



Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 20/4819

Dr. Moritz von Rochow FA VerwR

Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Westring 400
Raum 03.22
D-24118 Kiel
Tel.: +49 431 - 880 2252
Fax.: +49 431 - 880 1619
E-Mail: mvrochow@wsi.uni-kiel.de

Kiel, 12. Mai 2025

Stellungnahme zur Überprüfung der mehrfachen Erlaubnispflicht bei reisegewerblichen Gaststätten aus verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung der Möglichkeiten durch Erlass Rechtskonformität herzustellen

Gliederung

A.	Derzeitige Rechtslage.....	1
B.	Rechtliche Fragen.....	3
I.	Die Erlaubnispflicht im Lichte des Unionsrechts	3
II.	Die Erlaubnispflicht im Lichte des Verfassungsrechts	5
III.	Kann die Unions- und Verfassungsrechtmäßigkeit durch einen Erlass hergestellt werden?.....	6
C.	Empfehlung.....	8
D.	Einordnung des Antrags der Fraktion der SPD, Drs. 20/2738.....	8
E.	Einordnung des Antrags der Fraktionen von CDU und Bündnis 90/Die Grünen, Drs. 20/2786.....	9
F.	Zusammenfassung	9

A. Derzeitige Rechtslage

Im Zuge der Föderalismusreform aus dem Jahr 2006 ist die Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättengewerbe vom Bund auf die Länder übergegangen, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

Seitdem haben von dieser Gesetzgebungskompetenz einige Länder Gebrauch gemacht.¹ In den übrigen Bundesländern gilt gemäß Art. 125a Abs. 1 GG das Gaststättengesetz des Bundes bis zu einer landesrechtlichen Neuregelung fort. Zu diesen Ländern gehört auch Schleswig-Holstein.

¹ Brandenburg, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen; Bayern hatte zwischenzeitlich durch Verordnung geregelt, dass die Inhaber einer Reisegewerbekarte keiner gaststättenrechtlichen Erlaubnis bedürfen. Gemäß § 10 war die Geltungsdauer dieser Befreiung von vornherein bis zum 31. 10.2021 befristet. Baden Württemberg hat zwar ein eigenes Gaststättengesetz erlassen. Dieses ordnet aber im Wesentlichen die Weitergeltung des Bundesgaststättengesetzes als Landesgesetz an.

Hier ist für den Betrieb einer reisegewerblichen Gaststätte grundsätzlich eine Gaststättenerlaubnis erforderlich. § 1 Abs. 2 GastG normiert, dass eine Gaststätte auch betreibt, wer „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.“

§ 12 GastG erlaubt hiervon eine Ausnahme im Sinne eines erleichterten Verfahrens:

„Aus besonderem Anlaß kann der Betrieb eines erlaubnisbedürftigen Gaststättengewerbes unter erleichterten Voraussetzungen vorübergehend auf Widerruf gestattet werden.“

Der § 13 GastG, nach welcher für Reisegaststätten die Regelungen über Reisegewerbekarten nach der Gewerbeordnung (§ 55 GewO) keine Anwendung finden, ist 2007 aufgehoben worden. Mit dieser Aufhebung hat der Gesetzgeber bezweckt, dass statt zahlreicher gaststättenrechtlicher Einzelgenehmigungen das Gewerberecht Anwendung finden kann, sodass nur noch eine Reisegewerbekarte erforderlich ist. Aus den nach der Aufhebung verbliebenen Normen ergibt sich dies nicht eindeutig.

Nach § 55a Abs. 1 Nr. 7 GewO kann das Vorliegen einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis das Erfordernis einer Reisegewerbekarte ersetzen (vgl. auch § 31 Satz 1, 1. Halbsatz GastG - Vorrang des GastG gegenüber der GewO). Dies betrifft zumindest jene Reisegastwirte, deren Niederlassung in Bundesländern liegt, in denen eine gaststättenrechtliche Erlaubnis noch erforderlich ist. Für diese Gewerbetreibenden besteht insoweit keine Doppelbelastung, als dass neben der gaststättenrechtlichen Erlaubnis keine Reisegewerbekarte erforderlich ist. Bürokratisch ist die Regelung gleichwohl, da die gaststättenrechtliche Erlaubnis - anders als die Reisegewerbekarte - an jedem Veranstaltungsort gesondert zu beantragen ist.

Doppelbelastungen ergeben sich v.a. für Gewerbetreibende aus Bundesländern mit abweichendem Gaststättenrecht oder dem Ausland. Einige Bundesländer lassen für den Betrieb einer Reisegaststätte die Reisegewerbekarte ausreichen.² Andere Bundesländer³ verlangen neben der Reisegewerbekarte eine Anzeigepflicht. Da in diesen Bundesländern keine gaststättenrechtliche Erlaubnis erforderlich ist, sondern eine Reisegewerbekarte, muss eine gaststättenrechtliche Gestattung in Schleswig-Holstein zusätzlich jeweils vor Ort beantragt werden, wofür jeweils entsprechende Verwaltungsgebühren zu entrichten sind.

Internationale Reisegastwirte bedürfen für ein Tätigwerden in den meisten Ländern mit eigenen Gaststättengesetzen einer Reisegewerbekarte und für ein Tätigwerden in Ländern, in welchen das Gaststättengesetz des Bundes weitergilt und Baden-Württemberg eine gaststättenrechtliche Erlaubnis oder zumindest Gestattung nach § 12 GastG. Beiden Verfahren ist gemein, dass es v.a. auf die persönliche Zuverlässigkeit ankommt. Gegenüber der mit der Reisegewerbekarte erworbenen gewerberechtigten Berechtigung werden nach Gaststättenrecht jedoch zusätzlich im Regelfall räumliche Anforderungen überprüft:

„In der Praxis geht es dabei beispielsweise um die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für den Standort der Reisegaststätte, die Festlegung von Betriebszeiten zum Schutz von Anwohnern, die Einhaltung hygiene- und lebensmittelrechtlicher Vorgaben, die Klärung, ob Stellflächen für Tische mit Sitzgelegenheit oder Stehtische für die Ausübung des Gaststättengewerbes vorhanden sind, ferner . beim Alkoholausschank im Festzelt um die Erteilung einer Ausführungsgenehmigung, die Sicherung der Trinkwasserqualität bei Nutzung öffentlicher Trinkwasserleitungen, jugendschutzrechtliche Maßnahmen zur Vermeidung von Alkoholmissbrauch, die Gewährleistung des Brandschutzes und der öffentlichen Sicherheit. und Ordnung durch Unterrichtung der Feuerwehr und der Polizei.“⁴

Hinzuweisen ist ergänzend auf den Umstand, dass zu den behördlichen Genehmigungsverfahren eine sorgfältige Überprüfung Seitens der Veranstalter des jeweiligen Jahrmarkts hinzutritt. Dies ist regelmäßig - aber nicht zwingend - die örtliche Gemeinde. Diese legt fest, welche Kriterien Reisegaststätten erfüllen müssen, um überhaupt auf einer Veranstaltung tätig werden zu dürfen. Hierbei kommt es auch auf Kriterien wie „Maßnahmen

² Brandenburg, Bremen, Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt.

³ Niedersachsen, Thüringen.

⁴ Antwort des Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz auf die Kleine Anfrage des Abgeordneten .Dr. Helmut Martin (CDU) betreffend Möglichkeiten zur Bürokratieentlastung: Doppelte Erlaubnispflicht für reisegewerbliche Gaststätten, Drs. 18/10395 v. 10.9.2024.

gegen die Bekämpfung von Alkoholmissbrauch“, „Umgang mit Abfällen“, „Vorkehrungen gegen unnötige Lärmbelästigung der Anlieger“, „Maßnahmen zur Vermeidung von Verstößen gegen Lebensmittelvorschriften“ und erneut die Zuverlässigkeit an. Die Veranstalter überprüfen diese Kriterien nicht nur im Vorfeld bei der Auswahl der aus Platzgründen begrenzten Marktbesucher, sondern auch während der Veranstaltung. Auffälligkeiten können sich neben unmittelbaren Sanktionen auf die Auswahl der Besucher zukünftiger Veranstaltungen auswirken.

B. Rechtliche Fragen

Die derzeitige Rechtslage und insbesondere die gaststättenrechtliche Erlaubnispflicht werfen die folgenden Rechtsprobleme auf.

1. Verstößt die gaststättenrechtliche Erlaubnispflicht gegen Unionsrecht?
2. Verstößt die gaststättenrechtliche Erlaubnispflicht gegen Verfassungsrecht?
3. Kann den unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken im Wege eines Erlasses begegnet werden, wie dies in Nordrhein-Westfalen geschehen ist, oder bedarf es einer Regelung des Gesetzgebers?

Die hier zu erörternden Rechtsprobleme sind v.a. durch ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Martin Burgi im Auftrag des Deutschen Schaustellerbundes thematisiert worden⁵ und wurden auf dieser Grundlage an verschiedene Landesregierungen und Landesgesetzgeber herangetragen. Martin Burgi hält die doppelte Erlaubnispflicht für unions- und verfassungswidrig und regt zur Lösung eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift an. Nordrhein-Westfalen ist dieser Anregung gefolgt.⁶

I. Die Erlaubnispflicht im Lichte des Unionsrechts

Primärrechtlich wird der Betrieb einer Reisegastwirtschaft v.a. von der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV erfasst. Dient eine Reisegastwirtschaft in erster Linie dem Vertrieb von Produkten aus dem EU-Ausland, z.B. schwedischer Glühwein, französischer Käse, italienische Pasta, dann kann primärrechtlich u.U. auch die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 ff. AEUV einschlägig sein. Diese ist gegenüber der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich vorrangig (vgl. Art. 57 Abs. 1 AEUV)⁷, sofern nicht der Schwerpunkt der Tätigkeit erkennbar auf der Erbringung von Dienstleistungen liegt. Lässt sich kein Schwerpunkt ausmachen, so ist die Regelung am Maßstab beider Freiheiten zu messen.⁸

Diese Abgrenzung ist von grundlegender Bedeutung, da der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit bereits bei jedem hypothetischen grenzüberschreitenden Bezug eröffnet ist.⁹ Es kommt nicht darauf an, ob Waren tatsächlich am Grenzübertritt gehindert werden, sondern darauf, dass dies nicht gänzlich auszuschließen ist. Es genügt für einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit also, dass ein hypothetischer Anbieter EU-ausländischer Spezialitäten aufgrund nicht zu rechtfertigender bürokratischer Hürden in Schleswig-Holstein potenziell von der Teilnahme an Veranstaltungen im Land absieht. Sofern die Reisegaststätten zusätzlich oder im Schwerpunkt von der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV profitieren, etwa weil sie vorwiegend heimische Spezialitäten anbieten, kann eine den Warenverkehr tatsächlich oder potentiell, mittelbar oder unmittelbar behindernde Regelung¹⁰ u.U. durch die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV oder

⁵ Martin Burgi, Die doppelte Erlaubnispflicht für reisegewerbliche Gaststätten in den Ländern mit Fortgeltung des GastG als Bundesrecht bzw. als Landesrecht auf dem Prüfstand von Verfassungsrecht, Europarecht und der dortigen Bürokratieentlastungsziele, 8.1.2024, online unter: https://www.dsbev.de/wp-content/uploads/2024/04/Gutachten_Die-doppelte-Erlaubnispflicht-fuer-reisegewerbliche-Gaststaetten-im-Schaustellergewerbe.pdf.

⁶ Erlass des Ministeriums für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen vom 25.4.2024.

⁷ EuGH, Rs. C-275/92 - Schindler.

⁸ EuGH, Rs. C-6/01 - Anomar, Rn. 56.

⁹ Moritz von Rochow, Teil 2: Grundfreiheiten, in: Christina Jacobs/Moritz von Rochow (Hrsg.), Examinatorium Europarecht, online unter: <https://openrewi.pubpub.org/pub/rfi34t9t/release/2>.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 11.7.1974, Rs. 8/74 - Dassonville.

zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses¹¹ gerechtfertigt werden, sofern die Regelung zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und in Abwägung zur Einschränkung des Binnenmarkts angemessen ist.¹²

Auch bei der Dienstleistungsfreiheit reicht ein hypothetischer Grenzüberschritt grundsätzlich aus, jedenfalls bei sog. Korrespondenzdienstleistungen, wenn also der Dienstleister seine Leistungen potenziellen Kunden im Ausland anbietet, ohne selbst die Grenze zu überschreiten.¹³ Um einen solchen Fall handelt es sich bei Reisegastwirten aber gerade nicht, da diese selbst die Grenze überschreiten (aktive Dienstleistungsfreiheit), um ihre Leistungen persönlich im EU-Ausland zu erbringen. Eine Behinderung der Dienstleistungsfreiheit stellt es dar, wenn innerstaatliche Vorschriften, die alle im Inland ansässigen Personen erfassen, auf im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ansässige Erbringer von Dienstleistungen angewandt werden, die bereits den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats genügen müssen.¹⁴

Die primärrechtlichen Regelungen zu Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit treten hinter spezielleren sekundärrechtlichen Richtlinien und Verordnungen zurück. Hier ist insbesondere die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123¹⁵ von Relevanz.

Ist zusammen mit der Dienstleistungserbringung auch die Einrichtung einer dauerhaften Niederlassung verbunden, ist nach der Dienstleistungsrichtlinie ein grenzüberschreitender Bezug ebenfalls nicht erforderlich. So normiert Art. 9 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie:

*„Die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung für eine neue Niederlassung dürfen nicht zu einer doppelten Anwendung von gleichwertigen oder aufgrund ihrer Zielsetzung im Wesentlichen vergleichbaren Anforderungen und Kontrollen führen, denen der Dienstleistungserbringer bereits in einem anderen **oder im selben Mitgliedstaat** unterworfen ist.“*

Das hier normierte ausdrückliche und auch rein innerstaatlich anwendbare Verbot einer doppelten Erlaubnispflicht erfasst aber nur die Einrichtung einer Niederlassung. Eine solche ist durch eine gewisse Dauerhaftigkeit geprägt, die dem Reisegewerbe gerade fehlt.

Die unionsrechtlich zulässigen Genehmigungsanforderungen für Dienstleistungen ohne Niederlassung regelt Art. 16 Abs. 2 b) der Dienstleistungsrichtlinie:

*„Die Mitgliedstaaten dürfen die Dienstleistungsfreiheit eines **in einem anderen Mitgliedstaat** niedergelassenen Dienstleistungserbringers nicht einschränken, indem sie diesen einer der folgenden Anforderungen unterwerfen:*

1. ...

der Pflicht, bei ihren zuständigen Behörden eine Genehmigung einzuholen; dies gilt auch für die Verpflichtung zur Eintragung in ein Register oder die Mitgliedschaft in einem Berufsverband oder einer Berufsvereinigung in ihrem Hoheitsgebiet, außer in den in dieser Richtlinie oder anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft vorgesehenen Fällen.“

Damit ist die Dienstleistungsrichtlinie hinsichtlich der nichtniederlassungsgebundenen Dienstleistungen nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar.

Von den Betreibern reisegewerblicher Gaststätten mit Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat der EU, die in Schleswig-Holstein Dienstleistungen erbringen wollen, ohne hier über eine Niederlassung zu verfügen, darf daher weder eine Erlaubnis nach § 2 GastG noch eine Gestattung nach § 12 GastG verlangt werden.¹⁶ Die

¹¹ EuGH, Urteil vom 20.2.1979, Rs. 120/78 - Cassis de Dijon.

¹² EuGH, Urteil vom 9.7.1997, Rs. C-34/95 - De Agostini.

¹³ EuGH, Urteil vom 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-288/89 - Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, Rn. 12.

¹⁵ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

¹⁶ Vgl. Martin Burgi, Die doppelte Erlaubnispflicht für reisegewerbliche Gaststätten in den Ländern mit Fortgeltung des GastG als Bundesrecht bzw. als Landesrecht auf dem Prüfstand von Verfassungsrecht, Europarecht und der dortigen Bürokratieentlastungsziele, 8.1.2024, online unter: https://www.dsbev.de/wp-content/uploads/2024/04/Gutachten_Die-doppelte-Erlaubnispflicht-fuer-reisegewerbliche-Gaststaetten-im-Schaustellergewerbe.pdf, S. 28.

Behörden sind indes nicht gehindert, Anforderungen zu stellen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt gerechtfertigt sind (vgl. Art. 16 Abs. 3). Diese Begriffe sind genuin unionsrechtlich auszulegen, d.h. insbesondere, dass zur öffentlichen Sicherheit nicht entsprechend der im deutschen Verwaltungsrecht üblichen Terminologie die gesamte objektive Rechtsordnung und die Rechte Dritter gehören. Unionsrechtlich umfasst die öffentliche Sicherheit nur „die wesentlichen Interessen des Staates, wie die Aufrechterhaltung grundlegender öffentlicher Dienstleistungen, oder die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen nach innen oder nach außen.“¹⁷ Die Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit setzen u. a. voraus, dass eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹⁸

Im Ergebnis ist es jedenfalls nach Art. 16 Abs. 2 b) der Dienstleistungsrichtlinie unzulässig, den Betrieb einer Reisegastwirtschaft von einer Genehmigung abhängig zu machen. Wird eine Reisegastwirtschaft (genehmigungsfrei) betrieben, muss sich diese an das geltende Recht halten, sofern es sich hierbei nicht um eine i.S.d. Art. 16, 17 RL 2006/123 unzulässige Anforderung handelt.

II. Die Erlaubnispflicht im Lichte des Verfassungsrechts

Da das Verbot eines Genehmigungserfordernisses nach Art. 16 Abs. 2 b) Dienstleistungsrichtlinie nur Gewerbetreibende aus anderen Mitgliedstaaten begünstigt, werden diese gegenüber Inländern bessergestellt. Eine solche Inländerdiskriminierung ist nach herrschender Meinung¹⁹ an den Maßstäben des Grundgesetzes zu messen und potentiell geeignet den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG zu verletzen. Indem das Genehmigungserfordernis die Berufswahl betrifft, ist es zusätzlich am Maßstab von Art. 12 Abs. 1 GG zu beurteilen.

Teilweise wird vertreten, der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG sei bei Fällen der Inländerdiskriminierung nicht einschlägig,²⁰ da es hierbei um eine (Un)gleichbehandlung durch den gleichen Rechtsträger gehe, was nicht der Fall sei, wenn die Begünstigung aus EU-Recht folge, wohingegen die Benachteiligung dem nationalen Recht entspringe. Diese Auffassung mag bei unmittelbar wirkenden EU-Verordnungen zutreffen, nicht jedoch bei den umsetzungsbedürftigen EU-Richtlinien,²¹ wie der Dienstleistungsrichtlinie.

Eine Ungleichbehandlung von Inländern ist ebenso wie ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit nach Art. 12 GG nicht per se verfassungswidrig. Vielmehr kommt es darauf an, dass eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ausgeschlossen ist. In Fällen, in denen eine Ungleichbehandlung mit einem Eingriff in Freiheitsgrundrechte wie Art. 12 GG einher geht, genügt die Beachtung des Willkürverbots (alte Formel) zur Rechtfertigung nicht mehr. Das Gleichbehandlungsgebot ist verletzt, wenn der Staat eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Die Ungleichbehandlung bedarf stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.²²

Sowohl hinsichtlich der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Inländern (Art. 3 Abs. 1 GG) als auch hinsichtlich der Rechtfertigung einer Berufswahlregelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG habe ich erhebliche Bedenken: Die Praxis in den Bundesländern mit eigenem Gaststättengesetz, welche eine Reisegewerbekarte ausreichen lassen, zeigt, dass gegenüber dem Erfordernis zahlreicher gaststättenrechtlicher Einzelgestattungen mildere und gleich geeignete Mittel vorhanden sind. Plausible Gründe dafür, von Inländern eine Gestattung zu verlangen, die von den Angehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten nicht verlangt werden darf, sehe ich ebenfalls nicht. Die über die persönliche Zuverlässigkeit hinausgehenden räumlichen Belange, welche im Zuge einer gaststättenrechtlichen Gestattung zu prüfen sind, können allesamt auch durch nachträgliche Kontrollen und

¹⁷ EuGH, Urteil vom 10.7.1984, Rs. 72/83 - Campus Oil Limited, Rn. 24, 34 ff.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 6.10.2020, Rs. C-66/18 - Kommission/Ungarn, Rn. 204.

¹⁹ v. Münch/Kunig/Boysen, 7. Aufl. 2021, GG Art. 3 Rn. 100; Riese/Noll, NVwZ 2007, 516, 520 ff.

²⁰ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 22 Rn. 13; Streinz/Streinz, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 18 Rn. 69.

²¹ v. Münch/Kunig/Boysen, 7. Aufl. 2021, GG Art. 3 Rn. 100; Riese/Noll, NVwZ 2007, 516, 520 ff.

²² BVerfG, Beschluss vom 21.6.2022 - 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, 68.

„Auflagen“²³ sichergestellt werden und werden überdies vom jeweiligen Veranstalter gewährleistet. Die Doppelbelastung, die dadurch entsteht, dass in verschiedenen Bundesländern verschiedene Genehmigungsverfahren zu durchlaufen sind, ist allerdings dem Föderalismus immanent und damit eher kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Insbesondere ist das Land im Bereich seiner Gesetzgebungskompetenzen nicht verpflichtet, seine Rechtslage an jene anderer Bundesländer anzupassen, wengleich eine solche Vereinheitlichung für die betroffenen Gewerbetreibenden sicherlich vorteilhaft wäre.

III. Kann die Unions- und Verfassungsrechtmäßigkeit durch einen Erlass hergestellt werden?

Die Dienstleistungsrichtlinie verbietet es, von Unionsangehörigen für die Ausübung ihrer Dienstleistung eine Genehmigung zu verlangen. Diese Richtlinie ist durch den zuständigen Gesetzgeber umzusetzen. Für das Gaststättenrecht ist dies seit der Föderalismusreform das Land Schleswig-Holstein.

Bei der Formwahl des Umsetzungsaktes sind die Mitgliedstaaten nicht frei. Vielmehr haben sie bei der Wahl der Form und Mittel diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (Effet utile) einer Richtlinie am besten geeignet sind. Sie müssen die Richtlinien in verbindliche innerstaatliche Vorschriften umsetzen, welche den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen. Schlichte Verwaltungspraktiken und reine Verwaltungsvorschriften wie Erlasse genügen nicht.²⁴ Der EuGH-Rechtsprechung ist stattdessen ein weitreichender Rechtsnormvorbehalt zu entnehmen.²⁵ Mit einem Erlass genügt das Land seiner Umsetzungspflicht der Dienstleistungsrichtlinie somit eindeutig nicht.

Dass mit einem Erlass der unionsrechtlichen Umsetzungspflicht nicht Genüge getan wird, bedeutet nicht, dass ein solcher Erlass unzulässig wäre. Bei einem Erlass handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift. Unterschieden wird hier u.a. zwischen norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften, normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften und ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften.

Da die Normverwerfungskompetenz für das GastG bei der Verfassungsgerichtsbarkeit liegt, könnte ein Erlass jedenfalls nicht insoweit eindeutige Bestimmungen des Gaststättengesetzes für ungültig, bzw. unanwendbar erklären.

Etwas anders liegt die Lage im unionsrechtlichen Kontext, also hinsichtlich jener Reisegastwirte aus dem EU-Ausland: Da das Unionsrecht keinen Geltungsvorrang, sondern nur einen Anwendungsvorrang genießt, ist jede Behörde gehalten, unionsrechtswidrige nationale Bestimmungen gegenüber Angehörigen anderer Mitgliedstaaten unangewendet zu lassen. Dies gilt bereits ohne Erlass. Ein Erlass hätte insoweit allein klarstellende Funktion. Es handelt sich dann um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, welche die gaststättenrechtlichen Bestimmungen im Lichte des Unionsrechts landesweit einheitlich auslegt. Die norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften geben nämlich den nachgeordneten Behörden Interpretationshilfen und gewährleisten eine einheitliche in diesem Falle unionsrechtskonforme Anwendung der Gesetze.

Der BGH hat entschieden, dass die unionsrechtskonforme Auslegung dabei auch über den Wortlaut hinaus gehen kann.²⁶ So ist es etwa von der Rechtsprechung allgemein anerkannt sog. Deutschengrundrechte im Lichte des Art. 18 AEUV auch auf Unionsbürger anzuwenden, obwohl der Begriff „Deutscher“ dem offensichtlich ausdrücklich entgegensteht.

Es ist damit rechtlich unbedenklich im Rahmen einer norminterpretierenden Verwaltungsvorschrift, den § 12 i.V.m. § 1 Abs. 2 GastG für Angehörige anderer Mitgliedstaaten für unanwendbar zu erklären, da die Wortlautgrenze bei der unionsrechtskonformen Auslegung aus Gründen der effektiven Wirksamkeit weniger streng gehandhabt wird. Ob es sich hierbei um einen Fall der unionsrechtskonformen Auslegung oder um einen Fall der Normverdrängung im Wege des Anwendungsvorrang handelt, ist dogmatisch spannend, aber praktisch von geringer Relevanz: Es zählt allein die Effektive Wirksamkeit des Unionsrechts.

²³ Der Begriff ist hier unjuristisch gemeint, da echte Auflagen i.S.e. Nebenbestimmung stets einen Grundverwaltungsakt voraussetzen, welcher mit einem Wegfall der Gestattung gerade entfielen.

²⁴ Ständige Rechtsprechung des EuGH, u.a. EuGH, Urteil vom 15.10.1986, Rs. 168/85 - Kommission/Italien.

²⁵ Streinz, Europarecht, 10. Auflage, S. 166, Rn. 485.

²⁶ BGH, Urteil vom 26.11.2008, BGHZ 179, 27 - „Quelle“.

Auch das Land Nordrhein-Westfalen hat den Weg einer norminterpretierenden Verwaltungsvorschrift eingeschlagen. Der Erlass des Ministeriums für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen vom 25.4.2024 stellt eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift dar. Er interpretiert allerdings den § 31 Abs. 1 GastG:

„In diesem Sinne ist die Kollisionsnorm des § 31 GewO | Gemeint ist offenbar § 31 GastG | - unter Berücksichtigung der veränderten rechtlichen Bewertung des Gestattungserfordernisses - verfassungskonform auszulegen und anzuwenden. Sofern eine Person im Besitz einer Reisegewerbekarte ist, die den Ausschank von alkoholischen Getränken umfasst (§ 56 Abs. 3 Nr. 3 b) GewO), benötigt sie keine zusätzliche Gestattung nach dem GastG. Über § 31 GastG können beim Vorliegen einer Reisegewerbekarte, die den Ausschank alkoholischer Getränke erlaubt, nur noch solche Regelungen des GastG's Anwendung finden, die sich auf Maßnahmen der nachträglichen Überwachung beziehen.“

Diese Auslegung geht den von Martin Burgi in seinem Gutachten vorgezeichneten Weg²⁷ und ist vertretbar, drängt sich aber nicht auf. Wortlaut und Systematik scheinen eher in die entgegengesetzte Richtung zu deuten. So legt § 55a Abs. 1 Nr. 7 GewO nahe, dass zwar die gaststättenrechtliche Genehmigung die gewerberechtliche ersetzen kann, nicht aber umgekehrt die gewerberechtliche die gaststättenrechtliche.²⁸ Diese zunächst naheliegende Auslegung widerspricht aber dem eindeutigen vom Bundesgesetzgeber mit der Aufhebung des § 13 GastG verbundenen Willen. In der Gesetzesbegründung des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft aus 2007 hierzu heißt es nämlich:

„Reisegewerbliche Gaststätten sind zum in der Praxis weitaus größten Teil gemäß § 1 Abs. 2 GastG dem GastG unterstellt und werden demnach gaststättenrechtlich als stehende Gewerbebetriebe behandelt. Die Erlaubnispflicht richtet sich ausschließlich nach dem GastG (in der Regel eine Gestattung nach § 12 GastG). Um eine Konkurrenz zwischen der Erlaubnispflicht nach § 55 Abs. 2 GewO und der Erlaubnispflicht nach dem GastG zu verhindern, sind reisegewerbliche Gaststätten gem. § 13 Abs. 1 GastG bislang vom Anwendungsbereich des Titel III der GewO ausgenommen. Mit der Aufhebung des § 13 Abs. 1 GastG wird die Anwendung des Titels III GewO für reisegewerbliche Gaststätten ermöglicht. Für die Gewerbetreibenden stellt die Änderung keine zusätzliche Belastung dar, da die Ausübung eines Reisegaststättengewerbes auch bislang erlaubnispflichtig war. Vielmehr werden für die Reisegastwirte, die künftig nur einmalig eine Reisegewerbekarte beantragen müssen, statt wie bislang für jede einzelne Veranstaltung eine Gestattung gemäß § 12 GastG, die Verfahrensbedingungen erheblich vereinfacht, was gleichzeitig zu einer erheblichen und spürbaren Kostenreduzierung zu Gunsten der „reisenden“ Gastwirte führen kann. Insgesamt könnten Gestattungen in sechsstelliger Zahl entfallen.“²⁹

Der Gesetzgeber hat mit der Aufhebung des § 13 GastG also beabsichtigt, dass die Reisegewerbekarte zahlreiche gaststättenrechtlichen Einzelgestattungen ersetzen und nicht zu diesen hinzutreten soll. Die gaststättenrechtlichen Bestimmungen müssen in dieser Hinsicht als missglückt bezeichnet werden, da der Gesetzeswortlaut den Willen des Gesetzgebers nicht hinreichend eindeutig widerspiegelt und auch die seit 2007 gelebte Verwaltungspraxis dies nicht hergibt. Im Sinne der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsklarheit wäre eine eindeutige Neuregelung durch den Landesgesetzgeber zu begrüßen.

Auch wenn ich eine landesgesetzliche Regelung für vorzugswürdig und unionsrechtlich geboten erachte, sehe ich eine weitere Möglichkeit durch Erlass allenfalls vorübergehend schnelle Abhilfe zu schaffen: Im Rahmen einer **ermessenslenkenden** Verwaltungsvorschrift: Denn § 12 GastG räumt der Behörde hinsichtlich der Gestattung ein Ermessen ein. Anstatt auf das Erfordernis einer Gestattung zu verzichten, könnte diese pauschal durch eine Allgemeinverfügung allen Inhabern einer Reisegewerbekarte oder vergleichbaren europäischen Genehmigung erteilt werden. Bei einer Allgemeinverfügung handelt es sich ebenso wie bei einer Einzelfallgestattung um einen

²⁷ Martin Burgi, Die doppelte Erlaubnispflicht für reisegewerbliche Gaststätten in den Ländern mit Fortgeltung des GastG als Bundesrecht bzw. als Landesrecht auf dem Prüfstand von Verfassungsrecht, Europarecht und der dortigen Bürokratieentlastungsziele, 8.1.2024, online unter: https://www.dsbev.de/wp-content/uploads/2024/04/Gutachten_Die-doppelte-Erlaubnispflicht-fuer-reisegewerbliche-Gaststaetten-im-Schaustellergewerbe.pdf, S. 36.

²⁸ Vgl. Insoweit auch VG Braunschweig, Urteil vom 16.2.2011, 1 A 6/10; VG Oldenburg, Urteil vom 8.9.2011, 12 A 3286/09.

²⁹ BR-Drs. 68/07, S. 56 ff.

Verwaltungsakt (§ 106 Abs. 2 LVwG, § 35 S. 2 VwVfG), die von der Ermächtigungsgrundlage des § 12 GastG gedeckt ist. Es ist auch in anderen Sachgebieten nicht unüblich Genehmigungen vorab pauschal für einen abgrenzbaren Kreis potentieller Nutzerinnen und Nutzer per Allgemeinverfügung zu erteilen. Dieses Vorgehen bedürfte allerdings einer Anpassung der Schleswig-Holsteinischen Gaststättenverordnung, insbesondere der Anlagen 2 und 5, die momentan noch eine Genehmigungserteilung auf Antrag normiert.

C. Empfehlung

Der Erlass des Schleswig-Holsteinischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit Technologie und Tourismus vom 19.12.2024, Umdruck 20/4-251, lindert die bürokratischen und finanziellen Herausforderungen für Reisegastwirte, indem im Rahmen der Gestattung nach § 12 GastG nur noch einmal im Jahr eine Zuverlässigkeitsprüfung durchgeführt werden muss und auch gaststättenrechtliche Zuverlässigkeitsprüfungen aus anderen Bundesländern anerkannt werden. Hierdurch können auch die Gebühren der einzelnen Gestattungen gesenkt werden. Der Erlass beseitigt allerdings nicht den hohen bürokratischen Aufwand, für jede Veranstaltung grundsätzlich eine gesonderte Gestattung gebührenpflichtig zu beantragen, was angesichts des Entfallens einer Zuverlässigkeitsprüfung zu einer reinen und überflüssigen Formalie wird.

Das Wirtschaftsministerium bleibt damit hinter seinen rechtlichen Möglichkeiten zurück und genügt insbesondere nicht den unionsrechtlichen Pflichten des Landes Schleswig-Holstein. Hier ist der Gesetzgeber gefordert, ein Landesgaststättengesetz zu erlassen. Dies kann sich auch auf den Erlass einer einzigen Norm beschränken, welche die Reisegastwirte betrifft.³⁰ Im Übrigen könnte dann das Gaststättengesetz des Bundes auch weitergelten.

Übergangsweise kann durch eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift sichergestellt werden, dass landeseinheitlich i.S.e. unionsrechtskonformen Auslegung Reisegastwirte aus anderen Mitgliedstaaten von der Gestattungspflicht befreit werden. Der entgegenstehende Wortlaut des Gesetzes hindert eine solche unionsrechtskonforme Auslegung nach BGH-Rechtsprechung nicht.³¹

Angesichts des in der Gesetzesbegründung³² zur Aufhebung des § 13 GastG zum Ausdruck kommenden Willens des damaligen Bundesgesetzgebers, die zahlreichen gaststättenrechtlichen Genehmigungen durch eine Reisegewerbekarte zu ersetzen, kommt auch ein norminterpretierender Erlass nach nordrhein-westfälischem Vorbild in Betracht. Dieser bewegt sich aber an der Grenze des im Wege der Auslegung noch möglichen.

Übergangsweise käme gleichfalls eine Verwaltungspraxis in Betracht, welche zwar nicht vom Genehmigungserfordernis befreit, welche aber pauschal im Rahmen einer Allgemeinverfügung die Gestattung einem genau definierten Adressatenkreis erteilt. Hierauf könnte durch eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift an die zuständigen Behörden und eine Anpassung der GastVO hingewirkt werden.

D. Einordnung des Antrags der Fraktion der SPD, Drs. 20/2738

Mit dem Antrag wird die Landesregierung aufgefordert, die mehrfache Erlaubnis- und Gebührenpflicht nach dem Vorbild von Nordrhein-Westfalen abzuschaffen. Hierzu soll kurzfristig ein Erlass verabschiedet werden, durch den mit Besitz einer Reisegewerbekarte alle gaststättenrechtlichen Erfordernisse erfüllt sind und insbesondere keine gesonderten Schankgebühren mehr anfallen.

Ein Erlass, mit dem die einschlägigen Normen des GastG für ungültig erklärt werden, würde die Normverwerfungskompetenz der Verfassungsgerichtsbarkeit und den Gewaltenteilungsgrundsatz verletzen, welcher das Gaststättenrecht zur alleinigen Disposition des Landesgesetzgebers stellt. Unproblematisch ist indes ein rein norminterpretierender Erlass, welcher landeseinheitlich die unionsrechtskonforme Auslegung, insbesondere im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie sicherstellt. Gegenüber den Angehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten ist ohnehin jede Behörde gehalten, entgegenstehende Normen unangewendet zu lassen, sodass ein solcher Erlass nur klarstellende Funktion hat und die landeseinheitliche Anwendung des Unionsrechts gewährleistet. Auch ein ermessenslenkender Erlass, welcher das Genehmigungserfordernis nicht aufhebt, aber die zuständigen Behörden zur pauschalen Gestattung an alle Reisegewerbekarteninhaber und EU-Ausländer

³⁰ VerfGH Berlin, Urteil vom 11.4.2014 - VerfGH 129/13.

³¹ BGH, Urteil vom 26.11.2008, BGHZ 179, 27 - „Quelle“.

³² BR-Drs. 68/07, S. 56 ff.

mittels Allgemeinverfügung anweist, wäre rechtlich möglich. Ein Erlass nach nordrhein-westfälischem Vorbild ist mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes nur schwer vereinbar, entspräche aber dem ausdrücklichen Willen des damaligen Bundesgesetzgebers, der in der Tat durch die Aufhebung des § 13 GastG beabsichtigte, zahlreiche gaststättenrechtliche Gestattungen durch eine einheitliche Reisegewerbekarte zu ersetzen. Angesichts dieses nachweislichen gesetzgeberischen Willens ist eine entsprechende Interpretation aus systematischen und teleologischen Gründen vertretbar.

Der Umsetzungspflicht der Dienstleistungsrichtlinie genügen alle Erlass-Varianten nicht. Diese kann nur vom Landesgesetzgeber erfüllt werden. Auch im Sinne der Normenklarheit ist eine eindeutige gesetzliche Neuregelung vorzuzugungswürdig.

E. Einordnung des Antrags der Fraktionen von CDU und Bündnis 90/Die Grünen, Drs. 20/2786

Der Antrag unterstützt das Vorgehen der Landesregierung, auf der Grundlage des für Schleswig-Holstein geltenden Bundesgaststättengesetz Entlastungen für Gewerbetreibende im Reisegewerbe vorzunehmen. Inhalt dieses genannten Vorgehens der Landesregierung ist ein Erlass des Wirtschaftsministeriums vom 19.12.2024³³. Dieser Erlass adressiert wesentliche bürokratische Hürden und reduziert die von Reisegastwirten zu schulternden Verwaltungsgebühren erheblich. Es bleibt jedoch dabei, dass grundsätzlich für jede Veranstaltung eine neuerliche Gestattung beantragt werden muss (Ausnahme: sich wiederholende Veranstaltungen). Das Entfallen einer Zuverlässigkeitsprüfung entlastet zwar die hiermit befassten Behörden, nicht aber die Gewerbetreibenden selbst. Im Gegenteil: Durch das Entfallen der Zuverlässigkeitsprüfung wird die Gestattungsbeantragung zur inhaltsleeren aber kostenpflichtigen Formalie, deren Sinnhaftigkeit sich nun keinem Gewerbetreibenden mehr erschließen dürfte.

Die Gewerbetreibenden sich wiederholender Veranstaltungen dazu anzuhalten, statt der vereinfachten Gestattung nach § 12 die umfassende Erlaubnis nach § 2 GastG zu beantragen, verkennt, dass für die überbordende Bürokratie nicht falsche Anträge der Gastwirte verantwortlich sind, sondern eine dysfunktionale Rechtslage, welche seit der Föderalismusreform nicht angegangen worden ist.

Mit Blick auf das im Erlass vom 19.12.2024 ausgedrückte Bekenntnis „an dem bewährten Bundesgaststättengesetz“ festzuhalten, verkennt die Landesregierung, dass das GastG in Teilen unionsrechtswidrig ist und den Landesgesetzgeber die Pflicht trifft, die Dienstleistungsrichtlinie durch Gesetz umzusetzen. Verkannt wird auch, dass das Gesetz inhaltlich nicht das leistet, was der Bundesgesetzgeber 2007 beabsichtigt hat, nämlich die Ersetzung zahlreicher gaststättenrechtlicher Genehmigungen durch eine bundesweit gültige Reisegewerbekarte.

F. Zusammenfassung

1. Die derzeitige Rechtslage ist unionsrechtswidrig, soweit sie Gewerbetreibende aus anderen EU-Mitgliedstaaten betrifft, da von diesen nach Art. 16 Abs. 2 b) RL 2006/123 keine Genehmigung verlangt werden darf.
2. Indem die Genehmigungspflicht gegenüber Unionsangehörigen unangewendet bleiben muss, werden deutsche Reisegastwirte diskriminiert (Inländerdiskriminierung).
3. Eine solche Inländerdiskriminierung ist verfassungsrechtlich am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG zu messen und hat zu ihrer Rechtfertigung einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu genügen.
4. EU-Richtlinien müssen grundsätzlich durch Gesetze und nicht durch Erlasse und Verwaltungspraxis umgesetzt werden.
5. Ein Erlass könnte daher allenfalls vorübergehend Abhilfe schaffen.
6. Ein norminterpretierender Erlass zu Gunsten der Gewerbetreibenden aus anderen Mitgliedstaaten ist rechtlich möglich, da die unionsrechtskonforme Auslegung aus Gründen des Effet-utile sich weniger streng an der Wortlautgrenze orientiert. Ein norminterpretierender Erlass nach nordrhein-westfälischem Vorbild ist insbesondere vor dem Hintergrund möglich, dass die derzeitige Rechtslage das Gegenteil

³³ Umdruck 20/4251.

dessen bewirkt, was der Gesetzgeber mit ihr bezweckt hat. Eine solche Auslegung bewegt sich allerdings an der Grenze des rechtlich zulässigen und genügt insbesondere nicht dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit. Statt vom Genehmigungserfordernis abzusehen, wäre es auch denkbar, dass die zuständigen Behörden die Genehmigung pauschal bestimmten Inhabern einer Reisegewerbekarte im Wege einer Allgemeinverfügung erteilen. Hierauf könnte durch einen ermessenslenkenden Erlass hingewirkt werden, der zusätzlich einer Anpassung der GastVO bedürfte.

7. Aus Gründen der Normenklarheit ist eine Gesetzgebungslösung gegenüber einer Erlasslösung vorzuzugewürdigt. Ein komplettes Landesgaststättengesetz ist hierfür nicht erforderlich; vielmehr kann der Landesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz nur hinsichtlich einzelner Regelungen Gebrauch machen und im Übrigen das GastG des Bundes fortgelten lassen.