



*Leitsätze des Rechtsgutachtens von Prof. Dr. Martin Burgi
(Ordinarius für Öffentliches Recht und Europarecht an der LMU München)*

Notwendigkeit der Vermeidung einer verfassungs- und europarechts-
widrigen doppelten Erlaubnispflicht für reisegewerbliche Gaststätten in den Ländern
mit Fortgeltung des GastG (Stand Dezember 2023)

1. In Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein wird auch im siebzehnten Jahr nach Inkrafttreten des Zweiten Mittelstandsentlastungsgesetzes auf Bundesebene von den Betreibern reisegewerblicher Gaststätten auf Volksfestplätzen, Weihnachtsmärkten weiterhin neben der Reisegewerbekarte nach § 55 Abs. 2 GewO eine jeweils zu beantragende Gestattung nach § 12 GastG verlangt. Für die betroffenen Betriebe verbinden sich mit der doppelten Erlaubnispflicht ein erheblicher bürokratischer Aufwand und zusätzliche finanzielle Belastungen infolge der Gebührenpflicht je Vorgang. Dies widerspricht in allen Ländern den aktuellen Koalitionsverträgen, die im Bürokratieabbau eine zentrale politische Zielsetzung sehen.
2. Diese Rechtslage bewirkt eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Die gaststättenrechtliche Erlaubnis- bzw. Gestattungspflicht ist eine subjektive Berufszugangsregelung, die den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht entsprechen kann. Insbesondere bestehen mehrere mildere bzw. alternativ denkbare mildere, aber gleich wirksame Mittel zum Schutz der (überdies sehr geringfügig) potenziell betroffenen Gemeinschaftsgüter.
3. Von den Betreibern reisegewerblicher Gaststätten, die von einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat der EU aus ihre Dienstleistungen in Deutschland erbringen und dort nicht selbst über eine Niederlassung verfügen, darf aufgrund des absoluten Verbots nach Art. 16 Abs. 2 lit. 2 b) der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG) keine Gestattung nach § 12 GastG verlangt werden.
4. Um den sich aus dem Verfassungsrecht und der Richtlinie 2006/123/EG ergebenden Anforderungen des höherrangigen Rechts zu entsprechen, ist eine verfassungs- bzw.

richtlinienkonforme Auslegung der §§ 1 Abs. 2, 2 u. 12 GastG geboten. Die Untersuchung hat gezeigt, dass eine solche Auslegung – und damit eine Lösung de lege lata – möglich ist. Sie führt zu dem Ergebnis, dass von demjenigen, der im Reisegewerbe eine Gaststätte betreiben möchte, neben der Reisegewerbekarte keine Erlaubnis/Gestattung nach den §§ 2 bzw. 12 GastG verlangt werden kann. Sollte man dem nicht näher treten wollen, wären diese beiden Vorschriften in ihrer Verbindung mit § 1 Abs. 2 GastG als verfassungswidrig anzusehen bzw. wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts in den von der Richtlinie betroffenen Sachverhalten unanwendbar.

5. Die betroffenen Unternehmen könnten gegen die dennoch aufrecht erhaltene Gestattungspflicht mit der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage nach § 43 VwGO vorgehen.