

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Gaststättengesetz

Von Dr. Wilhelm Diefenbach, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Berlin

Der Gesetzgeber ist mit dem Gaststättengesetz vom 5. 5. 1970 (BGBl I S. 465 — GastG) schonend umgegangen: Das Gesetz hat nur wenige und nicht sehr einschneidende Änderungen erfahren. So ist auch die Rechtsprechung, die der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) dem GastG im Laufe von rund 20 Jahren gewidmet hat, davor bewahrt geblieben, in nennenswertem Umfang zu Makulatur zu werden. Im folgenden soll ein Überblick über diese Rechtsprechung gegeben werden, und zwar im wesentlichen entsprechend der Paragraphenfolge des Gesetzes. Bei ohne Nennung eines Gesetzes zitierten Paragraphen handelt es sich um solche des GastG.

1. Gaststättengewerbe, Erlaubnispflicht, Inhalt der Erlaubnis

Der Begriff des Gaststättengewerbes im Sinne des § 1 GastG schließt die Merkmale des Gewerbebegriffs¹⁾ ein. Zum Betrieb des Gaststättengewerbes gehört daher u. a. die Absicht der Gewinnerzielung, nicht aber die Möglichkeit, diese Absicht auch zu verwirklichen²⁾. Die Frage, ob die Vermietung von 25 möblierten, mit Kochnische, Bad und WC ausgestatteten Ferienappartements, die in einem ehemaligen Hotel geschaffen worden sind, als Gewerbebetrieb, und zwar als Beherbergungsbetrieb im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3, zu werten ist und damit der Erlaubnispflicht nach § 2 Abs. 1 und der Anzeigepflicht nach § 14 Abs. 1 GewO unterliegt, hat das BVerwG bejaht³⁾. Es hat dazu sinngemäß ausgeführt, der Vermieter solcher Ferienwohnungen, der auch für die Endreinigung Sorge und auf Wunsch Bettwäsche zur Verfügung stelle, gewähre „jedermann“ gewerbsmäßig vorübergehend Aufenthalt; er „beherberge“ auch dann „Gäste“, wenn seine Leistung sich im wesentlichen auf die Überlassung des gemieteten Raumes beschränke. Der Begriff „Beherbergungsbetrieb“ setze nämlich eine Bedienung der Gäste nicht unbedingt voraus, sondern umfasse auch die Beherbergung in Räumlichkeiten, in denen sich der Gast selbst kochen könne.

Die rechtliche Problematik derartiger „Beherbergungen“ liegt in der Abgrenzung von denjenigen Fällen der Wohnungs- oder Zimmervermietung, in denen „bloße Verwaltung des eigenen Vermögens“ und daher keine Gewerbeausübung im Sinne des Gewerbebegriffs angenommen wird. Zur weiteren Klärung dieser Problematik hat das BVerwG in einem Fall, in dem es um die Vermietung von zehn Ferienwohnungen ohne zusätzliche Leistungen des Vermieters geht, die Revision gegen das Berufungs-

urteil zugelassen⁴⁾. Hervorgehoben sei, daß der hier in Rede stehende gewerberechtliche Gewerbebegriff mit dem steuerrechtlichen⁵⁾ nicht gleichgesetzt werden darf.

Zum Begriff der Schank- und/oder Speisewirtschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 gehört nicht, daß die Gaststättenleistungen in den betreffenden Räumen als Hauptleistung erbracht werden⁶⁾. Beispielsweise kann in einer Spielhalle nebenbei zugleich eine Schank- und Speisewirtschaft betrieben werden mit der Folge, daß in bezug auf ein und denselben Raum sowohl eine Spielhallen- als auch eine Gaststättenerlaubnis erforderlich ist. Eine Spielhalle muß freilich, wie sich aus § 33 i Abs. 1 Satz 1 GewO ergibt, *überwiegend* der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele dienen; hierauf muß der Schwerpunkt des Betriebs in dem betreffenden Raum liegen. Liegt der Schwerpunkt nach den Gesamtumständen auf dem Gaststättenbetrieb, so handelt es sich nicht um eine Spielhalle, sondern ausschließlich um eine Schank- oder Speisewirtschaft⁷⁾.

Die Erlaubnis ist nach § 3 Abs. 1 für eine bestimmte Betriebsart zu erteilen. Sie kann z. B. erteilt werden für den Grundtyp der Schank- und/oder Speisewirtschaft (§ 1 Nr. 1 und 2), also für eine Gaststätte ohne besondere Betriebseigentümlichkeiten. Soll die Gaststätte eine besondere Betriebsart aufweisen, so muß diese in der Erlaubnis angegeben werden. Eine besondere Betriebsart liegt dann vor, wenn die Gaststätte nach ihrem Gesamtgepräge vom Grundtyp in einer Weise abweicht, die unter dem Gesichtspunkt der Erlaubnisvoraussetzungen des § 4, beispielsweise unter dem Gesichtspunkt des Immissionsschutzes (§ 4 Abs. 1 Nr. 3), ins Gewicht fällt. Gedämpfte Musik und gelegentliches Tanzen der Gäste in einer Schank- und Speisewirtschaft stellen im allgemeinen noch keine solche Abweichung dar. Ob Musik und Tanz der Gaststätte ein besonderes

1) Vgl. dazu *Diefenbach*, GewArch 1991, 281.

2) Urteil vom 5. 11. 1985 — 1 C 14.84 — Buchholz 451.41 § 18 Nr. 3 = GewArch 1986, 96.

3) Beschluß vom 25. 2. 1976 — 1 B 29.76 — Buchholz 451.41 § 1 Nr. 1 = GewArch 1976, 170.

4) Revisionsverfahren 1 C 25.91.

5) Dazu Urteil vom 8. 10. 1976 — 7 C 46.74 — Buchholz 401.5 § 17 a Nr. 2 = GewArch 1977, 62.

6) Urteil vom 4. 10. 1988 — 1 C 59.86 — Buchholz 451.41 § 4 Nr. 13 = GewArch 1989, 23. Anders ist der Begriff der Schank- oder Speisewirtschaft im Sinne der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 3 Abs. 1 Satz 1 der Spielverordnung zu verstehen: Hier sind nur Betriebe gemeint, bei denen die Gaststättenleistungen im Vordergrund stehen, nicht solche, die nur nebenbei Speisen und Getränke anbieten; vgl. Urteil vom 4. 10. 1988, a.a.O.; Beschluß vom 18. 3. 1991 — 1 B 30.91 — Buchholz 451.20 § 33 f Nr. 8 = GewArch 1991, 225.

7) Urteil vom 14. 12. 1982 — 1 C 71.79 — Buchholz 451.20 § 33 i Nr. 2 = GewArch 1983, 135; Beschluß vom 14. 1. 1991 — 1 B 174.90 — Buchholz 451.41 § 18 Nr. 5 = GewArch 1991, 186.

Gepräge geben, hängt von etlichen Faktoren ab, nicht allein von der Anzahl der Tage, an denen in der Gaststätte Gelegenheit zum Tanzen geboten wird, sondern auch davon, wie lange an den betreffenden Tagen getanzt wird, wie groß die Tanzfläche im Verhältnis zu den Flächen des normalen Schank- und Speisewirtschaftsbetriebs ist, in welchem Maße Tanz und Tanzmusik den Gaststättenbetrieb jeweils beherrschen. Eine Gaststätte, in der regelmäßig an den Wochenenden Tanzveranstaltungen im größten Gastraum stattfinden, hat eine besondere Betriebsart und bedarf daher einer Gaststättenerlaubnis gerade für diese Betriebsart. Werden dagegen in einer Gaststätte jährlich z. B. nur zwölf öffentliche Tanzveranstaltungen durchgeführt, so handelt es sich um eine Schank- und Speisewirtschaft ohne besondere Betriebseigentümlichkeiten⁸⁾.

Die besondere Betriebsart „Diskothek“ ist ebensowenig wie die anderen gaststättenrechtlichen Betriebsarten im Gesetz definiert. Charakteristisch für diese Betriebsart können u. a. die Betriebszeiten (§ 3 Abs. 1 Satz 2 — 2. Halbsatz —) sein. Sie entwickeln sich aus dem Bedürfnis des Publikums und dem Angebot, das das Gaststättengewerbe dem Verbraucher unterbreitet. Nach der sich daraus ergebenden, vom Tatsachengericht zu ermittelnden Verkehrsauffassung bestimmt sich, ob und gegebenenfalls in welcher Weise der Begriff der Diskothek auch durch bestimmte Betriebszeiten geprägt ist und welcher objektive Erklärungswert demnach einer Gaststättenerlaubnis für die Betriebsart „Diskothek“ hinsichtlich der Betriebszeit zukommt⁹⁾.

Ist die Betriebsart einer Gaststätte in der Erlaubnis als „Eis-Café“ oder „Speiseeiswirtschaft“ (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 der Spielverordnung) bestimmt, so ist der Charakter der Gaststätte dahin festgelegt, daß hauptsächlich Speiseeis verabreicht wird; daneben dürfen auch Kaffee, Flaschenbier und andere Getränke angeboten werden, nicht aber warme Mahlzeiten¹⁰⁾.

Obwohl der Musterentwurf einer Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Gaststättengesetz die Betriebsart „Trinkhalle“ nicht unterteilt, spricht manches dafür, entsprechend den verschiedenen Betriebsarten der Imbißwirtschaft mit Sitzgelegenheit und der Imbißwirtschaft ohne Sitzgelegenheit zu unterscheiden zwischen Trinkhallen mit und ohne Ausschank alkoholischer Getränke¹¹⁾.

2. Gaststättenerlaubnis und Baugenehmigung

Sollen Räume als Gaststätte genutzt werden, so bedarf es dafür regelmäßig sowohl einer Gaststättenerlaubnis als auch einer Baugenehmigung; das GastG verbietet nicht, die Gaststättenerlaubnis vor der Baugenehmigung zu erteilen¹²⁾.

Wie in der Rechtsprechung des BVerwG anerkannt ist, regelt die (positive) baurechtliche Genehmigung nach dem Bauordnungsrecht der Länder nicht nur, daß ein bestimmtes Bauvorhaben ausgeführt werden

darf; neben diesem gestattenden Teil (Baufreigabe) hat die Baugenehmigung vielmehr die umfassende Feststellung der Vereinbarkeit des Bauvorhabens einschließlich der ihm zgedachten Nutzung mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Inhalt, soweit sie für die baurechtliche Prüfung einschlägig sind. Diese feststellende Regelung der Baugenehmigung entfaltet, solange die Genehmigung besteht und die Verhältnisse sich nicht rechtserheblich ändern, im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren insoweit Bindungswirkung, als es um Rechtsfragen geht, die zwar für die Entscheidung über die Gaststättenerlaubnis bedeutsam sind, deren Beurteilung aber in die *originäre* Regelungskompetenz der Baurechtsbehörde fällt oder zu ihr zumindest den stärkeren Bezug hat. Der Gaststättenbehörde wird insoweit nicht die Prüfungszuständigkeit genommen, sie kann jedoch auf originär baurechtlichem Gebiet nicht die *maßgebliche*, die Baurechtsbehörde *bindende* Regelung treffen, sondern ist umgekehrt an den einschlägigen Regelungsgehalt der Baugenehmigung gebunden¹³⁾.

Daher darf eine Gaststättenerlaubnis dann, wenn die betreffende Gaststätte baurechtlich genehmigt ist, nicht mit der Begründung versagt werden, der Gewerbebetrieb sei nach der Überzeugung der Gaststättenbehörde bauplanungsrechtlich unzulässig und widerspreche somit im Hinblick auf seine örtliche Lage dem öffentlichen Interesse im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 3¹⁴⁾.

Auch die Frage, ob eine Gaststätte den Immissionschutzanforderungen des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO (unter Umständen in Verbindung mit § 34 Abs. 2 BauGB) entspricht, fällt in die originäre Regelungskompetenz der Baurechtsbehörde. Da aber die Immissionsschutzanforderungen des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO der Sache nach mit denen des § 4 Abs. 1 Nr. 3 übereinstimmen, wird durch die baurechtliche Genehmigung einer konkreten Gaststätte nicht nur deren Vereinbarkeit mit § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO bindend festgestellt, sondern zugleich bindend entschieden, daß sich die von der bestimmungsgemäßen Nutzung der Gaststätte typischerweise ausgehenden Immissionen im Rahmen des § 4 Abs. 1 Nr. 3 halten¹⁵⁾. Die Baugenehmigung sagt hingegen nichts darüber aus, ob der Betrieb der Gaststätte wegen

8) Beschluß vom 22. 7. 1988 — 1 B 89.88 — GewArch 1988, 387.

9) Urteil vom 5. 11. 1985 — 1 C 14.84 — Buchholz 451.41 § 18 Nr. 3 = GewArch 1986, 96. Vgl. dazu VGH Mannheim, GewArch 1987, 132 sowie — kritisch — Kienzle, GewArch 1987, 258.

10) Beschluß vom 29. 6. 1987 — 1 B 63.87 — Buchholz 451.41 § 3 Nr. 1 = GewArch 1987, 333.

11) Beschluß vom 8. 9. 1975 — 1 B 33.75 — Buchholz 451.41 § 4 Nr. 5 = GewArch 1975, 384.

12) Urteil vom 17. 10. 1989 — 1 C 18.87 — BVerwGE 84, 11 = GewArch 1990, 29.

13) Urteil vom 17. 10. 1989, a.a.O. (Fn. 12); Urteil vom 4. 10. 1988 — 1 C 72.86 — BVerwGE 80, 259 = GewArch 1989, 100.

14) Urteil vom 17. 10. 1989, a.a.O. (Fn. 12).

15) Urteil vom 4. 10. 1988, a.a.O. (Fn. 13). Kritisch dazu Steinberg, DÖV 1991, 354 (360), der die „Sachentscheidungskompetenz im betriebsbezogenen Immissionschutz“ uneingeschränkt der Gaststättenbehörde zuerkennt und damit der baubehördlichen Anwendung des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO in bezug auf Gaststätten die Maßgeblichkeit abspricht.