

„Gute Sitten“ als Grenze der Gewerbefreiheit

Von Priv.-Doz. Dr. Christoph G u s y, Hagen

Die „Peep-Show“-Entscheidung des BVerwG¹⁾ hat ein Rechtsproblem wieder akut werden lassen, das seit den 50er Jahren zunächst in der Praxis und dann auch in der Literatur an Relevanz ständig verloren hatte: das „Sittengesetz“ als Grenze individueller Freiheit. Die durch jenes Urteil bewirkte Unsicherheit erstreckt sich keineswegs nur auf die Beurteilung der Peep-Shows selbst²⁾. Auch nahezu sämtliche sonstigen Veranstaltungen, die unter dem Aspekt der „guten Sitten“ zweifelhaft sein können, sind erneut umstritten. Das gilt für den Pornofilm³⁾, solche Filme in Verbindung mit Striptease-Darbietungen⁴⁾, Solo-Striptease-Kabinen⁵⁾, Prostitution in Wohngebieten⁶⁾, „Vergnügungsstätten“ ganz allgemein⁷⁾, „Damen-Schlamm-Catch-Oben-Ohne“⁸⁾, „Pärchen-Klubs“⁹⁾ und die „Live-Shows“¹⁰⁾.

Umstritten ist in sämtlichen Fällen, wie die „Guten Sitten“ auszulegen sind, welche in § 33 a Abs. 2 Nr. 1 GewO zwingende Versagungsgründe von Erlaubnissen für „Singspiele und ähnliche Veranstaltungen“ darstellen. Weitgehend identisch ist der Ablehnungsgrund des § 4 Abs. 1 GastG, sofern der

Antragsteller „der Unsittlichkeit Vorschub leistet“ (Nr. 1) oder „Gefahren für die Sittlichkeit drohen“ (Nr. 2); ferner die Verhinderungsmöglichkeit einer „unzumutbaren Belästigung der Allgemeinheit“ nach § 60 a Abs. 1 S. 3 GewO. Schließlich zählt hierzu auch das Schutzgut der „öffentlichen Ordnung“, die in den

1) BVerwGE 64, 274 ff. = GewArch 1982, 139; zustimmend Gern, NJW 1983, 1585 ff.; ablehnend v. Olschhausen, NJW 1982, 2221 ff.; Gusy, DVBl 1982, 984 ff.; Hoerster, JuS 1983, 93 ff.; Höfling, NJW 1983, 1582 ff.

2) S. aus der Rechtsprechung zur Peep-Show OVG Münster, GewArch 1980, 56 ff.; aufgegeben in GewArch 1983, 262; ferner VG Düsseldorf, NVwZ 1983, 176 f.; GewArch 1984, 19 ff.; VG Karlsruhe, GewArch 1982, 230 ff.; VG München, NVwZ 1983, 175 f., GewArch 1983, 332 ff.

3) OVG Münster, DÖV 1984, 78 = GewArch 1983, 272 ff.; dazu Orlob, GewArch 1984, 11 ff.; v. Ebner, GewArch 1984, 16 f.; ferner ders., GewArch 1983, 215 ff.; GewArch 1976, 216 ff.

4) OVG Münster, GewArch 1983, 58 ff.; dazu v. Ebner, GewArch 1983, 215 ff.; schon früher zum Striptease VGH Bad.-Württ., GewArch 1971, 203.

5) BayVGH, GewArch 1984, 17 ff.

6) Wettling, GewArch 1982, 258 ff.

7) Schwerdtner, NVwZ 1983, 266 ff.

8) BayVGH, GewArch 1984, 61 f.; schon früher VG Karlsruhe, GewArch 1978, 163; VG Gelsenkirchen, GewArch 1978, 164.

9) VG Köln, GewArch 1984, 33 f.

10) Zur Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne BVerwGE 64, 280 ff. = GewArch 1982, 141; OVG Berlin, GewArch 1980, 162; BayVGH, GewArch 1978, 159; VGH Bad.-Württ., GewArch 1978, 263.

Generalklauseln des Polizeirechts zu finden ist. Diese war auch traditionell der meist diskutierte und am tiefsten durchdrungene Beispielsfall der hier zu erörternden Rechtsfragen¹¹⁾.

I. Der Tatbestand der „Guten Sitten“

1. „Gute Sitten“ als Grundrechtsschranke

Gewerbliche Betätigung ist — unabhängig von ihrer sittlichen Bewertung — durch das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG geschützt¹²⁾.

Auch sittlich anstößige Betätigung unterfällt dessen Schutzbereich. Der Gesetzgeber ist allerdings berechtigt, unerwünschte Tätigkeiten zu verbieten, sofern dafür die allgemeinen Voraussetzungen eines *Freiheitseingriffs* vorliegen. Insbesondere ist ein „legitimes öffentliches Interesse“ als Schutzgut des Grundrechtseingriffs erforderlich¹³⁾. Die Auswahl bezüglich der zu schützenden öffentlichen Belange obliegt weitgehend dem Gesetzgeber.

Dem haben die genannten Bestimmungen zum Schutz der Sittlichkeit dadurch Rechnung getragen, daß die Legislative zwar einen allgemeinen Verbots-tatbestand normiert hat. Dieser enthält allerdings die Generalklauseln der „Sittengesetze“. Die Aufgabe der Konkretisierung jenes Tatbestandsmerkmals stellt dieses sachlich als „*Verweisungsnorm*“ dar: Das Gesetz verweist auf außerrechtliche Maßstäbe einer nicht-gesetzlich fixierten Sittenordnung. Damit ist allerdings die Konkretisierung der Generalklausel nach wie vor eine Rechtsfrage, keineswegs sind die Erwägungen der Ethik oder Moralphilosophie hier pauschal als gesetzliche Tatbestandsmerkmale positiviert¹⁴⁾. Am allerwenigsten können die entstehenden Auslegungsprobleme durch Heranziehung der Wertphilosophie des deutschen Idealismus oder der christlichen Morallehre gelöst werden¹⁴⁾. Der Begriff der „Guten Sitten“ ist vielmehr als Rechtsbegriff, also primär aus Verfassung und Gesetz zu begreifen. Hier sind bei der Auslegung von Generalklauseln in hohem Maße jene verfassungsrechtlichen Wertungen heranzuziehen, aus welchen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ihre Richtlinien und Impulse empfangen¹⁵⁾. Das Sittengesetz ist in systematischer Übereinstimmung mit der Rechtsordnung zu konkretisieren¹⁶⁾. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß das geltende Recht eben keine geschlossene Sittenordnung begründet, sondern vielmehr Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit als „oberste Werte“ anerkennt. Die Rechte und Freiheiten aus Grundgesetz und einfachem Recht dürfen nicht unter Verweis auf eine allgemeine Sittenordnung rückgängig gemacht werden. Vielmehr erfaßt der rechtlich vorgezeichnete Pluralismus auch die Sittenordnung¹⁷⁾.

Dementsprechend kann die *Herstellung oder Aufrechterhaltung einer einheitlichen Sittenordnung nicht Schutzgut des geltenden Rechts* sein. Sie kann daher auch keinen legitimen öffentlichen Belang zur Einschränkung von Grundrechten darstellen. Dem-

entsprechend kann und darf der Tatbestand des „Sittengesetzes“ auch nicht so ausgelegt werden, daß die Wahrung einer abstrakten „Sittlichkeit“ eingefordert wird. Vielmehr ist stets ein öffentlicher Belang zu suchen, der konkret als Element des sittlich Gebotenen einen zulässigen Einschränkungsgund für Freiheitsrechte darstellt. Als solcher kommt insbesondere auch nicht pauschal das „Sittengesetz“ in Betracht, welches Art. 2 Abs. 1 GG als Grenze für die freie Entfaltung der Persönlichkeit normiert¹⁸⁾. Dieses ist keineswegs eine „immanente Schranke jeden Grundrechts“; vielmehr gehen die Spezialfreiheitsrechte — wie etwa Art. 12 Abs. 1 GG — dem subsidiären Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG hinsichtlich ihres Schutzbereichs wie ihrer Schranken vor¹⁹⁾.

2. Sozialrelevanz

Sittenwidrig können nur solche Handlungen sein, welche nicht ausschließlich privat, sondern — zumindest auch *potentiell* — öffentlich vorgenommen werden²⁰⁾. Was der einzelne tut, ist jedenfalls so lange nicht verboten, als Dritte es nicht wahrnehmen können. Vorgänge in der so umschriebenen Privatsphäre tangieren die sittliche Ordnung nicht; das forum internum und die Sphäre der Privatheit, in welcher das Individuum „bei und mit sich ist“, sind „polizeifrei“²¹⁾. Der Umstand, daß Dritte von derart privat vorgenommenen Handlungen wissen oder sie nur vermuten, kann niemals allein einen Eingriff rechtfertigen. Andernfalls würde die bloße Einheitlichkeit der Sittenanschauung im Gemeinwesen staatlich garantiert, was in einem pluralistischen System unzulässig ist.

Öffentlichkeit begründet so erst die Relevanz für die Sittlichkeit und damit die Möglichkeit der rechtlichen *Bewertung nach den Kriterien „sittlich“ oder „unsittlich“*. Dem kann insbesondere nicht mit dem Argument entgegnet werden, die Rechtsordnung definiere sittenwidrige Handlungen als sozialrelevant²²⁾. Eine solche Argumentation verwechselt Voraussetzung und Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit: Potentielle Öffentlichkeit (= Sozialrelevanz) ist Prämisse der Sittenwidrigkeit, nicht erst ihre

11) *Denninger*, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968, S. 25 ff.; ders., *JZ* 1970, 145 ff.; *Achterberg*, *FS H. U. Scapin*, 1973, S. 9 ff.; *Götz*, Allgemeines Polizeirecht, 7. A., 1982, S. 46 ff.

12) Überblick bei *Gubelt* in v. Münch, Grundgesetz I, 2. A., 1981, Art. 12 Rdnr. 9 ff.

13) Überblick bei *Battis/Gusy*, Einführung in das Staatsrecht, 1981, S. 265 ff.

14) Dies ignoriert *Gern* a.a.O. (Fn. 1), S. 1586 ff.

15) *BVerfGE* 7, 198, 205.

16) *Dreuss/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr II, 1977, S. 134 m. w. N.; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186 ff.

17) Dementsprechend kann es auch keine „allgemeine Sittenanschauung“ und davon abweichend irrelevante Sondermoralen geben; das gilt auch für „Voyeure“; anders aber insoweit *OVG Münster*, *GewArch* 1983, 263.

18) Anders aber *Gern* a.a.O. (Fn. 1), S. 1586.

19) *BVerfGE* 6, 32, 37; 9, 63, 73; 23, 50, 55 f.; 30, 173, 192; Überblick bei *Gusy*, Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 176 ff.; angesichts des eindeutigen Befundes ist die Behauptung, „das Sittengesetz sei nur auf Art. 2 GG beschränkt“, entgegen *Gern* ebd. weder „irrig“, noch wird dadurch eine immanente Schranke aller Grundrechte „unterschlagen“.

20) Zur Öffentlichkeit *BayVGH*, *GewArch* 1984, 17 ff.

21) *Dreuss/Wacke/Vogel/Martens* a.a.O. (Fn. 16), S. 133.

22) So aber *VG Düsseldorf*, *GewArch* 1984, 20; s. auch *BayVGH*, *GewArch* 1984, 61.

Folge. Ein Verhalten ist nur dann sittenwidrig, wenn es sozialrelevant ist. Die Rechtsordnung knüpft insoweit an sozialrelevante Handlungen an. Ob sie sozialrelevant ist oder nicht, ist Tatbestandvoraussetzung eines jeden Rechtssatzes, nicht hingegen Folge einer gesetzlichen „Definition“.

Gewerbliches Handeln in Gaststätten und Veranstaltungen, die potentiell jedermann zugänglich sind, ist allerdings stets nicht ausschließlich privat und daher sozialrelevant²³⁾.

3. Sittenwidrigkeit als Zumutung

Die Sittenordnung als Grundrechtsschranke vermag Freiheitseingriffe lediglich zu rechtfertigen, wenn ein *konkreter, geschützter Belang* tangiert wird²⁴⁾. Hierzu genügt der bloße Glaube an oder das Bewußtsein von einer stabilen Sittenordnung nicht, da andernfalls die Einheitlichkeit der moralischen Anschauungen zum Selbstwert erhoben würde²⁴⁾.

Ein sittlich geschützter Belang kann lediglich tangiert werden, wenn sein *Träger mit der Veranstaltung überhaupt in Berührung kommt*. Dies gilt bei gewerblichen Veranstaltungen ausschließlich für Veranstalter, Mitwirkende, Kunden und sonstige Personen, in deren Wahrnehmungssphäre die jeweils vorgenommenen Handlungen eindringen können. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Handlungen nicht in geschlossenen Räumen stattfinden oder aber wenn zu dem Vorstellungsraum Dritte ohne vorherige Kenntnis der dort stattfindenden Vorgänge Zutritt erlangen können²⁵⁾. Leitsatzhaft läßt sich danach formulieren: *Freiwillig durchgeführte Veranstaltungen, welche nur freiwilligen Besuchern zugänglich sind* und die nicht auf Außenstehende in aggressiver Weise einwirken, sind niemals unsittlich.

Eine solche Umschreibung entspricht auch in hohem Maße der überkommenen Rechtsprechung. Danach hat niemand das Recht, seinen Mitmenschen Angelegenheiten seines Intimlebens „aufzudrängen“²⁶⁾. Handlungen oder Zustände, die eine enge Beziehung zum Geschlechtsleben haben, beeinträchtigen demzufolge Belange des Gemeinwohls insbesondere dann, wenn sie nach außen in Erscheinung treten und dadurch die ungestörte Entwicklung junger Menschen in der Sexualsphäre gefährden können oder wenn andere Personen, die hiervon unbehelligt bleiben wollen, erheblich belästigt werden. Dem korrespondiert das Recht des Staates, Angelegenheiten der Intimsphäre aus dem öffentlichen Bereich hinauszuverweisen und zu erzwingen, daß sie in dem für andere nicht wahrnehmbaren Privatbereich verbleiben.

Konkret bedeuten diese Grundsätze für die Ver- sagung gewerblicher Genehmigungen: *Eine Veranstaltung, die von unbeteiligten Dritten selbst nicht wahrgenommen werden kann, ist nicht sittenwidrig*²⁷⁾. Daß solche Dritten wissen, ob und wann derartige Veranstaltungen stattfinden, ist unerheblich. Positiv indiziert wird Unsittlichkeit insbeson-

dere durch Mißachtung der Belange des Jugendschutzes, aggressive Werbung für die Veranstaltung nach außen, unzureichende Abschirmung des Geschehens gegenüber Außenstehenden, fehlende oder unzureichende Information über den Inhalt der Veranstaltung vor dem Eintritt. Veranstaltungen unter freiem Himmel sind so wesentlich eher sittenwidrig als solche in geschlossenen Räumen. Die Belästigungsschwelle als Beeinträchtigung sittlich geschützter Belange ist überhaupt nur erreichbar, wenn das Geschehen Dritte erreicht. Der Schutz der „allgemeinen Sittlichkeit“, des „Anstandsempfindens aller billig und gerecht Denkenden“ oder der „Sittenordnung als solcher“ ist kein rechtlich intendiertes Interesse. Maßgeblich ist vielmehr das Abstellen auf konkrete Belange Dritter. Auch insoweit sind die Sitten für die Menschen, nicht die Menschen für die Sitten da.

4. Fehlende Sozialadäquanz

Sozialrelevantes Handeln, das in die sittlich geschützten Belange Dritter eingreift, ist allerdings als solches noch nicht unsittlich. Vielmehr ist hierzu weiter erforderlich, daß die Sozialadäquanz fehlt. Sozialadäquat ist ein Verhalten, wenn und soweit es *durch rechtliche oder außerrechtliche Normen gerechtfertigt* ist. Deutlich ist diese Sozialadäquanz von der Sozialrelevanz zu unterscheiden²⁸⁾: Während die letztere die potentielle Öffentlichkeit eines Verhaltens thematisiert, fragt die erstere nach seiner Übereinstimmung mit den vorhandenen Rechts- und Sozialnormen.

Ein Verhalten, das rechtlich geboten ist, kann niemals als sittenwidrig untersagt sein. Auch ein Handeln, das rechtlich ausdrücklich erlaubt ist, kann nicht unter Hinweis auf seine Unsittlichkeit verboten werden.

Ähnliches gilt auch, wenn das Verhalten durch die vorhandenen Sozialnormen legitimiert ist. Was jedermann tut, kann nicht einzelnen untersagt werden, sofern die Umstände vergleichbar bleiben. Was alle tun oder Dritten gewöhnlich zubilligen, kann demnach nicht unsittlich sein. Dabei ist auf die *konkreten räumlichen und zeitlichen Umstände* abzustellen: Was in der Kirche unsittlich ist, kann anderswo durchaus sittenkonform sein. Das Handeln muß folglich von den in der jeweiligen Situation üblichen Verhaltensweisen abweichen. Insbesondere kann die Unsittlichkeit nicht allein aus der Gewerbsmäßigkeit eines Handelns folgen. § 33a GewO geht vielmehr gerade davon aus, daß Veranstaltungen, welche nicht gegen die allgemein vorhandenen Anschauungen über die „guten Sitten“ verstoßen, auch als gewerbs-

23) S. o. 1.

24) S. o. 2.

25) Eingehend hierzu Gusy a.a.O. (Fn. 1), S. 987 f.

26) BVerwGE 39, 214 ff.; BVerwG, GewArch 1975, 385 ff.; Orlob a.a.O. (Fn. 3), S. 13; v. Ebner a.a.O. (Fn. 3), S. 16.

27) VG Köln, GewArch 1984, 33 f.

28) Das VG München, GewArch 1983, 333, hat beide Begriffe in eins gesetzt; dadurch ermöglicht es implizit den Schluß von der Sozialrelevanz auf die fehlende Sozialadäquanz; so VG Düsseldorf, GewArch 1984, 20.

mäßige zulässig sind. Gewerbsmäßigkeit indiziert so nicht Unsittlichkeit. Vielmehr sind die Motive der Veranstalter oder Mitwirkenden irrelevant.

Sozialadäquanz ist auch dann zu bejahen, wenn alle Beteiligten in das Geschehen eingewilligt haben. Allseitige *Einwilligung* begründet unter den Beteiligten eine moralische Sondernorm. Deutlich wird dies insbesondere an der Differenzierung zwischen dem öffentlichen und privaten Bereich: Ein und dasselbe Verhalten kann in der Öffentlichkeit unsittlich, in der „Privatsphäre“ dagegen sittengemäß sein²⁹⁾. Der Grund hierfür liegt nicht in der Verschiedenheit von „Sphären“, sondern darin, daß private Handlungen regelmäßig unter Einwilligung aller Beteiligter vorgenommen werden und keinen nach außen dringenden Gehalt aufweisen³⁰⁾. Daß in einer beschränkten Öffentlichkeit der allseitigen Einwilligung eine andere Bedeutung zukommen könnte, ist nicht erkennbar. Maßgeblich war und ist eben nicht die Sphäre, sondern der Wille der Beteiligten. Dem tritt die Rechtsprechung bisweilen dadurch entgegen, daß sie die einwilligenden Personen abqualifiziert³¹⁾ und sodann die Einwilligung als unbeachtlich ansieht. Dies eröffnet jedoch lediglich einen Zirkelschluß: Wird die moralische Qualität einer Person durch ihre Handlungen deutlich, so muß zunächst die Handlung bewertet werden, um sodann die Person bewerten zu können. Wenn dann aufgrund einer derartigen Bewertung der Person auf die Qualität eben jener Handlung zurückgeschlossen wird, so ist der Kreis geschlossen: Die Handlung bewertet sich letztlich selbst, ohne daß deutlich wird, an welchen Maßstäben sie ihrerseits bewertet werden sollte. Auch auf solche Weise läßt sich somit die fehlende Sozialadäquanz von Veranstaltungen nach § 33 a GewO nicht begründen.

5. Zusammenfassung: Der normative Gehalt der „Guten Sitten“

Private Veranstaltungen sind niemals unsittlich, sofern Dritte sie nicht wahrnehmen können und sie sonst nicht in den Wahrnehmungsbereich Dritter eindringen. Voraussetzung dafür ist, daß alle Beteiligten freiwillig mitwirken.

Eine öffentliche, jedermann wahrnehmbare Veranstaltung ist zulässig, sofern die in der Öffentlichkeit üblichen sozialen Normen beachtet werden und das Empfinden der Außenstehenden nicht erheblich beeinträchtigt wird.

Öffentliche Veranstaltungen, die nicht von jedermann wahrgenommen werden können (beschränkt öffentliche Veranstaltungen), sind zulässig, sofern

- alle Beteiligten und Zuschauer mit der Veranstaltung einverstanden sind;
- die Veranstaltung darüber hinaus für Dritte nicht wahrnehmbar ist;
- vor dem Zutritt hinreichende Informationen über den Inhalt der Veranstaltungen stattgefunden haben;

eine aggressive Werbung für die Veranstaltung fehlt;

Belange des Jugendschutzes gewahrt sind³²⁾.

II. Die Menschenwürde als Grundrechtsschranke?

Während früher öffentliche Belange den Begriff der „Guten Sitten“ prägten, stehen gegenwärtig die *Rechte der dabei Mitwirkenden* im Vordergrund³³⁾. Danach geraten insbesondere die Darstellerinnen in eine „menschenunwürdige Lage“. Da die Menschenwürde durch Art. 1 Abs. 1 GG verbürgt ist und in der „Wertordnung des Grundgesetzes“ den „höchsten Wert“ darstellt, ist sie dementsprechend zur Konkretisierung des Sittengesetzes heranzuziehen. Maßgeblich dafür sind in der Praxis insbesondere die „Wert- und Teilhabefunktionen“ der Grundrechte: Menschenwürde ist zu ihrer Verwirklichung, nicht zu ihrer Preisgabe oder Verletzung garantiert³⁴⁾. Ist menschenwürdeabträgliches Verhalten danach unzulässig, so ist folglich die Mitwirkung an einer Vielzahl von Veranstaltungen sittenwidrig.

Die genannte Rechtsprechung deutet das Grundrecht des Art. 1 Abs. 1 GG (Abschnittsüberschrift) *in eine Grundpflicht um*, indem sie den Staat, der der Adressat dieses Grundrechts ist (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG), vom Verpflichteten zum Berechtigten umgestaltet. Nicht der Mensch fordert seine Menschenwürde vom Staat, sondern der Staat vom Menschen dessen Würde ein³⁵⁾. Eine solche Auslegung ist mit der Ausgestaltung des Art. 1 Abs. 1 GG als „Grundrecht“ unvereinbar. Dem steht auch nicht der Teilhabeaspekt der Grundrechte entgegen: Zwar ist danach der Staat zum „Schutz“ der Menschenwürde verpflichtet; der Schutz eines Rechts kann jedoch niemals gegen dessen Inanspruchnahme durch seinen Träger erfolgen. Was wäre das Grundrecht ohne Träger? „Schutz“ kann so nur gegen Menschenwürdebeeinträchtigung seitens staatlicher Instanzen oder privater Dritter erfolgen. Sofern die Darstellerinnen freiwillig handeln, entsteht hier allerdings weder ein Schutzrecht noch eine Schutzpflicht des Staates. Darin liegt nämlich kein „Grundrechtsverzicht“³⁶⁾.

Hier geht es *nicht um einen Verzicht auf Menschenwürde gegenüber dem Staat, sondern um eine Ausübungsmöglichkeit individueller Handlungsfreiheit*. Denn die Genehmigungspflicht des § 33 a GewO ist ihrerseits nicht zum Schutz der Beteiligten selbst, sondern zugunsten öffentlicher Belange eingeführt,

29) BVerwGE 64, 231 ff.

30) Dazu eingehend *Rüpke*, Der Verfassungsrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1976.

31) OVG Münster a.a.O. (Fn. 17), S. 263.

32) Zutreffend VG Köln a.a.O. (Fn. 27).

33) Insbesondere seit BVerwGE 64, 277 f.; s. auch OVG Münster, GewArch 1983, 262 f.; BayVG, GewArch 1984, 62.

34) VG Düsseldorf, GewArch 1984, 21.

35) *Gury*, DVBl 1982, 985 f.; *Höfling*, NJW 1983, 1584; an den genannten Stellen finden sich die grundrechtsdogmatischen Fundierungen, die hier nicht nochmals geleistet werden sollen und können; auf sie wird daher ausdrücklich verwiesen.

36) So aber BVerwGE 64, 279 f.

wie der systematische Zusammenhang in § 33 a Abs. 2 GewO zeigt. Geht es hier um die „Ausstrahlungswirkung“ der Veranstaltung auf unbeteiligte Dritte, so liegt eine solche gerade nicht vor, wenn der Sittenverstoß lediglich mit den Rechten der Beteiligten begründet wird. Auch übernimmt der Staat durch die Genehmigung weder eine Garantstellung zugunsten der Mitwirkenden noch sonstiger Beteiligter. Die Erlaubnis enthält ihrerseits keinen inhaltlich-wertenden Charakter in dem Sinn, daß der Staat den Gegenstand der Veranstaltung billigt oder gar selbst veranstaltet hätte. Vielmehr geht es — wie bei jedem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt³⁷⁾ — um den präventiven Schutz öffentlicher Belange, die von denen der Betreiber verschieden sind. Ebenso wenig, wie der Staat durch Gewerbeerlaubnisse die Garantie für den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmung und damit den Erhalt des wirtschaftlichen Eigentums der Antragsteller übernimmt, kann er durch die Singspiel-Erlaubnis die rechtliche Garantie für die Integrität der freiwilligen Handlungen der Beteiligten selbst wahrnehmen. Auch fordert § 33 a GewO nicht, daß das Verhalten sittlich geboten ist; vielmehr reicht aus, daß es nicht den „guten Sitten zuwiderläuft“. Schließlich steht dem auch nicht das Argument entgegen, die Menschenwürde in der hier vertretenen Auslegung schütze jede Handlungsweise, etwa den Mord³⁸⁾. Menschenwürde ist das Grundrecht auf Selbstdefinition und Selbstdarstellung³⁹⁾. Wie diese den Mord umfassen sollen, bleibt unklar. Nicht zufällig hat das Grundgesetz die allgemeine Handlungsfreiheit nicht in Art. 1, sondern in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgt. Hier geht es um interpersonale Handlungsfreiheiten, die den dafür vorgesehenen Schranken unterworfen sind, weil sie mit den Rechten Dritter in Konflikt geraten können. Demgegenüber enthält die Menschenwürde solche Freiheiten, welche die Rechte anderer verkürzen können, eben nicht. Solange eine Handlung generell nicht geeignet ist, mit Rechten anderer in Konflikt zu geraten, kann ihre Einbeziehung in den Schutzbereich der Menschenwürde nicht mit dem Argument bekämpft werden, Menschenwürde könne so Verbrechen rechtfertigen. Menschenwürde jedenfalls rechtfertigt Straftaten nie, und zwar wegen ihres Schutzbereichs, die keine Handlungen im Bereich Rechte anderer zuläßt⁴⁰⁾.

Die Menschenwürde der Mitwirkenden kommt somit als Grundrechtsschranke i. S. d. § 33 a GewO nicht in Betracht. Die Pflicht zur Wahrnehmung der eigenen Menschenwürde ist nicht Inhalt dieses Grundrechts, und der Staat kann aus ihm nicht den Titel herleiten, die Bürger zu menschenwürdigem Verhalten zu verpflichten. Unsittlichkeit als „Zumutung“ ist nie Zumutung gegenüber sich selbst, sondern gegenüber Dritten.

III. Gute Sitten und strafrechtliches Verbot

Insbesondere zur Verhinderung von Porno-Film-Vorführungen wird als Konkretisierung des Sitten-

gesetzes die Vorschrift des § 184 Abs. 1 Nr. 7 StGB herangezogen. Sittenwidrig ist danach nicht nur, was ohnehin strafbar ist. Vielmehr wird der Anwendungsbereich der „Guten Sitten“ über den — vielfach als „mißglückt“ empfundenen — Tatbestand hinaus ausgedehnt⁴¹⁾. Danach verfolgt jene Vorschrift den Zweck, Porno-Film-Veranstaltungen in Nachtclubs zurückzudrängen. Soweit dieser Zweck im Tatbestand nicht deutlich zum Ausdruck komme, so enthalte das geltende Recht zwar kein strafrechtliches Verbot, wohl allerdings eine Mißbilligung derartiger Film-Vorführungen. Diese sei im Rahmen der „Guten Sitten“ zu berücksichtigen; Gewerbeerlaubnisse seien daher nicht zu erteilen, wenn der Gesetzeszweck umgangen⁴²⁾ oder sonst vereitelt würde⁴³⁾.

Die Problematik des § 184 Abs. 1 Nr. 7 StGB besteht darin, daß der Sinn jener Vorschrift aus ihrem Wortlaut kaum erschließbar ist und umgekehrt in ihm auch nahezu keinen Ausdruck gefunden hat. Das Vorführen von Porno-Filmen ist nicht grundsätzlich untersagt. Private Aufführungen sind von der Bestimmung nicht erfaßt, öffentliche nur unter bestimmten, einschränkenden Voraussetzungen. Unentgeltliche öffentliche Aufführungen sind nicht pönalisiert, „da mit solchen Veranstaltungen nicht gerechnet zu werden braucht“⁴⁴⁾. Entgeltliche sind hingegen grundsätzlich unzulässig, sofern der Film keine bloße „Nebenleistung“ darstellt. Zur Ermittlung dieses Charakters als Nebenleistung stellt das Strafgesetzbuch auf den Aspekt ab, ob das Entgelt „überwiegend“ oder nicht überwiegend für die Vorführung verlangt wird. Erst dies eröffnet die Unsicherheit über den Anwendungsbereich der Vorschrift, da Mischkalkulation und Kopplungsangebote die Frage der Entgeltlichkeit bis zur Unkenntlichkeit verstellen. Dies gilt um so mehr, als es für die Zuordnung des Entgelts nicht auf die äußerliche Bezeichnung ankommt⁴⁵⁾.

Das Gewerbeamt ist hier nicht in vollem Umfang an die Wertungen des Strafgesetzbuchs gebunden: Nicht alles, was das Strafrecht nicht pönalisiert, ist deshalb auch gewerbeamtlich zulässig. Der Bereich der Strafbarkeit ist vielmehr enger als derjenige der allgemeinen Rechtswidrigkeit. Deutlich ist jedoch andererseits, daß der Gesetzeszweck des Strafrechts nicht gewerbeamtlich vereitelt werden darf. Damit verschärft sich allerdings die Fragestellung nach dem Gesetzeszweck des § 184 Abs. 1 Nr. 7 StGB. Un-

37) Zum Verbot mit Erlaubnisvorbehalt Gusy, JA 1981, 80 ff. m. v. N.

38) So aber Gern aa.O. (Fn. 1), S. 1585.

39) In diesem Sinne Gusy, DVBl 1982, 986; grundlegend Podlech, AÖR 1963, 199 f.; ob und inwieweit dies eine „Leerformel“ darstellt — dazu Hoerster, JuS 1983, 96 —, müßte noch weiter diskutiert werden.

40) Die Argumentation Gerns aa.O. (Fn. 38) geht dahin, den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG auf Art. 1 Abs. 1 GG zu übertragen, um sodann die Schranken des „Sittengesetzes“ auf sämtliche anderen Freiheitsrechte zu projizieren. Solches „Verfassungsrecht“ wird von anderen Autoren allerdings zu Recht „unterschlagen“ (Gem ebd., Fn. 62).

41) Insbesondere v. Orlob, GewArch 1984, 11 ff.

42) OVG Münster, GewArch 1983, 272 f.

43) OVG Münster, GewArch 1983, 53 ff.

44) Schönke—Schröder—Lenckner, StGB, 21. A., 1982, § 184 Rdnr. 41 a.

45) BVerfGE 47, 126; OLG Koblenz, MDR 1978, 776; grundsätzlich v. Ebner, GewArch 1976, 216 ff.

streitig zählt nahezu die *Effektivierung des Jugendschutzes* ebenso wie der *Schutz vor ungewollter Konfrontation mit Pornographie* durch „Abdrängen“ derartiger Film-Vorführungen⁴⁶⁾.

Deutlich wird daraus, daß ein herkömmlicher Kinobetrieb mit pornographischen Filmen gegen Entgelt unzulässig ist. Das gilt auch dann, wenn das äußere Erscheinungsbild des Kinos gewahrt bleibt, aber daneben ein Getränkeauschank gegen Entgelt mitbetrieben wird. *Je weiter sich die Umstände von dem Kino entfernen und Gaststättencharakter annehmen, desto eher ist der Betrieb zulässig*, da genau dies Abdrängen der Zweck des § 184 Abs. 1 Nr. 7 StGB ist⁴⁷⁾. Nicht entscheidend ist, ob die Gaststätte den Charakter eines „Nachtklubs“ trägt oder nicht⁴⁸⁾. Maßgeblich ist auch hier, ob die Konfrontation mit der Pornographie „ungewollt“ ist oder nicht. Da hier die Film-Vorführung regelmäßig als Werbung ausgestellt wird, kann von einem „Aufdrängen“ der Pornographie⁴⁹⁾ jedenfalls gegenüber demjenigen keine Rede mehr sein, der die Räume in Kenntnis der Anpreisungen freiwillig betreten hat⁵⁰⁾. Porno-Film-Vorführungen in Gaststätten sind somit zulässig, sofern

- der *Gaststättencharakter überwiegt* und die Schankerlaubnis nicht lediglich eine — mehr oder minder formale — Nebenbetätigung im äußeren Gepräge eines Kinos darstellt⁵¹⁾ und
- die *Film-Vorführung* vor dem Eingang eindeutig und unmißverständlich *angekündigt* ist und
- der *Jugendschutz* beachtet wird⁵²⁾.

IV. Verwaltungsrechtliche Folgeprobleme

1. Nichtigkeit erteilter Erlaubnisse?

Aus dem Umstand, daß Peep-Shows nach der Rechtsprechung des BVerwG gegen die guten Sitten verstoßen, wird bisweilen geschlossen, daß auch die dafür erteilten Erlaubnisse sittenwidrig und daher gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig seien⁵³⁾. Dem steht allerdings bereits der Wortlaut der genannten Bestimmung entgegen, der darauf abstellt, daß „der Verwaltungsakt gegen die guten Sitten verstößt“. Hier liegt der „Verstoß“ allerdings nicht in der Erlaubnis selbst⁵⁴⁾, sondern allenfalls in den Handlungen, die aufgrund der erteilten Konzession vorgenommen werden dürfen. Der Verwaltungsakt ist nicht auf die Herbeiführung dieses Handelns gerichtet, sondern stellt lediglich seine formelle Erlaubtheit fest.

Dementsprechend ist auch eine *Parallele zu § 138 Abs. 1 BGB unzulässig*⁵⁵⁾. Sittenwidrige Verträge als Grenze der Vertragsfreiheit werden vom Staat deshalb nicht hingenommen, weil der geschuldete, als sittenwidrig bewertete Erfolg notfalls *mit Hilfe des staatlichen Vollstreckungsapparates* erzwungen werden könnte. Genau daran fehlt es jedoch der Erlaubnis. Sie hat keinerlei vollstreckbaren Inhalt; der Staat macht sich gerade nicht zum Vollstreckungshelfen

des Erlaubnisinhabers. Vielmehr ist dieser nach wie vor auf die freiwillige Mitwirkung Dritter, Darstellerinnen wie Kunden, angewiesen. Die bloße Feststellung der Erlaubtheit erlangt somit niemals die Qualität einer eventuellen Sanktionierung von Verträgen, die auf einen sittenwidrigen Erfolg gerichtet sind, durch die Vollstreckungsbehörden. Sind so Erlaubnisse und Verträge hinsichtlich ihrer sittlichen Relevanz völlig unvergleichbar, so können auch nicht die Grundsätze des § 138 BGB auf das Verwaltungsverfahrenrecht übertragen werden⁵⁶⁾. Die Nichtigkeit erteilter Erlaubnisse folgt demnach aus § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nicht⁵⁷⁾.

2. Einstweiliger Rechtsschutz gegen Schließungsanordnungen

Aufgrund der Rechtsprechung hat eine Vielzahl von Ordnungsbehörden die Schließung von Peep-Shows und ähnlichen Veranstaltungen angeordnet und dabei teilweise die sofortige Vollziehbarkeit gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 VwGO angeordnet⁵⁸⁾. Zulässig ist dies jedenfalls, wenn die Veranstaltung völlig ohne Erlaubnis eröffnet worden ist⁵⁹⁾. Im übrigen beruft sich die Rechtsprechung auf die Nichtigkeit der erteilten Erlaubnisse, um so das öffentliche Interesse an der Schließung zu begründen⁶⁰⁾. Ist bereits die Herleitung der Nichtigkeit unzutreffend, so ist wegen des entstandenen Vertrauenstatbestandes das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung kaum begründbar. Was zunächst sogar den Behörden als erlaubt erschien, kann kaum bald darauf derart unerträglich sein, daß sogar die qualifizierten Anforderungen an die sofortige Vollziehbarkeit vorliegen. Diejenigen Gerichte, welche zutreffend der Nichtigkeit der Konzession verneint hatten⁶¹⁾, haben eine *Abwägung im Einzelfall* vorgenommen und die sofortige Vollziehbarkeit verneint. Dabei beriefen sie sich auf den Vertrauensschutz des Konzessionsinhabers: daß die Erlaubnisse nachträglich als nichtig oder rechtswidrig erschienen, lag am allerwenigsten in ihrer Sphäre. Eine solche Abwägung ist auch im Rahmen der

46) BVerfGE 47, 116 ff.; *Lenckner* a.a.O. (Fn. 44), Rdnr. 38 f.

47) Einzelheiten bei *Lenckner* ebd., Rdnr. 41 b.

48) So aber *Orlob* a.a.O. (Fn. 41).

49) Diese Formel entstammt BVerwG, GewArch 1978, 385 ff.; auf sie bezieht sie auch *Orlob* ebd., S. 13.

50) v. *Ebner*, GewArch 1984, 16.

51) Dieser Ausnahmetatbestand war offenbar der Gegenstand der Entscheidung des OVG Münster, GewArch 1983, 58 ff.

52) Diese Überwachung obliegt allerdings den dazu zuständigen Behörden gem. § 6 JOschG; so zutreffend v. *Ebner*, GewArch 1984, 16; zum Verbot von Strip-tease und Porno-Film einerseits OVG Münster, GewArch 1983, 58 ff.; anders als v. *Ebner*, GewArch 1983, 215 ff.

53) VG Düsseldorf, NVwZ 1983, 176; GewArch 1984, 19; *Stelkens/Bonk/Leonhardt*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. A., 1983, § 44 Rdnr. 23.

54) Dies fordert zu Recht *Knaack*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. A., 1982, § 44 Rdnr. 5, 6.

55) Irreführend insoweit VG München, GewArch 1983, 352; VG Karlsruhe, GewArch 1982, 231.

56) Sehr zurückhaltend auch *Meyer/Borgs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. A., 1982, § 44 Rdnr. 20.

57) So i. E. auch VG München und VG Karlsruhe a.a.O. (Fn. 55); *Kirchberg* a.a.O. (Fn. 53).

58) Überblick bei *Kirchberg* ebd., S. 142.

59) BayVGH, GewArch 1984, 17.

60) Vgl. die Nachweise in Fn. 53.

61) S. die Nachweise in Fn. 55.

Ermessensausübung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO erforderlich. Wird diese nach den dafür allgemein geltenden Kriterien vorgenommen⁶²), so ist das Interesse an der geordneten Betriebsabwicklung und der ordnungsgemäßen Durchführung des Hauptsa-

cheverfahrens höher zu bewerten als dasjenige an der sofortigen Betriebsschließung. Das gilt allgemein, und das gilt auch für die behandelten Fälle.

62) Dazu *Eyermann/Fröhler*, Gewerbeordnung, Loseblatt (1983), § 15 Rdnr. 16.