

FDP-Fraktion im Rat der Stadt Langenfeld/Rhld.



An den Bürgermeister
Hr. Schneider
Rathaus
Konrad-Adenauer-Platz 1
40764 Langenfeld

Konrad-Adenauer Platz 1
40764 Langenfeld/Rhld.
Telefon: 02173/794-1040

E-Mail: frank.noack@fdp-langenfeld.de
mirko.bange@fdp-langenfeld.de

22.03.2021

Antrag zur nächsten Sitzung des Haupt- und Finanzausschusses

- Gaststättenbetrieb –

Sehr geehrter Herr Schneider,
sehr geehrte Damen und Herren,

bitte lassen Sie in der nächsten Sitzung des Haupt- und Finanzausschusses über folgenden Antrag abstimmen:

Die Stadt Langenfeld wird für alle konzessionierten Gaststätten im Stadtgebiet Langenfeld, die auf Grund der jeweils geltenden Corona-Verordnungen der Landesregierung seit März 2020 oder einem späteren Datum ununterbrochen geschlossen sind und ihren Betrieb seitdem nicht mehr ausgeübt haben, eine sofort vollziehbare, gebührenfreie und am Folgetag bekannt zu gebende Allgemeinverfügung erlassen, die die Frist nach § 8 Satz 2 GastG von Amts wegen jeweils um ein Jahr verlängert.

Begründung:

Aufgrund der nunmehr lange anhaltenden Corona-Pandemie sowie dadurch bedingt monatelangen Schließungen im Gaststättengewerbe droht vielen Gaststättenbetreibern der Verlust der Konzession gemäß § 8 Gaststättengesetz (GastG). Diese Folge wäre für die FDP-Fraktion nicht hinnehmbar!

Maßstab für das Erlöschen einer Gaststättenerlaubnis dürfte § 8 GastG sein, der inhaltlich an § 49 Gewerbeordnung (GewO) angelehnt ist. Gem. § 8 Satz 1 GastG erlischt die Erlaubnis, wenn der Inhaber den Betrieb nicht innerhalb eines Jahres nach Erteilung der Erlaubnis begonnen oder seit einem Jahr nicht mehr ausgeübt hat. Nach Satz 2 können die Fristen verlängert werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

1. Bei einem Ruhen der Gaststättentätigkeit wegen der landesweiten Einschränkungen im Gaststättengewerbe zur Eindämmung der Corona-Pandemie wird man grundsätzlich von einer Anwendbarkeit von § 8 Satz 1 GastG ausgehen können. Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, der die bloße Nichtausübung des Gaststättenbetriebs ausreichen lässt, ohne auf bestimmte Gründe in der Person des Inhabers der Erlaubnis oder gar ein Verschulden abzustellen. Eine gegenteilige Interpretation, die bereits den Anwendungsbereich der Vorschrift ausschließt, dürfte demgegenüber auch mit Blick auf die Kommentarliteratur und Rechtsprechung risikobehaftet sein. So führt das VG München in einer einschlägigen Entscheidung zu § 8 GastG Folgendes aus:

„Für die Anwendbarkeit des § 8 Satz 1 GastG kommt es nicht auf die Gründe an, die dazu führen, dass der Gastwirt von der ihm erteilten Erlaubnis keinen Gebrauch mehr macht; ausschlaggebend ist allein die objektive Tatsache des Nichtbetriebs der Gaststätte. Auch ein Eingriff seitens der öffentlichen Gewalt, wie er hier inmitten steht, reicht deshalb aus, um die Ein-Jahres-Frist des § 8 Satz 1 GastG in Lauf zu setzen (Metzner, GastG, 5. Aufl. 1995, RdNr. 6 zu § 8; Michel/Kienzle, GastG, 11. Aufl. 1992, RdNr. 6 zu § 8; vgl. ferner BayVGH v. 15.2.1984, GewArch 1984, 344). **Billigkeitserwägungen lassen sich hiergegen schon deshalb nicht durchgreifend vorbringen, weil der Betroffene in der Lage ist, dem Rechtsverlust, der ihm nach einem für sofort vollziehbar erklärten Widerrufsbescheid gegebenenfalls noch vor dessen Bestandskraft droht, durch einen Antrag auf Verlängerung der Ein-Jahres-Frist gemäß § 8 Satz 2 GastG vorzubeugen.**“ (VG München, Urteil vom 15. September 1998 – M 16 K 97.2290 –, Rn. 15, juris).

Zur Parallelnorm des § 49 Abs. 2 GewO findet sich folgende Kommentarmeinung:

„Unterbricht der Gewerbetreibende seinen Betrieb selbst, dh kommt die Gewerbeausübung in seinem wesentlichen Umfang tatsächlich zum Erliegen, so erlischt die Erlaubnis dann, wenn diese Unterbrechung ein Jahr oder länger währt (vgl. VG Mainz BeckRS 2018, 24107 Rn. 33). Die Unterbrechung ist ein rein faktischer Vorgang. **Ein Verschulden des Gewerbetreibenden an der Unterbrechung setzt die Norm gerade nicht voraus. Insoweit ist es unerheblich, aus welchen Gründen die Gewerbeausübung unterbrochen wird. Eine tatbestandliche Unterbrechung liegt folglich selbst dann vor, wenn ihre Gründe außerhalb der Einflussphäre des Gewerbetreibenden liegen, wie zB im Falle von Krankheit, baurechtlicher Stilllegung oder Versiegelung der Betriebsräume** (vgl. OVG Koblenz BeckRS 2015, 118257). Ausübung, Unterbrechung und Beendigung des Betriebes sind rein tatsächliche Vorgänge. **Die Gründe, weswegen das Gewerbe nicht aufgenommen wurde bzw. nicht mehr betrieben wird, sind unerheblich. Dies gilt auch für Gründe, die außerhalb der Einflussphäre des Betreibers liegen, z. B. Krankheit, baurechtliche Stilllegung oder Untersagung nach § 35, Beschlagnahme bzw. Versiegelung der Betriebsräume.**“ (Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 85. EL September 2020, § 49 Rn. 11).

2. Von der Fristenregelung des § 8 Satz 1 GastG dürften hingegen solche Gaststätten nicht erfasst sein, die aufgrund der Einschränkungen im Gaststättengewerbe bedingt durch die Corona-Pandemie jedenfalls einen Lieferservice anbieten. Bei diesen

Gaststätten dürfte weiterhin von einer Ausübung des Betriebs auszugehen sein, da dies einen rein tatsächlichen Vorgang voraussetzt.

3. Soweit der Anwendungsbereich von § 8 Satz 1 GastG eröffnet ist, ist zudem zu berücksichtigen, dass die Jahresfrist erst an dem Tag beginnt, an dem die Unterbrechung vollständig eingetreten ist. Erst an diesem Tag wird die Frist in Gang gesetzt, wobei jede neue Unterbrechung nach Wiederaufnahme des Betriebes die Frist neu in Gang setzt. Dabei werden die Unterbrechungszeiten nicht addiert, weshalb nach jeder weiteren Wiederaufnahme des Betriebs die Fristberechnung von neuem beginnt (*Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 85. EL September 2020, § 49 Rn. 9). In der Literatur wird zu § 49 GewO entgegen der Intention des Gesetzgebers gefordert, dass der Betrieb nach Wiederaufnahme vor einer erneuten Unterbrechung einen nicht unwesentlichen Umfang gehabt haben und die Wiederaufnahme zur dauerhaften Betriebsausübung ein erkennbares Ziel gewesen sein müsse (*Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 85. EL September 2020, § 49 Rn. 9). Selbst unter Berücksichtigung dieser einschränkenden Auslegung dürfte für Gaststätten, die im Sommer 2020 ihre Gaststätentätigkeit bis zur erneuten Schließung im November 2020 wieder aufgenommen haben, eine derartige Einschränkung nicht greifen.

4. Im Übrigen dürfte § 8 Satz 2 GastG, also die Möglichkeit einer Verlängerung der Frist des Satzes 1 aus wichtigem Grund, einschlägig sein. Der Begriff „wichtiger Grund“ stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, dessen behördliche Auslegung und Anwendung durch die Gerichte voll überprüfbar ist. Es dürfte sich bei der Schließung von Gaststätten durch die landesweiten Einschränkungen im Gastgewerbe zur Eindämmung der Corona-Pandemie ohne Weiteres um einen wichtigen Grund handeln, da ein solcher in Anlehnung an die Kommentarliteratur zu § 49 GewO immer dann vorliegt, wenn Umstände es dem Erlaubnisinhaber unmöglich machen, die Frist einzuhalten, wobei die Ursachen, welche den Nichtbeginn bzw. die Nichtausübung des Gaststättenbetriebs herbeigeführt haben, jenseits der vom Gaststätteninhaber zurechenbaren Einflussphäre liegen müssen (*Wormit*, in BeckOK GewO, 52. Ed. 1.9.2020, § 49 Rn. 11).

Dass die Corona-Pandemie auch seitens der Exekutive als ein wichtiger Grund i.S.d. § 8 Satz 2 GastG angesehen wird, zeigen mehrere jüngst erlassene Allgemeinverfügungen z.B. der Stadt Heidelberg und der Stadt Köln. So hat die Stadt Heidelberg am 12.03.2021 eine Allgemeinverfügung erlassen (siehe Anlage 1), wonach für alle Gaststätten, die aufgrund der jeweils geltenden Corona-

Verordnungen seit dem 17.03.2020 oder seit einem späteren Datum ununterbrochen geschlossen sind und ihren Betrieb seitdem nicht mehr ausgeübt haben, die Frist nach § 8 Satz 2 GastG von Amts wegen um ein Jahr verlängert wird, weil die Corona-Pandemie als „wichtiger Grund“ i.S.d. § 8 Satz 2 GastG anzusehen sei. Die Stadt Köln hat am 15.03.2021 eine ganz ähnliche Allgemeinverfügung erlassen (siehe Anlage 2).

5. Die Entscheidung über die Fristverlängerung steht grundsätzlich im Ermessen der Behörde hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“. In der Kommentarliteratur und Rechtsprechung ist unter anderem aufgrund des Nebeneinanders von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen umstritten, welcher Prüfungsmaßstab im Rahmen der Ermessensprüfung zur Anwendung kommt (vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 85. EL September 2020, § 49 Rn. 16 m.w.N.). Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wird man aber unter Berücksichtigung des Grundrechts der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG jedenfalls oftmals von einer Ermessensreduzierung auf Null ausgehen können, wobei der Behörde insoweit ein Ermessensspielraum bei der Entscheidung, um welche Zeit die Frist verlängert werden soll, verbleiben dürfte. Einschlägig hierzu wiederum auch die bereits o.g. Entscheidung des VG München:

„Da das Vorliegen eines "wichtigen Grundes" gerichtlich unbeschränkt überprüfbar ist und bejahendenfalls der Ermessensspielraum der Behörde, sofern man einen solchen hinsichtlich der Entscheidung, ob eine Fristverlängerung zu gewähren ist, überhaupt bejaht, jedenfalls in Richtung auf eine Stattgabe sehr eingeschränkt ist (so Metzner, a.a.O., RdNr. 7 zu § 8 GastG; für einen Rechtsanspruch hinsichtlich des "Ob" einer Fristverlängerung Michel/Kienzle, a.a.O., RdNr. 9 zu § 8 GastG), kann der Betroffene, sollte ihm eine Fristverlängerung verweigert werden, hiergegen effektiv um gerichtlichen Rechtsschutz nachsuchen.“ (VG München, Urteil vom 15. September 1998 – M 16 K 97.2290 –, Rn. 15, juris)

6. In formeller Hinsicht wird für § 8 Satz 2 GastG in Anlehnung an § 49 GewO für die Verlängerung der Frist grundsätzlich ein entsprechender Antrag des Genehmigungsinhabers vor Fristablauf gefordert (*Wormit*, in: BeckOK GewO, 52. Ed. 1.9.2020, § 49 Rn. 9).

Auf die Problematik der fristgerechten Antragstellung hat beispielsweise das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg bereits reagiert. Danach können Gaststätteninhaberinnen und -inhaber aufgrund eines Erlasses bei ihrer zuständigen Behörde formlos per E-Mail oder auch per Telefon eine Fristverlängerung beantragen. Das Wirtschaftsministerium hat in seinem Erlass klargestellt, dass die Fristverlängerung, sollte sie rechtzeitig vor Ablauf der Jahresfrist beantragt worden sein, notfalls auch nach Fristende von der Behörde bewilligt

werden kann. Ebenfalls kann die Fristverlängerung ausnahmsweise auch von Amts wegen (ohne Antrag) ausgesprochen werden, dies allerdings nur binnen eines Monats nach Ablauf der jeweils geltenden Jahresfrist¹. Die Stadt Heidelberg stellt sich in der o.g. Allgemeinverfügung auf den Standpunkt, die Fristverlängerung könne ausnahmsweise von Amts wegen gewährt werden, da es sich bei der Corona-Pandemie um eine besondere Fallkonstellation handle und die Interessen der Gaststättenbetreiber überwiegen würden.

Auch das von FDP-Minister Prof. Pinkwart geführte Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie hat bereits in Erlassform reagiert. Insofern sind nun die Kommunen am Zug, für eine schnellstmögliche Umsetzung zu sorgen.

Zum Wohle der Langenfelder Gaststätten hoffen wir auf eine breite Zustimmung in dieser Sache!

Vielen Dank!

Mit freundlichen Grüßen,

Frank Noack
Ratsherr

Dr. Mirko Bange
Sachkundiger Bürger (/Ansprechpartner)

¹ Vgl. <https://wm.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse-und-oeffentlichkeitsarbeit/pressemitteilung/pid/gaststaettenerlaubnis-erlass-zur-fristverlaengerung-in-der-corona-pandemie/>.