

Abdruck aus der "Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht", Heft 1, 2001 (zit.: ZLW, 2001, S. 23 ff.). Die Zeitschrift wird vom Institut für Luft- und Weltraumrecht der Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln herausgegeben.

Die nichtgewerbsmäßige entgeltliche Beförderung in Freiballonen und die Zulässigkeit von Werbung¹

von Rechtsanwalt Franz Grosse-Wilde, Bonn

Durch das Elfte Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes² ist § 20 Abs. 1³ geändert und neu gefaßt worden. Die Änderung ist von besonderer praktischer Bedeutung für den Luftsport, insbesondere für Flugzeuge, Hubschrauber und Freiballone. Der Entwurf wurde von der Bundesregierung am 15. 8. 1997⁴ in den Bundesrat und am 18.12.1997⁵ in den Bundestag eingebracht. Nach dem Bericht und der Beschlußempfehlung des Verkehrsausschusses⁶ ist die Vorschrift mit Wirkung ab dem 1. 3. 1999 in der folgenden Fassung in Kraft getreten:

(1) Juristische oder natürliche Personen sowie Personenhandelsgesellschaften bedürfen für

1. gewerbsmäßige Rundflüge in Luftfahrzeugen, mit denen eine Beförderung nicht zwischen verschiedenen Punkten verbunden ist,
2. die gewerbsmäßige Beförderung von Personen und Sachen mit Ballonen

einer Betriebsgenehmigung (Luftfahrtunternehmen). Der Genehmigungspflicht unterliegt auch die nichtgewerbsmäßige Beförderung von Fluggästen, Post und/oder Fracht mit Luftfahrzeugen gegen Entgelt; ausgenommen hiervon sind Flüge zum Absetzen von Fallschirmspringern und mit Luftfahrzeugen, die für höchstens vier Personen zugelassen sind. Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 gelten nicht für Luftsportgeräte.

Anlaß der Änderung des § 20 war eine Verordnung des Rates der EWG aus dem Jahre 1992⁷, in der die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen geregelt wurde. In Art. 1 Abs. 2 der Verordnung wurden die jetzt durch § 20 I geregelten Fälle von der Verordnung ausdrücklich ausgenommen und die Regelungskompetenz den einzelstaatlichen Gesetzgebern vorbehalten. Der verbleibende Bereich wird jetzt durch § 20 I abschließend abgedeckt.⁸

1. Die Änderungen

a) Die frühere "Selbstkostengenehmigung" (§ 20 I 4 a.F.) ist durch die "Genehmigung zur nichtgewerbsmäßigen Beförderung" ersetzt worden. Für das Genehmigungsverfahren sind die §§ 66 - 68 LuftVZO⁹ in Verbindung mit den §§ 1 - 35 LuftBO anzuwenden. Die §§ 36 - 55 LuftBO sind dagegen entgegen einer in der Luftfahrtverwaltung anzutreffenden Auffassung nicht anzuwenden, weil es sich nach den Überschriften im sechsten Abschnitt um besondere Flugbetriebsvorschriften für Luftfahrtunternehmen und bei Arbeitsflügen handelt. Der Inhalt der neuen Verfahrensvorschriften ist mit der alten Regelung für Selbstkostenflüge weitgehend deckungsgleich. Die Höhe und die Art des Entgelts sind anders als zuvor nach der Neuregelung ohne Bedeutung, bereits das geringste Entgelt führt zur Genehmigungspflicht. In der Tat ist durch die Neuregelung eines der Ziele des Gesetzgebers, nämlich den relativ unklaren Begriff der Selbstkosten und die damit verbundenen Versuche der Umgehung zu beseitigen¹⁰, erreicht worden.

b) Luftfahrzeuge, die für bis zu 4 Personen zugelassen sind, und Flüge zum Absetzen von Fallschirmspringern bedürfen nach wie vor keiner Genehmigung, so daß insbesondere die kleineren Motorflugzeuge und die kleineren Ballone

¹ Der Aufsatz ist eine überarbeitete und erweiterte Fassung einer Stellungnahme für den Deutschen Freiballon-Sportverband (DFSV) im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens. Der Autor ist Rechtsanwalt in Bonn und Justitiar des DFSV.

² BGBl I 1998, vom 28.8.1998, S. 2432

³ §§ ohne weitere Angabe sind § des Luftverkehrsgesetzes (LuftVG)

⁴ BR-Drucksache 611/97

⁵ BT-Drucksache 13/9513

⁶ BT-Drucksache 13/10530

⁷ Verordnung (EWG) Nr. 2407/92 des Rates v. 23.7.1992 (ABl. EG Nr. L 240 vom 24.8.1992, S. 1)

⁸ Begründung BR-Drucksache 611/97 zu Nr. 16 (S. 27)

⁹ Gansfort in: Giemulla-Schmid, Luftverkehrsgesetz, Stand Mai 2000, § 20 Rn. 7; unveröffentlichtes Schreiben des Bundesministers für Verkehr (BMV) an den Autor vom 15.9.1998

¹⁰ Vgl. Begründung BR-Drucksache 611/97 zu Nr. 16 (S. 28)

von der Genehmigungspflicht nicht betroffen sind. Aber auch für diese gilt, daß sie dann, wenn sie gewerbsmäßig benutzt werden, der Genehmigung nach § 20 I Ziff. 2 bedürfen¹¹.

c) Völlig entfallen ist die Genehmigungspflicht für die sonstige Zwecke (sog. Arbeitsluftfahrt), die auch dann, wenn sie gewerbsmäßig erfolgen, keiner Genehmigung mehr bedürfen.¹²

In der Praxis, insbesondere bei den Ballonen, findet die kritische Abgrenzung damit nicht mehr bei der Frage statt, ob die Entgelte die Selbstkosten übersteigen, sondern bei der *Frage, ob die Betätigung gewerblich oder nicht gewerblich* ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Betriebs- und Anschaffungskosten eines Freiballon recht hoch sind, so daß der Betrieb oft nur durch die regelmäßige entgeltliche Mitnahme von Fahrgästen finanzierbar ist.¹³ Alleine die laufenden Kosten eines Ballons liegen in einer jährlichen Größenordnung von rund 35.000,DM, ohne daß eine einzige Fahrt gemacht worden ist. Bei kleineren Ballonen (Zulassung für bis zu vier Personen) geht die Rechnung schon dann nicht mehr auf, wenn nicht eine ausreichende Zahl von Fahrten mit Passagieren erfolgen kann. Umgekehrt haben viele Ballonfahrer aus Ihrem früheren Hobby einen Beruf gemacht und ein Luftfahrtunternehmen gegründet.¹⁴ Gleichzeitig nimmt der Wettbewerb zwischen den gewerblichen Luftfahrtunternehmen, aber auch der Wettbewerb zwischen den gewerblichen Luftfahrtunternehmen und den nicht gewerblichen Piloten um die Passagiere zu.

Da die nicht gewerbliche Beförderung von Personen in einem für bis zu 4 Personen (einschl. Pilot) zugelassenen Luftfahrzeug überhaupt nicht nach § 20 genehmigt werden muß, führt bereits die erste Fahrt mit Überschreitung der Grenze zur Gewerblichkeit sofort zu einem Verstoß, der nach § 58 I Ziff. 5 eine Ordnungswidrigkeit darstellt und mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 DM geahndet werden kann. Schlimmer kann noch sein, daß darin eine Obliegenheitsverletzung gegenüber der Haftpflichtversicherung liegen kann, die zu einem Rückgriff der Versicherung führen kann. Der Begriff der "gewerbsmäßigen Beförderung" bedarf deshalb der sorgfältigen Erläuterung, um eine möglichst einfache und nachvollziehbare Abgrenzung für die Betroffenen zu ermöglichen.

2. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit

a.) Die Grundlage der Regelung des § 20 Abs. 1 (wie auch bei der alten Fassung) ist der Begriff der Gewerbsmäßigkeit. Eine Definition dieses Begriffes ist auch heute schon vorhanden. Eine Änderung war durch die gesetzliche Neuregelung nicht beabsichtigt.¹⁵

In der Literatur¹⁶, der Rechtsprechung¹⁷ und der Verwaltung¹⁸ wird die Auffassung vertreten, daß die Grundsätze, die im Bereich des Steuerrechtes für den Gewerbebetrieb maßgeblich sind, auch bei der Auslegung des § 20 I im wesentlichen Anwendung finden. Danach hat die Gewerbsmäßigkeit insgesamt vier Kriterien, die *kumulativ*¹⁹ vorliegen müssen:

1. *Selbständigkeit*: Der Unternehmer handelt auf eigenes Risiko und unter eigener Verantwortung.
2. *Nachhaltigkeit*: Die Tätigkeit muß auf Dauer gerichtet sein und mit einer Wiederholungsabsicht versehen sein.
3. *Entgeltlichkeit*: Die Durchführung der Fahrten muß auf die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile ausgerichtet sein.
4. *Gewinnerzielungsabsicht*: Das Unternehmen muß mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden.

Die Begriffe der Selbständigkeit²⁰ und der Nachhaltigkeit machen hierbei praktisch kaum Probleme. Schwierigkeiten ergeben sich in der Praxis bei der Definition der Entgeltlichkeit und der Gewinnerzielungsabsicht.

b.) Für die Entgeltlichkeit reicht es aus, daß es sich bei der Tätigkeit lediglich um einen Nebenzweck handelt.

¹¹ wie auch schon nach § 20 a. F.; siehe auch Giemulla in: Giemulla-Schmid, Luftverkehrsgesetz, Stand Juli 1996, § 20, Rn. 5

¹² Gansfort, a.a.O., Rn. 6 a. E.

¹³ Von der Ausnahme, daß der Ballonfahrer durch Sponsoren unterstützt wird, einmal abgesehen.

¹⁴ Nach der Jahresstatistik des LBA waren 1991 in Deutschland 601 Ballone zugelassen, davon 18 gewerblich. 1997 waren bereits 1277 Ballone zugelassen, davon 415 gewerblich

¹⁵ BT-Dr. 13/9513, S. 28, 29

¹⁶ Gansfort, a.a.O., vor § 20, Rn. 3; Grabherr in: Hofmann/Grabherr, Luftverkehrsgesetz, Stand November 1997, § 20, Rn. 5;

¹⁷ BVerwGE 3, 178 (grundlegend)

¹⁸ unveröffentlichtes Schreiben des BMV vom 17.07.1992 an die Verkehrsminister der Länder und das Luftfahrtbundesamt (LBA); unveröffentlichtes Schreiben des LBA vom 17.03.1993 an den Verband deutscher Luftfahrtunternehmen mit Freiballonen

¹⁹ BFH BB 1996, 1365 =BFHE 180, 121

²⁰ auf den teilweise verzichtet wird, vgl. etwa Gansfort, a.a.O. und BMV-Schreiben vom 17.07.1992

Hierbei wird der Begriff des Entgeltes weit ausgelegt, das heißt, es ist nicht nur die unmittelbare Bezahlung als Entgelt anzusehen, sondern auch die Gewährung von anderen wirtschaftlichen Vorteilen.²¹ Dies kann man mit drei Beispielen plastisch machen:

Nimmt ein Ballonfahrer den Inhaber eines Supermarktes im Ballon mit, und gewährt dieser dafür einen Rabatt bei späteren Einkäufen in seinem Geschäft, so liegt in der Rabattgewährung ein Entgelt.

Erhält ein Ballonfahrer seinen Ballon von einer Brauerei unentgeltlich zur Verfügung gestellt und muß er als Gegenleistung hierfür mindestens 20 Ballonfahrten pro Jahr mit der mit dem Logo der Brauerei versehenen Ballonhülle durchführen und zusätzlich pro Jahr 10 von der Brauerei benannte Gäste unentgeltlich mitnehmen²², so ist die Nutzungsmöglichkeit als Entgelt anzusehen.

Befördert ein Ballonfahrer, der gleichzeitig Inhaber einer Personalberatung ist, die Personalleiter seiner Auftraggeber regelmäßig unentgeltlich im Ballon, um größere Aufträge zu "feiern", so ist dies entgeltlich.²³

Jedenfalls ist ein Entgelt allein kein ausreichendes Merkmal. Ein Entgelt ist dazu geeignet, die Gesamtkosten des sportlichen Ballonfahrens zu reduzieren und damit erst den Ballonsport finanziell tragbarer zu machen. Gerade derjenige, der sportlich Ballon fahren will, wird zudem um ein stetiges Training nicht herumkommen. Um sich in Übung zu halten, ist ein gewisses Mindestmaß an Fahrten unbedingt notwendig. Allein für den Erhalt einer Außenstarterlaubnis²⁴ bedarf es je nach Bundesland mindestens 5 Fahrten jährlich²⁵, für die Mitnahme von Passagieren müssen nach Maßgabe des § 122 LuftPersV regelmäßig 12 Fahrten jährlich erfolgen.²⁶

c.) Die Feststellung der Gewinnerzielungsabsicht ist in der Praxis besonders schwierig. Zunächst reicht es aus, daß die *Absicht* besteht, Gewinne zu erzielen, es müssen also nicht tatsächlich Gewinne erzielt werden.²⁷ Umgekehrt ist eine gewerbsmäßige Betätigung nicht vorhanden, wenn zufällig Gewinne erzielt werden, obgleich dies gar nicht beabsichtigt war. Dies kann ohne weiteres dann eintreten, wenn im Rahmen der Kalkulation eine falsche Einschätzung erfolgt, etwa weil die Zahl der Fahrten falsch geschätzt wird.

Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß eine "Absicht" immer eine innere Haltung ist. Derartige innere Haltungen können naturgemäß nur sehr schwer überprüft werden, so daß man sich mit *nach außen hin erkennbaren* Kennzeichen begnügen muß.²⁸

So wird etwa die Durchführung von *Werbemaßnahmen* als gezieltes Herantreten an einen nicht überschaubaren Personenkreis als ein typisches Kennzeichen für die Absicht zur Gewinnerzielung angesehen.²⁹ Diese Ansicht wird insbesondere im Bereich der Luftfahrtverwaltung³⁰ unter Bezugnahme auf die finanzgerichtliche Rechtsprechung vertreten, allerdings ohne nähere Nachweise. Tatsächlich ist der Hinweis auf die Finanzgerichte auch falsch. Zwar verlangt der BFH für eine gewerbliche Tätigkeit auch, daß eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr erfolgt - etwa durch Werbung.³¹ Es handelt sich aber um ein *negatives* Kriterium, mit dem solche Tätigkeiten herausgenommen werden sollen, die nicht auf Leistungsaustausch ausgerichtet sind.³² Eine Gewinnerzielungsabsicht läßt sich damit nicht begründen, die - unbegründete - Auffassung des OLG Zweibrücken ist in diesem Punkt unzutreffend.³³

²¹ BFH GmbHR 1996, 787 = BFHE 180, 371; Grabherr, a.a.O., Rn. 10

²² In der Regel auf der Grundlage eines "Sponsorvertrages".

²³ Bezogen auf das Ballonfahren, nicht auf die Personalberatung. Hierbei führt die gewerbliche Haupttätigkeit (Personalberatung) nicht dazu, daß auch die Nebentätigkeit (Ballonfahren) gewerblich wird. Vielmehr erfolgt hier eine getrennte Bewertung beider Tätigkeiten, vgl. auch BFH BB 1996, 2549, 2551 = BFHE 181, 133.

²⁴ Erlaubnis für Starts mit bemannten Freiballonen außerhalb von Flug- bzw. Startplätzen

²⁵ So etwa in NRW

²⁶ Genauer müssen 3 Start und Landungen in den letzten 90 Tagen erfolgt sein

²⁷ BFH BB 1996, 2549, 2551 = BFHE 181, 133 und BMV-Schreiben v. 17.7.1992

²⁸ BFH BB 1996, 1365, 1367 = BFHE 180, 121

²⁹ OLG Zweibrücken, Urteil v. 15. 1. 1999, 2 U 34 /98 -Ballonwerbung- VRS 96, 255ff. = NZV 1999, 379ff. = NJWE-WettbR 2000, 89 ff. (EA S. 17).

³⁰ Beispielhaft BMV-Schreiben v. 17.7.1992

³¹ BFH BB 1996, 1365, 1368

³² BFH a.a.O.

³³ Die zur Stützung zitierte Entscheidung des BVerwG (E 3, 178ff.) sagt eher das Gegenteil

Würde allerdings Werbung tatsächlich zu einem derartig sprunghaften Anziehen der Nachfrage führen, wie das OLG Zweibrücken dies unterstellt, so daß der Ballonfahrer der Nachfrage nicht mehr Herr würde, so muß er bei einer Ausweitung seiner Tätigkeit *ab diesem Zeitpunkt* eine Genehmigung nach § 20 I haben oder aber Passagiere ablehnen. In der Praxis dürfte ein solcher Werbeeffect aber nicht realistisch sein. Wegen der Bedeutung dieses Kennzeichens in der Praxis und der Abgrenzungsprobleme komme ich hierauf noch unten unter 3. zurück. Auch die Anmeldung als Gewerbe, etwa beim Finanzamt oder der Ordnungsbehörde kann ein solches Kennzeichen sein.³⁴

Ein besseres Kriterium ist bei Luftfahrzeugen der Umfang der durchgeführten Tätigkeit,³⁵ etwa die Anzahl der durchgeführten entgeltlichen Flüge. Beim Ballon ist die Zahl der Fahrten allerdings deshalb nur wenig geeignet, weil üblicherweise der Preis nicht unabhängig von der Zahl der Passagiere pro Ballonfahrt, sondern *pro Passagier* vereinbart wird. Dementsprechend ist eher die *Anzahl der zahlenden Gäste* von Bedeutung. Auf das Jahr gerechnet kann man hieraus den Umfang der entgeltlichen Tätigkeit und damit auch die Möglichkeit eines Gewinns entnehmen. Hinzu kommt, daß, je nach den finanziellen Vorgaben, ab einem gewissen Umfang der Tätigkeit Gewinne nicht mehr zu vermeiden sind, während umgekehrt ein geringer Tätigkeitsumfang auf eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht schließen läßt. Lediglich das letzte Kriterium ergibt daher ein einigermaßen verlässliches Bild.³⁶

d.) Das Vorhandensein einzelner Kriterien führt noch keineswegs zur Annahme, daß eine Tätigkeit gewerbsmäßig ist. Für die Prüfung, ob eine Gewerbsmäßigkeit vorliegt, ist vielmehr eine **umfassende Gesamtschau**³⁷ vorzunehmen, und zwar anhand der vorgenannten Kriterien. Hierbei ist auch die Zielrichtung der gesetzlichen Vorgaben einzubeziehen.³⁸ Sobald sich im Rahmen der Betätigung des Halters eines Luftfahrzeuges herausstellt, daß Gewerbsmäßigkeit gegeben ist, so bedarf er grundsätzlich (und zwar mit der ersten weiteren Fahrt)³⁹ einer Genehmigung nach § 20 Abs. 1 LuftVG.

Zielrichtung der geringeren Überwachungsintensität beim nichtgewerbsmäßigen Betrieb von Ballonen ist die Tatsache, daß derjenige, der lediglich einen "Zuschuß" erhält, nicht vom Ballon fahren leben kann. Er kann lediglich erreichen, daß sein Hobby etwas günstiger betrieben werden kann. Für ihn wird daher in jedem Falle die Ausübung des Sportes im Vordergrund stehen, es wird für ihn ein Hobby bleiben müssen. Im allgemeinen wird er auch weniger oft unterwegs sein.

Eine ähnliche Situation wird auch bei solchen Personen gegeben sein, die lediglich in so geringem Umfange Dritte bei ihren Fahrten mitnehmen, daß die Erzielung von Gewinnen schon theoretisch ausgeschlossen ist. Auch hier dürfte aufgrund des Umfangs der Fahrten eine Gewinnerzielungsabsicht faktisch nicht in Betracht kommen. Hier wird aber der Ballonfahrer im Einzelfall den Nachweis zu führen haben, und zwar mit objektiven Fakten.

Ganz anders liegt es dagegen beim gewerblichen Ballonunternehmer. Dieser zielt letztlich darauf ab, Gewinne zu machen, also einen Nutzen aus dem Ballonfahren zu ziehen. Wegen des möglicherweise hier entstehenden Konflikts zwischen dem Wunsch nach hohen Gewinnen und der Sicherheit des Verkehrs ist vom Gesetzgeber ein besonders enges Geflecht an Prüfungen und Auflagen vorgesehen worden. Wenn auch viele Ballonunternehmer schon aus Schutz für sich selbst eher höhere Sicherheitsstandards einhalten, so zielt das Genehmigungserfordernis gerade darauf ab, "schwarze Schafe" von vornherein auszuschließen.⁴⁰ Gleichwohl ist er gezwungen, möglichst viele Fahrten durchzuführen und möglichst viele Passagiere zu befördern.

Der Umfang der Tätigkeit, aber auch Umfang und Organisation des "Unternehmens" sowie Zahl und Größe der Luftfahrzeuge dürften deshalb als ein ganz wesentliches Kriterium anzusehen sein.⁴¹

Besonderheiten sind bei **Ballonsportvereinen** zu berücksichtigen. Ballonsportvereine haben es sich zu ihrer satzungsgemäßen Aufgabe gemacht, den Ballonsport zu fördern und sind in der Regel als gemeinnützig anerkannt. Bei gemeinnützigen Vereinen liegt deshalb schon per definitionem keine gewerbsmäßige Tätigkeit vor.⁴² Es ist typischerweise so, daß Einnahmen außerhalb der Mitgliedsbeiträge zur Deckung der sonstigen Kosten des Vereines herangezogen werden dürfen. Insbesondere führen Einnahmen, die durch die Mitnahme von Gästen entstehen, dann nicht zu Gewinnen, wenn

³⁴ BMV-Schreiben v. 17.7.1992

³⁵ Vgl. etwa BFH BB 1995, 1827, 1829; BVerwG NJW 1977, 772

³⁶ Siehe hierzu auch schon BVerwGE 3, 178; Giemulla, a.a.O.(Juli 1996),Rn. 7

³⁷ BVerwG NJW 1977, 772; BFH BB 1995, 1827, 1830 = BFHE (GrS) 178, 86,90

³⁸ Vgl. BVerwG NJW 1977, 772

³⁹ FG Hessen EFG 90, 261

⁴⁰ Begründung BR-Drucksache 611/97, S. 28

⁴¹ Giemulla, a.a.O. (Juli 1996) Rn. 7

⁴² Vgl. Kopp, GewA 1987, 209,215; BVerwG 16, 295 (GEMA)

damit höhere Ausgaben, etwa bei der Jugendarbeit gedeckt werden. Allerdings kann auch bei gemeinnützigen Vereinen eine gewerbliche Tätigkeit gegeben sein, etwa durch einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Ein solcher Geschäftsbetrieb kann auch darin liegen, daß der Verein Ballonfahrten durchführt. In derartigen Fällen dürfte auch eine gewerbsmäßige Tätigkeit im Sinne von § 20 I vorliegen.⁴³

Da eine Werbemaßnahme lediglich die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit indiziert, nicht jedoch zwingend zur Gewerbsmäßigkeit führt, dürfte bei gemeinnützigen Vereinen zu konstatieren sein, daß diese in aller Regel nicht gewerbsmäßig tätig sind, da sie ansonsten ihre Gemeinnützigkeit verlieren würden.

3. Die Zulässigkeit von Werbung

Wie bereits ausgeführt, wird die Durchführung von Werbemaßnahmen von der Rechtsprechung und der Verwaltung - fälschlicherweise - als wichtiges äußeres **Kennzeichen** für eine Gewinnerzielungsabsicht angesehen. Diesem Kriterium kommt aber auch deshalb hohe praktische Bedeutung zu, weil Werbung in der Öffentlichkeit stattfindet und damit, etwa durch Konkurrenten, aufgegriffen werden kann. Wie aus der Entscheidung des OLG Zweibrücken sichtbar wird, erfolgt hierbei ein nahezu zwingender Rückschluß von dem Vorhandensein von Werbung auf einen Wettbewerbsverstoß.⁴⁴

Daß dieser Rückschluß keineswegs zwingend ist, anders etwa als ausdrückliche Werbeverbote für bestimmte Berufe⁴⁵, hat das OLG Zweibrücken übersehen. Denn wettbewerbsrechtliche Relevanz erhält die Werbung erst auf einem recht langen Umweg. Zunächst kann Werbung als äußeres Kennzeichen für eine Gewinnerzielungsabsicht angesehen werden, wobei aber nur bei positivem Vorliegen auch der anderen Kriterien für ein gewerbsmäßiges Verhalten das entgeltliche Ballonfahren als gewerbsmäßig qualifiziert werden kann. Ist es gewerbsmäßig, so verstößt es gegen § 20 I LuftVG. Ein solcher Verstoß wird regelmäßig als wettbewerbswidrig anzusehen sein, wenn sich der Ballonfahrer gegenüber den Luftfahrtunternehmern einen Vorsprung im Wettbewerb verschafft.⁴⁶ Es reicht aus, wenn den zugelassenen Betrieben Kunden entzogen werden, mit denen sie sonst hätten rechnen können.⁴⁷

Unter Berücksichtigung der Auffassung des OLG Zweibrücken ist deshalb die Werbung als Maßnahme, die Kunden heranbringen soll, von anderen Maßnahmen, die lediglich die Möglichkeit, auf einen Ballonfahrer aufmerksam zu werden, abzugrenzen. Zu unterscheiden ist die Werbung insbesondere von der einfachen Informationserteilung.⁴⁸

Eine Abgrenzung zwischen notwendiger **Informationserteilung** einerseits und (eine die Gewinnerzielungsabsicht indizierende) **Werbung** andererseits ist deshalb der Kern einer Lösung der zugrundeliegenden Fragestellung.

a.) Für die Lösung konkreter Fallfragen gibt es im Bereich des Luftverkehrsrechtes bisher nur die Entscheidung des OLG Zweibrücken, so daß auch auf andere vergleichbare Verhältnisse zurückzugreifen ist.

Eine sehr gute Beurteilungsbasis bildet hier das ärztliche und das anwaltliche Berufsrecht, insbesondere wegen der in jüngster Zeit aufgekommenen Diskussion über die Zulässigkeit von Werbung im Bereich der freien Berufe.

Eine Unterscheidung in den Werbemöglichkeiten von Ärzten und Anwälten ergibt sich daraus, daß Ärzte grundsätzlich nicht werben dürfen, ihnen aber sachliche Informationen gestattet sind,⁴⁹ während Anwälte werben dürfen, aber nur durch in Form und Inhalt sachliche Unterrichtung über die berufliche Tätigkeit.⁵⁰ Sachliche Information kann damit sowohl als Werbung, ebenso auch als keine Werbung definiert werden. Trotz der verschieden lautenden Formulierungen dürfte aber auch Ärzten mittlerweile die Begriffswahl gleich sein, nachdem das BVerfG § 27 BO verfassungskonform so auslegt daß nur "berufswidrige Werbung, die keine interessengerechte und sachangemessene Information darstellt", unzulässig ist.⁵¹ Gleichwohl dürfte das ärztliche Werberecht immer noch enger als das anwaltliche Werberecht

⁴³ Vgl. etwa OVG Münster GewA 1976, 236 (zur Gaststättenerlaubnis)

⁴⁴ Vgl. OLG Zweibrücken, a.a.O.

⁴⁵ Vgl. etwa Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 678

⁴⁶ Vgl. etwa BGH GRUR 1957, 558 – Bayern-Express -

⁴⁷ BGH, a. a. O.; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Rn. 660

⁴⁸ So auch OLG Zweibrücken, a.a.O.

⁴⁹ Vgl. § 27 I (Muster) Berufsordnung für die Deutschen Ärztinnen und Ärzte, (NJW 1997, Seite 3076 f.); so noch BGH NJW 1999, 1784

⁵⁰ § 43 b Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)

⁵¹ BVerfG, 1 BvR 547/99 vom 4.7.2000, Abs. 11 (<http://www.bverfg.de>)

definiert sein, auch schon dadurch, daß durch die Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichtes hier zunehmend deutlichere Konturen entstehen.⁵²

Gemäß § 43 BRAO ist der Rechtsanwalt unabhängiges Organ der Rechtspflege und übt einen freien Beruf, aber **kein Gewerbe** aus. Hieraus wird abgeleitet, daß es ihm nicht nur verboten ist, irreführende Angaben zu seiner beruflichen Tätigkeit zu machen, sondern auch solche Werbemaßnahmen vorzunehmen, die Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, ausschließlich am Gewinn orientierten Verhaltens sind.⁵³ Zwar gestattet mittlerweile § 43b BRAO "Werbung", die sich allerdings auf sachliche Unterrichtung beschränken muß. Werbung im landläufigen Sinne dürfte dies eigentlich nicht sein.

Im Bereiche der Tätigkeit des Anwaltes wird es für zulässig erachtet, **Informationen** über seine Tätigkeit vorzunehmen, nicht jedoch, da er nicht gewerbsmäßig tätig ist, Werbung im eigentlichen Sinne, etwa durch reklamehaftes Anpreisen oder durch unaufgefordertes direktes Herantreten an potentielle Mandanten, zu machen.⁵⁴

Vergleicht man diese Situation mit der vorstehend dargelegten Unterscheidung zwischen dem Luftfahrtunternehmen einerseits (gewerblich) und dem Sportfahrer, der ein Entgelt erhält, andererseits (nicht gewerblich), ergibt sich ein vergleichbares Bild. Diese Position wird im Kern auch vom OLG Zweibrücken geteilt. Das OLG führt zu den in dem Fall einschlägigen Fragen aus, daß eine Eintragung im öffentlichen Telefonbuch mit dem Zusatz "Ballonfahrten" nur - zulässige - Identifizierungshilfe für den Benutzer ist, ein Bericht im redaktionellen Teil einer Zeitung nicht von demjenigen, über den berichtet wird, zu verantworten ist, sondern von der Redaktion der Zeitung.⁵⁵ Umgekehrt ist eine bezahlte Anzeige in einer Zeitung eine - unzulässige - Werbemaßnahme.

Letztlich dürfte aber die Art des Informationsmediums nicht entscheidend sein, sondern der Inhalt der Botschaft. Allerdings kann sich die Art des Mediums auch auf den Inhalt auswirken. So werden in die "Gelben Seiten" nur gewerbliche Unternehmen⁵⁶ eingetragen, so daß eine Eintragung als Werbung zu qualifizieren ist. Das Internet ist dagegen ein für jeden offenes Medium, so daß es grundsätzlich genutzt werden kann.

b.) Die praktische Umsetzung bezogen auf weitere denkbare Maßnahmen führt im einzelnen zu den folgenden Überlegungen:

Als **Informationsvermittlung** ist es zulässig,

- daß man seine *Bereitschaft zur Mitnahme* von Passagieren zu erkennen gibt, eine Visitenkarte hat und diese weitergibt,
- daß man seine *Telefonnummer* im Telefonbuch, auf der Ballonhülle, auf dem Transportanhänger/Zugwagen bekannt gibt,
- daß man eine *Homepage* mit Berichten und Informationen über "seinen" Ballonsport hat, auf dieser die Bereitschaft zur Mitfahrt (mit Preis) zu erkennen gibt und eine Kontaktmöglichkeit anbietet,
- daß man mündliche oder schriftliche *Informationen* auf Anforderung übermittelt, Journalisten über den Ballonsport berichtet und Berichte im Redaktionsteil von Zeitungen ohne vorherige Kenntnis billigt.⁵⁷

Weitergehende Maßnahmen sind dagegen als **Werbung** zu klassifizieren,

- wenn man in Annoncen im Anzeigenteil,⁵⁸ per Werbebrief oder Plakat Ballonfahrten anbietet,
- wenn man Informationsschreiben öffentlich verteilt oder auslegt oder per Rundbrief versendet,
- wenn man Ballonfahrten in den "Gelben Seiten" anbietet,
- wenn man auf seiner Homepage den Eindruck professioneller Ballonfahrten erweckt,
- wenn man Werbung durch Dritte machen läßt.⁵⁹

⁵² BVerfG, 1 BvR 721/99 vom 17. 4. 2000, Abs . 13 (<http://www.bverfg.de>)

⁵³ vgl. etwa BGH, Anwaltsblatt 1994, S.417f.; BGHZ 115, 105, 108 m. w. N.

⁵⁴ BGHZ 115, Seite 105, 108

⁵⁵ Vgl. auch BVerfG NJW 1992, 2341, 2342

⁵⁶ ausnahmsweise aber auch Ärzte (vgl. OLG München, GRUR 1990, 382 f.)

⁵⁷ Vgl. etwa für Ärzte BGH GRUR 1987, 241, 243 - Arztinterview -; BVerfG NJW 1992, 2341

⁵⁸ BVerfG GRUR 1986, 382, 385 - Arztwerbung -

⁵⁹ Vgl. BGH GRUR 1994, 835

Es ist generell für den nicht gewerblichen Ballonfahrer empfehlenswert, in allen Informationsmedien deutlich zu machen, daß er lediglich seinen Sport ausübt und kein Unternehmen betreibt. Denn bei der Beurteilung von Werbung ist der - objektiv zu bewertende - Eindruck auf den Dritten entscheidend.