
**Rechtliche Stellungnahme zu der Frage,
unter welchen Voraussetzungen es für den Aus-
schank von Getränken in Jugendfreizeitstätten
einer Gaststättenerlaubnis bedarf**

Abgegeben im Auftrag der
Arbeitsgemeinschaft Jugendfreizeitstätten Baden-Württemberg e.V.,
Siemensstraße 11, 70469 Stuttgart,
vertreten durch den Geschäftsführer Martin Bachhofer

durch Rechtsanwalt

Prof. Dr. Clemens Weidemann

unter Mitarbeit von Rechtsassessor Dr. Daniel Couzinet

Mai 2017

Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB Rechtsanwälte, Steuerberater
Sitz Stuttgart, AG Stuttgart PR 136
Lautenschlagerstraße 21
70173 Stuttgart
Ansprechpartner: Prof. Dr. Clemens Weidemann
T +49 711 8997-139
E-Mail: clemens.weidemann@gleisslutz.com

INHALTSVERZEICHNIS

A.	SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG	4
B.	RECHTSLAGE	4
I.	Anwendbare Rechtsvorschriften	4
II.	Erlaubnispflichtigkeit des Ausschanks von Getränken in Jugendfreizeitstätten	5
III.	Fallgruppen, in denen keine Erlaubnispflicht besteht	6
1.	Kein Betreiben eines Gaststättengewerbes.....	6
1.1	Kein gewerbsmäßiges Handeln wegen fehlender Gewinnerzielungsabsicht	7
1.2	Kein Betrieb eines „Gaststättengewerbes“ nach § 1 Abs. 1 GastG wegen Fehlens spezifisch gaststättenrechtlicher Voraussetzungen	10
1.2.1	„Stehendes Gewerbe“ und „Verzehr an Ort und Stelle“	10
1.2.2	Zugänglichkeit für „jedermann“ oder „bestimmte Personenkreise“	11
1.3	Kein gewerbsmäßiges Handeln wegen Fehlens allgemeiner gewerberechtlicher Voraussetzungen für die Ausübung eines „Gewerbes“	12
1.4	Träger der Jugendfreizeitstätte ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts (Gemeinde oder Landkreis)	12
1.4.1	Betrieb durch einen „Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ i.S. von § 69 Abs. 1 SGB VIII	14
1.4.2	Betrieb von Jugendfreizeitstätten durch kreisangehörige Gemeinden, die nicht Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind	16
1.4.3	Sonderfall: Betrieb der Jugendfreizeitstätte durch einen privaten Rechtsträger, der von einem staatlichen Rechtsträger beherrscht wird	17
2.	Ausnahmen von der Erlaubnispflicht	18
2.1	Ausnahme von der Erlaubnispflicht gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 GastG (Ausschank ausschließlich alkoholfreier Getränke)	18
2.2	Ungeschriebener Ausnahmegrund: Bagatellvorbehalt.....	19
3.	Keine Erlaubnispflichtigkeit wegen Nichtanwendbarkeit des GastG	20
3.1	Nichtanwendbarkeit des GastG auf Betriebskantinen und Betreuungseinrichtungen.....	20
3.2	Nichtanwendbarkeit des GastG im schulischen Bereich.....	20
IV.	Erweiterung der Erlaubnispflicht trotz fehlender Gewerbsmäßigkeit	21
V.	Rechtsfolgen und Handlungsoptionen bei Verstoß gegen die Erlaubnispflicht	22

Gleiss Lutz

1.	Rechtsfolgen und drohende Sanktionen bei Verstoß.....	22
2.	Handlungsoptionen des Trägers	22
2.1	Steuerung des Vorliegens von „Gewerbsmäßigkeit“ durch Änderung der Modalitäten der Tätigkeit des Trägers	23
2.2	Möglichkeit der Beantragung einer Gestattung gemäß § 12 GastG.....	23
C.	ZUSAMMENFASSUNG	24

A. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

Die Arbeitsgemeinschaft Jugendfreizeitstätten Baden-Württemberg e.V. (AGJF) ist ein Zusammenschluss von freien und öffentlichen Trägern der Offenen Kinder- und Jugendarbeit in Baden-Württemberg. Aufgabe der AGJF ist gemäß § 3 ihrer Satzung¹, die Belange der Offenen Kinder- und Jugendarbeit zu vertreten und ihre Weiterentwicklung zu fördern. Nach § 5 der Satzung sind Mitglieder der AGJF öffentliche Träger der Jugendhilfe nach § 69 SGB VIII und nach § 75 Abs. 1-3 SGB VIII i.V.m. § 4 Jugendbildungsgesetz anerkannte freie Träger der Jugendhilfe, ferner nach § 6 der Satzung die dort bezeichneten Arbeitsgemeinschaften öffentlicher und/oder freier Träger.

Die Mitglieder der AGJF betreiben Einrichtungen der Offenen Kinder- und Jugendarbeit (etwa Jugendhäuser, Jugendtreffs, Spielmobile sowie Jugendfarmen oder Aktivspielplätze). Da im Rahmen der in diesen Einrichtungen durchgeführten Veranstaltungen² auch Getränke ausgeschenkt werden, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es hierfür einer Gaststättenerlaubnis gemäß § 2 GastG bedarf. Die Verfasser wurden von der AGJF um eine rechtliche Stellungnahme zu dieser Frage gebeten.

B. RECHTSLAGE

I. Anwendbare Rechtsvorschriften

Die Erlaubnispflichtigkeit des Ausschanks von Getränken bemisst sich in Baden-Württemberg nach § 1 Landesgaststättengesetz (LGastG) i.V.m. § 2 des Gaststättengesetzes des Bundes (GastG). Baden-Württemberg hat auf das seit 2006 bestehende Recht der Bundesländer³, das bis zu diesem Zeitpunkt bundeseinheitlich geltende GastG durch ein Landesgesetz zu ersetzen⁴,

¹ Satzung der Arbeitsgemeinschaft Jugendfreizeitstätten Baden-Württemberg e.V. (beschlossen am 15.10.1973, letzte Änderung vom 07.05.2010); abrufbar unter <http://www.agjf.de/index.php/satzung.html> (zuletzt aufgerufen am 3. Mai 2017).

² Die Durchführung gemeinsamer Veranstaltungen wie etwa von Workshops, Filmvorführungen und Konzerten gehört zum elementaren Bestandteil des Konzepts der Offenen Kinder- und Jugendarbeit; vgl. hierzu den von der AGJF herausgegebenen Flyer „Offene Kinder- und Jugendarbeit – Grundsätze und Leistungen“, S. 8 ff., 13 ff.); abrufbar unter http://www.agjf.de/files/cto_layout/Material/PDFs/AGJF-Broschuere-web.pdf (zuletzt aufgerufen am 3. Mai 2017).

³ Vgl. die durch die Föderalismusreform 2006 erfolgte Neufassung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, wonach von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das „Recht der Wirtschaft“ u.a. das „Recht der Gaststätten“ ausgenommen ist; Überblick über die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen für das Gaststättenrecht nach der Föderalismusreform bei *Klement*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 11 Rn. 5 ff.

⁴ Überblick über diejenigen Bundesländer, die eigene, das GastG verdrängende Gaststättengesetze erlassen haben, bei *Klement*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 11 Rn. 11.

verzichtet und in § 1 LGastG die Fortgeltung des GastG als Landesrecht angeordnet. Eine eigenständige und im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägige Regelung enthält das LGastG lediglich in den §§ 2 und 3 zum Verbot bestimmter, den Alkoholmissbrauch fördernder Angebote alkoholischer Getränke. Von dieser eigenständigen, über das GastG hinausgehenden Regelung abgesehen entspricht die Rechtslage in Baden-Württemberg somit derjenigen, die bis 2006 im gesamten Bundesgebiet galt.

Sollte das Land Baden-Württemberg zukünftig das Gaststättenrecht abweichend vom GastG regeln, bedürfte die Reichweite der Erlaubnispflichtigkeit des Ausschanks von Getränken in Jugendfreizeitstätte einer erneuten Beurteilung.

II. Erlaubnispflichtigkeit des Ausschanks von Getränken in Jugendfreizeitstätten

Hinsichtlich der Erlaubnispflichtigkeit des Ausschanks von Getränken liegt dem GastG⁵ folgende Systematik zu Grunde:

- a) § 2 Abs. 1 S. 1 GastG erklärt das Betreiben eines Gaststättengewerbes grundsätzlich für erlaubnispflichtig. Zur Einholung dieser umgangssprachlich auch als „Schankerlaubnis“ bezeichneten Gaststättenerlaubnis ist der Betreiber des Gaststättengewerbes verpflichtet. Betreiber des Gaststättengewerbes kann neben einer natürlichen oder juristischen Person (hierunter fallen insbesondere *rechtsfähige* Vereine) nach § 2 Abs. 1 S. 2 GastG auch ein *nichtrechtsfähiger* Verein sein⁶.
- b) Voraussetzung der Erlaubnispflicht ist somit das **Betreiben eines Gaststättengewerbes**. Ein solches betreibt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG, wer „im stehenden Gewerbe Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Schankwirtschaft)“, wenn der Betrieb „jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist“⁷. Der Begriff des Gaststättengewerbes knüpft am allgemeinen gewerberechtlichen Gewerbebegriff an. Neben den spezifischen Voraussetzungen an das Betreiben eines *Gaststättengewerbes* i.S. von § 1 Abs. 1 GastG müssen deshalb auch die allgemeinen Voraussetzungen für das Vorliegen eines *Gewerbes* i.S. der Gewerbeordnung vorliegen. Es muss sich deshalb um eine **selbstständige, erlaubte und auf Dauer angelegte Tätigkeit handeln, die mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird**⁸.

⁵ Im Folgenden werden die Vorschriften des GastG ohne den Zusatz „i.V.m. § 1 LGastG“ zitiert.

⁶ Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 1 Rn. 29.

⁷ Außer Betracht bleiben kann vorliegend die Variante des Betriebs einer Speisewirtschaft gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 GastG, da diese Form des Betriebs eines Gaststättengewerbes nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 GastG generell von der Erlaubnispflicht nach § 2 Abs. 1 GastG befreit ist.

⁸ BVerwG, Beschl. v. 16.02.1995 – 1 B 205/93 –, NVwZ 1995, 473, Rn. 15 (zit. nach juris); VGH Kassel, Beschl. v. 11.02.1991 – 8 TH 2696/90 –, juris, Rn. 5; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 14.06.2011 – 9 L 472/11 –, juris, Rn. 15; VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 44; aus der Lit. nur Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 1 Rn. 7; Pielow, in: ders. (Hrsg.), GewO, Kommentar,

- c) Wird ein Gaststättengewerbe in diesem Sinne betrieben, so entfällt die Erlaubnispflicht gleichwohl bei Vorliegen einer Ausnahme gemäß § 2 Abs. 2 GastG. Ferner kommt als ungeschriebener Ausnahmegrund ein Bagatellvorbehalt in Betracht.
- d) Nach § 23 Abs. 1 GastG kann ausnahmsweise auch ein Ausschank von Getränken erlaubnispflichtig sein, obwohl er nicht gewerbsmäßig i.S. von § 1 Abs. 1 GastG erfolgt. Diese Erweiterung der Erlaubnispflicht ist jedoch auf den in § 23 Abs. 1 GastG geregelten Sonderfall des *Ausschanks alkoholische Getränke* durch die dort genannten „Vereine und Gesellschaften“ beschränkt und steht zudem unter dem Vorbehalt, dass nicht zugleich die Voraussetzungen für die Gegenausnahme nach § 23 Abs. 2 GastG erfüllt sind. Nach § 23 Abs. 2 GastG entfällt die in Abs. 1 GastG ausnahmsweise begründete Erlaubnispflicht nämlich, wenn die „Vereine und Gesellschaften“ die alkoholischen Getränke in „eigenen“ Räumen ausschenken. Hierunter versteht das Gesetz Räume, „die im Eigentum dieser Vereine oder Gesellschaften stehen oder ihnen mietweise, leihweise oder aus einem anderen Grunde überlassen und nicht Teil eines Gaststättenbetriebes sind“.

Damit ist der Ausschank von Getränken durch den Träger einer Jugendfreizeitstätte entgegen § 2 Abs. 1 GastG **nicht erlaubnispflichtig**, wenn entweder der Träger **kein Gaststättengewerbe i.S. von § 1 Abs. 1 GastG betreibt** (III.1.), die **Erlaubnispflicht aufgrund eines Ausnahmegrundes entfällt** (III.2.) oder das **GastG bereits nicht anwendbar ist** (III.3.).

Umgekehrt ist ein Ausschank entgegen § 2 Abs. 1 GastG unter den Voraussetzungen von § 23 Abs. 1 GastG (Ausschank alkoholischer Getränke durch „Vereine und Gesellschaften“) **ausnahmsweise auch dann erlaubnispflichtig**, wenn der Träger nicht gewerbsmäßig i.S. von § 1 Abs. 1 GastG handelt, sofern nicht gleichzeitig die Voraussetzungen der Gegenausnahme nach § 23 Abs. 2 GastG (Ausschank in „eigenen“ Räumen) erfüllt sind (IV.).

III. Fallgruppen, in denen keine Erlaubnispflicht besteht

1. Kein Betreiben eines Gaststättengewerbes

Erlaubnispflichtig ist nach § 2 Abs. 1 GastG das **Betreiben eines Gaststättengewerbes**. Der Ausschank von Getränken ist deshalb nicht erlaubnispflichtig, wenn er **nicht die Voraussetzungen an ein Gaststättengewerbe i.S. von § 1 Abs. 1 GastG erfüllt**. Der Gewerbebegriff des GastG ist identisch mit demjenigen im allgemeinen Gewerberecht⁹. Damit fehlt es am Betreiben eines Gaststättengewerbes sowohl dann, wenn es an den allgemeinen Voraussetzungen fehlt, um eine Betätigung als Ausübung eines „Gewerbes“ qualifizieren zu können, als auch dann, wenn die spezifischen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, die § 1 Abs. 1 GastG an das Vorliegen eines „Gaststättengewerbes“ stellt.

2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 135; *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 2.

⁹ *Metzner*, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 1 Rn. 6.

Der mit Abstand wichtigste Fall dürfte hierbei sein, dass der **Träger der Jugendfreizeitstätte ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt**. Das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht ist zwingende Voraussetzung für gewerbsmäßiges Handeln¹⁰. Dies gilt nicht nur für das Gaststättenrecht, sondern für das gesamte Gewerberecht (1.1.). Ferner kann ein *Gaststättengewerbe* i.S. von § 1 Abs. 1 GastG zu verneinen sein, wenn die **spezifischen gaststättenrechtlichen Voraussetzungen** gemäß § 1 Abs. 1 GastG nicht erfüllt sind (1.2.). Des Weiteren kann es am *gewerbsmäßigen Betreiben* einer Gaststätte fehlen, wenn sonstige, vom Gaststättenrecht unabhängige Voraussetzungen nicht erfüllt sind, die erfüllt sein müssen, um eine Tätigkeit als Ausübung eines „Gewerbes“ qualifizieren zu können (1.3.). Gesondert zu betrachten ist schließlich der Fall, dass die Jugendfreizeitstätte von einem öffentlichen Träger der Jugendhilfe i.S. von § 69 SGB VIII oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts betrieben wird, da in diesem Fall abweichende Grundsätze für das Vorliegen einer „gewerblichen“ Betätigung gelten (1.4.).

Fehlt es am Betreiben eines Gaststättengewerbes, entfällt nicht nur die Erlaubnispflicht, sondern es sind **sämtliche Vorschriften des GastG nicht anwendbar**. Da es sich beim GastG um spezielles Gewerberecht handelt¹¹, ist das Betreiben eines Gaststättengewerbes nämlich konstitutive Voraussetzung für seine Anwendung. Unberührt hiervon bleiben sämtliche Erlaubnispflichten, Verbote und Anforderungen, die sich aus den allgemeinen, nicht zum Gewerberecht gehörenden Gesetzen ergeben¹². Anwendbar bleiben ferner die §§ 2, 3 LGastG (Verbot bestimmter, den Alkoholmissbrauch fördernder Angebote alkoholischer Getränke), da diese Regelungen nicht der Regulierung des Gaststättengewerbes dienen, sondern einen hiervon unabhängigen gefahrenabwehrrechtlichen Zweck verfolgen.

1.1 Kein gewerbsmäßiges Handeln wegen fehlender Gewinnerzielungsabsicht

1.1.1 Für die Feststellung, ob der Träger einer Jugendfreizeitstätte beim Ausschank von Getränken mit Gewinnerzielungsabsicht handelt, gelten folgende Grundsätze:

- a) Entscheidend ist das Vorliegen einer auf Gewinnerzielung gerichteten **Absicht**. Unerheblich ist, ob diese Absicht auch realisiert, sprich: tatsächlich ein Gewinn erzielt wird¹³.
- b) Bezugspunkt der Gewinnerzielungsabsicht ist nicht die Haupttätigkeit (d.h. der Betrieb der Jugendfreizeitstätte), sondern ausschließlich derjenige Ausschnitt, der für die Erlaubnis relevant ist¹⁴, d.h. der **Ausschank von Getränken durch den Träger einer Jugend-**

¹⁰ BVerwG, Beschl. v. 16.02.1995 – 1 B 205/93 –, NVwZ 1995, 473, Rn. 15 (zit. nach juris).

¹¹ *Pöttl*, Gaststättenrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2003, § 1 Rn. 4.

¹² So ist für den Schutz vor Ruhestörungen das Immissionsschutzrecht und für die Zulässigkeit des Ausschanks alkoholischer Getränke an Jugendliche das Jugendschutzgesetz (JSchG) einschlägig.

¹³ VG Cottbus, Urt. v. 14.06.2012 – 3 K 958/11 –, juris, Rn. 20; VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 46; *Pielow*, in: ders. (Hrsg.), GewO, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 150.

¹⁴ VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.09.2016 – 19 K 5500/15 –, juris, Rn. 33 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 14.03.2013 – 20 B 34/13 –, GewArch 2013, 314, 315.

freizeitstätte. Irrelevant sind ferner die (ideellen, religiösen etc.) Motive bzw. Fernziele, die der Träger mit der Haupttätigkeit verfolgt¹⁵. Der Ausschank von Getränken wird dabei regelmäßig nur einen untergeordneten Ausschnitt des Betriebens der Jugendfreizeitstätte darstellen. Wäre der Ausschank von Getränken wie bei einer kommerziellen Gaststätte die Haupttätigkeit, so wäre dies weder mit dem Konzept der offenen Jugendarbeit vereinbar noch würde es sich um „Jugendarbeit“ i.S. von § 11 SGB VIII handeln.

- c) Der Ausschank von Getränken erfolgt mit **Gewinnerzielungsabsicht**, wenn er auf die **Erzielung eines Überschusses über die entstandenen Aufwendungen** gerichtet ist¹⁶. Ob als Aufwendungen hierbei ausschließlich die **Selbstkosten für den Einkauf der Getränke** gelten (*kalkulatorische Betrachtungsweise*) oder ob weitergehend sämtliche Aufwendungen, die nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung in die Verlust- und Gewinnrechnung eingehen, einberechnet werden dürfen (*bilanzierende Betrachtungsweise*)¹⁷, ist nicht abschließend geklärt. Die Anwendung der bilanzierenden Betrachtungsweise hätte zur Folge, dass zu den Aufwendungen, die stets gedeckt werden dürfen, ohne dass der Ausschank erlaubnispflichtig wird, nicht nur der Einkaufspreis gehört, sondern etwa auch Kosten für Personal, Abschreibung, Miete, Energie und Reinigung etc.¹⁸.
- d) Während in der Literatur teilweise die bilanzierende Betrachtungsweise für maßgeblich gehalten wird¹⁹, legt die Rechtsprechung – soweit sie zu dieser Frage überhaupt Stellung nimmt – eher eine *pragmatische Vorgehensweise* an den Tag und hat als zu deckende Aufwendungen diejenigen Einkaufspreise zugrunde gelegt, die dem Gericht aus eigener Anschauung bekannt waren²⁰. Dass die Gerichte die Festlegung auf eine bestimmte Berechnungsmethode bislang vermieden haben, dürfte daran liegen, dass die klagenden Gaststättenbetreiber keine schlüssigen und bilanzierenden, den Regeln der kaufmännischen Buchführung entsprechenden Kostenrechnungen vorgelegt hatten, aus der sich nachvollziehbar ein höherer Wert der Aufwendungen ergeben hätte²¹.
- e) Von einer Gewinnerzielungsabsicht ist in der Regel ohne weiteres auszugehen, wenn die Getränke nicht unter demjenigen Preis abgegeben werden, die für Gaststätten orts- bzw.

¹⁵ BVerwG, Beschl. v. 16.02.1995 – 1 B 205/93 –, NVwZ 1995, 473, Rn. 14 (zit. nach juris); BVerwG, Urt. v. 27.02.2013 – 8 C 8/12 –, NJW 2013, 2214, Rn. 13.

¹⁶ Zu dieser Definition VG Stuttgart, Beschl. v. 12.01.2009 – 4 K 4570/08 –, NVwZ-RR 2009, 560, Rn. 7 (zit. nach juris); VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 14.06.2011 – 9 L 472/11 –, juris, Rn. 16; Pielow, in: ders. (Hrsg.), GewO, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 147.

¹⁷ Michel/Kienzle/Pauly, GastG, Kommentar, 14. Aufl. 2003, § 1 Rn. 2.

¹⁸ Beispiele nach Michel/Kienzle/Pauly, GastG, Kommentar, 14. Aufl. 2003, § 1 Rn. 2.

¹⁹ So Michel/Kienzle/Pauly, GastG, Kommentar, 14. Aufl. 2003, § 1 Rn. 2; offen gelassen in VG Düsseldorf, Beschl. v. 24.02.2005 – 18 L 199/05 –, juris, Rn. 7.

²⁰ VG Düsseldorf, Beschl. v. 24.02.2005 – 18 L 199/05 –, juris, Rn. 7.

²¹ So in VG Düsseldorf, Beschl. v. 24.02.2005 – 18 L 199/05 –, juris, Rn. 7.

marktüblich sind²². Es kann nämlich davon ausgegangen werden, dass die für Gaststätten orts- bzw. marktüblichen Preise so kalkuliert sind, dass ein Überschuss über die eigenen Aufwendungen übrig bleibt²³.

- f) Die Gewinnerzielungsabsicht muss nicht zwingend auf einen unmittelbaren Gewinn im Sinne eines Überschusses über die eigenen Aufwendungen gerichtet sein. Es reicht vielmehr eine **mittelbare Gewinnerzielungsabsicht**, die schon dann vorliegen kann, wenn Besucher als Gäste gewonnen oder gehalten werden sollen²⁴. Ist die Gewinnerzielungsabsicht nur auf einen mittelbaren Gewinn gerichtet, steht ihr auch eine Unentgeltlichkeit des Ausschanks nicht entgegen²⁵.
- g) Eine Gewinnerzielungsabsicht wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Träger gemeinnützige Zwecke verfolgt²⁶. Das gilt vor allem dann, wenn der Erlös aus dem Ausschank der Getränke zur Förderung der gemeinnützigen Zwecke verwendet werden soll. Dies ist logische Konsequenz des Umstands, dass Bezugspunkt für die Gewinnerzielungsabsicht ausschließlich der **Ausschank von Getränken**, nicht jedoch die (gemeinnützige) Haupttätigkeit ist. Soll mit dem Ausschank von Getränken deshalb ein Erlös erzielt werden, um damit die gemeinnützige Tätigkeit zu fördern, so setzt dies eine Gewinnerzielungsabsicht zwingend voraus. Erlöse, die der gemeinnützigen Tätigkeit zugutekommen, können nämlich nur erzielt werden, wenn der Ausschank der Getränke mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt²⁷. Die Gewinnverwendungsabsicht indiziert deshalb die Gewinnerzielungsabsicht²⁸.

1.1.2 Aus den dargelegten Gründen können die Träger von Jugendfreizeitstätte somit eine Gewinnerzielungsabsicht – und damit das erlaubnispflichtige Betreiben eines Gaststättengewerbes – dadurch ausschließen, dass sie die Getränke zum **Selbstkostenpreis** anbieten, d.h. zu einem Preis, der die dem Träger entstandenen Aufwendungen nicht übersteigt. In diesem Fall kann den Trägern auch keine mittelbare Gewinnerzielungsabsicht entgegengehalten werden, die darin bestehen könnte, dass er die Attraktivität seiner Einrichtung erhöhen möchte. Die in der AGJF zusammengeschlossenen Träger betreiben ihre Jugendfreizeitstätten nämlich sämtlich ohne Ge-

²² VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 46; VG Schleswig, Urt. v. 25.02.2010 – 12 A 144/08 –, juris, Rn. 36; *Pielow*, in: ders. (Hrsg.), *GewO, Kommentar*, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 149.

²³ VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 46.

²⁴ VG Würzburg, Urt. v. 29.02.2012 – W 6 K 11.384 –, juris, Rn. 34; VG Cottbus, Urt. v. 14.06.2012 – 3 K 958/11 –, juris, Rn. 20.

²⁵ VG Cottbus, Urt. v. 14.06.2012 – 3 K 958/11 –, juris, Rn. 20.

²⁶ VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 57; VGH Kassel, Beschl. v. 11.02.1991 – 8 TH 2696/90 –, juris, Rn. 7; VGH Kassel, Beschl. v. 01.11.1990 – 14 TH 2764/90 –, NVwZ 1991, 805, Rn. 4 (zit. nach juris); VG Schleswig, Urt. v. 25.02.2010 – 12 A 144/08 –, juris, Rn. 36; OVG Münster, Beschl. v. 14.03.2013 – 20 B 34/13 –, *GewArch* 2013, 314, 314 f.

²⁷ Ähnlich VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 57.

²⁸ *Pielow*, in: ders. (Hrsg.), *GewO, Kommentar*, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 149.

winnerzielungsabsicht. Aus diesem Grund kann auch keine mittelbare Gewinnerzielungsabsicht dadurch bestehen, dass die Träger mit dem Ausschank der Getränke die Attraktivität ihrer Einrichtungen erhöhen.

- 1.1.3 Eine andere Frage ist, ob die Aufwendungen, die stets gedeckt werden dürfen, ohne dass die Erlaubnispflicht ausgelöst wird, ausschließlich nach der **kalkulatorischen Betrachtungsweise** in den Einkaufskosten bestehen oder ob im Wege einer **bilanzierenden Betrachtungsweise** weitere Kosten einberechnet werden dürfen. Auf Grundlage der von uns ausgewerteten Rechtsprechung und Literatur halten wir **grundsätzlich auch eine Berechnung nach der bilanzierenden Betrachtungsweise für zulässig**. Allerdings müsste der Träger – da ihn hinsichtlich der Berechtigung der vorgebrachten Kosten die Darlegungs- und Beweislast trifft – **sämtliche den Einkaufspreis übersteigenden Kosten plausibel und nachvollziehbar darlegen und ggf. nachweisen**²⁹. Zudem wäre bei Wahl der bilanzierenden Betrachtungsweise zu beachten, dass der Bezugspunkt derselbe ist wie generell für die Gewinnerzielungsabsicht, d.h. ausschließlich der **Ausschank der Getränke**. Mit anderen Worten dürfen nur Kosten in die zu deckenden Aufwendungen einberechnet werden, die – ggf. anteilig – auf den Ausschank der Getränke entfallen, nicht jedoch Kosten für den Betrieb der Jugendfreizeitstätte ohne Bezug zum Getränkeausschank.

Die Berechnung der Aufwendungen nach der bilanzierenden Betrachtungsweise ist mit gewissen Unsicherheiten verbunden. Es empfiehlt sich deshalb, die Zulässigkeit der soeben entwickelten Berechnungsweise einschließlich der konkreten Berechnung und ggf. vorzulegenden Nachweisen vorab mit der zuständigen Gaststättenbehörde abzuklären.

1.2 Kein Betrieb eines „Gaststättengewerbes“ nach § 1 Abs. 1 GastG wegen Fehlens spezifisch gaststättenrechtlicher Voraussetzungen

Auch wenn die Gewinnerzielungsabsicht zu bejahen ist, kann es am Betreiben eines *Gaststättengewerbes* fehlen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG nicht erfüllt sind. Dies betrifft die Tatbestandsmerkmale des **Betriebs „im stehenden Gewerbe“**, die **Verabreichung von Getränken „zum Verzehr an Ort und Stelle“** und die **Zugänglichkeit des Betriebs für „jedermann“ oder „bestimmte Personenkreise“**.

1.2.1 „Stehendes Gewerbe“ und „Verzehr an Ort und Stelle“

Die Voraussetzung des Betriebs im „stehenden Gewerbe“ dient der Abgrenzung zu den Gewerbearten des Reisegewerbes und des Marktverkehrs³⁰. Ein Betrieb im „stehenden Gewerbe“ dürfte bereits deshalb durchweg vorliegen, weil die Getränke *in* den Jugendfreizeitstätten und somit ortsfest ausgeschenkt werden.

²⁹ VG Düsseldorf, Beschl. v. 24.02.2005 – 18 L 199/05 –, juris, Rn. 7.

³⁰ *Pöttl*, Gaststättenrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2003, § 1 Rn. 21.

Ebenso unproblematisch wird regelmäßig von einer Verabreichung zum „Verzehr an Ort und Stelle“ auszugehen sein. Der hierfür erforderliche unmittelbare räumliche Zusammenhang zwischen dem Ort der Verabreichung und dem Ort des Verzehrs³¹ ist bereits dann sichergestellt, wenn der Ausschank im Rahmen von Veranstaltungen in den Jugendfreizeitstätten erfolgt.

1.2.2 Zugänglichkeit für „jedermann“ oder „bestimmte Personenkreise“

Die von § 1 Abs. 1 GastG geforderte Zugänglichkeit für „jedermann“ oder für „bestimmte Personenkreise“ dürfte bereits dadurch regelmäßig hergestellt sein, dass sich die Angebote der Träger an einen **durch Gruppenmerkmale bestimmten Adressatenkreis** (etwa Jugendliche eines bestimmten Ortes) und somit an einen „bestimmten Personenkreis“ richten³². Sollte der Eintritt nicht an einschränkende Kriterien geknüpft sein, so wäre von einer Zugänglichkeit für „jedermann“ auszugehen.

Zu verneinen ist das Betreiben eines Gaststättengewerbes i.S. von § 1 Abs. 1 GastG nur dann, wenn die Veranstaltung nicht für „jedermann“ oder „bestimmte Personenkreise“, sondern ausschließlich für „bestimmte Personen“ zugänglich ist, es sich mithin um eine **geschlossene Gesellschaft** handelt. Hierfür reicht es nicht aus, wenn sich eine Veranstaltung ausschließlich an Mitglieder richtet³³. Erforderlich ist ein überschaubarer Kreis konkreter und individuell bestimmter Personen³⁴. Besteht hingegen ein zahlenmäßig großer Mitgliederkreis mit hoher Fluktuation unter den Besuchern, so fehlt es an der Individualisierbarkeit, weshalb von einem „bestimmten Personenkreis“ i.S. von § 1 Abs. 1 GastG auszugehen ist. Gleiches gilt, wenn die Mitgliedschaft jederzeit und ohne nennenswerte Voraussetzungen erworben werden kann³⁵ oder wenn es den Mitgliedern freisteht, weitere Personen zu den Veranstaltungen mitzubringen³⁶.

³¹ VG Aachen, Beschl. v. 15.01.2016 – 6 L 391/15 –, juris, Rn. 22; VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 43; Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 1 Rn. 51; Pöttl, Gaststättenrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2003, § 1 Rn. 33.

³² Vgl. die Definition durch BayObLG, Beschl. v. 13.01.1993 – 3 ObOWi 111/92 –, juris, Rn. 6: „bestimmter Personenkreis“ bestimmt durch „Gruppenmerkmale von in ihrem Mitgliederstand wechselnden Gruppierungen [...], nicht aber individuelle Persönlichkeitsmerkmale, wie sie bei einer personengebundenen Einladung gegeben sind“; ebenso KG Berlin, Beschl. v. 15.02.1999 – 2 Ss 438/98 – 5 Ws (B) 79/99 –, juris, Rn. 5; OLG Rostock, Beschl. v. 06.03.2002 – 2 Ss (OWi) 162/01 I 39/02 –, juris, Rn. 7; VG Stuttgart, Beschl. v. 12.01.2009 – 4 K 4570/08 –, NVwZ-RR 2009, 560, Rn. 9 (zit. nach juris).

³³ VGH Kassel, Beschl. v. 01.11.1990 – 14 TH 2764/90 –, NVwZ 1991, 805, Rn. 3 (zit. nach juris); VG Würzburg, Urt. v. 29.02.2012 – W 6 K 11.384 –, juris, Rn. 38; VG Ansbach, Urt. v. 04.02.2014 – AN 4 K 13.01549 –, juris, Rn. 40.

³⁴ OVG Saarlouis, Beschl. v. 04.11.2014 – 1 B 310/14 –, NVwZ-RR 2015, 217, Rn. 24 (zit. nach juris); VGH Kassel, Beschl. v. 11.02.1991 – 8 TH 2696/90 –, juris, Rn. 8; VG Würzburg, Urt. v. 29.02.2012 – W 6 K 11.384 –, juris, Rn. 38; VG Ansbach, Urt. v. 04.02.2014 – AN 4 K 13.01549 –, juris, Rn. 39; VG Schleswig, Urt. v. 25.02.2010 – 12 A 144/08 –, juris, Rn. 39; Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 1 Rn. 67.

³⁵ VGH Kassel, Beschl. v. 11.02.1991 – 8 TH 2696/90 –, juris, Rn. 8; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 14.06.2011 – 9 L 472/11 –, juris, Rn. 17.

³⁶ OVG Saarlouis, Beschl. v. 04.11.2014 – 1 B 310/14 –, NVwZ-RR 2015, 217, Rn. 35 (zit. nach juris); VG Schleswig, Urt. v. 25.02.2010 – 12 A 144/08 –, juris, Rn. 38.

Angesichts dieser strengen Voraussetzungen an den Ausschluss der von § 1 Abs. 1 GastG geforderten Zugänglichkeit dürfte die Gewerbsmäßigkeit des Ausschanks von Getränken in Jugendfreizeitstätten nur ausnahmsweise deshalb zu verneinen sein, weil es an der Zugänglichkeit für „jedermann“ oder für „bestimmte Personengruppen“ fehlt. Zudem wäre fraglich, inwieweit ein auf individuell bestimmte Personen beschränktes Angebot mit dem Konzept der Offenen Kinder- und Jugendarbeit und den diesbezüglichen Vorgaben des § 11 Abs. 2 SGB VIII zu vereinbaren wäre.

1.3 Kein gewerbsmäßiges Handeln wegen Fehlens allgemeiner gewerberechtlicher Voraussetzungen für die Ausübung eines „Gewerbes“

Ferner kann ein gewerbsmäßiger Ausschank von Getränken trotz Gewinnerzielungsabsicht und Erfüllung der gaststättenrechtlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 GastG zu verneinen sein, wenn es an den weiteren Voraussetzungen fehlt, die erforderlich sind, um eine Tätigkeit als Ausübung eines „Gewerbes“ qualifizieren zu können. So liegt nach allgemeiner Ansicht keine Ausübung eines Gewerbes vor bei **Urproduktion, freiberuflicher Tätigkeit und bloßer Nutzung und Verwaltung eigenen Vermögens**³⁷. Ferner darf die den Gegenstand des Gewerbes bildende Tätigkeit nicht generell verboten oder sozial unwertig sein. Diese Ausschlusskriterien dürften beim Betrieb von Jugendfreizeitstätten jedoch kaum jemals relevant werden, weshalb die praktische Relevanz gering sein dürfte.

1.4 Träger der Jugendfreizeitstätte ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts (Gemeinde oder Landkreis)

Besonderheiten hinsichtlich der Qualifizierung eines Getränkeausschanks als „gewerblich“ gelten dann, wenn Träger der Jugendfreizeitstätte eine Gemeinde oder ein Landkreis und somit eine **juristische Person des öffentlichen Rechts** ist. Zwar unterliegen grundsätzlich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts dem Gaststättengesetz, da dieses keine generelle Ausnahme Klausel für juristische Person des öffentlichen Rechts enthält. Damit bedürfen etwa auch Gaststätten, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden selbst betrieben werden, nach Maßgabe der allgemeinen Regel des § 2 Abs. 1 GastG einer Gaststättenerlaubnis.

Eine Ausnahme kommt in Betracht, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts **ausschließlich oder vorwiegend zur Erfüllung einer ihr obliegenden öffentlichen Aufgabe tätig wird**. In diesem Fall entfällt nach allgemeiner Auffassung die Gewerbsmäßigkeit des Handelns aufgrund der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe³⁸. So bedarf etwa ein als Anstalt des öffentlichen Rechts verfasstes Studentenwerk keiner Gaststättenerlaubnis für den Betrieb einer

³⁷ BVerwG, Beschl. v. 16.02.1995 – 1 B 205/93 –, NVwZ 1995, 473, Rn. 15 (zit. nach juris); Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 1 Rn. 8 f.; Pielow, in: ders. (Hrsg.), GewO, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 169 ff.

³⁸ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 24 m.w.N.; Pörtl, Gaststättenrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2003, § 1 Rn. 11; ders., GewArch 2004, 184 ff.; Marcks, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Kommentar, Loseblatt (Stand: 08/2016), § 14 GewO Rn. 20.

Mensa, in der Speisen und Getränke für Studierende verabreicht werden, weil das Studentenwerk damit seine öffentliche Aufgabe gegenüber den Studierenden erfüllt³⁹. Dieser Ausschluss gewerbsmäßigen Handelns bei Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gilt **unabhängig davon, ob die juristische Person des öffentlichen Rechts bei oder anlässlich der Erfüllung der Aufgabe einen Gewinn erzielt**⁴⁰. Sollte deshalb bei Jugendfreizeitstätten, die von Gemeinden oder Landkreisen betrieben werden, auch der Ausschank von Getränken Bestandteil der zu erfüllenden öffentlichen Aufgabe sein, so wäre das erlaubnispflichtige Betreiben eines Gaststättengewerbes auch dann zu **verneinen**, wenn die Getränke *über* dem Selbstkostenpreis abgegeben werden und somit nach allgemeinen Grundsätzen eine Gewinnerzielungsabsicht zu bejahen wäre.

Ob der Ausschank von Getränken in Jugendfreizeitstätten Teil der öffentlichen Aufgabe ist, ist nicht so eindeutig wie beim Betrieb einer Mensa durch ein Studentenwerk. Der gesetzliche Auftrag der Studentenwerke besteht gerade in der Erbringung derjenigen Leistungen, die auch für das Vorliegen eines Gaststättengewerbes entscheidend sind (nämlich die Verabreichung von Speisen und Getränken). Im Kinder- und Jugendhilferecht fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung, die den Ausschank von Getränken durch die Betreiber von Jugendfreizeitstätten zur Aufgabe der Träger erklären würde. Ein gewerbliches Handeln unter dem Aspekt der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe könnte deshalb nur dann verneint werden, wenn der Ausschank von Getränken **integraler und notwendiger Bestandteil der öffentlichen Aufgabe „Betrieb von Jugendfreizeitstätten“** wäre. Es bedarf deshalb der Klärung, inwieweit Gemeinden und Landkreise mit dem Betrieb von Jugendfreizeitstätten eine öffentliche Aufgabe erfüllen und ob von dieser Aufgabe auch der Ausschank von Getränken umfasst ist. Hierbei ist danach zu differenzieren, ob die Jugendfreizeitstätte durch einen **„Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ i.S. von § 69 Abs. 1 SGB VIII** betrieben wird (1.4.1.) oder durch **eine Gemeinde, die nicht „Träger der öffentlichen Jugendhilfe“** ist (1.4.2.). Ferner ist der Fall zu betrachten, dass die Jugendfreizeitstätte zwar von einer juristischen Person des Privatrechts betrieben wird, diese jedoch von einer **Körperschaft des öffentlichen Rechts beherrscht** wird (1.4.3.).

Zur Klarstellung ist anzumerken, dass diese Frage keine Relevanz für **Kirchen mit öffentlich-rechtlichem Körperschaftsstatus** hat, da Kirchen (bzw. ihre Untergliederungen) trotz öffentlich-rechtlicher Verfasstheit nicht Teil des Staates, sondern „freie“, nichtstaatliche Träger⁴¹ sind. Betreiben nichtstaatliche Träger eine Jugendfreizeitstätte, so geschieht dies nicht zur Erfüllung einer gesetzlich übertragenen Aufgabe, sondern aufgrund ihres autonomen, grundrechtlich geschützten Betätigungsrechts. Nichtstaatliche Träger können sich deshalb für das Nichtvorliegen eines erlaubnispflichtigen Gaststättengewerbes ausschließlich auf die unter 1.1. bis 1.3. erörterten Gründe berufen, nicht jedoch auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.

³⁹ Pöttl, GewArch 2004, 184ff., der zutreffend darauf hinweist, dass dies dann nicht mehr gilt, wenn eine Mensa auch von Dritten genutzt werden darf.

⁴⁰ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 24.

⁴¹ Münder, in: ders./Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 3 Rn. 7.

1.4.1 Betrieb durch einen „Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ i.S. von § 69 Abs. 1 SGB VIII

§ 69 SGB VIII definiert nicht, wer „Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ ist, sondern überlässt dies dem Landesrecht. Nach § 1 Abs. 1 Kinder- und Jugendhilfegesetz für Baden-Württemberg (LKJHG) sind „örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ die Landkreise, Stadtkreise und bestimmte kreisangehörige Gemeinden nach Maßgabe von § 5 LKJHG⁴², nämlich die nach § 5 Abs. 1 LKJHG durch Rechtsverordnung des Sozialministeriums ausdrücklich hierzu bestimmten Gemeinden und diejenigen Gemeinden, die bereits vor dem 31. Dezember 1990 ein Jugendamt errichtet hatten und nach § 5 Abs. 3 LKJHG die Stellung als „örtlicher Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ kraft Gesetzes erlangt haben.

Wird die Jugendfreizeitstätte durch eine solche Gemeinde betrieben, gilt Folgendes⁴³: Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind nach § 79 SGB VIII Adressat der sog. Gesamtverantwortung, d.h. sie haben im Sinne einer Gewährleistungsverantwortung⁴⁴ die Erbringung der erforderlichen Leistungen auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendhilfe sicherzustellen⁴⁵. Sie sind hingegen nicht verpflichtet, selbst Leistungen zu erbringen und somit Jugendarbeit i.S. von § 11 Abs. 2 S. 1 SGB VIII selbst zu betreiben. Sie können sich auf die Wahrnehmung der Gesamtverantwortung beschränken und die Erbringung von Leistungen nach § 11 Abs. 2 SGB VIII „anderen Trägern der Jugendarbeit“ überlassen.

Auch wenn die Träger der öffentlichen Jugendhilfe somit nicht zum Betreiben von Jugendfreizeitstätten *verpflichtet* sind, dürfen sie gleichwohl auch selbst Jugendarbeit i.S. von § 11 Abs. 2 S. 1 SGB VIII anbieten. In diesem Fall **erfüllen sie hiermit die gesetzliche Aufgabe nach § 11 Abs. 2 SGB VIII** und erbringen eine Sozialleistung im Sinne des SGB I⁴⁶. Dies schließt es jedenfalls aus, im *Betrieb der Jugendfreizeitstätte* die Ausübung eines Gewerbes zu sehen.

Ob dies auch für den Ausschank von Getränken im Rahmen des Betriebs der Jugendfreizeitstätte gilt, ergibt sich nicht eindeutig aus dem Gesetz. *Dafür* könnte sprechen, dass nach § 11 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII zu den „Schwerpunkten der Jugendarbeit“ auch die „Jugendarbeit in Sport, Spiel und Geselligkeit“ gehört. Zumindest bei längeren Aufenthalten in der Jugendfreizeitstätte dürfte der Aspekt der Geselligkeit miteinschließen, dass eine **Versorgung mit Getränken sichergestellt** ist, da Trinken ein menschliches Grundbedürfnis ist. Dies spricht unseres Erachtens dafür, dass der Ausschank von Getränken in Jugendfreizeitstätten zumindest dann von der gesetzlichen Aufgabe nach § 11 Abs. 2 SGB VIII mitumfasst ist, wenn der Ausschank **gegenüber der „eigentlichen“ Jugendarbeit eine lediglich untergeordnete und dienende Funktion hat und der Betrieb der Jugendfreizeitstätte ansonsten bei lebensnaher Betrachtung nicht**

⁴² Kunkel/Vondung, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 6. Aufl. 2016, § 69 Rn. 20.

⁴³ Gleiches gilt für Stadt- oder Landkreise, da diese nach § 1 Abs. 1 LKJHG stets „örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ sind.

⁴⁴ Kunkel/Kepert, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 6. Aufl. 2016, § 79 Rn. 3.

⁴⁵ Münder, in: ders./Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 3 Rn. 10.

⁴⁶ Schindler/Elmayer, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 8 f.

sinnvoll möglich wäre. Ist dies der Fall, ist es unseres Erachtens denkbar, dass ein Träger der öffentlichen Jugendhilfe auch dann kein Gaststättengewerbe betreibt, wenn er die Getränke zu einem Preis *über* den Selbstkosten abgibt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Träger frei in seiner Preiskalkulation wäre. Vielmehr folgen – da es sich bei den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe durchweg um Gemeinden oder Landkreise handelt – wesentliche Beschränkungen aus dem **kommunalen Wirtschaftsrecht** (§§ 102 ff. GemO), das nach § 48 Landkreisordnung (LKrO) für die Landkreise entsprechend gilt.

Danach gilt für die Zulässigkeit einer auf Gewinnerzielung ausgerichteten wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Landkreisen Folgendes⁴⁷:

- Eine wirtschaftliche, auf Gewinnerzielung gerichtete Betätigung ist nach § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO nur zulässig, wenn ein **öffentlicher Zweck dies rechtfertigt**⁴⁸. Ein solcher öffentlicher Zweck des Ausschanks von Getränken zu einem *über* den Selbstkosten liegenden Preis ist nicht ersichtlich.
- Nach § 102 Abs. 4 Nr. 2 GemO gehören „Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art“ – hierzu gehören Jugendfreizeitstätten in kommunaler Trägerschaft⁴⁹ – nicht zu den „wirtschaftlichen Unternehmen“. Vielmehr wird es sich bei Jugendfreizeitstätten regelmäßig um „öffentliche Einrichtungen“ i.S. von § 10 Abs. 2 GemO BW handeln, die nicht zur Gewinnerzielung betrieben, sondern für die allenfalls kostendeckende Gebühren erhoben werden dürfen⁵⁰.
- Der nichtwirtschaftliche Charakter des Betriebs von Jugendfreizeitstätten schließt es zwar grundsätzlich nicht aus, dass im Rahmen dieser Gesamttätigkeit **mit einzelnen Tätigkeiten Gewinne erzielt werden**⁵¹. Eine solche Gewinnerzielung anlässlich der Erfüllung einer nicht auf Gewinnerzielung gerichteten Aufgabe ist jedoch nur zulässig, wenn es sich um eine bloße **Annex- bzw. Hilfstätigkeit zur Gesamttätigkeit** handelt, ein enger sachlicher Zusammenhang besteht und die Annex- bzw. Hilfstätigkeit der Haupttätigkeit ein-

⁴⁷ Vgl. zum Gesamten auch *Uechtritz/Otting/Olgemüller*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 6.

⁴⁸ *Katz*, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung BW, Kommentar, Loseblatt (Stand: 09/2016), § 102 Rn. 33; *Uechtritz/Otting/Olgemüller*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 6. Rn. 49 ff.

⁴⁹ *Katz*, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung BW, Kommentar, Loseblatt (Stand: 09/2016), § 102 Rn. 68.

⁵⁰ Zu Letzterem *Katz*, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung BW, Kommentar, Loseblatt (Stand: 09/2016), § 102 Rn. 23.

⁵¹ Bsp.: Kiosk in einem als öffentliche Einrichtung betriebenen kommunalen Freibad.

deutig untergeordnet ist. Zudem dürfen mit Gewinnerzielung verbundene Annex- bzw. Hilfstätigkeit die sachgerechte Erfüllung der Haupttätigkeit nicht beeinträchtigen⁵².

- Auf den Ausschank von Getränken übertragen bedeutet dies, dass Trägern der öffentlichen Jugendhilfe eine **Preisgestaltung verwehrt ist, die mit den Grundsätzen der Jugendarbeit i.S. von § 11 Abs. 2 SGB VIII unvereinbar wäre**, insbesondere weil sie eine Hürde für die Inanspruchnahme durch die Jugendlichen errichtet und/oder den potentiellen Adressatenkreis nicht nur unerheblich beschränkt.

Damit ist es dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe zwar nicht grundsätzlich verwehrt, Getränke zu einem über den Selbstkosten liegenden Preis auszuschenken. Allerdings dürfte der Spielraum für eine Gewinnerzielungsabsicht gering sein. Insgesamt dürfte nur ausnahmsweise in Betracht kommen, dass ein Ausschank von Getränken zu einem die Selbstkosten übersteigenden Preis wegen fehlender Gewerbsmäßigkeit nicht erlaubnispflichtig ist. Übersteigt der Abgabepreis hingegen nicht die Selbstkosten, so entfällt die Erlaubnispflicht bereits nach den unter 1.1. dargestellten allgemeinen Grundsätzen.

1.4.2 Betrieb von Jugendfreizeitstätten durch kreisangehörige Gemeinden, die nicht Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind

Fraglich ist, inwieweit dies auch für Jugendfreizeitstätten in der Trägerschaft kreisangehöriger Gemeinden gilt, die nicht „örtlicher Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ i.S. von § 69 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 5 LKJHG haben. Die Rechtsstellung dieser Gemeinden im Kinder- und Jugendhilferecht ist im SGB VIII nicht ausdrücklich geregelt und deshalb nicht ganz eindeutig zu bestimmen. Unstreitig dürfte sein, dass solche Gemeinden nicht zu den „freien Trägern“ gehören⁵³. Hierunter können „sämtliche natürliche und juristische Personen“ verstanden werden, die „im verwaltungsrechtlichen Sinne nicht öffentlich-rechtlich sind“⁵⁴. Betreiben freie Träger eine Jugendfreizeitstätte, so tun sie dies aufgrund eines **autonomen, nicht vom Staat abgeleiteten Betätigungsrechts**⁵⁵. Sie unterliegen deshalb nicht den spezifischen öffentlich-rechtlichen Bindungen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe, sondern lediglich den für jedermann geltenden Gesetzen. Über eine solche autonome Rechtsstellung verfügen Gemeinden niemals, und zwar auch dann nicht, wenn sie nicht „Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ sind; sie unterliegen stets öffentlich-rechtlichen Sonderbindungen, insbesondere denjenigen des Kommunalrechts.

Andererseits sind Gemeinden, die nicht „Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ sind, nicht Adressat der Gesamtverantwortung gemäß § 79 SGB VIII⁵⁶. Damit sind sie weder zum Betrieb von

⁵² Katz, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung BW, Kommentar, Loseblatt (Stand: 09/2016), § 102 Rn. 35, 70.

⁵³ VG Gera, Urt. v. 27.03.2001 – 6 K 218/98.GE –, juris, Rn. 54.

⁵⁴ Münder, in: ders./Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 3 Rn. 7.

⁵⁵ VG Gera, Urt. v. 27.03.2001 – 6 K 218/98.GE –, juris, Rn. 54; Heußner, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), Juris-Praxiskommentar SGB VIII, 2014, § 2 Rn. 9.

⁵⁶ Kunkel/Kepert, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 6. Aufl. 2016, § 79 Rn. 1.

Jugendfreizeitstätten verpflichtet noch besteht ein Anspruch darauf, dass die Gemeinde eine Jugendfreizeitstätte errichtet und/oder betreibt.

Dies schließt es jedoch nicht aus, dass auch solche Gemeinden **freiwillig Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe wahrnehmen**⁵⁷. Das kommunale Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG) gibt den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Ausdruck des Selbstverwaltungsrechts ist ferner die Befugnis zur Errichtung „öffentlicher Einrichtungen“ zum Wohl der Einwohner (§ 10 Abs. 2 GemO BW). Bei von Gemeinden betriebenen Jugendfreizeitstätten handelt es sich regelmäßig um „öffentliche Einrichtungen“.

Betreibt eine Gemeinde eine Jugendfreizeitstätte, ohne „Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ zu sein, so verbleibt die Gesamtverantwortung nach § 79 SGB VIII beim Landkreis (bzw. dem Kreisjugendamt)⁵⁸. Auch erbringt die Gemeinde im Unterschied zum „Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ weder eine Sozialleistung im Sinne des SGB I noch erfüllt sie die gesetzliche Aufgabe des § 11 Abs. 2 SGB VIII. Vielmehr nimmt die Gemeinde eine **eigene, kommunale Aufgabe** wahr. Hierbei unterliegt die Gemeinde uneingeschränkt den Vorgaben des kommunalen Wirtschaftsrechts, insbesondere des § 102 GemO. Damit folgt die Zulässigkeit des Ausschank von Getränken zu einem über den Selbstkosten liegenden Preis **denselben Grundsätzen, wie zum Betrieb von Jugendfreizeitstätten durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe ausgeführt** (oben 1.4.1.): Die Preiskalkulation darf nicht dem mit dem Betrieb der Jugendfreizeitstätte als „öffentlicher Einrichtung“ verfolgten Zweck zuwiderlaufen. Damit dürfte ein Ausschank von Getränken *über* dem Selbstkostenpreis auch für kreisangehörige Gemeinden, die nicht Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind, nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

1.4.3 Sonderfall: Betrieb der Jugendfreizeitstätte durch einen privaten Rechtsträger, der von einem staatlichen Rechtsträger beherrscht wird

Schließlich ist der Sonderfall zu betrachten, dass eine Jugendfreizeitstätte zwar von einem privaten Rechtsträger – etwa einem Verein oder einer GmbH – betrieben wird, der private Rechtsträger jedoch vollständig oder mehrheitlich im Eigentum einer Gemeinde oder eines Landkreises steht. Dieser Fall der sog. **formellen bzw. Organisationsprivatisierung** ist nach den allgemeinen, für formelle Privatisierungen geltenden Grundsätzen zu behandeln. Danach kann sich ein staatlicher Rechtsträger seiner ihm obliegenden Aufgaben und Bindungen nicht einfach dadurch entledigen, dass er die Aufgabe von einem privaten Rechtsträger erfüllen lässt. Vielmehr unterliegt auch der private Rechtsträger denselben öffentlich-rechtlichen Bindungen wie der staatliche Rechtsträger, wenn der private Rechtsträger entweder eine **hundertprozentige**

⁵⁷ Kunkel/Vondung, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 6. Aufl. 2016, § 69 Rn. 24; Weißenberger, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), Juris-Praxiskommentar SGB VIII, 2014, § 69 Rn. 33; ferner Schäfer, in: Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 69 Rn. 5 mit dem Beispiel *kommunaler Kindertagesstätten*.

⁵⁸ Schäfer, in: Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 69 Rn. 5; Kunkel/Vondung, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 6. Aufl. 2016, § 69 Rn. 25.

„Tochter“ des öffentlich-rechtlichen Rechtsträger ist oder der öffentlich-rechtliche Rechtsträger – falls weitere nichtstaatliche Rechtsträger beteiligt sind – zumindest einen **bestimmenden Einfluss auf den privaten Rechtsträger ausübt**, er ihn mithin „beherrscht“⁵⁹. Ob Letzteres der Fall ist, bedarf der Beurteilung im konkreten Fall unter Auswertung der einschlägigen Vereinssatzungen etc. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist der Träger der Jugendfreizeitstätte trotz seiner privatrechtlichen Organisationsform kein „freier“ Träger⁶⁰, sondern er ist **so zu behandeln, als würde die Jugendfreizeitstätte von dem hinter ihm stehenden öffentlich-rechtlichen Rechtsträger betrieben**. Damit gelten für die Gewerblichkeit des Ausschanks von Getränken dieselben Grundsätze wie für den Betrieb von Jugendfreizeitstätten durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe bzw. durch eine sonstige kreisangehörige Gemeinde (oben 1.4.1. und 1.4.2.). Daraus folgt, dass auch die Abgabe von Getränken *über* dem Selbstkostenpreis durch einen staatlich beherrschten privaten Träger nur in dem oben 1.4.1. und 1.4.2. dargestellten Rahmen zulässig ist.

2. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht

Handelt der Träger einer Jugendfreizeitstätte beim Ausschank von Getränken gewerbsmäßig, insbesondere mit Gewinnerzielungsabsicht, so entfällt die Erlaubnispflicht ausnahmsweise, wenn ein geschriebener oder ungeschriebener Ausnahmegrund vorliegt.

In dieser Konstellation entfällt die Erlaubnispflicht als solche. Im Unterschied zu den soeben unter 1. erörterten Konstellationen, in denen es bereits an einem gewerbsmäßigen Handeln fehlt, bleiben **sämtliche Vorschriften des GastG, die nicht im Zusammenhang mit der Erlaubnispflicht stehen, und sonstige gewerberechtliche Vorschriften anwendbar**⁶¹.

2.1 Ausnahme von der Erlaubnispflicht gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 GastG (Ausschank ausschließlich alkoholfreier Getränke)

In Betracht kommt eine Ausnahme nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 GastG. Danach entfällt die Erlaubnispflicht, wenn **ausschließlich alkoholfreie Getränke ausgeschenkt** werden.

⁵⁹ Zur Grundrechtsbindung staatlich beherrschter Eigen- und gemischt-wirtschaftlicher Gesellschaften BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06 –, BVerfGE 128, 226, Rn. 47 ff. – Fraport. Die dort entwickelten Grundsätze gelten auch für das Kinder- und Jugendhilferecht: So hat das VG Gera einer von einer Kommune beherrschten GmbH, die eine Kindertageseinrichtung betrieb, die Anerkennung als „Träger der freien Jugendhilfe“ mit der Begründung versagt, aufgrund der Beherrschung sei die Kindertageseinrichtung wie eine von der Kommune selbst betriebene Kindertageseinrichtung zu behandeln (VG Gera, Urt. v. 27.03.2001 – 6 K 218/98.GE –, juris, Rn. 30 ff.; bestätigt durch OVG Weimar, Urt. v. 19.10.2004 – 2 KO 385/03 –, juris, Rn. 41 ff.).

⁶⁰ VG Gera, Urt. v. 27.03.2001 – 6 K 218/98.GE –, juris, Rn. 30 ff.; *Kunkel/Vondung*, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Hrsg.), SGB VIII, Kommentar, 6. Aufl. 2016, § 69 Rn. 31; *Neumann*, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Kommentar, Loseblatt (Stand: 12/09), § 3 Rn. 9.

⁶¹ *Metzner*, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 2 Rn. 29.

2.2 Ungeschriebener Ausnahmegrund: Bagatellvorbehalt

Ferner soll die Erlaubnispflicht entfallen, wenn dem Getränkeausschank lediglich **Bagatelldarakter** zukommt⁶². Dieser Ausnahmegrund spielt nur dann eine Rolle, wenn der Ausschank von Getränken **mit Gewinnerzielungsabsicht** erfolgt (liegt keine Gewinnerzielungsabsicht vor, fehlt es schon am Betreiben eines Gaststättengewerbes). Der Bagatellvorbehalt kann sich sowohl darauf beziehen, dass der Abgabepreis die Aufwendungen nur geringfügig überschreitet, als auch darauf, dass die Überschreitung zwar nicht geringfügig ist, jedoch nur in einer geringfügigen Anzahl von Fällen überhaupt Getränke ausgeschenkt werden.

Die Qualifizierung einer Tätigkeit als gewerbsmäßig bemisst sich nach dem Gesamtbild der zu beurteilenden Tätigkeit. Dies gilt auch für das Gaststättenrecht als speziellem Gewerberecht. Entscheidend ist deshalb, ob das Gesamtbild der Tätigkeit der herkömmlichen Vorstellung von einem Gewerbe entspricht und deshalb als gewerberechtlich regelungsbedürftig anzusehen ist. Hierzu muss das Gewinnstreben eine gewisse Intensität aufweisen, die sich sowohl aus der Höhe des erstrebten Gewinns als auch aus der Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit der Tätigkeit ergeben kann. Überschreitet das Gewinnstreben oder die Tätigkeit insgesamt nicht eine gewisse Mindestintensität, so kann es sich um eine Bagatelle handeln, die die Gewerbsmäßigkeit entfallen lässt⁶³. Nicht ausreichend hierfür ist es, dass der Getränkeausschank nur eine Nebenleistung innerhalb eines auf andere Zwecke gerichteten Betriebs ist⁶⁴. Auch eine lediglich untergeordnete Bedeutung des Getränkeausschanks führt nämlich nicht automatisch zu der Annahme, dem Ausschank komme kein relevanter wirtschaftlicher Wert zu. Vielmehr bedarf es stets einer **wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls**. Allgemeine und vom Einzelfall losgelöste Aussagen darüber, wann die mit dem Ausschank beabsichtigte Gewinnerzielung oder der Umfang des Ausschanks Bagatellcharakter haben, sind nicht möglich.

Das VG Freiburg hat mit Urteil vom 23. September 2016 die Erlaubnispflicht einen Bagatellcharakter angenommen⁶⁵. Die Entscheidung beruht in mehrfacher Hinsicht auf einem außergewöhnlichen Sachverhalt: Die Annahme, ein Getränkeausschank liege unterhalb der Bagatellgrenze und sei deshalb erlaubnisfrei, ist von Haus aus mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Begründet ein Träger seine Auffassung, der von ihm praktizierte Ausschank sei nicht erlaubnispflichtig, ausschließlich mit einem (angeblichen) Bagatellcharakter begründen, so bestünde ein nicht unerhebliches Risiko, dass die Gaststättenbehörde bzw. – sollte es zu einem Rechtsstreit kommen – das Verwaltungsgericht diese Frage abweichend beurteilen. Die Träger einer Jugend-

⁶² So jüngst angenommen von VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 62 ff.

⁶³ VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 63; VGH Mannheim, Urt. v. 24.09.1999 – 14 S 1197/99 –, juris, Rn. 24; BayObLG, Beschl. v. 13.01.1993 – 3 ObOWi 111/92 –, juris, Rn. 9; VGH Kassel, Beschl. v. 11.02.1991 – 8 TH 2696/90 –, juris, Rn. 5; *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 13.

⁶⁴ VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris, Rn. 63.

⁶⁵ VG Freiburg, Urt. v. 23.09.2016 – 4 K 2257/15 –, juris.

freizeitstätte sind deshalb gut beraten, die Rechtslage vor Beginn des Getränkeauschanks mit der Gaststättenbehörde abzuklären.

3. Keine Erlaubnispflichtigkeit wegen Nichtanwendbarkeit des GastG

Schließlich entfällt die Erlaubnispflichtigkeit, wenn das GastG auf den Ausschank von Getränken durch den Träger einer Jugendfreizeitstätte bereits nicht anwendbar ist.

3.1 Nichtanwendbarkeit des GastG auf Betriebskantinen und Betreuungseinrichtungen

Nach § 25 Abs. 1 ist das GastG auf bestimmte Betriebskantinen und sonstige Betreuungseinrichtungen nicht anwendbar. Hierunter fallen etwa die Mensen der Studentenwerke⁶⁶. Ferner wird eine analoge Anwendung auf Schulmensen für möglich gehalten⁶⁷. Im vorliegenden Zusammenhang dürfte die Relevanz dieser Ausnahme jedoch nur gering sein. In den genannten Beispielen geht es stets um die Verpflegung mit Speisen *und* Getränken und nicht ausschließlich um den Ausschank von Getränken geht.

3.2 Nichtanwendbarkeit des GastG im schulischen Bereich

Eine Nichtanwendbarkeit des GastG kann sich ferner nach § 31 GastG ergeben, der auf die Vorschriften der Gewerbeordnung verweist. Damit findet u.a. § 6 Abs. 1 GewO Anwendung⁶⁸, der bestimmte Tätigkeitsbereiche vom Anwendungsbereich der GewO ausnimmt. Einschlägig könnte allenfalls das in § 6 Abs. 1 S. 1 GewO genannte „**Unterrichtswesen**“ sein. Hierunter ist nach überwiegender Ansicht sowohl die **schulische** als auch **außerschulische Bildung** zu verstehen, die außerschulische Bildung jedoch nur dann, wenn sie landesrechtlich geregelt ist⁶⁹. Hintergrund dieser Regelung ist, dass diejenigen Bereiche der Bildung von der Regulierung des Gaststättenrechts ausgenommen sein sollen, die bereits nach den einschlägigen schulrechtlichen Regelungen einer hinreichenden Regulierung unterliegen.

Nicht erfasst von § 6 Abs. 1 S. 1 GewO sind mangels gesetzlicher Regelung jedenfalls Nachhilfeunterricht und Hausaufgabenbetreuung⁷⁰. Da der offenen Jugendarbeit im Wesentlichen ein von der schulischen Bildung verschiedener Begriff⁷¹ der **informellen Bildung** zu Grunde

⁶⁶ Dazu *Pöttl*, GewArch 2004, 184ff.

⁶⁷ So *Michel/Kienzle/Pauly*, GastG, Kommentar, 14. Aufl. 2003, § 25 Rn. 6.

⁶⁸ Zur Anwendbarkeit von § 6 GewO auf das GastG *Pöttl*, Gaststättenrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2003, § 31 Rn. 4.

⁶⁹ *Holzner*, in: ders. (Hrsg.), GewO, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 22 ff.; *Ennuschat*, in: *Tettinger/Wank/Ennuschat*, GewO, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 6 Rn. 13 f., jeweils m.w.N.

⁷⁰ *Holzner*, in: ders. (Hrsg.), GewO, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 25b.

⁷¹ Den Unterschied betont auch *Schruth*, in: *Schlegel/Voelzke* (Hrsg.), Juris-Praxiskommentar SGB VIII, 2014, § 11 Rn. 44.

liegt⁷², dürften sich ferner im Bereich der vom SchulG erfassten *schulischen Bildung* kaum Überschneidungsbereiche mit der Tätigkeit der Träger von Jugendfreizeitstätten ergeben. Im Bereich der *außerschulischen Bildung* sind derartige Überschneidungsbereiche – zu denken ist etwa an die Vermittlung künstlerischer und/oder sportlicher Fähigkeiten – zwar denkbar. Auch existiert für diesen Bereich in Baden-Württemberg eine gesetzliche Regelung, nämlich das Gesetz zur Förderung der außerschulischen Jugendbildung (Jugendbildungsgesetz – JBiG). Regelungsgegenstand dieses Gesetzes ist jedoch nicht die außerschulische Jugendbildung als solche, sondern **Grundsätze für ihre finanzielle Förderung durch das Land**. Dies spricht dafür, dass die außerschulische Bildung nicht nach § 6 Abs. 1 S. 1 GewO i.V.m. § 31 GastG von der Geltung des GastG ausgenommen ist. Denn es gibt keine gesetzliche Regelung, die unmittelbar auf diese Bildung und nicht auf ihre finanzielle Förderung bezogen ist.

Im Ergebnis dürften als Anwendungsfälle für eine Nichtanwendbarkeit des GastG nach § 31 GastG i.V.m. § 6 Abs. 1 S. 1 GastG allenfalls **Veranstaltungen in Betracht kommen, die von den Trägern von Jugendfreizeitstätten in Kooperation mit den Schulen und im Rahmen der schulischen Bildung erfolgen**. Ob derartige Fälle in der Praxis existieren, wissen wir nicht. Derartige Fälle bedürften jedenfalls stets einer Beurteilung im Einzelfall, insbesondere daraufhin, ob der Ausschank von Getränken dem Träger der Jugendfreizeitstätte oder dem staatlichen Schulträger – dieser wäre nach den für juristische Personen des öffentlichen Rechts geltenden Grundsätzen zu behandeln (oben 1.4.) – zuzurechnen ist.

IV. Erweiterung der Erlaubnispflicht trotz fehlender Gewerbsmäßigkeit

Ein nach § 2 Abs. 1 GastG erlaubnisfreier Getränkeausschank kann ausnahmsweise nach § 23 Abs. 1 GastG gleichwohl erlaubnispflichtig sein, wenn **alkoholische Getränke ausgeschenkt** werden. Ist dies der Fall, so erstreckt § 23 Abs. 1 die Vorschriften des GastG über den Ausschank alkoholischer Getränke auf „Vereine und Gesellschaften ..., die kein Gewerbe betreiben“⁷³.

Damit ist der Ausschank *alkoholischer* Getränke jedenfalls auch dann erlaubnispflichtig, wenn nach der Grundregel des § 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 GastG wegen fehlender Gewerbsmäßigkeit – insbesondere wegen fehlender Gewinnerzielungsabsicht – keine Erlaubnispflicht bestünde. Von § 23 Abs. 1 GastG erfasst ist ausschließlich der Ausschank alkoholischer Getränke durch „Vereine und Gesellschaften“. Diese Vorschrift dürfte auf die meisten freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe anwendbar sein. Denn der Begriff des Vereins i.S. von § 23 Abs. 1

⁷² AGJF (Hrsg.), Offene Kinder- und Jugendarbeit – Grundsätze und Leistungen, S. 12 (Nachw. in Fn. 2).

⁷³ Dazu, dass die „Vorschriften dieses Gesetzes über den Ausschank alkoholischer Getränke“ i.S. von § 23 Abs. 1 GastG insbesondere die Vorschriften über die Erlaubnispflicht meint, vgl. nur Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 23 Rn. 9.

GastG ist weit zu verstehen; erfasst werden „Vereine jeder Art“⁷⁴. Nicht anwendbar ist § 23 Abs. 1 GastG hingegen auf Körperschaften des öffentlichen Rechts⁷⁵.

Die erweiterte Erlaubnispflicht entfällt nach der Gegenausnahme des § 23 Abs. 2 S. 1 GastG dann wieder, wenn der Ausschank der alkoholischen Getränke in „**eigenen**“ **Räumen des Trägers** erfolgt, d.h. in Räumen, „die im Eigentum dieser Vereine oder Gesellschaften stehen oder ihnen mietweise, leihweise oder aus einem anderen Grunde überlassen und nicht Teil eines Gaststättenbetriebes sind“. In diesem Fall sind ausschließlich die in § 23 Abs. 2 S. 1 GastG genannten Vorschriften anwendbar – d.h. § 5 GastG (Erlass von Auflagen), § 6 GastG (Verpflichtung zum Ausschank auch alkoholfreie Getränke), § 18 GastG (Sperrzeit) und § 22 GastG (behördliche Auskunfts- und Nachschaurechte) einschließlich der auf diese Vorschriften Bezug nehmenden Bußgeldtatbestände des § 28 GastG –, nicht jedoch die Vorschriften über die Erlaubnispflicht. Da der Ausschank von Getränken durch die Träger von Jugendfreizeitstätten regelmäßig *in* den Jugendfreizeitstätten erfolgen dürfte, dürfte in den meisten Fällen eine nach § 23 Abs. 1 GastG begründete erweiterte Erlaubnispflicht nach § 23 Abs. 2 GastG wieder entfallen.

Es wird deshalb nur in seltenen Fällen nach § 23 GastG für die Träger von Jugendfreizeitstätten zu einer über § 2 Abs. 1 GastG hinausgehenden Erweiterung der Erlaubnispflicht kommen. Zudem sind § 23 Abs. 1 *und* Abs. 2 GastG von vornherein nicht anwendbar, wenn ein gewerbsmäßiges Handeln i.S. von § 1 Abs. 1 GastG vorliegt, da sich die Erlaubnispflichtigkeit in diesem Fall abschließend nach der allgemeinen Regel des § 2 Abs. 1 GastG beurteilt.

V. Rechtsfolgen und Handlungsoptionen bei Verstoß gegen die Erlaubnispflicht

1. Rechtsfolgen und drohende Sanktionen bei Verstoß

Liegt keine der soeben angeführten Fallgruppen eines erlaubnisfreien Ausschanks vor, so benötigt der Träger einer Jugendfreizeitstätte eine Gaststättenerlaubnis gemäß § 2 Abs. 1 GastG. Hat er diese nicht eingeholt, so ist ein Ausschank **rechtswidrig**. In diesem Fall kann die Fortsetzung des Ausschanks von der zuständigen Gaststättenbehörde gemäß § 15 Abs. 2 GewO i.V.m. § 31 GastG untersagt und die Untersagung gegebenenfalls zwangsweise durchgesetzt werden.

Die Zuwiderhandlung ist nach § 28 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 GastG eine Ordnungswidrigkeit und kann mit einer Geldbuße geahndet werden.

2. Handlungsoptionen des Trägers

Erfüllt der Träger die Voraussetzungen der Erlaubnispflicht, ohne über die erforderliche Erlaubnis zu verfügen, steht es ihm frei, eine Gaststättenerlaubnis zu beantragen und den Ausschank

⁷⁴ Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 23 Rn. 5.

⁷⁵ Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 23 Rn. 6.

dadurch für die Zukunft zu legalisieren. Sollte die Einholung einer Gaststättenerlaubnis vom Träger nicht gewünscht sein, stehen ihm alternativ folgende Handlungsoptionen zur Verfügung:

2.1 Steuerung des Vorliegens von „Gewerbsmäßigkeit“ durch Änderung der Modalitäten der Tätigkeit des Trägers

Die Gewerbsmäßigkeit des Ausschanks von Getränken hängt nach § 1 Abs. 1 GastG von verschiedenen Faktoren ab, die dem Träger nicht vorgegeben sind, sondern auf der von ihm getroffenen Entscheidung beruhen, den Ausschank – bzw. allgemeiner: den Betrieb der Jugendfreizeitstätte – **in einer bestimmten Weise vorzunehmen**. Dies gilt insbesondere für die Tatbestandsvoraussetzungen der **Gewinnerzielungsabsicht** und der **Zugänglichkeit**. Da die Voraussetzungen für ein gewerbsmäßiges Handeln i.S. von § 1 Abs. 1 GastG kumulativ vorliegen müssen, hat es der Träger in der Hand, durch Veränderung dieser Parameter dafür zu sorgen, dass seine Tätigkeit zukünftig nicht mehr als gewerbsmäßig zu qualifizieren ist.

Insbesondere kann er durch eine veränderte Preisgestaltung die für eine Gewerbsmäßigkeit konstitutive **Gewinnerzielungsabsicht entfallen lassen**. Ebenso könnte er – sofern dies mit dem Konzept der offenen Kinder- und Jugendarbeit und § 11 Abs. 2 SGB VIII vereinbar ist – erwägen, durch eine Beschränkung des Zugangs zu Veranstaltungen die Zugänglichkeit für „jedermann“ oder „bestimmte Personenkreise“ auszuschließen, was ebenfalls die Gewerbsmäßigkeit i.S. von § 1 Abs. 1 GastG entfallen ließe.

2.2 Möglichkeit der Beantragung einer Gestattung gemäß § 12 GastG

Sind von der Erlaubnispflicht lediglich einzelne Veranstaltungen des Trägers betroffen (etwa in größerem Rahmen durchgeführte Konzerte), so kann der Träger alternativ zur Gaststättenerlaubnis gemäß § 2 Abs. 1 GastG eine **Gestattung gemäß § 12 GastG** beantragen. Hierbei handelt es sich um eine **Sonderform der Gaststättenerlaubnis**⁷⁶, die unter **erleichterten Voraussetzungen und vorübergehend auf Widerruf erteilt werden kann**. Voraussetzung ist gemäß § 12 Abs. 1 GastG das Vorliegen eines „besonderen Anlasses“. Hieran stellt die Rechtsprechung tendenziell strenge Anforderungen, weshalb der bloße Wunsch, unter erleichterten Voraussetzungen kurzfristig eine Schanktätigkeit zu betreiben, nicht ausreicht. Erforderlich ist vielmehr das **objektive Vorliegen eines außerhalb der gastronomischen Tätigkeit liegenden kurzfristigen, nicht häufig auftretenden Ereignisses**⁷⁷. Ob eine Veranstaltung des Trägers diese Voraussetzungen erfüllt, kann nur im Einzelfall beurteilt werden.

⁷⁶ Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 12 Rn. 3.

⁷⁷ BVerwG, Urt. v. 04.07.1989 – 1 C 11/88 –, BVerwGE 82, 189, Rn. 12 f., 16 (zit. nach juris), das als Beispiele für „besondere Anlässe“ „Volksfeste, Schützenfeste, Winzerfeste, Veranstaltungen von Vereinen oder Gesellschaften, Umzüge, Tagungen und Werbeveranstaltungen“ nennt; ebenso OVG Lüneburg, Urt. v. 29.11.2001 – 7 L 3295/00 –, juris, Rn. 28; VG Würzburg, Urt. v. 03.07.2013 – W 6 K 12.828 –, juris, Rn. 44; VG Regensburg, Urt. v. 09.02.2017 – RN 5 K 15. 1176 –, juris, Rn. 41; aus der Lit. Metzner, GastG, Kommentar, 6. Aufl. 2002, § 12 Rn. 10 ff.

C. ZUSAMMENFASSUNG

1. Getränke dürfen in Jugendfreizeitstätten grundsätzlich nur ausgeschenkt werden, wenn der Träger über eine Gaststättenerlaubnis verfügt. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos, da verschiedene Fallgruppen existieren, in denen die Erlaubnispflicht entfällt.
2. Eine Erlaubnis ist nicht erforderlich, wenn der Träger kein Gaststättengewerbe betreibt. Für die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit ist nicht auf die Gesamttätigkeit des Trägers abzustellen (d.h. das Betreiben der Jugendfreizeitstätte bzw. die Erbringung von offener Jugendarbeit), sondern konkret auf den Ausschank von Getränken. Auch wenn die Tätigkeit insgesamt gemeinnützig ist, kann der Ausschank als gewerbsmäßig zu beurteilen sein
 - a) An der Gewerbsmäßigkeit fehlt es insbesondere dann, wenn der Ausschank ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt. Auch hierfür ist Bezugspunkt ausschließlich der Ausschank der Getränke, nicht jedoch die (gemeinnützige) Gesamttätigkeit des Trägers. Der Träger einer Jugendfreizeitstätte kann eine zur Gewerbsmäßigkeit führende Gewinnerzielungsabsicht deshalb sicher nur ausschließen, wenn er die Getränke ausschließlich zum Selbstkostenpreis anbietet.
 - b) Die Selbstkosten errechnen sich mindestens aus dem Einkaufspreis. Ob auch weitere Kosten, die dem Träger im Sinne einer kaufmännischen Buchführung entstehen, eingerechnet werden dürfen, ist bislang nicht abschließend geklärt. Sollte sich ein Träger zu einer solchen Berechnung entschließen, träge ihn die Darlegungs- und Beweislast, und er müsste die geltend gemachten Kosten plausibel und nachvollziehbar darlegen. Hieran sind tendenziell hohe Anforderungen zu stellen.
 - c) Ferner fehlt es an einem erlaubnispflichtigen Gaststättengewerbe, wenn eine Gemeinde, ein Landkreis oder eine von ihnen beherrschte juristische Person des Privatrechts die Jugendfreizeitstätte selbst betreibt und der Ausschank der Getränke Teil der mit dem Betrieb verfolgten öffentlichen Aufgabe ist. In diesem Fall kann Gewerbsmäßigkeit auch dann ausgeschlossen sein, wenn die Getränke zu einem *über* den Selbstkosten liegenden Preis abgegeben werden. Aufgrund der Vorgaben des kommunalen Wirtschaftsrechts, dem Gemeinden und Landkreis unterliegen, dürfte eine solche Preiskalkulation jedoch nur ausnahmsweise zulässig sein.
 - d) Ausnahmsweise kann der Ausschank erlaubnispflichtig sein, wenn der Träger nicht gewerbsmäßig handelt, nämlich dann, wenn ein freier Träger der Jugendhilfe *alkoholische Getränke* ausschenkt. Auch dann ist allerdings keine Erlaubnis notwendig, wenn der Ausschank in eigenen Räumen des Trägers erfolgt.
3. Ferner entfällt die Erlaubnispflicht, wenn eine Ausnahme greift.
 - a) Eine gesetzliche Ausnahme von der Erlaubnispflicht besteht nach dem Gaststätten-gesetz, wenn ausschließlich alkoholfreie Getränke ausgeschenkt werden.

- b) Eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht besteht ferner dann, wenn der Getränkeausschank Bagatelldarakter hat. Erforderlich hierfür ist, dass der zu erwartende Gewinn nach Höhe, Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit der Tätigkeit eine gewisse Mindestintensität nicht überschreitet. Hierzu bedarf es einer wertenden Betrachtung sämtlicher Umstände des Einzelfalles, die mit nicht unerheblichen Unsicherheiten verbunden ist.
4. Generell sollten die Träger der Jugendhilfe, die in ihren Jugendfreizeitstätten Getränke ausschenken, angesichts der drohenden Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Erlaubnispflicht (behördliche Untersagung und gegebenenfalls zwangsweise Vollstreckung der Untersagung, ferner Verhängung eines Bußgeldes) sorgfältig prüfen, ob sie für den Ausschank einer Gaststättenerlaubnis bedürfen.
 5. Ist dies der Fall, stehen dem Träger – sollte er eine Gaststättenerlaubnis nicht beantragen wollen – folgende Handlungsalternativen offen:
 - a) Der Träger kann durch eine Veränderung derjenigen Parameter, die seinen Ausschank erlaubnispflichtig machen, dafür sorgen, dass seine Tätigkeit zukünftig nicht mehr als gewerbsmäßig zu qualifizieren ist. Dies gilt insbesondere für die für ein gewerbsmäßiges Handeln konstitutive Gewinnerzielungsabsicht. Diese kann der Träger durch eine Veränderung seiner Preise entfallen lassen.
 - b) Ferner kommt anstelle einer Gaststättenerlaubnis die Einholung einer gaststättenrechtlichen Gestattung (§ 12 GastG) in Betracht. Diese kann für einen vorübergehenden Ausschank unter erleichterten Voraussetzungen erteilt werden. Voraussetzung ist das Vorliegen eines „besonderen Anlasses“. Ob ein solcher vorliegt, muss im Einzelfall beurteilt werden.



Prof. Dr. Clemens Weidemann



Dr. Daniel Couzinet