Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* Bochum – *Dr. Josef Christ,* Richter am BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke*, Münster – *Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff*, Vors. Richter am VG a. D., Berlin – *Dr. Stefan Paetow*, Vors. Richter am BVerwG a. D., Berlin – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Prof. Dr. Rudolf Streinz*, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

14a 2009

Seite 1–3
28. Jahrgang
15. Juli 2009

Wolfram Dürr, Berlin*

Sinn oder Unsinn des Brandenburgischen Gaststättengesetzes?

Anmerkungen zu Lehmann, NVwZ 2009, 84

Die Gedanken Lehmanns zum Landesgaststättengesetz in Brandenburg bedürfen einer Erwiderung, um vor allem für den Vollzug[1] des Gesetzes kein falsches Bild entstehen zu lassen. Aus Lehmanns Darstellung ergeben sich acht Thesen, auf die hier eingegangen werden soll[2].

1. These

Ein Gaststättengesetz habe der Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs, dem Schutz der Gäste, der Beschäftigten, der Nachbarschaft und der Allgemeinheit zu dienen (III 1).

2. These

Die Funktion der Gewerbebehörde als Sammelbehörde, die im Rahmen des Erlaubnisverfahrens rechtsverbindliche Auskünfte zu Fragen und Problemen unterschiedlicher Fachbereiche geben könne, entfalle und führe zu einer bürokratischen und finanziellen Mehrbelastung des Gastwirts (III 2 c aa) und zu unkalkulierbaren Effizienzverlusten bei der Gefahrenabwehr (III 2 c bb).

3. These

Das bisherige Erlaubnisverfahren biete dem Gewerbetreibenden erhebliche Vorteile durch Klarheit über alle gesetzlichen Anforderungen an den Gaststättenbetrieb und Planungssicherheit durch Vermeidung betriebswirtschaftlicher Risiken und existenzbedrohender Fehlinvestitionen. Die Beschränkung der Gewerbebehörde auf Weiterleitung der Gewerbeanzeigedaten an andere Spezialbehörden sei für den Gewerbetreibenden gefährlich, da er nunmehr von verschiedenen Fachbehörden zu einem Zeitpunkt ordnungsrechtlich belangt werden könne, in dem bereits das Anzeigeverfahren abgeschlossen ist und möglicherweise erhebliche Investitionen getätigt wurden (III 1 c aa).

4. These

Die Gewerbebehörde könne nur innerhalb der vierwöchigen Anmeldefrist Präventivmaßnahmen gegen unzuverlässige Wirte ergreifen. Lasse die Behörde die Frist in Kenntnis aller die Unzuverlässigkeit rechtfertigenden Tatsachen z. B. wegen Zeit- oder Arbeitsüberlastung verstreichen, sei der Erlass einer befristeten Untersagung ausgeschlossen. Danach könne nur noch ein aufwändiges nachträgliches Untersagungsverfahren durchgeführt werden (III 1 c bb und cc).

5. These

Die Zuverlässigkeitsprüfung sei anhand von Führungszeugnissen, Gewerbezentralregisterauszügen und steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigungen nur noch oberflächlich möglich und werde dem typischen Gefahrenpotenzial von Alkoholausschank nicht gerecht, auch wenn Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine befristete Untersagung keine aufschiebende Wirkung hätten (III 1 c cc).

6. These

Auf den Unzuverlässigkeitstatbestand „der Unsittlichkeit Vorschub leisten“ könne auch nach Erlass des Prostitutionsgesetzes nicht verzichtet werden, weil weiterhin eine Förderung geschlechtsbezogener Handlungen, eine Belästigung Dritter und eine Gefährdung Jugendlicher möglich seien, die straf- oder bußgeldbewehrt sind (III 3 b). Die Streichung dieses Beispieltatbestandes könne zu der Annahme verleiten, sittenwidrigkeitsindizierende Vorschriften und Allgemeinwohlbelange nicht mehr beachten zu müssen (III 3 c aa).

7. These

Mit der Streichung des Unsittlichkeitstatbestandes drohe ein Flickenteppich unterschiedlicher Zuverlässigkeitsprüfungen, da nunmehr jede Vollzugsbehörde selbst darüber entscheiden

* Der Autor ist Leiter des für das Gaststättenrecht zuständigen Referats im Ministerium für Wirtschaft des Landes Brandenburg. Das Brandenburgische Gaststättengesetz ist in seinem Referat erarbeitet worden.

1 Umf. Hinw. für den Vollzug wird die demnächst erscheinende Kommentierung von *Belger/Land*, Hdb. z. BbgGastG, 2009, enthalten.

2 Ausf. Darstellung zu den Grundüberlegungen des BbgGastG *Dürr*, GewArch 2009 (im Erscheinen,vorauss. H. 7–8/2009).

könne, ob sie diesen Tatbestand berücksichtige (III 3 c bb). Den Vollzugsbehörden werde die Möglichkeit genommen, die persönliche Zuverlässigkeit landeseinheitlich auf eine verantwortungsvolle und sachgerechte Betriebsführung zu überprüfen (III 3 c cc).

8. These

Es sei unklar, wie die potenzielle Mehrarbeit der Gewerbebehörden finanziell abgesichert sei und die Gebühreneinnahmeverluste der Erlaubniserteilungen kompensiert werden könnten (III 1 c bb).

Zu These 1

Eine Gesellschaft sollte sich auf die Regeln beschränken, die sie braucht, um klare Grenzen im Sinne ihres moralisch-ethischen Grundverständnisses und ihres Verständnisses von Wirtschaft und staatlichem Handeln zu ziehen. In diesem Sinne haben die Deregulierungsbemühungen allein des letzten Jahrzehnts wesentlich dazu beigetragen, tradierte Vorstellungen zu überdenken. Auch wenn der allsorgende „mündige Bürger“ in einer informationsüberfluteten und tendenziell liberalistischen Gesellschaft eher ein politisches Wunschbild denn Realität ist, wird dem Bürger heute doch mehr Eigenverantwortung und Vernunft zugetraut als in früheren Generationen. In vielen Gesetzen wurde der überbordenden Detailregelungswut eine Beschränkung auf den Mindeststandard entgegengesetzt, Doppel- und Spezialzuständigkeiten wurden im Rahmen von Personal- und Kosteneinsparungen wiederentdeckt und verstreute Funktionen im Wege des Outsourcing konzentriert.

Das Brandenburgische Gaststättengesetz ist ein Teil dieser neuen Strukturierung. Als Teil des Gewerberechts ist es dem Grundsatz der Gewerbefreiheit verpflichtet, die nur in Bereichen einer besonderen Gefahr ein Mehr an staatlichen Regelungen und Überwachung zulässt. Gewerbebehörden waren, wie sich klar aus der Gewerbeanzeigen-Streufunktion des § 14 V ff. GewO ergibt, nie als Sammelbehörden vorgesehen. Ihre Kernaufgabe beschränkte sich stets auf den Schutz der Bevölkerung vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden. Dass sie dennoch die Aufgabe von Sammelbehörden im Rahmen des Gaststättenrechts und Messewesens für andere Behörden wahrgenommen haben, hat sie selbst nie z. B. zu Arbeitsschutz-, Immissionsschutz- und allgemeinen Ordnungsbehörden werden lassen, Behörden also, die stets neben ihnen bestanden.

Es entspricht daher sicher nicht der überlieferten Sichtweise, die Gewerbebehörden im Gaststättenrecht auf ihre Kernaufgaben zu beschränken. Gefolgt wird damit aber nur einer Entwicklung, die vorher und parallel in vielen anderen Bereichen des öffentlichen Rechts stattfand. Ist die Kernaufgabe des Gewerberechts die Wahrung der Zuverlässigkeit, so bleiben aus dem tradierten Aufgabenkatalog des Gaststättenrechts nur der Schutz der Gäste und Grundnormen gegen den Alkoholmissbrauch übrig.

Zu These 2

Lehmanns Annahmen sind ungenau. Wenn eine Gewerbebehörde im Rahmen des nun entfallenen Erlaubnisverfahrens Auskünfte über andere Rechtsbereiche als den eigenen gegeben hat, konnten diese Rechtsverbindlichkeit nur über eine ausdrückliche Ermächtigung durch die zuständige Spezialbehörde im Einzelfall erreichen. Eine eigenständige Auskunftserteilung durch die Gewerbebehörde fand jedoch in aller Regel nicht statt, auch wenn die Ergebnisse der Gaststättenprüfung durch die anderen Spezialbehörden in den Erlaubnisbescheid und dessen Auflagen einflossen. So konnten z. B. baurechtliche Fragen in keinem Fall von der Gewerbebehörde entschieden werden. Die Erlaubnis war daher wohl ein Sammelbescheid, die Gewerbebehörde aber nicht eine „Sammelbehörde“.

Es trifft zu, dass der Fortfall der Gewerbebehörde als „Sammelbehörde“ zur Zeit noch einen bürokratischen Mehraufwand des Gastwirts auslösen kann, soweit er für die rechtlichen Spezialbereiche die jeweils zuständigen Behörden eigenständig ansprechen muss. Mit der Einführung des Einheitlichen Ansprechpartners nach der Dienstleistungsrichtlinie Binnenmarkt[3] ab Ende 2009, der auch für inländische Gewerbetreibende zuständig sein wird, wird es eine vergleichbare „Sammelbehörde“ ohnehin geben. Einen finanziellen Mehraufwand kann der derzeitige bürokratische Mehraufwand des Gastwirts in aller Regel nicht auslösen, da die vorher erheblichen Kosten des Erlaubnisverfahrens der reduzierten Aufgabe wegen drastisch reduziert wurden[4] und im Rahmen der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie „Binnenmarkt“ auch das reine Kostendeckungsprinzip eingeführt und damit die bisherige Kalkulation des wirtschaftlichen Vorteils der Erlaubnis abgeschafft wurde.

Wie unkalkulierbare Effizienzverluste bei der Gefahrenabwehr entstanden sein sollen, verrät Lehmann nicht. Schon bisher konnte die Gewerbebehörde bei Rechtsverstößen des Gastwirts eigenständig nur mit Bußgeld[5] – oder Gewerbeuntersagungsverfahren[6] reagieren. Für Untersuchungen und Prüfungen aus den Zuständigkeitsbereichen der anderen Spezialbehörden waren und blieben diese zuständig. Keine einzige Spezialbehörde oder ihr Zuständigkeitsbereich wurden gestrichen.

Zu These 3

Geht man davon aus, dass die Gewerbefreiheit nicht erst gestern für Menschen geschaffen wurde, die mit dieser Freiheit im Rahmen der dauerhaft zu beachtenden Gesetze umgehen können, und berücksichtigt man, dass gerade ein Gastwirt laufend mit einer Fülle ebenso rechtlicher wie praktischer Probleme konfrontiert ist, ist die Annahme der Hilflosigkeit eines Gastwirts ausgerechnet in statu nascendi seiner Gaststätte, in dem er sich vor allem vor Fehlinvestitionen und betriebswirtschaftlichen Risiken hüten wird, eher lebensfremd. Wer eine Gaststätte anmeldet und in vier Wochen mit dem Betrieb beginnen will, kann nicht darauf vertrauen, mit der Gaststättenerlaubnis seien Heinzelmännchen am Werk, die ihm alle Probleme, vor allem die betriebswirtschaftlichen, mit denen sich eine Erlaubnis zu keiner Zeit beschäftigt hat, ein für allemal lösen. Er hat diese Probleme bereits vor der Anmeldung grundsätzlich geklärt und sei es mit Hilfe einer der allgegenwärtigen Existenzgründungsberatungsstellen, des Hotel- und Gaststättenverbandes oder der zuständigen Industrie- und Handelskammer. Dass dennoch auch zur Zeit der Erlaubnisbindung etwa 50% der Gaststätten innerhalb der ersten drei Jahre ihres Bestehens wieder aufgaben, zeigt deutlich, dass die Erlaubnis zum betriebswirtschaftlichen Erfolg nichts Wesentliches beitragen kann.

3 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABlEU Nr. L 376, S. 36.
4 Die Bürokratiekostenmessung (SKM) für Brandenburg ergab eine Reduzierung auf 1/16.
5 § 28 Bundes-GastG.
6 § 31 Bundes-GastG i. V. mit § 35 GewO.

Zu Thesen 4 und 5

Das Kriterium der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden beherrscht das gesamte Gewerberecht. Die Untersagung des Gewerbes nach § 35 GewO hat stattzufinden, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit begründen. Es ist kein Zufall, dass § 35 GewO nur auf die Kenntnis dieser Tatsachen, nicht aber auf einen bestimmten Zeitpunkt abstellt. Dass eine Untersagung in der Mehrzahl der Fälle erst nach Beginn der Tätigkeit erfolgen kann, beruht allein darauf, dass die Tatsachen vorher nicht bekannt gewesen sind und das Gewerbe nach § 14 I GewO üblicherweise „gleichzeitig" mit dem Beginn der Tätigkeit angezeigt wird. Ist die Unzuverlässigkeit bereits vor Aufnahme der Tätigkeit bekannt, muss die Behörde auch sofort handeln. Die vierwöchige Anmeldefrist im Brandenburgischen Gaststättengesetz ist, gemessen am gewerberechtlichen Standardfall, eine erhebliche Erweiterung der präventiven Möglichkeiten, zumal schon mit der Anzeige der Nachweis vorzulegen ist, dass die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit wichtigsten Unterlagen bereits zur Aushändigung an die Behörde beantragt wurden. Erwähnenswert ist hier auch, dass die Erlaubnispflicht für Gaststätten ohne Alkoholausschank bereits 2005 bundesweit abgeschafft[7] und eine Zunahme von Zuverlässigkeitsproblemen oder Verstößen trotzdem nicht bekannt wurde. Darüber hinaus waren Straußwirtschaften schon immer erlaubnisfrei.

Zu These 6

Es ist schwer nachzuvollziehen, warum die Streichung eines Hinweises auf die Berücksichtigung selbstständiger Bußgeld- und Strafnormen auch im Gaststättenwesen ausgerechnet von den Gewerbetreibenden als Streichung der Normen selbst missverstanden werden könnte, die ein Gewerbe im Rotlichtbereich betreiben, der schon immer und auch weiterhin einer besonderen Überwachung durch verschiedenste Spezialbehörden, vor allem aber der Polizei, sowie auch immer einer genauen Beobachtung des Bürgertums unterlag. In ein solches Gewerbe dürften nur wenige blauäuig hineintappen, die Normen und die einschlägige Rechtsprechung dürften dort besser und vollständiger bekannt sein als in so mancher Behörde.

Zu These 7

Auch diese These Lehmanns ist sehr schwer nachzuvollziehen. In einem Staat mit nicht nur föderaler Struktur, sondern auch einer weitgehenden Selbstständigkeit des Gesetzesvollzugs durch die Behörden der Länder und Gemeinden wird der Anspruch auf Rechtseinheit und Durchsetzung der demokratischen Legitimationskette zwar durch verschiedene Hierarchieebenen und eine Vielzahl von Anordnungen durchgehend verfolgt. Allein die unterschiedlichen Standpunkte der Kommentarliteratur und der Rechtsprechung sowie der oft sehr lange Weg zu höchstrichterlichen Entscheidungen zeigen doch aber mehr als deutlich, dass selbst in Bereichen ohne Ermessensspielräume in jedem Einzelfall unterschiedliche Ergebnisse einer verantwortlichen Rechtsprüfung möglich sind. Ein Land, dessen Verfassung diesen Weg ganz bewusst auf Grund von Erfahrungen mit totalitären Systemen gewählt hat, muss mit diesem „Flickenteppich" des Vollzugsföderalismusses leben und kann das auch ohne elementare Reaktionsverluste, wie die Erfahrung aus über 60 Jahren lehrt.

Wenn Lehmann Sorge hat, mit der Einführung des Brandenburgisches Gaststättengesetzes könne jede Vollzugsbehörde selbst darüber entscheiden, ob sie Erkenntnisse über bußgeld- oder strafbewehrtes Verhalten im Bereich der Unsittlichkeit bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit berücksichtige, verkennt er, dass auch die bisherigen Regelungen des Bundes-Gaststättengesetzes Bewertungsspielräume ließen, diese aber durchaus sehr eng sind und weiterhin bleiben.

Zu These 8

Diese These Lehmanns ist in sich widersprüchlich. Zum einen geht er von potenzieller Mehrarbeit der Gewerbebehörden auf Grund des Brandenburgischen Gaststättengesetzes aus. Damit kann er nicht die alkoholfreien Gaststätten meinen, die schon seit 2005 keine Erlaubnis mehr brauchen. Entfallen ist aber auch die Berücksichtigung nichtgewerberechtlicher Aspekte der Erlaubniserteilung, erleichtert wurde die Zuverlässigkeitsprüfung durch die Pflicht des Gewerbetreibenden, Unterlagen an die Gewerbebehörde zu leiten. Eine Zunahme von Untersagungsverfügungen nach Aufnahme der Tätigkeit ist wenig wahrscheinlich: Zum einen fand schon bisher bei einem Großteil der Fälle eine präventive Kontrolle nicht statt, da in der Regel zunächst vorläufige Erlaubnisse erteilt wurden[8], zum andern wurde die Anmeldefrist für den Ausschank von Alkohol so erheblich verlängert, dass Fälle von Unzuverlässigkeit in aller Regel vor Beginn der Tätigkeit zur Untersagung führen werden.

Gegen eine mögliche Mehrarbeit spricht auch gerade der von Lehmann geltend gemachte Gebühreneinnahmeverlust, der ja im Wesentlichen dadurch zu Stande kommt, dass ein geringerer Aufwand der Behörde auch eine niedrigere Gebühr zur Folge hat. Die bereits erwähnte Gebührenreduzierung durch Rückkehr zum strengen Kostendeckungsprinzip hätte allein diesen Einnahmerückgang nicht auslösen können.

Es bleibt die Frage Lehmanns, wie die Einnahmeverluste der Gewerbebehörden kompensiert werden können. Es gilt hier allerdings das negative Konnexitätsprinzip, wonach nur Mehrkosten auf Grund neuer oder umgestalteter Aufgaben auszugleichen sind, Mindereinnahmen aber nicht. ■

7 Gesetz zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen v. 21. 6. 2005 (BGBl I, 1666).
8 Vgl. *Böhme*, GewArch 2006, 185 (186).