

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 3 Gewerbenenrecht

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Recht der Mehrebenenbeziehungen
und Normsetzungslehre



A) Gaststättenrecht

Gesetzgebungskompetenz: [Art. 74 Abs. 1 Nr. 11](#) n. F. i.V.m. [Art. 125a Abs. 1](#) GG
Reichweite auch hier unklar: Reisegaststätten/Beherbergungsbetriebe: *Dürr*,
GewArch 2009, 286 ff.; *Lehmann*, GewArch 2009, 291 ff.

Eigenes Gaststättengesetz bislang lediglich in:

- **Brandenburg** ([BbgGastG](#) v. 2.10.2008 [GVBI I, 218 ff.]);
- **Thüringen** ([ThürGastG](#) v. 9.10.2008 [GVBI 2008, 367]);
- **Bremen** ([BremGastG](#) v 24. 2. 2009 [Brem.GBl. S. 45]);
- **Baden-Württemberg** ([LGastG](#) v. 10. 11. 2009 [GBl. 2009, 628]).

A) Gaststättenrecht

- I. Rechtsentwicklung und Schutzzweck**
- II. Anwendungsbereich des Gaststättengesetzes**
- III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten**
- IV. Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)**
- V. Flatrate-Partys und Koma-Saufen**
- VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten**

I. Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- Bis 1930: Gaststättenrecht in [§ 33 GewO](#);
- Gaststättengesetz v. 28. 4. **1930** (RGBl. I S. 146): Gaststättenerlaubnis nur bei objektivem Bedürfnis und Zuverlässigkeit;
- GastG v. 5. 5. **1970** (BGBl. I S. 465, ber. S. 1298): Abschaffen der Bedürfnisprüfung, Diskussion um Fachkundenachweis (vgl. [§ 4 Abs. 1 Nr. 4](#) GastG), umfassende Erlaubnispflicht für Gaststätten aller Art und Beherbergungsbetriebe. Schutzzweck: Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs, baurechtliche und umweltpolitische Belange;
- Deregulierungsgesetzes v. 21. 6. **2005** (BGBl. I S. 1666): Erlaubnispflicht nur noch für Gaststätten, die alkoholische Getränke abgeben; keine Anwendbarkeit mehr auf Beherbergungsbetriebe

I. Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- Deregulierungsgesetzes v. 21. 6. **2005** (BGBl. I S. 1666): Erlaubnispflicht nur noch für Gaststätten, die alkoholische Getränke abgeben; keine Anwendbarkeit mehr auf Beherbergungsbetriebe
- Änderung der Gesetzgebungskompetenz durch Föderalismusreform I (52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.**2006** [BGBl. I, 2034]): Diskussion um Kompetenz zum Nichtraucherschutz; Landeskompetenz zur Regelung von Beherbergungsbetrieben?
- 2. MittelstandsentlastungsG v. 13. 9. **2007** (BGBl. I S. 2246): Reisegaststätten werden GewO unterstellt (Aufhebung des § 13 GastG);
- BbgGastG v. 2.10.**2008** (GVBl I, 218 ff.), ThürGastG v. 9.10.**2008** (GVBl 2008, 367); BremGastG v. 24.2.**2009** (Brem.GBl., 45);
- 3. MittelstandsentlastungsG vom 17. 3. **2009** (BGBl. I, S. 550): Weitere Anpassung der GewO für Reisegaststätten in § 56 Abs. 1 Nr. 3b GewO
- LGastG BW v. 10. 11. **2009** [GBl. 2009, 628]): Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs

I. Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- Wichtigste Neuregelung **BbgGastG** und **ThürGastG**: Entfallen der bisherigen personen- und raumbezogene Erlaubnispflicht (§ 2 GastG) und Ersetzung durch bloße Gewerbeanzeigepflicht unter vorheriger Zuverlässigkeitsprüfung im Falle eines beabsichtigten Alkoholausschanks (kritisch hierzu *Lehmann*, NVwZ 2009, 84 ff.; *ders.*, GewArch 2009, 291, 293 f.)
- **BremGastG**: Erlaubnispflicht bei Alkoholausschank; jedoch nur Personenkonzession
- **LGastG BW** (hierzu *Strohs*, KommJuR 2010, 201 206): Verweis auf Fortgeltung des Bundes-GastG (§ 1) und Sonderregelung für Alkoholmissbrauch-fördernde Angebote (§ 2 und § 3) .
- Gaststättenrechtliche Begriffe in Ländergesetzen mit denen des Bundes-GastG identisch.

II. Anwendungsbereich des Gaststättengesetzes

„Legaldefinition“ im Wesentlichen: [§ 1](#) GastG

(*Brandenburg* und *Thüringen*: § 1 Abs. 1 BbgGastG und § 1 Abs. 1 ThürGastG;
Bremen: § 1 BremGastG – leichte Abweichungen im Landesrecht)

Gaststättenbegriff auch für **Landesnichtraucherschutzgesetze** maßgeblich.

Ein Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes betreibt, wer gewerbsmäßig Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personen zugänglich ist.

Teilweise Erweiterung durch

- [§ 23](#) GastG: Anwendung der Regelungen über Ausschank alkoholischer Getränke auch auf Vereine und Gesellschaften, die kein Gewerbe betreiben.
- Geltung der SperrzeitVO auch für „Vergnügungsstätten“ ([§ 18](#) GewO)

Unterscheidung im Bundes-GastG:

stehendes Gewerbe“ (Abs. 1) – „Reisegewerbe“ (Abs. 2)

II. Anwendungsbereich des Gaststättengesetzes

1. Bezugnahme auf den Gewerbebegriff

- Gewerbe = jede nicht sozial unwertige, auf Dauer angelegte und auf Gewinnerzielung gerichtete selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion und die freie Berufe und die Verwaltung des eigenen Vermögens
- Praktische Abgrenzungsprobleme:
 - zur Urproduktion (Vermarktung selbsterzeugter Produkte durch Bauern, Weinbauern)
 - bei Gewinnerzielungsabsicht (Baghwan-Disko/Vereinsheim)
[VG Stuttgart, 4 K 4570/08 v. 12. 1. 2009](#) = NVwZ-RR 2009, 560
 - soziale Unwertigkeit (Swinger-Club etc.; vgl. [BVerwG, v. 6.11.2002 – 6 C 16/02](#) = NVwZ 2003, 603 ff., [BVerwG, v. 23.3.2009 – 8 B 2.09](#) = GewArch 2009, 255 f.; hierzu *Lehmann*, NVwZ 2009, 888 ff.)

II. Anwendungsbereich des Gaststättengesetzes

2. Gaststätte im stehenden Gewerbe (§ 1 Abs. 1 GastG)

- Begriff „stehendes Gewerbe“ nicht identisch mit dem der GewO
- Voraussetzungen: **Ortsgebundenheit und Dauer**
(Erforderlichkeit eines zum dauernden Gebrauch eingerichteten, ständig oder in regelmäßiger Wiederkehr benutzten Raums; (-) bei „fliegendem Händler“ [vgl. VG Berlin, GewArch 1987, 204])
- Unterscheidung:

Schankwirtschaft

- Nur Getränke
- Jede Form der Verabreichung

Speisewirtschaft

- Getränke und Speisen
- Nur „zubereitete“ Speisen (zum alsbaldigen Verzehr „genussfertig“ gemacht).
- Auslegung wichtig für § 7 GastG

II. Anwendungsbereich des Gaststättengesetzes

2. Gaststätte im stehenden Gewerbe ([§ 1 Abs. 1 GastG](#))

a) Insbesondere: „Verzehr an Ort und Stelle“

- Unterscheidung zu reinem Getränke- / Speisenverkauf
- Problem: Ausschank an „Stehgäste“

b) Insbesondere: „Zugänglichkeit des Betriebes“

- Zugänglichkeit für jedermann oder bestimmten Personenkreisen
- Problem: Sind Vereinsmitglieder ein „bestimmter Personenkreis“?
[VG Stuttgart, 4 K 4570/08 v. 12. 1. 2009](#) = NVwZ-RR 2009, 560
- Problem: Betreibt ein Party-Service eine Gaststätte (und bedarf er insoweit eine Gestattung nach [§ 12 GastG](#))? BayOblG, NVwZ-RR 1993, 244 ff.
- Problem: Zugänglichkeit ≠ Kontrahierungszwang

II. Anwendungsbereich des Gaststättengesetzes

- c) *Insbesondere: Schank- und Speisegaststätten als Neben- und Mischgewerbe*
- Problem: Damenfriseursalon als Gaststätte?
OVG Lüneburg, GewArch 1973, 303, 304
 - Unerheblich, ob Ausübung im Haupt- oder Nebengewerbe
 - Unerheblich: Einrichtung des Betriebs
 - Unerheblich, ob konkretes Entgelt verlangt wird ([§ 2 Abs. 2 Nr. 2 GastG](#))
 - Entscheidend, ob unmittelbarer oder mittelbarer Vorteil durch Getränkeausschank / Speiseausschank
 - Gemischter Betrieb: Ausübung verschiedener Gewerbe, die verschiedener rechtlicher Beurteilung unterliegen, in einheitlichem Betrieb
 - Trotz einheitlicher Ausübung Geltung der für jeweilige Betriebsart maßgeblichen Bestimmungen
 - Ausnahme: [§ 7 Abs. 2 GastG](#) (Freistellung vom Ladenschlussrecht bei Verkauf über die Straße; vgl. hierzu auch *Hieronimi*, GewArch 1958, 243 ff. und *Förg*, GewArch 1959, 26 ff.) – Auch bei LandesladenschlussG?

II. Anwendungsbereich des Gaststättengesetzes

3. Gaststätte im Reisegewerbe (§ 1 Abs. 2 GastG)

- Voraussetzungen des [§ 1 Abs. 2 GewO](#)
 - Ortsfeste Betriebsstätte für Dauer einer vorübergehenden Veranstaltung
 - Vergleichbarkeit mit Betrieben im stehenden Gewerbe nach Art, Anlage und Einrichtung

Wichtig: Geltung der §§ 55 ff. GewO, auch wenn § 1 Abs. 2 GastG vorliegt (Wegfall des § 13 GastG), aber:

- [§ 55a Abs. 1 Nr. 7 GewO](#): Keine Reisegewerbekarte, wenn nach Landesrecht Gaststättenerlaubnis mit Zuverlässigkeitsprüfung
- [§ 56 Abs. 1 Nr. 3b GewO](#): Verkauf alkoholischer Getränke auch im Reisegewerbe zulässig, soweit Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 GastG vorliegen

Darf Bundesgesetzgeber überhaupt noch Reisegewerberecht für Gastwirte regeln?

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

Allgemein hierzu: *U. Stelkens*, BayVBl. 2007, 263 ff.

Beachte: Keine Erlaubnispflicht in *Brandenburg* und *Thüringen*

- 1. Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Gaststätten**
- 2. Folgen der Erlaubnispflicht**
- 3. Folgen der Erlaubnisfreiheit**
- 4. Verfassungsmäßigkeit der derzeitigen Ausgestaltung der Gaststättenkonzession**

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

1. Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Gaststätten

Grundsatz:

- [§ 2 Abs. 1 Satz 1](#) GastG: Notwendigkeit der Gaststättenerlaubnis (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)
- Bei Fehlen der Erlaubnis: Untersagung des Betriebs nach [§ 31](#) GastG i.V.m. [§ 15 Abs. 2](#) GewO
- Mildere Mittel sind möglich, z. B. Aufforderung, nach Betreiben eines Gaststättenerlaubnisverfahrens Gaststättenerlaubnis vorzulegen: [VG Stuttgart, 4 K 4570/08 v. 12. 1. 2009](#) = NVwZ-RR 2009, 560

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

§ 2 GastG a. F.

- (1) Wer ein Gaststättengewerbe betreiben will, bedarf der Erlaubnis. [...]
- (2) Der Erlaubnis bedarf nicht, wer
 1. Milch, Milcherzeugnisse oder alkoholfreie Milchmischgetränke verabreicht,
 2. unentgeltliche Kostproben verabreicht,
 3. alkoholfreie Getränke aus Automaten verabreicht.
- (3) Der Erlaubnis bedarf ferner nicht, wer, ohne Sitzgelegenheit bereitzustellen, in räumlicher Verbindung mit seinem Ladengeschäft des Lebensmitteleinzelhandels oder des Lebensmittelhandwerks während der Ladenöffnungszeiten alkoholfreie Getränke oder zubereitete Speisen verabreicht.
- (4) [...].

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

1. Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Gaststätten

Ausnahme von Erlaubnispflicht:

- Ursprünglich nur absolute Bagatellfälle gemäß § 2 Abs. 2 und 3 GastG a.F. und Sonderregelungen für Straußwirtschaft ([§ 14](#), [§ 26](#) GastG)
- Einschränkung des Erlaubniserfordernisses durch „Gesetz zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen“ vom 21. Juni 2005 (Deregulierungsgesetz 2005)
- Nach Neufassung des [§ 2](#) GastG: Gaststättenerlaubnis nur noch für Verabreichung alkoholischer Getränke (Umkehrschluss aus [§ 2 Abs. 2](#) [GastG](#) n.F.)
- *Dübbers/Jo*, NVwZ 2006, 301 ff.; *Pörtl*, GewArch 2005, 353 ff.; *Schönleiter*, GewArch 2005, 369 ff.; *Schönleiter/Böhme*, GewArch 2006, 65, 66 f.

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

2. Folgen der Erlaubnispflicht

- Gaststättenkonzession = gemischte Personen- und Sachkonzession
 - Personenbezogen: [§ 2 Abs. 1](#) GastG („Wer“), [§ 4 Abs. 1 Nr. 1](#) GastG
 - Sachbezogen: [§ 3 Abs. 1 Satz 1](#) GastG (Erteilung für bestimmte Betriebsart und bestimmte Räume)
- Wichtig: **Keine Konzentrationswirkung** der Gaststättenkonzession
- [Art. 12 Abs. 1](#) GG: Anspruch auf Erteilung der Konzession ohne Bedürfnisprüfung
- Erteilung der Konzession, wenn keine Versagensgründe nach [§ 4](#) GastG (BVerwGE 1, 48 ff.)
- Nebenbestimmungen nur zur Sicherung der Voraussetzungen des [§ 4 Abs. 1](#) GastG

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

a) Personengebundene Versagungsgründe (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 GastG)

Nr. 1: Unzuverlässigkeit

- Förderung des Alkoholmissbrauchs, Verstöße gegen Jugendschutz („Koma-Saufen“, Flatrate-Partys [hierzu später])
- „Unsittlichkeit Vorschub leisten“ (BVerwG, v. 6.11.2002 – 6 C 16/02 – NVwZ 2003, 603 ff. [Swinger-Club], BVerwG, v. 23.3.2009 – 8 B 2.09 – GewArch 2009, 255 f. [Bordell]; VGH München, GewArch 2009, 256 f.; VG Berlin, NJW 2001, 983)
- Aber nach wie vor gilt:

Unzuverlässig ist, wer **nicht die Gewähr dafür bietet**, dass er sein Gewerbe **in Zukunft** ordnungsgemäß betreiben **wird**.

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

a) **Personengebundene Versagungsgründe (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 GastG)**

Nr. 4: Mindestmaß an Sachkunde im Lebensmittelrecht

- Nachweis, dass über lebensmittelrechtliche Kenntnisse unterrichtet wurde
- Unterrichtung mündlich und nicht länger als sechs Stunden (Nr. 3 . 3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift über den Unterrichtsnachweis im Gaststättengewerbe)

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

b) Sachbezogene Versagungsgründe (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 bis 3 GastG)

- räumliche Gestaltung der Gaststätte (Nr. 2 und 2a)
- örtliche Lage des Betriebes und sein Verhältnis zum Nachbarn (Nr. 3)

aa) *Barrierefreiheitserfordernis* (§ 4 Abs. 1 Nr. 2a GastG)

- Eingefügt durch Art. 41 Abs. 1 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen v. 24. 7. 2002 (zu den Auswirkungen des Behindertengleichstellungsgesetzes: *Pörtl*, GewArch 2003, 231 ff.)
- Geltung für Gaststätten, die nach 2002 errichtet, wesentlich umgebaut oder erweitert worden sind
- Absehen von barrierefreier Gestaltung nur in Härtefällen
- § 13 Behindertengleichstellungsgesetz: Verbandsklagerecht für bestimmte Behindertenverbände (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2005, 635 ff.: Feststellungsklage, keine Anfechtungsklage)

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

bb) Allgemeine Anforderungen an die Gasträume ([§ 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG](#))

- GastG selbst enthält sonst unmittelbar keine baulichen Anforderungen
- Aber: Gasträume müssen den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit entsprechen
 - indirekter Verweis auf allgemeine Regeln des Bauordnungsrechts und landesrechtliche Regelungen, die besondere bauliche Anforderungen an Gaststätten näher ausgestalten (auf [§ 4 Abs. 3 GastG](#) gestützte Rechtsverordnungen [z. B. in Berlin, Hamburg, Rheinland-Pfalz], Gaststättenbauverordnungen auf Grundlage der Landesbauordnung [z. B. im Saarland])
 - Deutlich z. B. VGH München, BayVBl. 2009, 755 f.

cc) Anforderungen an die örtliche Lage des Betriebs ([§ 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG](#))

- Verknüpfung zwischen Immissionsschutzrecht und Gaststättenrecht
- *Exkurs:* Biergartenstreit und [§ 23 BImSchG](#): VGH München, NVwZ 1995, 1021; BVerwG, NVwZ 1999, 651

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

c) Verhältnis zwischen Gaststättenerlaubnis und Baugenehmigung

Hierzu ausführlich: *Winkler*, Jura 2006, 260 ff.

- Gaststättenerlaubnis ersetzt **nicht** (nach Landesrecht erforderliche) Baugenehmigung
 - Bindung der Gaststättenbehörde an Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde, soweit auch über im Gaststättenerlaubnisverfahren zu prüfende baurechtliche Anforderungen entschieden wurde (BVerwGE 80, 259, 261 ff.; BVerwGE 84, 11, 13 f.)
 - Keine Bindungswirkung der Gaststättenerlaubnis zu Lasten der Bauaufsicht (BVerwGE 84, 11, 16)
 - Keine Bindungswirkung: Ablehnung einer Baugenehmigung (BVerwGE 84, 11 ff.)
- Bedeutung für Anfechtung der Gestattung durch Dritte (baurechtliche Einwände im Bauverfahren, gaststättenrechtliche Einwände im Gaststättenverfahren)
- Anders: Immissionsschutzrecht (Aufgehen des [§ 22](#) BImSchG in Gaststättenkonzession)

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

d) Besondere Arten der Gaststättenkonzession

§ 9 GastG: Stellvertretererlaubnis

§ 11 GastG: Vorläufige Erlaubnis

§ 12 GastG: Gestattung (vereinfachte Gaststättenerlaubnis aus besonderem Anlass)

§ 10 GastG: Hinterbliebenenprivileg

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

e) Aufhebung der Gaststättenkonzession

aa) Rücknahme der Gaststättenerlaubnis (§ 15 Abs. 1 GastG)

- Verpflichtung zur Rücknahme bei Unzuverlässigkeit, wenn nachträglich Tatsachen bekannt, die Unzuverlässigkeitsurteil begründen
- Verweis auf § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG
- Keine abschließende Regelung
- Rücknahme nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG, wenn Gaststättenkonzession entgegen § 4 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 GastG erteilt worden ist.

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

bb) *Widerruf der Gaststättenerlaubnis* ([§ 15 Abs. 2 und 3 GastG](#))

- Abschließende Regelung in § 15 Abs. 2 und 3 GastG (BVerwGE 81, 74, 78); kein Rückgriff auf § 49 Abs. 2 VwVfG
- Kein Widerruf, wenn nachträglich Versagungsgründe des [§ 4 Abs. 1 Nr. 2 bis Nr. 3](#) GastG eintreten
- Widerruf nach [§ 15 Abs. 3 Nr. 5 – Nr. 7](#) GastG für Versagungsgründe des [§ 4 Abs. 1 Nr. 4](#) GastG
- [§ 15 Abs. 2 GastG](#) → gebundene Entscheidung
- Verhältnis zwischen Widerruf nach [§ 15 Abs. 3 Nr. 1](#) GastG (unbefugte Änderung der Betriebsart) und bereits erlassener bauordnungsrechtlicher Nutzungsuntersagung: [VG Neustadt a.d.W. v. 11.3.2010 – 4 L 224/10.NW](#)
= GewArch 2010, 255 ff.

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

cc) Nachträgliche Auflagen ([§ 5 Abs. 1 GastG](#))

- Vorliegen der Gaststättenerlaubnis keine Voraussetzung
- Schutzrichtungen:
 - **Gästeschutz** (vgl. VGH München BayVBl. 2009, 755 f.: Beschränkung der Besucherzahl wegen Brandschutz; [VG Hannover v. 16.4.2010 - 11 B 6294/09](#) – GewArch 2010, 258: Auflage zur Gewährleistung des Nichtraucherschutzes)
 - **Schutz der Bediensteten**
 - **Nachbarschutz** (vgl. [OVG Berlin-Brandenburg v. 21.8.2009 – 1 N 52.08](#) – GewArch 2010, 166 ff.: Auflage, den Schankvorgartenbetrieb zur Nachtzeit zu unterlassen)

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

f) Rechtsschutzfragen

- Rechtsschutz des Gewerbetreibenden
 - Verpflichtungsklage gestützt auf [Art. 12 Abs. 1 GG](#) bei Versagung der Gaststättenerlaubnis
 - Anfechtungsklage gegen Auflagen und Nebenbestimmungen und Auflagen nach [§ 5 Abs. 1 GastG](#)
- Nachbarschutz
 - Vorrang der Klage gegen Baugenehmigung
 - Klage gegen Gaststättenerlaubnis bei [§ 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG](#)
 - Klage auf behördliches Einschreiten nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG](#) (VGH München, NVwZ 1995, 1021 ff.)
- Konkurrentenschutz
 - Problem bei rechtswidriger Begünstigung des Konkurrenten ([Art. 3 Abs. 1 GG](#))

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

3. Folgen der Erlaubnisfreiheit

- a) *Zuverlässigkeitsprüfung nur im Rahmen des [§ 35 GewO](#) i. V. m. [§ 31 GastG](#)*
- b) *Geringere bauliche Anforderungen an Gasträume*
 - Unanwendbarkeit des [§ 4 Abs. 1 Nr. 2a GastG](#) (aber Regelungen der Landesbauordnungen)
 - Unanwendbarkeit der auf Grundlage des [§ 4 Abs. 3 GastG](#) erlassenen Verordnungen

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

3. Folgen der Erlaubnisfreiheit

c) *Eingeschränkte Überwachungskompetenzen der Gaststättenbehörden* ([§ 15 Abs. 2 GastG](#))

- Einschreiten der Gaststättenbehörden nur nach [§ 5 Abs. 2 GastG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG](#): Vorliegen konkreter Gefahren für Leib, Gesundheit und Sittlichkeit notwendig (nicht bei jedem Verstoß gegen Baurecht)
- Aber: Beharrliche Verstöße gegen baurechtliche Verfügungen kann Grundlage einer Untersagung nach § 31 GastG i.V.m, § 35 GewO sein.

III. Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

4. Verfassungsmäßigkeit der derzeitigen Ausgestaltung der Gaststättenkonzession

Erlaubnispflichtige Gaststätten

- Nicht unerhebliche Anforderungen an bauliche Gestaltung
- Parallelzuständigkeit der Gaststättenbehörden und Baubehörden

Erlaubnisfreie Gaststätten

- Keine baulichen Anforderungen
- Keine bauaufsichtlichen Kompetenzen der Gaststättenbehörden

Vor Inkrafttreten des Deregulierungsgesetzes 2005

Regelfall

Nur absolute Bagatellfälle

Nach Inkrafttreten des Deregulierungsgesetzes 2005

Nur bei Alkoholausschank

Nunmehr auch Fastfood-Restaurants, Cafés, Mensen, Kantinen

Verstoß gegen [Art. 12 Abs. 1](#) GG i.V.m. [Art. 3 Abs. 1](#) GG (BVerwGE 1, 48 ff.)?

IV. Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

§ 7 GastG: Gaststätten unterliegen nicht Ladenschlussrecht, sondern Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

- Vor Inkrafttreten des Deregulierungsgesetzes 2005: Verpflichtung, seither nur Ermächtigung der Länder zur Regelung der Sperrzeiten
- Gestaltung der SperrzeitVO nach § 18 GastG:
 - Allgemeine Sperrzeitregelungen für alle Schank- und Speisegaststätten sowie sonstige Vergnügungsstätten (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2005, 243 f.)
 - Ausdrückliche Zulassung von Ausnahmen bei „öffentlichem Bedürfnis“ oder „besonderen örtlichen Verhältnissen“ (hierzu: VGH München, BayVBl. 2009, 695 f.)
 - Sperrzeitverlängerung nur in Bezug auf Verkauf „über die Straße“? (VGH München, GewArch 2010, 118 ff.)?
- Durchsetzung der Beachtung der Sperrzeit
 - Polizeiliche Generalklausel (sog. „unselbstständige Verfügung“)
 - VG Stuttgart GewArch 1999, 254 ff.: Implizite Ermächtigung aus GastG

V. Flatrate-Partys und Koma-Saufen

Ausdrückliche Regelungen im Landesgaststättenrecht:

§ 4 Nr. 4 BremGastG:

„Es ist verboten [...], im Gaststättengewerbe alkoholische Getränke in einer Art und Weise anzubieten, die **darauf gerichtet** ist, zu übermäßigem Alkoholkonsum zu verleiten.“

§ 7 Nr. 5 BbgGastG:

„Es ist verboten [...] alkoholische Getränke in einer Art und Weise anzubieten, die **darauf gerichtet** ist, zu übermäßigem Alkoholkonsum zu verleiten.“

§ 8 Abs. 2 ThürGastG

„Es ist verboten, alkoholhaltige Getränke in einer Art und Weise anzubieten, der **dazu geeignet** ist, dem Alkoholmissbrauch Vorschub zu leisten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Alkohol in unbestimmten Mengen zu einem Preis abgegeben wird, der erheblich unter dem tatsächlich marktüblichen Preis liegt.“

V. Flatrate-Partys und Koma-Saufen

Ausdrückliche Regelungen im Landesgaststättenrecht:

§ 2 LGastG BW:

„Es ist verboten, alkoholische Getränke in einer Weise anzubieten oder zu vermarkten, **die geeignet ist**, dem Alkoholmissbrauch oder übermäßigem Alkoholkonsum Vorschub zu leisten.“

V. Flatrate-Partys und Koma-Saufen

Rechtslage nach dem Bundes-GastG:

- **Mögliche Verstöße:** [§ 9 Abs. 1 JuSchG](#), [§ 20 Nr. 2 GastG](#), [§ 6 S. 2 GastG](#)
- **Maßnahmen:** Auflage nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG](#)?
(Problem: *Konkrete* Gefahr notwendig; Selbstgefährdung volljähriger Gäste?)

Hierzu: VGH München, NVwZ-RR 2008, 26 ff.; [VGH Kassel 6 B 31/09 v. 25. 2. 2009](#) = GewArch 2009 253 ff., VG Hannover, NJW 2008, 1015 ff; *Guckelberger*, LKV 2008, 385 ff.; *Kaller/Jukl*, KommJur 2007, 441 ff.; *Krüger/van der Schoot*, DVBl. 2008, 697 ff.; *Scheidler*, DÖV 2008, 189 ff.; *Schmidt am Busch* Jura 2009, 473 ff. und GewArch. 2009, 377 ff.; *Schröder/Führ*, NVwZ 2008, 145 ff.

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

1. Gesetzgebungskompetenz

- Ursprünglich angedacht: umfassende Regelungen auf Bundesebene
- Aber: [Art. 74 Abs. 1 Nr. 11](#) n. F. i.V.m. [Art. 125a Abs. 1](#) GG
- [Bundesnichtraucherschutzgesetz](#) vom 20. Juli 2007 (BGBl. I S. 1595)
 - Beschränkt auf Rauchverbote in Einrichtungen des Bundes und bestimmte Einrichtungen des öffentlichen Personenverkehrs (§ 1 BNichtrSchG)
- **Nichtraucherschutzgesetze der Länder**

Baden-Württemberg: [LNRSchG](#) v. 25.7.07 (GBl. S. 337); Bayern: [GSG](#) v. 20.12.07 (GVBl. S. 919); Berlin: [NRSG](#) v. 16.11.07 (GVBl. S. 578); Brandenburg: [BbgNiRSchG](#) v. 18.12.07 (GVBl. I/07 S. 346); Bremen: [BremNiSchG](#) v. 18.12.07 (GBl. S. 515); Hamburg: [HmbPSchG](#) v. 11.7.07 (HmbGVBl. S. 211); Hessen: [HessNRSG](#) v. 6.9.07 (GVBl. S. 568); Mecklenburg-Vorpommern: [NichtRSchutzG M-V](#) v. 12.7.07 (GVOBl. M-V S. 239); Niedersachsen: [Nds. NiRSG](#) v. 12.7.07 (Nds. GVBl. S. 337); Nordrhein-Westfalen: [NiSchG NRW](#) v. 20.12.07 (GV. NRW. S. 742); Rheinland-Pfalz: [NRauchSchG](#) v. 5.10.07 (GVBl. S. 188); Saarland: [NRauchSchG](#) v. 21.11.07 (Amtsbl. S. 75); Sachsen: SächsNSG v. 26.10.07 (GVBl. S. 495); Sachsen-Anhalt: [NRauchSchG](#) v. 19.12.07 (GVBl. LSA S. 464); Schleswig-Holstein: [NRauchSchG](#) v. 10.12.07 (GVOBl. S. 485); Thüringen: [ThürNRSchutzG](#) v. 20.12.07 (GVBl. S. 257)

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

1. Gesetzgebungskompetenz

- [BVerfG, v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 –, Rn. 96 ff.](#) = BVerfGE 121, 317 ff.: Jedenfalls Kompetenz der Länder nach [Art. 70 Abs. 1](#), [Art. 72 Abs. 1](#) GG
- [BAG v. 19. 5. 2009 - 9 AZR 241/08 – Rn. 50 ff.](#) = NJW 2009, 2698: Gilt auch zu Gunsten von Arbeitnehmern, allerdings müssen Länder auf Vereinbarkeit mit bundesrechtlichen Arbeitnehmerschutzrecht achten.

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

2. Regelungsinhalt der Landesnichtraucherschutzgesetze

- Schutz der Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren durch Passivrauchen
- Geltung in Innenräumen bestimmter Gebäude und Einrichtungen (auch Gaststätten)
- Umfasst Rauchen aller Tabakprodukte und Inhalieren des Tabakrauches mittels Wasserpfeife (hierzu: VerfGH, Berlin GewArch 2008, 410 ff.) oder Rauchen unter Verwendung anderer Hilfsmittel
- (unterschiedlich weit reichende) Ausnahmemöglichkeiten
- Bußgeldtatbestände zur Sanktionierung von Verstößen

Zum Ganzen sehr ausführlich: *Scheidler*, GewArch 2008, 287 ff.

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

3. Nichtrauchererschutz in Gaststätten im Besonderen

Grundsatz: Rauchverbot in Innenräumen von Gaststätten

Bezugnahme auf Begriff „Gaststätte“ i.S.d. [§ 1](#) GastG durch Nichtraucher-schutzgesetze der Länder

Alle Speise- und Schankwirtschaften einschließlich Betriebe des Reisegewerbes und der Diskotheken und Straußwirtschaften, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist.

Gilt bei fehlender räumlicher Trennung auch für Mischbetriebe (z. B. Spielbank mit Gaststättenbetrieb) selbst dann, wenn Gaststättendienstleistungen und sonstige Dienstleistungen von unterschiedlichen Betreibern erbracht werden:

[BAG v. 19. 5. 2009 - 9 AZR 241/08 – Rn. 37 ff.](#) = NJW 2009, 2698

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

3. Nichtrauchererschutz in Gaststätten im Besonderen

- Geltung des Rauchverbotes unabhängig von Erlaubnis- / Gestattungspflichten
- Keine Unterscheidung nach Speise- oder Getränkeangebot, Größe, Gastfläche oder Sitzplatzanzahl
- Aber: Rauchverbot nur in Innenräumen
 - Auch auf „Freischankfläche“ im Einkaufszentrum: [OVG Münster v. 11. 11. 2009 - 4 B 512/09 –](#)
 - Zur Nds. „Markthallenregelung“: [VG Hannover v. 16.4.2010 - 11 B 6294/09 –](#) GewArch 2010, 258
 - Problem: umschlossene Unterstellmöglichkeiten
- Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten in unterschiedlicher Form; enthalten in fast allen Landesnichtraucherschutzgesetzen

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

3. Nichtrauchererschutz in Gaststätten im Besonderen

- Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten in unterschiedlicher Form; enthalten in (fast) allen Landesnichtraucherschutzgesetzen:
 - Größenbeschränkung (z. B. 75 qm) der Einraumkneipenregelung: [VGH Mannheim v. 28. 1. 2010 - 10 S 22392](#) = GewArch 2010, 168
 - Speisenangebot in Einraumkneipen: einfach zubereitete Speisen (nicht: Fleischportion mit Soße und zweierlei Beilagen: [OLG Koblenz v. 27. 1. 2010 - 2 SsBs 120/09](#) = NJW 2010, 1299)

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

3. Nichtrauchererschutz in Gaststätten im Besonderen

Bayern als Sonderfall (*Regel/Ahlhaus* GewArch 2009, 473 ff.)

- Ursprünglich: Keine Ausnahmen
- Nach Bayernwahl: Lockerungen des Nichtrauchererschutzes
(Verfassungsrechtlich zulässig: [BVerfG, 1 BvR 2054/09 v. 10. 9. 2009](#) = GewArch 2009, 450 ff.)
- Jetzt: Erfolgreicher [Volksentscheid](#) gegen Lockerungen

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

4. „Geschlossene Gesellschaft“ und Raucherclub

Geltung des Rauchverbots für Gaststätten nur im Rahmen des öffentlichen Zugangs

- Gewährleistung, dass Gaststätte nicht frei zugänglich
- Echte Mitgliederstruktur
- Problem: Notwendigkeit eines Mitgliedbeitrages in Raucherclubs?

VG München, GewArch 2008, 258 ff.; VG Neustadt/W., GewArch 2008, 170 f.; AG Frankfurt a.M., NJW 2008, 2448 f.; *Ebert*, NVwZ 2010, 26 ff.; zur besonderen Situation in Bayern: *Regel/Ahlhaus*, GewArch 2009, 473 ff.

VI. Nichtraucherchutz in Gaststätten

5. Rechtsfolgen bei Verstößen

- Ordnungswidrigkeit
 - Haftung des Betreibers der Gaststätte aufgrund Verantwortung für Einhaltung des Rauchverbots
 - Haftung des Rauchers (für Vorsatz und Fahrlässigkeit)
- Konsequenzen nach Gaststättenrecht
 - Widerruf der gaststättenrechtlichen Erlaubnis nach [§ 15 Abs. 2](#) GastG (Versagungsgrund: [§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1](#) GastG)

VI. Nichtrauchererschutz in Gaststätten

6. Verfassungsmäßigkeit

[BVerfG, v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 –, Rn. 90 ff.](#) = BVerfGE 121, 317 ff.; [BVerfG, 1 BvR 2054/09 v. 10. 9. 2009](#) = GewArch 2009, 450 ff.; [VerfGH RhPf, v. 30.9.2008 – VGH B 31/07 – LKRZ 2008, 454 ff.](#)

- Betroffene Grundrechte der Wirte: [Art. 12 Abs. 1](#) GG, nicht [Art. 14](#) GG
- Nichtrauchererschutz legitimes Ziel des Grundrechtseingriffs wegen Gesundheitsgefahr für Passivraucher
- Geeignetheit
- Erforderlichkeit: Wahlmöglichkeit zwischen Raucher- und Nichtrauchergaststätte nicht ausreichend
- **Zumutbarkeit:** Strikter Nichtrauchererschutz auch für „Eckkneipen“ zumutbar. Sieht der Gesetzgeber jedoch Ausnahmen für Nebenräume vor, müssen auch „Eckkneipen“ berücksichtigt werden.
- Problem: Wasserpfeifen-Cafés (VerfGH Berlin, GewArch 2008, 410 ff.)