

Gaststättenrecht

von *Annette Guckelberger*

Literatur:

Allgemeine Literatur: *Klement*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 11; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016.

Landesrechtliche Literatur: *Guckelberger/Heimpel*, Das saarländische Gaststättengesetz, LKRZ 2013, 1 ff.; s. zum Spielhallen-, Spielbanken- und Ladenöffnungsrecht § 6 der Voraufgabe.

Seit der Föderalismusreform I im Jahre 2006 steht den Ländern die Gesetzgebungsbefugnis für das Recht der Gaststätten zu (Ausklammerung aus Art. 74 I Nr. 11 GG, Art. 70 I GG). Während der Bund aufgrund seines Kompetenztitels für das „Recht der Wirtschaft“ allgemeine Regelungen für Gewerbetreibende erlassen darf, obliegt es den Ländern aufgrund des ausgrenzenden Klammerzusatzes (ohne das Recht [...] der Gaststätten) **Regelungen zur Abwehr spezifischer Gaststättengefahren** zu treffen.¹ Seit Inkrafttreten des Saarländischen Gaststättengesetzes (SGastG) am 17.6.2011² ergibt sich der Ordnungsrahmen für das Gaststättengewerbe nicht mehr aus dem GastG des Bundes, sondern aus Landesrecht. Gem. § 2 I SGastG sind die **Gemeinden** mit dem Vollzug dieses Gesetzes betraut. **Örtlich zuständig** ist dabei diejenige Behörde, **in deren Bezirk** die Betriebsstätte liegt (§ 2 II 1 SGastG).

Von zentraler Bedeutung ist der in § 1 SGastG geregelte **Begriff des Gaststättengewerbes**. Nach § 1 I SGastG ist **jede natürliche oder juristische Person oder auch jeder nicht rechtsfähige Verein Gaststättenbetreiber** („wer“),³ die/der im **stehenden Gewerbe** entweder **Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle** verabreicht. Nach weitgehend übereinstimmender Rechtsprechung und Literatur stellt ein **Gewerbe** jede erlaubte und auf Dauer angelegte Tätigkeit dar, die selbstständig und mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird und keine Urproduktion, kein freier Beruf sowie keine bloße Verwaltung eigenen Vermögens ist.⁴ **Stehend** ist ein Gewerbe, wenn es mittels einer festen Einrichtung aus dieser tatsächlich ausgeübt wird (s. § 4 III GewO). Weiterhin muss zumindest einer der in § 1 I SGastG genannten Bewirtungstypen vorliegen. Bei einer **Schankwirtschaft** werden **Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle** (Nr. 1) und bei einer **Speisewirtschaft** werden **zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle** (Nr. 2) verabreicht. Der Begriff **an Ort und Stelle** umschreibt den im Einfluss des Gewerbetreibenden liegenden Bereich. Damit ist der umbaute Raum oder bei Imbisswägen und ähnlichen Einrichtungen der Bereich gemeint, in dem Gäste Ge-

¹ Näher dazu *Klement*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 Rn. 8 sowie in Rn. 9 zur umstrittenen Frage, ob der Bund oder die Länder für Reisegaststätten regelungsbefugt sind.

² Amtsbl. 2011 I S. 206 ff.

³ LT-Drucks. 14/317, S. 15; dies ergibt sich mittelbar aus § 4 V SGastG.

⁴ Grundlegend BVerwG, NJW 1977, 772; NVwZ 1997, 278, 279; NVwZ 2003, 603 f.; *Klement*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 Rn. 14; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 4; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 214; *Guckelberger*, Jura 2007, 598, 599.

tränke oder Speisen unmittelbar bzw. sofort nach dem Erwerb konsumieren.⁵ Nach den Gesetzesmaterialien muss eine räumliche und zeitliche Beziehung zwischen der Verabreichung und dem Verzehr bestehen. Diese kann auch im Falle von Bier- oder Wirtschaftsgärten vorliegen.⁶ Schließlich muss der Betrieb **jedermann oder bestimmten Personen zugänglich** sein. Daran fehlt es bei rein privaten Geselligkeiten. Hauspartys, Hochzeitsfeiern oder sonstige geschlossene Gesellschaften unterliegen mangels gaststättenspezifischer Gefahren nicht dem SGastG.⁷ Weil es für die Annahme einer Gaststätte ausreicht, wenn „bestimmte Personenkreise“ zu dieser Zugang haben, unterfallen auch Vereins- und Clubgaststätten dem Gaststättenbegriff aus § 1 SGastG, selbst wenn sie nur ihren Mitgliedern offen stehen.⁸ Die Annahme einer nicht dem SGastG unterfallenden geschlossenen Gesellschaft setzt eine Zusammenkunft voraus, zu der aus einem bestimmten Anlass individuell, d.h. personenbezogen, eingeladen wurde.⁹ Der Begriff des Gaststättengewerbes in § 1 I SGastG geht über den umgangssprachlichen Gaststättenbegriff hinaus. So können bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen neben Tanzlokalen (Diskotheken, Clubs) auch Kinos sowie Tankstellen und Bäckereien die Kriterien einer Gaststätte erfüllen. Auf den Betrieb einer **Gaststätte im Reisegewerbe** finden gem. § 1 III SGastG die §§ 55 ff. GewO „in ihrer jeweils geltenden Fassung“ Anwendung.

- 3 Um eine Umgehung der gaststättenrechtlichen Vorschriften zu verhindern,¹⁰ finden nach § 14 S. 1 SGastG auf **Vereine und Gesellschaften**, die **nicht gewerbsmäßig** handeln und daher keine Gaststätte betreiben, die **Regelungen des SGastG über den Ausschank alkoholischer Getränke** Anwendung. Gem. § 13 SGastG werden Kantinen, bestimmte Betreuungseinrichtungen, Luftfahrzeuge, Personenwagen von Eisenbahn- und anderen Schienenbahnunternehmen sowie Schiffe und Reisebusse vom SGastG ausgenommen. § 1 II SGastG regelt das Verhältnis zwischen Gaststätten- und allgemeinem Gewerbebereich. Soweit im SGastG keine besonderen Bestimmungen getroffen werden, findet die **GewO des Bundes ergänzende Anwendung**. Dieser Rekurs auf das allgemeine Wirtschaftsverwaltungsrecht ist verfassungsrechtlich nicht ganz unproblematisch, da sich der Landesgesetzgeber für eine dynamische Verweisung („in ihrer jeweils geltenden Fassung“) entschieden hat. Verweist der Landesgesetzgeber dynamisch auf Bundesrecht, kann es zu einer versteckten Verlagerung der Gesetzgebungsbefugnisse kommen. Ändert nämlich der Bund den Inhalt seiner Normen, ändert sich dadurch zugleich das Landesrecht. Daher kann eine solche Gesetzgebungstechnik aus bundesstaatlichen, rechtlichen und demokratischen Gesichtspunkten bedenklich sein.¹¹ Während die dynamische Verweisung in § 3 I 1 SGastG nach ihrem Anwendungsbereich

5 LT-Drucks. 14/317, S. 15.

6 LT-Drucks. 14/317, S. 15.

7 So zum neuen Hessischen GastG HessLT-Drucks. 18/4089, S. 17; näher zur diesbezüglichen Abgrenzung *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 12 Rn. 10.

8 OVG d. Saarl., NVwZ-RR 2015, 217, 218; HessLT-Drucks. 18/4098, S. 17; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 12 Rn. 10.

9 OVG d. Saarl., NVwZ-RR 2015, 217, 218.

10 S. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 17.

11 S. nur BVerfG, HFR 2010, 860, 861; s. auch BVerwG, NVwZ 2010, 326, 327; näher zur dynamischen Verweisung auch *Guckelberger*, ZG 2004, 62, 74 ff.

klar umschrieben ist und inhaltlich im Wesentlichen feststeht,¹² tritt bei der Verweisung in § 1 II SGastG erschwerend ihre größere Reichweite hinzu.

Aus Gründen der Deregulierung hat der Landesgesetzgeber das Gaststättengewerbe als **anzeigepflichtiges, überwachungsbedürftiges Gewerbe** ausgestaltet.¹³ Gem. § 3 I SGastG muss derjenige, der eine Gaststätte betreiben will, die Inbetriebnahme **spätestens vier Wochen vorher** der zuständigen Behörde durch eine **Anzeige** – eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung öffentlich-rechtlicher Natur¹⁴ – mitteilen. Dadurch soll der Behörde ausreichend Zeit zur Prüfung des Vorhabens, insbes. der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden bleiben (Anzeigepflicht mit Verbotsvorbehalt).¹⁵ Bei seiner Anzeige hat der künftige Gaststättenbetreiber ergänzende Angaben zu Art und Umfang der angebotenen Speisen und Getränke zu machen. Insoweit wird auf § 14 I GewO in seiner jeweils geltenden Fassung verwiesen. Die Anzeigepflicht gilt auch für die Inbetriebnahme einer (unselbständigen) Zweigniederlassung sowie für die Verlegung der Betriebsstätte (§ 3 II SGastG). Aus Überwachungsgründen ist der Behörde die nachträgliche Ausdehnung des Angebots auf alkoholische Getränke anzuzeigen (§ 3 III SGastG). § 3 IV SGastG regelt die Anzeige des „nur vorübergehenden“ Betriebs eines Gaststättengewerbes. Gem. § 3 VI SGastG kann die Behörde im „begründeten Einzelfall“, etwa bei der kurzfristigen Vergabe eines Reststandplatzes oder als Ersatz für einen Absagenden,¹⁶ von der Einhaltung der Frist nach den Absätzen 1 und 4 absehen. Unter den in § 16 I Nr. 1–3 SGastG genannten Voraussetzungen stellen Verstöße gegen die Anzeigepflicht Ordnungswidrigkeiten dar.

Ein wesentliches Ziel des SGastG ist die Bekämpfung der mit dem Alkoholausschank verbundenen Gefahren.¹⁷ Deshalb hat die zuständige Behörde **bei Gewerbetreibenden, die alkoholische Getränke an Ort und Stelle anzubieten beabsichtigen**, nach Erstattung der Gewerbeanzeige **unverzüglich deren Zuverlässigkeit zu prüfen**. Zu diesem Zweck hat der Gewerbetreibende zeitgleich mit der Anzeige die in § 4 I 2 SGastG **abschließend bezeichneten Dokumente** vorzulegen (Führungszeugnis, Auskunft aus Gewerbezentralregister, steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung). Von deren Vorlage **kann** die Behörde gem. § 4 I 3 SGastG **im Einzelfall absehen**, z.B. wenn der Gewerbetreibende der Behörde hinreichend bekannt und erfahrungsgemäß zuverlässig ist.¹⁸ Aufgrund der **Verweisung in § 4 I 4 SGastG auf § 35 GewO** in seiner jeweils geltenden Fassung wird es der Behörde ermöglicht, unzuverlässigen Gewerbetreibenden den Alkoholausschank oder nach Auswertung der Unterlagen das **Gaststättengewerbe bereits vor dessen Beginn zu untersagen**. Genügt der Gewerbetreibende der Anzeigepflicht nach § 4 I 2 SGastG nicht oder liegen die Unterlagen nach § 4 I 2 Nrn. 1, 2 SGastG nicht rechtzeitig vor Beginn des Ausschanks vor, **kann** die zuständige Behörde den **Alkoholausschank** aufgrund § 4 II 1 SGastG als vorläufige Maßnahme **untersa-**

12 Zur Zulässigkeit dynamischer Verweisungen der Länder auf das VwVfG des Bundes BVerwG, NVwZ 2005, 699, 700.

13 LT-Drucks. 14/317, S. 1.

14 Guckelberger, Jura 2007, 598, 602.

15 LT-Drucks. 14/453, S. 3.

16 LT-Drucks. 14/317, S. 18.

17 LT-Drucks. 14/317, S. 18.

18 LT-Drucks. 14/317, S. 19.

gen. Eine solche Untersagung kann auch erfolgen, wenn sich aus vorliegenden Unterlagen oder aus anderen Umständen **Zweifel an der Zuverlässigkeit** ergeben, die einer weiteren Prüfung bedürfen (§ 4 II 2 SGastG). Widerspruch und Anfechtungsklage gegen derartige Untersagungen haben keine aufschiebende Wirkung (§ 4 II 3 SGastG). Um Letztere zu erreichen, muss ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 Alt. 1 VwGO gestellt werden.

- 6 Nach § 4 IV 1 SGastG ist der Betrieb der Gaststätte **zwingend zu untersagen**, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Betreiber die für den Gewerbebetrieb erforderliche **Zuverlässigkeit** nicht besitzt. Zur Interpretation dieses **unbestimmten, einer vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit zugänglichen Rechtsbegriffs** kann grundsätzlich auf die gefestigten Erkenntnisse im Gewerberecht zurückgegriffen werden,¹⁹ zumal in § 4 IV 2 SGastG explizit § 35 I GewO erwähnt wird. Dementsprechend ist die Unzuverlässigkeit zu bejahen, wenn eine Person **nach dem Gesamtbild ihres Verhaltens nicht die erforderliche Gewähr für einen künftigen ordnungsgemäßen Betrieb des Gaststättengewerbes** bietet.²⁰ Auf der Basis von **Tatsachen** ist eine **Prognose** über das zu erwartende Verhalten des Gastwirts anzustellen.²¹ Eine negative Beurteilung ist angezeigt, wenn Gefährdungen des Einzelnen oder der Allgemeinheit **wahrscheinlich** sind.²² Leichte Zweifel genügen nicht, andererseits ist keine Gewissheit notwendig.²³ Wegen der Konsequenzen der Untersagung für die Berufsfreiheit des Gastgewerbetreibenden (Art. 12 I GG, Art. 44 SVerf) müssen die ihm zur Last gelegten Umstände ausreichend gewichtig sein.²⁴ Da die Untersagung aus ordnungsrechtlichen Gründen erfolgt, kommt es **nicht auf das Verschulden** des Gewerbetreibenden an.²⁵ Aus Gründen der Gesetzstransparenz und zur Verdeutlichung des Maßstabs für die Zuverlässigkeitsprüfung²⁶ werden in § 4 IV 2 SGastG **Regelbeispiele** („insbesondere“) für unzuverlässige Personen aufgezählt, etwa wenn sie dem Trunke ergeben sind oder dem Alkoholmissbrauch bzw. verbotenen Glücksspiel Vorschub leisten werden. Die Unzuverlässigkeit kann sich auch daraus ergeben, dass „insbesondere“ **Vorschriften des Nichtraucherschutzes** nicht eingehalten werden (zum Nichtraucherschutz → Rn. 12). Einem Gewerbetreibenden fehlt die erforderliche Zuverlässigkeit, wenn er **einem unzuverlässigen Dritten als Strohmännchen** dient oder ihm einen bestimmenden Einfluss auf seine Gaststätte einräumt.²⁷ Obwohl es sich bei der Untersagung infolge Unzuverlässigkeit um eine gebundene Entscheidung handelt, ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob nicht eine andere, den Adressaten weniger belastende Maßnahme zur Ge-

19 S. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 20; *Guckelberger*, Jura 2007, 508, 602; dazu *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 45 ff.

20 OVG d. Saarl., NVwZ-RR 2015, 217, 218; HessLT-Drucks. 18/4098, S. 20; s. auch *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 42.

21 S. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 20.

22 OVG d. Saarl., NVwZ-RR 2015, 217, 218; s. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 20; *Guckelberger/Heimpel*, LKRZ 2013, 1, 4.

23 S. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 20; *Guckelberger/Heimpel*, LKRZ 2013, 1, 4.

24 OVG d. Saarl., NVwZ-RR 2015, 217, 218; s. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 20.

25 S. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 20; BVerwGE 65, 1, 4; *Guckelberger*, Jura 2007, 598, 603.

26 S. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 20.

27 HessVGH, GewArch 2013, 39, 40.

fahrenabwehr ausreicht (z.B. Untersagung der Beschäftigung einer bestimmten Person gem. § 8 SGastG, Anordnungen nach § 9 SGastG).

§ 4 V SGastG ermöglicht es der Behörde, bei juristischen Personen oder nichtrechtsfähigen Vereinen auch bei einer personellen Änderung die Zuverlässigkeit der anderen Person zu prüfen. Gem. § 4 VI SGastG bescheinigt die Behörde auf Antrag dem Gewerbetreibenden das Ergebnis der Zuverlässigkeitsprüfung, die sodann bei weiteren Prüfungen als Nachweis der Zuverlässigkeit angesehen wird, sofern die Bescheinigung nicht älter als drei Jahre ist.²⁸ Auch beim vorübergehenden Betrieb einer Gaststätte mit Alkoholausschank ist, sofern nicht eine der in § 5 II SGastG aufgezählten Ausnahmen einschlägig ist, grundsätzlich eine Zuverlässigkeitsüberprüfung durch die Behörde vorzunehmen. § 5 I SGastG erlaubt es ihr aber, nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen in Einzelfällen davon abzusehen. Als Beispiele dafür werden in der Gesetzesbegründung Rockfestivals, Vereins- oder Scheunenfeste genannt.²⁹ Wegen der besonderen Überwachungsbedürftigkeit des Gaststättengewerbes **regelt § 7 SGastG Auskunft und Nachschau.**³⁰

Nach § 8 SGastG „kann“ (= Ermessen i.S.v. § 40 SVwVfG) dem Gewerbetreibenden die **Beschäftigung einer Person untersagt** werden, wenn Tatsachen für die Annahme vorliegen, dass diese Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Ausweislich der Gesetzesmaterialien kann sich die Durchführung eines Untersagungsverfahrens gegen den Gewerbetreibenden als unverhältnismäßig darstellen, „wenn die Missstände eindeutig auf das Verhalten beschäftigter Personen zurückzuführen sind“.³¹

Gem. § 9 S. 1 SGastG kann die Behörde gegenüber dem Gewerbetreibenden **Anordnungen zum Schutz der Gäste sowie gegen erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für Bewohner des Betriebsgrundstücks, der Nachbargrundstücke sowie der Allgemeinheit** treffen.

Das SGastG enthält zahlreiche Bestimmungen, um den mit dem Alkoholausschank verbundenen Gefahren entgegenzuwirken. Hervorzuheben sind § 6 SGastG zum **Ausschank alkoholfreier Getränke** und die in § 10 Nrn. 1–5 SGastG vorgesehenen **allgemeinen Verbote**. Nach § 10 Nr. 5 SGastG darf der Gastwirt alkoholische Getränke nicht in einer Weise anbieten und vermarkten, die dem Alkoholmissbrauch oder übermäßigen Alkoholkonsum Vorschub leistet. Dies ist **in der Regel** anzunehmen, wenn alkoholische Getränke zu einem einmal zu entrichtenden Preis (Festpreis) oder erheblich unter dem marktüblichen Preis verabreicht werden. Mit dieser Regelung will der Landesgesetzgeber der Ermunterung vor allem junger Erwachsener zum Alkoholmissbrauch im Zuge etwaiger „Koma-, Ballermann-, Wettlaufen-, Flatrate- oder All-Inclusive-Partys“ entgegenwirken.³² Die Formulierung „in der Regel“ schafft ausreichend Raum, damit herkömmliche All-Inclusive-Pauschalangebote des Hotelgewerbes zu

²⁸ Zur Rechtsnatur der Bescheinigung *Guckelberger/Heimpel*, LKRZ 2013, 1, 4.

²⁹ LT-Drucks. 14/317, S. 20.

³⁰ Dazu *Guckelberger/Heimpel*, LKRZ 2013, 1, 5.

³¹ LT-Drucks. 14/317, S. 22.

³² LT-Drucks. 14/453, S. 3; s. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 27 sowie *Guckelberger*, LKV 2008, 385 ff.

Übernachtungs- und Verpflegungsleistungen ohne derartiges Gefahrenpotenzial dem Verbot nicht unterfallen.³³

- 11 In § 11 SGastG wird die **Sperrzeit** geregelt. § 11 V SGastG erlaubt es den Gemeinden, die Sperrzeit insbesondere zum Schutz betroffener Anwohner abweichend zu regeln. Während bei dem Merkmal des „öffentlichen Bedürfnisses“ der öffentliche Bedarf an Diensten der Gaststätten im Vordergrund steht, ist bei den „besondere[n] örtliche[n] Verhältnisse[n]“ auf die besondere Störempfindlichkeit bzw. -unempfindlichkeit der Umgebung abzustellen.³⁴ Gem. § 12 I SGastG dürfen Gastwirte oder Dritte **auch außerhalb der zulässigen Ladenöffnungszeiten** an Dritte **Zubehörwaren** abgeben. Nach den Gesetzesmaterialien dienen Zubehörwaren und Zubehörleistungen zur Befriedigung von Bedürfnissen der Empfänger von Hauptleistungen nach den beim Publikum herrschenden Gewohnheiten und der Verkehrsanschauung. Sie erweisen sich als Ergänzung der Hauptleistung, wie dies etwa bei Ansichtspostkarten, Streichhölzern, Zigaretten, Süßwaren oder Zeitungen der Fall sein kann.³⁵
- 12 Nach dem **Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens**³⁶ (NRSG) gilt in der saarländischen Gastronomie ein **absolutes bzw. striktes Rauchverbot** (§ 2 I Nr. 7 NRSG).³⁷ Gemäß § 5 I, II NRSG sind die Betreiber für die Einhaltung des Verbots verantwortlich. Bei Bekanntwerden von Verstößen müssen sie die notwendigen Gegenmaßnahmen ergreifen. Angesichts des zwischenzeitlichen Inkrafttretens des SGastG sollte die Regelung in § 6 II 2 NRSG, wonach ab einer dreimaligen Begehung von Ordnungswidrigkeiten vermutet wird, dass der Gaststättenbetreiber die nach § 4 I 1 Nr. 1 i.V.m. § 15 I, II BGastG erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, an die aktuelle Rechtslage angepasst werden. Für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 6 NRSG sind die Ortspolizeibehörden³⁸ zuständig (§ 6 III NRSG).

33 S. auch HessLT-Drucks. 18/4098, S. 27.

34 VGH Bad.-Württ., Urt. v. 11.9.2012 – 6 S 947/12, Rn. 22 juris.

35 LT-Drucks. 14/317, S. 24.

36 Amtsbl. I 2008 S. 75, zuletzt geändert durch Amtsbl. I 2010, S. 1236.

37 Dazu SVerfGH, LKRZ 2011, 275 f.; *Guckelberger*, GewArch 2011, 329 ff.

38 Dazu unter → § 4 Rn. 10 f.