Berichte aus der Rechtswissenschaft

Jens-Torsten Lehmann

Der Begriff der Sittenwidrigkeit im Gewerberecht

Shaker Verlag
Aachen 2009

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Universität Potsdam, Univ., Diss., 2009

Copyright Shaker Verlag 2009

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8322-8633-0

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Postfach 101818 • 52018 Aachen

Telefon: 02407 / 95 96 - 0 • Telefax: 02407 / 95 96 - 9

Internet: www.shaker.de • E-Mail: info@shaker.de

Meinen Eltern und Anne

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Dezember 2008 berücksichtigt.

An dieser Stelle möchte ich all jenen danken, die mich bei der Bearbeitung des Themas in vielfältiger Weise unterstützt haben. Ein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn HD Dr. habil. Jochen Bley. Ohne seine wertvollen Hinweise und seine konstruktive Kritik wäre die Arbeit in der vorliegenden Fassung nicht zustande gekommen. Ich bedanke mich bei ihm auch für die Freiheit, mit der ich mein Dissertationsthema wählen und bearbeiten konnte.

Mein Dank gilt zudem Frau Prof. Dr. Heidrun Pohl-Zahn für die kurzfristige Erstellung des Zweitgutachtens und Frau Prof. Dr. Carola Schulze für ihr Mitwirken an der Disputation.

Zu danken habe ich auch Herrn Rechtsanwalt Sven Bartholdtsen. Er verfolgte den Fortgang der Arbeit mit großem Interesse und bot mir im Rahmen meiner beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt in seiner Kanzlei stets den nötigen Freiraum für mein Promotionsvorhaben.

Dank gebührt auch meinem Bruder, Herrn Rechtsanwalt Jörn-Matthias Lehmann, der meinen bisherigen Lebensweg und meine juristische Ausbildung in Studium und Referendariat nicht nur mit Interesse begleitet, sondern stets in vielfältiger Weise tatkräftig unterstützt hat.

Ein besonderer Dank gilt letztlich meiner Lebensgefährtin Anne Neumann. Sie gab mir während der Zeit der Ausarbeitung der Dissertation, die für sie mit großen Entbehrungen verbunden war, den nötigen Rückhalt und die Kraft für die Erreichung meines Zieles. Trotz eigener Arbeitsbelastung übernahm sie die zeitaufwändige Aufgabe des Korrekturlesens. Ihr und meinen Eltern, bei denen ich mich für die allumfassende Hilfe während meines Studiums und Referendariats bedanken möchte, ist diese Arbeit gewidmet.

Cottbus, im Oktober 2009

Jens-Torsten Lehmann

INHALTSVERZEICHNIS

<u>KAPITEL 1: EINLEITUNG</u>	13
<u>A. Problemaufriss</u>	13
I. <u>Bedeutung des Begriffs</u>	13
II. <u>Wegmarken bei der Begriffskonkretisierung</u>	14
III. <u>Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform</u>	16
<u>B. Ziel der Untersuchung</u>	20
I. <u>Allgemeine Strukturmerkmale, praxistaugliche Konkretisierung und behördliche Überwachungsmöglichkeiten</u>	20
II. <u>Auswirkungen der Föderalismusreform auf das geltende Bundesrecht</u>	21
<u>C. Gang der Untersuchung</u>	21
<u>KAPITEL 2: FUNKTION, RECHTSNATUR UND GEGENWÄRTIGER DISKUSSIONSSTAND ZUR BEGRIFFSKONKRETISIERUNG</u>	23
<u>A. Funktion der Sittenwidrigkeitstatbestände</u>	23
I. <u>Rechtssystematisch – Eingriffslegitimation zur Gefahrenabwehr</u>	23
II. <u>Rechtsmethodologisch</u>	24
1. <u>Verweisungsfunktion</u>	27
a. <u>Verweis auf konkrete innerrechtliche Maßstäbe</u>	28
b. <u>Verweis auf allgemeine innerrechtliche Maßstäbe</u>	30
c. <u>Verweis auf (konkrete und allgemeine) außerrechtliche Maßstäbe</u>	33
2. <u>Flexibilitäts- und Lückenfüllungsfunktion</u>	36
3. <u>Delegations- und Ermächtigungsfunktion</u>	38
<u>B. Rechtsnatur der Sittenwidrigkeitsbegriffe</u>	39
I. <u>Unbestimmte, ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe</u>	40
1. <u>Unbestimmtheit</u>	40
2. <u>Ausfüllungsbedürftigkeit</u>	44

II.	Kein Beurteilungsspielraum der Verwaltung	47
	1. Rechtsanwendung der Verwaltung	47
	2. Gerichtliche Kontrolle	49
	a. Kontrollbefugnis	50
	b. Kontrollumfang	55
	3. Verwaltungsgerichtliche Prüfungskompetenz	56
	a. Auslegung des materiellen Rechts	56
	b. Sachliche Entscheidungsgesichtspunkte	61
	c. Grundrechtsrelevante Entscheidungsgesichtspunkte	64
C.	Gegenwärtiger Diskussionsstand zur Begriffskonkretisierung	66
I.	Entwicklung der Rechtsprechung	67
	1. Ordnungsrechtlicher Konkretisierungsansatz – Entscheidung des BVerwG vom 16.09.1975 (Prostitution)	67
	2. Moralethischer Konkretisierungsansatz	68
	a. Verweis auf die Wertordnung des Grundgesetzes – Entscheidung des BVerwG vom 15.12.1981 (Peepshow I)	69
	b. Verweis auf die Mehrheitsüberzeugung innerhalb der Bevölkerung	71
	aa. Empirische Ermittlung der tatsächlichen Mehrheitsüberzeugung anhand von Indizien – Entscheidung des BVerwG vom 30.01.1990 (Peepshow II)	71
	bb. Berücksichtigung demoskopischer Umfragen – Entscheidung des BVerwG vom 23.08.1995 (Peepshow III)	73
	cc. Berücksichtigung regionaler Besonderheiten (Stadt-Land-Gefälle) – Entscheidung des BVerwG vom 21.04.1998 (Peepshow IV)	74
	3. Ordnungsrechtlich-moralethischer Konkretisierungsansatz	76
	a. Entscheidung des VG Berlin vom 01.12.2000 (Prostitution)	76
	b. Entscheidung des BVerwG vom 06.11.2002 (Swingerclub)	81
II.	Meinungsspektrum in der Literatur	86
	1. Verweis auf die zivilrechtliche Anstandsformel (Marcks, Starosta)	86
	2. Verweis auf den polizeirechtlichen Begriff der öffentlichen Ordnung	88
	a. Ansatz von Götz und Hill	88
	b. Ansatz von Gusy	90

3. Verweis auf inner- und außerrechtliche Norm- und Wertvorgaben	95
a. Ansatz von Dickersbach	95
b. Ansatz von Haferkorn	98
4. Typisierung nach Fallgruppen	101
a. Ansatz von Caspar	101
b. Ansatz von Discher, Haferkorn, Hösch und Starosta	103
III. Einfluss des ProstG als Akt der Gesetzgebung	112
1. Regelungsgehalt des ProstG	112
2. Ausstrahlungswirkung des ProstG auf das Gewerberecht	113
a. Gegenwärtiger Diskussionsstand	113
aa. Rechtsprechung	113
bb. Literatur	115
cc. Sonstige Stellungnahmen	117
b. Gesetzesauslegung	119
aa. Auslegung nach dem Wortlaut	119
bb. Auslegung nach der Entstehungsgeschichte	120
cc. Auslegung nach dem Sinn und Zweck	127
dd. Auslegung nach dem Regelungszusammenhang	129
c. Zukünftige Bedeutung des Begriffs	131
3. Reichweite der Ausstrahlungswirkung	134
a. Recht der Schaustellung von Personen – § 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO	136
aa. Stripteaseveranstaltungen	136
bb. Peepshowveranstaltungen	138
cc. Liveshowveranstaltungen	141
b. Recht der Gaststätten – § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG	143
aa. Swingerclubveranstaltungen	143
bb. Vorführung von Pornofilmen	145
cc. Ausübung der Prostitution	147
KAPITEL 3: BEHÖRDLICHE EINGRIFFSBEFUGNISSE BEI SITTENWIDRIGEN	
VORGÄNGEN IM SCHAUSTELLUNGS- UND GASTSTÄTTENGEWERBE	151
A. Allgemeines	151
I. Gewerberecht als Gefahrenabwehrrecht	151
II. Begriff des Gewerbes – insbesondere erlaubte Tätigkeit	153

1. Keine gesetzlich verbotene Tätigkeit	154
2. Keine sozial unwertige Tätigkeit	155
III. Unterschiedliche Eingriffsbefugnisse bei sittenwidrigen Vorgängen	156
B. Erlaubnisversagung (§§ 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO, 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG)	157
I. Erlaubnispflichtigkeit	157
1. Erlaubnispflicht (§ 33 a Abs. 1 Satz 1 GewO)	157
2. Erlaubnispflicht (§ 2 Abs. 1 GastG)	162
II. Versagungstatbestände	168
1. Unterschiede	168
a. Sittenwidrigkeitsumschreibung	168
b. Beurteilungsgegenstand	169
c. Anwendungsbereich	170
2. Gemeinsamkeiten	171
a. Prognosemaßstab	171
b. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage	173
c. Verhältnismäßigkeit der Erlaubnisversagung	173
3. Rechtsfolge – gebundene Entscheidung	176
C. Erlaubnisaufhebung	176
I. Aufhebung der Schaustellungserlaubnis	176
1. Rücknahme (§ 48 Abs. 1, 3 LVwVfG)	177
2. Widerruf (§ 49 Abs. 2 LVwVfG)	178
II. Aufhebung der Gaststättenerlaubnis	180
1. Rücknahme (§ 15 Abs. 1 GastG)	180
a. Bei Erlaubniserteilung bereits vorhandene Tatsachen	181
b. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage	182
2. Widerruf (§ 15 Abs. 2 GastG)	183
a. Nach Erlaubniserteilung eingetretene Tatsachen	183
b. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage	184

3. Gemeinsamkeiten von § 15 Abs. 1, 2 GastG	184
4. Gaststättenrechtliche Neuordnungen seit dem 01.07.2005	187
a. Auswirkungen für bereits erteilte Erlaubnisse	187
b. Auswirkungen für Rücknahme- und Widerrufsgründe	188
D. Schließungsverfügung (§ 15 Abs. 2 Satz 1 GewO)	188
I. Anwendungsbereich	188
II. Keine Erlaubnis (formelle Rechtswidrigkeit)	189
III. Rechtsfolge – Ermessen	189
IV. Prozessuales	192
E. Gewerbeuntersagung (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GewO)	193
I. Anwendungsbereich	194
II. Ausübung eines Gewerbes	196
III. Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden – insbesondere Sittenwidrigkeit	196
IV. Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung	197
V. Rechtsfolge – gebundene Entscheidung	198
VI. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage	199
F. Sonderfall – Nichtigkeitsfeststellung (§ 44 Abs. 2 Nr. 6 LVwVfG)	200
I. Anwendungsbereich	200
II. Sittenwidriger Verwaltungsakt (§ 44 Abs. 2 Nr. 6 LVwVfG)	201
III. Rechtsfolge der Nichtigkeit – Unwirksamkeit (§ 43 Abs. 3 LVwVfG)	201
IV. Prozessuales	202
KAPITEL 4: EIGENER ANSATZ ZUR BEGRIFFSKONKRETISIERUNG	204
A. Gesetzesauslegung	204
I. Auslegung nach dem Wortlaut	204
II. Auslegung nach dem Regelungszusammenhang	206
III. Auslegung nach der Entstehungsgeschichte	207
IV. Auslegung nach dem Sinn und Zweck	208

B. Verweis auf inner- und außerrechtliche Wertmaßstäbe	209
I. Innerrechtliche Wertmaßstäbe	211
1. Einfachgesetzliche Vorgaben	212
a. Verstoß gegen Strafvorschriften	213
aa. 13. Abschnitt des StGB	214
(1) § 180 a StGB (Ausbeutung von Prostituierten)	215
(2) § 181 a StGB (Zuhälterei)	219
(3) § 183 a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)	222
(4) § 184 Abs. 1 Nr. 7 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften)	224
(5) § 184 d StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)	226
(6) § 184 e StGB (Jugendgefährdende Prostitution)	228
bb. 14. Abschnitt des StGB – § 185 StGB (Beleidigung)	229
cc. 17. Abschnitt des StGB – § 223 StGB (Körperverletzung)	231
b. Verstoß gegen Bußgeldvorschriften	233
aa. § 119 OWiG (Grob anstößige und belästigende Handlungen)	234
bb. § 120 Abs. 1 Nr. 1 OWiG (Verbotene Ausübung der Prostitution)	236
cc. § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG (Werbung für Prostitution)	236
dd. Sexualbezogene Vorschriften des JuSchG	238
c. Wertungen des ProstG	241
d. Wertungen des liberalisierten Sexualstrafrechts	243
2. Grundgesetzliche Vorgaben	245
a. Menschenwürde – Art. 1 Abs. 1 GG	247
b. Sexuelle Selbstbestimmung – Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	252
c. Körperliche Unversehrtheit – Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	253
d. Gleichheitssatz – Art. 3 Abs. 1 GG	254
e. Berufsfreiheit – Art. 12 Abs. 1 GG	257
II. Außerrechtliche Wertmaßstäbe	258
1. Faktische Ermittlung	259
a. Behördenpraxis	261
b. Rechtsprechungspraxis	262
c. Öffentlichkeitsreaktionen	264
d. Demoskopische Erhebungen	266
2. Normative Kontrollüberlegung	267

3. Schutzwürdige Allgemeinwohlbelange	268
a. Schutz vor ungewollter Konfrontation mit sexuellem Geschehen	268
aa. Schutz der Jugend	270
bb. Schutz erwachsener Personen	273
b. Verweis auf anerkannte sozioethische Wertvorstellungen	274
aa. Schutz vor kommerzieller Ausnutzung sexueller Bedürfnisse	275
bb. Schutz vor sexuellem Geschehen als solchem	276
III. Verhältnis der inner- und außerrechtlichen Wertmaßstäbe zueinander	277
KAPITEL 5: NEUE LANDESGESETZGEBUNGSKOMPETENZEN NACH DER FÖDERALISMUSREFORM	279
A. Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – Recht der Wirtschaft	279
I. Kompetenzverlagerung für das Recht der Schaufstellung von Personen und der Gaststätten von der Bundes- auf die Landesebene	280
II. Auslegung der neuen Kompetenzbegriffe	280
1. Recht der Schaufstellung von Personen	282
a. Auslegung am Maßstab des einfachen Rechts	282
b. Reichweite der neuen Regelungskompetenz	282
2. Recht der Gaststätten	283
a. Auslegung am Maßstab des einfachen Rechts	283
b. Reichweite der neuen Regelungskompetenz	284
B. Rechtslage seit dem 01.09.2006	288
I. Überleitungsvorschrift des Art. 125 a Abs. 1 GG	288
II. Umgang mit den neuen Regelungskompetenzen	290
1. Recht der Schaufstellung von Personen	291
a. Mögliche Neuregelungspunkte	291
b. Eigene Position – kein Neuregelungsbedürfnis	293
2. Recht der Gaststätten	293
a. Mögliche Neuregelungspunkte	294
b. Eigene Position – kein Neuregelungsbedürfnis	302
III. Landesgesetzgeberische Aktivitäten	303

<u>1. Stellungnahme der Bundesregierung vom 22.09.2006</u>	303
<u>2. Stellungnahme der Bundesregierung vom 02.04.2008</u>	303
<u>3. Eigene Recherchen</u>	304
<u>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</u>	317
<u>LITERATUR- UND ZITIERVERZEICHNIS</u>	322