

Fortgeschrittenenklausur: Entzug der Gaststättenerlaubnis

Von Dr. iur. **Andreas Berg**, Wiss. Mitarbeiterin **Clarissa Katharina Julia Zentgraf**, LL.M., Siegen*

Im Zentrum der Klausur steht die Fragestellung der gaststättenrechtlichen Vereinbarkeit mit sexuellen Dienstleistungen und hygienischen Mängeln. Darf einem Gaststättenbetreiber mit Putzphobie die Konzession entzogen werden, wenn er zudem nebenan Amourösitäten fördert? Neben klassischen Hygienemängeln fokussiert die Klausur ein dynamisches Gefahrenabwehrrecht unter Bezugnahme auf das Prostituierten-schutzgesetz.

Sachverhalt

Der geschäftstüchtige A betreibt in der ländlich geprägten Stadt K im Bundesland B in seinem Wohn- und Geschäftshaus die alteingesessene Schankwirtschaft „Birnenbrand“. Deren Umsatz hängt wesentlich von den Feierabendbieren der Arbeiter ab, welche im nahen Umfeld einer mittelständischen Stahlfabrik tätig sind. Die erforderliche Gaststätten-erlaubnis hatte A nach dem Erwerb des Gebäudes von der zuständigen Behörde im Jahre 2011 zähneknirschend erhalten. Der damals zuständige Sachbearbeiter zögerte allerdings einst bei der Erteilung, da der A seiner Meinung nach eine moralisch verwerfliche Vergangenheit habe. Zwischen 2004 und 2009 war A in der ortsansässigen Bordell-GmbH als Hausmeister angestellt. Rechtliche Probleme gab es in diesem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis keine.

Angesichts bestehender Konjunkturschwankungen im Stahlsektor gerät auch das „Birnenbrand“ ab Oktober 2018 in wirtschaftliche Schieflage. Um die finanzielle Situation zu entspannen, lässt A alte Kontakte wiederaufleben. Da sich in seinem Gebäude, angrenzend an die konzessionierte Fläche, ein ungenutzter Raum mit separater Zugangsmöglichkeit befindet, vermittelt er den Raum der Studierenden S ca. viermal die Woche gegen eine zu entrichtende Tagespauschale von 150 €. Dort finanziert sich S ihr Studium durch behördlich angemeldete „sexuelle Dienste“. Eine über die Überlassung des Raumes hinausgehende Verpflichtung geht S mit A nicht ein. Anbahnungen im „Birnenbrand“ finden nur selten statt. Den Mehrverdienst versteuert A ordnungsgemäß. Aufgrund der Nebeneinkünfte vernachlässigt A allerdings sukzessive die Pflege der Schankwirtschaft, sodass Theken- und Zapfanlagenbereich mittlerweile deutlichen Schimmelbefall aufweisen.

Auch Sachbearbeiter O des ortsansässigen Ordnungsamts (zuständig für die Gaststättenüberwachung) besucht regelmäßig die Lokalität. Er weist A im Februar 2019 eindringlich darauf hin, dass nach seiner Auffassung die Erweiterung des Geschäftsbetriebs so nicht praktikierbar sei. Wenn er so weitermache, könne dies erhebliche Probleme hinsichtlich seiner Konzession zum Betrieb der Gaststätte mit sich bringen.

Einige Gäste genießen mittlerweile regelmäßig die neuen Vorzüge des „Birnenbrands“ und gönnen sich anschließend an der Theke eine Abkühlung der Gemüter. Im Mai 2019 vermittelt A auch den O an die S. Diese soll O von der aktuellen Beschaffenheit des Lokals ablenken. Von den übrigen Gästen bleibt der hygienische Zustand unbeachtet. Als O plötzlich mehr als nur eine entgeltliche Zusammenarbeit von S erbittet, lehnt diese allerdings geschäftsbewusst ab.

Einige Tage später erhält das zuständige Ordnungsamt einen anonymen Hinweis. Eine darauffolgende Ortsbesichtigung Mitte Juni 2019 bestätigt die Vorwürfe, dass der Thekenbereich massive hygienische Mängel aufweist und das im Gebäude amouröse Vorgehen stattfinden.

Am 29.6. öffnet A ein Schreiben des Ordnungsamts der Stadt K mit den Feststellungen, dass die Lokalität gesundheitsschädliche Mängel aufweise und er zudem ein nicht genehmigtes Bordell betreibe. Innerhalb von zwei Wochen solle er eine angemessene Betriebshygiene wiederherstellen und aus Gründen der Sittlichkeit die Zusammenarbeit mit S beenden. Andernfalls behalte man sich vor, die Gaststätten-erlaubnis zu entziehen. A nimmt zeitnah schriftlich zu den Anschuldigen Stellung, zeigt allerdings zu beiden Vorwürfen keine Einsicht.

Kurz nach Ablauf der Frist kontrollieren am 20.7. zuständige Mitarbeiter der Stadt K offiziell die gerügten Zustände. Aus Trotz hat A allerdings weder die Lokalität gereinigt noch die Zusammenarbeit mit S beendet. Zudem proklamiert er lautstark während der Ortsbesichtigung, auch künftig nichts am „funktionierenden Gesamtkonzept“ verändern zu wollen. Seine Kunden würden die schon länger bestehenden Missstände kennen und kämen trotzdem regelmäßig.

Am 6.8. gibt das Ordnungsamt ein formell rechtmäßiges Schreiben zur Post, durch welches dem A die bestehende Gaststättenerlaubnis entzogen wird. Begründet wird die Verfügung damit, dass trotz Gelegenheit zur Verbesserung die Betriebshygiene nicht ansatzweise den notwendigen Anforderungen entspreche. Das von A ohne Erlaubnis zusammen mit der Gaststätte betriebene Bordell leiste zudem der Unsittlichkeit Vorschub. Insgesamt sei man nach objektiver Beurteilung der Sachlage der Auffassung, dass A nicht in der Lage sei, eine Gaststätte ordnungsgemäß zu führen. Eine Anordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ergeht nicht.

A erhebt nach ordnungsgemäßem, allerdings erfolglos durchgeführtem Vorverfahren gegen den Widerspruchsgegenbescheid vom 17.9. frist- und ordnungsgemäß Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten der Klage des A.

Bearbeitungsvermerk

1. Das Bundesland B verfügt über kein eigenes Landesgaststättengesetz.

2. Gehen Sie davon aus, dass die Verfügungen vom 29.6. formell korrekt sind.

* Der *Autor* ist Lehrbeauftragter für Verwaltungsrecht an der Universität Siegen; die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Wirtschaftsrecht, Technik- und Umweltrecht von Prof. Dr. Rainer J. Schröder an der Universität Siegen.

Lösungsvorschlag

Die Klage des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Zunächst muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich, sodass sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO richtet. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, die keinem anderen Gericht zugewiesen ist.

Nach der sog. modifizierten Subjektstheorie¹ liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die streitentscheidende Norm auf mindestens einer Seite ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet. Streitentscheidend ist hier § 15 Gaststättengesetz (GastG). Nur die zuständige Behörde, hier die Gebietskörperschaft K, vertreten durch ihren Bürgermeister, ist ermächtigt, eine Gaststätten-erlaubnis zu entziehen. Es handelt sich mithin um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Es streiten weder Verfassungsorgane oder sonst unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Personen über die Auslegung und Anwendung von Verfassungsrecht. Die vorliegende Streitigkeit ist mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren des A, § 88 VwGO. Vorliegend wünscht A die Aufhebung des Entzugs seiner Gaststätten-erlaubnis. Diesem Begehren kann die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO entsprechen, wenn es sich bei der Verfügung (hier in Form des Widerspruchsgegenbescheids²) um einen – in § 35 S. 1 VwVfG legaldefinierten – Verwaltungsakt handelt. Nach der *actus-contrarius*-Theorie³ teilt der aufhebende Bescheid die Rechtsnatur mit dem Ursprungsbescheid. Bei der Gaststätten-erlaubnis handelt es sich anerkannter Weise um einen Verwaltungsakt. Der Entzug stellt folglich auch einen Verwaltungsakt dar. Die Anfechtungsklage ist statthaft.

III. Klagebefugnis

A ist gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt, wenn er geltend machen kann, durch den Verwaltungsakt in seinen subjektiven Rechten verletzt worden zu sein. Die Rechtsverletzung darf nicht von vornherein offensichtlich und eindeutig ausgeschlossen sein. Als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist A klagebefugt, da in seine subjektiv-öffentlichen

Rechte eingegriffen wird.⁴ Als Betreiber einer Gaststätte kommt ein Eingriff in die Gewerbefreiheit nach § 31 GewO in Verbindung mit § 2 GastG, aber auch in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus Art. 14 GG sowie letztlich auch in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. A ist mithin gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt.

IV. Ordnungsgemäßes Vorverfahren

Ein ordnungsgemäßes Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO wurde laut Sachverhalt durchgeführt.

V. Klagefrist

Gemäß §§ 74, 57 VwGO ist die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchgegenbescheids zu erheben. Die Wahrung der Klagefrist ist laut Sachverhalt gegeben.

VI. Klagegegner

§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bestimmt den Klagegegner. Nach dem Rechtsträgerprinzip ist dies die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Vorliegend hat das zuständige Ordnungsamt der Stadt K den Verwaltungsakt formell korrekt erlassen. Somit ist die Gebietskörperschaft Stadt K, vertreten durch den Bürgermeister als Behörde, die richtige Beklagte.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Zudem müssen A und die Stadt K beteiligtenfähig sein. Die Beteiligungsfähigkeit bestimmt sich gem. § 61 Nr. 1 VwGO. Demnach sind sowohl natürliche als auch juristische Personen beteiligtenfähig. Bei A handelt es sich vorliegend um eine natürliche Person; bei der Stadt K als Gebietskörperschaft um eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Beide sind im Sinne des § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig.

Nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO sind die nach dem bürgerlichen Recht geschäftsfähigen Personen prozessfähig. Da sich dem Sachverhalt keine entgegenstehenden Annahmen entnehmen lassen, ist A eine prozessfähige Person im Sinne des § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. § 62 Abs. 3 VwGO bestimmt, dass für juristische Personen ihre gesetzlichen Vertreter handeln – hier somit der Bürgermeister. Von der Prozessfähigkeit beider Parteien ist auszugehen.

VIII. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen

A ist gehalten, die Anforderungen an Erhebung und Inhalt der Klage gem. § 81 f. VwGO zu beachten. Zweifel am Vorliegen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses bestehen nicht.

IX. Zwischenergebnis

Die Anfechtungsklage des A ist zulässig.

¹ Dazu Reimer, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, 53. Lfg., Stand: 1.4.2020, § 40 Rn. 45 f.

² Der Entzug vom 6.8.2019 geht im Bescheid vom 17.9.2019 auf, sodass dieser Gegenstand der Klage ist, § 73 VwGO.

³ BVerwG BeckRS 1992, 8156 (Rn. 11).

⁴ Schmidt-Kötters, in: Posser/Wolff (Fn. 1), § 42 Rn. 108 f.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der A dadurch in seinen Rechten verletzt ist.

I. Ermächtigungsgrundlage zum Entzug der Gaststättenerlaubnis

Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die zuständige Behörde nur dazu legitimiert, belastend in Rechte einzugreifen, wenn eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegt.⁵ Fraglich ist, auf welche Ermächtigungsgrundlage das behördliche Handeln hier gestützt werden kann. Da es sich um eine gaststättenrechtliche Streitigkeit, genauer um eine erlaubnispflichtige Gaststätte im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 GastG handelt, sind als gewerbliches Ordnungsrecht zwingend die Vorschriften des Gaststättengesetzes heranzuziehen.⁶ Der Gesetzgeber gibt in § 15 GastG verschiedene Ausgangssituationen vor, durch behördliche Anordnung eine Gaststättenerlaubnis zu entziehen. Es existieren insoweit grundsätzlich Ermächtigungsgrundlagen, welche ihrerseits anerkannt rechtmäßig sind.⁷

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Gaststättenentzugs

Fraglich ist, ob der Entzug der Gaststättenerlaubnis den formellen Rechtmäßigkeitsanforderungen genügt. Laut Sachverhalt hat hier die zuständige Behörde gehandelt. Zu prüfen ist, ob die bei Rechtseingriffen vorgeschriebene Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG des A als Beteiligter vor dem Erlass des Verwaltungsaktes stattgefunden hat. Am 29.6. erhält A Post, dass innerhalb der gesetzten Frist von zwei Wochen die hygienischen Mängel zu beseitigen und der Geschäftskontakt zur S aufzugeben sind. Hierauf reagiert A laut Sachverhalt zeitnah schriftlich und bezieht noch einmal am 20.7. vor Ort mündlich gegenüber dem Sachbearbeiter O Stellung. Eine Anhörung ist damit erfolgt.⁸ Zudem muss der Verwaltungsakt nach § 39 Abs. 1 VwVfG hinreichend begründet worden sein. Schon im ersten Schreiben vom 29.6. werden seitens der Behörde die Beweggründe deutlich. Der Gaststättenerlaubnisentzug vom 6.8. hebt noch einmal differenziert hervor, aufgrund welcher Umstände die vorliegende Entscheidung getroffen wurde. Festsustellen ist insoweit, dass keine Verfahrensfehler vorliegen. Der Entzug der Erlaubnis ist formell rechtmäßig.

III. Rücknahme der Gaststättenerlaubnis nach §§ 15 Abs. 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG

Fraglich ist zunächst, ob eine Rücknahme nach §§ 15 Abs. 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG erfolgen kann. Hierzu ist Voraussetzung, dass schon bei Erteilung der Gaststättenerlaubnis im

Jahr 2011 Versagensgründe nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG vorgelegen haben. Insoweit hätte A zu diesem Zeitpunkt den persönlichen Versagungsgrund der Unzuverlässigkeit oder beispielhaft einen der dazu zwangsläufig führenden Regelfälle⁹ erfüllen müssen. Infrage kommt hier der gerichtlich nachprüfbare unbestimmte Rechtsbegriff der Unsittlichkeit und mithin die Überlegung, ob schon die ehemalige Berufsstellung des A einst die Versagung der Gaststättenerlaubnis hätte bedingen müssen. A war zwischen 2004 und 2009 als angestellter Hausmeister in einem Bordell tätig. Rechtliche Schwierigkeiten gab es laut Sachverhalt keine. Alleine aus der Tatsache, dass der ehemalige Arbeitgeber des A ein Bordellbetrieb war, kann indes kein pauschal unzuverlässiges Verhalten abgeleitet werden. Es gilt festzustellen, dass zum Zeitpunkt der Genehmigung kein Versagensgrund nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG vorlag. § 15 Abs. 1 GastG als Ermächtigungsgrundlage scheidet aus.

IV. Widerruf der Gaststättenerlaubnis nach §§ 15 Abs. 2, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG

Der Widerruf kann nach §§ 15 Abs. 2, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG erfolgt sein. Hierzu ist Voraussetzung, dass in der Zeit nach der Erlaubniserteilung Versagensgründe nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG nachweislich sind. Fraglich ist, ob A mittlerweile nicht mehr die notwendige Zuverlässigkeit besitzt. Zwischen den einzelnen Vorwürfen der Behörde ist zu differenzieren: Zum einen besteht der Vorwurf unsittlichen Verhaltens aufgrund des Prostitutionsbetriebs, zum anderen aufgrund der schlechten hygienischen Zustände in der Gastwirtschaft.

1. Unsittlichkeit - Prostitution und Gaststättenbetrieb

Zu klären ist, ob und in welchem Umfang ein Zusammenhang zwischen dem Gaststättenbetrieb und der Tätigkeit der S besteht. A könnte im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG der Unsittlichkeit Vorschub leisten und daher nicht mehr zuverlässig sein.¹⁰ Unzuverlässigkeit als behördliche Prognose¹¹ liegt grundsätzlich vor, wenn der Gewerbetreibende aufgrund persönlicher Veranlagung nicht die Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe künftig nach den maßgeblichen Regeln ordnungsgemäß auszuüben.¹²

⁹ *Ambts*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand 226, 2019, § 4 GastG Rn. 3.

¹⁰ So die veraltete Rechtsprechung: BVerwGE 49, 160 = NJW 1976, 986 (986 ff.); VGH München GewA 1988, 234; VGH Kassel NJW 1988, 3035 = NVwZ 1988, 845 = GewA 1988, 20; BVerwG NJW 1991, 2920 = NVwZ 1991, 373 (374); BVerwG GewA 1996, 251; VGH Mannheim BeckRS 9998, 29574 = GewA 1996, 208; VG Hannover GewA 1996, 209; VG Freiburg GewA 2001, 429.

¹¹ U.a. VG Hamburg BeckRS 2019, 4383 (Rn. 26); VG Regensburg BeckRS 2017, 108789 (Rn. 30).

¹² BVerwG DVBl. 1971, 277 = GewA 1971, 200 (201); VG Regensburg BeckRS 2017, 108789 (Rn. 30); der unbestimmte Rechtsbegriff der Zuverlässigkeit stimmt mit dem aus § 35 GewO überein; dazu *Ambts* (Fn. 9), § 4 GastG Rn. 3.

⁵ Beispielhaft BVerwG NJW 1981, 242 (242); BVerwGE 94, 269 = NJW 1994, 3024 (3027).

⁶ Zur Konkurrenzlehre: *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 2005, S. 209 ff.

⁷ Von der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage kann ausgegangen werden.

⁸ *Hermann*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 47. Lfg., Stand: 1.4.2020, § 28 Rn. 17.

a) *Betreiben einer Prostitutionsstätte gem. § 2 Abs. 3 Nr. 1 ProstSchG*

Fraglich ist, ob A durch die entgeltliche Überlassung des Raumes an die S eine Prostitutionsstätte im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 1 Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG) und mithin ein erlaubnispflichtiges Prostitutionsgewerbe gem. § 12 Abs. 1 ProstSchG betreibt. Hierzu muss er einen Raum zur Verfügung stellen, der zur Erbringung sexueller Dienstleistung genutzt wird. A überlässt gegen ein pauschales Entgelt einen Nebenraum der Gaststätte und weiß, dass dort sexuelle Dienstleistungen¹³ angeboten und diese sogar hin und wieder auf der konzessionierten Fläche der Gaststätte angebahnt werden. Der Betrieb einer Prostitutionsstätte im Sinne des ProstSchG liegt tatbestandlich vor¹⁴; eine entsprechende Erlaubnis gem. § 12 Abs. 1 ProstSchG hingegen nicht. Dies stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 ProstSchG dar, sofern A die fehlende Anmeldung vorsätzlich oder fahrlässig zu verschulden hat. O weist A sogar deutlich darauf hin, dass diese Form der „Betriebsverweiterung“ zum Entzug seiner Konzession führen kann. Insoweit lässt A unstrittig zumindest die nach § 276 BGB im „Verkehr gebotene Sorgfalt“ außer Acht und begeht eine Ordnungswidrigkeit durch Betreiben einer nicht erlaubten Prostitutionsstätte nach §§ 12 Abs. 1, 2 Abs. 3 Nr. 1 ProstSchG.

b) *Betreiben einer Prostitutionsvermittlung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 4 ProstSchG*

Hierzu muss A die entsprechend erlaubnispflichtige Vermittlung einer Person zur Vornahme sexueller Dienstleistung vornehmen, die allerdings außerhalb der Prostitutionsstätte vollzogen werden muss, vgl. § 2 Abs. 7 ProstSchG. Hier vorliegende Anbahnungsgeschäfte oder auch die Vermittlung von O an die S gelten nicht als Vermittlungstätigkeit im Sinne der Norm.

c) *„Unsittlichkeit Vorschub leisten“ gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG*

Der Tatbestand „Unsittlichkeit Vorschub leisten“ liegt zunächst vor, wenn geschlechtsbezogene Handlungen vollzogen werden, die durch Strafgesetz oder als Ordnungswidrigkeit verboten sind. Auch nach außen in Erscheinung tretende Handlungen und Zustände mit enger Beziehung zum Geschlechtsleben, die Personen, welche hiervon unbehelligt bleiben wollen, belästigen, oder sogar die ungestörte Entwicklung junger Menschen in ihrer Sexualsphäre gefährden kön-

nen, sind als unsittlich zu charakterisieren.¹⁵ Selbiges kann zudem vorliegen, wenn strafrechtlich gerade nicht verbotene sexuelle Handlungen anderer gefördert oder allgemein gefasst schon schutzwürdige Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt werden.¹⁶ Durch diese restriktive Auslegung der Unsittlichkeit galten lange Zeit das breite Umfeld sowie sogar die sexuellen Dienstleistungen selbst als sitten- und sozialwidrig.¹⁷ Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unsittlichkeit darf nach dem gegenwärtigen Verständnis aber nicht (mehr) als moralische Kategorie verstanden werden. Der Normzweck der Gefahrenabwehr ist mit Rücksicht auf die grundrechtlichen Gewährleistungen in den Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG auszulegen.¹⁸ Die Prostitution unterliegt vielmehr dem Schutzzweck des Art. 12 Abs. 1 GG und damit auch der Gewerbefreiheit.¹⁹ § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG dient nicht als eine Art Selbsterhaltungsmechanismus des Sittlichkeitsverständnisses und hat auch keine pädagogische Ausrichtung. Vielmehr soll die Norm das Zusammenleben der Menschen ordnen, soweit deren Verhalten sozialrelevant ist, d.h. nach außen in Erscheinung tritt und das Allgemeinwohl beeinträchtigen kann.²⁰ Die (legale) Prostitution ist sowohl rechtlich als auch sozialetisch nicht mehr unter den Unsittlichkeitsbegriff zu fassen.²¹ Aufgrund der räumlichen Trennung des Nebenraums mit separatem Eingang²² besteht zudem kein direkter Zusammenhang²³ zum Gaststättenbetrieb und auch nicht die Gefahr der un- bzw. beabsichtigten Einwirkung auf z.B. lediglich am Trinken interessierte Gäste.²⁴ Seltene Anbahnungen zur Prostitution innerhalb der Gaststättenfläche sind unschädlich.²⁵ Im vorliegenden Fall entspricht das betriebswirtschaftlich vom „Bimenbrand“ getrennte Überlassen des Raumes an die S zur Ausübung sexueller Dienstleistungen nicht dem gegenwärtigen gesellschaftlichen und rechtlichen

¹³ Seit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes (ProstG) im Jahr 2002 (BGBl. I 2001, S. 3983) gilt ein Vertrag zur Vornahme von sexuellen Dienstleistungen nicht mehr als sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB, BT-Drs. 14/5958, S. 6; Auch *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 37. Das ProstG ist 2017 im Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG) aufgegangen (BGBl. I 2016, S. 2372, zul. geändert durch BGBl. I 2019, S. 1626); *Öttinger*, GewA 2016, 365 (367).

¹⁴ BT-Drs. 18/85556; *Büttner*, Prostituiertenschutzgesetz, 2017, Rn.79.

¹⁵ BVerwG NJW 2003, 2470 = GewA 2003, 122; dazu: *Ambis* (Fn. 9), § 4 GastG Rn. 11; *Öttinger*, GewA 2016, 365 (366).

¹⁶ BVerwGE 49, 160 = NJW 1976, 986; *Ambis* (Fn. 9), § 4 GastG Rn. 12.

¹⁷ BVerwGE 22, 286; zur Thematik ausführlich: *Casper*, NVwZ 2002, 1322 (1324).

¹⁸ BVerwG BeckRS 2009, 33354 = GewA 2009, 255.

¹⁹ *Casper*, NVwZ 2002, 1322 (1326).

²⁰ BVerwG NJW 2003, 2470 = DVBl. 2003, 741 = GewA 2003, 122; *Öttinger*, GewA 2016, 365 (366).

²¹ BVerwGE 49, 160 = NJW 1976, 986; BVerwG NVwZ 2009, 909; dazu: *Lehmann*, NVwZ 2009, 888 (889); *Öttinger*, GewA 2016, 365 (368).

²² Zur räumlichen Trennung eines Swinger Clubs von einer Gaststätte vgl. auch BVerwG NJW 2003, 2470 = DVBl. 2003, 741 = GewA 2003, 122.

²³ Die frühere Rechtsprechung sah Unsittlichkeit, wenn keine räumliche Trennung zwischen Gaststätte und Bordell bestand.

²⁴ VGH München BeckRS 2008, 39595 (Rn. 14 ff.); Dazu: *Lehmann*, NVwZ 2009, 888 (889); die sexuelle Entwicklung Minderjähriger sollte in dieser Fallkonstruktion unbeachtlich sein. Ansonsten sei auf das Jugendschutzgesetz und die tatbestandliche Nennung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG verwiesen.

²⁵ VGH München BeckRS 2008, 39595 (Rn. 15).

Bild der Unsittlichkeit; dies begründet keinen Versagungsgrund im Sinne der Gefahrenabwehr.²⁶

A erfüllt allerdings den Tatbestand eines nicht erlaubten und damit bußgeldbewährten Betriebens einer Prostitutionsstätte. Dies fällt hingegen unter den Normzweck des Unzuverlässigkeitsbegriff aus § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG.²⁷ Das vollständig von Uneinsichtigkeit geprägte Gesamtbild des A sorgt zudem dafür, dass die Prognoseentscheidung der Behörde hinsichtlich der Zuverlässigkeit zu Ungunsten des Klägers ausfallen muss. Da A somit als nicht zuverlässig zu qualifizieren ist, tritt die gebundene Rechtsfolge und damit die Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Gaststättenerlaubnis nach §§ 15 Abs. 2, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG ein.

2. Hygienezustand

Weiterhin ist fraglich, ob die hygienischen Mängel in der Schankwirtschaft den Lebensmittel- und Gesundheitsschutz beeinträchtigen. Solche Verstöße sind als Regelbeispiel der Unzuverlässigkeit in § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG genannt. Der Thekenbereich ist massiv verschmutzt (Schimmelbefall²⁸) und die Reinigungsarbeiten wurden und werden bewusst nicht durchgeführt und sind auch künftig von A nicht beabsichtigt. Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit knüpft an objektive Tatsachen an, die hinsichtlich des zukünftigen Verhaltens hier unstrittig eine ungünstige Prognose rechtfertigen.²⁹ § 15 Abs. 2 GastG i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG als eine gebundene Rechtsfolge führt dazu, dass die Erlaubnis zu widerrufen ist.

3. Zwischenergebnis

§§ 15 Abs. 2, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG verpflichtet die Verwaltung den Entzug der Erlaubnis zu verfügen, wenn dort vorgegebene Tatbestände vorliegen. Der Widerruf ist rechtmäßig und die Klage unbegründet.

²⁶ BVerwG NVwZ 2009, 909 (909 ff.); ähnlich: VG Regensburg BeckRS 2017, 108789 (Rn. 41); vgl.: *Lehmann*, NVwZ 2009, 888 (890); *Casper*, NVwZ 2002, 1322 (1325 ff.); wohl auch *Öttinger*, GewA 2016, 365 (368 f.).

²⁷ Ähnlich VG Regensburg BeckRS 2017, 108789 (Rn. 41).

²⁸ Nach der Lebensmittelhygieneverordnung (BGBl. I 1997, S. 2008, letzte Änderung 2018 BGBl. I 2018, S. 99, 114) gelten auch für Ausschankanlagen entsprechend nachteilige Beeinflussung durch Mikroorganismen und Verunreinigungen, § 2 Abs. 1 Nr.1 LMHV. Mikroorganismen sind zwar ein essentieller Bestandteil zur Bierherstellung, haben allerdings in unserem Fall ihre Aufgabe schon erfüllt. Die durch Mikroorganismen verursachte Schimmelbildung führt vielmehr zum Verderb von Lebensmitteln. Nach DIN 6650-6 (Getränkeschankanlagen-Anforderungen an Reinigung und Desinfektion) wird übrigens bei Bierausschankanlagen ein umfangreiches Reinigungsintervall von sieben Tagen vorgegeben.

²⁹ BVerwG BeckRS 2014, 59563 (Rn. 4).

V. Widerruf der Gaststättenerlaubnis nach §§ 15 Abs. 3, 5 Abs. 1 GastG

Die Anwendung von § 15 Abs. 3 Nr. 1 GastG scheidet mangels Tatbestandsmäßigkeit aus, da A weder die Betriebsart der konzessionierten Räume verändert noch der an die S überlassene Raum in betriebswirtschaftlichen oder baulichem Zusammenhang zur Gaststätte steht und sich dadurch die Betriebsfläche faktisch erweitert.

Es können jedoch die §§ 15 Abs. 3 Nr. 2, 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG als Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf der Gaststättenerlaubnis herangezogen werden. Hierzu muss die Behörde gegenüber A zunächst unter Fristsetzung die Erfüllung einer Auflage zum Schutz der Gäste rechtmäßig verfügt haben. Fraglich ist, ob es sich bei der Anordnung der Behörde gegenüber A um eine rechtswirksame Auflage handelt. Ausgangspunkt für den Erlass einer Auflage bei gebundener Verwaltung³⁰ bildet § 36 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 5 Abs. 1 GastG. Eine Auflage stellt eine Verfügung dar, die dem Adressaten ein Tun, Dulden oder Unterlassen innerhalb einer gesetzten Frist vorschreibt und dem Gewerbetreibenden aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Gründen der Sittlichkeit der Gäste gegenüber auferlegt wird. Auflagen besitzen dabei einen eigenständigen Verwaltungsaktcharakter.³¹

1. Auflage aus Gründen des Gesundheitsschutzes

Fraglich ist, ob es sich bei der hygienebezogenen Anordnung der Behörde vom 29.6. gegenüber dem A um eine rechtswirksame Auflage nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG handelt. Dem Gaststättenbetreiber kann aus Gründen des Gesundheitsschutzes ein Verhalten gegenüber verfügt werden. Konkret wird A hier vorgegeben, die Gaststättenräume zu reinigen und dauerhaft sauber zu halten. Dies entspricht den Anforderungen im Sinne des Normzwecks. Zudem muss eine angemessene Frist zur Reinigung der Betriebsfläche nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 GastG vorgegeben werden. Die vorgegebene zweiwöchige Frist scheint zur Reinigung angemessen. Insofern handelt es sich um eine rechtmäßig wirksame Auflagenerteilung. A unterlässt es, die Gaststätte zu reinigen sowie die massiven hygienischen Mängel zu beseitigen; vielmehr verweigert er uneinsichtig auch künftig die Reinigung der Betriebsfläche. Die Tatbestandsmerkmale für einen Widerruf nach §§ 15 Abs. 3 Nr. 2 und 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG liegen vor.

Die Entscheidung über den Entzug steht dabei im Ermessen der Behörde, vgl. § 40 VwVfG. Die Ausübung ist nach § 114 VwGO gerichtlich voll überprüfbar. Da die Behörde sachgerechte Erwägungen angestellt hat und der Entzug grundsätzlich vom Normzweck gedeckt ist, scheiden Ermessensfehler (Ermessensnicht-, bzw. -fehlgebrauch und Ermessens-

³⁰ Da über § 31 GewO in Verbindung mit § 2 GastG grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung der Gaststättenerlaubnis besteht, sofern keine Versagensgründe nach § 4 Abs. 1 S. 1 GastG vorliegen, bildet § 36 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GastG die Rechtsgrundlage zum Erlass einer Auflage.

³¹ *Tiedemann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Fn. 8), § 36 Rn. 59.

überschreitung) aus. Fraglich ist allerdings, ob der Entzug der Erlaubnis verhältnismäßig ist.

Der Entzug der Erlaubnis aus Gründen des Gesundheitsschutzes der Gäste entspricht grundsätzlich einem legitimen Zweck. Die Maßnahme der Behörde ist auch geeignet, den zuvor genannten Zweck mittels des Entzugs der Erlaubnis zu fördern. Ein staatliches einschränkendes Handeln ist aber nur dann erforderlich, wenn der Zweck nicht durch ein weniger belastendes Mittel erreicht werden kann. Die Nichterfüllung der Auflage, die Gaststätte zu reinigen, bedingt nicht automatisch, dass die Erlaubnis zu entziehen ist. Allerdings gibt sich A vollständig uneinsichtig und verwehrt auch künftig die Reinigung der Lokalität. Aufgrund des konkreten Sachverhalts ist aus Gründen des Gesundheitsschutzes der Gäste die Maßnahme auch erforderlich. Die Abwägung zwischen den Individualinteressen des A nach Art. 12 Abs. 1 GG, § 31 GewO in Verbindung mit § 1 GastG und dem zu schützenden Allgemeingut, konkret dem Gesundheitsschutz der Gäste, muss vorliegend zu dem Ergebnis führen, dass es der Schutz der Allgemeinheit hinsichtlich der Betriebshygiene unter Berücksichtigung der Prognoseentscheidung aufgrund der deutlichen Uneinsichtigkeit gebietet, dem A die Gaststätten-erlaubnis zu entziehen.³² Die Entscheidung ist somit auch verhältnismäßig.

Der im Ermessen der Behörde stehende Widerruf der Gaststätten-erlaubnis nach §§ 15 Abs. 3 Nr. 2, 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG ist rechtmäßig.

2. Auflage zum Schutz der Sittlichkeit

Die auch am 29.6. erteilte Verfügung erfüllt grundsätzlich die formellen Anforderungen an eine Auflage. Sie ist allerdings materiell rechtswidrig, da – wie schon festgestellt – der A durch seine Geschäftsbeziehung zur S der Unsittlichkeit keinen Vorschub leistet. Aus Gründen zum Schutz gegen Gefahren für die Sittlichkeit kann hier keine rechtmäßige Auflage verfügt werden.

3. Zwischenergebnis

Auch die §§ 15 Abs. 3, 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG ermächtigen eigenständig die Behörde dem A die Gaststätten-erlaubnis rechtmäßig zu entziehen.

C. Ergebnis

Der Widerruf der Gaststätten-erlaubnis nach §§ 15 Abs. 2, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG als gebundene Entscheidung und auch gem. §§ 15 Abs. 3 Nr. 2, 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG als im Ermessen stehende Entscheidung der Behörde rechtfertigen den Entzug der Gaststätten-erlaubnis. Die Klage des A ist somit unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.

³² Ähnlich VG Ansbach BeckRS 2018, 14206.