Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 7 Gaststättenrecht

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht

§ 7 Gaststättenrecht

A) Rechtsentwicklung und Schutzzweck

B) Anwendungsbereich der Gaststättengesetze

C) Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

D) Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

E) Flatrate-Partys und Koma-Saufen

F) Nichtraucherschutz in Gaststätten

A) Rechtsentwicklung und Schutzzweck

Bis 1930: Gaststättenrecht war (nur) in § 33 GewO geregelt

§ 33 GewO i.d.F. von 1869

Wer Gastwirthschaft, Schankwirthschaft oder Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus betreiben will, bedarf dazu der Erlaubniß..

Diese Erlaubniß ist nur dann zu versagen:

1) wenn gegen den Nachsuchenden Thatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß er das Gewerbe zur Förderung der Völlerei, des verbotenen Spiels, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit mißbrauchen werde;
2) wenn das zum Betriebe des Gewerbes bestimmte Lokal wegen seiner Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügt..

Es können jedoch die Landesregierungen, soweit die Landesgesetze nicht entgegenstehen, die **Erlaubniß zum Ausschänken von Branntwein und den Kleinhandel mit Branntwein und Spiritus auch von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig machen**..

A) Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- Gaststättengesetz v. 28.4.**1930** (RGBl I S. 146): Gaststättenerlaubnis war für alle Schank- und Speisewirtschaften nur bei **objektivem Bedürfnis** (§ 1 Abs. 2) und Zuverlässigkeit sowie Eignung der Räumlichkeiten zu erteilen
- 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
- Art. 41 Abs. 1 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen v. 24.7.**2002** (BGBl. I, 1467) führt Barrierefreiheitserfordernis für Gasträume in § 4 Abs. 1 Nr. 2a GastG als Erlaubnisvoraussetzung ein
- Gesetz zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen (Deregulierungsgesetz 2005) v. 21.6.**2005** (BGBl I S. 1666): Erlaubnispflicht nur noch für Gaststätten, die alkoholische Getränke abgeben; keine Anwendbarkeit mehr auf Beherbergungsbetriebe

A) Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- Änderungen des Art. 72 Abs. 2 GG und des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.**2006** (BGBl I, 2034) nehmen „Recht der Gaststätten“ aus Anwendungsbereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. heraus - Gaststättengesetz des Bundes gilt nach Art. 125a Abs. 1 GG jedoch fort, bis es durch Landesrecht ersetzt wird
- Diskussion um Kompetenz zum Nichtraucherschutz führt zu Landesnichtraucherschutzgesetzen bezogen auch auf Gaststätten in allen Ländern zwischen **2007 und 2009** –
- Reichweite der „ausschließlichen Landeskompetenz“ für Gaststättenrecht ist im Übrigen nach wie vor auch in Bezug auf **Reisegaststätten und Beherbergungsbetriebe** unklar (*Dürr*, GewArch 2009, 286 ff.; *Lehmann*, GewArch 2009, 291 ff.)
- BbgGastG v. 2.10.**2008** (GVBl I, 218 ff.) - *Dürr*, NVwZ-extra 14a/2009, 1 ff.; *Dürr*, GewArch 2009, 286 ff.; *Lehmann*, GewArch 2009, 291 ff.; *Lehmann*, NVwZ 2009, 84 ff.
- ThürGastG v. 9.10.**2008** (GVBl 2008, 367)
- BremGastG v. 24.2.**2009** (BremGBl, 45)

A) Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- **3. MittelstandsentlastungsG** v. 17.3.**2009** (BGBl I, S. 550): Neuer § 56 Abs. 1 Nr. 3b GewO soll Genehmigungserfordernis des Ausschanks alkoholischer Getränke im Reisegewerbe sicherstellen
- LGastG BW v. 10.11.**2009** (GBl 2009, 628): Verweis auf Fortgeltung des Bundes-GastG (§ 1) und Sonderregelung für Alkoholmissbrauch-fördernde Angebote (§ 2 und § 3) - hierzu BGH, III ZR 470/16 v. 20.4.2017, Abs. 26 ff. = NVwZ-RR 2017, 608 Abs. 26 ff.; *Strohs*, KommJuR 2010, 201 ff.
- SGastG v. 13.4.**2011** (Amtsbl, 206) - *Guckelberger/Heimpel,* LKRZ 2013, 1 ff.
- SächsGastG v. 3.7.**2011** (GVBl, 198) - *Weber*, GewArch 2014, 434 ff.
- NGastG v. 10.11.**2011** (GVBl, 415)
- HGastG v. 28.3.**2012** (GVBl, 50) - *Heß*, GewArch 2012, 236 ff. und 290 ff.
- GastG LSA v. 7.8.**2014** (GVBl LSA 2014, 386, ber. S. 443) - hierzu *Koehler*, LKV 2015, 115 ff.

A) Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- Gaststättenrechtliche Begriffe in Ländergesetzen sind mit denen des Bundes-GastG identisch
- Wichtigste Neuregelung in **BbgGastG, HGastG, NGastG, SGastG, Sächs-GastG, GastG LSA, ThürGastG**: Entfallen der bisherigen personen- und raumbezogenen Erlaubnispflicht (§ 2 GastG) und Ersetzung durch bloße Gewerbeanzeigepflicht unter vorheriger Zuverlässigkeitsprüfung im Falle eines beabsichtigten Alkoholausschanks; bei Unzuverlässigkeit Untersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO

  OVG Bautzen, 6 B 55/23 v. 4.12.2023, Abs. 11 ff. = GewArch 2024, 34 Abs. 11 ff.; *Glaser*, GewArch 2013, 1 ff.; kritisch hierzu *Lehmann*, NVwZ 2009, 84 ff.; *ders.,* GewArch 2009, 291, 293 f.

- **BremGastG:** Erlaubnispflicht bei Alkoholausschank; jedoch nur Personalkonzession
- § 12 Abs. 1 Nr. 15 BremGastG und § 11 Abs. 1 Nr. 15 NGastG: Neue Ordnungswidrigkeitentatbestände **Diskriminierung bei Einlasskontrollen** in Diskotheken (Nds) oder Gaststätten als Ergänzung zum AGG

  hierzu: *Vogt/Kappler*, KJ 49 (2016), 371 ff.

A) Rechtsentwicklung und Schutzzweck

Schutzzweck im „neuen“ Gaststättenrecht des Bundes und der Länder

- Offenbar primär Bekämpfung der mit dem Alkoholkonsum in Gaststätten verbundenen Gefahren
- Macht den **Begriff des „alkoholischen Getränks**“ zum Schlüsselbegriff für die Abgrenzung einzelner Gaststättentypen (vgl. ausführlich hierzu *Eisentraut*, GewArch 2018, 49 ff.)
- Sonstige gaststättentypische Gefahren treten bei der gaststättenrechtliche Regulierung offenbar zunehmend in den Hintergrund: Es gelten im Grundsatz allgemeine gewerberechtliche Grundsätze einschließlich des Grundsatzes der Gewerbefreiheit
- Rechtsentwicklung ist insoweit aber noch nicht abgeschlossen.

B) Anwendungsbereich der Gaststättengesetze

§ 1 Gaststättengesetz (des Bundes)
Gaststättengewerbe

(1) Ein Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes betreibt, wer ***im stehenden Gewerbe***

1. Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Schankwirtschaft) oder
2. zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Speisewirtschaft),
3. *(weggefallen)*

wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist.

(2) Ein Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes betreibt ferner, wer als selbständiger Gewerbetreibender ***im Reisegewerbe*** von einer für die Dauer der Veranstaltung ortsfesten Betriebsstätte aus Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist.

B) Anwendungsbereich der Gaststättengesetze

- Anwendungsbereich der Gaststättengesetze wird durch „Legaldefinition“ des Gaststättengewerbes in § 1 GastG und des jeweiligen § 1 der Landesgaststättengesetze bestimmt.
- Definitionen der Landesgaststättengesetze lauten ähnlich, weichen aber teilweise von § 1 des Bundes-Gaststättengesetzes ab
  - Keine eigenständige „Definition“ von Reisegaststätten in allen Landesgesetzen
  - Gleichbehandlung von „stehenden“ und Reisegaststätten in *Bremen* und *Thüringen*
  - Keine *Regelung* von *Reisegaststätten* durch expliziten oder impliziten Verweis auf §§ 55 ff. GewO in *Brandenburg, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt*
- (Jeweiliger Landes-)Gaststättenbegriff ist auch für **Landesnichtraucher-schutzgesetze** maßgeblich

B) Anwendungsbereich der Gaststättengesetze

Teilweise Erweiterung des Anwendungsbereichs durch

- Regelungen wie in § 23 GastG: Anwendung der Regelungen über Ausschank alkoholischer Getränke auch auf Vereine und Gesellschaften, die kein Gewerbe betreiben
- Geltung der SperrzeitVO auch für „öffentliche Vergnügungsstätten“ (§ 18 GastG)

I. Bezugnahme auf den Gewerbebegriff

Gaststättenrechtlicher rechtlicher Gewerbebegriff ist mit dem Gewerbebegriff der GewO identisch (hierzu § 2 B des Kurses)

Praktische Abgrenzungsprobleme:

- „**Soziale Unwertigkeit**“ von „Anbahnungsgaststätten“, „Swingerclubs“ etc. ist seit Inkrafttreten des ProstSchG nicht mehr anzunehmen (hierzu § 2 B I 2 des Kurses)

- **Gewinnerzielungsabsich**t (§ 2 B I 3 des Kurses) kann fraglich sein bei „Gaststätten“ in Vereinsheimen, sozialen Einrichtungen oder auch Religionsgesellschafen (vgl. etwa VG Stuttgart, 4 K 4570/08 v. 12.1.2009 = NVwZ-RR 2009, 560 [Gaststätte eines Rauchervereins]).

- Vermarktung selbsterzeugter Produkte zum Verzehr vor Ort durch Bauern, Weinbauern (nur) in Hofläden und Hofgaststätten, Almhütten usw. fällt als Bestandteil der **Urproduktion** nicht in Gewerbebegriff (hierzu § 2 B II 1 des Kurses)

II. Gaststätte im stehenden Gewerbe

Gaststättengesetz (des Bundes)
§ 1 Gaststättengewerbe

(1) Ein Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes betreibt, wer ***im stehenden Gewerbe***

1. Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Schankwirtschaft) oder
2. zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Speisewirtschaft),
3. *(weggefallen)*

wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist.

(2) Ein Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes betreibt ferner, wer als selbständiger Gewerbetreibender ***im Reisegewerbe*** von **einer für die Dauer der Veranstaltung ortsfesten Betriebsstätte** aus Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist.

II. Gaststätte im stehenden Gewerbe

- Begriff „stehendes Gewerbe“ ist wohl *nicht* identisch mit dem der GewO
- Voraussetzungen: **Ortsgebundenheit und Dauer**
  (Erforderlichkeit eines zum dauernden Gebrauch eingerichteten, ständig oder in regelmäßiger Wiederkehr benutzten Raums insbesondere durch Gäste)
- Unterscheidung:

Schankwirtschaft	**Speisewirtschaft**
• Nur Getränke • Jede Form der Verabreichung	• Getränke und Speisen • Nur „*zubereitete*“ Speisen (zum alsbaldigen Verzehr „genussfertig“ gemacht) – Auslegung wichtig für § 7 GastG

II. Gaststätte im stehenden Gewerbe

„Verzehr an Ort und Stelle“

- Dient der Unterscheidung zum reinen Getränke- und Speisenverkauf (s.a. § 7 GastG) – VG Osnabrück, 1 B 79/24 v. 14.1.2025 = NVwZ-RR 2025, 523 ff.: „Automatenshop“ mit „To-go-Kaffee“ etc. ist keine Gaststätte.
- Abgrenzung kann problematisch sein bei Ausschank / Verkauf an „Stehgäste“ an **Foodtruck/Kiosk/Dönerbude** ohne eigentliche Stehtische und Sitzgelegenheiten

Insbesondere: „Zugänglichkeit des Betriebes für jedermann oder bestimmte Personenkreise “

- 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)? BayObIG, 3 Ob OWi 108/92 v. 18.12.1992 = NVwZ-RR 1993, 244 ff.
- Problem: Zugänglichkeit ≠ Kontrahierungszwang

II. Gaststätte im stehenden Gewerbe

Was ist eine „zubereitete Speise“ und warum ist das relevant?

Gaststättengesetz (des Bundes)
§ 7 Nebenleistungen

(1) Im Gaststättengewerbe dürfen der Gewerbetreibende oder Dritte auch während der Ladenschlußzeiten Zubehörwaren an Gäste abgeben und ihnen Zubehörleistungen erbringen.

(2) Der Schank- oder Speisewirt darf außerhalb der Sperrzeit zum alsbaldigen Verzehr oder Verbrauch

1. Getränke und **zubereitete Speisen**, die er in seinem Betrieb verabreicht,
2. Flaschenbier, alkoholfreie Getränke, Tabak- und Süßwaren,

an jedermann über die Straße abgeben.

Ob Sonntagsverkauf von Backwaren in Bäckerei mit Café auf Grundlage von § 7 Abs. 2 GastG zulässig ist, hängt damit davon ab, ob und inwieweit Backwaren als „zubereitete Speisen“ anzusehen sind (hierzu auch § 8 E IV des Kurses)

II. Gaststätte im stehenden Gewerbe

Können Backwaren als „zubereitete Speisen“ nach § 7 Abs. 2 GastG von Bäckereien mit Café auch sonntags „über die Straße“ veräußert werden?

Ausf. hierzu bereits *Förg*, GewArch 1959, 26 ff.; *Hieronimi*, GewArch 1958, 243 ff.

BGH, I ZR 44/19 v. 17.10.2019 = NVwZ 2020, 812 ff.. (Folie 1 von 3)

„29. Zubereitete Speisen im Sinne dieser Vorschriften sind alle essfertig gemachten Lebensmittel, ohne dass es auf den bei der Zubereitung getriebenen Aufwand ankommt […] Sie sind abzugrenzen von solchen Lebensmitteln, die, wie etwa Obst, schon an sich verzehrfertig sind […]. Für die Beurteilung der Verzehrfertigkeit ist auf die Verkehrsanschauung abzustellen […].

31. [Die] Annahme, bei unbelegten Brötchen und Brot handele es sich um durch den Backvorgang essfertig gemachte und verzehrfertige Lebensmittel [ist], unbeschadet des […] Umstands nicht denkgesetz- oder erfahrungswidrig, dass sie einem weiteren Zubereitungsprozess zugänglich sind. Zwar kann die Notwendigkeit einer weiteren Bearbeitung der Einordnung als zubereitete Speise im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 2 Nr. 1 GastG entgegenstehen. Dies gilt jedoch nicht, wenn es sich um Bearbeitungen handelt, die Gäste üblicherweise auch selbst vornehmen […].“

II. Gaststätte im stehenden Gewerbe

Können Backwaren als „zubereitete Speisen“ nach § 7 Abs. 2 GastG von Bäckereien mit Café auch sonntags „über die Straße“ veräußert werden?

BGH, I ZR 44/19 v. 17.10.2019 = NVwZ 2020, 812 ff. (Folie 2 von 3)

„31. […]. Dazu zählt etwa das Anrichten eines Salats, aber auch - wie im Streitfall - das Aufschneiden, Belegen oder Bestreichen eines Brötchens oder Brotes. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht - wie erforderlich - auf den Zubereitungsvorgang, sondern den Herstellungsprozess abgestellt, als revisionsrechtlich unwirksame Ersetzung der tatrichterlichen Würdigung durch eine abweichende Bewertung .

32. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang bemängelt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass nicht der Gastwirt, sondern der Bäcker Brot oder Brötchen herstelle, verhilft ihr dies ebenfalls nicht zum Erfolg. Im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 1 GastG kommt es nicht darauf an, ob die abgegebene Speise in der Speisewirtschaft oder andernorts zubereitet worden ist. Die Erlaubniswirkung knüpft an die Verabreichung der zubereiteten Speise in der Gaststätte, nicht an deren dortige Zubereitung an.“

II. Gaststätte im stehenden Gewerbe

Können Backwaren als „zubereitete Speisen“ nach § 7 Abs. 2 GastG von Bäckereien mit Café auch sonntags „über die Straße“ veräußert werden?

BGH, I ZR 44/19 v. 17.10.2019 = NVwZ 2020, 812 ff. (Folie 3 von 3)

33. Keinen Erfolg haben weiter die Angriffe der Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, Gäste eines Cafés bestellten dort - etwa im Rahmen einer Frühstücksbestellung - auch unbelegte Brötchen oder Brot. […]. […] Ist im Streitfall ein Brotlaib unbeschadet der Möglichkeit oder Notwendigkeit einer weiteren Portionierung im Café als zubereitete Speise einzuordnen, berührt eine solche weitere Bearbeitung nicht die Zulässigkeit seiner Abgabe nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 GastG. Es stellt sich im Blick auf den Straßenverkauf lediglich die Frage, ob sich die jeweils abgegebene Menge im von § 7 Abs. 2 Nr. 1 GastG vorgesehenen Rahmen hält, also zum alsbaldigen Verzehr abgegeben wird. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Betreiber der Gaststätte annehmen darf, dass die abgegebenen Waren im Wesentlichen zum sofortigen Verbrauch erworben werden […]. Insoweit ist nicht allein auf den Verzehr durch den Kunden selbst abzustellen. Vielmehr kann diese Voraussetzung nur dann ohne weiteres verneint werden, wenn die abgegebene Menge so groß ist, dass sie von dem Personenkreis, für den sie bestimmt ist, nicht annähernd verzehrt zu werden pflegt

II. Gaststätte im stehenden Gewerbe

Können Backwaren als „zubereitete Speisen“ nach § 7 Abs. 2 GastG von Bäckereien mit Café auch sonntags „über die Straße“ veräußert werden?

OLG München, 6 U 2188/18 v. 14.2.2019, Abs. 53 = GewArch 2019, 202 Abs. 53

53. […].. Die zubereitete Speise muss als Nahrungsmittel verzehrfertig sein, wobei die letzte Zubereitung auch dem Gast überlassen sein kann, wie z. B. das Würzen eines Salates […]. Dabei ist nicht Voraussetzung, dass die Speise örtlich in der Gaststätte selbst verzehrfertig zubereitet worden ist […]. Vor diesem Hintergrund sind auch die von der Beklagten hergestellten Brote und Brötchen als zubereitete Speisen […] anzusehen […]. Denn bei den […] Broten und Brötchen handelt es sich um verzehrfertige Nahrungsmittel, deren Rohstoffe durch den Backvorgang zum Genuss verändert worden sind. Die Brote und Brötchen werden auch im jeweiligen Betrieb der Beklagten verabreicht. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Gäste eines Cafés mit angeschlossener Bäckerei dort auch unbelegte Brötchen und/oder Brot bestellen können, etwa im Rahmen einer Frühstücksbestellung; mithin bietet auch die Beklagte ausweislich der Fotografien aus der Filiale in der P.strasse […] als „Kleines Frühstück“ bzw. als „Großes Frühstück“ jeweils unbelegte Semmeln zusammen mit Portionen aus Butter, Marmelade, Honig etc. an. Auch der Umstand, dass vorliegend auch ganze Brot-Laibe verkauft wurden […].

III. Schank- und Speisegaststätten als Neben- und Mischgewerbe

Gaststättenrecht gilt auch für solche Gewerbebetriebe, die in einem Betrieb mehrere Gewerbe betreiben.

Hier gilt trotz einheitlicher Ausübung das für die jeweilige Betriebsart maßgeblichen gewerberechtlichen Vorgaben (hierzu auch § 8 E IV des Kurses)

- VGH Mannheim, 6 S 844/14 v. 19.3.2015, Abs. 22 = GewArch 2015, 269 f.; *Grupp*, VBlBW 2015, 506 ff.
- OVG Berlin-Brandenburg, OVG 1 S 80/19 v. 21.1.2020, Ab. 7 = NVwZ-RR 2020, 873 Abs. 7 ff.
- OLG München, 6 U 2188/18 v. 14.2.2019, Abs. 49 = GewArch 2019, 202 Abs. 49.
- BGH, I ZR 44/19 v. 17.10.2019 = NVwZ 2020, 812 ff. (nächste Folien)

III. Schank- und Speisegaststätten als Neben- und Mischgewerbe

Bäckerei mit Café als Gaststättengewerbe?

BGH, I ZR 44/19 v. 17.10.2019 = NVwZ 2020, 812 ff. (Folie 1 von 2)

„25. Die Revision beanstandet vergeblich die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte betreibe in ihren Filialen […] ein Gaststättengewerbe im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GastG. Die von der Revision in Bezug genommenen Umstände des Streitfalls, insbesondere der Charakter der Verkaufsstellen als Discount-Backshops, in denen Backwaren in Vitrinen zur Selbstentnahme angeboten werden, stehen dieser Beurteilung nicht entgegen.

26. Ein Gaststättengewerbe im Sinne des Gaststättengesetzes betreibt, wer im stehenden Gewerbe Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GastG). Das Tatbestandsmerkmal des Verzehrs an Ort und Stelle erfordert einen räumlichen Zusammenhang zwischen der Abgabestelle und dem Ort, an dem das Getränk oder die Speise verzehrt werden soll, sowie einen zeitlichen Zusammenhang zwischen Abgabe- und Verzehrzeitpunkt […]. Bei der Beurteilung ist auf die typischen Verkehrsgewohnheiten und -anschauungen abzustellen […]. **Ein Verabreichen von Getränken oder Speisen liegt auch in der Bereitstellung zur Selbstbedienung** […].“

III. Schank- und Speisegaststätten als Neben- und Mischgewerbe

Bäckerei mit Café als Gaststättengewerbe?

BGH, I ZR 44/19 v. 17.10.2019 = NVwZ 2020, 812 ff. (Folie 2 von 2)

„26. […] Das Vorhalten von Sitzgelegenheiten kann für einen Verzehr an Ort und Stelle sprechen […]. Der Anwendung des Gaststättenrechts steht nicht entgegen, dass im Rahmen eines gemischten Betriebs innerhalb desselben Raums neben einer Schank- oder Speisewirtschaft auch ein Einzelhandel betrieben wird. In einem solchen Fall behalten die zu einem einheitlichen Gesamtbetrieb vereinigten verschiedenen Gewerbe ihre rechtliche Eigenständigkeit mit der Folge, dass der Einzelhandel den gesetzlichen Bestimmungen des Ladenschlussgesetzes, die Schank- oder Speisewirtschaft hingegen ausschließlich dem Gaststättenrecht unterliegt […].

27. […]. Für die gaststättenrechtliche Einordnung im Rahmen eines Mischbetriebs ist es - entgegen der Ansicht der Revision - unerheblich, in welchem Umfang nach den konkreten Gegebenheiten die Ausprägung als Einzelhandel oder Gaststätte überwiegt […].“

Hierzu *Suslin*, NdsVBl. 2020, 170 ff.

III. Schank- und Speisegaststätten als Neben- und Mischgewerbe

Tankstelle mit Tankstellenshop und Imbiss als Gaststätte?

- Kein Verbot, in demselben Raum sowohl einen Einzelhandel als auch eine Gaststätte zu betreiben
- Gaststätte verliert nicht durch Integration in Tankstellenshop die ihr eigenen Merkmale

  VGH Mannheim, 6 S 844/14 v. 19.3.2015 = GewArch 2015, 269 ff.; VG Karlsruhe, 4 K 684/12 v. 26.3.2014 = GewArch 2014, 362 ff.; *Grupp,* VBlBW 2015, 506 ff.; anders, soweit es um die Aufstellung von Geldspielautomaten geht: OVG Lüneburg, 7 ME 51/24 v. 1.10.2024 = NdsVBl. 2025, 90 f.

„Späti“ mit Getränkeausschank als Gaststätte?

- Im Grundsatz möglich, Verkauf der von § 7 GastG nicht erfassten Waren muss aber außerhalb der Ladenöffnungszeiten erkennbar eingestellt werden
- Schwierigkeiten der Kontrolle der Einhaltung der Ladenöffnungszeiten für die anderen Waren rechtfertigt nicht, den „Späti“ allein deshalb nicht als Gaststätte zu qualifizieren

  OVG Berlin-Brandenburg, OVG 1 S 80/19 v. 21.1.2020, Ab. 7 = NVwZ-RR 2020, 873 Abs. 7 ff.

III. Schank- und Speisegaststätten als Neben- und Mischgewerbe

Bordellbetrieb / sonstige Prostitutionsstätte / Nachtclub als Gaststätte?

- §§ 12 ff. ProstSchG regeln nicht das Verhältnis zwischen Erlaubnis nach § 12 ProstSchG und Gaststättenrecht
- Reine „Anbahnungsgaststätten“ sind wohl keine „Prostitutionsstätten“ i. S. des § 2 Abs. 4 ProstSchG – und dürften damit ausschließlich dem Gaststättenrecht unterliegen
- Nachtclubs/Stripteaselokale unterliegen sowohl Gaststättenrecht als auch § 33a GewO (hierzu § 3 C II 1 des Kurses)
- Siehe auch VGH Kassel, 6 B 1891/24 v. 10.3.2025 = NVwZ-RR 2026, 291 ff.:

Schankwirtschaft mit Spielgeräten (§ 33c Abs. 3 Satz 2 GewO) **oder als Schankwirtschaft getarnte Spielhalle?**

- OVG Münster, 4 A 1698/20 v. 9.10.2024 = GewArch 2025, 130 ff.; OVG Saarlouis, 1 B 338/14 v. 15.10.2014 = NVwZ-RR 2015, 23 ff.: OVG Saarlouis, 1 B 168/17 v. 12.6.2017 = NVwZ-RR 2017, 917 Abs. 23 ff.; OVG Saarlouis, 1 B 56/23 v. 7.8.2023 = KommJuR 2023, 243 ff. und OVG Saarlouis, 1 B 30/23 v. 26.7.2023, Abs. 20 ff. = GewArch 2023, 466 Abs. 20 ff.: Spielgeräte dürfen im Verhältnis zur Theke und zu Tischen nicht dominieren, damit noch Schankwirtschaft vorliegt).

III. Schank- und Speisegaststätten als Neben- und Mischgewerbe

Friseursalon als Gaststätte bei Servieren von Heißgetränken oder Sekt an Kunden ohne gesondertes Entgelt?

- Unerheblich, ob Ausübung im Haupt- oder Nebengewerbe
- Unerheblich, ob Einrichtung des Betriebs
- Unerheblich, ob konkretes Entgelt verlangt wird (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 GastG)
- Entscheidend, ob unmittelbarer oder mittelbarer Vorteil durch Getränkeausschank / Speiseausschank

  OVG Lüneburg, VII OVG A 97/72 v. 16.5.1973 = GewArch 1973, 303, 304 und Friseurgeschäfte-Fall

IV. Gaststätte im Reisegewerbe

Definition der **Reisegaststätte nach Bundes-Gaststättenrecht**:

Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 GastG (vgl. *Eisentraut*, GewArch 2018, 49, 53)

- Ortsfeste Betriebsstätte *für die Dauer einer vorübergehenden Veranstaltung* (Veranstaltung = Veranstaltung der Reisegaststätte, nicht hiervon unabhängige „Veranstaltung)
- Vergleichbarkeit mit Betrieben im stehenden Gewerbe nach Art, Anlage und Einrichtung
- Beispiele für Reisegaststätte: Glühweinstand

Das bedeutet: Eine Reisegaststätte liegt beim „fliegenden Händler“ von Speisen und Getränken *nicht* vor (vgl. VG Berlin, 4 A 250.85 v. 10.12.1986 = GewArch 1987, 204): Insoweit ist der Verkauf von Speisen und Getränken ausschließlich als Warenverkauf anzusehen und (nur) dem Reisegewerberecht unterstellt (s. a. *Hummel*, JA 2022, 659).

Also: Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Reisegaststätten ([auch] Anwendbarkeit des GastG) und „fliegenden Händlern“ (Anwendbarkeit nur der §§ 55 ff. GewO)

IV. Gaststätte im Reisegewerbe

Gewerbeordnung

§ 55a Reisegewerbekartenfreie Reisegewerbe. (1) Einer Reisegewerbekarte bedarf nicht, wer […]

7. ein nach Bundes- oder Landesrecht erlaubnispflichtiges Gewerbe ausübt, für dessen Ausübung die Zuverlässigkeit erforderlich ist, und über die erforderliche Erlaubnis verfügt; [...].

(2) […].

§ 56 Im Reisegewerbe verbotene Tätigkeiten. (1) Im Reisgewerbe sind verboten […].

3. Das Feilbieten von […].
   b) alkoholischen Getränken; zugelassen sind Bier und Wein in fest verschlossenen Behältnissen […] und alkoholische Getränke, die **im Rahmen und für die Dauer einer Veranstaltung von einer ortsfesten Betriebsstätte zum Verzehr an Ort und Stelle** verabreicht werden;

IV. Gaststätte im Reisegewerbe

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

- § 55a Abs. 1 Nr. 7 GewO: Keine Reisegewerbekarte notwendig, wenn nach GastG bzw. Landesrecht Gaststättenerlaubnis mit Zuverlässigkeitsprüfung vorgesehen ist (heute nur relevant für *Alkoholausschank*)
- Bedeutet umgekehrt: In allen anderen Fällen ist auch für Verkauf von Speisen und Getränken Reisegewerbekarte notwendig (VG Oldenburg, 12 A 3286/09 v. 8. 9. 2011, Abs.17)

  Hierzu ausführlich *Burgi*, GewArch 2024, 214 ff. und 267 ff.
- § 56 Abs. 1 Nr. 3b GewO: Verkauf alkoholischer Getränke auch im Reisegewerbe (nur dann) zulässig, soweit Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 GastG vorliegen (also nicht durch „fliegende Händler“)

Darf Bundesgesetzgeber überhaupt noch Reisegewerberecht für Gastwirte regeln?

Hierzu *Dürr*, GewArch 2025, 239 ff.; *Korte*, GewArch 2024, 433 ff.; *Stollenwerk*, GewArch 2011, 186 ff.

IV. Gaststätte im Reisegewerbe

Folgen des Zusammenspiels von Gaststätten- und Reisegewerberecht (*Stelkens/Perabo*, in: Kugelmann [Hrsg.], Verfahrensrecht für die Sicherheit von Großveranstaltungen, 2015, S. 11, 101 ff.)

Reisegewerbekartenpflicht nach § 55 GewO

- in allen Bundesländern für Verkauf von Speisen und nicht-alkoholischen Getränken, weil hierfür nirgendwo mehr eine Gaststättenerlaubnis notwendig ist
- wegen § 55a Abs. 1 Nr. 7 GewO nicht für den Verkauf alkoholischer Getränke nur in *Bremen* und soweit *Bundes-Gaststättengesetz* fort gilt (weil dort hierfür Gaststättenerlaubnis vorgesehen ist)

Zulässigkeit von Alkoholausschank im Gaststätten-Reisegewerbe

- Nach § 56 Abs. 1 Nr. 3b GewO generell verboten, soweit sie nicht im Rahmen und für die Dauer einer Veranstaltung von einer ortsfesten Betriebsstätte zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden (keine „anlassunabhängigen“ Reisegaststätten mit Alkoholausschank)

IV. Gaststätte im Reisegewerbe

Folgen des Zusammenspiels von Gaststätten- und Reisegewerberecht (*Stelkens/Perabo*, in: Kugelmann [Hrsg.], Verfahrensrecht für die Sicherheit von Großveranstaltungen, 2015, S. 11, 101 ff.)

Geltung der materiell-rechtlichen gaststättenrechtlichen Regelungen für Reisegewerbe

- soweit GastG des Bundes fort gilt (Art. 125a Abs. 1 GG)

oder

- Landesrecht auf Reisegaststätten Anwendung finden soll (Bremen, Thüringen)

V. Gaststättenrecht und Marktrecht

§ 68a S. 1 GewO stellt Verkauf von **Speisen und alkoholfreien Getränken** auf (festgesetzten) Messen, Märkten und Ausstellungen und Volksfesten von Reisegewerbekartenpflicht frei

§ 68a S. 2 GewO: Für Verkauf **alkoholischer Getränke** gilt Gaststättenrecht **und** Recht der Reisegewerbe

- § 56 Abs. 1 Nr. 3 b GewO: Im Reisegewerbe ist das Feilbieten von „alkoholischen Getränken, die „im Rahmen und für die Dauer einer Veranstaltung von einer ortsfesten Betriebsstätte zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden“ ausnahmsweise zulässig (hierzu BT-Drs. 16/11622, S. 7)
- Hierfür ist eine Reisegewerbekarte notwendig, wenn nicht (Landes-)Gaststättenrecht eine Gaststättenerlaubnis verlangt: § 55a Abs. 1 Nr. 7 GewO
- § 12 GastG: „Aus besonderem Anlass kann der Betrieb eines erlaubnisbedürftigen Gaststättengewerbes unter erleichterten Voraussetzungen vorübergehend auf Widerruf gestattet werden.“

Eisentraut, GewArch 2018, 49, 54 f.; *Stelkens/Perabo*, in: Kugelmann (Hrsg.), Verfahrensrecht für die Sicherheit von Großveranstaltungen, 2015, S. 11, 103 f.

C) Erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie Gaststätten

I. Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Gaststätten

II. Erlaubnispflicht nach GastG des Bundes

III. Erlaubnisfreiheit nach GastG des Bundes

IV. Verfassungsmäßigkeit der derzeitigen Ausgestaltung der Gaststättenerlaubnis nach GastG des Bundes

V. Folgen der Erlaubnisfreiheit nach den Landesgaststättengesetzen

I. Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Gaststätten

Gaststättenerlaubnis ist

- auch bei Ausschank alkoholischer Getränke *nicht* mehr vorgesehen in **BbgGastG**, **HGastG**, **NGastG**, **SGastG**, **Sächs-GastG**, **GastG LSA**, **ThürGastG** (nur Anzeigepflicht)
- bei Ausschank alkoholischer Getränke notwendig nach **BremGastG**, ist jedoch dort als **reine Personalkonzession** ausgestaltet (Unzuverlässigket des Antragstellers als einziges Versagungskriterium)
- bei Ausschank alkoholischer Getränke notwendig nach **§ 2 Abs. 1 S. 1 GastG des Bundes** (soweit es nach Art. 125a Abs. 1 GG fort gilt); Gasstättenerlaubnis ist hier als **gemischte Personal- und Sachkonzession** ausgestaltet (§ 3 Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 1 GastG)
  - Bei Fehlen der Erlaubnis: Untersagung des Betriebs nach § 31 GastG i.V.m. § 15 Abs. 2 GewO
  - Mildere Mittel als Untersagung kann, z.B. Aufforderung sein, nach Betreiben eines Gaststättenerlaubnisverfahrens Gaststättenerlaubnis vorzulegen: VG Stuttgart, 4 K 4570/08 v. 12.1.2009 = NVwZ-RR 2009, 560

I. Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Gaststätten

Ausnahme von Erlaubnispflicht nach GastG des Bundes:

- Ursprünglich nur absolute Bagatellfälle gemäß § 2 Abs. 2 und 3 GastG a.F. und Sonderregelungen für Straußwirtschaft (§ 14, § 26 GastG) – nächste Folie
- Einschränkung des Erlaubniserfordernisses durch „Gesetz zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen (Deregulierungsgesetz 2005) v. 21.6.**2005** (BGBl I S. 1666): Nach Neufassung des § 2 GastG: Gaststättenerlaubnis nur noch für Verabreichung alkoholischer Getränke notwendig(Umkehrschluss aus § 2 Abs. 2 GastG n.F.)

  Dübbers/Jo, NVwZ 2006, 301 ff.; *Pöltl*, GewArch 2005, 353 ff.; *Schönleiter*, GewArch 2005, 369 ff.; *Schönleiter/Böhme*, GewArch 2006, 65, 66 f.; *Stelkens*, BayVBl 2007, 263, 264

I. Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Gaststätten

Ausnahmen von der Gaststättenerlaubnispflicht nach dem GastG des Bundes bis zum Deregulierungsgesetz 2005 v. 21.6.2005:

§ 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) […].

I. Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Gaststätten

Ausnahmen von der Gaststättenerlaubnispflicht nach § 2 GastG des Bundes seit dem Deregulierungsgesetz 2005 v. 21.6.2005:

§ 2 GastG i.d.F. des Deregulierungsgesetzes 2005

(1) Wer ein Gaststättengewerbe betreiben will, bedarf der Erlaubnis. […]

(2) **Der Erlaubnis bedarf nicht**, wer

1. alkoholfreie Getränke,
2. unentgeltliche Kostproben,
3. zubereitete Speisen oder
4. in Verbindung mit einem Beherbergungsbetrieb Getränke und zubereitete Speisen an Hausgäste

verabreicht.

II. Erlaubnispflicht nach GastG des Bundes

Gaststättenerlaubnis nach GastG des Bundes

- ist **gemischte Personen- und Sachkonzession** (Personenbezogenheit folgt aus § 2 Abs. 1 GastG [„Wer“] und persönlichen Versagungsgründen nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG; Sachbezogenheit folgt aus § 3 Abs. 1 S. 1 GastG [Erteilung für bestimmte Betriebsart und bestimmte Räume]
- **entfaltet keine Konzentrationswirkung** der Gaststättenerlaubnis (insbesondere ersetzt Gaststättenerlaubnis keine Baugenehmigung – hierzu § 7 C II 3 des Kurses)
- auf Gaststättenerlaubnis besteht nach Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch, soweit keine Versagensgründe nach § 4 GastG vorliegen (vgl. BVerwG, I C 90.53 v. 15.12.1953, Abs. 12 ff. = BVerwGE 1, 48 ff.)
- **Nebenbestimmungen** sind nur zur Sicherung der Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 GastG zulässig

Bei Betrieb einer Gaststätte ohne erforderliche Genehmigung: **Untersagung nach § 31 GastG i.V.m. § 15 Abs. 2 GewO**: OVG Münster, 4 B 672/18 v. 28.5.2019 = GewArch 2019, 364 ff. (hierzu auch § 3 C III des Kurses)

II. Erlaubnispflicht nach GastG des Bundes

1. Regelungsumfang der Gaststättenerlaubnis
2. Personengebundene Versagungsgründe (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 GastG)
3. Sachbezogene Versagungsgründe (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 bis 3 GastG)
4. Verhältnis zwischen Gaststättenerlaubnis und Baugenehmigung
5. Besondere Arten der Gaststättenerlaubnis
6. Aufhebung der Gaststättenerlaubnis
7. Rechtsschutzfragen bei Gaststättenerlaubnissen

1. Regelungsumfang der Gaststättenerlaubnis

OVG Münster, 4 B 21/20 v. 30.4.2020 = NVwZ-RR 2021, 29 ff. (Folie 1 von 2)

„45. Wird – wie hier – eine aufgrund Alkoholausschanks erlaubnispflichtige Gaststätte betrieben, so handelt es sich dabei nämlich um ein einheitliches Gaststättengewerbe und einen einheitlichen Gaststättenbetrieb. Beides kann nicht in einen erlaubnispflichtigen und einen erlaubnisfreien Teil aufgespalten werden. Die Gestattungswirkung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis bezieht sich stets auf den gesamten Betrieb einer Gaststätte; sie ist für eine bestimmte Betriebsart und für bestimmte Räume zu erteilen. Dabei bestimmt sich die Betriebsart nach der nach Art und Weise genau festzulegenden Betriebgestaltung, insbesondere nach den Betriebszeiten und der Art der Getränke, der zubereiteten Speisen, der Beherbergung oder der Darbietungen (§ 2 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1 GastG). **Es erfolgt also keine isolierte Erlaubnis der Tätigkeit, die im Einzelfall die Erlaubnispflicht nach § 2 GastG auslöst, z. B. das Verabreichen alkoholischer Getränke.** Entsprechend entfällt durch den Widerruf die Erlaubnis für den betreffenden Gaststättenbetrieb, nicht lediglich für eine bestimmte von der Erlaubnis erfasste Tätigkeit. Abweichendes ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 2 GastG, wonach der Erlaubnis z. B. nicht bedarf, wer alkoholfreie Getränke […] und bzw. oder zubereitete Speisen […] verabreicht. […].“

1. Regelungsumfang der Gaststättenerlaubnis

OVG Münster, 4 B 21/20 v. 30.4.2020 = NVwZ-RR 2021, 29 ff. (Folie 2 von 2)

„45. […]. Beschränkt sich das jeweilige Gaststättengewerbe nicht auf ein Verabreichen von solchen Speisen und Getränken im Sinne von § 2 Abs. 2 GastG, so ist der Betrieb des Gewerbes erlaubnispflichtig. **Die gaststättenrechtliche Erlaubnis schließt bei dem auch hier in Rede stehenden Ausschank alkoholischer Getränke nach § 6 Satz 1 GastG notwendig jedenfalls das Verabreichen von Getränken im Sinne von § 2 Abs. 2 GastG und ggf. auch von Speisen im Sinne dieser Vorschrift mit ein**.[…].

47. Wird ein erlaubnispflichtiges Gaststättengewerbe trotz eines vollziehbaren Erlaubniswiderrufs weiter betrieben, so kann die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden (§ 31 GastG i. V. m. § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO). Eine Untersagung des als solches nicht tatsächlich ausgeübten erlaubnisfreien Gaststättengewerbes ohne Alkoholausschank nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO scheidet daneben aus, weil ausschließlich ein einheitliches erlaubnispflichtiges Gaststättengewerbe ausgeübt wird und hierfür keine ergänzende Gewerbeuntersagung möglich ist. Damit ist auch die Erstreckung der Gewerbeuntersagung auf jegliche weitere selbständige Gewerbeausübung sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigte eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO rechtswidrig.“

1. Regelungsumfang der Gaststättenerlaubnis

VGH München, 22 CS 16.2370 v. 25.4.2017 = GewArch 2017, 312 ff.

„26. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GastG ist die Gaststättenerlaubnis u. a. für „bestimmte“ Räume zu erteilen. „Räume“ im Sinn dieser Bestimmung sind alle Flächen, auf denen ein Gaststättenbetrieb stattfinden soll; auch Gärten, Höfe und sonstige im Freien liegende Areale werden deshalb von dieser Vorschrift erfasst […]. Wegen der erheblichen Folgen, die die Rechtsordnung an die Festlegung der „Räume“ knüpft, auf die sich eine Gaststättenerlaubnis erstreckt, müssen sie örtlich genau bezeichnet und nach Lage, Einrichtung und Größe so beschrieben sein, dass eine Änderung sofort erkannt werden kann […]. [E]ine Gaststättenerlaubnis, die im Rahmen der Aufzählung der Räume, auf die sie sich erstreckt, zwar einen „Wirtschaftsgarten“ erwähnt, dieser seiner Größe oder Ausgestaltung nach jedoch in keiner Weise - weder im Bescheid noch in Antragsunterlagen - näher spezifiziert wird, [verschafft] dem Gastwirt keine Berechtigung zum Betrieb einer Freischankfläche […]; die Erlaubnis leidet **insoweit an einem besonders schweren und offenkundigen Fehler, der gemäß Art. 44 Abs. 1 BayVwVfG die Nichtigkeit der sich auf den Wirtschaftsgarten beziehenden Aussage in der Erlaubnisurkunde nach sich zieht** […].“

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

§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG: Unzuverlässigkeit liegt vor, z. B. bei

- Förderung des Alkoholmissbrauchs, Verstöße gegen Jugendschutz („Koma-Saufen“, Flatrate-Partys [hierzu § 7 E des Kurses])
- Nicht-Verhinderung von Betäubungsmitteldelikten

  OVG Bremen, 2 B 273/09 v. 5.10.2009 =, NVwZ-RR 2010, 102, 103; OVG Lüneburg, 7 ME 32/15 v. 29.6.2015 = GewArch 2015, 414 f.; VG Neustadt a.d.W., 4 K 309/15.NW v. 6.8.2015 = GewArch 2015, 464 ff.

- „Unsittlichkeit Vorschub leisten“ (hier aber gesellschaftlicher Wandel)

  Hier gesellschaftlicher Wandel (hierzu § 2 B I 2 des Kurses) : BVerwG, 6 C 16/02 v. 6.11.2002 = NVwZ 2003, 603 ff. [Swinger-Club], BVerwG, 8 B 2.09 v. 23.3.2009 = GewArch 2009, 255 f. [Bordell]; VGH München, 22 BV 06.3313 v. 9.9.2008 = GewArch 2009, 256 f.; VG Berlin, 35 A 570.99 v. 1.12.2000 = NJW 2001, 983

Aber nach wie vor gilt (§ 2 D des Kurses):

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

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

§ 4 Abs. 1 Nr. 4 GastG : 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 Unterrichtungsnachweis im Gaststättengewerbe)
- Erfordert keine Deutschkenntnisse des Bewerbers, der sich ggf. einen Dolmetscher zum Unterricht mitnehmen kann (VG Neustadt a. d. W., 4 L 403/16.NW v. 14.6.2016, Abs. 39 ff. = GewArch 2016, 353, Abs. 39 ff.)

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

§ 4 Abs. 1 Nr. 2 bis 3 GastG betreffen

- räumliche Gestaltung der Gaststätte (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 und 2a GastG)
- örtliche Lage des Betriebes und sein Verhältnis zum Nachbarn (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG)

  Ausführlich hierzu: *Stelkens*, BayVBl 2007, 263, 264 ff.

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

§ 4 Abs. 1 Nr. 2a GastG: Erfordernis der Möglichkeit barrierefreier Nutzung für behinderte Menschen

- Eingefügt durch **Art. 41 Abs. 1 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen v. 24.7.2002** (BGBl. I, 1467) – siehe hierzu *Pöltl*, 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, 5 S 1704/04 v. 6.12.2004 = NVwZ-RR 2005, 635 ff.: Feststellungsklage, keine Anfechtungsklage)

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

§ 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG: Allgemeine Anforderungen an die Gasträume (hierzu näher *Stelkens*, BayVBl 2007, 263, 265 f.)

- GastG enthält außer Barrierefreiheitserfordernis 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 (deutlich z.B. VGH München, 22 CS 09.1961 v. 13.8.2009 = BayVBl 2009, 755 f.)
  - Landes-Rechtsverordnungen, die auf § 4 Abs. 3 GastG gestützt sind [z.B. in Berlin, Hamburg, Rheinland-Pfalz]
  - Landes-Gaststättenbauverordnungen, die auf Grundlage der Landesbauordnung erlassen wurden

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

§ 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG: Anforderungen an die örtliche Lage des Betriebs

- Ermöglicht eine (drittschützende) Verknüpfung zwischen Immissionsschutzrecht und Gaststättenrecht

  vgl. z.B. BVerwG, 8 C 3/19 v. 12.12.2019, Abs. 16 ff. = BVerwGE 167, 189 Abs. 16 ff.; VGH München, 22 ZB 12.34 v. 16.11.2012 = GewArch 2013, 132 ff.; OVG Münster, 4 B 193/13 v. 26.7.2013, Abs. 4 ff. = NVwZ-RR 2014, 38 ff.; OVG Münster, 4 B 652/15 v. 3.11.2015, Abs. 12 ff. = NWVBl 2016, 206, 207 f.; OVG Münster, 4 B 581/16 v. 25.5.2016, Abs. 8 ff. = GewArch 2016, 394 ff.; OVG Schleswig, 5 MB 14/20 v. 11.6.2020 = NJW 2020, 3050 ff.; zur Beurteilung von Gaststättenlärm: *Schröder/Broshinski*, NWVBl 2013, 125, 129 ff.

- Aber: Gebot der Beachtung des Bauplanungsrechts wirkt nicht nachbarschützend: VGH Mannheim, 6 S 475/15 v. 4.1.2016, Abs. 7 ff. = NVwZ-RR 2016, 337 ff.

4. Verhältnis zwischen Gaststättenerlaubnis und Baugenehmigung

Grundfrage: Welche Behörde prüft in welchem Verfahren die Einhaltung baurechtlicher Anforderungen an die Gasträume (hierzu ausführlich *Winkler*, Jura 2006, 260 ff.; ferner *Glaser*, GewArch 2013, 1, 2 ff.; *Schröder/Broshinski*, NWVBl 2013, 125 f.)

- Werden die Anforderungen sowohl von Baugenehmigungsbehörde wie der Gaststättenbehörde geprüft?

- Oder ist eine Behörde an die Entscheidung der anderen Behörde (in welchem Umfang?) gebunden?

Das Problem stellt sich nicht nur im Gaststättenrecht, sondern letztlich bei allen „gemischten Konzessionen“, so z. B. für

- Spielhallen: OVG Hamburg, 4 Bs 37/18 v. 6.11.2018 = NordÖR 2019, 93 ff.:

- Prostitutionsgewerbestätte: BVerwG, 4 C 5/20 v. 9.11.2021, Abs. 18 = BVerwGE 174, 118 Abs. 18; VGH München, 22 ZB 20.1972 v. 30.3.2021 = BayVBl. 2021, 411 ff.

4. Verhältnis zwischen Gaststättenerlaubnis und Baugenehmigung

- Gaststättenerlaubnis ersetzt **nicht** nach Landesrecht erforderliche Baugenehmigung

- Baugenehmigung ist keine Voraussetzung für die Erteilung der Gaststättenerlaubnis; wenn noch keine Baugenehmigung vorliegt, muss die Gaststättenbehörde bei Erteilung der Gaststättenerlaubnis selbst prüfen, ob die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GastG vorliegen (OVG Münster, 4 B 672/18 v. 28.5.2019, Abs. 11 = GewArch 2019, 364 11).

- **Bindung der Gaststättenbehörde an Baugenehmigung**, soweit auch über im Gaststättenerlaubnisverfahren zu prüfende baurechtliche Anforderungen entschieden wurde – hat insbesondere Bedeutung für Anfechtung der Gestattung durch Dritte (baurechtliche Einwände im Bauverfahren, gaststättenrechtliche Einwände im Gaststättenverfahren)

  BVerwG, 1 C 72.86 v. 4.10.1988 = BVerwGE 80, 259, 261 ff.; BVerwG, 1 C 18.87 v. 17.10.1989 = BVerwGE 84, 11, 13 f.; BVerwG, 4 B 3/11 v. 14.6.2011, Abs. 5 ff. = GewArch 2012, 45 f.

4. Verhältnis zwischen Gaststättenerlaubnis und Baugenehmigung

- Keine Bindung der Gaststättenbehörde an Ablehnung einer Baugenehmigung (BVerwG, 1 C 18.87 v. 17.10.1989 = BVerwGE 84, 11 ff.)
- **Keine Bindung der Gaststättenbehörde an bauaufsichtliche Ordnungsverfügung**, soweit diese geringfügige Maßnahmen zum Lärmschutz für ausreichend erachtet (OVG Münster, 4 A 2588/14 v. 23.5.2018 = BauR 2018, 1853 ff.)
- **Keine Bindungswirkung der Gaststättenerlaubnis zu Lasten der Bauaufsicht** (BVerwG, 1 C 18.87 v. 17.10.1989 = BVerwGE 84, 11, 16)

5. Besondere Arten der Gaststättenerlaubnis

- § 9 GastG: **Stellvertretererlaubnis** (wie bei § 45 GewO – siehe hierzu auch § 3 B II 3 des Kurses)

- § 11 GastG: **Vorläufige Erlaubnis** (hierzu z. B. *Koch*, GewArch 1992, 374 ff.; allg. zum vorläufigen Verwaltungsakt *Schröder*, Jura 2010, 255 ff.)

- § 12 GastG: „ Aus besonderem Anlaß kann der Betrieb eines erlaubnis-bedürftigen Gaststättengewerbes unter erleichterten Voraussetzungen vorübergehend auf Widerruf gestattet werden.“ (sog. **Gestattung**, d. h. vereinfachte Gaststättenerlaubnis aus besonderem Anlass – s. hierzu OVG Münster, 4 B 581/16 v. 25.5.2016 = GewArch 2016, 394 ff.: Erlaubnis für Zeltdisco auf Schützenfest)

- § 10 GastG: **Hinterbliebenenprivileg** (wie bei § 46 GewO, § 4 HandwO; hierzu § 3 B IV des Kurses)

6. Aufhebung der Gaststättenerlaubnis

§ 15 GastG
Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis

(1) Die Erlaubnis zum Betrieb eines Gaststättengewerbes ist **zurückzunehmen**, wenn bekannt wird, daß bei ihrer Erteilung Versagungsgründe nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 vorlagen.

(2) und (4) […].

Rücknahme der Gaststättenerlaubnis (§ 15 Abs. 1 GastG)

- Verpflichtung zur Rücknahme bei Unzuverlässigkeit, wenn nachträglich Tatsachen bekannt, die bei Erlaubniserteilung Unzuverlässigkeitsurteil begründet hätten (Verweis auf § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GastG)
- § 15 Abs. 1 GastG gilt auch bei Rechtsanwendungsfehlern (also bei Rechtsfehlern bei der Anwendung des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GastG): OVG Münster, 4 B 1117/23 v. 24.3.2025 = GewArch 2025, 342 ff.
- Keine abschließende Regelung zur Rücknahme der Gaststättenerlaubnis - Rücknahme nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist möglich, wenn Gaststättenerlaubnis entgegen § 4 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 GastG erteilt worden ist

6. Aufhebung der Gaststättenerlaubnis

§ 15 GastG - Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis

(1) […].

(2) Die Erlaubnis **ist** zu **widerrufen**, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 rechtfertigen würden.

(3) Sie **kann widerrufen** werden, wenn

1. der Gewerbetreibende oder sein Stellvertreter die Betriebsart, für welche die Erlaubnis erteilt worden ist, unbefugt ändert, andere als die zugelassenen Räume zum Betrieb verwendet oder nicht zugelassene Getränke oder Speisen verabreicht oder sonstige inhaltliche Beschränkungen der Erlaubnis nicht beachtet,
2. der Gewerbetreibende oder sein Stellvertreter Auflagen nach § 5 Abs. 1 nicht innerhalb einer gesetzten Frist erfüllt,
3. der Gewerbetreibende seinen Betrieb ohne Erlaubnis durch einen Stellvertreter betreiben läßt,
4. der Gewerbetreibende oder sein Stellvertreter Personen entgegen einem nach § 21 ergangenen Verbot beschäftigt,

[5. bis 7 verschiedene Fälle der Nichterbringung des Nachweises nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 GastG],

(4) Die Absätze 1, 2 und 3 Nr. 1, 2 und 4 gelten entsprechend für die Rücknahme und den Widerruf der Stellvertretungserlaubnis.

6. Aufhebung der Gaststättenerlaubnis

Widerruf der Gaststättenerlaubnis (§ 15 Abs. 2 und 3 GastG)

- § 15 Abs. 2 und 3 GastG regeln die **Widerrufsgründe abschließend** (BVerwG, 1 C 44.86 v. 13.12.1988 = BVerwGE 81, 74, 78); kein Rückgriff auf § 49 Abs. 2 VwVfG (vgl. hierzu § 3 B V des Kurses)
- § 15 Abs. 2 GastG: Widerruf als **gebundene Entscheidung**: Widerruf, wenn nachträglich Unzuverlässigkeitsprognose i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG gerechtfertigt – z. B. bei wiederholtem Verstoß gegen Sperrzeitregelungen: OVG Münster, 4 B 1127/16 v. 28.11.2016 = GewArch 2017, 84 ff.
- § 15 Abs. 3 GastG schließt dagegen Widerruf aus, **wenn nachträglich raumbezogene 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
- Zu den Anforderungen an die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs einer Gaststättenerlaubnis nach § 15 Abs. 2 und 3 GastG: VGH München, 22 CS 20.1600 v. 6.10.2020 = BayVBl. 2021, 127 ff.

6. Aufhebung der Gaststättenerlaubnis

Widerruf der Gaststättenerlaubnis (§ 15 Abs. 2 und 3 GastG)

Sonderprobleme:

- Zum Verhältnis zwischen Widerruf nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 GastG (unbefugte Änderung der Betriebsart) und bereits erlassener bauordnungsrechtlicher Nutzungsuntersagung: VG Neustadt a.d.W., 4 L 224/10.NW v. 11.3.2010 = GewArch 2010, 255 ff.
- Muss bei nachträglicher Unzuverlässigkeit eine unter Geltung des Bundes-Gaststättengesetzes erteilte Gaststättenerlaubnis auch dann widerrufen werden, wenn nunmehr ausgeübtes Gewerbe nach Landesrecht erlaubnisfrei ist, um den Betrieb wegen Unzuverlässigkeit untersagen zu können – und auf welcher Grundlage geschieht dies?

  Hierzu VG Gießen, 8 L 1267/13 v. 19.7.2013 = NVwZ-RR 2014, 267 ff. (Widerruf nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG – sehr zweifelhaft)

6. Aufhebung der Gaststättenerlaubnis

Nachträgliche Auflagen (§ 5 Abs. 1 GastG) als Teilwiderruf der Erlaubnis:

- **zum Schutz der Gäste**

  vgl. VGH München, 22 CS 09.1961 v. 13.8.2009 = BayVBl 2009, 755 f.: Beschränkung der Besucherzahl wegen Brandschutz; VGH Mannheim, 10 S 2058/11 v. 18.12.2012 = GewArch 2013, 217 ff. und VG Hannover, 11 B 6294/09 v. 16.4.2010 = GewArch 2010, 258: Auflage zur Gewährleistung des Nichtraucherschutzes)

- **zum Schutz der Bediensteten**

- **zum Nachbarschutz**

  vgl. OVG Berlin-Brandenburg, 1 N 52.08 v. 21.8.2009 = GewArch 2010, 166 ff.: Auflage, den Schankvorgartenbetrieb zur Nachtzeit zu unterlassen; OVG Münster, 4 B 193/13 v. 26.7.2013 = NVwZ-RR 2014, 38 ff.: zur Bestimmtheit nachbarschützender Lärmschutzauflagen; OVG Münster, 4 A 17/14 v. 14.11.2013, Abs. 31 ff. = GewArch 2016, 350, 352 f.: Verbot des Verkaufs über die Straße zulässig, wenn hierdurch lärmende Ansammlungen vor der Gaststätte entstehen; VGH München, 22 CS 23.1265 v. 22.8.2023 = GewArch 2023, 469 ff.: Lärmschutzauflagen bei Biergarten; OVG Schleswig, 5 MB 14/20 v. 11.6.2020 = NJW 2020, 3050 ff.: Lärmschutzauflagen; VG Neustadt a.d.W., 4 K 966/14.NW v. 19.2.2015 = GewArch 2015, 225 ff.: Ungeeignete Maßnahmen: Anordnung eines Lautstärkebegrenzers für Musikanlage / Anordnung durch Türsteher auf lärmende Gäste)

6. Aufhebung der Gaststättenerlaubnis

Nachträgliche Auflagen (§ 5 Abs. 1 GastG) als Teilwiderruf der Erlaubnis

Sonderprobleme:

- Inwieweit gelten „alte“ Auflagen zur Gaststättenerlaubnis nach § 5 Abs. 1 GastG als selbständige Auflagen nach Inkrafttreten des NGastG nach § 12 Abs. 2 S. 2 NGastG fort? VG Hannover, 11 B 3507/15 v. 9.11.2015 = GewArch 2016, 78 ff.

7. Rechtsschutzfragen bei Gaststättenerlaubnissen

Rechtsschutz des Gewerbetreibenden

→ Verpflichtungsklage gestützt auf Art. 12 Abs. 1 GG bei Versagung der Gaststättenerlaubnis

→ Anfechtungsklage gegen Auflagen nach § 5 Abs. 1 GastG

Nachbarschutz

→ Vorrang der Klage gegen Baugenehmigung

→ Klage gegen Gaststättenerlaubnis bei Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG

BVerwG, 8 C 3/19 v. 12.12.2019, Abs. 39 = BVerwGE 167, 189 Abs. 39; OVG Münster, 4 B 652/15 v. 3.11.2015, Abs. 27 ff. = NWVBl 2016, 206, 207 f.; einschränkend VGH Mannheim, 6 S 475/15 v. 4.1.2016, Abs. 7 ff. = NVwZ-RR 2016, 337 ff.: Nicht bei Verstößen gegen Bauplanungsrecht

→ Klage auf behördliches Einschreiten nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG (VGH München, 22 B 93.1948 v. 20.4.11995 = NVwZ 1995, 1021 ff.) oder § 24 BImSchG (VGH München, 22 BV 13.1686 v. 25.11.2015, Abs. 54 = GewArch 2016, 204 ff.)

Konkurrentenschutz

→ Problem bei rechtswidriger Begünstigung des Konkurrenten (Art. 3 Abs. 1 GG)

III. Folgen der Erlaubnisfreiheit nach GastG des Bundes

- **Zuverlässigkeitsprüfung erfolgt nur im Rahmen des § 35 GewO i.V.m. § 31 GastG** (allein repressive Kontrolle aus einem konkreten Anlass)

- **Geringere bauliche Anforderungen an Gasträume**
  - Unanwendbarkeit der Barrierefreiheitsregel des § 4 Abs. 1 Nr. 2a GastG (aber Regelungen der Landesbauordnungen bleiben anwendbar, s. z.B. OVG Münster, 7 A 1977/10 v. 24.1.2012 = GewArch 2012, 170)
  - Unanwendbarkeit der auf Grundlage des § 4 Abs. 3 GastG erlassenen Verordnungen (aber die Landesbauordnungen und die hierauf gestützten Verordnungen bleiben anwendbar) – *Stelkens*, BayVBl 2007, 263, 266

III. Folgen der Erlaubnisfreiheit nach GastG des Bundes

Eingeschränkte Überwachungskompetenzen der Gaststättenbehörden (§ 5 Abs. 2 GastG)

- Grundsätzlich sind nach § 5 Abs. 2 GastG i.V.m. § 5 Abs. 1 GastG nachträgliche Auflagen als „selbständige Anordnungen“ auch bei erlaubnisfreien Gaststättenbetrieben möglich

- **Aber:** Einschreiten der Gaststättenbehörden nach § 5 Abs. 2 GastG i.V.m. § 5 Abs. 1 GastG setzt das Vorliegen ***konkreter* Gefahren** für Leib, Gesundheit und Sittlichkeit voraus (nicht bei jedem Verstoß gegen Baurecht: *Stelkens*, BayVBl 2007, 263, 266)

- Beharrliche Verstöße gegen baurechtliche Verfügungen können aber Grundlage einer Untersagung nach § 31 GastG i.V.m. § 35 Abs. 1 GewO sein

IV. Verfassungsmäßigkeit der derzeitigen Ausgestaltung der Gaststättenerlaubnis nach GastG des Bundes

Erlaubnispflichtige Gaststätten	Erlaubnisfreie Gaststätten
• Nicht unerhebliche Anforderungen an bauliche Gestaltung • Parallelzuständigkeit der Gaststätten- behörden und Baubehörden	• 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 (*Stelkens*, BayVBl 2007, 263, 266 ff.)?

V. Folgen der Erlaubnisfreiheit nach den Landesgaststättengesetzen

- Teilweise Regelungen zur Anwendbarkeit der Gewerbeordnung (einschließlich des § 35 GewO): § 1 Abs. 2 BbgGastG, § 8 BremGastG, § 2 HGastG, § 1 Abs. 2 NGastG, § 1 Abs. 2 SGastG, § 13 SächsGastG, § 1 Abs. 3 GastG LSA, § 9 ThürGastG

- Teilweise Sonderregel zur Untersagung wegen Unzuverlässigkeit: § 4 HGastG, § 4 Abs. 4 SGastG

- Ermächtigungen zu „Anordnungen und Untersagungen“ zum Schutz vor (konkreten) Gefahren für Gäste und Beschäftigte: § 6 BbgGastG , § 2 Abs. 6 und § 5 BremGastG, § 10 HGastG, § 5 NGastG, § 9 SGastG, § 5 SächsGastG, § 10 GastG LSA, § 7 ThürGastG

zu den Landesgaststättengesetzen

D) Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

§ 18 GastG - Sperrzeit

(1) Für Schank- und Speisewirtschaften sowie für öffentliche Vergnügungsstätten kann durch Rechtsverordnung der Landesregierungen eine Sperrzeit allgemein festgesetzt werden. In der Rechtsverordnung ist zu bestimmen, daß die Sperrzeit bei Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses oder besonderer örtlicher Verhältnisse allgemein oder für einzelne Betriebe verlängert, verkürzt oder aufgehoben werden kann. Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung die Ermächtigung auf oberste Landesbehörden oder andere Behörden übertragen.

(2) [weggefallen].

Gaststätten unterliegen nicht Ladenschlussrecht (§ 7 GastG) - aber: Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG) gelten für

- alle **Gaststätten** (unabhängig von Erlaubnispflichtigkeit)
- *und* für **öffentliche Vergnügungsstätten**

Achtung: Öffnungszeitenbeschränkungen für Gaststätten können sich auch aus Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung ergeben: OVG Lüneburg, 1 ME 108/19 v. 9.6.2020 = BauR 2020, 1444 f.

D) Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

- Vor Inkrafttreten des Deregulierungsgesetzes 2005: Verpflichtung, seither nur Ermächtigung der Länder zur Regelung der Sperrzeiten
- Viele Länder haben daraufhin nur sog „**Putzstunde**“ eingeführt (Sperrzeit nur zwischen 5.00 und 6.00 Uhr morgens)

  Siehe hierzu: *Dietz,* GewArch 2013, 292 ff. und 351 ff.; *Wichmann*, SächsVBl. 2019, 6 ff.

Gestaltung der SperrzeitVO nach § 18 GastG:

- Allgemeine Sperrzeitregelungen für alle Schank- und Speisegaststätten sowie sonstige Vergnügungsstätten notwendig, nicht nur für einzelne Betriebe (VGH Mannheim, 6 S 1126/04 v. 12.8.2004 = NVwZ-RR 2005, 243 f.)
- Ausdrückliche Zulassung von Ausnahmen bei „öffentlichem Bedürfnis“ *oder* (alternativ) „besonderen örtlichen Verhältnissen“

  hierzu: VGH Kassel, 8 B 2473/11 v. 12.3.2012 = NVwZ-RR 2012, 514 ff.; VGH Mannheim, 6 S 389/12 v. 20.9.2012 = VBlBW 2013, 70 ff.; VGH München, 22 N 06.3069, 22 N 07.974 v. 17.6.2008 = BayVBl 2009, 695 f.; VGH München, 22 ZB 12.46 v. 24.5.2012 = NVwZ-RR 2012, 756 ff.

D) Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

Verkürzung/Verlängerung von Sperrzeiten nach § 18 Abs. 1 Satz 2 GastG:

- Keine Sperrzeitverlängerung nur in Bezug auf Verkauf „über die Straße“: VGH München, 22 N 09.1193 v. 25.1.2010 = GewArch 2010, 118 ff. (m. abl. Anm. *Reich*, BayVBl 2010, 694 ff.)

  Aber: Untersagung dieses Verkaufs nach § 5 Abs. 2 GastG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG möglich, wenn sich durch diesen Verkauf „Ansammlungen“ vor der Gaststätte bilden: OVG Münster, 4 A 17/14 v. 14.11.2013, Abs. 31 ff. = GewArch 2016, 350, 352 f.

- Sperrzeitverlängerung wegen regelmäßigen Drogenverkauf nach Ende der regulären Sperrzeit ist zulässig: VGH München, 22 CS 13.1530 v. 22.8.2013 = BayVBl 2014, 244 ff.

- Sperrzeitverlängerung für „Absackerkneipe“, die nach 3:00 Uhr morgens Gäste aus umliegenden Lokalen anzieht, die schon betrunken sind und vor der Kneipe lärmen, ist zulässig: VGH München, 22 CS 15.2643 v. 13.1.2016 = GewArch 2016, 160 ff.

- Möglichkeit der Selbstbindung der Verwaltung durch jahrzehntelang gewährte Sperrzeitverkürzung: VGH Mannheim, 6 S 2448/18 v. 17.12.2018 = NVwZ-RR 2019, 774 ff.

D) Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

Verhältnis des § 18 GastG zum Landesrecht:

- Eigenständige Sperrzeitregel für Gaststätten *und öffentliche Vergnügungsstätten* in § 1 GastG BW i.V.m. § 18 GastG; § 6 BremGastG, § 9 HGastG, § 11 SGastG (Spielhallen ausdrücklich ausgenommen); § 9 SächsGastG
- Eigenständige Sperrzeitregel für Gaststätten *und Spielhallen* in § 10 NGastG
- Eigenständige Sperrzeitregel für Gaststätten, *Vergnügungsplätze, Veranstaltungen nach § 60a GewO, Lustbarkeiten, Betriebe und Veranstaltungen im Freien und in Festzelten, Theater- und Filmvorführungen* in § 5 ThürGastG
- Keine Sperrzeitregel in BbgGastG und GastG LSA
- BVerwG, 8 C 7/18 v. 12.9.2019, Abs. 23 = GewArch 2020, 66 Abs. 23: Sperrzeitregelungen für Spielhallen können auf die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für das „Spielhallenrecht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) gestützt werden.

zu den Landesgaststättengesetzen

D) Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

Behördliche Durchsetzung der Beachtung der Sperrzeit

- Für **Bundes-Gaststättengesetz**: Polizeiliche Generalklausel (sog. „unselbständige Verfügung“) – teilweise auch Annahme einer impliziten Ermächtigung der „Gaststättenbehörden“ aus dem Gaststättengesetz (VG Stuttgart, 4 K 647/98 v. 12.2.1999 = GewArch 1999, 254 ff.); siehe zum Problem den Berliner-Friseurgeschäfte-Fall bei den Hauptstadtfällen
- Bei **Landesgaststättengesetzen**: Teilweise besondere Ermächtigungen, z.B. im Saarland (vgl. den Friseurgeschäfte-Fall bei den Saarheimer Fällen)
- Sperrzeitverstöße als Unzuverlässigkeitskriterium: OVG Münster, 4 B 1486/17 v. 23.1.2018, Abs. 17 ff. = GewArch 2018, 165 f.; OVG Münster, 4 B 537/18 v. 27.6.2018, Abs. 19 ff. = GewArch 2018, 425 ff.

D) Sperrzeitregelungen (§ 18 GastG)

Drittschutz gegenüber Sperrzeitregelungen:

- Drittschutz der Nachbarn gegen Sperrzeitregelungen, insbesondere gegen Sperrzeitverkürzungen
- VGH Mannheim, 6 S 2828/19 v. 24.10.20254 = VBlBW 2025, 285 ff.: Bei Untätigkeit des Sperrzeitverordnungsgebers auch bei erheblichen Lärmeblästigungen kann auch eine Normänderungsklage der Nachbarn in Form einer allgemeinen Leistungsklage zulässig sein; Ermächtigung zum Erlass von Sperrzeitverordnungen dient auch dem Schutz der Nachbarn
- Kein Konkurrentenschutz gegen Sperrzeitverkürzungen: OVG Lüneburg, 7 LA 146/11 v. 19.10.2012 = NVwZ-RR 2013, 28 ff.

E) Flatrate-Partys und Koma-Saufen

Ausdrückliche Regelungen im Landesgaststättenrecht:

§ 4 Nr. 5 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, die ***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."

E) 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."

§ 10 Nr. 5 SGastG

„Verboten ist im Gaststättengewerbe nach § 1 Absatz 1 […] alkoholische Getränke in einer Weise anzubieten oder zu vermarkten, ***die geeignet ist***, dem Alkoholmissbrauch oder übermäßigem Alkoholkonsum Vorschub zu leisten. Das ist in der Regel der Fall, wenn alkoholische Getränke zu einem einmal zu entrichtenden Preis (Festpreis) oder erheblich unter dem marktüblichen Preis verabreicht werden."

§ 8 Abs. 1 Nr. 3 SächsGastG

„Im Gaststättengewerbe ist es verboten […] alkoholische Getränke in einer Art und Weise anzubieten, ***die darauf gerichtet ist***, zu übermäßigem Alkoholkonsum zu verleiten."

E) Flatrate-Partys und Koma-Saufen

Ausdrückliche Regelungen im Landesgaststättenrecht:

§ 11 Abs. 3 Nr. 5 HGastG:

> „Im Gaststättengewerbe ist es verboten […], alkoholische Getränke in einer Form abzugeben, ***die geeignet ist,*** dem Alkoholmissbrauch oder übermäßigem Alkoholkonsum Vorschub zu leisten."

§ 12 Abs. 1 Nr. 5 GastG LSA:

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

E) 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?)

  VGH Kassel 6 B 31/09 v. 25.2.2009 = GewArch 2009 253 ff.; OVG Koblenz, 6 B 10231/11 v. 17.2.2011 = NVwZ-RR 2011, 441 ff.; VGH München, 22 CS 07.1796 v. 21.8.2002 = NVwZ-RR 2008, 26 ff.; VG Hannover, 11 B 3480/07 v. 11.7.2007 = NJW 2008, 1015 ff; VG Neustadt a.d.W., 4 L 838/12.NW v. 26.9.2012 = GewArch 2013, 169 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,* GewArch 2009, 377 ff.; *Schröder/ Führ*, NVwZ 2008, 145 ff.; *Stelkens/Perabo*, in: Kugelmann (Hrsg.), Verfahrensrecht für die Sicherheit von Großveranstaltungen, 2015, S. 11, 104 ff.

  Fallbearbeitung bei *Schmehl*, JA 2018, 128 ff.; *Schmidt am Busch,* Jura 2009, 473 ff.

F) Nichtraucherschutz in Gaststätten

I. Gesetzgebungskompetenz für den Nichtraucherschutz

II. Regelungsinhalt der Landesnichtraucherschutzgesetze

III. Nichtraucherschutz in Gaststätten im Besonderen

IV. Nichtraucherschutz, „Geschlossene Gesellschaft“ und Raucherclub

V. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Nichtraucherschutz in Gaststätten

VI. Verfassungsmäßigkeit des Nichtraucherschutzes in Gaststätten

I. Gesetzgebungskompetenz für den Nichtraucherschutz

Kann der Bundesgesetzgeber den Nichtraucherschutz regeln?

- Wegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. i.V.m. Art. 125a Abs. 1 GG wohl nicht für Nichtraucherschutz in Gaststätten (a.A. z.B. *Stettner*, ZG 2007, 156 ff.)
- Bundesnichtraucherschutzgesetz vom 20.7.2007 (BGBl I S. 1595) ist daher beschränkt auf Rauchverbote in Einrichtungen des Bundes und bestimmte Einrichtungen des öffentlichen Personenverkehrs (§ 1 BNichtrSchG)
- Zur Rechtslage vor Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034): *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657 ff.

Kann der Landesgesetzgeber den Nichtraucherschutz regeln?

- Jedenfalls Kompetenz der Länder nach Art. 70 Abs. 1, Art. 72 Abs. 1 GG (BVerfG, 1 BvR 3262/07 v. 30.7.2008, Abs. 96 ff. = BVerfGE 121, 317, 347 ff.) - Jedes Land hat daher eigenes Nichtraucherschutzgesetz
- Gilt auch zu Gunsten von Arbeitnehmern, allerdings müssen Länder auf Vereinbarkeit mit bundesrechtlichem Arbeitnehmerschutzrecht achten (BAG, 9 AZR 241/08 v. 19.5.2009, Abs. 50 ff. = NJW 2009, 2698)

II. 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 oder Rauchen unter Verwendung anderer Hilfsmittel
- (unterschiedlich weit reichende) Ausnahmemöglichkeiten
- Bußgeldtatbestände zur Sanktionierung von Verstößen

Zum Ganzen sehr ausführlich: *Scheidler*, GewArch 2008, 287 ff.; speziell für NRW *Breitkopf/Stollman*n, NWVBl 2013, 161 ff.

III. Nichtraucherschutz 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, 9 AZR 241/08 v. 19.5.2009, Abs. 37 ff. = NJW 2009, 2698

Gilt dementsprechend auch

- für **Diskotheken**: VGH München, 9 CE 10.2516 v. 13.12.2010 = BayVBl 2011, 473, 474
- für **Spielhallen**: VGH Kassel, 8 A 2555/18 v. 2.8.2023 = GewArch 2024, 39 ff.

III. Nichtraucherschutz in Gaststätten im Besonderen

- Rauchverbot gilt 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, 4 B 512/09 v. 11.11.2009 = GewArch 2010, 122 ff.
  - Zur niedersächsischen „Markthallenregelung“: VG Hannover, 11 B 6294/09 v. 16.4.2010 = GewArch 2010, 258
  - Kein „Innenraum“ ist ein an einer Seite geöffnetes, im Innenhof eines Gaststättengebäudes aufgestelltes „Beduinenzelt“ (zum Shisha-Rauchen), weil nicht „vollständig umschlossen“: OVG Münster, 4 B 63/20 v. 24.11.2021 = GewArch 2022, 125 ff.

III. Nichtraucherschutz in Gaststätten im Besonderen

Problem: Ist auch die Nutzung einer **Wasserpfeife** (Shishas) rauchen?

- Grundsätzlich ja, wegen Verbrennungsprozess: OVG Münster, 4 A 775/14 v. 4.11.2014, Abs. 30 = NVwZ-RR 2015, 611 ff.; OVG Lüneburg, 13 ME 107/18 v. 17.10.2018 = GewArch 2019, 45 ff.
- Jedoch zweifelhaft, wenn sie tabakfrei betrieben werden: OVG Münster, 4 B 608/13 v. 1.8.2013 = NVwZ 2014, 92 ff.; OVG Lüneburg, 13 ME 107/18 v. 17.10.2018, Abs. 33 = GewArch 2018, 45, 47.

Problem: Ist auch der Konsum einer **E-Zigarette** „rauchen“?

- Ablehnend OVG Münster, 4 A 775/14 v. 4.11.2014 = NVwZ-RR 2015, 611 ff.
- a.A. z.B. *Stollmann*, NVwZ 2012, 401, 404 ff. (mit bedenklicher Argumentation)

III. Nichtraucherschutz in Gaststätten im Besonderen

Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten in unterschiedlicher Form sind in (fast) allen Landesnichtraucherschutzgesetzen enthalten:

- **Zulässigkeit von „Raucherzonen“ in „Nebenräumen“**:

  Schankraum ist kein Nebenraum, wenn Veranstaltungen / Programm nur dort zu erleben sind (keine „Mallorca-Party“ nur im Nebenraum: OVG Lüneburg, 7 ME 31/10 v. 2.9.2010 = NordÖR 2010, 465 f.

- Größenbeschränkung (z.B. 75 qm) der „**Einraumkneipenregelung**“

  VGH Mannheim, 10 S 2392/09 v. 28.1.2010 = GewArch 2010, 168; VG Neustadt a.d.W., 4 L 394/17.NW v. 11.4.2017, Abs. 43 ff. = GewArch 2017, 308 ff. (hier auch zur offen gelassenen Frage, ob Außenschankflächen in die Berechnung einzubeziehen sind)

- nur **einfach zubereitete Speisen** in „Einraumkneipen“:

  OLG Koblenz, 2 SsBs 120/09 v. 27.1.2010 = NJW 2010, 1299 (Fleischportion mit Soße und zweierlei Beilagen unzulässig); OVG Koblenz, 7 A 10010/11 v. 26.5.2011 = NVwZ-RR 2011, 679 ff. (Speisen sollen i.d.R. „aus der Hand“ gegessen werden können); OVG Koblenz, 7 A 10011/11 v. 26.5.2011 = GewArch 2011, 412 f. (keine Nichtrauchergaststätte nur zur Mittagszeit); VG Neustadt a.d.W., 4 L 394/17.NW v. 11.4.2017, Abs. 43 ff. = GewArch 2017, 308 ff. (keine „Nachos“, Flammkuchen, Pizza, überbackener Schafskäse, Apfelstrudel mit Vanilleeis, Existenz einer Speisekarte spricht gegen einfach zubereitete Speisen)

IV. Nichtraucherschutz, „Geschlossene Gesellschaft“ und Raucherclub

Teilweise Ausnahmen vom Rauchverbot für „geschlossene Gesellschaften“ und „Raucherclubs“ (aber: keine verfassungsrechtliche Pflicht zur Schaffung solcher Ausnahmen: VerfGHRhPf, VGH B 60/9 v. 8.3.2010 = NVwZ 2010, 1095 ff.)

Raucherclubs liegen nur vor, wenn

- gewährleistet ist, dass „Clubraum“ nicht jedermann frei zugänglich ist
- eine echte Mitgliederstruktur besteht (Mitgliedsbeitrag notwendig?)
- alleiniger „Vereinszweck“ das gemeinsame Rauchen ist (keine Kegelbahn, keine Fußballübertragungen)

OVG Münster, 4 B 1771/10 v. 4.4.2011 = NVwZ 2011, 1207 ff.; OVG Münster, 4 B 7/11 v. 15.4.2011 = NVwZ-RR 2011, 517 ff.; OVG Saarlouis, 1 B 310/14 v. 4.11.2014 = NVwZ-RR 2015, 217 ff.; VG München, M 16 S 08.1208 v. 16.4.2008 = GewArch 2008, 258 ff.; VG Neustadt/W., 4 L 58/08.NW v. 1.2.2008 = GewArch 2008, 170 f.; VG Stuttgart, 4 K 4570/08 v. 12.1.2009 = NVwZ-RR 2009, 560; AG Frankfurt a.M., 941 OWi - 752 Js 14719/08 v. 14.5.2008 = NJW 2008, 3448 f.
allgemein: *Gietl*, GewArch 2010, 344 ff.; *Ebert*, NVwZ 2010, 26 ff.; Regel, GewArch 2009, 473 ff.; *Scheidler*, BayVBl 2010, 645, 646

V. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Nichtraucherschutz in Gaststätten

Ordnungswidrigkeit

- Haftung des Betreibers der Gaststätte aufgrund Verantwortung für Einhaltung des Rauchverbots
- Haftung des Rauchers (für Vorsatz und Fahrlässigkeit)

Konsequenzen nach Gaststättenrecht

- Möglichkeit nachträglicher Auflagen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG bzw. landesrechtlicher Bestimmung (VGH Mannheim, 10 S 2058/11 v. 18.12.2012 = GewArch 2013, 217 ff.; VG Hannover, 11 B 6294/09 v. 16.4.2010 = GewArch 2010, 258; OVG Saarlouis, 1 B 310/14 v. 4.11.2014 = NVwZ-RR 2015, 217 ff.)
- Widerruf der gaststättenrechtlichen Erlaubnis nach § 15 Abs. 2 GastG (OVG Münster, 4 B 1486/17 v. 23.1.2018, Abs. 22 = GewArch 2018, 165 f.; VG Sigmaringen, 1 K 411/08 v. 29.4.2008 = NVwZ-RR 2008, 613 f.)

Teilweise eigenständige Untersagungsermächtigungen im Nichtraucherschutzgesetz: VG Neustadt a.d.W., 4 L 394/17.NW v. 11.4.2017, Abs. 37 f., 58 ff. = GewArch 2017, 308 ff.

VI. Verfassungsmäßigkeit des Nichtraucherschutzes in Gaststätten

Grundlagenentscheidung: BVerfG, 1 BvR 3262/07 v. 30.7.2008, Abs. 90 ff. = BVerfGE 121, 317, 347 ff. (hierzu *Correl/Wagner*, DÖV 2009, 698 ff.)

- Betroffene Grundrechte der Wirte: Art. 12 Abs. 1 GG, nicht Art. 14 GG
- Nichtraucherschutz legitimes Ziel des Grundrechtseingriffs wegen Gesundheitsgefahr für Passivraucher
- Rauchverbot ist auch geeignet und erforderlich: Wahlmöglichkeit zwischen Raucher- und Nichtrauchergaststätte nicht ausreichend
- **Zumutbarkeit:** Strikter Nichtraucherschutz auch für „Eckkneipen“ zumutbar; Ausnahmen vom Rauchverbot sind nicht verfassungsrechtlich zwingend notwendig

  Dementsprechend müssen „Raucherräume“ für Spielhallen nicht gesetzlich vorgesehen werden: OVG Lüneburg, 14 ME 288/22 v. 29.6.2022 = ZfWG 2022, 463 ff.

- „Rauchergaststätten“ (zu denen Nichtrauchern der Zutritt zu verwehren ist) müssen nicht zugelassen werden (BVerfG [K], 1 BvR 1746/10 v. 2.8.2010, Abs. 12 = NVwZ 2010, 1289; *Guckelberger*, GewArch 2011, 329 ff.)

VI. Verfassungsmäßigkeit des Nichtraucherschutzes in Gaststätten

Aber: Sieht der Gesetzgeber Ausnahmen vor, dürfen keine gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlüsse vorgenommen werden

- Wenn Nebenräume vom Rauchverbot befreit werden können, muss dies auch für „Einraumgaststätten“ gelten können (BVerfG, 1 BvR 3262/07 v. 30.7.2008, Abs. 128 ff. = BVerfGE 121, 317, 330 ff.)
- Wenn Raucherräume in Schankwirtschaften zugelassen werden, muss dies auch für Speisewirtschaften gelten (BVerfG [K], 1 BvL 21/11 v. 24.1.2012, Abs. 38 = NVwZ-RR 2012, 257 ff.)
- Aber: Art. 9 Abs. 1 GG schützt nicht den gemeinsamen Tabakgenuss, dem spezifischer Bezug zur korporativen Organisation fehlt, selbst wenn ein Rauchverbot für einen Raucherverein existenzbedrohend sein kann; allgemein zugängliche Vereine müssen sich ggf. in „geschlossene Gesellschaften“ umwandeln (BVerfG [K], 1 BvR 3017/11 v. 24.9.2014, Abs. 15 = NJW 2015, 612 f.)

VI. Verfassungsmäßigkeit des Nichtraucherschutzes in Gaststätten

Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte:

- VerfGH RhPf, VGH B 31/07 v. 30.9.2008 = LKRZ 2008, 454 ff.
- VerfGHRhPf, VGH B 60/9 v. 8.3.2010 = NVwZ 2010, 1095
- BayVerfGH, Vf. 1-VII-08 v. 25.6.2010 = BayVBl 2010, 658, 665 f.
- BayVerfGH, Vf 13-VII-10 v. 31.1.2012
- BayVerfGH, Vf. 26-VII-10 v. 31.1.2012 = BayVBl 2012, 596 ff.
- BayVerfGH, Vf 100-VI-12 v. 11.9.2013 = BayVBl 2014, 142 ff.

VI. Verfassungsmäßigkeit des Nichtraucherschutzes in Gaststätten

Verfassungsmäßigkeit der Ausweitung des Rauchverbots auf „Sisha-Lokale“ (Wasserpfeifen-Cafés)?

- Ablehnend (im einstweiligen Rechtsschutzverfahren): VerfGH Berlin, 93 A/08 v. 11.7.2008 = GewArch 2008, 410 ff.
- Für Notwendigkeit zumindest von Übergangsregelungen zum Investitionsschutz (im einstweiligen Rechtsschutzverfahren): SaarlVerfGH, LV 3,4, 6/10 v. 21.6.2010 = NVwZ-RR 2010, 951 ff.
- Für Verfassungsmäßigkeit: BVerfG (K), 1 BvQ 23/10 v. 2.8.2010 = NVwZ 2011, 294 ff.; BayVerfGH, Vf. 12-II-10 v. 24.9.2010 = NVwZ-RR 2010, 946, 950; SaarlVerfGH, LV 3,4, 6/10 v. 28.3.2011 = LKRZ 2011, 275 f.: Gesetzgeber muss keine Ausnahmen vom Rauchverbot für solche Gaststätten erlassen, bei denen Rauchen Teil des gastronomischen Konzepts ist.

VI. Verfassungsmäßigkeit des Nichtraucherschutzes in Gaststätten

„So legitim der Nichtraucherschutz in öffentlichen Räumen ist, so wenig hat der Staat ein Recht, erwachsene Menschen und die sie bedienenden Gastwirte durch Totalverbote zu Nichtrauchern zu bekehren. Schützt der Staat solchermaßen den Menschen vor der eigenen Freiheit, dann verlässt er selbst seine freiheitliche Spur. Gleichwohl werden die Apologeten des Totalverbots nicht ruhen, bevor auch die letzte inhabergeführte, nur von Rauchern bevölkerte Eckkneipe vom totalen Rauchverbot erfasst ist und selbst das *BVerfG* belohnt den Gesetzgeber, der individuelle Freiheit mit Stumpf und Stil beseitigt, statt nach differenzierenden Lösungen zu suchen. […]. Auch hier wird die bange Frage erst gar nicht gestellt, was es den Staat eigentlich angeht, wenn erwachsene Menschen in einer Raucherkneipe nicht nur rauchen und ein Bier trinken, sondern auch etwas dazu essen wollen: Pfefferlendchen jedenfalls hat das OVG Koblenz mit großer Weitsicht verboten. Wer raucht soll im Speiseangebot wenigstens auf russische Eier und Frikadellen zurückgeworfen sein.“

Friedhelm Hufen, JuS 2013, 1, 6.