

Dipl.-Jur. Nikolas Eisentraut, Berlin*

Gewerberechtliche Anforderungen an den Vertrieb von alkoholhaltigen Lebensmitteln – zugleich zum Begriff des alkoholischen Getränks im Gewerberecht

Die mit dem Konsum von Alkohol einhergehenden Gefahren sind Grund für eine Vielzahl besonderer, beim Vertrieb alkoholhaltiger Lebensmittel zu berücksichtigender Rechtsvorschriften. Von lebensmittelrechtlichen Vorschriften über das Steuerrecht, Schutzvorschriften für Minderjährige, das Polizei- und Ordnungsrecht bis hin zu spezifischen Straftatbeständen strukturiert das Thema Alkohol das Recht. Womöglich ließe sich gar von einem „Alkoholordnungsrecht“ als Querschnittsmaterie sprechen. Im Folgenden werden die vom Gewerberecht an den Vertrieb alkoholhaltiger Lebensmittel gestellten Anforderungen als besonders praxisrelevanter Aspekt herausgegriffen.¹

A. Der Begriff des alkoholhaltigen Lebensmittels im Gewerberecht

Alkohol spielt im Gewerberecht als besonderem Ordnungsrecht aufgrund der Missbrauchsgefahren eine besondere Rolle. Indes findet sich der Begriff des alkoholhaltigen Lebensmittels nur in der Sondervorschrift des § 20 Nr. 1 GastG. Alkohol wird überwiegend in Form von Getränken konsumiert: Neben Spirituosen und daraus bestehenden Likören und Mischgetränken wie Cocktails und Longdrinks finden alkoholische Getränke wie Bier, Wein und Schaumwein (Sekt) weite Verbreitung; entsprechend beschränkt sich das Gewerberecht im Wesentlichen auf besondere Regelungen für alkoholische Getränke. Darüber hinaus kann Alkohol aber auch zum Essen bestimmten Lebensmitteln zugesetzt sein. Zu denken ist etwa an Süßwaren wie Rumkugeln, Pralinen, Götterspeise und spezielle Sorten Speiseeis, aber auch an Käsefondue oder bestimmte Soßen, die im Folgenden mit dem Begriff der alkoholhaltigen Nahrungsmittel erfasst werden sollen.² Ausgehend vom Begriff des Lebensmittels lässt sich die Differenzierung zwischen alkoholhaltigen Getränken und sonstigen alkoholhaltigen Lebensmitteln nicht nur im Gewerberecht, sondern auch im Lebensmittel- und Jugendschutzrecht nachweisen. Als Oberbegriff dient der Terminus des alkoholhaltigen Lebensmittels deshalb im Folgenden einer umfassenden Untersuchung gewerberechtlicher Anforderungen beim Vertrieb sowohl alkoholischer Getränke als auch alkoholhaltiger Nahrungsmittel.

I. Der Lebensmittelbegriff im Gewerberecht

Der Begriff des Lebensmittels findet zwar in der GewO Verwendung, so insbesondere in § 55a I Nr. 9 für den Vertrieb von Lebensmitteln im Reisegewerbe sowie nach § 67 I Nr. 1 im Marktgewerbe. Indes liegt dem Gewerberecht kein eigenständiger Lebensmittelbegriff zugrunde, er wird vielmehr im Sinne des Lebensmittelrechts verstanden.³ Nach Art. 2 I Lebensmittel-Basis-VO⁴, auf die auch § 2 II LFGB verweist, sind „Lebensmittel“ alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand vom Menschen aufgenommen werden. Dem Lebensmittelrecht liegt danach ein weites Verständnis zugrunde, sodass der gesonderten Feststellung der Zugehörigkeit von Getränken zum Lebensmittelbegriff nach Art. 2 II 1 Lebensmittel-Basis-VO nur deklaratorische Bedeutung zukommt. Als Getränke sollen alle flüssigen Lebensmittel gelten;⁵ indes sollen Soßen und Suppen nicht hinzuzurechnen sein,⁶ auch flüssige Nahrungsergänzungsmittel sind vom Begriff des Getränks nicht erfasst,⁷ was auf eine im Einzelfall nicht immer leichte Abgrenzung der Begrifflichkeiten hindeutet. „Lebensmittelrecht

ist in weiten Teilen Lebensmittelkennzeichnungsrecht.“⁸ Für die Qualifikation eines Lebensmittels als Getränk kommt der zum 13.12.2014 in Kraft getretenen Lebensmittelinformationsverordnung (LMIV)⁹ daher zentrale Bedeutung zu, wobei wesentliches Kennzeichnungserfordernis die korrekte Bezeichnung¹⁰ des Lebensmittels nach § 9 LMIV ist.¹¹ Dabei kann sich die korrekte Bezeichnung aus rechtlichen Vorgaben und – soweit keine rechtlichen Vorgaben vorhanden sind – aus der Verbrauchersicht und Verkehrsauffassung ergeben.¹² Soweit auch eine Bezeichnung für das Lebensmittel fehlt, die von den Verbrauchern ohne weitere Erläuterungen akzeptiert wird, so ist eine beschreibende Bezeichnung zu wählen, die das Lebensmittel hinreichend genau beschreibt und den Verbrauchern so ermöglicht, die tatsächliche Art des Lebensmittels zu erkennen (Art. 2 II LMIV). Für die Verkehrsauffassung spielt das Deutsche Lebensmittelbuch (§ 15 LFGB) eine besondere Rolle, dessen Leitsätze für eine Vielzahl an Lebensmitteln Herstellung, Beschaffenheit und sonstige Merkmale beschreibt.¹³ Für die Qualifikation eines Lebensmittels als Getränk kommt es nach all dem wesentlich auf die Verkehrsanschauung und die Verbrauchersicht an, weshalb dem lebensmittelrechtlichen Getränkebegriff nur solche Flüssigkeiten unterfallen, die zum Trinken bestimmt sind.¹⁴

II. Der Begriff des alkoholischen Getränks im Gewerberecht

Die genaue Abgrenzung des Begriffs des Getränks wäre dann nicht weiter relevant, wenn sich keine besonderen Rechtsfolgen an den Begriff knüpfen. Indes beschränken sich besondere Vorschriften des Gewerberechts auf alkoholische Getränke. Im Reisegewerbe findet sich mit § 55 I Nr. 3 lit. b Hs. 1 GewO ein Verbot, alkoholische Getränke feilzubieten. Auch auf Wochenmärkten werden alkoholische Getränke von den feilgebo-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Thorsten Siegel, Freie Universität Berlin.

¹ Die Untersuchung kann daher auch der Querschnittsmaterie des Lebensmittelwirtschaftsrechts zugeordnet werden, vgl. Stober/Eisenmenger, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16. Auflage 2016, § 53 II 4.

² Auf spezielle alkoholhaltige Lebensmittel, wie etwa ebenfalls dem Lebensmittelbegriff unterfallende Zusatzstoffe wie Polyole und Aromen, wird nicht eingegangen; zum Lebensmittelbegriff Weck, Lebensmittelrecht, 3. Auflage 2017, Rn. 22 ff.

³ Rossi, in: Prielow, BeckOK Gewerberecht, 39. Edition, Stand: 1.9.2017, GewO, § 55a Rn. 21; Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Auflage 2011, § 67 Rn. 9.

⁴ VO (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, Abl. Nr. L 31 S. 1.

⁵ Boch, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, 6. Online-Auflage 2016, § 2 Rn. 6.

⁶ Rathke, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 167. EL Juli 2017, C 101 (EG Lebensmittel-Basisverordnung), Art. 2 Rn. 35 (Stand: November 2012 EL 150); Rathke, a.a.O., C 110 (LMKV), § 7b Rn. 6 (Stand: Juli 2011 EL 145).

⁷ Dazu Rathke/Hahn, in: Zipfel/Rathke (Fn. 6), C111 (VO (EG) Nr. 1924/2006), Art. 4 Rn. 6 (Stand: März 2015 EL 160).

⁸ Weck (Fn. 2) Rn. 84.

⁹ Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Informationen der Verbraucher über Lebensmittel, ABl. 2011, L 304/18, dazu Hentschel, VuR 2015, 55.

¹⁰ Dem entspricht der Begriff der Verkehrsbezeichnung nach § 4 LMKV, Weck (Fn. 2) Rn. 94.

¹¹ Weck (Fn. 2) Rn. 100; Für nicht vorverpackte Lebensmittel gelten kennzeichnungrechtliche Einschränkungen nach Art. 44 LMIV; dazu Weck (Fn. 2) Rn. 86.

¹² Zum Verhältnis Weck (Fn. 2) Rn. 105.

¹³ Dazu im Einzelnen Weck (Fn. 2) Rn. 104.

¹⁴ Rathke/Hahn, in: Zipfel/Rathke (Fn. 6), C111 (VO (EG) Nr. 1924/2006), Art. 4 Rn. 6 (Stand: März 2015 EL 160); Grube, in: Voit/Grube, Lebensmittelinformationsverordnung, 2. Auflage 2016, Art. 28 Rn. 6; dies gilt auch im Unionsrecht, vgl. Rathke, in: Zipfel/Rathke, (Fn. 6), C 101 (EG Lebensmittel-Basisverordnung), Art. 2 Rn. 35 (EL 150 November 2012).

tenen Warenarten im Grundsatz ausgenommen, § 67 I Nr. 1 Hs. 1 GewO. Nach § 2 GastG besteht dann eine Erlaubnispflicht, wenn der Gaststättenbetrieb mit dem Ausschank alkoholischer Getränke einhergeht. Der in den gewerberechtlichen Ursprüngen noch als „geistige Getränke“ geführte Begriff der alkoholischen Getränke¹⁵ wird im Gewerberecht selbst nicht legaldefiniert. In der Literatur findet sich eine dem Schutzzweck des Gewerberechts entsprechend weit zu verstehende Auslegung des Begriffs des alkoholischen Getränks. Danach sind vom Begriff des alkoholischen Getränks alle zum Trinken bestimmten alkoholischen Flüssigkeiten erfasst.¹⁶ Nicht erheblich ist die Beigabe sonstiger, nicht alkoholischer Getränke.¹⁷ Anders als der Begriff des Lebensmittels wird der Begriff des alkoholischen Getränks zwar nicht ausdrücklich an die lebensmittelrechtlichen Begriffsgrundlagen zurückgebunden, er deckt sich aber weitgehend mit den im Lebensmittelrecht getätigten Annahmen; auch dem Jugendschutzrecht liegt ein vergleichbares Verständnis vom Begriff des alkoholischen Getränks zugrunde.

1. Parallelen im Lebensmittelrecht

Alkoholische Getränke unterliegen im Lebensmittelrecht einer Vielzahl an Regelungen, die insbesondere kennzeichnungsrechtliche Aspekte berühren. Etwa der Zusatz „bekömmlich“ bei der Kennzeichnung von Wein und Bier war zuletzt Gegenstand von Debatten um die Health-Claims-Verordnung.¹⁸ In der Spirituosenverordnung¹⁹ finden sich Regelungen zur Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Etikettierung von Spirituosen als besonderer Form alkoholischer Getränke. Spezielle Vorschriften finden sich auch für Wein und aromatisierte Weinerzeugnisse.²⁰ Zentrale Bedeutung kommt auch hier der LMIV zu.²¹ Ab einem Alkoholgehalt von 1,2 Volumenprozent unterwirft Art. 28 LMIV Getränke einer Pflicht zur Angabe des vorhandenen Alkoholgehalts,²² indes das für Lebensmittel ansonsten vorgeschriebene Zutatenverzeichnis und die Nährwertdeklaration ab 1,2 Volumenprozent nicht verpflichtend ist (Art. 16 IV LMIV).²³ Daraus lässt sich jedoch nicht folgern, dass unter 1,2 % vol nicht von alkoholischen Getränken gesprochen werden könnte. Die sich nach Anhang XII zur LMIV richtende Ermittlung des Alkoholgehalts knüpft nur die Kennzeichnungspflicht an den Wert von 1,2 % vol. Erst unterhalb von 0,5 % vol werden bestimmte Getränke (etwa „alkoholfreies“ Bier) aber als nicht alkoholhaltige Getränke angesehen.²⁴ Aus den einschlägigen Bestimmungen lässt sich danach ein Begriffsverständnis herleiten, wonach im Lebensmittelrecht als alkoholische Getränke zum Trinken bestimmte Flüssigkeiten angesehen werden, in denen zumindest 0,5 % vol Alkohol enthalten ist.

2. Parallelen im Jugendschutzrecht

Neben dem Lebensmittelrecht spielen alkoholische Getränke auch im Jugendschutzrecht eine besondere Rolle.²⁵ Vom Verbot des § 9 I JuSchG werden neben Bier, Wein, weinähnlichen Getränken und Schaumwein (auch als Mischungen mit nichtalkoholischen Getränken) auch alle anderen alkoholischen Getränke erfasst. Die vormalig im JuSchG verwendeten Begriffe „Branntwein“ und „branntweinhaltige Getränke“²⁶ wurden mit der Ablösung des Branntweinmonopolgesetzes durch das Alkoholsteuergesetz (AlkStG) zum 1.1.2018 durch den Begriff des „anderen alkoholischen Getränks“ ersetzt.²⁷ Der Begriff des Branntweins entfällt, womit jedoch keine inhaltlichen Änderungen verbunden sein sollen.²⁸ Waren die nunmehr von Nr. 1 erfassten Getränke vormalig vom Auffangtatbestand der Nr. 2 erfasst,²⁹ unterfallen nunmehr ehemals von den Begriffen Branntwein/branntweinhaltige Getränke erfasste alkoholische Getränke dem Tatbestand des § 9 I Nr. 2 JuSchG. Mit der

Änderung wird eine begriffliche Anpassung an die geänderten steuerrechtlichen Grundlagen vollzogen. „Andere alkoholische Getränke“ sind danach Alkohol und alkoholhaltige Getränke im Sinne des AlkStG (sowie Zwischenerzeugnisse im Sinne des Schaumwein- und Zwischenerzeugnissteuergesetzes),³⁰ das seinerseits auf die kombinierte Nomenklatur (s. bereits Fn. 24) verweist. Andere alkoholische Getränke sind danach insbesondere durch Destillation gewonnene Spirituosen (Alkohol nach § 1 II Nr. 1 AlkStG) und spirituosenhaltige Getränke. Im Sinne eines Auffangtatbestands sollten vom Begriff des „anderen alkoholischen Getränks“ weiterhin auch alle – soweit denkbar – weder von § 9 I Nr. 1 JuSchG noch dem AlkStG erfassten alkoholischen Getränke erfasst werden. Ausgenommen sind nach § 9 I Nr. 2 JuSchG jedoch andere alkoholische Getränke oder Lebensmittel, die andere alkoholische Getränke in nur geringfügiger Menge enthalten. Bisher wurde die Geringfügigkeitsklausel (§ 9 I Nr. 1 JuSchG a.F.) auch auf alkoholische Getränke wie Wein und Bier (Nr. 2 a.F.) ausgedehnt.³¹ Geringfügigkeit wird auch im Jugendschutzrecht bis zu 0,5 Volumenprozent angenommen.³²

III. Der Begriff des alkoholhaltigen Nahrungsmittels im Gewerberecht

Alkoholhaltige Nahrungsmittel sind bis auf die Sonderregelung des § 20 Nr. 1 GastG hingegen nicht Gegenstand besonderer Regelungen des Gewerberechts. Damit folgt das Gewerberecht einer auch im Lebensmittel- und Jugendschutzrecht nachweis-

¹⁵ Rossi, in: Pielow (Fn. 3), § 57 Rn. 15; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 76. EL August 2018, § 56 Rn. 72 (56. EL April 2010).

¹⁶ Rossi, in: Pielow (Fn. 3), § 57 Rn. 15; Metzner, in: Metzner, Gaststättengesetz, 6. Auflage 2002, § 1 Rn. 40, § 3 Rn. 95; Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat (Fn. 3), § 56 Rn. 23.

¹⁷ Rossi, in: Pielow (Fn. 3), § 57 Rn. 15.

¹⁸ Dazu Bruggmann, LMuR 2015, 151.

¹⁹ Verordnung (EG) Nr. 110/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Etikettierung von Spirituosen sowie zum Schutz geographischer Angaben für Spirituosen, ABl. L 39 vom 13.2.2008, S. 16.

²⁰ Zu weiteren Bereichen vgl. den Bericht der Kommission vom 13.3.2017, COM(2017) 58 final, S. 5 ff.

²¹ Zum Verhältnis der LMIV zu anderen Lebensmittelinformationsvorschriften Grube, in: Voit/Grube (Fn. 14), Art. 1 Rn. 67 f.

²² Zur Abweichung für Erzeugnisse nach KN-Code 2204 nach Abs. 1 s. Grube, in: Voit/Grube (Fn. 14), Art. 28 Rn. 5.

²³ Nachdem die Kommission mit ihrem Vorschlag gescheitert ist, alkoholische Getränke (einschließlich Alkopops, jedoch ausschließlich Wein, Bier und Spirituosen) der Pflicht zur Angabe eines Zutatenverzeichnisses und einer Nährwertdeklaration zu unterwerfen, hat sie zuletzt beruhend auf einem Kompromiss mit dem Europäischen Parlament nach Art. 16 IV Ua. 1 LMIV einen Bericht zu zukünftigen Kennzeichnungspflichten alkoholischer Getränke erstellt, der die Produzenten von alkoholischen Getränken zu einem Vorschlag zur Selbstregulierung auffordert, s. Bericht der Kommission über die verpflichtende Kennzeichnung alkoholischer Getränke mit dem Zutatenverzeichnis und der Nährwertdeklaration vom 13.3.2017, COM(2017) 58 final.

²⁴ Anm. Nr. 3 zu Kapitel 22 der kombinierten Nomenklatur, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2016:294:FULL&from=DE> (zuletzt abgerufen am 3.1.2018).

²⁵ Hingewiesen sei auch auf die Regulierung von Werbung für alkoholische Getränke ggü. Kindern und Jugendlichen, dazu Gerecke, NJW 2015, 3185 (8190) und Liesching, MMR 2012, 211.

²⁶ Dazu Liesching/Schuster, Jugendschutzrecht, 5. Auflage 2011, JuSchG, § 9 Rn. 6 f.; Liesching, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 216. EL August 2017, JuSchG, § 9 Rn. 3 (192. EL November 2012); Nikles/Roll/Spürck/Umbach, Jugendschutzrecht, 2. Auflage 2005, JuSchG, § 9 Rn. 6.

²⁷ Gesetz zur Auflösung der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein und zur Änderung weiterer Gesetze v. 10.3.2017, BGBl. Teil I 2017 Nr. 12, 15.3.2017, S. 420; zur Entwicklung des Branntweinmonopols in Deutschland Schröder-Schallenberg, ZLR 2013, 159.

²⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/10008, S. 16.

²⁹ Dazu Liesching/Schuster (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 8.

³⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/10008, S. 16f.

³¹ Liesching, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 5; Mit der Neufassung steht jedenfalls nach der Gesetzesbegründung (S. 17) eine Verengung der Geringfügigkeitsklausel auf alkoholhaltige Lebensmittel zur Diskussion.

³² Liesching/Schuster (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 8; Liesching, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 5.

baren Differenzierung zwischen alkoholischen Getränken einerseits, sonstigen alkoholhaltigen Lebensmitteln andererseits.

Auch das Lebensmittelrecht differenziert zwischen alkoholischen Getränken und sonstigen alkoholhaltigen Lebensmitteln. Für nicht vom Begriff des alkoholischen Getränks erfasste Lebensmittel gilt die Ausnahme des Art. 16 IV LMIV nicht.³³ Die danach geltenden allgemeinen Vorschriften können für Nahrungsmitteln zugefügten Alkohol aber die Kennzeichnung im Zutatenverzeichnis erforderlich machen (Art. 18 LMIV). Für bestimmte Sorten Alkohol kann sich dabei die Möglichkeit der Ersetzung durch den Klassennamen ergeben.³⁴

Auch das Jugendschutzrecht erfasst neben alkoholischen Getränken alkoholhaltige Nahrungsmittel gesondert, wenn nach § 9 I Nr. 2 JuSchG über alkoholische Getränke hinaus auch alkoholische Getränke enthaltende Lebensmittel vom Verbot erfasst werden. Der neben dem Begriff des alkoholischen Getränks stehende Begriff des alkoholhaltigen Lebensmittels erfasst alle Lebensmittel, die kein Getränk sind, aber überwiegend aus alkoholischen Getränken bestehen oder zumindest alkoholische Getränke in nicht nur geringfügiger Menge enthalten.³⁵ Dazu zählen Nahrungsmittel wie der Eisbecher, der mit einer nicht nur geringfügigen Menge an einer Spirituose angereichert wird oder auch alkoholhaltige Pralinen.³⁶

IV. Konsequenzen aus der begrifflichen Differenzierung

Die aufgezeigte Differenzierung zwischen alkoholischen Getränken und alkoholhaltigen Nahrungsmitteln eröffnet einen Bereich schwieriger Abgrenzungsfragen, wenn neue alkoholhaltige Produkte wie sog. „Jelly Shots“³⁷, also mit einer Spirituose zubereitete Götterspeise als moderne Form des „Kurzen“ oder sog. „Frozen Cocktails“³⁸, also spirituosenhaltiges Speiseeis als moderne Form des Cocktails in den Vertrieb gehen. Die ausdrückliche Erfassung von sonstigen alkoholhaltigen Lebensmitteln im JuSchG zeigt, dass der Begriff des alkoholischen Getränks nicht bedenkenlos weit i.S.e. Erfassung aller alkoholhaltigen Lebensmittel verstanden werden darf. Auch die übereinstimmende Definition des Begriffs des alkoholischen Getränks in der gewerberechtlichen Literatur beschränkt sich auf zum Trinken bestimmte alkoholhaltige Flüssigkeiten.³⁹ Andererseits ist zu berücksichtigen, dass in Anbetracht der spezifisch auf die Verhinderung des Missbrauchs von Alkohol zielenden Bestimmungen des Gewerberechts⁴⁰ eine autonome und auch weite Auslegung des Begriffs des alkoholischen Getränks zugrunde gelegt werden sollte. Unerheblich sollte daher für die gewerberechtliche Begriffsbestimmung sein, ob die Kennzeichnungspflichtgrenze von 1,2 Volumenprozent erreicht ist, wobei sich die Anerkennung einer Bagatellgrenze von 0,5 Volumenprozent auch im Gewerberecht anbietet. Auch Umgehungstatbestände sollten vom gewerberechtlichen Begriff des alkoholischen Getränks erfasst werden können. Als alkoholische Getränke im gewerberechtlichen Sinne gelten etwa auch Getränke, die zum Zeitpunkt des Feilbietens noch alkoholfrei, aber im weiteren Verlauf durch einen einsetzenden Gärungsprozess alkoholhaltig werden.⁴¹ Auch das bloße Einfrieren von Bier kann nicht zu einer gewerberechtlichen Freistellung von den besonderen Anforderungen an alkoholische Getränke führen.⁴² Schwieriger, aber wohl auch als Umgehung gewerberechtlicher Anforderungen zu qualifizieren wäre ein bisher nur nach Jugendschutzrecht bewerteter Fall, in dem Alkohol in Form eines wasserlöslichen Pulvers vertrieben wurde. Im vom OLG Hamm entschiedenen Fall wurde das Instantgetränkpulver als alkoholisches Getränk i.S.d. § 6 V JMStV gewertet; im Ergebnis zu Recht, weil das Pulver allein der Herstellung eines alkoholhaltigen Getränks und damit der Umgehung spezieller Vorschriften

wie dem AlkopopStG diene.⁴³ Eine Auseinandersetzung mit der Frage der tatbestandlichen Erfassbarkeit auch des Pulvers vom Getränkebegriff fehlt in dem Urteil jedoch vollständig; auch eine etwa mögliche Analogie wurde nicht thematisiert. Wehlau weist zu Recht darauf hin, dass das Pulver an sich nach den lebensmittelrechtlichen Grundsätzen als Zuckerware und nicht als Getränk zu qualifizieren gewesen wäre.⁴⁴ In der vom OLG Hamm zugrunde gelegten Pauschalität droht aber auch im Gewerberecht eine Überdehnung des Begriffs des alkoholischen Getränks. Um nicht auch von der Verkehrsanschauung dem Bereich der Nahrungsmittel zugeordnete alkoholhaltige Lebensmittel zu erfassen, sollte daher im Einzelfall in Anlehnung an die lebensmittelrechtlichen Grundsätze eine Qualifikation des in Rede stehenden alkoholhaltigen Lebensmittels vorgenommen werden. Etwa im Falle spirituosenhaltigen Speiseeises wären die Leitsätze für Speiseeis und Speiseeishalberzeugnisse⁴⁵ oder im Falle alkoholhaltiger Götterspeise die Leitsätze für Puddinge, andere süße Desserts und verwandte Erzeugnisse⁴⁶ heranzuziehen. Spezifisch zum Essen hergestellte Produkte, die insoweit die Anforderungen an lebensmittelrechtliche Erwartungen erfüllen und die Qualitäten eines echten Nahrungsmittels aufweisen, sollten weiterhin vom gewerberechtlichen Begriff des alkoholischen Getränks abgegrenzt werden. Eine drohende mutwillige Umgehung der sich spezifisch an alkoholische Getränke richtenden Vorschriften wäre hingegen über die dogmatisch saubere Begründung einer Analogie korrigierbar: Von dem alkoholhaltigen Lebensmittel müsste dafür zunächst eine vergleichbare Gefahr des Alkoholmissbrauchs ausgehen, wie dies bei alkoholischen Getränken der Fall ist; zugleich muss die Nichterfassung vom Getränkebegriff planwidrig sein, was nur bei Lebensmitteln anzunehmen ist, die auf die Umgehung der sich spezifisch an alkoholische Getränke richtenden Anforderungen gerichtet sind.

B. Gewerberechtliche Anforderungen an alkoholhaltige Lebensmittel

Die gewerberechtlichen Anforderungen an den Vertrieb alkoholhaltiger Lebensmittel richten sich entsprechend der Einteilung der GewO danach, ob der Vertrieb im Wege des stehenden Ge-

³³ Grube, in: Voit/Grube (Fn. 14), Art. 16 Rn. 87.

³⁴ Dazu Grube, in: Voit/Grube (Fn. 14), Art. 18 Rn. 52.

³⁵ Liesching/Schuster (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 7.

³⁶ Liesching/Schuster (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 7; Liesching, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 4; mit dem Befund korrelierte auch die gesonderte Erfassung von branntweinhaltenen Waren durch das Branntweinmonopolgesetz nach § 130 I i.V.m. IV; seit dem 1.1.2018 alkoholhaltige Waren nach § 1 II Nr. 2 AlkStG. Alkoholhaltige Waren sind andere alkoholhaltige Waren als Getränke, alkoholhaltige Flüssigkeiten und Essig nach Kapitel 22 der Kombinierten Nomenklatur, die unter Verwendung von Alkohol hergestellt werden oder Alkohol enthalten und deren Alkoholgehalt bei flüssigen Waren höher als 1,2 Volumenprozent, bei nicht flüssigen Waren als 1 Masseprozent ist. Speiseeis unterfällt etwa dem KN-Code 2105 00 und damit Kapitel 21 der kombinierten Nomenklatur.

³⁷ Siehe aus dem Markt bspw. <http://www.jelly-bomb.de/> oder auch <http://www.jelly-shot.at/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2018).

³⁸ Siehe aus dem Markt bspw. <https://skadi.berlin/> oder auch <https://schleckdruff.de/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2018).

³⁹ Dazu bereits Fn. 16.

⁴⁰ Vgl. Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 71 (56. EL April 2010); insb. für das Gaststättenrecht Schmidt am Busch, GewArch 2009, 377 (377 f.); Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht Band 1, 3. Auflage 2012, § 20 Rn. 47.

⁴¹ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 72 (56. EL April 2010).

⁴² Im AlkopopStG werden Getränke in gefrorener Form nach § 1 II ausdrücklich in den Anwendungsbereich einbezogen, vgl. dazu Wehlau/von Walter, ZLR 2004, 645 (652).

⁴³ OLG Hamm, ZLR 2007, 223; dazu Wehlau, ZLR 2007, 228.

⁴⁴ Sich aber ebenso im Ergebnis wegen der Umgehung der Vorschriften des Jugendschutzes anschließend Wehlau, Anm. zu OLG Hamm, ZLR 2007, 228 (229 f.).

⁴⁵ Abrufbar unter https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ernaehrung/Lebensmittelbuch/LeitsaetzeSpeiseeis.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 3.1.2018).

⁴⁶ Abrufbar unter https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ernaehrung/Lebensmittelbuch/LeitsaetzePuddinge.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 3.1.2018).

werbes, im Reisegewerbe oder im – eine Festsetzung voraussetzenden⁴⁷ – Marktgewerbe erfolgt. Neben Regelungen im Reise- und Marktgewerbe kommt der Regulierung des Vertriebs von Alkohol im stehenden Gewerbe eine zentrale Rolle im Recht der Gaststätten zu.

I. Anforderungen im stehenden Gewerbe, insbesondere das Gaststättenrecht

Alkoholhaltige Lebensmittel werden zumeist im stehenden Gewerbe vertrieben. Dazu zählt neben dem klassischen Ladenverkauf auch der Vertrieb im Internet.⁴⁸ Die Gewerbeordnung stellt keine besonderen Anforderungen an den Vertrieb von alkoholischen Lebensmitteln im stehenden Gewerbe, die über die Anzeige des Gewerbebetriebs nach § 14 GewO hinausgingen. Dies gilt gleichermaßen für alkoholhaltige Getränke wie Nahrungsmittel.

Indes findet sich mit dem GastG des Bundes (im Folgenden GastG) ein gewerberechtliches Sonderregime für alkoholische Getränke, die im stehenden Gewerbe⁴⁹ zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden. Die Bekämpfung des Missbrauchs von Alkohol ist eines der zentralen Ziele des Gaststättenrechts.⁵⁰ Zu berücksichtigen ist, dass mit der Föderalismusreform 2006 das Gaststättenrecht zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder wurde.⁵¹ Das GastG findet danach nur vorbehaltlich keiner abweichenden landesrechtlichen Regelungen Anwendung; in mehreren Bundesländern ist nunmehr auch beim Ausschank von alkoholischen Getränken nur noch eine Anzeige erforderlich, die jedoch die unverzügliche Überprüfung der Zuverlässigkeit auslöst.⁵² Nach Bundesrecht ist der Betrieb von Schankwirtschaften, in denen alkoholische Getränke verabreicht werden, nach § 2 I GastG hingegen erlaubnispflichtig. Erlaubnisfrei ist nach § 2 II GastG aber das Verabreichen unentgeltlicher Kostproben, also geringer Mengen zu Werbezwecken, zu denen auch alkoholhaltige Getränke gehören.⁵³ Eine Gaststätte darf mangels Zuverlässigkeit nicht betreiben, wer der Trunksucht ergeben ist⁵⁴ oder zur gerechtfertigten Annahme beiträgt, dass dem Alkoholmissbrauch Vorschub geleistet werden wird (§ 4 I Nr. 1 GastG).⁵⁵ Auch die Aufhebung einer bereits erteilten Erlaubnis nach § 15 I, II GastG ist dann möglich. Alkoholmissbrauch liegt nicht nur bei Verstößen gegen das Verbot nach § 20 Nr. 2 GastG, Alkohol an erkennbar Betrunkene zu verabreichen und bei Verstößen gegen § 9 I JuSchG vor, sondern auch beim Verzehr von Alkohol im Übermaß,⁵⁶ etwa im Falle sog. Flatrate-Partys.⁵⁷ Es wird gestritten, ob zur Eindämmung des Alkoholkonsums auch im Falle des § 15 I, II GastG („ist“) in Hinblick auf Art. 12 I GG als milderer Mittel zur Aufhebung die Möglichkeit des Erlasses von Auflagen nach § 5 Nr. 1 GastG in Betracht kommt.⁵⁸ Nach Auffassung des BVerwG kann die Möglichkeit von Auflagen bereits das tatbestandliche Vorliegen der Unzuverlässigkeit ausschließen.⁵⁹ Nach § 6 GastG erfordert der Ausschank alkoholischer Getränke auch, auf Verlangen alkoholfreie Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle zu verabreichen; alkoholfreie Getränke sind danach nicht nur vorrätig zu halten, sondern müssen in gleicher Weise wie alkoholische Getränke angeboten werden.⁶⁰ Verboten ist es zudem nach § 20 Nr. 4 GastG, das Verabreichen alkoholfreier Getränke von der Bestellung alkoholischer Getränke abhängig zu machen oder bei der Nichtbestellung alkoholischer Getränke die Preise zu erhöhen. Als Nebenleistung dürfen außerhalb der Sperrzeit auch alkoholische Getränke nach § 7 II GastG im sog. Verkauf über die Straße abgegeben werden.⁶¹ Es kommt für Abs. 2 Nr. 1 darauf an, ob die Waren auch in der Schank- und Speisewirtschaft den Gästen tatsächlich verabreicht werden, sodass die Abgabe ganzer Flaschen Likör und Brantwein, die nicht üblicherweise

auch in der Gastwirtschaft angeboten werden, unzulässig sein soll.⁶² Nach § 19 GastG kann aus besonderem Anlass der gewerbsmäßige Ausschank alkoholischer Getränke vorübergehend für bestimmte Zeit und für einen bestimmten örtlichen Bereich ganz oder teilweise verboten werden, wenn dies zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist.⁶³ Der Anwendungsbereich der Vorschrift betrifft über das stehende Gewerbe hinaus auch das Reise- und Marktgewerbe.⁶⁴ Das Feilhalten von Alkohol i.S.d. § 1 II Nr. 1 AlkStG oder überwiegend alkoholhaltigen Lebensmitteln durch Automaten ist nach § 20 Nr. 1 GastG verboten; § 9 III JuSchG erweitert das Verbot auf das Angebot aller alkoholischen Getränke in Automaten in der Öffentlichkeit. In gewerblich genutzten Räumen wie Gaststätten können jedoch mittels Automaten jedenfalls alkoholhaltige Getränke, die keinen Alkohol i.S.d. § 1 II Nr. 1 AlkStG enthalten, angeboten werden, wenn die Gaststätte für Minderjährige unzugänglich ist (§ 9 III 2 Nr. 1 JuSchG), die Automaten durch Vorrichtungen gesichert sind oder durch ständige Aufsicht sichergestellt ist, dass Kinder und Jugendliche alkoholische Getränke nicht aus dem Automaten entnehmen können (§ 9 III 2 Nr. 2 JuSchG).⁶⁵

II. Anforderungen im Reisegewerbe

Im Reisegewerbe sind insbesondere Erlaubnisfordernisse beim Vertrieb alkoholhaltiger Lebensmittel einzuhalten, die sich in Abhängigkeit von der Differenzierung zwischen alkoholischen Getränken und alkoholhaltigen Nahrungsmitteln ergeben. Für alkoholhaltige Nahrungsmittel greifen die allgemeinen reisegewerblichen Pflichten; § 55 II GewO statuiert demnach das Erfordernis einer Reisegewerbekarte. Für alkoholhaltige Getränke ergibt sich hingegen ein spezielles Erlaubnisregime.

⁴⁷ Zu den daneben bestehenden Möglichkeiten der Durchführung kommunaler Märkte Kniessel, GewArch 2013, 270.

⁴⁸ Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen des Online-Handels mit Lebensmitteln Fröhlich/Löwer, ZLR 2015, 414; zu Fragen der Verbraucherinformation Jahn/Schäfer, ZLR 2011, 593; zu den besonderen Anforderungen beim Vertrieb alkoholhaltiger Lebensmittel unter dem Aspekt des Jugendschutzes Liesching/Schuster (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 13 ff.; Ernst/Spoenle, ZLR 2007, 114.

⁴⁹ Zur Reisegaststätte nach § 1 II GastG noch B. II. 2.

⁵⁰ Schmidt am Busch, GewArch 2009, 377 (377 f.); Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 40), § 20 Rn. 47.

⁵¹ Dazu Schönleiter, GastG, 2012, Einleitung Rn. 1; dennoch war eine Anpassung des GastG an die Begrifflichkeiten des AlkStG durch Bundesrecht zulässig, vgl. zur insbesondere im Kontext des § 6a GewO diskutierten Anpassungskompetenz des Bundes Stenger, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 6a Rn. 24 (64. EL Juli 2013).

⁵² Vgl. etwa § 2 f. BbgGastG; entsprechende Regelungen finden sich in Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, vgl. dazu Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 40), § 20 Rn. 3.

⁵³ Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 40), § 20 Rn. 20.

⁵⁴ Dazu näher Schmidt am Busch, GewArch 2009, 377 (378).

⁵⁵ Kritisch zu diesem Merkmal Schmidt am Busch, GewArch 2009, 377 (378).

⁵⁶ Guckelberger, LKV 2008, 385 (387); Metzner (Fn. 16), § 4 Rn. 55 ff.

⁵⁷ Dazu im Einzelnen Guckelberger, LKV 2008, 385; zum landesgesetzlich angeordneten Verbot, alkoholische Getränke in einer Art und Weise anzubieten, die darauf gerichtet ist, zu übermäßigem Konsum zu verleiten (so etwa § 7 Nr. 5 BbgGastG) Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 40), § 20 Rn. 47.

⁵⁸ Dafür OVG Hamburg, GewArch 1996, 425 (426); aus der Lit.: Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2016, § 12 Rn. 39; Guckelberger, LKV 2008, 385 (389); Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 40), § 20 Rn. 47; dagegen zuletzt VG Koblenz, Beschluss vom 11.3.16, Az.: 1 L 112/16.KO, S. 3 unter Verweis auf Metzner (Fn. 16), § 18 Rn. 45 f.; Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2015, Rn. 448.

⁵⁹ BVerwG, NVwZ-RR 1997, 222; indes wird die Tauglichkeit von Auflagen zur Beseitigung persönlicher Unzuverlässigkeit bezweifelt, so VG München, Urteil vom 27. April 2010 – M 16 K 10.778 –, juris Rn. 47.

⁶⁰ Metzner (Fn. 16), § 6 Rn. 3; kritisch zum „Apfelsaftparagrafen“ Schmidt am Busch, GewArch 2009, 377 (381).

⁶¹ Schönleiter, GastG (Fn. 51), § 7 Rn. 2.

⁶² Metzner (Fn. 16), § 7 Rn. 28 ff.

⁶³ Dazu Schmidt am Busch, GewArch 2009, 377 (381).

⁶⁴ Schönleiter, GastG (Fn. 51), § 19 Rn. 1.

⁶⁵ Zu den Ausnahmen nach dem JuSchG Liesching/Schuster (Fn. 26), JuSchG, § 9 Rn. 20 ff.

1. Das Verbot des Feilbietens alkoholischer Getränke nach § 56 I Nr. 3 lit. b Hs. 1 GewO

Im Reisegewerbe ist das Feilbieten von alkoholischen Getränken nach § 56 I Nr. 3 lit. b Hs. 1 GewO im Grundsatz verboten. Die besonderen gewerberechtlichen Vorschriften für das Reisegewerbe dienen dem Schutz der Allgemeinheit und insbesondere der Kunden vor den vom Reisegewerbe ausgehenden besonderen Gefahren.⁶⁶ In Abgrenzung zum stehenden Gewerbe zeichnet sich das Reisegewerbe nämlich dadurch aus, dass der Kunde auf das Angebot des Gewerbetreibenden außerhalb dessen gewerblicher Niederlassung oder ohne überhaupt eine solche zu haben und zudem ohne vorhergehende Bestellung trifft.⁶⁷ Das Feilbieten alkoholischer Getränke stellt darüber hinaus einen besonders überwachtungsbedürftigen Vorgang dar. Dem Verbot des § 56 I Nr. 3 lit. b Hs. 1 GewO zugrunde liegen danach die Flüchtigkeit des Reisegewerbes gepaart mit den besonderen Gefahren des Alkoholmissbrauchs.⁶⁸ Die Begrenzung des Verbots auf das Feilbieten alkoholischer Getränke zeigt, dass sowohl das Aufsuchen von Bestellungen für alkoholische Getränke als auch der Ankauf von alkoholischen Getränken im Reisegewerbe erlaubt ist,⁶⁹ was dann aber eine Reisegewerbekarte erforderlich macht.

2. Ausnahmen nach § 56 I Nr. 3 lit. b Hs. 2 GewO

Von dem Verbot des Feilbietens abweichend werden nach § 56 I Nr. 3 lit. b Hs. 2 GewO drei Ausnahmen zugelassen. Die Ausnahmen sind dem Schutzzweck der Regelungen entsprechend eng auszulegen.⁷⁰

Zunächst dürfen im Reisegewerbe Bier und Wein feilgeboten werden, wenn dies in verschlossenen Behältnissen, also etwa in Flaschen oder Dosen, erfolgt (§ 56 I Nr. 3 lit. b Hs. 2 Var. 1 GewO). Erforderlich ist dafür dann eine Reisegewerbekarte nach § 55 II GewO.⁷¹ Ausnahmsweise ist die Reisegewerbekarte entbehrlich, wenn bei Geltung des GastG Wein und Bier in verschlossener Form von einer ortfesten Betriebsstätte aus zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht wird. Die im Falle des Ausschanks alkoholischer Getränke geltende Erlaubnispflicht nach § 2 I GastG, die im Reisegewerbe vom Erfordernis einer Gestattung nach § 12 GastG substituiert wird, macht die Reisegewerbekarte nach § 55a I Nr. 7 GewO entbehrlich. In Bundesländern, in denen das GastG des Bundes zugunsten landesrechtlicher Anzeigepflichten abgelöst wurde, gilt hingegen weiterhin das Erfordernis einer Reisegewerbekarte.

Im Reisegewerbe weiterhin zugelassen ist das Feilbieten alkoholischer Getränke, soweit sie aus selbstgewonnenen Erzeugnissen des Weinbaus, der Landwirtschaft oder des Obst- und Gartenbaues hergestellt wurden (§§ 56 I Nr. 3 Hs. 2 lit. b Var. 2 i.V.m. 67 I Nr. 1 Hs. 2 GewO). Dass vom Urproduzenten Alkohol zur Herstellung von Likören und Geisten aus Obst, Pflanzen und anderen landwirtschaftlichen Ausgangserzeugnissen, bei denen die Ausgangsstoffe nicht selbst vergoren werden, zugekauft werden, ist unschädlich (§ 67 I Nr. 1 Hs. 3 GewO). Liegen die Ausnahmeveraussetzungen vor, so bedarf es einer Reisegewerbekarte.

§ 56 I Nr. 3 lit. b) Hs. 2 Alt. 3 GewO statuiert schließlich eine Ausnahme von der Reisegewerbekartepflicht für sog. Reisegaststätten. Während Reisegaststätten nach § 13 GastG zunächst allein dem bundesrechtlichen Gaststättenregime unterworfen waren, wurden sie mit Aufhebung des § 13 GastG im Jahr 2007 im Zuge der Föderalismusreform wieder dem bundeskompetentiellen Reisegewerbe zugeordnet.⁷² Um auch den Ausschank von Alkohol im Rahmen von Reisegaststätten zu ermöglichen, wurde 2009 die Ausnahme in § 56 I Nr. 3 lit. b Hs. 2 Alt. 3 GewO eingefügt.⁷³ Reisegaststätten sind nach § 1 II GastG ortsfeste Betriebsstätten, von denen ein selbstständiger Gewerbetreibender

im Reisegewerbe für die Dauer einer Veranstaltung aus Getränken und zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, die jedermann oder jedenfalls bestimmten Personengruppen zugänglich sind. Das Merkmal der Betriebsstätte meint im weitesten Sinne das Vorhalten irgendeiner Art Infrastruktur zum Vertrieb; Ortsfestigkeit der Betriebsstätte setzt keine feste Verbindung mit dem Boden voraus; es genügt der örtlich festgelegte Betrieb für die Dauer der Veranstaltung, sodass auch Imbisswagen als ortsfest gelten.⁷⁴ Zum Verzehr an Ort und Stelle werden alkoholische Getränke dann angeboten, wenn sie in örtlicher und zeitlicher Hinsicht nicht zur Mitnahme bestimmt sind. Abstell- oder Sitzgelegenheiten sind für die Annahme eines Verabreichens zum Verzehr an Ort und Stelle zwar nicht erforderlich.⁷⁵ Indizien dafür können aber etwa Stehtische, Abfallkörbe, das Bereitstellen von Gläsern und Sitzgelegenheiten sein.⁷⁶ Reisegaststätten sind im Falle der Geltung des GastG unter den Voraussetzungen des § 2 GastG erlaubnispflichtig. Für die hier interessierende Konstellation des Feilbietens von alkoholischen Getränken ergibt sich eine Erlaubnispflicht nach § 2 I GastG. Indes genügt im Falle von Reisegaststätten zumeist die unter erleichterten Voraussetzungen zu gewährende Beantragung einer Gestattung nach § 12 GastG.⁷⁷ Wird die Reisegaststätte nach § 12 GastG von der zuständigen Aufsichtsbehörde gestattet, entfällt das Erfordernis einer Reisegewerbekarte nach § 55a I Nr. 7 GewO.⁷⁸ Für Reisegaststätten bietet die Gestattung den besonderen Vorteil, aus besonderem Anlass und für vorübergehende Dauer eine Gastwirtschaft betreiben zu dürfen, ohne auf ein zeitintensives Erlaubnisverfahren verwiesen zu sein.⁷⁹ Das behördliche Prüfprogramm wird gegenüber den bei der Gaststätten-erlaubnis umfassend zu prüfenden Versagungsgründen reduziert, was mit der Widerruflichkeit (§ 12 I GastG) und der Möglichkeit zu jederzeitigen Auflagen (§ 12 III GastG) kompensiert wird.⁸⁰ In Ländern mit landesgaststättenrechtlichen Anzeigepflichten besteht hingegen das Erfordernis einer Reisegewerbekarte, weil die Ausnahme des § 55a I Nr. 7 GewO nicht greift.⁸¹ Dies könnte von Vorteil sein, weil die Gestattung nur veranstaltungsbezogen gewährt wird, während die Reisegewerbekarte bundesweite Gültigkeit besitzt.⁸² Indes reduziert sich auch der Bereich zuläs-

⁶⁶ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 55 Rn. 2 (55. EL August 2009), a.a.O. Rn. 3 f. auch zu den Zweifeln an einem Fortbestand dieser präventiven Kontrolle.

⁶⁷ Für den Fall außerhalb der gewerblichen Niederlassung, aber auf Bestellung tätig werdender Gewerbetreibender ist umstritten, ob das Regime des stehenden Gewerbes oder vielmehr das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht greift; für das Erfordernis einer betriebsnotwendigen Infrastruktur für die Bejahung stehenden Gewerbes Korte, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium ÖfWirtschR, 4. Auflage 2015, § 8, Rn. 4 und 38; die Angabe einer Handynummer wird für ausreichend befunden von Ruthig/Storr (Fn. 58) Rn. 345; für das stehende Gewerbe als reiner Auffangtatbestand Ruthig, in: Gurlit/Ruthig/Storr, Klausurenkurs im Öffentlichen Recht, 1. Auflage 2012 (Fall nicht mehr enthalten in der 2. Auflage 2017), Fall 5 Rn. 148.

⁶⁸ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 71 (56. EL April 2010).

⁶⁹ Rossi, in: Pielow (Fn. 3), GewO, § 57 Rn. 15.

⁷⁰ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 74 (56. EL April 2010).

⁷¹ Dies gilt auch für selbstgewonnene alkoholhaltige Erzeugnisse wie Bier und Wein, § 55a I Nr. 2 GewO ist nicht einschlägig, dazu Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 75 (56. EL April 2010).

⁷² Stollenwerk, GewArch 2011, 186 (187); s. auch Dürr, GewArch 2009, 286 (287) einerseits und Lehmann, GewArch 2009, 291 (292 f.) andererseits.

⁷³ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), § 56 Rn. 77a (56. EL April 2010).

⁷⁴ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat (Fn. 3), § 56 Rn. 29.

⁷⁵ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat (Fn. 3), § 56 Rn. 30.

⁷⁶ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 77b (56. EL April 2010).

⁷⁷ Zu den Voraussetzungen näher Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 40), § 20 Rn. 40.

⁷⁸ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 77a (56. EL April 2010).

⁷⁹ Schönleiter, GastG (Fn. 51), § 12 Rn. 1.

⁸⁰ So auch Schönleiter, GastG (Fn. 51), § 12 Rn. 1.

⁸¹ A.A. Stollwerk, GewArch 2011, 186 (187), der Anzeige und Erlaubnis aufgrund der jeweils erfolgenden Zuverlässigkeitsprüfung gleichsetzt.

⁸² Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 55 Rn. 108 (52. EL Mai 2008).

siger Reisegaststätten mit Alkoholausschank im Reisegewerbe auf anlassbezogene Reisegaststätten.⁸³

3. Ausnahme nach § 55a I Nr. 9 GewO

Das Feilbieten alkoholischer Getränke ist auch nach § 55a I Nr. 9 letzter Hs. GewO gestattet. § 55 I Nr. 9 GewO erfordert den Vertrieb von Lebensmitteln von einer nicht ortsfesten Verkaufsstelle oder einer anderen Einrichtung in regelmäßigen, kürzeren Zeitabständen an derselben Stelle. Die Vorschrift weist damit eine Nähe zum Marktgewerbe auf und erleichtert den Lebensmittelabsatz mittels mobiler Läden außerhalb festgesetzter Märkte.⁸⁴ Die Ausnahme nach § 55a I Nr. 9 GewO gilt zunächst für nicht ortsfeste Einrichtungen. Darunter sollen alle Verkaufsstellen fallen, die mobilen Vertrieb erlauben, also etwa Motorfahrzeuge und Anhänger.⁸⁵ Über die Erweiterung auf „andere Einrichtungen“ werden zudem alle vergleichbaren Einrichtungen erfasst, also etwa schnell auf- und abbaubare Verkaufsstände.⁸⁶ Räumlich erfordert der Ausnahmetatbestand das Auftreten mit dem Verkaufsstand stets an derselben Stelle.⁸⁷ In zeitlicher Hinsicht ist die periodische und kurzfristige Wiederkehr des Verkaufstands erforderlich, höchstens jedoch alle 2 Wochen.⁸⁸ § 55a I 1 Nr. 9 GewO befreit zwar von der Reisegewerbekartenpflicht; erforderlich ist daher nur eine Anzeige nach § 55c S. 1 GewO. Spätestens mit der Aufgabe der ehemals bestehenden Beschränkung auf den Vertrieb von Getränken in verschlossenen Behältnissen⁸⁹ ist aber ein besonderes Augenmerk auf etwa erforderliche reisegaststättenrechtliche Erlaubnisfordernisse zu legen. Eine Gaststättenerlaubnis bzw. Gestattung ist nur dann entbehrlich, wenn die Voraussetzungen des § 1 II GastG nicht erfüllt werden. Das dem Begriff der Reisegaststätte zugrunde liegende weite Verständnis der ortsfesten Betriebsstätte (dazu bereits B. II. 2.) macht eine Abgrenzung zu nicht ortsfesten Einrichtungen gleichstehenden Einrichtungen indes unmöglich, sodass es für die Erlaubnispflichtigkeit nach Gaststättenrecht zentral auf das Kriterium des Verabreichens zum Verzehr an Ort und Stelle ankommt. Wird danach unter den Voraussetzungen des § 55a I Nr. 9 GewO Alkohol feilgeboten, ohne dass den Kunden ein Verweilen ermöglicht wird, bedarf es weder einer Reisegewerbekarte, noch einer Gaststättengenehmigung / Gestattung. Gleiches gilt für Anzeigepflichten statuierende Landesgaststättengesetze.

4. Ausnahme nach § 56 II GewO (Sondererlaubnisse)

§ 56 II GewO erlaubt Ausnahmen von den Verboten des Abs. 1 durch das BMWi mit Zustimmung des Bundesrates (S. 1), durch die Landesregierungen (S. 2) und im Einzelfall durch die Behörde (S. 3). Die 1962 vom BMWi nach S. 1 erlassene Verordnung erlaubte das Feilbieten alkoholischer Getränke unter dem heutigen § 55a I Nr. 9 GewO ähnlichen Voraussetzungen; die Verordnung wurde deshalb aufgrund der Einfügung des § 55a I Nr. 9 GewO aufgehoben. Die in früherer Fassung in § 56 I Nr. 3 lit. b GewO vorgesehene Möglichkeit einer Ausnahme aus besonderem Anlass für den Vertrieb alkoholischer Getränke findet sich nunmehr in § 56 II 3 GewO.⁹⁰ Wird nach § 56 II GewO eine Sondererlaubnis erteilt, ist dennoch eine Reisegewerbekarte erforderlich.⁹¹

5. Ausnahme bei festgesetzten Veranstaltungen nach Titel IV der GewO

Das Verbot des § 56 I Nr. 3 lit. b Hs. 1 GewO gilt ebenfalls nicht bei nach Titel IV der GewO festgesetzten Veranstaltungen.⁹²

III. Anforderungen im Marktgewerbe

Titel IV der GewO gilt für nach § 69 GewO festgesetzte Veranstaltungen i.S.d. §§ 64 – 68 sowie § 60b GewO. Im Marktgewerbe können im Grundsatz alle alkoholhaltigen Lebensmittel feilgeboten werden. Eine Sonderstellung nimmt jedoch das Ver-

bot des Vertriebs alkoholischer Getränke auf Wochenmärkten nach § 67 I Nr. 1 GewO ein. Danach sind nur das Feilbieten der Urproduktion zuzuordnender und bereits unter B. II. 2. näher beschriebener alkoholischer Getränke zulässig. Auch durch Rechtsverordnung nach § 67 II GewO soll eine Erweiterung nicht möglich sein.⁹³

Die Festsetzung eines Marktes führt zu Befreiungen u.a. von Erlaubnisfordernissen der GewO, die als Marktprivilegien bezeichnet werden.⁹⁴ Der Vertrieb alkoholhaltiger Getränke auf festgesetzten Veranstaltungen kann nach den Marktprivilegien sowohl ohne Gewerbeanzeige, als auch ohne Erfordernis einer Reisegewerbekarte erfolgen.⁹⁵ Von der Befreiung von der Reisegewerbekartenpflicht ausgenommen sind jedoch festgesetzte Volksfeste gem. § 60b II GewO (s. auch § 68 Abs. 3 GewO). Außerdem sind die Vorschriften des *Gaststättenrechts* nur im Falle alkoholfreier Getränke nach § 68a GewO nicht anwendbar.⁹⁶ Im Grundsatz bedarf es danach auch beim Vertrieb alkoholischer Getränke im (festgesetzten) Marktgewerbe einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis bzw. Gestattung. Einer Gestattung bedarf es indes nicht, wenn die Voraussetzungen des § 1 II GastG nicht erfüllt sind, es sich also um keinen Vertrieb der alkoholischen Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle handelt. Im Falle der Zulassung nach § 70 GewO zu einer festgesetzten Veranstaltung kann der Vertrieb alkoholischer Getränke unter diesen Voraussetzungen ohne jede gewerberechtliche Erlaubnis erfolgen.

C. Zusammenfassung

Bei der Beurteilung gewerberechtlicher Anforderungen an den Vertrieb alkoholhaltiger Lebensmittel ist zwischen alkoholischen Getränken i.S.v. zum Trinken bestimmten alkoholischen Flüssigkeiten und alkoholhaltigen Nahrungsmitteln i.S.v. zum Essen bestimmten alkoholhaltigen Lebensmitteln zu differenzieren. Dafür kann im Wesentlichen auf die Grundsätze des Lebensmittelrechts zurückgegriffen werden. Für alkoholhaltige Getränke stellt das Gewerberecht ein besonderes Erlaubnisregime auf, das neben besonderen im stehenden Gewerbe relevanten Vorschriften des Gaststättenrechts auch besondere Anforderungen beim Vertrieb alkoholischer Getränke im Reise- und Marktgewerbe stellt. Für alkoholhaltige Nahrungsmittel ergeben sich (bis auf die Sondervorschrift des § 20 Nr. 1 GastG) aus dem Gewerberecht hingegen keine besonderen Anforderungen, die über das allgemeine gewerberechtliche Regime hinausgehen.

⁸³ Die Anordnung des § 2 VII BgbGastG, wonach für Reisegaststätten § 56 I Nr. 3 lit. b GewO keine Anwendung findet, kann daher auch heute noch für Friktionen im Falle anlassunabhängiger Reisegaststätten und beim Vertrieb von Alkohol durch fliegende Händler (dazu Lässig, *GewArch* 1987, 184 ff.) sorgen, weil diese nach Bundesrecht keine Reisegewerbekarte erhalten können, während das Landesrecht vom bundesrechtlichen Verbot suspendiert.

⁸⁴ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 55a Rn. 55 (74. EL Dezember 2016).

⁸⁵ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat (Fn. 3), § 55a Rn. 35.

⁸⁶ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 55a Rn. 56 (74. EL Dezember 2016).

⁸⁷ Rossi, in: Pielow (Fn. 3), § 55a Rn. 20.

⁸⁸ Rossi, in: Pielow (Fn. 3), § 55a Rn. 20 f.; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 55b Rn. 56 (74. EL Dezember 2016); OLG Braunschweig BeckRS 2013, 19633.

⁸⁹ Dazu Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 55a Rn. 58 (74. EL Dezember 2016).

⁹⁰ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 71 (56. EL April 2010).

⁹¹ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 110 (43. EL Februar 2003).

⁹² Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 56 Rn. 80 (56. EL April 2010).

⁹³ M.w.N. Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat (Fn. 3), § 67 Rn. 21.

⁹⁴ Übersicht der Marktprivilegien bei Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 69 Rn. 33 (48. EL Juni 2006).

⁹⁵ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Fn. 15), § 69 Rn. 33 (48. EL Juni 2006).

⁹⁶ Zu den Auswirkungen der Festsetzung auf das gaststättenrechtliche Regime Metzner (Fn. 16), § 1 Rn. 140.