

## Gewerbeamt aktuell – Juli 2020

Mit „Gewerbeamt aktuell“ informieren wir über:

- 1 Gesetzesänderungen
- 2 Neue Rechtsprechung zum Gaststätten- und Gewerbeamt

### 1 Gesetzesänderungen

#### 1.1 Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler auf die BaFin

Die Bundesregierung hat am 27.04.2020 dem Bundestag einen Gesetzesentwurf vorgelegt, mit dem die Aufsicht über die Finanzanlagenvermittler auf die BaFin übertragen werden soll (BT-Drs. 19/1879419).

Die Bundesregierung möchte damit das Ziel umsetzen, zur „Herstellung einer einheitlichen und qualitativ hochwertigen Finanzaufsicht die Aufsicht über die freien Finanzanlagenvermittler schrittweise auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht“ zu übertragen. Dieses wurde im Koalitionsvertrag vereinbart.

Wie Sie wissen, ist die Tätigkeit der gewerblichen Finanzanlagenvermittler und der Honorar-Finanzanlagenberater in § 34f, § 34h Gewerbeordnung (GewO) sowie in der Finanzanlagenvermittlungsverordnung geregelt. Wie der Vollzug ausgestaltet ist, obliegt den Ländern, zwischen denen es durchaus Unterschiede gibt. So haben einige Länder die Zuständigkeit für die Durchführung der § 34f, § 34h GewO auf die Gewerbeämter übertragen, mehrheitlich jedoch liegt sie bei den Industrie- und Handelskammern. Das bedeutet eine organisatorische Zersplitterung der Aufsicht, welche sich negativ auf deren Einheitlichkeit und Qualität sowie den Anlegerschutz auswirken kann.

Auch bedingt durch europarechtliche Regelungen wird das Aufsichtsrecht immer komplexer. Die Bundesregierung will daher weg von unterschiedlichen, vielzähligen Aufsichtsbehörden hin zu einer Konzentration. Die Vereinheitlichung der Aufsicht bei einer zentralen, fachlich spezialisierten Behörde, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, dient auch der Fachkompetenz, da durch eine solche Bündelung der Aufsicht die Qualität und die Effektivität maßgeblich gesteigert werden

können und eine Angleichung an die Aufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen mit vergleichbarer Tätigkeit erfolgt.

## 1.2 Ladenöffnung in Zeiten von Corona

Nachdem die Ladenöffnung im Einzelhandel stark eingeschränkt wurde, sind seit Anfang Mai 2020 wieder Lockerungen seitens der Landesgesetzgeber erfolgt. Es sind weitgehend wieder Geschäfte wie Hundesalons und Hundeschulen, Copyshops, Musikschulen und Privatunterricht, Friseure und andere Betriebe mit körpernahen Dienstleistungen (z.B. Kosmetik-, Nagel- und Tattoostudios, Fußpflegeeinrichtungen sowie Massagepraxen) geöffnet – alles unter der Prämisse, dass die hygienischen Vorkehrungen entsprechend eingehalten werden können. Das bedeutet, dass Anbieter für die gesamte Dauer des Kundenkontakts eine Mund-Nasen-Bedeckung tragen. Aber auch für Kunden ist das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung zwingend vorgeschrieben. Diese darf nur abgenommen werden, wenn die Inanspruchnahme der Dienstleistung nur ohne Mund-Nasen-Bedeckung erfolgen kann. Aber auch kulturelle Einrichtungen können wieder öffnen wie Museen, Ausstellungen, Schlösser und Gedenkstätten, Tierparks, Zoos und Botanische Gärten. Die Ministerpräsidenten der Länder stimmen sich regelmäßig über die Anpassung der Maßnahmen ab und erhoffen sich, ein einheitliches Vorgehen in ganz Deutschland gewährleisten zu können. Das gelingt jedoch nur teilweise.

Nicht erlaubte Öffnung an bestimmten Feiertagen nun teilweise möglich

Für die Lebensmittelgeschäfte galten hingegen kaum Einschränkungen, wenn man von den infektionsschutzrechtlichen Besonderheiten einmal absieht. Im Gegenteil: Hier waren einige Besonderheiten zu beobachten. Sehr interessant scheint mir, dass die Ladenöffnung in einigen Bundesländern ausdrücklich auch an Ostern gestattet wurde, und zwar nicht nur Ostermontag, sondern auch Ostersonntag. Die Unterschiedlichkeit der Handhabung der Regelungen wird an einer Stelle besonders deutlich: In Brandenburg konnte man Ostersonntag einkaufen, in Berlin hingegen blieb Ostersonntag alles geschlossen. Soviel zu einheitlichen Regelungen. Es muss auch gefragt werden dürfen, inwieweit tatsächlich Einheitlichkeit gefordert werden kann. Es scheint mir, als sei es zielführend, jede Region und ihre Besonderheiten auch individuell zu betrachten.

Die Gestaltung der Öffnungen von Geschäften unterliegt dieser Tage einem fast täglichen Wandel, da auch zunehmend die Gerichte in Anspruch genommen werden. So konnte die Vereinbarung der Ministerpräsidenten, dass vorerst nur Geschäfte mit

einer Verkaufsfläche von unter 800 m<sup>2</sup> öffnen, in einigen Bundesländern durch die Rechtsprechung der höchsten Verwaltungsgerichte schon nach wenigen Tagen nicht mehr gehalten werden.

### 1.3 Nikotin-Ersatzpräparate und Corona

In Zeiten von Corona kommt auch die Tabakindustrie wieder in Schwung: Einer klinischen Studie zufolge sollen Raucher besser vor Corona geschützt sein, da die Viren an denselben Rezeptoren andocken wie Nikotin. Am 21. April veröffentlichten Forscher um Makoto Miyara vom Pariser Krankenhausverbund Assistance Publique Hôpitaux de Paris eine Studie, nach der Raucher entgegen der gängigen Annahme ein geringeres Erkrankungsrisiko für Covid-19 haben als Nichtraucher.

Die Forscher schreiben in der Studie, dass Rauchen einen Schutz vor einer symptomatischen Covid-19-Infektion bieten könnte. Sie vermuten, dass dies nicht mit dem Zigarettenrauch, sondern dem Nikotin zusammenhängen könnte. Nikotin moduliere demnach die Expression des ACE2-Rezeptors, den Coronaviren zum Eintritt in die menschliche Zelle benötigen. Die Forscher schlagen sogar vor, Nikotinpräparate z.B. transdermal auf einen potenziellen Schutz vor einer Coronavirus-Infektion zu testen.

Davon sollte man sich jedoch nicht täuschen lassen. Sowohl die Zahlen als auch die Empfehlungen sind hoch umstritten in der medizinischen Fachwelt. Eventuell könnten Raucher auch bei den Covid-19-Fällen unterrepräsentiert sein, weil sie das Symptom Husten bei einer Infektion als Raucherhusten abtun und sich gar nicht erst auf SARS-CoV-2 testen lassen.

Es scheint seltsam, aus unterdurchschnittlich niedrigen Raucherquoten abzuleiten, dass Rauchen bzw. Nikotin protektiv wirke und vor Covid-19 schütze. In der Fachwelt wird betont, dass die französische Studie einen solchen Schluss aufgrund ihres querschnittlichen Designs und möglicher Datenmängel nicht zulasse.

## 2 Neue Rechtsprechung zum Gaststätten- und Gewerberecht

### Übersicht

- 2.1 Unzuverlässigkeit eines Marktbetreibers, wenn Auflagen missachtet werden
- 2.2 Konzessionsvergabe für Sportwetten in Hessen vorläufig gestoppt
- 2.3 Losverfahren bei konkurrierenden Spielhallen in Berlin: Was zählt?
- 2.4 Erlaubnisfiktion Prostitution bei Vorlage der geforderten Unterlagen
- 2.5 Vergangene Fehler eines Bezirksschornsteinfegers führen nicht zur Rechtswidrigkeit eines Feuerstättenbescheids

### 2.1 Unzuverlässigkeit eines Marktbetreibers, wenn Auflagen missachtet werden

Das Oberverwaltungsgericht in Nordrhein-Westfalen hat am 12.03.2020 im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entschieden (OVG NRW, Beschluss vom 12.03.2020, Az. 4 B 1548/19), dass ein Marktbetreiber als unzuverlässig anzusehen ist, wenn er Auflagen missachtet und seiner Verantwortung als Gesamtkoordinator für das Marktgeschehen nicht ausreichend nachkommt.

#### Sachverhalt

Ein Marktbetreibender möchte auf einem nach § 69 GewO festgesetzten (Weihnachts-)Markt auch den Betrieb eines Standes mit Alkoholausschank zulassen. Er ist als Vorsitzender verantwortlich für die ordentliche Durchführung des Marktes. Die Betreiber der einzelnen Stände fordert er hingegen weder auf, entsprechende Genehmigungen einzuholen, noch trägt er dafür anderweitig Sorge, dass die anwesenden Betreiber auch die entsprechenden Genehmigungen eingeholt haben. Grundsätzlich ist der Antrag auf den Betrieb mit Alkoholausschank hier sechs Wochen vor Beginn des Marktes bei der zuständigen Behörde zu stellen.

Dies ergibt sich auch schon aus den Auflagen, die ihm von der Behörde zugegangen ist. Darin wurde ausdrücklich benannt, dass Anträge auf Gestattung der Stände mit Alkoholausschank spätestens sechs Wochen vor Marktbeginn zu stellen sind und dass die Stände mit Alkoholausschank erst nach Kontrolle der Schankanlagen durch die Ordnungsbehörde geöffnet werden dürfen.

Der Marktbetreiber hingegen meint, dass die Auflage unsinnig sei; auch ist er der Meinung, dass brandschutztechnisch Bedenken bestehen würden, und er weigert sich, den Festsetzungen nachzukommen.

Die Behörde entzieht ihm die Erlaubnis, da er unzuverlässig sei. Er habe von sich aus und nicht erst nach Erlass einer Ordnungsverfügung, sicherzustellen, dass die Durchführung ordnungsgemäß sei.

#### Gründe

Das Gericht gibt der Behörde recht. Denn der Marktbetreiber durfte und darf sich insbesondere nicht blind darauf verlassen, dass sich die einzelnen Betreiber schon selbst rechtzeitig um ihre Genehmigungen kümmern würden. Er habe seine Verantwortlichkeit nicht ergriffen und nicht dafür gesorgt, dass die erforderlichen Anträge spätestens sechs Wochen vor Marktbeginn gestellt werden und kein Stand öffnet, bevor die Kontrolle der Schankanlagen durch die Ordnungsbehörde stattgefunden hat.

#### Unzuverlässigkeit aus Nichtbeachtung von Auflagen

Die Unzuverlässigkeit ergebe sich hier auch daraus, dass er verbindlich angeordnete Auflagen nicht einzuhalten bereit war, weil er sie für überzogen und nicht erforderlich hielt sowie meinte, dies besser beurteilen zu können als die Behörde.

Es gilt hier jedoch zu beachten, dass, solange die Auflagen Gültigkeit haben, sie von einem zuverlässigen Marktbetreiber einzuhalten sind, unabhängig davon, ob er sie für überzeugend hält. Selbst wenn sich „im Nachhinein“ herausstellen sollte, dass diese Flächen enger begrenzt sind, als dies nach dem Brandschutzkonzept für erforderlich gehalten worden sein sollte, hätte er sich über die Einhaltung dieser Vorgaben nicht einfach so lange hinwegsetzen dürfen, bis sich ihre brandschutztechnische Erforderlichkeit durch ein Sachverständigengutachten bewahrheitet habe.

Insoweit hätte sich ein zuverlässiger Marktbetreiber rechtzeitig innerhalb der Klagfrist gegen die aus seiner Sicht überzogenen Auflagen gerichtlich zur Wehr setzen oder außergerichtlich auf eine Änderung der Festsetzung im Verwaltungsweg hinwirken müssen.

## 2.2 Konzessionsvergabe für Sportwetten in Hessen vorläufig gestoppt

Das Verwaltungsgericht in Darmstadt hat die Konzessionsvergabe von Sportwetten vorläufig gestoppt. Hintergrund ist der Verweis der Sportwettenbetreiberin auf das Unionsrecht und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen der Ausschreibung (VG Darmstadt, Beschluss vom 01.04.2020, Az. 3 L 446/20.DA)

### Leitsätze des Gerichts

1. Ein am deutschen Markt ernsthaft interessierter Sportwettenanbieter, der das aktuell praktizierte Vergabeverfahren für rechtswidrig hält, ist nicht gezwungen, sich an diesem Verfahren zu beteiligen, um dessen Fehlerhaftigkeit im Rahmen eines gerichtlichen Eilverfahrens rügen zu können.
2. Es sind keine für eine positive Entscheidung im Eilverfahren hinreichenden Gründe ersichtlich, dass Sportwetten nur in einem förmlichen Vergabeverfahren gemäß der Richtlinie 2014/23/EU und des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) erteilt werden dürfen.
3. Ein Notifizierungsmangel, der die Anwendung des Glücksspielstaatsvertrags in seiner ab 01.01.2020 geltenden Fassung ausschließen würde, liegt nicht vor.
4. Das aktuelle Vergabeverfahren entspricht in seiner praktizierten Form nicht der Vorgabe des § 4b Abs. 1 GlüStV, Konzessionen nach Durchführung eines transparenten, diskriminierungsfreien Verfahrens zu erteilen.
5. Der in § 4b Abs. 1 Satz 1 GlüStV vorgesehene Aufruf zur Bewerbung und die nach § 4b Abs. 1 Satz 2 GlüStV erforderliche Bekanntmachung müssen eindeutig sein und alle relevanten Bewerbungsanforderungen erkennen lassen.
6. Ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren i.S.v. § 4b Abs. 1 GlüStV setzt grundsätzlich einen einheitlichen und klaren Bewerbungsstart für alle, eine sachgerechte Frist zur Vorlage der vollständigen Bewerbung und eine gleichzeitige Konzessionserteilung jedenfalls an die Bewerber voraus, die sich fristgerecht nach Aufruf und Bekanntmachung gemeldet haben.
7. Da § 4c Abs. 3 GlüStV für die Höhe der Sicherheitsleistung kein Abweichen nach unten vorsieht, ist es nicht diskriminierungsfrei, einzelne Anbieter auf die Stellung eines Ermäßigungsantrags zu verweisen, über den dann entschieden werde.
8. Die Mitwirkung des – ohnehin verfassungswidrigen – Glücksspielkollegiums an der Konzessionserteilung nach § 9a Abs. 5 bis 8 GlüStV und die Bindungswirkung von dessen Beschlüssen, deren Zustandekommen nicht nachvollziehbar ist, machen das Vergabeverfahren intransparent.

### Sachverhalt

Eine in Österreich ansässige Sportwettenvermittlerin strebt eine Marktteilnahme in Deutschland an. Ihr Angebot war über das Internet im Januar 2020 auch von Hessen aus erreichbar. Auf Hinweis der Behörde zur Unzulässigkeit dieses Angebots ohne Konzession nach dem Glücksspielstaatsvertrag wurde es inzwischen eingestellt. Um eine der aktuell verfügbaren Konzessionen hat sie sich bislang nicht beworben, jedoch nach Einzelheiten des Konzessionsvergabeverfahrens gefragt und ihr Interesse insbesondere am stationären Sportwettenvertrieb über Wett-Terminals bekundet. Sie meint, Dienstleistungskonzessionen für die Veranstaltung von Sportwetten i.S.v. § 4a GlüStV dürften nur nach Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens unter Beachtung der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) und des vierten Teils des GWB vergeben werden.

Weiter meint sie, dass, bis ein unionsrechtskonformes Verfahren stattfindet und insbesondere gewährleistet ist, dass bei Erfüllung aller objektiven und unionsrechtlich gerechtfertigten Kriterien auch ein Rechtsanspruch auf eine Konzession besteht, die Konzessionserteilung nicht im beliebigen Ermessen des Regierungspräsidiums Darmstadt und/oder des Glücksspielkollegiums stehen dürfe.

### Gründe

Das Verwaltungsgericht sieht die weitreichenden Anträge der Sportwettenvermittlerin nur teilweise als begründet.

Bezüglich der Rüge, dass ein förmliches Verfahren durchzuführen ist, kann das Gericht der Sportwettenbetreiberin keine positive Mitteilung machen, da sie mit dem förmlichen Vergabeverfahren etwas erreichen will, was in formeller Hinsicht auf die Vorwegnahme der Hauptsache hinausläuft, was jedoch mit einem sehr hohen Grad an Wahrscheinlichkeit nicht zum Erfolg führen würde.

### **Keine Wahrscheinlichkeit des Erfolgs bezüglich der Durchführung des förmlichen Verfahrens**

Den für eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz erforderlichen Grad an hoher Erfolgswahrscheinlichkeit vermag die Kammer aktuell nicht festzustellen.

Zwar deutet angesichts der Konstruktion des Glücksspielstaatsvertrags einiges darauf hin, dass mit der Vergabe von Sportwettenkonzessionen Teile der in § 10 Abs. 1 GlüStV verankerten, originär den Ländern zugewiesenen Aufgabe erfüllt werden sollen, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen und damit die Ziele des

Staatsvertrags aus § 1 GlüStV zu verwirklichen. Auch die Experimentierklausel des § 10a GlüStV (in der alten und der neuen Fassung) mag es rechtfertigen, in der Konzessionsvergabe für Sportwetten an private Anbieter nicht erstrangig eine schlichte gewerbliche Erlaubnis auf dem öffentlich zugänglichen Dienstleistungsmarkt zu sehen, sondern eine Verfolgung des öffentlichen Ziels der Kanalisierung des Spieltriebs und der Bekämpfung des Schwarzmarkts. Insofern mag es also nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen, die Konzession für Sportwetten als Dienstleistungskonzession i.S.v. Art. 5 Nr. 1 lit b der Richtlinie 2014/23/EU zu verstehen, die von einem öffentlichen Auftraggeber erteilt wird.

Dagegen spreche allerdings, dass es sich bei der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten nach der jetzigen Konzeption des Glücksspielstaatsvertrags nicht mehr um eine begrenzte Anzahl von Konzessionen handelt (§ 4a Abs. 3 GlüStV), sondern grundsätzlich jeder Bewerber unter Einhaltung der vertraglichen Anforderungen, insbesondere aus §§ 4a Abs. 4 und 4b Abs. 2 GlüStV eine Konzession erhalten kann, auch wenn § 4a Abs. 2 Satz 2 GlüStV einen Rechtsanspruch auf die Konzession ausschließt. Die für eine Konzessionsvergabe typische Auswahl des öffentlichen Auftraggebers aus einer Gruppe von Bewerbern mit der Folge, dass die übrigen „leer“ ausgehen, entfalle also ebenso wie die üblicherweise bestehende Kontingentierung oder das Limit an zu vergebenden Aufträgen. Ob also wirklich noch von einer „Beschaffung“ i.S.v. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23/EU durch die öffentliche Hand gesprochen werden kann, erscheine zweifelhaft.

Darüber hinaus sei es nach der benannten Richtlinie so, dass bestimmte Handlungen der Mitgliedsstaaten wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen einschließlich der Bedingungen der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung der Dienstleistung zurückzuziehen, nicht als Konzessionen im Sinne der Richtlinie gelten sollen. Diese Regelung passe durchaus auch auf die Sportwettenkonzessionen. Die Richtlinie sehe selbst vor, bestimmte Bereiche wie auch den Glücksspielsektor aus selbiger herauszunehmen.

### **Begehren der Durchführung eines transparenten Verfahrens erfolgversprechend**

Hingegen sieht das Gericht in dem Begehren, die Durchführung eines transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens zur Erteilung der Sportwettenkonzessionen zu erzwingen, tatsächlich Erfolgsaussichten. Insoweit sei auch ein entsprechender Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, der sich aus der im Glücksspielstaatsvertrag selbst niedergelegten Vorgabe ergibt (§ 4b Abs. 1 Satz 1 GlüStV), dass die Konzession nach Aufruf zur Bewerbung und Durchführung eines transparenten,



diskriminierungsfreien Verfahrens erteilt wird. Auch regelt der Glücksspielstaatsvertrag noch die Verpflichtung, die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen.

Dass die in der aktuellen Fassung des Glücksspielstaatsvertrags verpflichtend festgehaltenen Maßstäbe für das Vergabeverfahren nicht eingehalten worden sind, habe die Antragstellerin in hinreichender Art und Weise glaubhaft gemacht, so das Gericht.

Eine mögliche Diskriminierung sei auch deswegen gegeben, weil die Behörde bereits andere Antragsteller informiert und auch Anträge entgegengenommen habe. Der in § 4b Abs. 1 Satz 1 GlüStV geregelte „Aufruf zur Bewerbung“ sowie anschließend ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren macht deutlich, dass zunächst einmal für alle ein als solcher erkennbarer „Aufruf zur Bewerbung“ als allgemeiner Startpunkt erfolgen muss.

Weiterhin erscheine das angewandte Verfahren auch deshalb nicht transparent, weil immer noch das Glücksspielkollegium gemäß § 9a Abs. 5 bis 8 GlüStV in die Entscheidungen im ländereinheitlichen Verfahren eingebunden bleibt. So werde einerseits dem Land Hessen nach § 9a Abs. 2 Nr. 3 GlüStV die Erteilung der Sportwettenkonzession für alle Länder übertragen, gleichzeitig aber festgehalten, dass das Glücksspielkollegium der Länder zur Erfüllung der Aufgaben nach Abs. 1 bis 3 (weiterhin) besteht (§ 9a Abs. 5 GlüStV). Das Glücksspielkollegium soll den Ländern zur Umsetzung einer gemeinschaftlich auszuübenden Aufsicht der jeweiligen obersten Glücksspielaufsichtsbehörden dienen. Mit dieser Formulierung sei ebenso wenig wie in der früheren Fassung des § 9a Abs. 5 GlüStV die Rolle des Glücksspielkollegiums hinreichend transparent und nachvollziehbar umschrieben.

### 2.3 Losverfahren bei konkurrierenden Spielhallen in Berlin: Was zählt?

Auch in Berlin begegnet das Losverfahren keinen grundsätzlichen Bedenken, wie das Verwaltungsgericht Berlin in einem Beschluss im einstweiligen Rechtsschutz vom 27.03.2020 entschieden hat (VG Berlin, Beschluss vom 27.03.2020, Az. 4 L 22/20).

Leitsatz des Gerichts

Das in § 7 Abs. 1 MindAbstUmsG Bln für den Fall zweier um einen Standort konkurrierender, ansonsten gleichwertiger Bestandsunternehmen vorgesehene Losverfahren begegnet keinen grundlegenden Bedenken.

## Sachverhalt

Die Betreiberin einer Spielhalle begehrt die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis mit Antrag aus Juli 2016. Sie befand sich im Besitz einer Erlaubnis, die zum 31.7.2016 erloschen ist.

Im Juni 2016 beantragte sie bei dem zuständigen Bezirksamt in Berlin die Erteilung einer Erlaubnis zum Weiterbetrieb der Spielstätte nach dem im Gesetz zur Umsetzung des Mindestabstands nach dem Spielhallengesetz Berlin für Bestandsunternehmen (MindAbstUmsG) vorgesehenen Sonderverfahren sowie gleichzeitig eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach dem Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV).

Nachdem das Bezirksamt die Standortkoordinaten aller im Bezirk noch am Sonderverfahren teilnehmenden Spielhallenstandorte ermittelte, stellte sich heraus, dass die Konkurrentin in 259 m Entfernung eine Spielhalle betrieb. Daraufhin wurde das Losverfahren durchgeführt, wobei das Los auf die Konkurrentin fiel. Das Verfahren wurde fotografisch in seinen einzelnen Schritten festgehalten. Der Antrag der Spielhallenbetreiberin wurde daraufhin abgelehnt und die Aufforderung erteilt, den Standort innerhalb von sechs Monaten zu schließen.

Zur Begründung der Versagung verwies die Behörde auf das Ergebnis des Losverfahrens, welches durchzuführen gewesen sei, weil beide konkurrierenden Standorte auf der gleichen Stufe gestanden hätten und mit Blick auf die Einhaltung des Mindestabstands die Erlaubnis nur für ein Bestandsunternehmen habe erteilt werden können.

Der Widerspruch blieb erfolglos. Die Antragstellerin begehrt einstweiligen Rechtsschutz.

## Gründe

Der Antrag hat vor Gericht jedoch keinen Erfolg. Denn es erscheint überwiegend wahrscheinlich, dass der angegriffene Bescheid hinsichtlich der Erlaubnisversagungen offensichtlich rechtmäßig ist. Bei der in diesem Verfahren nur möglichen summarischen Prüfung besitze die Antragstellerin keinen Anspruch auf Erteilung der begehrten Spielhallenerlaubnisse.

## Erlaubniserteilung und Mindestabstand

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SpielhG Bln bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde, wer eine Spielhalle betreiben will, wobei sich für Inhaber von Erlaubnissen, welche nach § 8 Abs. 1 Satz 1 SpielhG Bln ihre Wirksamkeit verloren haben, das Verfahren

zur Neuerteilung einer Erlaubnis nach dem Spielhallengesetz Berlin für den Weiterbetrieb desselben Unternehmens i.S.d. § 1 Abs. 1 SpielhG Bln nach den besonderen Vorschriften des Mindestabstandsumsetzungsgesetzes richtet (§ 1 Abs. 1 MindAbstUmsG).

Es lägen hier zwar keine nach § 4 Abs. 1 MindAbstUmsG vorrangig zu prüfenden Versagungsgründe vor, so das Gericht; insbesondere sei weder eine mangelnde Zuverlässigkeit noch die Nichteinhaltung des Mindestabstands zwischen der Spielhalle und einer Schule nach § 5 MindAbstUmsG festgestellt worden.

Sehr wohl stehe die Erteilung der Erlaubnis § 2 Abs. 1 Satz 2 SpielhG Bln entgegen, wonach der Abstand zu einer weiteren Spielhalle bzw. einem spielhallenähnlichen Unternehmen 500 m nicht unterschreiten soll. Diesen Abstand hält die Spielhalle nicht ein, weil sich nach den Feststellungen des Amtes für Statistik Berlin-Brandenburg in einer Entfernung einer Wegstrecke von 259 m eine andere Spielhalle befindet.

#### **Entscheidung bei Konkurrenzsituation durch Losverfahren gesetzlich geregelt**

Das für eine derartige Konfliktsituation zwischen konkurrierenden Standorten vorgesehene weitere Verfahren ist in Berlin in § 7 Abs. 1 MindAbstUmsG geregelt. Unterschreiten danach Standorte von Bestandsunternehmen nach dem Ergebnis der Messung gemäß § 6 Abs. 1, 2 MindAbstUmsG den Mindestabstand nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Spielhallengesetz Berlin zueinander (konkurrierende Standorte), so wird die Auswahl zwischen diesen Standorten nach der hier allein einschlägigen Nr. 1 wie folgt getroffen: Kann im Hinblick auf die Einhaltung des Mindestabstands lediglich an einem Standort eine Erlaubnis für ein Bestandsunternehmen erteilt werden, so entscheidet zwischen den Standorten das Los.

Nach § 7 Abs. 2 MindAbstUmsG ermitteln die Erlaubnisbehörden die konkurrierenden Standorte nach Abs. 1 Nr. 1, 2 sowie die Standortkapazität und möglichen Kombinationen von Standorten nach Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 mithilfe des Amtes für Statistik Berlin-Brandenburg auf Grundlage der nach § 6 Abs. 2 MindAbstUmsG ermittelten Abstände zwischen den Standorten.

#### **Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht**

Diese Vorgaben sind nach den Gründen der Entscheidung nicht zu beanstanden.

Zum einen verstoße die gesetzliche Regelung zum Losverfahren nicht gegen höherrangiges Recht. Denn hier liege eine Konstellation vor, die dem Recht nicht fremd sei: Stehe nur ein begrenztes Kontingent von Plätzen zur Verfügung, könne die behördliche Auswahlentscheidung auf der Grundlage eines Losverfahrens getroffen

werden. Das Gericht betont nochmals, dass in der Rechtsprechung die Etablierung des Losverfahrens als verfassungsrechtlich zulässig angesehen werde. Danach beruhe die Einführung des Losverfahrens auf sachgerechten Erwägungen im Rahmen des dem Gesetzgeber zustehenden weiten Gestaltungsspielraums und trage daher dem Gleichheitssatz unabhängig davon Rechnung, ob der Gesetzgeber die Auswahl auch nach anderen Gesichtspunkten hätte vornehmen können. Dies ergebe sich schon aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus Dezember 2016.

Das Verwaltungsgericht setzt sich in den Gründen mit dem Beitrag aus dem Gewerbearchiv von Schneider auseinander, wonach die „Zuflucht“ Berlins zum Losverfahren, bei dem der Staat selbst als „Glücksfee“ agiere, „offenkundig willkürlich“ sei (GewArch Beilage WiVerw Nr. 04/2016, S. 297, 304); diese Auffassung teilt das Verwaltungsgericht nicht. Es ist auch darauf zu achten, dass sich die Rechtslage in Berlin von der in anderen Bundesländern wie beispielsweise Nordrhein-Westfalen unterscheidet, sodass die Rechtsprechung in dieser Hinsicht nicht herangezogen werden kann!

Dass der Landesgesetzgeber die Einzelheiten des Losverfahrens seinerseits nicht im Einzelnen gesetzlich festgelegt hat, sei auch mit Blick auf das Wesentlichkeitsprinzip nicht zu beanstanden – dies ergebe sich schon aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, das mit Beschluss vom 07.03.2017 (BVerfG, Beschluss vom 07.03.2017, Az. 1 BvR 1314/12; juris) die Verfassungsmäßigkeit des Berliner Spielhallengesetzes bestätigt.

Danach stehe es dem Gesetzgeber frei, die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden zu überlassen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung soweit ersichtlich nur ein geringes Mehr an Bestimmtheit und Rechtsklarheit schaffen könnte. Auch soweit etwa in Innenstädten oder Stadtteilzentren aufgrund der dort bestehenden Gemengelage eine Vielzahl von Konkurrenzsituationen aufgelöst werden muss, erfordert der Vorbehalt des Gesetzes daher jedenfalls derzeit keine ausdrückliche gesetzgeberische Festlegung der maßgeblichen Auswahlparameter, etwa hinsichtlich der Frage, von welchem Fixpunkt die Auswahlentscheidung auszugehen hat. Insofern gebietet es die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht.

## Ergebnis

Die auf dieser Grundlage erlassene Anordnung, den Betrieb in den streitgegenständlichen Spielhallen einzustellen und die Spielhallen zu schließen, sowie die vorsorgliche Untersagung des Weiterbetriebs begegnen damit keinen rechtlichen Bedenken, sodass es keinen Anlass gibt, entgegen des gesetzlich angeordneten Ausschlusses die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin insoweit anzuordnen.

### 2.4 Erlaubnisfiktion Prostitution bei Vorlage der geforderten Unterlagen

Ist anzunehmen, dass bei der Vorlage der für die Ausübung des Prostitutionsgewerbes erforderlichen Unterlagen eine Erlaubnisfiktion eintritt? Ja, entschied das Verwaltungsgericht in Regensburg (VG Regensburg, Beschluss vom 12.02.2020, Az. RO 4 S 20.81).

## Leitsätze

1. Die Erlaubnisfiktion des § 37 Abs. 4 Satz 1 ProstSchG tritt durch rechtzeitige Anzeige und Antragstellung unter Beifügung der gesetzlich vorgeschriebenen Unterlagen ein. Ob weitere, durch die Behörde generell oder im Einzelfall angeforderte Unterlagen vorgelegt werden, hat auf den Eintritt der Fiktion keinen Einfluss.
2. Die nach dem Prostituiertenschutzgesetz zuständige Behörde hat eine Erlaubnis nach § 14 Abs. 2 Nr. 5 ProstSchG auch dann zu versagen, wenn die Prostitutionsstätte bauplanungsrechtlich unzulässig ist. Sie ist selbst zur Prüfung dieser Frage berufen, hat aber bindende Vorentscheidungen der Bauaufsichtsbehörden zu beachten.

## Sachverhalt

Eine Prostituierte betreibt seit August 2008 eine Prostitutionsstätte. Es handelt sich um eine im Hinterhaus gelegene Wohnung von etwa 95 m<sup>2</sup> Größe, in der sich bei einer Kontrolle zwei Prostituierte aufhielten. Bei der vorgelegten Behördenakte befindet sich ein als „genehmigt“ gestempelter Gebäudeplan von 1968 zur Erweiterung des bestehenden Wohnhauses, auf dem die betreffenden Räume als Wohnung ausgewiesen sind.

Ein Aktenvermerk des Bauordnungsamts hält fest, dass das Anwesen nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liege. In der Umgebung befänden sich außer

einer Firma für Dienstleistungen aller Art, einem Heizungsbauunternehmen und einem Pilspub ausschließlich Wohngebäude.

Sie zeigte die genannte Liegenschaft als Prostitutionsstätte an und beantragte unter Beifügung entsprechender Unterlagen eine Erlaubnis nach § 12 ProstSchG. Der Eingang wurde bescheinigt und der Hinweis erteilt, dass die Ausübung der Prostitution bis Bescheidung über den Antrag als erlaubt gelte. Sodann teilte die Behörde mit, dass sie den Antrag abschlägig bescheiden wolle, und ordnete die Einstellung des Betriebs an.

Die Begründung stützt sich im Wesentlichen darauf, dass die Prostitutionsstätte baurechtlich nicht genehmigt sei und auch nicht genehmigungsfähig wäre. Ihr räumlicher Umgriff stelle sich als faktisches allgemeines Wohngebiet dar, in dem Prostitutionsstätten – auch solche der Wohnungsprostitution – bauplanungsrechtlich unzulässig seien.

Die Prostituierte klagt, sie meint, gemäß § 12 Abs. 7 ProstSchG blieben Erlaubnispflichten nach anderen Gesetzen, insbesondere nach den baurechtlichen Regelungen, unberührt.

Gründe

Der Antrag bleibt erfolglos, da er unbegründet ist. Dies ergibt sich daraus, dass die Prostitution nicht genehmigt werden kann, wenn sie bauplanungsrechtlich unzulässig ist. Gleichwohl ist die Fiktionswirkung durch rechtzeitige Anzeige und Antragstellung eingetreten.

#### **Eintritt der Fiktionswirkung**

Die Voraussetzungen für den Eintritt der Fiktionswirkung sind durch rechtzeitige Anzeige und Antragstellung eingetreten. Dem steht nicht entgegen, dass sie ihren Antragsunterlagen keine Grundrisse beigelegt hat. Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 ProstSchG tritt die Fiktionswirkung ein, wenn der eingereichte Antrag den Anforderungen des § 12 ProstSchG genügt. Das war hier gegeben.

Notwendig ist nach § 12 Abs. 5 Satz 2 ProstSchG die Vorlage des Betriebskonzepts, der weiteren erforderlichen Unterlagen, der Angaben zum Nachweis der Erlaubnisvoraussetzungen sowie der Daten der handelnden Personen. Der Vorlage konkreter Grundrisse bedurfte es für den Eintritt der Fiktionswirkung nicht. Das Gericht stellt klar, dass eine solche Verpflichtung aus den gesetzlichen Vorgaben nicht abgeleitet werden könne.

*Merke*

*Die Fiktionswirkung ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes gerade nicht vom Willen der Behörde abhängig. Es sollte gerade nicht in das Belieben der handelnden Ämter gestellt sein, die Erlaubnisfiktion durch Forderung zusätzlicher Unterlagen zu verhindern (vgl. BT-Drs. 18/8556 S. 101).*

Dass der Antrag trotzdem unbegründet ist, steht dem nicht entgegen. Hier ergibt die gebotene summarische Prüfung, dass der Rechtsbehelf gegen den angefochtenen Bescheid keinen Erfolg verspricht. Somit tritt das Interesse der Prostituierten an der aufschiebenden Wirkung hinter das Vollziehungsinteresse zurück.

**Keine Erlaubniserteilung zur Prostitution, wenn bauplanungsrechtlich etwas dagegenspricht**

Die Ausübung der Prostitution im allgemeinen Wohngebiet ist bauplanungsrechtlich nicht zulässig. Dies ist im Rahmen der §§ 12, 14 ProstSchG zu berücksichtigen. Zudem ist es auch so, dass die bescheidende Behörde für diese Prüfung zuständig war. Der Regelung des § 12 Abs. 7 ProstSchG kann nicht entnommen werden, dass baurechtliche Normen unberührt bleiben. Aus § 12 folgt auch nicht, dass die Behörde nicht zuständig gewesen sei, vielmehr ergibt sich hieraus nur, dass keine Konzentrationswirkung eintritt und daneben beispielsweise eine Baugenehmigung erforderlich sein kann. Dieser Inhalt ergebe sich auch aus der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drs. 18/8556 S. 77). Dass mit der Norm eine Begrenzung des behördlichen Prüfungsmaßstabs beabsichtigt gewesen wäre, ist nicht erkennbar.

Ausdrücklich hat der Gesetzgeber wie folgt in der Gesetzesbegründung formuliert: „Eine Versagung der Erlaubnis hat auch zu erfolgen, wenn aufgrund des Betriebskonzepts des Prostitutionsgewerbes oder dessen örtlicher Lage eine Gefährdung der in Nr. 5 genannten Schutzgüter zu befürchten ist. Die Vorschrift ist dem § 4 Abs. 1 Nr. 3 des Gaststättengesetzes nachgebildet (vgl. zu dieser Vorschrift: BVerwG Urteil vom 17.10.1989 – 1 C 18/87). Hier besteht von Seiten der Erlaubnisbehörde materieller Prüfungsbedarf, ob ein solcher Versagungsgrund vorliegt. Die Behörde kann sich zur Prüfung dabei gegebenenfalls bei den zuständigen Baubehörden informieren und auf deren Prüfungen zu baunutzungs- und bauplanungsrechtlichen Belangen Bezug nehmen.“

Daraus folgt, dass ein Prostitutionsbetrieb, der wegen seiner örtlichen Lage ganz oder teilweise den Vorschriften des Bauplanungsrechts widerspricht, zugleich dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft, weshalb die Erlaubnis versagt werden muss.

Die gegenwärtige Nutzung der Prostitutionsstätte war hier baurechtlich nicht genehmigt. Es fehlte an bindenden Vorentscheidungen der Bauaufsichtsbehörde.

Daher war die nach dem Prostituiertenschutzgesetz zuständige Behörde auch zu einer eigenständigen Prüfung baurechtlicher Vorfragen im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 5 ProstSchG berufen.

Prostitutionsstätten sind grundsätzlich als Gewerbe qualifiziert und damit in allgemeinen Wohngebieten nicht zulässig. Dies gilt selbst dann, wenn die Prostitution mit einer Wohnnutzung in denselben Räumen verbunden ist.

### 2.5 Vergangene Fehler eines Bezirksschornsteinfegers führen nicht zur Rechtswidrigkeit eines Feuerstättenbescheids

Gegen einen Feuerstättenbescheid wollte der Eigentümer eines Einfamilienhauses vorgehen. Die ihm auferlegten Maßnahmen seien jedenfalls so nicht erforderlich, zudem sei das Vertrauensverhältnis völlig zerstört. Das im einstweiligen Rechtsschutz begehrte Ziel konnte er jedoch nicht erreichen: Die gegen ihn verfügte Bescheide seien voraussichtlich rechtmäßig (VG Würzburg, Beschluss vom 04.03.2020, Az W 8 S 20.247). Was war geschehen?

#### Sachverhalt

Der Eigentümer eines in Massivbauweise errichteten Einfamilienhauses ist Adressat einer Feuerstättenschau. Auf diese hin erließ der zuständige Bezirksschornsteinfeger einen Feuerstättenbescheid, in dem die Veranlassung und Durchführung folgender Arbeiten innerhalb des angegebenen Zeitraums aufgegeben wurde (Nr. 1 des Feuerstättenbescheids):

1. Schornstein (Reinigung und Überprüfung), jährlich Juni bis Dezember
2. Heizkessel (Emissionsmessung), Juni bis Dezember 2019; Juni bis Dezember 2021
3. Heizkessel (Abgaswegeüberprüfung), jährlich Juni bis Dezember
4. Abgasschacht, rußbrandbeständig (Überprüfung und Reinigung), jährlich Juni bis Dezember

Der Nachweis gegenüber dem Bezirksschornsteinfeger wurde ebenfalls angeordnet. Nach Ablauf der gesetzten Frist sind die Arbeiten noch immer nicht nachgewiesen. Es wurden erneute Fristen gesetzt, ein Zweitbescheid angedroht, aber alles ohne Reaktion.

Ein Zweitbescheid erging sodann durch das Landratsamt, der Eigentümer klagt.



Gründe

Rechtsgrundlage für den Erlass des Zweitbescheids ist § 25 Abs. 2 SchfHWG.

### **Anforderungen an den Zweitbescheid nach dem Schornsteinfeger-Handwerksgesetz (SchfHWG)**

Nach dieser Vorschrift setzt die zuständige Behörde in einem Zweitbescheid gegenüber dem Eigentümer fest, welche Reinigungen oder Überprüfungen nach den Rechtsverordnungen nach § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 SchfHWG oder wiederkehrenden Messungen nach § 15 der Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV) innerhalb welchen Zeitraums durchzuführen sind. Ein solcher Zweitbescheid muss dann ergehen, wenn dem bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger bis zum Ablauf der in § 4 Abs. 2 SchfHWG bezeichneten Frist das in § 4 Abs. 1 Satz 2, 3 SchfHWG erwähnte, vollständig ausgefüllte Formblatt nicht zugegangen ist und innerhalb dieses Zeitraums die Durchführung der im Feuerstättenbescheid festgesetzten Arbeiten auch nicht auf andere Weise nachgewiesen wurde (§ 25 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 25 Abs. 1 SchfHWG).

Diese Voraussetzungen für den Erlass eines Zweitbescheids seien hier erfüllt, so das Gericht. Fest stehe, dass der Eigentümer die festgelegten Kehr- und Überprüfungsarbeiten nicht innerhalb des hierfür festgelegten Zeitraums durchgeführt bzw. die Durchführung mittels des hierfür vorgesehenen Formblatts oder auf sonstige Weise nachgewiesen habe. Dem stehe es nicht entgegen, dass das Vertrauensverhältnis zerstört sei oder der Eigentümer lange im Krankenhaus gelegen habe. Denn auf ein Vertretenmüssen komme es nicht an.

Der hier vorgesehene Zeitraum sei als ausreichend lange zu bemessen. Zu beachten sei auch, dass eine konkrete Gefahr für den Erlass eines Zweitbescheids gerade nicht erforderlich sei.

Der Erlass eines Zweitbescheids stelle bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen dem Grunde nach eine gebundene behördliche Entscheidung dar. Ein Ermessensspielraum verbleibe der Behörde beim Vollzug des § 25 Abs. 2 Satz 1 SchfHWG zum einen nur hinsichtlich des Zeitpunkts, an dem sie den Zweitbescheid erlässt.

Nach diesen Voraussetzungen seien hier keine Ermessensfehler ersichtlich.

### **Vergangene Fehler eines Bezirksschornsteinfegers führen nicht zur Rechtswidrigkeit eines Feuerstättenbescheids**

Der Vortrag des Eigentümers, die vorgebrachte mangelhafte Arbeitsweise des Bezirksschornsteinfegers bzw. dessen Mitarbeiter (Beschädigung des Eigentums der

Antragsteller, Verschmutzung des Heizkellers) führe nicht zu einer Rechtswidrigkeit der angegriffenen Bescheide.

Eine Rechtfertigung für die fehlende Durchführung der festgelegten Maßnahmen ergebe sich daraus nicht. Bei Verstößen kommen zunächst einmal Aufsichtsmaßnahmen nach § 21 Abs. 3 SchfHwG in Betracht. Der Problematik fachlich nicht ordnungsgemäßer Amtsführung durch den bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger sei somit durch mit disziplinarischen Mitteln durchsetzbarer Berufspflichten Rechnung getragen. Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit des vom Landratsamt erlassenen Zweitbescheids vermag das Vorbringen in diesem Punkt damit nicht zu begründen.

### **Keine Verletzung des Datenschutzrechts**

Auch sei nicht ersichtlich, dass eine Übermittlung von personenbezogenen Daten einer von ihr beauftragten Fachfirma an den Bezirksschornsteinfeger i.S.v. § 4 Abs. 1 SchfHwG gegen Datenschutzrecht, namentlich die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG – Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) – verstoßen würde.

Denn unabhängig davon, ob die Norm hier greife, sei von einer rechtmäßigen Verwendung der Daten i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a DSGVO auszugehen. Hierfür spreche zum einen die Existenz des Schornsteinfegerregisters nach § 3 SchfHwG, in welches sich Betriebe, die die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 SchfHwG erfüllen, eintragen lassen können. Dies diene bereits vom Gesetzeswortlaut des § 3 Abs. 1 SchfHwG her insbesondere auch der Information des bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegers und der zuständigen Behörde. Es sei mithin davon auszugehen, dass der betreffende Schornsteinfeger mit einer Verwendung seiner Daten zum Zwecke des Nachweises der Durchführung notwendiger Schornsteinfegerarbeiten einverstanden ist. Hierfür spreche auch, dass der die Arbeiten durchführende Schornsteinfeger das betreffende Formblatt selbst ausfüllt und unterschreibt und dem Eigentümer zur Verfügung stellt bzw. es selbst an den bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger weiterleitet.