Vorinstanz gestellten Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO verweisen, zu dessen Begründung im Schriftsatz vom 30. Oktober 2009 ausgeführt wird, die Beklagten könnten Sicherheit nicht leisten, weil die Kredite der Beklagten im Fall einer stattgebenden Berufung gekündigt würden, so dass sich die Beklagten primär um deren Rückzahlung kümmern müssten (S. 11 des Einstellungsantrags). Dieses Vorbringen ist - abgesehen davon, dass es durch die eidesstattliche Versicherung des Beklagten zu 1 und Geschäftsführers der Beklagten zu 2 bis 5 vom 30. Oktober 2009 (Anlage B 62) nicht bestätigt wird - schon deshalb nicht glaubhaft gemacht, weil eine Kündigung der Kreditverträge durch die T-Sparkasse nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten auch im Falle eines der Berufung der Klägerin stattgebenden Urteils des Oberlandesgerichts nicht zu befürchten ist, wenn die Beklagten die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung abwenden. Denn nach dem von den Beklagten vorgelegten Schreiben der T-Sparkasse vom 5. August 2008 (Anlage B 61) hat sich die T-Sparkasse bereit erklärt, eine fristlose Kündigung der Kreditverträge nicht auszusprechen, solange die fristlose Kündigung der Klägerin keine bindende Rechtskraft erlangt hat und die Beklagten die Verfügungsgewalt über die vier M.-Restaurants behalten. Eine Kündigung der Kreditverträge und die Rückzahlung der dadurch fällig gestellten Kredite steht daher erst an, wenn die Klägerin die Räumungsvollstreckung durchführt. Die Beklagten haben weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht, dass sie auch vor einer Kündigung der Kreditverträge nicht in der Lage wären, zur Abwendung einer Räumungsvollstreckung Sicherheit zu leisten. Der von den Beklagten als Unternehmenswert dargelegte Marktwert des Eigenkapitals der Beklagten zu 2 bis 5 in Höhe von derzeit 7.568.028 € (Anlage B 63) sprechen ebenso gegen die Unfähigkeit der Beklagten, Sicherheit zu leisten, wie die geplanten Bilanzgewinne der Beklagten zu 2 bis 5 für die Jahre 2009 bis 2014 (B 63, Anl. 1). Bei der Beurteilung der Vermögenssituation des Beklagten zu 1 ist schließlich zu berücksichtigen, dass dieser nach dem von den Beklagten vorgelegten Schreiben der Klägerin vom 18. Oktober 2007 (B 63, Anl. 2) aus den Beklagten zu 2 bis 5 in den Jahren 2003 bis 2006 Privatentnahmen in Höhe von 1.361.000 € getätigt hat. Angesichts dieser Zahlen ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Beklagten - insbesondere der Beklagte zu 1 als Vollstreckungsschuldner hinsichtlich aller vier Restaurants - nicht im Stande wären, zur Abwendung der Räumungsvollstreckung Sicherheit zu leisten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Gewerbemiete etc.

#### §§ 551, 273 BGB; § 152 ZVG – Mietkaution; Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Zwangsverwalter wegen Nichtanlage vom Vermieter

Zum Zurückbehaltungsrecht des Mieters gegenüber dem Zwangsverwalter wegen einer vom Vermieter nicht gemäß § 551 Abs. 3 BGB angelegten Kaution.

(BGH, Urteil vom 23. 9. 2009 – VIII ZR 336/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2009, 668. – Siehe auch den Beitrag Streyl in GuT 2009, 368 (in diesem Heft).



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

#### 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!

# Teileigentum

## § 134 BGB

**Erhebung öffentlicher Abgaben; Vereinbarung jährlicher Zahlung eines zusätzlichen „Infrastrukturbeitrags“ im Ferienpark-Grundstückskaufvertrag zugunsten kommunaler Einrichtungen des Fremdenverkehrs**

**Lässt sich eine von kommunalen Körperschaften beherrschte juristische Person des Privatrechts in einem Grundstückskaufvertrag neben dem Kaufpreis die Zahlung eines jährlichen „Infrastrukturbeitrags“ für kommunale Einrichtungen versprechen, verstößt die Vereinbarung gegen das aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Verbot, öffentliche Abgaben anders als nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen zu erheben, und ist daher nichtig.**

(BGH, Urteil vom 18. 9. 2009 – V ZR 2/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte erwarb von der Klägerin zwischen 1995 und 2001 drei Grundstücke, die im Bereich des Ferien- und Erholungsparks A.-See liegen. Nach § 3 der notariellen Kaufverträge ist neben dem Kaufpreis jedes Jahr ein wertgesicherter Infrastrukturbeitrag für die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Verbesserung, Erneuerung und Unterhaltung von Einrichtungen, die dem Fremdenverkehr im Ferien- und Erholungspark dienen, an die Klägerin zu zahlen. Die Zahlungsverpflichtung ist durch eine im Grundbuch eingetragene Reallast abgesichert.

2 Die Klägerin verlangt die Zahlung der Infrastrukturbeiträge für die Jahre 2003 bis 2006 in Höhe von 1.815,83 €. Der Beklagte macht die Zahlung davon abhängig, dass die Klägerin ihm Rechenschaft über die Verwendung der Einnahmen aus den Infrastrukturbeiträgen erteilt.

3 Das Amtsgericht Vechta hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht Oldenburg hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei zur Zahlung des Infrastrukturbeitrags verpflichtet. Ein Zurückbehaltungsrecht stehe ihm nicht zu. Rechnungslegung über die Infrastrukturbeiträge könne er nicht verlangen. Soweit die Klägerin nach § 242 BGB in gewissem Umfang Auskunft schulde, sei sie dieser Verpflichtung in der Berufungsinstanz nachgekommen. Die Einwendungen des Beklagten gegenüber einzelnen Aufwendungen, etwa für Personal, seien unerheblich. Denn sämtliche der Klägerin entstandene Aufwendungen im Zusammenhang mit der Gesamtanlage am A.-See, zu der neben den Ferienhausparks auch die Campingplätze, die Flächen für Wasserski und Strandbad sowie die sonstigen Bereiche gehörten, dienten dem Fremdenverkehr und seien damit von der vertraglichen Zweckbestimmung erfasst.

5 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 Das Berufungsgericht geht ohne weiteres davon aus, dass die vertragliche Vereinbarung über die Zahlung eines Infrastrukturbeitrags wirksam ist. Das ist rechtsfehlerhaft, weil gewichtige Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Vereinbarungen in § 3 der Kaufverträge gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 134 BGB). Bei der Verpflichtung, einen jährlichen Infrastrukturbeitrag zu zahlen, könnte es sich um eine verdeckte kommunale Abgabe handeln. Verhält es sich so, verletzt die Vereinbarung den Grundsatz, dass die Erhebung öffentlicher Abgaben nicht abweichend von den gesetzlichen Regelungen erfolgen darf, und wäre damit nichtig (vgl. BVerwGE 64, 361, 363). Im Einzelnen:

7 1. Die Klägerin nimmt möglicherweise öffentliche Aufgaben in der Form einer juristischen Person des Privatrechts wahr (sog. Verwaltungsprivatrecht). Hierfür spricht neben dem zwischen den Parteien unstreitigen Umstand, dass Gesellschafter der Klägerin die Samtgemeinde B. und der Landkreis O. sind, die Ausgestaltung der mit dem Beklagten geschlossenen Kaufverträge. Sie enthalten Bauverpflichtungen und Nutzungsbindungen, wie sie für einen städtebaulichen Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB typisch sind (vgl. Stich in Berliner Kommentar zum BauGB, Stand Mai 2009, § 11 Rdn. 32; zur Koppelung mit einem Grundstücksvertrag: Senat, BGHZ 153, 93, 96 f.). Die Bestimmungen in § 8 der Kaufverträge haben ersichtlich zum Ziel, die städteplanerische Konzeption der Gemeinde für die Region um den A.-See umzusetzen und zu sichern. So ist der Beklagte verpflichtet, auf dem jeweiligen Grundstück ein Wohnmobilheim zu errichten bzw. zu übernehmen und es so einzurichten, dass es zur Vermietung an Feriengäste geeignet ist. Bei zwei Grundstücken ist der Beklagte gehalten, das Haus zu bestimmten Zeiten gegen marktübliches Entgelt zur Vermietung an Feriengäste anzubieten; das Ferienhaus auf dem dritten Grundstück darf der Beklagte zwar für sich selbst nutzen, jedoch nicht an Dauermieter vermieten. Eine Veräußerung der Grundstücke ist nur mit Zustimmung der Klägerin möglich; die Zustimmung ist ausgeschlossen, wenn dem Erwerber nicht dieselben Auflagen auferlegt werden, wie sie in dem mit dem Beklagten geschlossenen Vertrag enthalten sind. Ferner wurde der Klägerin jeweils ein grundbuchlich abgesichertes Ankaufsrecht für den Fall eingeräumt, dass der Beklagte das Grundstück in einer Weise nutzt, die dem Bebauungsplan und dem Sinn und Zweck des A.-See Ferien- und Erholungsparks nicht entspricht oder die in grober Weise gegen die Interessen der Allgemeinheit, insbesondere der übrigen Grundstückseigentümer, verstößt.

8 2. Nimmt die Klägerin kommunale Aufgaben wahr, unterliegt sie den einschlägigen Bindungen des öffentlichen Rechts. Denn eine Verwaltungsbehörde kann sich den für die Erfüllung ihrer Aufgaben bestehenden gesetzlichen Vorgaben nicht unter Hinweis auf die Grundsätze der Privatautonomie entziehen. Zwar stehen ihr die privatrechtlichen Rechtsformen zur Verfügung; die Normen des Privatrechts werden aber durch die Bindungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert. Diese gelten auch dann, wenn die Verwaltung einen privatrechtlich organisierten Dritten mit der faktischen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut (vgl. BGHZ 91, 84, 96; Senat, Urte. v. 21. Juli 2006, V ZR 158/05, WPM 2006, 2101, 2103; Urte. v. 4. Mai 2007, V ZR 162/06, ZOV 2007, 30 sowie OVG Lüneburg, Urte. v. 13. Dezember 2006, 9 KN 180/04, juris Rdn. 42 für einen Kurverein und OVG Bautzen, ZNER 2004, 379 für den Betrieb einer öffentlichen Einrichtung).

9 3. a) Zu den grundlegenden öffentlich-rechtlichen Bindungen einer Verwaltungsbehörde gehört das in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltene Verbot, Abgaben anders als nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen zu erheben (vgl. BVerwGE 64, 361, 363). Es gilt gleichermaßen für die Modifizierung bestehender Abgabepflichten wie für die Begründung von Zahlungspflichten, welche einer Abgabe gleichkommen oder diese ersetzen sollen (vgl. BVerwGE 49, 125, 128 für Erschließungskosten). Die Gesetzesbindung der Verwaltung erstreckt sich auf die Vorschriften, die Form und Voraussetzungen der Abgabenerhebung regeln, und gewährleistet damit das aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) folgende Gebot der Abgabengerechtigkeit und Belastungsgleichheit (vgl. BVerwGE 80, 99, 103; BVerwG ZMR 1979, 88, 89). Dieses würde verfehlt, wenn die Erhebung von Abgaben nicht allgemeinverbindlich geregelt wäre, sondern Gegenstand privatrechtlicher Einzelvereinbarungen sein könn-



te und damit letztlich im Belieben staatlicher Organe stünde (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25. Februar 2009, 6 C 47/07, juris Rdn. 43).

10 Die Voraussetzungen, unter denen Gemeinden und Landkreise Abgaben zur Finanzierung ihrer öffentlichen Einrichtungen erheben können, sind in den Kommunalabgabengesetzen geregelt. Dazu zählt die Bestimmung in § 2 Abs. 1 des hier einschlägigen Niedersächsischen Kommunalabgabengesetzes (NKAG), wonach Abgaben nur aufgrund einer Satzung erhoben werden dürfen. Sie schließt Vereinbarungen über abgabenähnliche Entgelte im Rahmen privatrechtlicher Verträge aus. Einen solchen Charakter hat der Infrastrukturbeitrag, wenn es sich bei den dem Fremdenverkehr dienenden Einrichtungen im Erholungs- und Ferienpark A.-See - ganz oder teilweise - um öffentliche Einrichtungen handelt (vgl. zur Abgrenzung bei einem Kurort: OVG Lüneburg, Urt. v. 13. Dezember 2006, 9 KN 180/04, juris Rdn. 50).

11 Ferner enthält das Kommunalabgabengesetz inhaltliche Vorgaben für die Erhebung von Abgaben zur Finanzierung öffentlicher Einrichtungen. § 6 NKAG bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Grundstückseigentümer, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen besondere wirtschaftliche Vorteile bietet, an den der Gemeinde bzw. dem Landkreis entstehenden Kosten für die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Verbesserung und Erneuerung dieser Einrichtungen beteiligt werden können. § 9 NKAG enthält eine ähnliche Regelung für Kosten, die u. a. aus der Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Verbesserung, Erneuerung, Unterhaltung und Verwaltung von dem Fremdenverkehr dienenden Einrichtungen entstehen; sie können gemäß § 9 Abs. 2 NKAG auf alle selbständig tätigen Personen oder Unternehmen umgelegt werden, denen durch den Fremdenverkehr unmittelbar oder mittelbar besondere wirtschaftliche Vorteile geboten werden. Die damit verbundenen Beschränkungen bei der Beitragserhebung - beispielsweise dürfen nur Gemeinden, die als Kur-, Erholungs- oder Küstenbadeort staatlich anerkannt sind, Fremdenverkehrsbeiträge nach § 9 NKAG erheben - folgen wiederum aus der Gesetzesbindung der öffentlichen Hand bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben; sie können durch den Abschluss privatrechtlicher Vereinbarungen nicht umgangen werden.

12 b) Das Abgabenrecht ist allerdings nicht ausnahmslos dispositionsfeindlich, vielmehr kann der Gesetzgeber Ausnahmen zulassen (vgl. BVerwGE 64, 361, 363; 89, 7, 11 f.; 90, 310, 312).

13 aa) Aus § 6 Abs. 1 Halbsatz 2 NKAG („soweit nicht privatrechtliche Entgelte erhoben werden“) folgt eine solche Ausnahme allerdings nicht. Hiermit wird dem Träger der öffentlichen Einrichtung nicht gestattet, Grundstückseigentümern anstelle eines Beitrages funktionsgleiche Zahlungen im Rahmen privatrechtlicher Vereinbarungen aufzuerlegen. Ihm wird vielmehr ein Wahlrecht eingeräumt, die jeweilige öffentliche Einrichtung entweder über Beiträge im Sinne von § 6 Abs. 1 NKAG oder aber über privatrechtlich ausgestaltete, an die tatsächliche Nutzung der Einrichtung anknüpfende Benutzungsentgelte zu finanzieren (vgl. OVG Lüneburg NVwZ 1999, 566, 568; OVG Bautzen LKV 2008, 429, 431).

14 bb) Die Vereinbarung über den Infrastrukturbeitrag lässt sich, anders als die Revisionserwiderung meint, auch nicht auf die den Gemeinden in § 11 Abs. 1 BauGB eingeräumte Befugnis zum Abschluss städtebauliche Folgekostenverträge stützen. Zwar kann Gegenstand eines solchen - öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen - Vertrages auch die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen sein, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB). Hierzu zählen von der Gemeinde zu schaffende, der Allgemeinheit dienende Anlagen und Einrichtungen (vgl. BVerwG ZfIR 2009, 464, 468). Die Vereinbarung über den Infrastrukturbeitrag genügt aber nicht den gesetzlichen Anforderungen an einen städtebaulichen Folgekostenvertrag.

15 Es ist schon fraglich, ob der Beklagte als Träger eines Vorhabens im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB angesehen werden kann. Jedenfalls fehlt es an der erforderlichen kausalen Verknüpfung zwischen seinem Bauvorhaben (der Errichtung eines Ferienhauses) und der von ihm mitzufinanzierenden Folgemaßnahme. Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB müssen die Maßnahmen, deren Kosten in einem städtebaulichen Vertrag übernommen werden, Voraussetzung oder Folge des Bauvorhabens des Bürgers sein; dass beide in einem sachlichen Zusammenhang stehen, genügt nicht (vgl. BVerwG, aaO). Das Erfordernis der unmittelbaren Ursächlichkeit stellt sicher, dass kein unzulässiger „Verkauf von Hoheitsrechten“ stattfindet. Die Gemeinde darf sich den Erlass eines Bebauungsplans nicht durch eine weit gefasste Kostenübernahme „abkaufen“ lassen, sondern nur eine Entlastung von den Aufwendungen verlangen, zu denen der Erlass des Bebauungsplans geführt hat oder führen wird. Folgekostenverträge müssen sich daher auf das beschränken, was von einem bestimmten Bauvorhaben an Folgen ausgelöst wird oder Voraussetzung für seine Verwirklichung ist; diese Kausalität definiert die Grenzen ihrer Zulässigkeit (vgl. BVerwGE 42, 331, 343; 90, 310, 311 f.; Birk, Der städtebauliche Vertrag, 4. Aufl., Rdn. 512; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Januar 2009, § 11 BauGB Rdn. 164).

16 Damit sich nachprüfen lässt, ob das Erfordernis der Ursächlichkeit gewahrt wurde, muss sich der Vertragswille der Beteiligten auf bestimmte Zusammenhänge zwischen dem Bauvorhaben und den dadurch veranlassten Folgeeinrichtungen und deren Kosten beziehen. Dem ist nur genügt, wenn die vereinbarten Beträge durch den Vertrag in bestimmter Höhe bestimmten Folgemaßnahmen zugeordnet werden (BVerwGE 42, 331, 343). Erforderlich ist eine so hinreichende Konkretisierung, dass eine klare Abgrenzung gegenüber schematischen „Zuzugsabgaben“ sichergestellt ist (vgl. BVerwG, aaO, S. 344; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, aaO).

17 Eine solche Konkretisierung lässt die Regelung über den Infrastrukturbeitrag nicht erkennen. Dessen Zweckbestimmung - Finanzierung von „Einrichtungen, die dem Fremdenverkehr im A.-See Ferien- und Erholungspark dienen“ - ist so allgemein gehalten, dass sich nicht feststellen lässt, für welche konkrete Maßnahme der Kostenbeitrag geleistet werden soll. Eine Konkretisierung wäre indes erforderlich gewesen, da nicht jede dem Fremdenverkehr am A.-See dienende Einrichtung infolge der Errichtung der Ferienhäuser des Beklagten notwendig geworden ist. Hinzu kommt, dass die Regelung keinen zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Vorhaben und der durch den Beitrag zu finanzierenden Maßnahme herstellt. Die Zahlung des Investitionsbeitrags ist nicht befristet oder der Gesamtsumme nach begrenzt; die Klägerin kann die Zahlungen des Beklagten also noch Jahre nach der Errichtung des Ferienhauses für Investitionen in beliebige öffentliche Einrichtungen des Fremdenverkehrs verwenden. Damit lässt sich der Beitrag nicht von einer allgemeinen Mitfinanzierung des Freizeit- und Erholungsparks abgrenzen (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, aaO, Rdn. 161 u. 164).

18 III. Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

19 1. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuweisen, da der Senat zu einer abschließenden Entscheidung nicht in der Lage ist. Mangels Feststellungen, ob und inwieweit die Klägerin im Rahmen des A.-See Erholungs- und Freizeitparks öffentliche Einrichtungen betreibt und deshalb den für diese geltenden öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, lässt sich die Wirksamkeit der Vereinbarung über den Infrastrukturbeitrag nicht beurteilen. Zudem handelt es sich bei diesen Erwägungen um einen rechtlichen Gesichtspunkt, der in den Tatsacheninstanzen keine Rolle gespielt hat. Sofern neuer Sachvortrag dazu auch nur möglich erscheint, erfordert § 139 ZPO Abs. 2 Satz 1 ZPO die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (vgl. Senat, Urt. v. 20. November 1998, V ZR

17/98, NJW 1999, 1329, 1330; Urt. v. 25. November 1994, V ZR 24/93, WPM 1995, 404, 405; MünchKomm-ZPO/Wenzel, 3. Aufl., § 563 Rdn. 21).

20 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

21 a) Erweist sich die Regelung in § 3 der Kaufverträge als unwirksam, kann der Beklagte auch nicht nach § 1108 BGB in Anspruch genommen werden. Zwar ist eine Reallast in ihrer Entstehung von der schuldrechtlichen Verpflichtung des Bestellers, die durch sie gesichert werden soll, unabhängig. Aus der - häufig stillschweigend getroffenen - Sicherungsabrede folgt aber in der Regel, dass die Reallast bei Nichtbestehen der gesicherten Forderung zurückzugewähren ist; fehlt eine solche Abrede, kann die Reallast kondiziert werden (vgl. Staudinger/Mayer, BGB <2009>, Einl. zu §§ 1105-1112 Rdn. 63; MünchKomm- BGB/Joost, 5. Aufl., § 1105 Rdn. 59).

22 b) Sollte sich die Vereinbarung über den Infrastrukturbeitrag dagegen als wirksam erweisen, bestehen der Höhe nach keine Bedenken gegen die angenommene Zahlungsverpflichtung des Beklagten. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass der für die Anpassung des Infrastrukturbeitrags vereinbarte, seit 2003 von dem Statistischen Bundesamt aber nicht mehr ermittelte Preisindex im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch den Verbraucherpreisindex zu ersetzen ist. Das ent-

spricht dem hypothetischen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Einklang (vgl. Senat, Urt. v. 12. Oktober 2007, V ZR 283/06, NJW-RR 2008, 251, 254 [= WuM 2008, 48 KL]; Urt. v. 31. Oktober 2008, V ZR 71/08, NJW 2009, 679, 680 [= WuM 2009, 61]; BGH, Urt. v. 4. März 2009, XII ZR 141/07, NJW-RR 2009, 880 f. [= GuT 2009, 92]).

23 Erweist sich die Regelung über den Infrastrukturbeitrag als wirksam und stellt sich wiederum die Frage, ob und inwieweit der Beklagte Auskunft über die Verwendung des Infrastrukturbeitrags verlangen kann, wird das Berufungsgericht seine bisherige - ausschließlich am Wortlaut ausgerichtete und damit unvollständige - Auslegung der Regelung in § 3 des Vertrages überprüfen müssen. Insbesondere wird zu erwägen sein, ob sich die Zahlungsverpflichtung nach ihrem Sinn und Zweck (nur) auf Einrichtungen bezieht, die für den Beklagten oder für seine Feriengäste von Vorteil sind oder sein können. Verhält es sich so, muss die Klägerin auf Verlangen eine Auskunft erteilen, der sich nachvollziehbar entnehmen lässt, ob der Infrastrukturbeitrag zweckentsprechend verwendet worden ist. Dies erfordert auch Rechenschaft über andere Einnahmen, welche die Klägerin für oder durch den Betrieb der jeweiligen Einrichtung im fraglichen Zeitraum erzielt hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

## Wettbewerb

**Internet – Umschau Dezember 2009**

*Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin*

### Vorsicht – bei Impressumverstoß droht Bußgeld

Verletzungen der Impressumspflicht nach dem Telemediengesetz (TMG) verfolgten bisher immer Mitbewerber unter Zugrundelegung des Wettbewerbsrechtes. Darüber tritt in den Hintergrund, dass auch Behörden berechtigt sind, wegen Verstößen gegen das Telemediengesetz Bußgelder zu verteilen. Sie tun es weidlich.

Das Telemediengesetz trat am 01. März 2007 in Kraft. Es ersetzte mit dem Teledienstegesetz und dem Mediendienste-staatsvertrag zwei Normen und übernahm überdies Teile des Teledienstedaten schutzgesetzes. Alle Normen, die das Internet-impressum regelten und regeln, sehen vor, dass Verstöße gegen die Regelung über die Informationspflicht, aktuell in §§ 5, 16 TMG festgeschrieben, nämlich Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten, mit Bußgeldern geahndet werden. Dass tatsächlich Bußgelder wegen mangelhafter und damit ordnungswidriger Webimpressen verfügt werden, war bisher nicht bekannt. Zahlreiche Urteile machten statt dessen deutlich, dass Mitbewerber und Verbraucherschutzorganisationen Konkurrenten mit fehlerhaften Internet-impressen wegen Wettbewerbsverstößen abmahnten und verklagten. Das Informationsangebot zu Rechtsfragen der Informationsgesellschaft telemedicus.info hatte nun von einem konkreten Bußgeldfall gehört, und bei der den Bußgeldbescheid erlassenden Behörde nachgefragt.

Wie telemedicus.info berichtet, ist die Regierung von Mittelfranken gegen einen Online-Shop vorgegangen, der lediglich ein Kontaktformular, aber keine eMail-Adresse anbot. § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG listet eine Adresse der elektronischen Post als Teil des Impressums auf; da der Webshop dieses nicht vorhielt, erhielt er ein Bußgeld. Mit diesem Fall gab sich telemedicus.info jedoch nicht zufrieden: man hakte bei der Regierung von Mittelfranken nach und erhielt zur Antwort, dass die zuständige Abteilung „Sicherheit und Ordnung“ im vergangenen Jahr eine höhere zweistellige Zahl von Fällen in dieser Hinsicht bearbeitet und dabei durchaus Buß- und Zwangsgelder erlassen hat. Auf Nachfrage äusserte sich auch die Bezirksdirektion Düsseldorf gegenüber telemedicus.info. Düsseldorf hat ein eigenes Dezernat mit drei Mitarbeitern, das für Diensteanbieter mit Sitz in Nordrhein-Westfalen zuständig ist. Hier bestätigte man gegenüber telemedicus.info, dass jährlich zahlreiche Verstöße verfolgt und mit Bußgeldern geahndet würden.

Dem eigenen Internetauftritt droht mithin nicht nur Gefahr seitens Mitbewerbern, Konkurrenten und Verbraucherschutzvereinigungen, sollte kein gesetzeskonformes Impressum vorhanden sein; auch Behörden interessieren sich für die Verstöße, die mit Bußgeldern von bis zu EUR 50.000,- geahndet werden können. Wer Zweifel hat, ob er ein Impressum braucht und wie dieses auszusehen hat, der findet Hilfe bei folgenden Impressum-Generatoren:

<http://www.digi-info.de/de/netlaw/webimpressum/index.php>

<http://www.abmahnwelle.de/certiorina/>

<http://www.e-recht24.de/impressum-generator.html>



## DENIC – Freistaat Bayern setzt Löschung durch

Der Freistaat Bayern hatte die deutsche Domain-Verwaltung DENIC eG vor dem Landgericht Frankfurt am Main auf Löschung von diversen Domains verklagt - und bekam Recht (Urteil vom 16. 11. 2009, 2-21 O 139/09). Honig gegen die DENIC lässt sich jedoch wenig saugen.

Es ist ein Ausnahmefall, der das LG Frankfurt/M dazu veranlasste, der Klage des Freistaates Bayern statt zu geben; doch gehen die Ausführungen des Landgerichts einiges für DENIC zu überdenken: Klägerin war der Freistaat Bayern, der von DENIC die Aufhebung der Registrierung der Domains *regierung-mittelfranken.de*, *regierung-oberfranken.de*, *regierungunterfranken.de* und *regierung-oberpfalz.de* begehrte, weil er sich durch die Domains in seinem Namensrecht verletzt sah. DENIC hatte sich geweigert, die Domains zu löschen, da kein rechtskräftiges und zugestelltes und ausführlich begründetes Urteil vorlag. Das angerufen LG Frankfurt/M gab der Klage statt und las DENIC die Leviten:

Hintergrund ist, dass alle Fakten von einer missbräuchlichen Registrierung der Domains sprachen. Die Domains waren zu Gunsten von Firmen mit Sitz in Panama registriert. Der Admin-C der Domains wechselte ständig, wenn immer Bayern gegen die Inhaber oder den Admin-C Klage erhob. Es ergingen auch Versäumnisurteile vom Landgericht München gegen die unterschiedlichen Admin-Cs, wobei aufgrund eines Urteils andere Domains freigegeben wurden, aber das andere Versäumnisurteil bei einem anderen Admin-C nicht mehr zugestellt werden konnte. Ein weiteres Versäumnisurteil erging gegen den Inhaber der Domain, eine der Firmen mit Sitz in Panama. Bayern hatte demnach im Grunde alles getan, um an die eigentlichen Verursacher heranzutreten; man hatte sogar in Panama nachgeforscht, was es mit den Firmen dort auf sich hat. Gleichwohl lehnte DENIC die Löschung der Domains ab. Zu Unrecht, wie das Landgericht Frankfurt/M meint.

Grundsätzlich, so betont das LG Frankfurt/M, gehe man mit der Rechtsprechung hinsichtlich der Haftung von DENIC konform. DENIC treffe lediglich eine äußerst eingeschränkte Nachprüfungspflicht bei der Eintragung von Internetadressen, und eine persönliche Überprüfungspflicht komme nur unter besonderen Umständen zum Tragen; das gelte auch bei der späteren Überprüfung, wenn sie Informationen von Dritten über Rechtsverletzungen erhalten hat. Aber in diesem Falle sei der Missbrauch so offensichtlich, da bereits im Ansatz nicht zu erkennen ist, was jemand Drittes mit den Namen der Gebietskörperschaften zu schaffen habe. Auch wenn hier die Namen nicht eins zu eins denen der Bezirksdirektionen von Bayern entsprechen, sind die Abweichungen so gering, dass sie nicht ins Gewicht fallen. Hinzu komme, dass die Klägerin bereits erfolgreich geklagt hatte, aber die Zustellungen misslangen. Alles das führe zu einer anderen Beurteilung und damit zum Erfolg der Klage. Das Gericht lässt es sich freilich nicht nehmen, nochmals darauf hinzuweisen, dass der in seinen Rechten Verletzte, ehe er an DENIC herantreten kann, zunächst den Inhaber der Domain oder deren Admin-C angehen müssen (wobei wir letzteres für abwegig halten).

Das Urteil aus Frankfurt/M richtig verstanden, sollte eigentlich keinen Sturm gegen DENIC vom Zaune brechen. Die Erfahrung lehrt freilich, dass es sich einige Rechtsanwälte nicht nehmen lassen werden, den vermeintlich kürzeren Weg unter Verweis auf das Urteil aus Frankfurt/M zu wählen, ohne wirklich zu wissen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um auf diesem Wege erfolgreich zu sein. Reichlich Klageabweisungen werden die Folge sein und der Mandantschaft Geld kosten. Die DENIC hingegen könnte sich Gedanken über das ei-

gene Prozedere und den Bestand der eigenen Domain-Richtlinien machen, nachdem das Landgericht Frankfurt/M deutliche Zweifel an der Zustellungsfiktion gegenüber dem Domain-Inhaber über den Admin-C und der Haltbarkeit von Ziffer VIII der Domain-Richtlinien hat verlaublich lassen.

Sie finden das Urteil des LG Frankfurt/M unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/223>

## cola.de – Kläger erzwingt Dispute-Verzicht

Das Landgericht in Düsseldorf durfte sich in einem aktuellen Rechtsstreit mit einem Dispute-Eintrag beschäftigen und der Frage, welche Rechte die Inhaberschaft einer Domain mit sich bringt (Urteil vom 19.08. 2009, Az.: 34 O 16/09).

Der Kläger ist Inhaber einer Vielzahl generischer Domains, unter anderem auch von *cola.de*, die er im September 2008 erworben hat. Diese Domain weist seit 1999 Inhalte auf. Der Kläger verwendet sie zum Betrieb eines Portals, welches unter anderem Informationen und Werbung im Zusammenhang mit dem brausehaltigen Erfrischungsgetränk „Cola“ zeigt. Die Beklagte vertreibt wärmetechnische Produkte und Heizsysteme. Sie behauptet, sie sei die deutsche Schwestergesellschaft eines italienischen Unternehmens, welches den Begriff „Cola ...“ im Namen trägt und Inhaberin der Gemeinschaftsmarke „cola“ ist. Die Marke ist für Heizsysteme und ähnliches eingetragen. Die Beklagte mahnte im Dezember 2008 den Kläger ab und verlangte die Löschung der Domain *cola.de*. Als das nicht fruchtete, beantragte sie bei der DENIC eG einen Dispute, den diese auch eintrug. Der Kläger erhob daraufhin Klage und verlangte unter anderem den Verzicht auf den Dispute und die Begleichung entstandener Rechtsanwaltskosten. Die Beklagte erhob Widerklage, mit der sie die Löschung der Domain begehrte.

Das Landgericht Düsseldorf gab der Klage statt und wies die Widerklage zurück. Den Anspruch auf Verzicht auf den Dispute-Eintrag sah das Gericht mit § 823 Abs. 1 BGB begründet, wobei es nicht darauf ankomme, ob der Dispute-Eintrag ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Klägers sei: Das Recht auf Nutzung der Domain für sich stelle bereits ein geschütztes sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB dar. Das mit der Inhaberschaft am Domain-Namen verbundene vertragliche Nutzungsrecht ist ein rechtlich geschützter Vermögenswert, der dem Inhaber der Domain wie das Eigentumsrecht an einer Sache ausschließlich zugewiesen ist. Dieses Nutzungsrecht umfasst auch die Möglichkeit, die Domain zu veräußern oder zu übertragen; mit dem Dispute-Eintrag werde dem Kläger dieses Recht genommen.

Mit der Widerklage war die Beklagte erfolglos. Das Gericht sah keine Markenrechtsverletzung. Die Parteien waren sich über die Brausehaltigkeit der Inhalte unter „cola.de“ einig. Waren oder Dienstleistungen aus dem Schutzbereich der Gemeinschaftsmarke fanden sich nicht. Darüber hinaus ergaben sich auch keine Anhaltspunkte für wettbewerbsrechtliche Ansprüche der Beklagten unter dem Gesichtspunkt einer Behinderung (§§ 3, 4 Nr. 10 UWG).

Das Urteil zeigt sehr schön, wie man als Domain-Inhaber im Fall eines Dispute-Eintrags die Initiative ergreifen kann, um fehlgeleiteten Anspruchstellern eine in weiten Teilen geklärte Rechtsprechung deutlich zu machen. Die Inhaberschaft einer Marke, die hier für die Beklagte nicht einmal unmittelbar gegeben war, allein ist kein Freibrief, und berechtigt nicht ohne weiteres zu durchsetzbaren Ansprüchen gegen Domain-Inhaber. Es müssen zahlreiche Faktoren, die die Normen des Markenrechts voraussetzen, hinzukommen. Die endgültige Prüfung berechtigter Ansprüche obliegt den Gerichten, nicht aber DENIC, die nach Glaubhaftmachung berechtigter Ansprüche einen Dispute einträgt.

Das Urteil des LG Düsseldorf findet man unter: <http://www.aufrecht.de/index.php?id=6156>

[www.gut-netzwerk.de](http://www.gut-netzwerk.de)

## LG Berlin – Forenhaftung erst nach Kenntnis

Das Landgericht Berlin hat in einer kleinen Sache einen wichtigen Beschluss verkündet: Den Forenbetreiber trifft keine Überwachungspflicht, auch wenn er auf einen einzelnen rechtswidrigen Beitrag hingewiesen worden ist (LG Berlin, Beschluss vom 10. 09. 2009, Az.: 27 S 7/09).

Der Kläger hatte die Beklagte, die ein Online-Telekommunikationsmagazin betreibt, abgemahnt, weil in deren Forum im Rahmen einer Diskussion auch eine unbewiesene, falsche Tatsachenbehauptung gegen den Kläger aufgestellt wurde. Die Beklagte löschte das entsprechende Posting. In der Folge kam es nach Ansicht des Klägers zu weiteren solcher Tatsachenbehauptungen und Beleidigungen im Forum. Der Kläger verlangte von der Beklagten die Abmahnkosten und ging gerichtlich gegen sie vor. Das Amtsgericht wies die Klage ab (Urteil vom 19.03. 2009, 19 C 316/08); der Kläger legte Berufung ein.

Vor der als streng geltenden 27. Kammer des Landgerichts Berlin hatte der Kläger freilich auch keinen Erfolg: Die Kammer wies die Berufung zurück. Wie immer in solchen Fällen stellte sich die Frage nach der Verletzung von Prüfungspflichten. Das LG Berlin ist dabei der Ansicht, die Beklagte habe keine Prüfungspflichten verletzt. Es habe aufgrund der vorangegangenen Abmahnung insbesondere keine Pflicht bestanden, die Beiträge im Diskussionsforum auf „unbewiesene, falsche Tatsachenbehauptungen oder Beleidigungen“ in Bezug auf den Kläger hin zu untersuchen. Da der Kläger keine dezidierten Angaben darüber machte, welche Äußerungen im Forum rechtsverletzend seien, konnte die Beklagte nicht wissen, welche Tatsachenbehauptungen unbewiesen beziehungsweise falsch sein sollen, und welche gegebenenfalls vom Kläger als beleidigend empfunden werden würden. Dem Kläger oblag es, so die Kammer, weitere im Forum der Beklagten befindliche rechtsverletzende Inhalte zu konkretisieren und gegenüber der Beklagten abzumahnern; das habe der Kläger jedoch nicht getan. Auch trage der Einwand des Klägers nicht, die Verleumdungen zögen sich wie ein „roter Faden“ durch den ganzen Thread und seien sämtlichst von seinem Abmahnschreiben erfasst gewesen.

Das LG Berlin stellt sich mit dieser Entscheidung gegen die Rechtsprechung des OLG Hamburg (Urteil vom 22.08. 2006, Az.: 7 U 50/06), das aber bereits die rigorosen Ansichten des LG Hamburg abmilderte (Urteil vom 02. 12. 2005, Az. 324 O 721/05). Anders als nach der Hamburger Sicht der Dinge meint das LG Berlin, der Forenbetreiber sei nach einer Inkennzeichnung nicht verpflichtet, dafür zu sorgen, dass weitere rechtswidrige Beiträge unterbleiben und deshalb das Forum zu überwachen. Das LG Berlin vertritt die Position, dass der Forenbetreiber von jedem neuen rechtswidrigen Beitrag dezidiert in Kenntnis gesetzt werden muss, ehe er haftet. Damit kommt das LG Berlin der Realität des Forenbetreiberdaseins näher als Hamburg.

Die Entscheidung des LG Berlin und einen Hinweis des Gerichts in dem Rechtsstreit findet man unter:  
<http://www.domain-recht.de/verweis/180>  
<http://www.domain-recht.de/verweis/181>

Mehr zum Urteil des OLG Hamburg findet man unter:  
<http://www.domain-recht.de/verweis/179>

## kredit.de – warum sind einige Domains so teuer?

In einem Gastbeitrag auf [dowjones.de](http://dowjones.de) erklärt Tim Schumacher, CEO und Gründer der in Köln ansässigen Domain-Handelsbörse Sedo GmbH, nachvollziehbar, warum gute Domains ihren exorbitant anmutenden Preis haben. Warum nur kostet [kredit.de](http://www.kredit.de) fast eine Million Euro?

Die Domain [kredit.de](http://www.kredit.de) ist einmalig - wie alle Domains. Aber sie ist besser als die meisten, denn sie ist ein kurzer, allgemein beschreibender Begriff, der von hoher Relevanz ist. Ende 2008 erzielte die Domain [kredit.de](http://www.kredit.de) inmitten der Bankenkrise einen Preis von EUR 892.500,-. Dies war der höchste öffentlich gewordene Betrag, für den eine .de-Domain bis dahin je gehan-

delt wurde. Warum ist eine solche Domain, die man für wenige Euro registrieren kann, fast eine Million Euro wert?

Tim Schumacher zieht den altbekannten Vergleich mit Grundstücken. Domain-Namen, die Grundstücke des Internets: ein mittlerweile platter, weil immer und immer wiederholter Vergleich, aber doch der einzige, der Domains und ihren Wert angemessen beschreibt. Für [kredit.de](http://www.kredit.de), auf die Schumacher genauer eingeht, gilt: die Domain hatte zum Zeitpunkt des Kaufs monatlich etwa 5.000 zielgerichtete Besucher, die nach Kreditdienstleistungen suchten. Bei Pay-per-Click Raten von EUR 4,50 sind das im Monat EUR 22.500,-, die sich im Jahr auf EUR 270.000,- hochrechnen und alleine den vermeintlich hohen Preis von EUR 892.500,- in gut dreieinviertel Jahren amortisierten.

Ganz anders sähe die Rechnung eines Kreditdienstleisters aus, wenn er Inhaber dieser Domain wäre. Er sparte nicht nur monatliche Werbung im Wert von EUR 22.500,-, sondern er macht auch noch Abschlüsse über sein Angebot [kredit.de](http://www.kredit.de). Wo zuvor auf der geparkten [kredit.de](http://www.kredit.de) potentielle Kunden auch zur Konkurrenz, die dort Werbung schalten konnte, abgewandert wären, sähen sie sich nun nur einem Kreditdienstleister gegenüber. Auf Grundlage dessen wäre der Preis sogar als Schnäppchen zu betrachten, denn eine Domain bleibt. Zudem steigt die Anzahl der Internetnutzer, weshalb damit zu rechnen ist, dass immer mehr Nutzer die Seite besuchen werden. Doch der aktuelle Inhaber der Domain bietet derzeit ein Portal für Kreditdienstleistungen an, die er mehr oder weniger vermittelt, und wird so seine helle Freude an seiner Domain haben.

Tim Schumacher gibt auch einen Überblick über die Lage des Domain-Handels: Die aktuelle Krise ist nicht spurlos am Domain-Markt vorbeigegangen. Die Durchschnittspreise des Zweitmarktes sinken, doch werden immer mehr Domains gehandelt. Lag der Preis einer .de-Domain im Jahr 2008 durchschnittlich bei EUR 1.200,-, so kosten .de-Domains zur Zeit im Schnitt EUR 800,-. Alles in allem ist das erfreulich für Domain-Inhaber, und ihre Kunden.

## PhantasiaLand – WebhostingDay im März 2010

Der kommende WebhostingDay findet vom 17. bis 19. März 2010 in Brühl bei Köln statt. Das Ereignis ist mittlerweile das größte Treffen weltweit zum Thema Webhosting. Mehr als die Hälfte der Besucher stammen aus der CEO/CTO-Ebene.

Im März 2010 steht der sechste WebhostingDay an. Nachdem beim letzten Treffen im vergangenen Jahr die Teilnehmerzahlen verdoppelt werden konnten, haben die Veranstalter nun gleich das gesamte PhantasiaLand in Brühl bei Köln angemietet. Der Vergnügungspark ist für die Zeit des WebhostingDays für die Öffentlichkeit geschlossen. Das PhantasiaLand verfügt über zwei eigene Hotels, die unmittelbar am Park angesiedelt sind. Beide Hotels sind für den WebhostingDay 2010 komplett reserviert. Dadurch stehen insgesamt 1.136 Betten für die Teilnehmer zur Verfügung.

Auf der Agenda stehen Themen wie etwa aktuelle Trends für Webhosting, Internet und Hardware. Daneben können die Teilnehmer große Pausen einlegen und die Möglichkeiten des PhantasiaLandes ausschöpfen. Darüber hinaus gibt es reichlich Gelegenheit, um Kontakte zu knüpfen und zu feiern.

Weitere Informationen unter:  
<http://www.webhostingday.com>

<mailto:dingeldey@domainrecht.de>  
<mailto:RA@daniel-dingeldey.de>

[www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de)



# Besteuerung

**Steuern – Umschau Dezember 2009**

*RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erfstadt-Liblar*

## Leistungen einer ärztlichen Praxisausfallversicherung als Betriebseinnahmen?

Die Klägerin (Kl), eine Ärztin, hatte 1995 eine Praxisausfallversicherung abgeschlossen, wonach der Vermögensschaden zu ersetzen war, der durch die Unterbrechung des Betriebs infolge eines bestimmten Ereignisses entsteht (die fortlaufenden Betriebskosten). Schadensereignis in diesem Sinn waren Krankheit (Unfall) der den Betrieb verantwortlich leitenden Person und Quarantäne, d.h. die ordnungsbehördlich verfügte Schließung der Praxis. Die von ihr entrichteten Versicherungsprämien erfasste die Kl als Betriebsausgaben. Die in den Streitjahren 1998 bis 2000 aufgrund eines Unfalls gezahlten Versicherungsleistungen von insges. DM 220.000,- setzte sie jedoch nicht als Betriebseinnahmen an. Das FA bewertete die Entschädigungszahlungen aus der Praxisausfallversicherung bei der Veranlagung als Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit. Einspruch und Klage (Urteil des FG Mecklenburg-Vorpommern vom 20.12.2006 in EFG 2007,995) hatten keinen Erfolg. Der BFH jedoch hob mit Urteil vom 20.5.2009 (DB 2009, 1848 mit Anm.) die Vorentscheidung auf und verwies zurück.

Wenn sich die Versicherung auf ein betriebliches Risiko bezieht, sind die Beiträge Betriebsausgaben und deren Leistungen Betriebseinnahmen. Das Risiko krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit gehört hier jedoch zum Lebensführungsbereich, die Versicherungsleistungen sind insoweit nicht steuerbar, die Prämien hierfür nur als Sonderausgaben absetzbar. Unerheblich für die Abgrenzung der betrieblichen von der privaten Sphäre sei, dass die fortlaufenden, betrieblichen Ausgaben ersetzt wurden. Soweit die Praxisausfallversicherung das betriebliche Risiko der Quarantäne abdeckt, handelt es sich um eine betriebliche Versicherung, die Prämien insoweit sind Betriebsausgaben, Versicherungsleistungen insoweit Betriebseinnahmen. Die Kl hat hier erst beim BFH Erfolg gehabt, dass die Versicherungsleistungen nicht steuerbar sind, die Prämien hierfür nur als Sonderausgaben abzugsfähig.

## Erwerb eines Gebäudes in Abbruchsabsicht

Die Kläger (Kl) sind im Streitjahr 2002 zusammen zu veranlagende Eheleute. Der Kl erzielte mit einer Buchhandlung Einkünfte aus Gewerbebetrieb, die Klin solche aus nichtselbständiger Arbeit und aus VuV. Der Kl betrieb die Buchhandlung in dem in seinem Eigentum stehendem Gebäude B8. Zur Erweiterung seines Buchladens hatte er Räume im Obergeschoss des Nachbarhauses B10 angemietet, die er als Galerie nutzte. Mit notariellem Vertrag vom 9.8.2001 kaufte die Klin das Nachbargrundstück B10. Der Voreigentümer des Grundstücks B10 betrieb in den Räumen des Vorderhauses, soweit sie nicht an den Kl vermietet waren, einen Textileinzelhandel, den er zum Zeitpunkt des Besitzübergangs am 31.1.2002 aufgab. Die Klin trat in den Mietvertrag mit dem Kl ein. Sie beantragte mit Bauantrag vom 16.1.2002 den Teilabriss und Neuaufbau des Vorderhauses B10, ein um das Jahr 1800 errichtetes Fachwerkhäus. Noch im Februar des Streitjahres begann sie mit den Abbrucharbeiten des Gebäudes B10 und errichtete einen Neubau, den sie insgesamt an den Kl zum Betrieb der Buchhandlung vermietete. Die Abbruchkosten sowie den Restwert des Vorderhauses erklärte die Klin im Streitjahr als Herstellungskosten des Neubaus. In Anschluss an eine Außenprüfung beantragte sie jedoch, die Abbruchkosten und den Restwert für das Vorderhaus von insges. € 339.392,- in voller Höhe als außerordentliche AfA zu berücksichtigen. Das Gebäude habe sich beim Erwerb in gutem Zustand befunden und war voll funktionsfähig. Sie habe bei Erwerb nicht die Absicht gehabt, das Vorderhaus abzureißen, sondern es nach Sanierung und Umbauten weiter zu nut-

zen. Erst sehr viel später sei sie zu dem Entschluss gekommen, das Haus abzureißen. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren wies auch das Niedersächsische FG mit Urteil vom 26.3.2009 (EFG 2009, 1372, Revision zum BFH unter IX R 16/09) die Klage als unbegründet ab. Habe die Klin ein objektiv technisch und wirtschaftlich noch nicht verbrauchtes Gebäude erworben und beginne innerhalb von drei Jahren nach Anschaffung mit dessen Abriss, so spreche der Beweis des ersten Anscheins für einen Erwerb in Abbruchsabsicht. Beim Abschluss des Kaufvertrags wusste die Kl, dass es sich um ein altes Fachwerkhäus handelte und nach Umbau nicht fremdvermietet, sondern nur an den Kl vermietet werden sollte. Das vorhandene Gebäude entsprach nicht den Bedürfnissen des Kl, es musste vielmehr zeitnah abgerissen und durch einen auf die Buchhandlung des Kl zugeschnittenen Neubau gemäß der Baugenehmigung ersetzt werden. Selbst wenn die Klin mit dem Voreigentümer vor bzw. bei dem Kauf nur über Umbaumaßnahmen gesprochen habe, entkräfte dies nicht den Erwerb in Abbruchsabsicht schon bei Abschluss des Kaufvertrags.

## Steuerliche Anerkennung eines Ehegatten-Mietverhältnisses

Aufgrund eines schriftlichen Mietvertrags vom 15.4.1990 mietete die Ehefrau des Klägers (Kl) in dessen Haus ein Ladenlokal und Lagerraum zum Betrieb eines Antik-Geschäfts für monatlich DM 775,-. Nach einer Außenprüfung bei der Ehefrau in 1995 stellte der Prüfer für das Streitjahr 1991 u. a. fest, dass die Miete, die an den Kl monatlich im Voraus zu überweisen war, unregelmäßig und öfters nur gem. Barquittungen gezahlt wurden. Das FA folgte dem Prüfer und erkannte die Mietzahlungen für das Streitjahr i.H.v. DM 8147,- bei den gewerblichen Einkünften der Ehefrau im Einkommensteuerbescheid vom 3.1.1996 nicht als Betriebsausgaben an. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren wies auch das FG Saarland mit Urteil vom 25.11.2008 (Steuer-Telex 2009, 599) die Klage ab. Die in Abweichung vom schriftlichen Ehegatten-Mietvertrag baren und nicht fristgerechten Mietzahlungen stellten ein wichtiges Kriterium bei der steuerlichen Nichtanerkennung der Gestaltung dar. Die Mietzahlung sei hier nicht wie vereinbart durchgeführt worden. Der Kl erklärte selbst, seine Ehefrau habe die Miete unregelmäßig gezahlt, und zwar in Abhängigkeit von ihren Betriebseinnahmen. Die bloße Erstellung von entsprechenden Quittungen reiche nicht aus, um die Zahlungen der Ehefrau zu belegen.

## Einkünftezielungsabsicht bei nur vorübergehender Vermietung

Die im Streitjahr 2005 zusammen zu veranlagenden Eheleute und Kläger (Kl) erwarben mit notariellem Vertrag vom 11.12.2003 für € 253.000,- ein Grundstück mit einem darauf in 1952 erbauten Haus, das im Vertrag als abbruchsreif bezeichnet wurde. Sie vermieteten das Haus ab 1.8.2004 für zwei Jahre zu mtl. € 700,- zzgl. € 100,- für Nebenkosten. Diesen Vertrag hoben sie zum 30.4.2005 einvernehmlich auf. Die Kl gaben an, es sei beabsichtigt gewesen, das Objekt wiederum befristet an die Mutter des Kl entgeltlich zu überlassen. Mitte 2005 erfolgte jedoch der Abriss und anschließend ein Neubau mit drei Wohnungen, von denen die Kl eine Wohnung selbst nutzten, die Mutter eine Wohnung unentgeltlich nutzte und die dritte fremdvermietet wurde. Die Kl erklärten für das Streitjahr negative Einkünfte aus V+V in Höhe von ./ € 424,- (AfA von € 1280,- und Schuldzinsen von € 8755,-), die das FA wegen fehlender Einkünftezielungsabsicht nicht anerkannte. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung bestätigte dies auch das FG München mit Urteil vom 3.4.2009 (rkr., Steuer-Telex 2009, 632). Bei einer AfA von € 1280,- und Schuldzinsen von € 8755,- sowie Einnahmen von € 8400,- ergebe sich kein Totalüberschuss. Wenn keine dauerhafte Vermietung eines Objekts ge-

plant und lediglich die Dauer der geplanten vorübergehenden Vermietung streitig sei, komme die typisierende Annahme einer Einkünfteerzielungsabsicht nicht in Betracht.

Jede zeitliche Befristung eines Mietvertrags ist grundsätzlich schädlich, weil die typisierende Annahme der Einkünfteerzielungsabsicht eine auf Dauer angelegte Vermietung unterstellt.

#### **Ausnahmslos von Sicherheitsleistung abhängige Aussetzung der Vollziehung (AdV) nicht zulässig**

FA und das Niedersächsische FG machten mit Beschluss vom 21. 4. 2009 die Aussetzung der Vollziehung wegen Umsatzsteuer aus dem Betrieb von Geldspielautomaten abhängig von einer Sicherheitsleistung in entsprechender Höhe. Da das FG die Beschwerde zum BFH nicht zuließ, legte der Antragsteller Verfassungsbeschwerde ein. Die erste Kammer nahm diese an und

gab ihr statt (Beschluss vom 22. 9. 2009 – 1 BvR 1305/09, in DStR 2009,2146, PM in GuT 2009, 356). Eine Gerichtsentcheidung, die den Verzicht auf eine Sicherheitsleistung zur Aussetzung der Vollziehung von Umsatzsteuerfestsetzungen mit der Begründung für ausgeschlossen erklärt, ein umsatzsteuerpflichtiger Unternehmer könne eine Sicherheitsleistung stets aus den laufend vereinnahmten Umsatzsteuerbeträgen erbringen, führt unter Verkennung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zu einer unzumutbaren Beschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes.

Wieder einmal hat das BVerfG, nachdem es dem Niedersächs. Justizministerium, dem BMF und dem BFH Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte, einer bis zum BFH gängigen Praxis eine harsche Absage erteilt.

## Magazin

### Politik und Recht

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

#### **Einführung zur Urteilsverkündung im Verfahren „Ladenöffnungszeiten Berlin“ (1 BvR 2857/07; 1 BvR 2858/07) am 1. Dezember 2009**

Das heutige Urteil, das Verfassungsbeschwerden der Evangelischen und Katholischen Kirche gegen die gesetzliche Regelung der Ladenöffnungszeiten des Landes Berlin betrifft, klärt zwei Grundsatzfragen: zum einen die nach den Rechtsschutzmöglichkeiten der Kirchen hinsichtlich des Sonn- und Feiertagsschutzes, zum anderen die nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen.

1. Der Senat ist mehrheitlich zu dem Ergebnis gelangt, dass die beschwerdeführenden Kirchen geltend machen können, dass eine gesetzliche Regelung keinen hinreichenden Schutz der Sonntage und der kirchlichen Feiertage gewährleiste.

Das in Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG garantierte Grundrecht auf Religionsfreiheit, auf das sich die Kirchen berufen und berufen können, beinhaltet eine Schutzverpflichtung des Staates. Diese erfährt eine Konkretisierung durch den verfassungsrechtlich verankerten Sonn- und Feiertagsschutz nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV.

Bei der Sonn- und Feiertagsgarantie des Art. 139 WRV handelt es sich zwar nicht um ein Grundrecht oder grundrechtgleiches Recht, sie ist aber funktional auch auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung der Religionsfreiheit angelegt. Ihr ist ein religiöser, in der christlich-abendländischen Tradition wurzelnder Gehalt eigen, der mit einer weltlich-sozialen Zwecksetzung einhergeht. Der darin enthaltene Schutzauftrag an den Gesetzgeber gebietet die Gewährleistung eines Mindestschutzniveaus zugunsten der Religionsfreiheit der Kirchen.

2. Gesetzliche Schutzkonzepte müssen erkennbar die Sonn- und Feiertage als Tage der Arbeitsruhe zur Regel erheben. Ein bloß wirtschaftliches Umsatzinteresse der Verkaufsstelleninhaber

und ein alltägliches Erwerbsinteresse potenzieller Käufer genügen grundsätzlich nicht, um die Verkaufsstellenöffnung an diesen Tagen ausnahmsweise zu rechtfertigen.

3. Bezogen auf die konkreten gesetzlichen Regelungen des Berliner Ladenöffnungsgesetzes ist der Senat zu folgenden Ergebnissen gelangt:

Die kraft Gesetzes vorgesehene voraussetzungslose Freigabe aller vier Adventssonntage zur Ladenöffnung in der Zeit von 13.00 Uhr bis 20.00 Uhr wird dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag nicht gerecht und verletzt die beschwerdeführenden Kirchen in ihrem Grundrecht auf Religionsfreiheit. Allerdings bleibt die Regelung unter Berücksichtigung der Rechte und Interessen der Verkaufsstelleninhaber im Jahr 2009 noch anwendbar.

Die Bestimmung, wonach die Senatsverwaltung „im öffentlichen Interesse“ die Öffnung an höchstens vier weiteren Sonn- oder Feiertagen durch Allgemeinverfügung zulassen kann, bedarf einer verfassungskonformen Auslegung: zum einen ist ein öffentliches Interesse zu verlangen, das über das alleinige Umsatz- und Erwerbsinteresse auf Seiten der Verkaufsstelleninhaber und das alltägliche „Shoppinginteresse“ auf der Kundenseite hinausgeht und die Ausnahmen von der Arbeitsruhe rechtfertigt; zum anderen ist die Ladenöffnung auf den Zeitraum von 13.00 bis 20.00 Uhr zu begrenzen.

Die weiter angegriffenen Bestimmungen, insbesondere die Möglichkeit der Ladenöffnung an jährlich höchstens zwei zusätzlichen Sonn- oder Feiertagen aus Anlass „besonderer Ereignisse“, insbesondere von Firmenjubiläen und Straßenfesten, von 13.00 bis 20.00 Uhr nach vorheriger Anzeige der Inhaber, sind dagegen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Das gilt auch für das Zusammenwirken der nicht zu beanstandenden Regelungen.

**Hinw. d. Red.:** Mitgeteilt von der Pressestelle des BVerfG am 1. 12. 2009, 10:12 Uhr. Der Versand des vollständigen Urteils an die Redaktionen erfolgte unverzüglich nach Abschluss der Urteilsverkündung um 10:58 Uhr. Das Urteil ist in GuT 2009, 381 (in diesem Heft) abgedruckt.



**CDU/CSU-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 1.12.2009, 11:12 Uhr**

**Advent beginnt mit erfreulichem Urteil zum Sonntagsschutz  
Der Sonntag ist kein Tag wie jeder andere**

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsbeschwerde der Kirchen gegen das Berliner Ladenöffnungsgesetz erklärt die Beauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion für Kirchen und Religionsgemeinschaften, Ingrid Fischbach MdB:

Es ist erfreulich, dass das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, dass das Berliner Ladenöffnungsgesetz so nicht bestehen kann.

Das besonnene Urteil aus Karlsruhe unterstreicht, dass der Sonntag kein Tag wie jeder andere ist.

Zu Recht schützt unser Grundgesetz den Sonntag als Tag der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung. Der Sonntagsschutz kommt allen zugute: der arbeitsfreie Sonntag schafft Zeit für den gemeinsamen Gottesdienst und Besinnung. Der Sonntag ist der Tag, an dem Familien ihre freie Zeit gemeinsam gestalten können.

Der sonntägliche Abstand vom Alltag und von der täglichen Arbeit ist wichtig, um innezuhalten, auszuruhen, sich mit Familien und Freunden treffen zu können, persönlichen Interessen oder ehrenamtlichem Engagement nachgehen zu können. Diese wertvolle Zeit muss nun auch in Berlin weiter geschützt bleiben.

Genau zu Beginn der Adventszeit hat das Bundesverfassungsgericht heute ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, das die Öffnungszeiten für den Einzelhandel unter anderem an allen vier Adventssonntagen vorgesehen hatte.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 1.12.2009, 11:30 Uhr**

**Sonntagsschutz um des Menschen Willen  
Der Mensch ist nicht nur Konsument**

Zu dem heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Ladenöffnungszeiten an Sonntagen erklärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Günter Krings MdB:

Das heutige Grundsatzurteil des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu den Ladenöffnungszeiten an Sonntagen ist voll und ganz zu begrüßen. Es ist ein Sieg für den Sonn- und Feiertagsschutz in ganz Deutschland.

Der Mensch ist nicht nur Konsument. Er hat auch religiöse und soziale Bedürfnisse. Das Grundgesetz schützt den Sonntag daher sowohl aus religiösen wie sozialen Gründen.

Wenn Berlin alle vier Adventssonntage dem Einkaufen widmet, bleibt für viele Menschen kaum Zeit für ihre Familie und die Besinnung auf das nicht Alltägliche. Die Adventszeit ist ein zentraler Bestandteil unserer christlich geprägten europäischen Kultur. Das Karlsruher Urteil hat einen wesentlichen Beitrag zur Bewahrung dieser kulturellen Tradition geleistet und dem klaren Schutzauftrag unserer Verfassung zur Geltung verholfen.

Diesen Schutzauftrag hat der gegenwärtige rot-rote Senat in Berlin verkannt. Es ist gut, dass das Bundesverfassungsgericht dafür gesorgt hat, dass gewisse religiöse und soziale Mindeststandards in ganz Deutschland gelten.

**Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen  
Pressemitteilung vom 1.12.2009, 12:51 Uhr**

**Sonntagsschutz ist Grundrecht**

Zur Wiederherstellung des Sonntagsschutzes durch das Bundesverfassungsgericht erklärt Josef Winkler, stellvertretender Fraktionsvorsitzender und Sprecher für Kirchenpolitik und interreligiösen Dialog:

Wir begrüßen, dass das Bundesverfassungsgericht der Aufweichung des Sonntagsschutzes endlich einen Riegel vorge-schoben hat.

Der Sonntagsschutz ist im Grundgesetz verankert und kann deshalb nicht einfach so abgeschafft werden. Das merken jetzt auch die Bundesländer, die versucht haben, sich darüber hinwegzusetzen.

Der Sonntagsschutz ist ein hohes Verfassungsgut. Er dient der Religionsfreiheit, aber auch der Erholung, als Zeit für Familie und Besinnung. Diese Errungenschaft ist ein hohes Gut, das nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt werden sollte.

Kommerzielle Interessen haben eben nicht immer Vorrang, das wurde heute durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt.

Dass in Berlin gleich alle vier Adventssonntage dem Kommerz geopfert werden sollten, war eine politische Entgleisung ersten Ranges. Dies wurde nun zu Recht gestoppt.

**DStGB-Pressemitteilung vom 1.12.2009, 13:49 Uhr**

**Ladenschlussentscheidung des BVerfG  
DStGB zum Ladenschluss – Mehr Gestaltungsspielräume für Kommunen**

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund begrüßt es, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem heutigen Beschluss eine differenzierte Regelung getroffen hat, die sowohl dem Schutz der Kultur im christlichen Kontext als auch dem öffentlichen Interesse an gelegentlicher Belebung der Innenstädte zur Sonntagszeit gerecht wird.

Er schafft mehr Rechtssicherheit und bietet eine Richtschnur für künftige Regelungen in dieser Frage. „Angesichts der Vielfalt in der kommunalen Landschaft sollten die Landesgesetzgeber es künftig mehr den Kommunen ermöglichen, die verfassungskonformen Gestaltungsmöglichkeiten hierzu auszuüben. So kann den regionalen und lokalen Besonderheiten besser Rechnung getragen werden“, sagte der DStGB-Hauptgeschäftsführer Dr. Gerd Landsberg heute in Berlin.

Auch nach dem heutigen Beschluss bleibt in der Frage der Ladenöffnungszeiten an Sonntagen noch Gestaltungsspielraum. Diesen sollten künftig statt den Ländern vermehrt die Städte und Gemeinden selbst ausüben dürfen. Denn sie sind die bürgernähere Ebene und haben das Recht zur kommunalen Selbstverwaltung. Durch Satzung könnten sie – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben – ihrer speziellen Situation besser gerecht werden: „Dann könnten wir Ortskerne vor einer weiteren Verödung bewahren und auch außerhalb der gewohnten Öffnungszeiten wieder zu lebendigen Orten des Handels, der Kultur, des Arbeitens, und der Freizeit machen. Oder wir würden je nach Bedarf, z. B. in Kurorten, auch für die nötige Ruhe sorgen“, so Landsberg abschließend.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 1.12.2009, 14:21 Uhr**

**Den Sonntag für die Familie  
Grenzenloser Kommerzialisierung deutliche Grenzen gesetzt**

Anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der verkaufsoffenen Adventssonntage in Berlin erklären die familienpolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dorothee Bär MdB und die Justiziarin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Michaela Noll MdB:

Die verkaufsoffenen Adventssonntage in Berlin verstoßen gegen den im Grundgesetz verankerten Schutz der Sonntagsruhe. Das Bundesverfassungsgericht hat sie daher zu Recht für verfassungswidrig erklärt.

Die Menschen brauchen einen Tag in der Woche zum physischen und mentalen Kräfteschöpfen. Die beständig wachsenden Anforderungen unserer Arbeitswelt machen den Sonntag

im Interesse der Familien, zur Pflege von Sozialbeziehungen und nicht zuletzt für kirchliche Aktivitäten unverzichtbar. Insbesondere Frauen sind häufig als Arbeitnehmerinnen von verkaufsoffenen Sonntagen betroffen.

Mit seiner Entscheidung setzt das Gericht einer grenzenlosen Kommerzialisierung deutliche Grenzen, nicht nur in Berlin, sondern auch mit Blick auf die anderen Bundesländer.

Bereits jetzt dürfen die Geschäfte in Berlin rund um die Uhr öffnen. Den Sonntag dennoch zu einem regulären Arbeitstag zu erklären, würde für die Betroffenen 24 Stunden, 7 Tage die Woche Arbeitsalltag bedeuten. Unser Grundgesetz gebietet es aber, nicht alle Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens ausnahmslos geschäftlichen Aspekten unterzuordnen.

Die noch aus der Weimarer Republik stammende Regelung zur Sonntagsruhe wurde seinerzeit in das Grundgesetz übertragen. Sie beruht auf einer historisch und verfassungsrechtlich verankerten Tradition, die ihre Berechtigung im Schutz der Arbeitnehmer und im Schutz der Familie findet. Dem werden die vier verkaufsoffenen Adventssonntage nicht gerecht. Dies wurde nun höchstrichterlich bestätigt.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1.12.2009, 17:46 Uhr**

#### **Sonntagsschutz ist Kulturschutz Der freie Sonntag fördert Familie und Freundschaft, lässt Zeit für Kultur, Bildung, Sport und Ehrenamt**

Anlässlich des heutigen Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Sonntagsschutz erklären der kultur- und medienpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Wolfgang Bönnsen (Bönstrup) MdB und der Obmann der Arbeitsgruppe Kultur und Medien Marco Wanderwitz MdB:

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zum Sonntagsschutz ist auch ein Urteil für den Kulturschutz. Der Erhalt der Sonntagskultur war der Union stets ein besonderes Anliegen.

Konsum und Kommerz dürfen nicht allein zeit- und lebensbestimmend werden. Der freie Bürger bestimmt sich durch ein Wertebewusstsein, das aus Kultur, Bildung und Glaube erwächst. Der arbeitsfreie Sonntag ist ein kleiner Baustein, ein durch die Verfassung geschütztes Zeitfenster, das hierzu beiträgt.

Wir haben eine bestehende von unseren Bürgern in großer Mehrheit gewollte Sonntagskultur. Sie ist mit ihren vielen unterschiedlichen Facetten schützenswert. Der arbeitsfreie Sonntag ist eine gewollte Unterbrechung der Arbeitswoche. Viele Bereiche unseres gesellschaftlichen Lebens würden ohne einen freien Sonntag in Frage gestellt. Ehrenamtliches Engagement beruht zum großen Teil auf der Zeit, die der Sonntag bietet. Sport und Vereinsleben sind in der jetzigen Form ohne den freien Sonntag überhaupt nicht denkbar. Bildung und Kultur als Quelle für Betätigung, Muße und Freude des Einzelnen sind nur durch einen arbeitsfreien Sonntag zu pflegen.

Vornehmlich ist der Sonntag auch der Tag für Familie und Freundschaften. In unserer hektischen Welt wird es immer schwieriger diese zu erhalten. Gemeinsame Kulturexperiences mit Familie oder Freunden verschaffen den nötigen Abstand zur Arbeit und geben neue Kraft für die nächsten Tage. Der Sonntag bietet hier für alle einen gemeinsamen Ankerpunkt. Der freie Sonntag fördert Familie und Freundschaft, lässt Zeit für Kultur, Bildung, Sport und Ehrenamt. Der Sonntag ist ein christlicher Feiertag und er sollte es bleiben.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 30.11.2009**

#### **Zur Kirche gehoert ein Kirchturm**

Aus Anlass des Ausgangs des schweizerischen Referendums zum Bau von Minaretten erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Olaf Scholz:

Das Ergebnis des Schweizer Referendums ist ein falsches Signal. Muslime und Musliminnen muessen Moscheen bauen koennen. Dazu gehoert auch ein Minarett, so wie der Kirchturm zur Kirche. Wir stehen fuer eine Gesellschaft, zu deren Grundlagen es gehoert, dass die Religion in gegenseitigem Respekt und Toleranz ungehindert ausgeuebt werden kann. Unser Ziel muss ein tolerantes Miteinander sein, bei dem wir aufeinander Ruecksicht nehmen.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 30.11.2009**

#### **Minarett-Verbot verstößt gegen Menschenrechtskonventionen**

Zu dem Ergebnis der Volksabstimmung zum Minarettbauverbot in der Schweiz erklärt Josef Winkler, stellvertretender Fraktionsvorsitzender und Sprecher für Kirchenpolitik und interreligiösen Dialog:

Das Verbot von Minarettbauten verstößt gegen die in der europäischen Menschenrechtskonvention garantierte Religionsfreiheit und fügt dem Ansehen der Schweiz schweren Schaden zu. Zugleich signalisiert es allen europäischen Muslimen, dass mitten in Europa nur Christen ihren Glauben im öffentlichen Raum praktizieren dürfen. Muslime haben sich im Verborgenen zu halten, so das Signal aus der Schweiz.

In Deutschland wäre ein solches Verbot undenkbar. Die grundgesetzlich garantierte Religionsfreiheit umfasst nicht nur die private Ausübung der Religion, sondern schützt auch die Religionsgemeinschaft als ganzes und lässt ein Verbot der Sichtbarkeit religiöser Versammlungsräume nicht zu.

Dass sich in Deutschland viele Moscheen in Hinterhöfen, Industrie- und Gewerbegebieten befinden, wird von vielen Muslimen zurecht als unwürdig empfunden.

Zugleich ist nicht zu leugnen, dass es vor Moscheebauten - ob mit oder ohne Minarett - immer wieder Bedenken in der nichtmuslimischen Bevölkerung gibt, die ernst genommen werden müssen und über die offen diskutiert werden sollte.

Das Recht islamischer Gemeinden, auch in repräsentativen Bauten ihren Glauben praktizieren zu dürfen, darf hierbei aber nicht zur Disposition stehen.

### **BVerfG-Pressemitteilung Nr.138/2009 vom 10.12.2009**

#### **Verfassungsbeschwerde gegen Bußgeld wegen Klavierspiels am Sonntag erfolgreich**

Der Beschwerdeführer bewohnt mit seiner Ehefrau und sechs Kindern ein Reihenhaus in Berlin. Nach dem Beschwerdevorbringen sind alle Familienmitglieder „musikbegeistert, einige praktizierende Musiker“. Die Tochter des Beschwerdeführers übt jeden Tag am späten Nachmittag für etwa eine Stunde Klavier. Als sie an einem Sonntag im Februar 2008 wiederum Klavier übte, rief der Nachbar, der sich durch das Klavierspiel gestört fühlte, nach ca. 1/2 bis 3/4 Stunde die Polizei. Nachdem die Polizeibeamten gegangen waren, übte die Tochter noch ca. 15 Minuten weiter Klavier. Das zuständige Bezirksamt setzte wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen das Verbot, an Sonn- und Feiertagen Lärm zu verursachen, durch den jemand in seiner Ruhe erheblich gestört wird (§ 4 LImSchG Bln), eine Geldbuße in Höhe von 75,- € gegen den Beschwerdeführer fest. Auf seinen Einspruch hin reduzierte das Amtsgericht die Geldbuße auf 50,- €. Der vor dem Amtsgericht als Zeuge vernommene Polizeibeamte bekundete, dass er das von ihm wahrgenommene Klavierspiel wie der Nachbar als störend empfunden habe. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung der Rechtsbeschwerde wurde vom Kammergericht verworfen.

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat auf die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Ent-



scheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen (Beschluss vom 17. 11. 2009 – 1 BvR 2717/08). Das Urteil des Amtsgerichts verletzt den Beschwerdeführer in seinem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 103 Abs. 2 GG, weil es die §§ 4, 15 Abs. 1 Nr. 4 Landes-Immissionsschutzgesetz Berlin (LImSchG Bln) in nicht verfassungsgemäßer Weise anwendet. Bei der vom Amtsgericht vorgenommenen Rechtsanwendung im vorliegenden Fall ist für den Normadressaten nicht hinreichend erkennbar, wann das Musizieren in der eigenen Wohnung an Sonn- und Feiertagen eine „erhebliche Ruhestörung“ im Sinne von § 4 LImSchG Bln darstellt.

Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein besonderes Bestimmtheitsgebot, das den Gesetzgeber verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit oder Bußgeldbewehrung so konkret zu umschreiben, dass der Normadressat erkennen kann, welches Verhalten der Gesetzgeber sanktioniert. Für die Rechtsprechung folgt daraus, dass jede Rechtsanwendung verboten ist, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Gemessen daran verletzt das Urteil des Amtsgerichts den Beschwerdeführer in seinem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 103 Abs. 2 GG. Das Amtsgericht geht offenbar - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Kammergerichts und entsprechend Ziffer 4 Abs. 2 der Ausführungsvorschriften zum LImSchG Bln - davon aus, dass bei verhaltensbedingten Geräuschimmissionen jeder verständige, nicht besonders geräuschempfindliche Mensch feststellen könne, ob eine erhebliche Ruhestörung vorliege und sieht im Ausgangsfall auf der Grundlage der Aussagen des Nachbarn und des hinzugerufenen Polizeibeamten eine erhebliche Ruhestörung durch das sonntägliche Klavierspiel als erwiesen an. Das Amtsgericht unternimmt keinen Versuch, den normativen Gehalt des auslegungsbedürftigen Begriffs „erhebliche Ruhestörung“ zu erfassen und dieses Tatbestandsmerkmal auch im Hinblick auf das Musizieren in der eigenen Wohnung begrifflich zu präzisieren. Die Entscheidung darüber, ob eine „erhebliche Ruhestörung“ vorliegt, wird vielmehr dem als Zeugen vernommenen Polizeibeamten überlassen. Diese Rechtsanwendung räumt der zuständigen Behörde erhebliche Spielräume schon bei der Beantwortung der Frage ein, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 4, 15 Abs. 1 Nr. 4 LImSchG Bln vorliegen. Sie erhöht damit die den Vorschriften anhaftenden Ungewissheiten in einer den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht genügenden Weise. Denn bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Amtsgerichts wird die Entscheidung über die Sanktionsbedürftigkeit eines Verhaltens nicht generell-abstrakt durch den Gesetzgeber, sondern durch die vollziehende Gewalt für den konkreten Einzelfall getroffen.

Da das Amtsgericht die Vorschriften jedenfalls in einer Weise angewendet hat, die mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar ist, kann dahinstehen, ob der aus § 4 und § 15 Abs. 1 Nr. 4 LImSchG Bln zusammengesetzte Ordnungswidrigkeitentatbestand als solcher den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügt.

#### **EuGH-Pressemitteilung Nr. 44/09 vom 19. 5. 2009**

#### **Urteile des Gerichtshofs in der Rechtssache C-531/06 und in den verbundenen Rechtssachen C-171/07 u. a.**

Kommission / Italien  
Apothekerkammer des Saarlandes u. a.

#### **Besitz und Betrieb einer Apotheke dürfen Apothekern vorbehalten bleiben**

#### **Die italienischen und die deutschen Rechtsvorschriften, die eine solche Regel vorsehen, finden ihre Rechtfertigung im Ziel der Gewährleistung einer sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung**

Heute hat der Gerichtshof mehrere Rechtssachen abgeschlossen, die die Regelung des Eigentums an Apotheken betreffen.

In diesen Rechtssachen geht es hauptsächlich um die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht den Vorschriften des italienischen und des deutschen Rechts entgegensteht, die vorsehen, dass nur Apotheker eine Apotheke besitzen und betreiben dürfen.

Die verbundenen Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u. a.) gehen darauf zurück, dass das zuständige saarländische Ministerium der niederländischen Aktiengesellschaft DocMorris die Erlaubnis erteilt hat, ab dem 1. Juli 2006 eine Filialapotheke in Saarbrücken zu betreiben. Mehrere Apotheker und ihre Berufsverbände haben die Entscheidung des Ministeriums wegen Unvereinbarkeit mit dem deutschen Recht, das das Recht zum Besitz und Betrieb von Apotheken Apothekern vorbehält, vor dem Verwaltungsgericht des Saarlandes angefochten.

Das Verwaltungsgericht hat den Gerichtshof angerufen, um klären zu lassen, ob die Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit dahin auszulegen sind, dass sie einer derartigen Regelung entgegenstehen.

In der Rechtssache C-531/06 (Kommission / Italien) hat die Kommission unter anderem beantragt, festzustellen, dass Italien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, dass es den Besitz und den Betrieb privater Apotheken Apothekern vorbehält.

In seinen heutigen Urteilen stellt der Gerichtshof fest, dass der Ausschluss von Nichtapothekern vom Betrieb einer Apotheke oder vom Erwerb von Beteiligungen an Apotheken betreibenden Gesellschaften eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Kapitalverkehrs darstellt.

Diese Beschränkung lässt sich jedoch mit dem Ziel rechtfertigen, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen.

Wenn eine Ungewissheit hinsichtlich des Vorliegens oder der Bedeutung von Gefahren für die menschliche Gesundheit bleibt, muss der Mitgliedstaat Schutzmaßnahmen treffen können, ohne warten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist. Außerdem kann der Mitgliedstaat diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, wozu im Einzelnen eine Gefahr für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehört, weitestmöglich verringern.

In diesem Zusammenhang betont der Gerichtshof den ganz besonderen Charakter der Arzneimittel, deren therapeutische Wirkungen sie substanzial von den übrigen Waren unterscheiden.

Aufgrund dieser therapeutischen Wirkungen können Arzneimittel, wenn sie ohne Not oder falsch eingenommen werden, der Gesundheit schweren Schaden zufügen, ohne dass der Patient sich dessen bei ihrer Verabreichung bewusst sein kann.

Eine übermäßige Einnahme oder falsche Verwendung von Arzneimitteln führt außerdem zu einer Verschwendung finanzieller Mittel, die umso schädlicher ist, als der Pharmabereich erhebliche Kosten verursacht und wachsenden Bedürfnissen entsprechen muss, während die finanziellen Mittel, die für die Gesundheitspflege bereitgestellt werden können, unabhängig von der Art und Weise der Finanzierung nicht unbegrenzt sind.

Da die Mitgliedstaaten befugt sind, über das Niveau des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu entscheiden, können sie verlangen, dass Arzneimittel von Apothekern vertrieben werden, die über tatsächliche berufliche Unabhängigkeit verfügen.

Es lässt sich nicht leugnen, dass ein Apotheker ebenso wie andere Personen das Ziel verfolgt, Gewinne zu erwirtschaften. Als Berufsapotheker ist bei ihm aber davon auszugehen, dass er die Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreibt, sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Sein privates Interesse an Gewinnerzielung wird somit durch seine Ausbildung, seine berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt, da ein etwaiger Verstoß ge-

gen Rechtsvorschriften oder berufsrechtliche Regeln nicht nur den Wert seiner Investition, sondern auch seine eigene berufliche Existenz erschüttert.

Nichtapotheker unterscheiden sich von Apothekern dadurch, dass sie definitionsgemäß keine derjenigen der Apotheker entsprechende Ausbildung, Erfahrung und Verantwortung haben. Demnach bieten sie nicht die gleichen Garantien wie Apotheker.

Folglich kann ein Mitgliedstaat im Rahmen seines Wertungsspielraums der Ansicht sein, dass der Betrieb einer Apotheke durch einen Nichtapotheker eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere für die Sicherheit und Qualität des Einzelhandelsvertriebs der Arzneimittel, darstellen kann.

Es ist auch nicht erwiesen, dass eine weniger beschränkende Maßnahme als der Ausschluss von Nichtapothekern es erlauben würde, ebenso wirksam das sich aus der Anwendung dieser Regel ergebende Niveau der Sicherheit und Qualität der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen.

Aufgrund seines Wertungsspielraums kann ein Mitgliedstaat der Ansicht sein, dass die Gefahr besteht, dass in der Praxis gegen weniger beschränkende Regeln zur Sicherstellung der beruflichen Unabhängigkeit der Apotheker, wie etwa ein Kontroll- und Sanktionssystem, verstoßen wird, weil das Interesse eines Nichtapothekers an der Erzielung von Gewinnen nicht entsprechend dem der selbständigen Apotheker gemäßigt würde und die Unterstellung von Apothekern als Angestellte unter einen Betreiber es für sie schwierig machen könnte, sich den von diesem Betreiber erteilten Anweisungen zu widersetzen.

Der Gerichtshof gelangt zu dem Ergebnis, dass die Niederlassungsfreiheit und der freie Kapitalverkehr einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die Personen, die keine Apotheker sind, den Besitz und den Betrieb von Apotheken verbietet.

Der Gerichtshof weist auch die Klage wegen Vertragsverletzung, die die Kommission gegen Italien erhoben hat, ab und stellt fest, dass nicht nur der Ausschluss der Nichtapotheker vom Betrieb einer privaten Apotheke gerechtfertigt sein kann, sondern auch das die Vertriebsunternehmen pharmazeutischer Produkte treffende Verbot, sich an kommunalen Apotheken zu beteiligen.

#### **BMJ-Newsletter vom 4. 12. 2009**

##### **Durchbruch für das Gemeinschaftspatent: Ministerrat einigt sich auf Patentreformen**

##### **Der Ministerrat in Brüssel hat heute Kernelemente für Reformen des europäischen Patentsystems angenommen.**

Dazu erklärte Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger: Dies ist ein guter Tag für die Innovation in Deutschland und Europa. Für die deutschen Unternehmen wird es künftig ein zügig erteiltes Patent geben, das in der ganzen EU gilt. Die EU beweist, dass es trotz unterschiedlicher Interessen gelingt, mit dem Schutz technischer Erfindungen den Binnenmarkt zu stärken. Ein starkes Patentrecht ist ein Motor für Innovationen. Deutschland als „Patenteuropameister“ wird davon am meisten profitieren.

Die Eckpunkte der Einigung:

Die Minister billigten heute die Verordnung über das Gemeinschaftspatent, die jetzt zur weiteren Beratung ins Europäische Parlament geht. Diese Verordnung soll ermöglichen, dass Erfindungen mit der Patenterteilung sofort EU-weiten Rechtsschutz genießen. Der heutige Beschluss der Minister enthält dazu Kriterien über die Verteilung der Patentgebühren auf die Mitgliedstaaten und die Zusammenarbeit der Patentämter.

Außerdem sprachen sich die Minister dafür aus, ein einheitliches europäisches Patentgericht zu schaffen. Damit sollen die Durchsetzung von Patenten erleichtert und widersprüchliche

Entscheidungen nationaler Gerichte künftig vermieden werden. Das europäische Patentgericht soll auf den bewährten nationalen Gerichtsstrukturen aufbauen und ortsnah zu den Verfahrensparteien arbeiten. Ein Berufungsgericht stellt die Einheitlichkeit der Patentrechtsprechung sicher.

Über die Einzelheiten der Ausgestaltung der neuen Gerichtsstruktur muss im kommenden Jahr weiterverhandelt werden. Derzeit prüft der Europäische Gerichtshof, ob der den Ministern vorliegende Text europarechtlichen Anforderungen angepasst werden muss.

#### **BMJ-Newsletter vom 8. 12. 2009**

##### **4. IT-Gipfel: Datenschutz verbessern – Eigenverantwortung stärken**

Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger diskutiert heute mit Vertretern aus Internetwirtschaft, Verwaltung, Medien und Netzgemeinde über das Spannungsverhältnis der Eigenverantwortung von Nutzern, Selbstregulierung der IT-Wirtschaft und staatlichen Aufsichtspflichten. Anschließend stellt das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) der Bundeskanzlerin und der Bundesjustizministerin das neue Patentsystem DEPATIS vor. Dazu erklärt die Bundesjustizministerin:

Die Bundesregierung will die offene Kommunikation im Internet und die dadurch entstehenden Chancen für die Freiheit jedes einzelnen fördern und stärken. Dazu wollen wir die Bürgerrechte schützen und den Datenschutz ausbauen.

Mehr Aufklärung im Sinne von „Selbstdatenschutz“ ist der konsequente Weg, mit den Risiken einer immer offeneren Kommunikation im Internet umzugehen. Gleichzeitig muss das Internet vor Überregulierung und Zensur geschützt werden. Nicht alle Probleme müssen staatlich geregelt werden. Die Internetwirtschaft muss mehr Verantwortung übernehmen und mehr Vertrauen schaffen. Die geplante Stiftung Datenschutz eröffnet einen völlig neuen Weg, Chancen und Risiken der Kommunikation im Internet zu versöhnen. Künftig sollen Unternehmen Produkte und Dienstleistungen entwickeln können, die durch eine Art Gütesiegel als datenschutzfreundlich zertifiziert werden. Freiheit braucht offene Kommunikationsräume, die nach transparenten Regeln funktionieren.

Die Bundesregierung fördert neben den Chancen für eine freie und offene Kommunikation genauso die wirtschaftlichen Potentiale. Das heute vorgestellte Patentsystem DEPATIS vereinfacht die Arbeit der mehr als 800 Patentprüferinnen und Patentprüfer im DPMA. Mit DEPATIS können die Patentprüfer anhand von 70 Millionen Patentdokumenten aus der ganzen Welt schnell und zuverlässig prüfen, ob eine angemeldete Erfindung neu ist und patentiert werden kann. Dass das Rechensystem demnächst den Bürgerinnen und Bürgern wie der Wirtschaft zur Verfügung steht, stärkt die Innovationskraft in Deutschland.

DEPATIS setzt neue Maßstäbe im Bereich des E-Governments. Der einzigartige Bestand an Original-Dokumenten kann künftig ohne große Bürokratie und mit geringem Aufwand von Forschungseinrichtungen, Erfindern und Entwicklungsabteilungen in Unternehmen genutzt werden. Damit lassen sich die Erfolgsaussichten einer Patentanmeldung bereits im Vorfeld tagessaktuell und zuverlässig abschätzen.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 106/2009 vom 23. 9. 2009**

##### **Verfassungsbeschwerde gegen neue Begleitgesetze zum Vertrag von Lissabon erfolglos**

Die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat eine Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und die am 8. September 2009 vom Bundestag verabschiedeten Begleitgesetze nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 22. 9. 2009 – 2 BvR 2136/09). Die am 17. September 2009 dargelegte erhobene



ne Verfassungsbeschwerde war unzulässig. Der Beschwerdeführer hat eine Verletzung des von ihm gerügten grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 38 Abs. 1 und Abs. 2 GG nicht ausreichend begründet. Die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland bei der Ratifikation des Vertrags von Lissabon nach Art. 19 Buchstabe c des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens einen völkerrechtlichen Vorbehalt anbringen dürfte, musste die Kammer nicht entscheiden. Nach dem Vortrag des Beschwerdeführers war jedenfalls kein verfassungsrechtlicher Bedarf für einen solchen Vorbehalt erkennbar, denn die europäische Integration ist verfassungskonform realisierbar. Dies hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts bereits mit Urteil vom 30. Juni 2009 (2 BvE 2/08 u. a.) entschieden (vgl. Pressemitteilung Nr. 72/2009 vom 30. Juni 2009 [= GuT 2009, 166]). Soweit der Beschwerdeführer die Begleitgesetze angreift, war die Verfassungsbeschwerde auch deshalb nicht zulässig, weil zum Zeitpunkt ihrer Einlegung mangels Zustimmung des Bundesrates noch kein ordnungsgemäß zustandekommenes Gesetz vorlag.

**Hinw. d. Red.:** Siehe auch das weitere „Gesetz zur Umsetzung der Grundgesetzänderungen für die Ratifizierung des Vertrags von Lissabon“ vom 1. 12. 2009, BGBl 2009 I, S. 3822. – Zum Vertrag von Lissabon vgl. Köhler GuT 2009, 372 und Heinz GuT 2009, 374 (jew. in diesem Heft).

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 137/2009 vom 9. 12. 2009**

##### **Eilantrag gegen Abschiebung nach Griechenland im Dublin II-Verfahren erfolgreich**

Der Antragsteller ist eritreischer Staatsangehöriger. Anlässlich eines beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gestellten Asylantrags stellte dieses fest, dass der Antragsteller zuvor in Griechenland registriert worden war. Es entschied, dass der Asylantrag unzulässig sei und ordnete die Abschiebung nach Griechenland an, das in Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003, der so genannten Dublin II Verordnung, zur Rückübernahme des Antragstellers verpflichtet sei.

Das Verwaltungsgericht Düsseldorf lehnte einen gegen die Abschiebung gerichteten Eilantrag ab, weil das Asylverfahrensgesetz es ausschließe, Abschiebungen in einen nach der Dublin II Verordnung für die Behandlung eines Asylantrags zuständigen Mitgliedstaat der Europäischen Union im vorläufigen Rechtsschutz auszusetzen. Mit seiner Verfassungsbeschwerde begehrt der Antragsteller die Aufhebung dieses Beschlusses.

Die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die einstweilige Anordnung erlassen und die Abschiebung des Antragstellers vorläufig ausgesetzt (Beschluss vom 8. 12. 2009 – 2 BvR 2780/09). Dafür war - wie in dem der einstweiligen Anordnung vom 8. September 2009 - 2 BvQ 56/09 - zugrundeliegenden Fall (Pressemitteilung Nr. 103/2009 vom 9. September 2009) - ausschlaggebend, dass möglicherweise bereits mit der Abschiebung oder in ihrer Folge eintretende Rechtsbeeinträchtigungen nicht mehr verhindert oder rückgängig gemacht werden könnten.

Die Verfassungsbeschwerde ist weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet. Sie gibt Anlass zur Untersuchung, ob die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996 – 2 BvR 1938, 2315/93 - (BVerfGE 94, 49) zu Art. 16a Abs. 2 GG entwickelten Vorgaben zu den verfassungsrechtlich gebotenen Ausnahmen vom Ausschluss des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Abschiebung von Asylantragstellern in für die Behandlung des Asylbegehrens zuständige Drittstaaten zu präzisieren sind. Darüber hinaus ist zu klären, ob Fallkonstellationen denkbar sind, in denen die Abschiebung eines Asylantragstellers in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union im vorläufigen Rechtsschutz ausgesetzt werden darf, wie dies europarechtlich nach der Dublin II Verordnung möglich ist.

Dabei könnte auch zu klären sein, ob und welche Vorgaben das Grundgesetz zur Gewährung vorläufigen Schutzes für den

Zeitraum trifft, den die Organe der Europäischen Union benötigen, Erkenntnisse über für Asylsuchende bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite des Asylsystems eines Mitgliedstaats auszuwerten und erforderliche Maßnahmen durchzusetzen. Bei der Würdigung von Art. 16a Abs. 2 und Abs. 5 GG sowie Art. 19 Abs. 4 GG können in diesem Zusammenhang auch die Anforderungen des Rechts der Europäischen Union zur Erhaltung und Weiterentwicklung der Europäischen Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine Rolle spielen, da der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 16a GG die Grundlage für eine europäische Gesamtregelung der Schutzgewährung für Flüchtlinge mit dem Ziel einer Lastenverteilung zwischen den an einem solchen System beteiligten Staaten geschaffen hat.

Zudem kann auch die Frage erheblich werden, welche Auswirkungen der europarechtliche Grundsatz der Solidarität, der im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch für eine gemeinsame Asylpolitik Geltung beansprucht, bei einer erheblichen Überlastung des Asylsystems eines Mitgliedstaats auf die Rechte des einzelnen Asylantragstellers und auf die Auslegung des Grundgesetzes hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat bisher in fünf weiteren Fällen Überstellungen von Asylantragstellern nach Griechenland einstweilen untersagt. Eine erste Entscheidung in der Hauptsache wird bis zum Sommer 2010 angestrebt.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 139/2009 vom 11. 12. 2009**

##### **Die Erhebung von „Beiträgen“ nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz ist mit dem Grundgesetz vereinbar**

Am 1. August 1998 trat in der Bundesrepublik Deutschland das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG) in Kraft. Dieses verpflichtet Einlagenkreditinstitute sowie Kreditinstitute und andere Finanzdienstleistungsinstitute mit bestimmten Erlaubnissen unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen, ihre Einlagen und Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften durch die Zugehörigkeit zu einer Entschädigungseinrichtung zu sichern. Hierzu unterscheidet das Gesetz drei verschiedene Institutsgruppen, die entweder der Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH oder der Entschädigungseinrichtung des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands GmbH oder der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen zugeordnet sind. Die Entschädigungseinrichtungen haben die Aufgabe, die Beiträge der ihnen zugeordneten Institute einzuziehen, die Mittel anzulegen und im Entschädigungsfall die Gläubiger für nicht zurückgezahlte Einlagen oder für nicht erfüllte Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften zu entschädigen. Die Mittel zur Finanzierung der Entschädigung werden nach dem Kostendeckungsprinzip durch Beiträge der Institute erbracht, die der Entschädigungseinrichtung zugeordnet sind. Das Gesetz unterscheidet zwischen Jahresbeiträgen, Einmalzahlungen erstmals zugeordneter Institute, den Erstbeiträgen sowie den Sonderbeiträgen. Nach den gesetzlichen Bestimmungen hat die Entschädigungseinrichtung Sonderbeiträge zu erheben und Kredite aufzunehmen, wenn dies zur Durchführung eines Entschädigungsverfahrens erforderlich ist. Auf der Grundlage dieses Gesetzes regelt die Verordnung über die Beiträge zu der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau (BeitragsVO) die Höhe der abzuführenden Beiträge und Einmaleinzahlungen.

Die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorschriften zur Beitragserhebung, die in den für die Jahre 1999 bis 2001 geltenden Fassungen im Verfahren der Verfassungsbeschwerde maßgeblich waren, wurden zuletzt im August 2009 erheblich modifiziert. Neben der Erhöhung des Entschädigungsanspruchs des Anlegers und einer Beschleunigung der Auszahlung der Entschädigungsleistungen hat der Gesetzgeber die Regelungen zur Erhebung der Sonderbeiträge konkretisiert. Die grundsätzliche

Risikoverteilung durch Zuordnung der Institute zu unterschiedlichen Entschädigungseinrichtungen mit jeweils voneinander getrennten Entschädigungsaufgaben ist jedoch unverändert geblieben.

Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft, die sowohl börsliche als auch außerbörsliche Wertpapiergeschäfte betreibt und der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen zugeordnet ist. Gegen die von der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen festgesetzten Jahresbeiträge für die Jahre 1999, 2000 und 2001 legte sie Widersprüche ein, die das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen jeweils zurückwies. Die Klage und die Revision zum Bundesverwaltungsgericht gegen diese Bescheide blieben erfolglos. Mit der Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin insbesondere, dass es sich bei den Jahresbeiträgen nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz um verfassungswidrige Sonderabgaben handele.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die teilweise zulässige Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen (Beschluss vom 24. 11. 2009 – 2 BvR 1387/04). Die Beschwerdeführerin ist durch die Erhebung der Jahresbeiträge nach § 8 Abs. 2, 3 EAEG in Verbindung mit der Beitragsverordnung nicht in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt. Das Gesetz greift zwar in den Schutzbereich dieses Grundrechts ein, die Erhebung dieser Abgabe erfüllt aber die strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen einer zulässigen Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, soweit sie sich gegen die gesetzliche Ermächtigung zur Erhebung von *Sonderbeiträgen* nach § 8 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 EAEG (2001) in Verbindung mit § 3 BeitragsVO (2000) richtet, weil die Beschwerdeführerin insoweit nicht beschwert und die Verfassungsbeschwerde darüber hinaus auch verfristet ist. Soweit die Beschwerdeführerin die Verfassungswidrigkeit der Erhebung der *Jahresbeiträge* nach § 8 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 EAEG iVm §§ 1, 2 BeitragsVO rügt, ist die Verfassungsbeschwerde zulässig.

Unbeschadet der damit verbundenen Begrenzung der zulässigen Verfassungsbeschwerde auf die Erhebung von Jahresbeiträgen ist das Grundkonzept der Risikozuweisung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz in die verfassungsrechtliche Würdigung der Jahresbeiträge einzubeziehen. Schon die Belastung mit Jahresbeiträgen ist Ausdruck einer spezifischen Risikozuweisung an die Abgabepflichtigen. Mit der Zuordnung zur Entschädigungseinrichtung für Institute nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EAEG („andere Institute“) wird die Beschwerdeführerin gemäß § 8 Abs. 1 EAEG zwar in noch unbestimmter Höhe, aber dem Grunde nach für Entschädigungsfälle innerhalb der Gruppe der der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau zugeordneten Institute in Anspruch genommen.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet. Insbesondere Art. 12 GG ist nicht verletzt, auch wenn die angegriffene Abgabenregelung in die Berufsfreiheit der Abgabepflichtigen eingreift. Die vom Gesetz als Beitrag bezeichnete Abgabe knüpft – insoweit ähnlich der Umlage zur Finanzierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht in den Aufsichtsbereichen Kredit- und Finanzdienstleistungswesen und Wertpapierhandel (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 16. September 2009 - 2 BvR 852/07 -, WPM 2009, S. 2023) – tatbestandlich unmittelbar an die Tätigkeit bestimmter Unternehmen auf dem Finanzmarkt an und bemisst sich im Grundsatz nach dem Geschäftsumfang. Wie jene Umlage dient auch hier das Abgabenaufkommen der Gewährleistung der Rahmenbedingungen eines spezifischen Marktes, und die Abgabepflichtigen werden wegen der Beteiligung an diesem Markt in Anspruch genommen.

Der Bund konnte die angegriffenen Regelungen im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft gemäß Art. 72 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erlassen. Es handelt sich bei den Jahresbeiträgen um Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion, die den besonderen Anforderungen, die sich für solche Abgaben aus den Schutz- und Begrenzungsfunktionen der Finanzverfassung ergeben, gerecht werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann diese Abgabe nicht als Steuer, sondern nur als eine nichtsteuerliche Abgabe verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden und die Auferlegung einer solchen Abgabe wird grundsätzlich begrenzt durch das Erfordernis eines besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes.

Die Abgabenerhebung verfolgt einen Sachzweck, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Die obligatorische Zugehörigkeit zu einer der Entschädigungseinrichtungen ist Bestandteil des für den Zugang der betroffenen Institute zu den Finanzmärkten bestehenden Zulassungssystems (§ 32 Abs. 3, 3a, § 35 Abs. 1 Satz 2 KWG) und so Teil der gesetzlichen Finanzmarktregulierung. Insbesondere soll den Anlegern durch den harmonisierten Mindestschutz der vertrauensvolle Zugang zu Wertpapierdienstleistungen EU-ausländischer Wertpapierfirmen verschafft und Wertpapierfirmen der grenzüberschreitende Vertrieb von Wertpapierdienstleistungen innerhalb der EU ohne die Verpflichtung zur Mitgliedschaft in einem Anlegerentschädigungssystem außerhalb ihres Heimatlandes ermöglicht werden.

Die gemeinschaftsrechtlich vorstrukturierte Gruppe der Wertpapierhandelsunternehmen ist gerade im Hinblick auf die finanzverfassungsrechtlich entscheidende Sachnähe und Finanzierungsverantwortung für die mit der Abgabenerhebung verfolgten Ziele homogen. Die gemeinschaftsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 der Anlegerentschädigungsrichtlinie zwingend vorgegebene Pflicht des Anschlusses grundsätzlich aller zu Wertpapiergeschäften zugelassenen Unternehmen an ein Entschädigungssystem begründet bereits eine besondere Nähe zu den Schutz- und Sicherungszielen der Anlegerentschädigung. Diese Grundpflicht ist auch unabhängig von weiteren gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, etwa den Regelungen zu staatlichen Beihilfen nach Art. 87 ff. EG, im Ergebnis als ein wesentliches Element einer auch finanzverfassungsrechtlich erheblichen spezifischen Sachnähe der Wertpapierhandelsunternehmen zu werten.

Trotz übergreifender, alle Institutsgruppen betreffenden Finanzmarktrisiken ist es mit den Anforderungen an Sachnähe und Finanzierungsverantwortung einer homogenen Gruppe jedenfalls im Ansatz vereinbar, dass der Gesetzgeber keine einheitliche Entschädigungseinrichtung für alle Einlagenkreditinstitute und Wertpapierhandelsunternehmen und damit keine einheitliche Risikogemeinschaft geschaffen, sondern Risikogemeinschaften und Risikozuweisungen gemäß § 6 Abs. 1 EAEG segmentiert hat durch eine Aufteilung in drei verschiedene Institutsgruppen – privatrechtliche und öffentlichrechtliche Einlagenkreditinstitute sowie Wertpapierhandelsunternehmen als „andere Institute“ –, die jeweils einer eigenen Entschädigungseinrichtung zugeordnet sind. Insbesondere dann, wenn sie auf unterschiedlichen institutionellen und rechtlichen Strukturen der verschiedenen Gruppen in sachgerechter Weise aufbaut, kann diese Segmentierung auch nach Sinn und Zweck der strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung von Sonderabgaben vertretbar sein, denn es geht hierbei nicht um die Grundentscheidung über eine Sonderbelastung, sondern um deren sach- und zweckgerechte Ausgestaltung, für die dem Gesetzgeber ein angemessener Gestaltungsspielraum einzuräumen ist. Vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung der Einlagensicherung in Deutschland wie auch der gemeinschaftsrechtlichen Regulierung der Finanzmärkte stellt sich die Aufteilung der Ausfallrisiken auf die unterschiedlichen Institutsgruppen im Ansatz als eine sach- und zweckgerechte Lösung dar.

Die Ausgestaltung funktionsfähiger Entschädigungssysteme auf dem Finanzmarkt stellt eine außerordentlich komplexe Aufgabe dar. Der Gesetzgeber hat mit dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz im Jahr 1998 regulatorisches Neuland betreten, auf dem Einschätzungen und Prognosen mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sind. Vor dem Hintergrund der spezifisch unterschiedlichen Ausgangssituation der Einlagenkreditinstitute auf der einen Seite und der „anderen“ Institute (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EAEG) auf der anderen Seite war die Anknüpfung an erprobte organisatorische Strukturen bereits vorhandener Entschädigungseinrichtungen mit der korrespondierenden Bildung unterschiedlicher Institutsgruppen in dieser Situation dem Grunde nach gut vertretbar. Der Gesetzgeber konnte im Hinblick auf die Eignung der Bildung unterschiedlicher Institutsgruppen nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen einen gewissen Einschätzungs- und Prognosespielraum für sich in Anspruch nehmen.

Sachnähe und Finanzierungsverantwortung der Wertpapierhandelsunternehmen sind auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die finanzielle Inpflichtnahme der zur Entschädigungseinrichtung verbundenen Institute in der Sache eine Verantwortungszurechnung - auch - für die Folgen fremden Fehlverhaltens bedeutet. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Solidarfonds Abfallrückführung (BVerfGE 113, 128 <152>) schließen es die Grundsätze über die Zulässigkeit von Sonderabgaben nicht von vornherein aus, über eine solche Abgabe im Wege sogenannter Fondslösungen auch die Beseitigung der Folgen von Fehlverhalten - beispielsweise umweltschädigendem Verhalten - in Fällen zu finanzieren, in denen die in erster Linie Verantwortlichen nicht herangezogen werden können, weil sie nicht auffindbar oder nicht zahlungsfähig sind oder aus anderen Gründen eine effektive individuelle Schadenzurechnung nicht möglich ist.

Der Gesetzgeber konnte auch jenen Instituten eine Finanzierungsverantwortung zurechnen, deren Kundenkreis sich tatsächlich, wie derjenige der Beschwerdeführerin, ausschließlich auf sogenannte institutionelle Anleger beschränkt, die im Entschädigungsfall gemäß § 3 Abs. 2 EAEG nicht anspruchsberechtigt sind. Die Einbeziehung solcher Institute in den Kreis der Abgabepflichtigen, die nach ihrer Erlaubnis nicht befugt sind, sich Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren ihrer Kunden zu verschaffen, trägt einerseits möglichen Überschreitungen des aufsichtsrechtlich Erlaubten Rechnung, andererseits bewirkt die Ausfallhaftung der Gesamtgruppe auch diesen Instituten gegenüber den Vorteil der marktstabilisierenden Stärkung des Kundenvertrauens in redliches Geschäftsgebaren.

Das Erfordernis gruppennütziger Verwendung des Aufkommens aus der Sonderabgabe ist ebenfalls erfüllt. Die Jahresbeiträge zur Finanzierung der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen finden ihre Rechtfertigung in einer Verantwortlichkeit für die Folgen gruppenspezifischer Zustände und Verhaltensweisen.

#### **BMJ-Newsletter vom 17. 12. 2009**

#### **EGMR-Entscheidung zur Sicherungsverwahrung: Gewissenhafte Auswertung notwendig**

Zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Sicherungsverwahrung erklärt Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger:

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat heute ein Urteil über die Verlängerung der Sicherungsverwahrung von Straftätern verkündet. Der EGMR beanstandet, dass der deutsche Gesetzgeber die ursprünglich vorgesehene Höchstfrist von 10 Jahren auch für solche Straftäter aufgehoben hat, die ihre Tat schon vor dem Zeitpunkt der Gesetzesänderung begangen hatten. Der EGMR sieht darin einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 5. Februar 2004 (2 BvR 2029/01) die Vereinbarkeit der Aufhebung der Höchstfrist auch für solche „Altfälle“ mit dem Grundgesetz bestätigt. Da das Urteil des EGMR nach dem Maßstab der Europäischen Menschenrechtskonvention zu einem anderen Ergebnis kommt, bedarf seine Begründung einer ausführlichen Analyse und einer sorgfältigen rechtlichen Bewertung. Tragfähige Schlüsse auf mögliche Konsequenzen für das deutsche System der Sicherungsverwahrung können erst nach Abschluss dieser Prüfung gezogen werden.

Das Urteil des EGMR ist zunächst nicht endgültig und daher nicht unmittelbar verbindlich. Die Bundesregierung erwägt, gemäß Art. 43 EMRK die Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer des EGMR zu beantragen. Im Lichte des endgültigen und für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Urteils wird dann entschieden, auf welche Weise der festgestellte konventionswidrige Zustand beendet werden kann.

Eine zentrale Rolle wird auch die Frage spielen, wie auf rechtsstaatlicher Grundlage der notwendige Schutz der Bevölkerung vor notorisch gefährlichen Straftätern mit dem unbedingten Ausnahmecharakter der Sicherungsverwahrung sachgerecht zum Ausgleich gebracht werden kann.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 17. 12. 2009**

#### **Entscheidung zur Sicherungsverwahrung prüfen Strafrechtliche Schutzlücke verhindern**

Zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) zur Verlängerung der Sicherungsverwahrung von Straftätern erklärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Günter Krings MdB:

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte stimmt wegen ihrer möglichen Auswirkungen auf die Sicherungsverwahrung in Deutschland besorgt. Ein wirkungsvoller Schutz der Menschen vor hochgefährlichen Straftätern darf in Deutschland nicht zwischen den Vorgaben des Grundgesetzes einerseits und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) andererseits zerrieben werden.

1998 ist die ursprünglich vorgeschriebene Höchstgrenze von 10 Jahren bei der Sicherungsverwahrung aufgehoben worden. Auch Gewaltverbrecher, die ihre Tat bereits vor dieser Änderung begangen hatten, dürfen seitdem zeitlich unbegrenzt in Sicherungsverwahrung bleiben. Erst wenn von ihnen keine Gefahr mehr ausgeht, kommt eine Aussetzung zur Bewährung in Betracht. Der Straßburger Gerichtshof sieht hierin einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention.

Wir müssen die Entscheidung gründlich auswerten, um die rechtlichen Auswirkungen auf das deutsche System der Sicherungsverwahrung beurteilen zu können. Ziel muss es sein, den verbleibenden Spielraum für eine Sicherungsverwahrung möglichst optimal zu nutzen. In Deutschland ist es aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern verfassungsrechtlich nicht möglich, eine lebenslange Freiheitsstrafe auch lebenslang zu vollziehen. Daher brauchen wir mehr als andere Länder ein effektives und ausgewogenes System der Sicherungsverwahrung. Wir befürchten, das Urteil des EGMR könnte zu einer Schutzlücke in unserem Strafsystem führen. Die Bevölkerung muss vor gefährlichen Schwerverbrechern weiterhin geschützt werden dürfen. Begrüßenswert sind die Überlegungen des Justizministeriums, die Verweisung an die Große Kammer des EGMR zu beantragen, um die Entscheidung überprüfen zu lassen. Diese Überprüfung gibt der Bundesrepublik Gelegenheit, um Verständnis für die Besonderheiten der deutschen Rechts- und Verfassungsordnung zu werben.



**SPD-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 18. 12. 2009**

**Schutz vor gefährlichen Straftatfern gewährleisten**

Aus Anlass des Kammerurteils des Europaischen Gerichtshofs fuer Menschenrechte zur Sicherungsverwahrung in Deutschland erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Olaf Scholz:

Die Entscheidung der Kammer des Europaischen Gerichtshofs hat grundsatzliche Bedeutung. Deshalb muss sie der Grossen Kammer des Gerichtshofs zur Ueberpruefung vorgelegt werden. Mit der Sicherungsverwahrung schuetzen wir die Bevoelkerung vor gefaehrlichen Straftatfern, solange von ihnen nach der Straftat schwere Gefahren ausgehen. Es waere hoechst problematisch, wenn durch die Entscheidung das deutsche System der Sicherungsverwahrung ernsthaft in Frage gestellt wuerde.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 18. 12. 2009**

**Entscheidung des EGMR nicht hinnehmbar  
Sicherungsverwahrung-Entscheidung durch die Groesse Kammer ueberpruefen lassen**

Anlaesslich der Entscheidung des Europaischen Gerichtshofs fuer Menschenrechte in Straeburg zur rueckwirkend angeordneten Sicherungsverwahrung von Sexual- und Gewaltstraftaetern erklart der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB:

Die Entscheidung der Kleinen Kammer des Europaischen Gerichtshofs fuer Menschenrechte (EGMR) in Straeburg zur rueckwirkend angeordneten Sicherungsverwahrung von Sexual- und Gewaltstraftaetern ist nicht hinnehmbar.

Nach dieser Entscheidung des EGMR darf eine unbegrenzte Sicherungsverwahrung fuer solche Sexual- und Gewaltstraftaetern nicht angeordnet werden, die bereits vor 1998 verurteilt worden sind.

Die Entscheidung kann dazu fuehren, dass schwere Sexual- und Gewaltverbrecher trotz Fortbestehen der Gefaehrlichkeit aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden muessen. Die Menschen muessen darauf vertrauen koennen, dass der Staat seine Buergen vor schweren Sexual- und Gewaltstraftaetern schuetzt. Dieses Vertrauen wird durch die Entscheidung des Europaischen Gerichtshofs fuer Menschenrechte zerstoeert. Es wiegt umso schwerer als das Bundesverfassungsgericht in dem gleichen Fall die Dauer der Unterbringung unbeanstandet gelassen hat.

Die Bundesjustizministerin ist nun aufgefordert, die Entscheidung durch die Groesse Kammer ueberpruefen zu lassen.

**BVerfG-Pressemitteilung Nr. 142/2009 vom 22. 12. 2009**

**Gefaehrlicher Straftaeter bleibt zunaechst in  
Sicherungsverwahrung**

Im Jahr 1995 wurde der Beschwerdefuehrer strafgerichtlich verurteilt und zugleich die Sicherungsverwahrung angeordnet. Gegen die Anordnung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung hat der Beschwerdefuehrer Verfassungsbeschwerde erhoben und gleichzeitig einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt, mit dem Ziel, ihn unverzuiglich aus der Justizvollzugsanstalt zu entlassen.

Den Antrag auf Erlass dieser einstweiligen Anordnung hat die 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts abgelehnt (Beschluss vom 22. 12. 2009 – 2 BvR 2365/09). Die im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorzunehmende Folgenabwaegung, die hier im Hinblick auf das Kammerurteil des Europaischen Gerichtshofs fuer Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009 zur Sicherungsverwahrung geboten war, hat ergeben, dass das Sicherheitsbeduefnis der Allgemeinheit im Fall der Zurueckweisung der Verfassungsbeschwerde das Interesse des Beschwerdefuehrers an der Beendi-

gung der Freiheitsentziehung (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) fuer den Fall des Erfolgs seiner Verfassungsbeschwerde ueberwiegt. Die Fachgerichte haben in nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass die Gefahr besteht, dass der Beschwerdefuehrer infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder koerperlich schwer geschadigt werden. Unter diesen Umstaenden koennte ein Ueberwiegen der fuer den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Gruende nicht festgestellt werden. Die durch das Kammerurteil des EGMR im Hinblick auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 (2 BvR 2029/01 - BVerfGE 109, 133) zur Sicherungsverwahrung aufgeworfenen Rechtsfragen werden im Verfassungsbeschwerdeverfahren zu klaren sein.

**OLG Koeln-Pressemitteilung vom 9. 10. 2009**

**Keine Entschadigung fuer Strafgefangenen wegen  
Mehrfachbelegung der Zelle und offener Toilette**

Der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koeln hat in einem gestern verkueundeten Urteil die Klage eines Strafgefangenen zurueckgewiesen, der vom Land Nordrhein- Westfalen eine Entschadigung in Hoehe von 1100,- € fuer angeblich menschenueerdige Unterbringung in einer Justizvollzugsanstalt verlangt hatte. Die anderslautende Entscheidung des Landgerichts Bonn wurde aufgehoben (Az. 7 U 48/09).

Der Gefangene verbuebte von November 2003 bis April 2007 eine mehrjaehrige Haftstrafe in der Justizvollzugsanstalt Rheinbach. In diesem Zeitraum wurde er einmal fuer 6 Tage und einmal fuer 38 Tage in einer Einzelzelle untergebracht, die er mit einem Mithaefling teilen musste, da zu dieser Zeit umfangreiche Bauarbeiten in der JVA stattfanden und die Haftraeume entsprechend neu verteilt werden mussten. Die Zelle war nur 7,6 qm groe, die Toilette war lediglich durch eine sog. Schamwand vom uebrigen Raum abgetrennt. Der Strafgefangene sah darin eine menschenueerdige Unterbringung, die ihm jeden Rueckzugsraum geraubt habe, in dem er sein Gefuehl- und Intimleben ungestoert haette ausleben koennen.

Das beklagte Land verneinte demgegenueber eine menschenueerdige Unterbringung, der Haefling habe eine Fueille von Moeglichkeiten gehabt, sich auch auerhalb seiner Zelle aufzuhalten. Auerdem habe er sich nie muendlich oder schriftlich um eine Verlegung bemueht oder eine gerichtliche Entscheidung beantragt.

Nach Auffassung des Zivilsenats kommt ein Anspruch auf Geldentschaedigung schon deshalb nicht in Betracht, weil die moegliche Verletzung der Menschenwuerde und des Persoendlichkeitsrecht nicht erheblich sei und eine Geldentschaedigung zur Genuegtung daher nicht erforderlich sei. Ob die Unterbringung tatsaechlich als menschenueerdig anzusehen war, hat der Senat offen gelassen. Eine Entschadigung koemme in solchen Faellen nur unter besonderen Umstaenden in Betracht, die umfassend zu wuerdigen seien. Auch wenn die raeumlichen Verhaeltnisse in der Einzelzelle besonders beengt gewesen seien und es sich bei dem Strafgefangenen um einen insulinpflichtigen Diabetiker gehandelt habe, sei doch nicht erkennbar, dass dieser unter der Unterbringung besonders gelitten habe. Zwar habe er sich mueendlich gegenueber den Vollzugsbeamten beschwert, sein Anliegen dann aber spaeter nicht mehr weiterverfolgt. Schlieblich sei zu beruecksichtigen, dass die Zusammenlegung der beiden Gefangenen in einer Zelle sachliche Gruende in den Sanierungsarbeiten hatte. Dem Land koenne daher allenfalls ein Verschulden im unteren Bereich vorgeworfen werden, weil fuer die Zeit der Umbauarbeiten keine ausreichende Hafttraumreserve gebildet worden sei. Keinesfalls liege ein schikanoeses Verhalten des Landes bzw. seiner Vollzugsbediensteten vor.

Das Urteil ist rechtskraefutig; die Revision wurde nicht zugelassen.

Die Entscheidung ist in etwa zwei Wochen im Internet unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de) abrufbar.

**Hinw. d. Red.:** Vgl. BGH GuT 2009, 398 (in diesem Heft).

**BVerfG-Pressemitteilung Nr. 135/2009 vom 2. 12. 2009****Verfassungsbeschwerde wegen Versagung eines Schmerzensgeldes bei rechtswidriger Freiheitsentziehung erfolgreich**

Die Beschwerdeführer hielten sich im November 2001 im Wendland auf, weil sie die Demonstrationen anlässlich eines Castortransports in das Zwischenlager Gorleben beobachten wollten. Für einen Korridor von 50 Metern beiderseits der Bahnstrecke war ein Demonstrationsverbot verhängt. Die Beschwerdeführer saßen an diesem Tag in einer Entfernung von ca. 3 km von den Bahnschienen in ihrem Auto, wo sie von Polizeibeamten angetroffen wurden. Die Polizeibeamten nahmen beide Beschwerdeführer zusammen mit ca. 70 anderen Bürgern in Gewahrsam, aus dem die Beschwerdeführer erst mehrere Stunden später entlassen wurden. Das Amtsgericht Uelzen stellte auf Antrag der Beschwerdeführer im März 2007 die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung fest. Mit einer bereits im Juli 2004 erhobenen Amtshaftungsklage gegen das Land Niedersachsen und die Bundesrepublik Deutschland beim Landgericht in Lüneburg begehrten sie zudem unter anderem die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Geldentschädigung wegen der erlittenen rechtswidrigen Freiheitsentziehung. Die Klage und die Berufung blieben erfolglos. Die Beschwerdeführer rügen, dass die angegriffenen Entscheidungen über ihre Amtshaftungsklage Bedeutung und Tragweite der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 sowie Art. 1 Abs. 1, auch in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG grundlegend verkannt hätten, auch indem sie die herabwürdigenden Umstände der Ingewahrsamnahme nicht berücksichtigt hätten.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hob die Urteile des Landgerichts Lüneburg und des Oberlandesgerichts Celle auf und wies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück (Beschluss vom 11. 11. 2009 – 1 BvR 2853/08). Sie verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 und aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, weil sie bei der Versagung eines Amtshaftungsanspruchs nicht berücksichtigt haben, dass schon die Voraussetzungen für die freiheitsentziehende Maßnahme selbst nicht gegeben waren. Außerdem haben die Gerichte die Umstände des Gewahrsamvollzugs bei der Versagung des Schmerzensgeldes in verfassungsrechtlich nicht mehr tragfähiger Weise außer Acht gelassen.

Ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung immaterieller Grundrechtspositionen muss nicht zwingend in der Zubilligung eines Zahlungsanspruchs bestehen. Dies gilt auch dann, wenn man berücksichtigt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Schutzauftrag des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens gebietet, weil anderenfalls ein Verkümmern des Rechtsschutzes der Persönlichkeit zu befürchten wäre. Es begegnet daher keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass eine Geldentschädigung wegen der Verletzung immaterieller Persönlichkeitsbestandteile nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung nur unter der Voraussetzung einer hinreichenden Schwere und des Fehlens einer anderweitigen Genugtuungsmöglichkeit beansprucht werden kann.

Die Gerichte haben ihre Auffassung, dass die von den Beschwerdeführern erlittene Rechtseinbuße durch die vom Amtsgericht festgestellte Rechtswidrigkeit des Gewahrsams hinreichend ausgeglichen sei, allein auf eine Würdigung der Umstände der Durchführung des Gewahrsams gestützt. Demgegenüber wird die Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG durch die rechtswidrige Freiheitsentziehung selbst, unabhängig von den Bedingungen ihres Vollzuges, in den angegriffenen Entscheidungen zwar erwähnt, aber nicht sachhaltig gewichtend in die gebotene Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles einbezogen. Sie gibt dem vorliegenden Fall aber gerade sein wesentliches Gepräge und unterscheidet ihn von den

durch die Gerichte zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen, in denen es allein um die Bedingungen beim Vollzug einer an sich gerechtfertigten Freiheitsentziehung ging.

Darüber hinaus genügen auch die Erwägungen der Gerichte zur rechtlichen Würdigung der Umstände des Gewahrsamvollzugs ihrerseits nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. So ist insbesondere zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht in der mindestens zehnstündigen Festsetzung der Beschwerdeführer keine nachhaltige Beeinträchtigung gesehen hat, ohne die abschreckende Wirkung zu erwägen, die einer derartigen Behandlung für den künftigen Gebrauch grundrechtlich garantierter Freiheiten – namentlich die durch Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Teilnahme an Demonstrationen oder deren von Art. 2 Abs. 1 GG umfasste Beobachtung – zukommen konnte und die der Rechtsbeeinträchtigung ein besonderes Gewicht verleihen kann.

**BVerfG-Pressemitteilung Nr. 133/2009 vom 26. 11. 2009****Verfassungsbeschwerde gegen „Schacht Konrad“ nicht zur Entscheidung angenommen**

Mit Beschluss vom 22. Mai 2002 stellte das Niedersächsische Umweltministerium den Plan für die Errichtung und den Betrieb des Bergwerks Konrad in Salzgitter als Anlage zur Endlagerung fester oder verfestigter radioaktiver Abfälle mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung fest. Bei diesen schwach- und mittelradioaktiven Abfällen handelt es sich z. B. um kontaminierte Schutzkleidung, Werkzeuge oder Anlagenteile aus Kernkraftwerken, Forschung, Industrie und Medizin. Hochradioaktive Abfälle aus der Wiederaufarbeitung bestrahlter Brennelemente aus Kernkraftwerken sowie bestrahlte Brennelemente selbst werden dort nicht eingelagert.

Der Beschwerdeführer klagte als Eigentümer eines in der Nähe der Schachtanlage gelegenen landwirtschaftlichen Anwesens erfolglos gegen den Planfeststellungsbeschluss. Auch die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision wies das Bundesverwaltungsgericht im März 2007 zurück. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer, dass die Rechtsgrundlagen des Planfeststellungsbeschlusses im Atomgesetz und auch die im Ausgangsverfahren ergangenen Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts verfassungswidrig seien.

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 10. 11. 2009 – 1 BvR 1178/07). Sie hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung, weil die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinreichend geklärt sind. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung der als verletzt bezeichneten Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt, denn sie hat keine Aussicht auf Erfolg.

Die den Ausgangsentscheidungen zugrunde liegenden Vorschriften des Atomgesetzes über die Errichtung und den Betrieb eines Bundesendlagers für radioaktive Abfälle begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, soweit sie die hier allein beschwerdegegenständliche Endlagerung von radioaktiven Abfällen mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung betreffen.

Sie gewährleisten den gleichen Sicherheitsstandard wie die für Kernkraftwerke und (Standort-) Zwischenlager geltenden Regelungen des Atomgesetzes, die das Bundesverfassungsgericht bereits für verfassungsgemäß befunden hat. Daher ist auch in Bezug auf die Errichtung und den Betrieb eines endlagers für radioaktive Abfälle mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung eine Verletzung der Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 14 Abs. 1 GG nicht festzustellen.

Insbesondere werden die Grundrechte des Beschwerdeführers in ihrer Funktion als subjektive Abwehrrechte nicht durch



einen im Atomgesetz geregelten Genehmigungstatbestand verletzt, dessen Voraussetzungen inhaltlich so gefasst sind, dass es durch die Genehmigung und ihre Folgen nicht zu Grundrechtsverletzungen kommen darf. Diese Anforderungen erfüllen aus verfassungsrechtlicher Sicht insbesondere Vorschriften, denen zufolge die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden getroffen sein muss. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 14 Abs. 1 GG herzuleitende Schutzpflicht des Gesetzgebers steht solchen Vorschriften grundsätzlich nicht entgegen, die insoweit ein Restrisiko in Kauf nehmen, als sie Genehmigungen auch dann zulassen, wenn sich nicht völlig ausschließen lässt, dass künftig durch das Gebrauchmachen von der Genehmigung ein Schaden auftreten wird.

Aus der staatlichen Schutzpflicht für diese Grundrechte kann darüber hinaus nicht abgeleitet werden, dass eine nicht-rückholbare Endlagerung radioaktiver Abfälle mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung nur aufgrund einer ausdrücklichen Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers für dieses Konzept zulässig wäre. Die Schutzpflicht ist vielmehr schon dann erfüllt, wenn Vorschriften existieren, die auf derartige Anlagen anwendbar sind und ausreichenden Schutz vor ihren Gefahren gewähren.

Die Vorschriften des Atomgesetzes über die Errichtung und den Betrieb eines Endlagers für radioaktive Abfälle mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung verstoßen auch nicht gegen Art. 2 Abs. 1 GG (in Verbindung mit Art. 38 und Art. 20 Abs. 2 GG). Zwar schränkt die der Exekutive offen stehende Entscheidung für eine nicht-rückholbare Endlagerung nach deren konzeptioneller Ausgestaltung gegebenenfalls die künftige politische Handlungsfreiheit in Bezug auf bereits eingelagerte radioaktive Abfälle ein. Eine Verletzung von Grundrechten des Beschwerdeführers ergibt sich daraus allerdings nicht.

Eine Verletzung des staatlichen Verfassungsauftrages aus Art. 20a GG ist - unbeschadet der Frage der Entscheidungsrelevanz im Rahmen der vorliegenden Grundrechtsprüfung - nicht festzustellen. Dass der Gesetzgeber den ihm zustehenden weiten Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung des Verfassungsauftrages aus Art. 20a GG überschritten hätte, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts und den Bestimmtheitsgrundsatz liegt nicht vor.

Angesichts der strengen Voraussetzungen, von deren Erfüllung das Atomgesetz die Erteilung des Planfeststellungsbeschlusses abhängig macht, wirft das planfestgestellte Endlagervorhaben „endlagerungsspezifische“ Fragestellungen nicht in erster Linie im Rahmen der verfassungsrechtlichen Überprüfung seiner formalgesetzlichen Rechtsgrundlagen auf, sondern auf der Rechtsanwendungsebene bei der Prüfung, ob der atomgesetzlich vorgeschriebene Sicherheitsstandard tatsächlich gewährleistet ist.

Die Verfassungsbeschwerde hat auch insoweit keine Aussicht auf Erfolg, als sie sich gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 8. März 2006 und gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. März 2007 richtet. Ein Verfassungsverstoß ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Hinnahme eines nach den Maßstäben praktischer Vernunft nicht mehr in Rechnung zu stellenden Restrisikos auch insoweit mit den Grundrechten des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. Die Fragen, die die Endlagerung radioaktiver Abfälle mit vernachlässigbarer Wärmeentwicklung im Hinblick auf die Langzeitsicherheit aufwirft, betreffen der Sache nach erst in der (fernen) Zukunft aktuell werdende Szenarien, die keinen Bezug zu einer gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers in einem eigenen verfassungsbeschwerdefähigen Recht erkennen lassen. Ein dem Beschwerdeführer selbst als Grundrechtsträger zustehendes, verfassungsbeschwerdefähiges Grundrecht auf Verhinderung erst nach seinen Lebzeiten eintretender Gefährdungen für die Um-

welt und nachfolgende Generationen lässt sich weder aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG noch aus sonstigen grundrechtlichen Verbürungen ableiten.

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts verletzt den Beschwerdeführer im Hinblick auf die Annahme eines exekutiven Funktionsvorbehalts nicht in seinem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat über die Vereinbarkeit eines exekutiven Funktionsvorbehalts im Atomrecht mit dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bislang nicht entschieden. Dazu gibt auch die vorliegende Verfassungsbeschwerde keinen Anlass. Denn jedenfalls beruht das angegriffene Urteil nicht auf einem etwaigen diesbezüglichen Verfassungsverstoß. Das Oberverwaltungsgericht hat die gerichtliche Kontrolldichte nicht in verfassungswidriger Weise beschränkt.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 144/2009 vom 29. 12. 2009**

#### **Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht generell, sondern nur durch konkrete Handhabung der Regeln über die anteilige Kürzung von Emissionsberechtigungen durch das Bundesverwaltungsgericht verletzt**

Das Kyoto-Protokoll sieht für die Europäische Union für die Jahre 2008 bis 2012 eine Senkung der Emission klimaschädlicher Treibhausgase um 8% gegenüber dem Stand von 1990 vor. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung hat die Europäische Gemeinschaft eine Emissionshandelsrichtlinie erlassen. Diese wurde in Deutschland durch das Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG) und durch Zuteilungsgesetze für die Perioden 2005 bis 2007 (ZuG 2007) und 2008 bis 2012 (ZuG 2012) umgesetzt. Die Zuteilungsgesetze legen Ziele für die Emission von Kohlendioxid in Deutschland sowie Regeln für die Zuteilung von Emissionsberechtigungen fest.

Der Grundmechanismus des damit geregelten Emissionshandelssystems lässt sich wie folgt beschreiben: Die Freisetzung von Kohlendioxid durch bestimmte unter den Anwendungsbereich des TEHG fallende Tätigkeiten bedarf einer Emissionsgenehmigung. Diese Genehmigung setzt voraus, dass der Verantwortliche - in der Regel der Anlagenbetreiber - im Stande ist, die durch seine Tätigkeit verursachten Emissionen zu ermitteln und hierüber Bericht zu erstatten. Der Verantwortliche ist sodann verpflichtet, bis zum 30. April eines jeden Jahres eine Anzahl von Emissionsberechtigungen an das Umweltbundesamt als zuständige Behörde abzuliefern, die den durch seine Tätigkeit im vorangegangenen Kalenderjahr verursachten Emissionen entspricht. Vor Beginn der Zuteilungsperiode haben die Verantwortlichen allerdings nach Maßgabe des jeweiligen Zuteilungsgesetzes einen Anspruch auf Zuteilung von Berechtigungen durch das Umweltbundesamt. Um das im ZuG 2007 für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 festgelegte Budget von 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid pro Jahr einzuhalten, wurden die beabsichtigten Zuteilungen für bestimmte Anlagen gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 anteilig - nämlich um rund 4,6% - gekürzt. Hiervon betroffen waren insbesondere Bestandsanlagen, deren Zuteilungen auf der Grundlage ihrer historischen Emissionen bereits um einen gesetzlich festgelegten Erfüllungsfaktor zu kürzen waren. Von der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 ausgenommen waren zum Beispiel Zuteilungen an Neuanlagen, die auf der Grundlage der besten verfügbaren Technik erfolgten, oder Zuteilungen für prozessbedingte Emissionen.

Die Beschwerdeführerin - eine Aktiengesellschaft - ist ein Unternehmen der Energiewirtschaft, das in F. ein Kraftwerk betreibt. Mit Bescheid des Umweltbundesamts wurden für dieses Werk 60.954.891 Berechtigungen zugeteilt. Ohne anteilige Kürzung hätte das Unternehmen weitere 2.952.660 Berechtigungen erhalten. Der hierauf eingelegte Widerspruch blieb ebenso erfolglos wie die anschließend erhobene Klage und die Revision



zum Bundesverwaltungsgericht. Die Beschwerdeführerin hat am 12. Dezember 2007 Verfassungsbeschwerde erhoben. Sie wendet sich unmittelbar gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sowie mittelbar gegen § 4 Abs. 4 ZuG 2007 und rügt die Verletzung von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde - soweit sie sich gegen die anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 als solche richtet - nicht zur Entscheidung angenommen. Hinsichtlich der konkreten Anwendung von § 4 Abs. 4 ZuG 2007 hat das Bundesverfassungsgericht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben und zur erneuten Entscheidung zurückgewiesen (Beschluss vom 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07).

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere ist das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin auch nach Ablauf der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 nicht entfallen. Es ist durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht geklärt, ob der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Mehrzuteilung von Berechtigungen für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 trotz deren Ablaufs noch erfüllt werden kann oder ob sich der Anspruch mittlerweile erledigt hat. Selbst dann, wenn man von der Erledigung des Zuteilungsanspruchs für diese Periode ausgeht, ist die Beschwer nicht entfallen. Denn bei Bestehen eines berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuteilungsentscheidung - wie im Falle der beabsichtigten Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs - kann die Klage auf Zuteilung weiterer Berechtigungen als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführt werden.

Sollte man den Ausgangsrechtsstreit trotzdem für erledigt halten, ist hier für die Verfassungsbeschwerde vom Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses auszugehen. Das Bundesverfassungsgericht hat im Falle der Erledigung des mit der Verfassungsbeschwerde verfolgten Begehrens die entscheidenden Kriterien für das Fortbestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses darin gesehen, dass entweder die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung andernfalls unterbliebe oder eine Wiederholung der angegriffenen Maßnahme zu besorgen ist oder die aufgehobene oder gegenstandslos gewordene Maßnahme den Beschwerdeführer noch weiterhin beeinträchtigt. Die der Beschwerdeführerin bei der Anwendung des für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 geltenden ZuG 2012 drohende Wiederholung der von ihr behaupteten Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG durch die Gerichte gebietet eine verfassungsgerichtliche Prüfung schon zum vorliegenden Zeitpunkt.

Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen § 4 Abs. 4 ZuG 2007 wendet, kann eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht festgestellt werden.

In der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus § 4 Abs. 4 ZuG 2007 die Befugnis der zuständigen Behörde, zur Ermittlung des Faktors der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 über die Menge der nach den Vorschriften des ZuG 2007 zuzuteilenden Berechtigungen eine Prognose zu treffen, deren verwaltungsgerichtliche Kontrolle beschränkt ist. Die Gerichte hätten nur zu prüfen, ob die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt die Zuteilungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln des Gesetzes generell erkannt und damit einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt habe. Die Prognoseentscheidung sei zu beanstanden, wenn die Prüfung der Richtigkeit der nach dem ZuG 2007 erforderlichen Angaben der Anlagenbetreiber generell nicht dem Maßstab des § 17 ZuG 2007 entsprochen habe, wenn die Zuteilungsregeln der §§ 7 ff. ZuG 2007 generell unzutreffend angewendet worden seien oder wenn die Berechnung des Kürzungsfaktors generell auf einer fehlerhaften Auslegung der Behörde beruhe. Demgegenüber führe die unrichtige Anwendung des Gesetzes bei Zuteilungen im Einzelfall nicht zur Rechtswidrigkeit der ermittelten Zuteilungsmenge oder des daraus abgeleiteten Kürzungsfaktors. Da die Rechtmäßigkeit der Prognoseentscheidung von individuellen

Fehlzuteilungen unberührt bleibe, seien im Zuteilungsverfahren unterlaufene Fehler ungeeignet, die Vertretbarkeit der behördlichen Prognose über die Zuteilungsmenge in Frage zu stellen. Soweit der von der Behörde ermittelte Kürzungsfaktor hiernach rechtmäßig sei, sei er auch für die gerichtliche Nachprüfung angefochtener Zuteilungsbescheide maßgeblich.

Der Bürger hat nach Art. 19 Abs. 4 GG einen Anspruch auf möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle. Dazu gehört vor allem, dass der Richter eine hinreichende Prüfungsbefugnis über die tatsächliche und rechtliche Seite des Rechtsschutzbegehrens hat sowie über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügt, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung wirksam abzuhelfen. Jedoch kann auch nach Art. 19 Abs. 4 GG die gerichtliche Überprüfung nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Exekutive. Die gerichtliche Kontrolle endet also dort, wo das materielle Recht der Exekutive in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben. In welchem Fall der Gesetzgeber der Verwaltung die Befugnis zur Letztentscheidung einräumt, ist durch Auslegung der betreffenden gesetzlichen Regelung zu ermitteln. Allerdings kann sich auch dann die Letztentscheidungsbefugnis der Behörde nur auf die konkrete Rechtsanwendung - die Subsumtion - und nicht auf die Beurteilung der rechtlichen Maßstäbe, das heißt deren Auslegung und deren Rechtmäßigkeit, beziehen. Die Interpretation der generell-abstrakten Rechtsnorm und der in ihr enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe ist eine originäre Funktion der rechtsprechenden Gewalt, nicht Aufgabe der Verwaltung.

Bei Anwendung dieser Vorgaben ist hinsichtlich der grundsätzlichen Annahme des Bundesverwaltungsgerichts, § 4 Abs. 4 ZuG 2007 räume dem Umweltbundesamt einen Prognosespielraum ein, eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG nicht ersichtlich. Diese Auslegung kann sich insbesondere auf eine funktional-gewaltenteilende Rechtfertigung einer Letztentscheidungsbefugnis stützen. Bestimmt der Gesetzgeber, dass für die Berechnung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 der Zeitpunkt unmittelbar vor Erteilung der Zuteilungsbescheide maßgeblich sein soll, kann daraus nur geschlossen werden, dass der zuständigen Behörde bei der Bestimmung der für die Berechnung des Kürzungsfaktors relevanten Gesamtmenge der zuzuteilenden Berechtigungen ein Prognosespielraum eingeräumt werden soll. Denn der Gesetzgeber konnte bei einer solchen Verfahrensgestaltung nicht davon ausgehen, dass die vor Beginn des Zuteilungsverfahrens ermittelte Zuteilungsmenge sich aus einzelnen Zuteilungsbescheiden zusammensetzt, deren jeweilige Rechtmäßigkeit in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt worden ist. Vielmehr konnte der Gesetzgeber bei der Normierung eines solchen Berechnungsverfahrens von der Behörde nur verlangen, dass sie mit den abstrakt-generellen Maßstäben des Gesetzes hinreichend vertraut ist sowie auf der Grundlage von Zuteilungsanträgen entscheidet, deren Angaben hinreichend auf ihre Richtigkeit überprüft wurden. Hält der Gesetzgeber diesen Zeitpunkt für die Berechnung des Kürzungsfaktors für maßgeblich, gilt dies auch für die gerichtliche Kontrolle.

Dass für die Berechnung des Kürzungsfaktors nur der Zeitpunkt unmittelbar vor Erteilung der Zuteilungen maßgeblich sein sollte, ist in der hier angegriffenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in verfassungsgerichtlicher nicht zu beanstandender Weise begründet worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat - indem es zudem auf die Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens abstellte - gut vertretbar begründet, dass nachträgliche Änderungen individueller Zuteilungen für den Kürzungsfaktor unerheblich sein sollen. Wäre die Rechtmäßigkeit des Faktors der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 davon abhängig, dass alle in die Berechnung der relevanten Zuteilungsmenge eingestellten Einzelzuteilungen bestandskräftig feststünden, wäre eine Bestimmung des Kürzungsfaktors innerhalb der Zuteilungsperiode, für die die Be-

# GuT

G 58438

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

rechtigungen zuzuteilen wären, angesichts der zu erwartenden Dauer der Gerichtsverfahren praktisch nicht möglich. Darüber hinaus würde eine in einer Vielzahl von Verfahren und in mehreren Instanzen erfolgende Überprüfung der Richtigkeit sämtlicher Zuteilungen zur Feststellung des richtigen Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 zu einem juristischen „perpetuum mobile“ führen.

Die von der Beschwerdeführerin genannten Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1, 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG stehen dem durch § 4 Abs. 4 ZuG 2007 eingeräumten Prognosespielraum ebenfalls nicht entgegen. Allein der Umstand, dass eine Verwaltungsentscheidung mit einer Grundrechtsbeeinträchtigung verbunden ist, löst nicht automatisch ein Verbot jeder Letztentscheidungsermächtigung aus.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verletzt aber Art. 19 Abs. 4 GG, soweit es um die konkrete Anwendung des von § 4 Abs. 4 ZuG 2007 eingeräumten Prognosespielraums geht. Soweit das Bundesverwaltungsgericht davon ausgegangen ist, die Rechtswidrigkeit einer die gesetzlichen Zuteilungsregeln näher bestimmenden Rechtsverordnung - nämlich der für prozessbedingte Emissionen geltende § 6 Abs. 6 Zuteilungsverordnung 2007 - sei für die Rechtmäßigkeit der Prognoseentscheidung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 unbeachtlich, obwohl die anteilige Kürzung für die Beschwerdeführer weniger streng ausgefallen wäre, verkennt das Gericht die sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Vorgaben grundsätzlich.

Die in Parallelentscheidungen vom Bundesverwaltungsgericht (siehe nur Urteil vom 16. Oktober 2007 - 7 C 28.07 -) gegebene Begründung zur Unbeachtlichkeit der Nichtigkeit der Rechtsverordnung, die auf die Offensichtlichkeit von de-

ren Rechtswidrigkeit abstellt, trägt die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle nicht. Die gesetzliche Einräumung einer Letztentscheidungsbefugnis entbindet die Fachgerichte nicht von der Prüfung der abstrakt-generellen Vorgaben. Ist eine Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt, kann sich dies nur auf die konkrete Rechtsanwendung - die Subsumtion - und nicht auf die Beurteilung der rechtlichen Maßstäbe, das heißt deren Auslegung und deren Rechtmäßigkeit, beziehen.

## FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation Nr. 1043 vom 2.12.2009

### Erhöhung der LKW-Maut ist vollkommen ausgeschlossen

Zur Forderung des Präsidenten des Umweltbundesamtes Jochen Flasbarth, die LKW-Maut zu erhöhen und eine PKW-Maut einzuführen, erklärt der verkehrspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Patrick Döring:

FDP und Union waren in den Koalitionsverhandlungen einig: Wir wollen und wir werden Schluss machen mit der ewigen staatlichen Gängelung im Verkehr. Eine Mehrbelastung der deutschen Autofahrer und eine Erhöhung der LKW-Maut sind für uns vollkommen ausgeschlossen.

Wir wollen Verkehr und Umweltschutz versöhnen und nicht gegeneinander ausspielen und haben im Koalitionsvertrag entsprechende Maßnahmen vereinbart. Die Aufgabe des Umweltbundesamtes ist es, die Bundesregierung bei der Umsetzung dieser Vorhaben zu unterstützen - und nicht Politik auf eigene Rechnung zu machen.

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe November/Dezember 2009 erscheint die Beilage 51a zu Heft 51:

**Mario H. Kraus,**

### **Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation? Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung in städtischen Siedlungsräumen**

Die Beilage 51a wird den Abonnenten mit diesem Heft ausgeliefert.

Beilagen zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) werden nur im Rahmen eines Abonnements ohne Aufpreis ausgeliefert. Im Einzelbezug der GuT sind Beilagen nicht enthalten.

Einzelstücke der Beilage 51a, Umfang 134 Seiten, DIN A4, können zum Preis von 20,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.

## Verkauf meiner NJW 1947–2003

VB 1000,— EUR

Tel. 0211 / 63 34 81



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