

zu rechtfertigen sind⁸², führt dies nicht dazu, daß die Gemeinde sich im Wege der bauleitplanerischen Abwägung über die Zielbindung hinwegsetzen kann⁸³. In einem solchen Falle ist das landesplanerische Ziel obsolet geworden und kann von der Gemeinde mit den ihr zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen angegriffen werden. Nicht aber kann die Gemeinde sich, ohne das Ziel selbst anzugreifen, im Wege der bauleitplanerischen Abwägung über die Zielbindung hinwegsetzen.

Während der Belangkatalog des § 1 Abs. 6 BBauG eher Handlungsdirektiven für die planende Gemeinde als aufsichtliche Kontrollmaßstäbe enthält, gilt für die Ziele der

82 Grund hierfür kann etwa sein, daß ein nach einem Standortvorsorgeplan anzusiedelndes Großvorhaben – z. B. aufgrund der neueren Entwicklung nach Aufstellung des Zieles – die umweltverträgliche Belastung eines Gebietes über die Höchstschwelle hinaus oder bis an die Höchstschwelle heran, ohne daß der Gemeinde Spielraum für Eigenentwicklung in gewerblicher Hinsicht als Mindestumfang der kommunalen Selbstverwaltung verbliebe, steigerte.

83 So aber *Wahl* (Fußn. 84), DVV 1981, 605.

Raumordnung und Landesplanung als strikte externe Leitsätze zwingenden Gehalts⁸⁴ das Gegenteil. Sind im Hinblick auf eine bestimmte gemeindliche Planung landesplanerische Ziele einschlägig, wird die Kontrolle der gemeindlichen Planung im Hinblick auf die Zielanpassung zu einer rechtlich überprüfbareren Subsumtionsfrage dahingehend, ob bestimmte Abwägungsergebnisse mit der Zielbindung noch vereinbar sind. Weil die legitime Wirkung einer jeden Aussage mit ihrem deduzierbaren Gehalt endet, ist es selbstverständlich, daß Freiräume innerhalb der Zielaussagen der Gemeinde wieder die Abwägungsspielräume eröffnen. Im Umfang seines Gehalts, als Beurteilung der landesplanerischen Erfordernisse, bindet das Ziel jedoch »strikt«⁸⁵. Grund für diese stärkere Kontrolldichte bei den Zielvorgaben gegenüber den lediglich abwägungserheblichen sonstigen öffentlichen Belangen ist, daß die Gemeinde die planerische Intention der Ziele zum Bestandteil ihres Konzeptes machen muß und insoweit autonome Selektionsmaßstäbe ausgeschlossen sind.

84 *Hoppe*, in: Ernst/Hoppe, *OffBauBoR* (Fußn. 4), Rdnr. 233.

85 *Wahl* (Fußn. 74), DVV 1981, 603.

Sittenwidrigkeit im Gewerberecht

Von Dr. Christoph Gusy, Hagen

Die Auslegung des § 33 a GewO hat in den letzten Jahren zu einer Vielzahl von verwaltungsgerichtlichen Verfahren geführt. Diese Entwicklung ist wenig überraschend, da das Gesetz für die Entscheidungspraxis der Verwaltung nur weitmaschige Konturen aufzeigt. Die Einzelheiten sind der Rechtsprechung zur Anpassung und Fortbildung an die jeweils aktuellen Zeitumstände aufgegeben. Daß dabei auch unter den Obergerichten kontroverse Entscheidungen auftreten, kann nicht ausbleiben. Das gilt um so mehr, als § 33 a Abs. 2 Nr. 1 GewO auf außerrechtliche Maßstäbe der »guten Sitten« verweist, deren Feststellung und Bewertung durchaus subjektive Merkmale einfließen lassen.

Eine gefestigte Rechtsprechungstradition hat sich so bislang nicht ergeben. Zulässig sind nach der bisherigen Spruchpraxis der Betrieb eines Striptease-Lokals¹, ferner die Durchführung von Damen-Boxkämpfen »oben ohne«². Einhellig als unzulässig qualifiziert wurde die Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf einer Bühne³. Umstritten ist hingegen die Zulässigkeit sogenannter Peep-Shows. Während das OVG Münster sie als grundsätzlich zulässig qualifiziert hat⁴, hat das BVerwG die Versagung einer Erlaubnis bestätigt, »weil die beabsichtigten Veranstaltungen den guten Sitten zuwiderlaufen«⁵.

1 VGH Bad.-Württ., *GewArch.* 1971, 203; BVerwG, *DVBl.* 1982, 651, 652.

2 VG Karlsruhe, *GewArch.* 1978, 163; VG Gelsenkirchen, *GewArch.* 1978, 164.

3 VGH Bad.-Württ., *GewArch.* 1978, 263; BayVGH, *GewArch.* 1978, 159; OVG Berlin, *GewArch.* 1980, 162; BVerwG, *NJW* 1982, 665.

4 OVG Münster, *GewArch.* 1980, 56.

5 BVerwG, *DVBl.* 1982, 651.

1. Die Menschenwürde als Verbotsgesetz?

Die Versagungsgründe in § 33 a GewO lassen sich in zwei Kategorien unterteilen. Hierzu zählen einerseits die durch die Rechtsordnung vorgeschriebenen Gründe, andererseits außerrechtliche Erwägungen.

Als *Verbotsgesetz* wurde in der jüngeren Rechtsprechung, insbesondere in der Peep-Show-Entscheidung⁶, die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG angesehen. Zwar knüpfen die Entscheidungsgründe nominell an die »guten Sitten«, also die andere Alternative des § 33 a Abs. 2 Nr. 1 GewO, an, doch werden diese ausschließlich durch das Grundgesetz konkretisiert. Demnach ist hier in Wirklichkeit auf rechtliche Verbote abgestellt. Daher ist die Entscheidung auch zunächst an dieser Stelle zu diskutieren.

1. Die Ansicht der Rechtsprechung

Grundsätzlich entnimmt das Gericht der Menschenwürdegarantie eine »objektive Wertentscheidung«. Diese muß wegen ihrer über den einzelnen hinausreichenden Bedeutung auch gegenüber der Absicht einzelner verteidigt werden, ihre vom objektiven Wert der Menschenwürde abweichenden subjektiven Vorstellungen durchzusetzen. Eine Verletzung der Menschenwürde wird nicht dadurch ausgeräumt oder gerechtfertigt, daß die in einer Peep-Show auftretenden Frauen freiwillig handeln. Die Würde des Menschen ist danach ein objektiver, unverfügbare Wert. Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes. Aufgrund des gewerberechtlichen Erlaubnisvorbehaltes untersteht die Art und Weise der Ausübung des genehmigungspflichtigen Gewerbes der unmittelbaren Verantwortung des Staa-

6 BVerwG, *DVBl.* 1982, 651, 652/653.

tes, dessen Behörden nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG zum Schutze der Menschenwürde verpflichtet sind. Die Erlaubnisversagung ist in diesem Fall das Mittel, mit dem die staatlichen Behörden diese Schutzverpflichtung erfüllen. Auf solche Weise erlangt Art. 1 GG den Charakter eines Verbotsgesetzes im Sinne des § 33 a GewO.

Gegen diese Vorschrift wird durch eine Peep-Show auch verstoßen. Zwar verletzt danach das bloße Zurschaustellen des nackten weiblichen Körpers nicht die Menschenwürde, so daß gegen die üblichen Striptease-Darbietungen jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Menschenwürde keine grundsätzlichen Einwände zu erheben seien. Von der Striptease-Darbietung unterscheidet sich die Peep-Show jedoch grundlegend. Die Striptease-Darstellerin, vor einem von ihr wahrgenommenen Publikum im Saale auftretend, bewege sich in einem Rahmen, der in der Tradition der herkömmlichen Bühnen- oder Tanzshow stehe und der nach dem maßgeblichen regelmäßigen Erscheinungsbild die personale Subjektsituation der Darstellerin unberührt lasse. Demgegenüber werde bei der Peep-Show der auftretenden Frau eine *entwürdigende objektive Rolle* zugewiesen, wobei mehrere Umstände der Veranstaltung zusammenwirken: die durch die Art der Bezahlung vermittelte Atmosphäre eines mechanisierten und automatisierten Geschäftsvorgangs, bei dem der Anblick der nackten Frau wie die Ware eines Automaten durch Münzeinwurf verkauft und gekauft werde; die durch den Fensterklappenmechanismus und den einseitigen Sichtkontakt hervorgehobene verdinglichende Isolierung der als Lustobjekt zur Schau gestellten Frau vor im Verborgenen bleibenden Voyeuren; der durch diesen Geschehensablauf besonders kraß hervortretende Eindruck einer entpersonalisierenden Vermarktung der Frau; die Isolation auch des allein in der Kabine befindlichen Zuschauers und das damit verbundene Fehlen einer sozialen Kontrolle; die durch das System der Einzelkabine bewußt geschaffene Möglichkeit der Selbstbefriedigung und deren kommerzielle Ausnutzung. Diese Umstände bewirkten in ihrer Gesamtheit, daß die zur Schau gestellte Frau durch den Veranstalter wie eine der sexuellen Stimulierung dienende Sache zur entgeltlichen Betrachtung dargeboten und jedem der in den Einzelkabinen befindlichen, der Frau nicht sichtbaren Zuschauer als bloßes Anregungsobjekt zur Befriedigung sexueller Interessen angeboten werde. Dies rechtfertige das Urteil, daß die zur Schau gestellte Frau durch die Art und Weise ihrer Darbietung erniedrigt und dadurch in ihrer Menschenwürde verletzt werde.

Die Begründung erfolgt somit in zwei Stufen: Zunächst wird aus dem Charakter des Art. 1 Abs. 1 GG als »objektive Wertentscheidung« ihrer Eigenschaft als Verbotsgesetz hergeleitet. Sodann wird der Verstoß gegen dieses Gesetz damit begründet, daß die Peep-Show einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstelle. Demgegenüber hatte die *Vorinstanz*⁷ einen derartigen Verstoß verneint, weil das bloße Zurschaustellen des nackten Körpers die menschliche Würde jedenfalls dann nicht tangiere, wenn den Darstellern keine geschlechtsbezogenen Handlungen abverlangt würden. Die äußeren Umstände einer Peep-Show, insbesondere die Anonymität der Betrachter und der Ausschluß beiderseitigen Sicht- und körperlichen Kontakts, seien danach nicht geeignet, die Menschenwürde der Darsteller zu verletzen. Die Motive, aus denen heraus sich die Besucher einer Peep-Show den Anblick eines nackten weiblichen Körpers *erkaufen*, dürften für die Darsteller und ihre menschliche Würde gleichgültig sein.

2. Grundrechtsschutz und Genehmigungsversagung

a) Die Heranziehung des Art. 1 Abs. 1 GG als Verbotsgesetz setzt voraus, daß der *Adressat dieser Vorschrift* und die der mögliche Verletzer der Menschenwürde in einer Peep-Show identisch sind. Als solche Verletzer kommen hier die Darstellerinnen selbst, der Veranstalter, die Kunden und der Staat in Betracht. Kunden und Veranstalter sind jedoch als Private nicht Adressaten der Grundrechte der Darstellerin. Deren Menschenwürde ist gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG gegen die »staatliche Gewalt«, nicht hingegen gegen Private geschützt. Mögliche Verletzungshandlungen durch sie erscheinen auch deshalb ausgeschlossen, weil sich die Darstellerinnen ihnen freiwillig zeigen. Die Tatsache, daß sie dieses als Veranstalter ermöglichen oder als Kunden zur Kenntnis nehmen, begründet für sich keinen Grundrechtsverstoß.

Demnach kann die Verletzung lediglich vom Staat, der die Genehmigung gem. § 33 a GewO erteilt, oder der Darstellerin selbst ausgehen. Die staatlichen Stellen üben auf die Darstellerin keinerlei Druck oder Zwang aus, vielmehr erteilen sie lediglich dem Veranstalter eine Genehmigung. Stellt dessen Verhalten keinen Verstoß gegen Art. 1 GG dar, da die Darstellerinnen freiwillig mit ihm Verträge abschließen, so erfolgt die Genehmigung jedenfalls nicht gegen den Willen der Mitwirkenden. Der Staat handelt bei deren Erteilung sogar in ihrem Interesse, da er ihnen so ihre gewerbliche Betätigung rechtlich ermöglicht. Die Genehmigung für ein Verhalten, welches die Betroffenen selbst wollen, kann demnach lediglich einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellen, wenn das Verhalten selbst gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstößt.

Art. 1 Abs. 1 GG gebietet nach dieser Auslegung jedermann, sich menschenwürdig zu verhalten. Er stellt somit eine Ge- und Verbotsnorm dar, über deren Einhaltung der Staat auch gegenüber den Menschen wacht. Damit wird jedoch der Zweck des Art. 1 GG vollständig umgekehrt. Die Menschenwürdegarantie steht im Grundgesetz-Abschnitt »Die Grundrechte«. Sie schützt die personale Würde des Individuums gegen äußere Beeinträchtigungen. Insbesondere die Aufnahme und besondere Betonung dieses Schutzes als Reaktion auf seine Mißachtung während der Zeit des Nationalsozialismus wird in dieser Auslegung deutlich: Der Mensch ist das Subjekt und der ausschließlich Berechtigte der Menschenwürde; der Staat ist ausschließlich ihr Adressat und Verpflichteter. Zweck und eindeutiger Inhalt des Art. 1 GG ist es demnach, die *Menschenwürde des einzelnen gegen staatliche Beeinträchtigungen zu wahren*⁸. Dieser Gehalt wird erweitert durch die Schutzverpflichtung des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, welcher das Achtungsgebot gegen den Staat erweitert auf die Sicherung der Menschenwürde gegen Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung, also Beeinträchtigungen durch Dritte⁹.

Der so konkretisierte Gehalt des Art. 1 GG wird in sein Gegenteil verkehrt, wenn ihm die Eigenschaft als Ge- oder Verbotsnorm an den Grundrechtsträger beigelegt wird. In diesem Fall erscheint der Berechtigte als Verpflichteter, der Verpflichtete hingegen als Berechtigter. Nicht mehr der einzelne hat Anspruch auf den Schutz seiner Würde ge-

⁷ OVG Münster, GewArch. 1980, 57.

⁸ Ausführlich zu dieser Interpretation Zippelius, in: BK, Art. 1 Rdnrn. 7 f.

⁹ BVerfGE 1, 97, 104.

gen den Staat, sondern der Staat schützt die Würde des einzelnen gegen diesen. Der Rechtsgehalt des Grundrechts wandelt sich so in eine Pflicht, die Verpflichtung des Staates gegenüber dem Individuum in eine Berechtigung gegen diese. Diese *Umdeutung eines Grundrechts in eine Grundpflicht* widerspricht der eindeutigen Intention des Grundgesetzes. Sie kann weder der Auslegung der Menschenwürdegarantie als »objektiver Wert« noch der Schutzverpflichtung des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG entnommen werden. Beide vermögen möglicherweise die Geltungswirkung der Grundrechte gegenüber Dritten zu begründen, nicht hingegen ihre berechtigende Dimension in eine verpflichtende umzukehren¹⁰.

Demnach stellt die Menschenwürde freiwillig mitwirkender Personen kein Verbotsgesetz dar, welches zur Versagung der Genehmigung nach § 33 a GewO herangezogen werden darf. Eine derartige Interpretation kehrt Art. 1 Abs. 1 GG in sein Gegenteil.

b) Stellt Art. 1 GG demnach schon kein Verbotsgesetz dar, so wäre zudem zu prüfen, ob die Mitwirkung in einer Peep-Show gegen ein derartiges Verbot verstoßen würde. Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst definiert und seiner selbst bewußt wird. Hierzu gehört, daß der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann¹¹. Unabhängig von der im Einzelfall schwierigen Beantwortung der Frage, was zur Menschenwürde zu zählen ist, unterliegt sie doch der *Selbstbestimmung des einzelnen*. Seine Selbstverwirklichung in Freiheit setzt Selbstdefinition voraus. Diese als Basis geistig-psychischer Individualisierung stelle die Grundlage der Menschenwürde dar. Das bedeutet, daß auch in der Gemeinschaft grundsätzlich jeder einzelne als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muß. Der Satz »der Mensch muß immer Zweck an sich selbst bleiben« gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete; denn die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, daß er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt¹². Diese Personhaftigkeit des einzelnen ist keine isolierte oder einsame; Subjektivität verwirklicht sich selten unter vollständigem Ausschluß anderer. Das Menschenbild des Grundgesetzes, welches auf Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit angelegt ist, kann nicht ausschließlich ein sozialfernes Menschenwürdekonzepnt anerkennen. Menschenwürde verwirklicht sich gerade auch in und durch Gemeinschaft. Hierzu zählt, daß der einzelne auch nach außen gegenüber anderen seine Subjektivität definieren und entfalten darf. Auch im sozialen Leben unterliegt er nicht der Fremdefinition durch Dritte. Vielmehr verwirklicht sich seine Selbstdefinition gerade im Kontakt mit anderen. Insofern statuiert Menschenwürde ein *Grundrecht auf Selbstdarstellung*, welches dem einzelnen die Möglichkeit einräumt, im Kontakt gegenüber Dritten nicht als bloßer Rollenträger zu erscheinen, sondern darüber hinaus diese Rolle selbst zu gestalten. Wie sich der einzelne selbst darstellt, unterliegt so seiner eigenen freien Entscheidung.

Diese Entscheidung ist durch die Menschenwürde inhaltlich nicht determiniert. Eine Bewertung ihrer Motive sieht die Rechtsordnung gerade nicht vor. Achtenswerte und we-

niger achtenswerte Menschenwürde sind dem Grundgesetz unbekannt. Bewertet sie nicht selbst inhaltlich das Verhalten des einzelnen, so vermag dieses auch nicht als solches gegen jene Garantie zu verstoßen. Dem kann auch nicht mit dem Argument entgegengetreten werden, die Einwilligung der Betroffenen sei hier unbeachtlich, weil sie eine Verletzung der Menschenwürde nur auszuschließen vermöge, wenn deren Verletzung gerade und nur durch das Fehlen der Einwilligung des Betroffenen in die in Rede stehenden Handlungen oder Unterlassung begründet werde¹³. Vielmehr ist die *Freiwilligkeit geradezu das Kriterium menschenwürdiger Entscheidung*. Eine Menschenwürde, welche sich gegen die freie Entscheidung des einzelnen kehren könnte, kennt das Grundgesetz nicht. Geht die Verfassung von der Freiheit des einzelnen aus, so stellt deren Ausübung keinen Verfassungsverstoß dar.

Demnach könnten lediglich *Schranken der Menschenwürdegarantie als Verbotsgesetze* zur Untersagung von Peep-Shows herangezogen werden. Belange Dritter werden durch derartige Veranstaltungen jedoch nicht beeinträchtigt¹⁴. Inwieweit das Sittengesetz als Grundlage einer Genehmigungsverweigerung in Betracht kommen kann, kann hier offenbleiben. Erscheint es bereits seinem systematischen Standort in Art. 2 Abs. 1 GG als Grenze der Menschenwürde nicht einschlägig, so thematisiert ist zudem tatbestandlich die andere Alternative des § 33 a GewO. Daher soll es in jenem Zusammenhang erörtert werden.

c) Im Ergebnis kann somit die Menschenwürde freiwillig mitwirkender Personen nicht als Verbotsgesetz herangezogen werden. Die Mitwirkung in einer Peep-Show stellt so zumindest keinen Verstoß gegen die Menschenwürde dar. Auch die Schranken dieses Grundrechts sind nicht einschlägig.

II. Die »guten Sitten« als Versagungsgrund

Die »guten Sitten« stehen als Versagungsgrund in § 33 a Abs. 2 Nr. 1 GewO alternativ neben den Gesetzen. Soll ihnen überhaupt ein eigenständiger Sinn zukommen, so kann dieser lediglich darin liegen, daß bestimmte Veranstaltungen, welche nach der Rechtsordnung erlaubt wären, wegen Unsittlichkeit untersagt werden könnten. Gesetzeswidrige Veranstaltungen können schon unter Hinweis auf die erste Alternative der Bestimmung verboten werden. Dementsprechend *kann die Sittenordnung nicht mit der Rechtsordnung gleichgesetzt werden*, beide müssen vielmehr, zumindest partiell, verschiedene Bereiche umschreiben. Eine inhaltliche Konkretisierung der guten Sitten ausschließlich durch das geltende Recht ist somit nicht zulässig, sie würde zu einer vollständigen Entwertung des zusätzlich aufgenommenen Tatbestandsmerkmals der »guten Sitten« führen.

Dies übersah etwa das BVerwG im Peep-Show-Urteil¹⁵, als es die Unsittlichkeit der Veranstaltung ausschließlich aus Verstößen gegen das Grundgesetz begründete. Sollen die guten Sitten hier Eingriffe in die Freiheit der gewerblichen Betätigung von Veranstaltern und Mitwirkenden rechtfertigen, so müssen sie wegen des Übermaßverbotes die Gewerbefreiheit überragen. Dies kann lediglich der Fall sein, wenn sie zum Grundbestand der für

10 Krit. gegen die Wertordnungslehre *Battis/Gusy*, Einführung in das Staatsrecht, 1981, S. 189 ff. m. w. N.

11 BVerfGE 49, 298.

12 BVerfGE 45, 228.

13 BVerwG, DVBl. 1982, 651, 652.

14 Eingehend dazu OVG Münster, aaO (Fußn. 7).

15 Siehe Anm. 5.

das Gemeinwesen schlechthin prägenden Anschauungs- und Bewertungskategorien zählen. Periphere Anschauungen und Erwartungen zählen hierzu nicht.

1. Der normative Gehalt der »guten Sitten«

Der Tatbestand der »guten Sitten« verweist auf *außerrechtliche Phänomene*. Diese sind von Behörden und Gerichten bei der Entscheidung konkreter Fälle zu ermitteln. Dabei können die Methoden lediglich empirische, nicht hingegen juristisch wertende sein¹⁶. § 33 a GewO stellt auf die tatsächlich vorhandenen, nicht auf die gesollten Anschauungs- und Verhaltensweisen ab. Eine andere Auslegung ist schon deshalb nicht möglich, weil für derart gesollte Überzeugungen kein Sollensgrund erkennbar ist. Derartiger Grund könnten lediglich Rechtssätze sein, die jedoch nicht im Rahmen der »guten Sitten«, sondern bereits in der anderen Alternative des § 33 a GewO als Gesetze zu berücksichtigen sind.

Primäres Kriterium für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Veranstaltung ist ihre *Sozialrelevanz*¹⁷. § 33 a Abs. 2 Nr. 1 GewO dient ausschließlich dazu, das Zusammenleben der Menschen zu ordnen, soweit ihr Verhalten sozial relevant ist, nach außen in Erscheinung tritt und das Allgemeinwohl beeinträchtigen kann. Es ist nicht Zweck dieser Rechtsnorm, die Sittlichkeit um ihrer selbst willen zu wahren oder den Menschen ein Mindestmaß an Sittlichkeit vorzuschreiben und dieses mit den gewerberechtlichen Überwachungsmitteln durchzusetzen¹⁸.

Die Unsittlichkeit wird jedoch nicht durch die Sozialrelevanz, sondern durch die *fehlende Sozialadäquanz* des dargestellten Verhaltens indiziert. Es muß in erheblichem Maße von den üblichen Verhaltensmustern abweichen, welche in den relevanten Kreisen üblicherweise gepflogen werden. Die fehlende Sozialadäquanz stellt auf das tatsächliche Verhalten wie auf die Anschauungen der relevanten Kreise ab. Was jedermann in einer auch nur beschränkten Öffentlichkeit tut, ist nicht unsittlich. Insoweit bedeutet fehlende Sozialadäquanz die Abweichung von tatsächlich gepflogenen Verhaltensweisen. Hier muß sich jedermann aus den *relevanten Kreisen* das eigene Verhalten entgegenhalten lassen. Was er selbst tut, darf er nicht anderen unter Hinweis auf die Unsittlichkeit solchen Handelns verweigern. Darüber hinaus sind auch die Anschauungen der relevanten Kreise von Bedeutung. Was sie sich selbst oder Dritten zubilligen, müssen sie jedermann gestatten. Die Verallgemeinerungsfähigkeit derartiger Moralauffassungen ist konstituierendes Element des Basisbestandes guter Sitten. Diese können nicht in Sondernormen für einzelne Bevölkerungskreise aufgespalten werden. Was alle tun oder Dritten gewöhnlich zubilligen, kann demnach nie unsittlich sein. Insbesondere kann die Unsittlichkeit nicht allein durch die Gewerbsmäßigkeit einer Betätigung begründet werden. Vielmehr geht § 33 a GewO gerade davon aus, daß Veranstaltungen, welche nicht gegen die allgemein vorhandenen Anschauungen über die guten Sitten verstoßen, auch als gewerbsmäßige zulässig sind. Gewerbsmäßigkeit indiziert so nicht Unsittlichkeit. Vielmehr sind die Motive der Veranstalter oder Mitwirkenden irrelevant.

2. Unsittlichkeit als Zumutung

Die Rechtsprechung der Untergerichte hat die Unsittlichkeit vom *Zumutungsgehalt* der Veranstaltung abhängig gemacht¹⁹. Unsittlich ist, was eine »unzumutbare Belästigung« der Allgemeinheit darstellen könnte.

Als zentrales Problem stellt sich bezüglich der Beurteilung der »guten Sitten« die Frage, *welche Personen als »relevante Kreise« anzusehen sind*. Hier kommen in Betracht: die Veranstalter, die Mitwirkenden, die Kunden oder Interessenten, sonstige Betroffene und der *quavis ex populo*.

a) Als engste denkbare Referenzgruppe kommt der *Veranstalter* in Betracht. Er übt durch die gewerbliche Betätigung grundrechtlich garantierte Freiheiten aus, welche aufgrund des Genehmigungsvorbehaltes Einschränkungen unterliegen. Würde er allein als maßgebliche Bezugsgruppe angesehen, so wäre jedes Gewerbe, das er nicht für unsittlich hält, gem. § 33 a GewO zu genehmigen. Eine solche Interpretation widerspräche jedoch dem Inhalt dieser Regelung. Sie geht gerade davon aus, daß nicht ausschließlich die Absichten und Anschauungen des Veranstalters maßgeblich sind, sondern diese am Maßstab der guten Sitten gemessen werden sollen. Was er selbst für unsittlich halten würde, würde er ohnehin nicht zum Gegenstand seiner gewerblichen Betätigung machen. Soll so § 33 a GewO unter allen möglichen Anschauungen des Veranstalters eine Auswahl anhand objektiver Maßstäbe treffen, so kann nicht allein auf seine subjektiven Wertungen abgestellt werden.

b) Als nächst engere Referenzgruppe können *Veranstalter und Mitwirkende* herangezogen werden. Auch die Mitwirkenden üben durch ihre Betätigung die Berufsfreiheit aus. Sie beteiligen sich an der Veranstaltung – ebenso wie der Veranstalter selbst – freiwillig. Demnach würde jede Veranstaltung, für welche sich freiwillige Mitwirkende finden, gem. § 33 a GewO im Einklang mit den guten Sitten stehen. Auch diese Auslegung erweist sich jedoch als zu eng. Ebenso wie der Veranstalter verbinden die Mitwirkenden zumeist wirtschaftliche Interessen mit ihrer Betätigung. Sittenwidrig wären lediglich solche Veranstaltungen, welche aufgrund eines Arbeitsvertrages abgewickelt würden, der wegen Verstoß gegen § 138 BGB nichtig wäre²⁰. § 33 a GewO würde demnach lediglich die verwaltungsmäßige Aufsicht über die Sittlichkeit von Arbeitsverträgen darstellen. Damit stände sie in Konkurrenz zur Arbeits- und Zivilgerichtsbarkeit, in deren Zuständigkeiten sie sich unzulässig einmischen würde. Auch diese Bezugsgruppe ist daher zur Verwirklichung der Maßstäbe des § 33 a GewO ungeeignet.

c) Die nächst weitere Referenzgruppe könnte *Veranstalter, Mitwirkende und Besucher* sein. Die Gemeinsamkeit dieser Gruppe besteht in der Freiwilligkeit der Beteiligung in der Form einer Mitwirkung oder Kenntnisnahme. Die Kunden üben durch ihren Besuch die ihnen verfassungsrechtlich garantierte Handlungsfreiheit aus. Die hier genannte Bezugsgruppe umfaßt den gesamten Kreis der an der Veranstaltung in irgendeiner Form Interessierten. Auch diese Abgrenzung erweist sich jedoch als

16 Beweisbeschlüsse, welche die Ermittlung der sittlichen Grundsätze durch Meinungsumfrage anordnen, sind daher zulässig.

17 OVG Münster, GewArch. 1980, 56.

18 BVerwG, aaO (Fußn. 5).

19 Besonders deutlich VG Gelsenkirchen, GewArch. 1978, 164; s. auch VG Karlsruhe, GewArch. 1978, 163 unter Rückgriff auf § 60 a Abs. 1 Satz 3 GewO; der Sache nach auch OVG Münster, aaO (Fußn. 17).

20 Dazu BAG, GewArch. 1976, 295.

zu eng. Der Sittenschutz würde hier notwendig mit der Sicherung von Interessen und Bedürfnissen der beteiligten Gruppen zusammenfallen. Sittenschutz wäre Interessen- und Bedürfnisschutz. Jede Veranstaltung, für welche eine Nachfrage bestünde, wäre demnach zu genehmigen, sofern sich Veranstalter und Mitwirkende finden. In der marktwirtschaftlichen Ordnung wird dies regelmäßig der Fall sein. Der Sittenschutz würde so nicht an Veranstalter-, sondern an Kundeninteressen orientiert. Auch hier ginge die objektivierende Funktion jenes Merkmals verloren. Demnach ist auch diese Bezugsgruppe zu eng.

d) Weiter gezogen erscheint die Referenzgruppe, sofern nicht nur Veranstalter, Mitwirkende und Kunden, sondern auch *sonstige Betroffene* einbezogen werden. Dieser letzte Personenkreis rekrutiert sich aus denjenigen, welche unfreiwillig mit der Veranstaltung in Berührung kommen, indem sie sie zur Kenntnis nehmen müssen, ohne dies mühe-los vermeiden zu können. Sie üben keine verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten aus, vielmehr werden sie in ihrem sittlichen und ästhetischen Empfinden durch die Veranstaltung beeinträchtigt. Auf diese Bezugsgruppe stellt die Rechtsprechung vom »Zumutungsgehalt«²⁰ ab. Sie enthält eine Abwägung zwischen den Belangen und Interessen von Veranstalter, Mitwirkenden und Kunden einerseits und Betroffenen andererseits. Je stärker das sittliche Empfinden der Betroffenen tangiert wird, desto geringer ist der Schutz der freiwillig Beteiligten.

e) Diese Schwierigkeiten werden vermieden, wenn neben Veranstaltern, Mitwirkenden, Kunden und Betroffenen auch die gesamte übrige Bevölkerung, der *quavis ex populo*, einbezogen wird. Die Problematik dieser Auffassung besteht darin, daß ein einheitliches sittliches Empfinden der Bevölkerung kaum feststellbar ist. Durch die grundrechtlich garantierte Meinungs-, Handlungsfreiheit und die Menschenwürde wird vielmehr dem einzelnen oder Teilgruppen das Recht zuerkannt, sich eigene Anschauungsweisen zu bilden und danach zu verhalten, sofern Rechte Dritte nicht beeinträchtigt werden. Diese Rechtsstellung würde jedoch eingegebenet, wenn Veranstaltungen von und für Minderheiten deswegen untersagt werden müßten, weil Unbeteiligte und Nichtbetroffene sie mißbilligen würden. Der Staat würde auf diese Weise eine hypothetische Allgemeinauffassung durchsetzen, aufgrund welcher die Anschauung Nichtbetroffener zu Untersagung abweichenden Verhaltens führen würde. Grundrechtliche Freiheit stünde so unter dem Vorbehalt des sittlichen Empfindens jedes *quavis ex populo*. Ein derart weitgefaßter Allgemeinvorbehalt würde jedoch die verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien, welche stets Verbürgungen zugunsten von Minderheiten sind, weitgehend entwerten. Öffentliche Belange, welche so weitgehende Einschränkungen rechtfertigen könnten, sind jedoch nicht erkennbar. Als einziges Interesse käme hier das Bedürfnis der Allgemeinheit nach ungestörtem sittlichem Empfinden in Betracht. Dieses kann jedoch in einem Gemeinwesen, welches auf Anschauungs- und Handlungspluralität basiert, die Freiheitsbetätigung anderer nicht unterbinden. Das gilt jedenfalls, solange die unfreiwillig Betroffenen nicht in konkreten, rechtlich geschützten Positionen beeinträchtigt sind.

f) Im Ergebnis sind demnach Veranstalter, Mitwirkende, Kunden und sonstige Betroffene als maßgebliche Referenzgruppe anzusehen. Sie definieren abschließend den Kreis derjenigen, welche mit der Veranstaltung in Berührung kommen. Jeder sonstige *quavis ex populo* scheidet darüber hinaus aus der Bewertung aus. Die »all-

gemeine Sittlichkeit«, der »normale Anstand«, die »Sauberekeit der Stadt«, die »öffentliche Meinung« oder die »Stimmung in der Bevölkerung« sind so als Versagungsgründe unzulässig.

Vielmehr ist auf eine konkrete Abwägung der Interessen freiwillig Beteiligter einerseits und rechtlich geschützter Belange unfreiwillig Betroffener andererseits abzustellen. Je weiter eine Veranstaltung sich gegenüber den Betroffenen als sozial inadäquat darstellt und je weniger es diesen unmöglich ist, sie zu ignorieren, desto eher ist sie als unsittlich anzusehen. Je mehr hingegen Außenstehende die Veranstaltung ignorieren können, desto eher ist sie zulässig. Die Rechtsprechung zum Zumutungsgehalt erweist sich damit als zutreffend, sie stellt eine gesetz- und verfassungsgemäße Konkretisierung der »guten Sitten« dar.

Leitsatzhaft läßt sich demnach formulieren: *Freiwillig durchgeführte Veranstaltungen, welche nur freiwilligen Besuchern zugänglich sind, hingegen nicht auf Außenstehende in aggressiver Weise einwirken, sind niemals unsittlich.* Können Unbeteiligte die Veranstaltung ignorieren und tritt diese auch nicht durch aggressive Werbung hervor, so können sie nicht deren Unsittlichkeit geltend machen. Wer sich freiwillig in eine Veranstaltung begibt, über deren Gegenstand er zuvor einigermaßen orientiert war, kann sich nicht auf die fehlende Sozialadäquanz der dabei aufgeführten Handlungen berufen.

3. Zumutungsgehalt und »Schutz vor sich selbst«

a) Diese Leitsätze können auf Peep-Shows als Veranstaltungen i. S. des § 33 a GewO angewendet werden. Sofern sie nur freiwilligen Interessenten zugänglich sind und sonstige Dritte nicht unfreiwillig in die Veranstaltung hineingezogen werden, sind sie nicht unsittlich. Das gilt insbesondere dann, wenn auf aggressive Werbung verzichtet und durch geeignetes Personal sichergestellt wird, daß Jugendliche keinen Zutritt erlangen können. Interessenten geben spätestens mit der Entrichtung des Entgelts ihr freiwilliges Einverständnis mit der Veranstaltung kund. Erst wenn derartige Vorkehrungen fehlen und daher Dritte von der Veranstaltung selbst oder Besucher belästigt werden, kann die Grenze zur Unsittlichkeit überschritten werden.

Das BVerwG hat in seinem Urteil nicht festgestellt, daß Dritte belästigt würden²¹. Die Vorinstanz hatte eine Beeinträchtigung ausdrücklich verneint²². Demnach läßt sich hieraus kein Sittenverstoß herleiten.

Auch als Konstitutionselemente der Sittenordnung vermag die Menschenwürdegarantie ein Verbot von Peep-Shows nicht zu rechtfertigen. Da die Verletzungshandlung nicht von Dritten, sondern von der betroffenen Frau selbst vorgenommen wird, wäre ein staatlicher *Schutz ihrer Würde vor ihr selbst* nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen zulässig. Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, daß es nur aus gewichtigem Grund angetastet werden darf. Die Einschränkung dieser Freiheit ist stets der strengen Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen. Nur wenn überwiegende Belange des Gemeinwohls, wie sie mit den Schranken der Grundrechte vereinbar sind, es zwingend gebieten, muß der Freiheitsanspruch des einzelnen insoweit zurücktreten²³. Erst wenn konkrete Gefahren für Dritte bestehen,

21 BVerwG, aaO (Fußn. 5).

22 Siehe OVG Münster, aaO (Fußn. 17).

23 BVerfG, NJW 1982, 692 f.

kann ein staatlicher Eingriff in Betracht kommen. Aus diesen Erwägungen hat das BVerfG den Schutz des einzelnen vor sich selbst nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen für zulässig gehalten.

Derartige Gefahren sind jedoch durch Peep-Shows nicht erkennbar. Die mitwirkenden Frauen gefährden keinen Dritten, so daß deren Belange Einschränkungen ihrer Freiheit nicht zu rechtfertigen vermögen. Ihr Schutz vor sich selbst reicht als Eingriffsgrundlage nicht aus. Das gilt auch, sofern das *Sittengesetz des Art. 2 Abs. 1 GG* herangezogen wird. Dieses müßte auf dieselben Referenzgruppen abstellen wie die »guten Sitten« des § 33 a GewO. Vermögen diese keine Erlaubnisversagung zu rechtfertigen, so vermag das Sittengesetz kein anderes Ergebnis zu begründen.

c) Darüber hinaus ist der Schutz der Frau vor sich selbst nicht nur aus rechtlichen, sondern auch aus tatsächlichen Gründen überaus zweifelhaft. Peep-Shows stehen ihrem Charakter nach zwischen Pornofilmen²⁴, Striptease²⁵ und Prostitution. Während Pornofilm-Vorführungen und Striptease gewerberechtlich zweifelsfrei zulässig sind, ist die Prostitution aufgrund gesetzgeberischer Wertung erlaubt. Soll die Peep-Show dagegen untersagt werden, müssen besondere Gründe für ihre Unsittlichkeit angeführt werden.

Das BVerfG bemüht sich insbesondere, Peep-Shows ge-

genüber Striptease-Veranstaltungen abzugrenzen. Der maßgebliche Unterschied soll darin liegen, daß die Striptease-Tänzerinnen das Publikum optisch wahrnehmen, während dieses dem Peep-Show-Modell nicht möglich sein soll. Ob eine derartige Abgrenzung tatsächlich zutrifft, mag hier dahingestellt bleiben. Peep-Shows zeichnen sich gegenüber Striptease-Tänzen dadurch aus, daß Mitwirkende und Zuschauer räumlich voneinander getrennt sind. Diese Distanz macht etwa Berührungen unmöglich, der Kontakt zwischen Modell und Publikum ist dadurch wesentlich herabgesetzt. Dies dient durchaus auch dem Schutz der Menschenwürde der Mitwirkenden. Prostitution stellt demgegenüber eine wesentlich massivere Beeinträchtigung der Menschenwürde der Frau dar. Diese objektive Betrachtung stimmt insoweit mit den subjektiven Wertungen der beteiligten Frauen überein, als sie Peep-Shows vielfach als *bessere Alternative zum Milieu* betrachten²⁶. Ihre Mitwirkung ermöglichte ihnen so den Ausstieg, ohne dadurch wirtschaftliche Nachteile zu erleiden, welche ihnen als unzumutbar erschienen. Die gerichtliche Feststellung der Unsittlichkeit solcher Veranstaltungen und eingetretene oder zu erwartende Schließungen von Peep-Shows werden dazu führen, daß sie in hohem Maße in das Milieu abgedrängt werden. Ob dieses Ergebnis des Schutzes der Betroffenen vor sich selbst erwünscht oder gar mit der verfassungsrechtlichen Menschenwürdegarantie vereinbar ist, erscheint mehr als zweifelhaft.

24 Dazu Ebner, GewArch. 1976, 216 ff.

25 Vgl. die Nachweise in Fußn. 1.

26 Hierzu DER SPIEGEL IX/1979, S. 80 ff.

Zur Frage des Rechtswegs bei Schadensersatzansprüchen aus § 945 ZPO, wenn ein verwaltungsgerichtliches einstweiliges Anordnungsverfahren zugrunde liegt*

Von Richter am Oberlandesgericht Dr. Michael Lemke, Oldenburg

1. Problemstellung

Die Partei, die eine verwaltungsgerichtliche einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO erwirkt hat, ist dem »Gegner«¹ gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 945 ZPO zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der sich daraus ergibt, daß unter anderem die einstweilige Anordnung wieder aufgehoben wird, nachdem festgestellt ist, daß sie von Anfang an ungerechtfertigt war.

Jedenfalls solange vorläufiger Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsakten mit Drittwirkung noch² gemäß § 123

VwGO im einstweiligen Anordnungsverfahren und nicht gemäß § 80 VwGO, der eine dem § 123 Abs. 3 VwGO entsprechende Verweisung auf § 945 ZPO nicht enthält, zu suchen ist, stellt sich zumindest im schon immer bedeutsamen und bei zunehmender Bebauungsdichte einerseits mit Individualbebauung und andererseits mit Baugroßtechnologie auch in seiner Bedeutung zunehmenden Baunachbarrecht³ die Rechtswegfrage in unverminderter Eindeutigkeit. Das gilt vor allem, solange die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts Prozeßvoraussetzung bleibt, die un-

* Zugleich zu BGH, Urteil vom 23. 9. 1980 – VI ZR 165/78 –, BGHZ 78, 127 f. DVBl. 1981, 28 f. = NJW 1982, 349 f. = DOV 1981, 105 f.

1 Zum Begriff des »Gegners« i. S. von § 945 ZPO und zur Frage, ob »Gegner« in diesem Sinne auch der Beigeladene des Anordnungsverfahrens (§ 65 VwGO) ist: BGHZ 78, 127 f. mit umfänglichen w. N. sowie Dunz, LM § 945 ZPO Nr. 16; Grunsky, Schadensersatzklage nach Aufhebung einer einstweiligen Anordnung, JuS 1982, 177, 179 f.; Brodersen, JuS 1981, 465, 466.

2 Vgl. insoweit Lüke, Vorläufiger Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung, NJW 1978, 81 f., der zu Recht von einer immer noch »kompliziert und verwirrend wirkenden« Rechtslage spricht (S. 86).

3 Da der Charakter der Nachbarschaftsklage weiterhin unstritten ist (vgl. einerseits BVerwG, MDR 1966, 174 f.; Schütz/Frohberg, BBauG, 3. Aufl., § 31 V 5a, S. 194, jeweils m. zahlr. Nachw., die Anfechtungsklage annehmen, und andererseits etwa OVG Münster, NJW 1958, 354 f.; HessVGH, DOV 1968, 504 f.; ferner OVG Koblenz, Beschluß vom 2. 3. 1967 – BRS 18, Nr. 140 –; OVG des Saarlandes, Beschluß vom 25. 5. 1970 – beide auch angeführt bei Finkelnburg, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, NJW-Schriften Heft 12, Rdnrn. 337 f., die Verpflichtungsklage annehmen), ist die Frage des vorläufigen Rechtsschutzes und seiner Folgen insoweit ebenfalls nicht entschieden.