

---

**RECHTLICHE STELLUNGNAHME  
FÜR DIE FREIE UND HANSESTADT HAMBURG**

---

**BESTEHENDE RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN DER EINSCHRÄNKUNG DES  
ALKOHOLVERKAUFS IN HAMBURG**

---

RA Dr. Martin Schellenberg  
Moritz Ahlers

Heuking Kühn Lüer Wojtek  
Neuer Wall 63, 20354 Hamburg  
Telefon: 040/35 52 80 86  
Telefax: 040/35 52 80 80

A.	Ergebnisse .....	3
B.	Sachverhalt .....	4
C.	Gang der Darstellung.....	6
D.	Rechtliche Bewertung .....	7
I.	Klärung des „Kiosk“-Begriffs .....	7
1.	Phänomen „Kiosk“ .....	7
2.	Das Phänomen „Cornern“ .....	7
3.	Kiosk als Rechtsbegriff?.....	8
4.	Die (gewerbe-)rechtliche Regulierung von Kiosken.....	11
1.	Verbot des Alkoholverkaufs.....	11
a)	Abstrakt-generelle Verkaufsverbote.....	11
aa)	Zeitlich beschränktes grundsätzliches Verkaufsverbot durch Änderung des Ladenöffnungsgesetzes (LadÖG) .....	11
bb)	Zeitlich und/oder örtlich begrenztes Verkaufsverbot durch Rechtsverordnung .....	12
cc)	Zeitlich und/oder örtlich begrenztes Verkaufsverbot durch formelles Gesetz vergleichbar dem GlasfalschenverbotsG.....	16
b)	Konkret-individuell Verkaufsverbote für „Kioske“ .....	18
2.	Verbot des Alkoholkonsums .....	21
III.	Andere Einschränkungsmöglichkeiten .....	22
1.	Abstandsgebot entsprechend Hamburger Spielhallengesetz (HmbSpielhG) 22	
2.	Bauplanungs- und bauordnungsrechtliche Einschränkungen .....	25
a)	Bauplanungsrecht .....	25
b)	Bauordnungsrechtliche Einschränkungen.....	26
3.	Abgabenrechtliche Belastungen für Kioske .....	27

## A. Ergebnisse

1. Ein abstrakt-generelles Alkoholverkaufsverbot per Rechtsverordnung spezifisch für Kioske erscheint uns grundsätzlich rechtlich sehr problematisch. Zum einen wäre seitens des Normgebers auf Grundlage von belastbaren empirischen Daten in plausibler Weise zu begründen, worin die abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch den Alkoholverkauf von Kiosken läge, zum anderen erscheint es sehr zweifelhaft, wie die Diskriminierung von Kiosken gegenüber anderen alkoholverkaufenden Stellen vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG sachlich zu rechtfertigen wäre. In räumlich begrenzten Sonderkonstellationen wie z.B. am Hansaplatz in St. Georg erscheint es nicht ausgeschlossen, dass bei gegebener Sachlage ein Alkoholverkaufsverbot für anliegende Kioske zu rechtfertigen wäre.
2. Die Bedenken gegen die Zulässigkeit eines abstrakt-generellen Alkoholverkaufsverbotes spezifisch für Kioske vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG bestehen in gleicher Weise, wenn die Rechtsform eines formellen Gesetzes gewählt wird.
3. Außerdem erscheint es im Ergebnis zulässig, im Einzelfall (etwa des Cornerns) unter bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen Alkoholverkaufsverbote gegenüber bestimmten Kioskbetreibern in Form eines Verwaltungsaktes auszusprechen. Rechtliche Hürde ist hier, dass die konkrete Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung dem alkoholverkaufenden Kioskbetreiber zurechenbar sein muss.
4. Wenig erfolgversprechend erscheint es uns, die Abstandsregelungen für Spielhallen auf Kioske zu übertragen. Die Erfolgsaussichten erscheinen uns sehr zweifelhaft, weil von Spielhallen aufgrund ihres in erster Linie auf Glücksspiel ausgerichteten Gewerbes eine besondere Gefährdung für potenziell Glückspielsüchtige ausgeht und vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen ist, warum allein der Alkoholverkauf aus Kiosken beschränkt werden soll.
5. Die Möglichkeiten des Bauplanungsrechts, spezifisch gegen Kioske vorzugehen, sind sehr beschränkt, weil innerhalb eines geplanten oder faktischen Baugebietes die gebietsspezifischen Vorgaben bindend sind und das Bauplanungsrecht keine Möglichkeit bietet, bestimmte Gewerbearten spezifisch zu diskriminieren.
6. Für Gaststätten im Sinne des GastG - also auch Kioske, die als sog. Mischbetriebe betrieben werden – besteht nach Maßgabe der GastVO die

Pflicht, Kundentoiletten bereitzustellen. Eine solche öffentlich-rechtliche Pflicht existiert für reine Kioske bislang nicht. Indes erscheint es rechtlich zulässig, öffentlich-rechtliche Vorschriften zu erlassen, die bestimmten alkoholverkaufenden Stellen einschließlich Kiosken – etwa im Bereich des GlasflaschenverbotsG – die Pflicht auferlegen, Kundentoiletten vorzuhalten. Die Verpflichtung ließe sich unserer Einschätzung nach mit einer der Standplatzabgabe vergleichbaren Weise mit einer Ausgleichabgabe zur Finanzierung öffentlicher Toiletten kombinieren.

## **B. Sachverhalt**

Der über die letzten Jahre stark gestiegene Verkauf von alkoholischen Getränken durch Kioske in den einschlägigen Ausgeh- und Kneipenvierteln Hamburgs hat zu einigen Veränderungen und spätestens seit 2015 zu einer diesbezüglichen regen öffentlichen Auseinandersetzung geführt. Rechtlich hat zu dieser Entwicklung die Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten ab 2007 beigetragen<sup>1</sup>. Am 02.05.2018 hat die Hamburger Bürgerschaft auf Antrag der Regierungsfraktionen einen Beschluss mit dem Titel „Nächtlichen Alkoholexzessen und negativen Veränderungen im Bereich der Reeperbahn und in anderen Szenevierteln wirksam begegnen“ gefasst. Darin werden bezüglich des Alkoholverkaufes durch Kioske im Wesentlichen drei Problemlagen ausgemacht.

### 1. Problemlagen

#### *a) Umsatzrückgang bei klassischen Gastronomiebetrieben und Musikclubs*

Sowohl die Zahl der Kioske als auch ihre durchschnittliche Größe<sup>2</sup> hat drastisch zugenommen. Gleichzeitig beklagen klassische Gastronomiebetriebe und Musikclubs aufgrund des deutlich günstigeren Angebotes der Kioske rückläufige Getränkeumsätze. An Kioske angrenzende Kneipen stören sich daran, dass teilweise zwar ihre sanitären Anlagen genutzt die (alkoholischen) Getränke jedoch überwiegend in den Kiosken gekauft werden.

#### *b) Störungen von AnwohnerInnen*

AnwohnerInnen beklagen neben der „Vermüllung“ der Straßen und Lärmbelästigungen, dass Hauseingänge in der Umgebung von Kiosken von alkoholisierten Menschen als Sitzplätze oder sogar zum Urinieren verwendet werden.

---

<sup>1</sup> Das Hamburgische Gesetz zur Regelung der Ladenöffnungszeiten (Ladenöffnungsgesetz – LadÖG) ist zum 01.01.2007 in Kraft getreten (§ 12 Abs. 1 LadÖG). Nach § 3 Abs. 1 LadÖG dürfen Verkaufsstellen grundsätzlich an allen Werktagen rund um die Uhr geöffnet haben.

<sup>2</sup> Allein im Bereich der Reeperbahn seien es mittlerweile um die 60, so der Beschlussantrag der Regierungsfraktionen in der Bürgerschaft v. 02.05.2018, „Nächtlichen Alkoholexzessen und negativen Veränderungen im Bereich der Reeperbahn und in anderen Szenevierteln wirksam begegnen“, Drs. 21/12918.

### c) *Kriminalitätsbrennpunkte*

An bestimmten Orten wie z.B. dem Hansaplatz in St. Georg gibt es ein erhebliches Kriminalitätsproblem, das von dem in Kiosken verfügbaren günstigen Alkohol mitverursacht worden sein soll. So soll es vermehrt zu „alkoholtypischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten“<sup>3</sup> wie beispielsweise Körperverletzungen, Raubstraftaten, sexuellen Übergriffen, Widerstandshandlungen bei polizeilichem Einschreiten, Pöbeleien und anderen Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gekommen sein.

## 2. Politisch angestrebte Lösungen

Laut dem von der Bürgerschaft beschlossenen Antrag der Regierungsfraktionen vom 02.05.2018 könnte der Erlass einer landesrechtlichen Regelung eine Lösung sein, mit der an bestimmten Orten und zu bestimmten Zeiten der Außer-Haus-Verkauf von alkoholischen Getränken im Falle einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eingeschränkt werden kann. Hier kommen die rechtlichen Grundlagen nach dem Sicherheits- und Ordnungsrecht ebenso in Betracht wie die seit der Föderalismusreform 2006 in der Gesetzgebungskompetenz der Länder stehende Rechtsmaterie des Gaststättenrechts. Um sicherzustellen, dass eine praktikable, rechtssichere Lösung des Problems gefunden wird, solle im Vorfeld untersucht werden, wie sich die tatsächliche Lage an entsprechenden Brennpunkten darstellt und welche Handlungsmöglichkeiten bestünden, um das rechtlich schwierige Problem der Zurechnung der Störung zu lösen. Des Weiteren gelte es, das Problem des Alkoholverkaufs neben den reinen Einzelhandelsbetrieben auch für die Mischbetriebe als sogenannten Gassenausschank (Abgabe der Zubehörleistung gemäß § 7 Gaststättengesetz) und auch unter Beachtung der Gleichbehandlung der Handlungsoptionen der typischen Gastronomiebetriebe zu lösen.

Auf Antrag der Regierungsfraktionen der SPD und der GRÜNEN hat die Bürgerschaft am 02.05.2018 beschlossen, den Senat zu ersuchen, eine Studie durchzuführen

- als valide Grundlage für eine Bewertung der Möglichkeiten zur Unterbindung der permanenten Verfügbarkeit von alkoholischen Getränken zu schaffen und hieraus abgeleitet die Anwendbarkeit bestehender Regelungen zu bewerten beziehungsweise Empfehlungen zu Anpassungen, Ergänzungen oder neuen rechtlichen Regelungen zu geben.
- mit der durch eine Auswertung örtlicher Situationen an derartigen Brennpunkten unter Einbeziehung einer Zurechenbarkeit der Störereigenschaft auch die Grundlagen für eine Anwendung vorhandener rechtlicher Regelungen oder für die Schaffung neuer rechtlicher

---

<sup>3</sup> AaO.

Regelungen überprüft und bewertet werden, mit denen dem Problem des Verkaufs alkoholischer Getränke aus sogenannten Kiosken begegnet werden kann.

- Die überprüft, welche der bisher genutzten Möglichkeiten der Straßensozialarbeit und andere nicht ordnungspolitischen Ansätze geeignet sind, das Verhalten von Gruppen mit problematischem Trinkverhalten zu begleiten und positiv zu beeinflussen.
- Der Bürgerschaft bis zum Sommer 2018 das Ergebnis der Studie sowie einen Regelungsvorschlag vorzulegen, der eine praktikable, rechtssichere Lösung des Problems darstellt. Dieser Regelungsvorschlag soll neben den reinen Einzelhandelsbetrieben auch die sogenannten Mischbetriebe erfassen, die ihren Alkoholverkauf als sogenannten Gassenausschank (Abgabe der Zubehörleistung gemäß § 7 Gaststättengesetz) erbringen.

### **C. Gang der Darstellung**

Die rechtliche Würdigung beginnt unter D.I mit einer Annäherung an den Begriff des Kiosks in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht, weil auf den Begriff des Kiosks im weiteren Verlauf des Gutachtens Bezug genommen wird. Dabei wird aufgezeigt, wie divers sogenannte Kioske allein in Hamburg phänomenologisch sind (dazu D.I.1.), was unter dem Begriff des „Cornerns“ zu verstehen ist (dazu D.I.2.), inwieweit „Kiosk“ ein Rechtsbegriff ist und was daraus für regelungstechnisch folgt (dazu D.I.3.); außerdem wird in Grundzügen die bisherige gewerberechtliche Regulierung von Kiosken dargestellt (dazu D.I.4.).

Des Weiteren ist zwischen einem Verbot des Alkoholverkaufs (dazu D.II.1.) und einem Verbot des Alkoholkonsums (dazu D.II.2.) zu differenzieren. Ausweislich des Bürgerschaftsbeschlusses vom 02.05.2018 ist ersteres politisch erwünscht, und letzteres politisch unerwünscht. Jeweils lassen sich Maßnahmen auf abstrakt-genereller Ebene (Gesetz, Rechtsverordnung) und konkret-individueller Ebene (Verwaltungsakt) unterscheiden. Als denkbare abstrakt-generelle Ausgestaltungsmöglichkeit eines Alkoholverkaufsverbotes wird im vorliegenden Gutachten zunächst eine politisch ebenfalls nicht erwünschte, rechtlich aber gangbare Änderung des LadenÖG aufgezeigt (s. D.II.1.a.aa.), sodann wird der rechtlich wesentlich bedenklichere Erlass einer – zeitlich und/oder örtlich etwaig zu begrenzenden – Rechtsverordnung zum Alkoholverkaufsverbot speziell für Kioske (dazu D.II.1.a.bb) bzw. eines inhaltsgleichen mit dem GlasflaschenverbotsG vergleichbaren Gesetzes geprüft. Unter D.II.1.b. werden die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten analysiert, per Verwaltungsakt den Alkoholverkauf in Kiosken zu verbieten.

Unter D.II.2. wird aufgrund des entgegenstehenden politischen Willens in gebotener Kürze auf die rechtlichen Möglichkeiten den Alkoholkonsum zu verbieten, hingewiesen.

Schließlich werden unter D.III. weitere, denkbare Möglichkeiten der Einschränkung des Alkoholverkaufes durch Kioske aufgezeigt, auch wenn diese lediglich mittelbaren Einfluss auf den Alkoholverkauf selbst haben. In diesem Zusammenhang wird geprüft, ob die im HmbSpielhG für Spielhallen und ähnliche Unternehmen enthaltene Regelung des Abstandsgebotes auf Kioske übertragbar ist (dazu D.III.1.). Sodann werden bauplanungs- und bauordnungsrechtliche Möglichkeiten beleuchtet, insbesondere die Möglichkeit von Toilettenauflagen für bestimmte Kioske (dazu D.III.2.). Schließlich wird geprüft, ob und unter welchen Voraussetzungen Kioske per Sonderabgabe an den Kosten öffentlicher Toiletten beteiligt werden können (dazu D.III.3.).

## **D. Rechtliche Bewertung**

### **I. Klärung des „Kiosk“-Begriffs**

#### **1. Phänomen „Kiosk“**

Im gängigen Sprachgebrauch kennzeichnet der Begriff des Kiosks ein kleines, nicht notweniger Weise, aber häufig begehbares stehendes Gewerbe, das typischerweise eine gegenüber Supermärkten beschränkte Auswahl an Lebens- und Genussmitteln einschließlich Tabakwaren und alkoholischen Getränken sowie häufig Printmedien wie Zeitungen anbietet. Seit der Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten sind Kioske zudem insbesondere durch sehr weitreichende Öffnungszeiten gekennzeichnet, seit der Liberalisierung des Postsektors bieten einige zudem typische Postdienstleistungen wie die Brief- und Paketannahme an. Abgesehen von diesen Gemeinsamkeiten ist die phänomenologische Varianz von Kiosken sehr groß und unterliegt zudem dem Wandel. Je nach Gebiet bzw. räumlicher Umgebung und Größe unterscheiden sich die Kioske in ihrer faktischen Funktion, ihrer Umsatzerwartung und dem Nutzungsverhalten ihrer Kunden erheblich. Es lässt sich in Hamburg, insbesondere in den Szene- und Ausgehvierteln, in den letzten 10 Jahren eine erhebliche Zunahme der Kioskdichte und der durchschnittlichen Kioskgröße beobachten.

#### **2. Das Phänomen „Cornern“**

„Cornern“ bezeichnet das Phänomen, das sich eine Gruppe von Menschen – anstatt in Kneipen oder Clubs zu feiern – insbesondere abends und nachts

gemeinsam im Straßenraum quasi an der Straßenecke ansammelt, um sich zu unterhalten und Alkohol zu trinken.

Der Begriff hat sich in den 1970er und 1980er Jahren in der Bronx, New York, entwickelt, ursprünglich um das Phänomen zu bezeichnen, dass widerstreitende Rap- und Breakdance-Gruppen im öffentlichen Straßenraum ihr Können zur Schau stellten. Im Laufe der Zeit hat sich der Sprachgebrauch jedoch gewandelt, indem der Begriff zunehmend weiter verstanden wurde. In Deutschland bezeichnet Cornern aktuell in erster Linie das öffentliche Zusammensein, regelmäßig in der unmittelbaren Nähe eines Kiosks.

Paradebeispiel für das Cornern in Hamburg ist z.B. die Ecke Thadenstraße/beim Grünen Jäger an der sich auch ein großer Kiosk befindet, wo sich teils bis zu 150 Menschen zum Cornern versammeln. Die unmittelbare Verfügbarkeit von günstigen (alkoholischen) Getränken ist – neben anderen – ein Faktor, der die Entwicklung einer konkreten „Corner“ begünstigt. Es lässt sich wohl sagen, dass ein Kiosk in der Nähe eine notwendige Bedingung für das Entstehen einer Corner ist. Keinesfalls kann aber in rechtlich tragfähiger Weise ein umgekehrter generalisierender Zusammenhang zwischen Kiosken und dem Phänomen des Cornerns hergestellt werden. Denn vor den allermeisten Kiosken wird nicht gecornert. So spricht vieles dafür, dass die unmittelbare Nähe zu einem Kiosk eine notwendige Bedingung für das Entstehen einer konkreten Corner ist, eine hinreichende ist sie jedoch nicht.

### **3. Kiosk als Rechtsbegriff?**

Zunächst wird unter a) aufgezeigt, dass der Begriff „Kiosk“ in der deutschen Rechtsordnung bislang keine Konkretisierung erfahren hat und damit gesetzgeberisch zu konkretisieren wäre, soweit Rechtsfolgen an ihn geknüpft werden. Sodann wird unter b) ausgeführt, welche Regelungstechnischen Möglichkeiten der Regulierung von Kiosken es gibt und welche grundgesetzlichen Implikationen sich daraus ergeben.

#### **a) Kiosk als unbestimmter Rechtsbegriff**

Trotz der großen phänomenologischen Varianz an Kiosken hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch<sup>4</sup> bislang keine begriffliche Differenzierung zwischen einzelnen Kiosktypen herausgebildet. Danach wird sowohl der kleine, nicht begehbarer Kiosk in der U-Bahnstation als auch der große, begehbarer und in erster Linie auf Alkoholverkauf ausgerichtete Kiosk auf der Reeperbahn einheitlich als „Kiosk“ bezeichnet. Gerade in den einschlägigen Szene- und Feiervierteln hat sich die faktische Funktion bestimmter Kioske dabei eindeutig wegentwickelt von kleinen Verkaufsstellen um die Ecke mit weitreichenden Öffnungszeiten für die Deckung des täglichen Lebensbedarfes hin zu einem zentralen (Ausgangs- und Anlauf-)Punkt des Ausgehens und

---

<sup>4</sup> In bestimmten Regionen Deutschlands, wie insbesondere Berlin, ist der synonyme Begriff des „Späti“ gängig.

Feierns. Daher ist der Kioskbegriff des allgemeinen Sprachgebrauchs sehr unbestimmt und unkonturiert.

Der Begriff „Kiosk“ ist auch kein gängiger, durch den Gesetzgeber, die Rechtsdogmatik oder die Rechtsprechung konkretisierter Rechtsbegriff. Zwar findet er sich – wie in Ladenöffnungsgesetzen anderer Länder auch – in § 2 Abs. 1 Nr. 2 HmbLadÖG. Dort konkretisiert der Kioskbegriff jedoch lediglich den Begriff der „Verkaufsstelle“, ohne seinerseits konkretisiert zu werden. Der Kioskbegriff hat bislang keine juristische Konkretisierung erfahren, weil keine Rechtsfolgen gerade an die Kioskeigenschaft geknüpft wurden. Daher ist der Kioskbegriff rechtlich noch sehr unbestimmt. Soweit de lege ferenda Rechtsfolgen unmittelbar an den Kioskbegriff geknüpft werden, empfiehlt sich im Hinblick auf das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Bestimmtheitsgebot aufgrund der bisherigen rechtlichen Unbestimmtheit und Unschärfe des Begriffes und der großen phänomenologischen Varianz an Kiosken dringend eine konkretisierende Begriffsdefinition der Kioske, welche von den Regelungen erfasst werden sollen. Nach dem Bestimmtheitsgebot sind gesetzliche Tatbestände so zu fassen, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen können. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, lässt sich indes nicht generell und abstrakt festlegen, sondern hängt auch mit der Eigenart des Regelungsgegenstandes und dem Zweck der betroffenen Norm ab<sup>5</sup> sowie davon welche Grundrechte wie intensiv betroffen sind.<sup>6</sup> Gegen die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen bestehen dabei keine Bedenken, wenn ihr Bedeutungsgehalt mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden bestimmbar ist.<sup>7</sup>

b) Regelungstechnische Möglichkeiten der Anknüpfung

Regelungstechnisch lassen sich die unmittelbare und die mittelbare Erfassung von Kiosken unterscheiden. Während Erstere dadurch gekennzeichnet ist, dass der Anwendungsbereich der Norm sich ausdrücklich auf Kioske erstreckt, werden bei Letzterer Kioske dadurch erfasst, dass der Anwendungsbereich der Norm Merkmale aufweist, unter die (gewisse) Kioske zu subsumieren sind. Regelungstechnisch können Kioske einer Regulierung zum einen dadurch unterzogen werden, indem unmittelbar an den Kioskbegriff Rechtsfolgen geknüpft werden; in diesem Fall ist der Begriff – wie ausgeführt – gesetzgeberisch hinreichend zu bestimmen. Zum anderen besteht die Möglichkeit, Kioske regelungstechnisch dadurch zu erfassen, dass der Wortlaut der Regulierung unmittelbar lediglich die (äußereren) Merkmale enthält, die insbesondere Kioske aufweisen. Während die erste Variante den Vorteil

<sup>5</sup> BVerfG, Beschlüsse vom 24.7.1993 – 1 BvR 689/92 –, BVerfGE 89, 69-91 und vom 18.5.1988, – 2 BvR 579/84 –, BVerfGE 78, 205-214, stRspr.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschlüsse vom 8.1.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22 und vom 6.6.2006, – 2 BvR 1349/05 –, BVerfGE 78, 205-214.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 45, 363, 371 f.; 86, 288, 311.

aufweist, dass präzise entsprechend dem politischen Willen spezifisch Kioske von der Regulierung erfasst werden und keine anderen Verkaufsstellen, folgt aus ihr vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG regelmäßig eine rechtfertigungsbedürftige Diskriminierung. Bezuglich eines spezifischen, nur für Kioske geltenden Alkoholverkaufsverbotes erscheint diese Rechtfertigung unserer Ansicht sehr problematisch (s. dazu unter D.II.1.a.). Die alternative regelungstechnische Variante der mittelbaren Erfassung hat den Vorteil, dass sie Kioske nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar diskriminiert und daher leichter zu rechtfertigen ist. In diesem Fall ist wegen Art. 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen, warum diejenigen Verkaufsstellen, die von der Regulierung erfasst werden ungleich denjenigen gegenüber erfasst werden, die nicht von der Regulierung erfasst werden. Dabei gilt grundsätzlich: je weiter und allgemeiner die Norm gefasst und je breiter ihr Anwendungsbereich damit ist, desto eher ist eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Zudem ist eine Ungleichbehandlung umso leichter zu rechtfertigen, je unmittelbarer und umfassender der diskriminierende Tatbestand mit dem Rechtfertigungsgrund der Diskriminierung in Verbindung steht. Sollen beispielsweise Alkoholexzesse und damit eng verknüpfte Handlungen eingedämmt werden, ist der Zusammenhang und die Kongruenz zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund enger bzw. größer, wenn der Tatbestand alkoholverkaufende Stellen erfasst, als wenn er den Alkoholverkauf von Kiosken erfasst. Denn das Problem liegt in der Verfügbarkeit und im Verkauf von Alkohol und nicht Verfügbarkeit und Verkauf von solchem Alkohol, der in Kiosken verkauft wird. Der Nachteil an dieser Regelungstechnik liegt ihrer „Streubreite“. Es besteht das Risiko, dass der Anwendungsbereich der Norm weitergeht, als der politische Wille reicht. So sei ausweislich des Beschlusses der Hamburgischen Bürgerschaft vom 02.05.2018 ein generelles Alkoholverkaufsverbot bis zu einem vorverlegten Ladenschluss für Hamburg politisch nicht gewünscht.<sup>8</sup>

Gesetzgeber stehen regelmäßig vor dem Problem, dass ein bestimmter tatsächlicher Anlass zum gesetzgeberischen Tätigwerden gibt, der Allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG sowie das Verbot von Einzelfallgesetzen aus Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes allzu spezifischer Gesetzgebung jedoch Grenzen setzt.<sup>9</sup> Für Gesetzgeber, die lediglich abstrakt-generell Maßstäbe setzen dürfen, stellt sich dann die Aufgabe, das eigentliche gesetzgeberische Ziel ist eine Form zu gießen, welche insbesondere den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG genügt.

---

<sup>8</sup> AaO, S. 2.

<sup>9</sup> Ein aktuelles Beispiel ist etwa § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG, der aus Anlass der Polizeikosten von Risikospiele zwischen dem SV Werder Bremen und dem Hamburger SV erlassen wurde, seinem Wortlaut nach aber allgemein gehalten ist („gewinnorientierte Veranstaltung“ mit „voraussichtlich mehr als 5000“ teilnehmenden Personen) und laut dem OVG Bremen den Anforderungen der Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG trotzdem genügt, Urteil v. 21.02.2018 – 2 LC 139/17(nicht rechtskräftig).

#### **4. Die (gewerbe-)rechtliche Regulierung von Kiosken**

Grundsätzlich sind Kioske lediglich anzeigepflichtige, stehende Gewerbebetriebe im Sinne des § 14 Abs. 1 GewO, deren Betrieb nach der GewO nur aufgrund von Unzuverlässigkeit gemäß § 35 GewO beschränkt oder verboten werden kann. Soweit die GewO keine Regelungen trifft und deswegen aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes gegenüber dem allgemeinen Polizeirecht vorrangig ist, kann darüber hinaus auch auf dasselbe zurückgegriffen werden. So kann etwa im Falle des Cornerns bei entsprechenden Umständen ein Alkoholverkaufsverbot per Verwaltungsakt gegen einzelne Kioske gerichtet werden (s. dazu unter D.II.1.b). Kioske, welche die Voraussetzungen einer Schankwirtschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 GastG erfüllen – sog. Mischbetriebe – und etwa aufgrund ihres Alkoholverkaufes nicht gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 GastG erlaubnisfrei sind, unterliegen indes der gaststättenrechtlichen Erlaubnispflicht gemäß § 2 Abs. 1 GastG sowie der gemäß § 31 GastG gegenüber der GewO vorrangigen übrigen Regelungen des GastG. So gilt für sie als Gaststättengewerbe in Sinne des GastG insbesondere das Privileg des sog. Gassenausschankes gemäß § 7 GastG.

### **II. Verbotsmöglichkeiten**

#### **1. Verbot des Alkoholverkaufs**

##### **a) Abstrakt-generelle Verkaufsverbote**

###### **aa) Zeitlich beschränktes grundsätzliches Verkaufsverbot durch Änderung des Ladenöffnungsgesetzes (LadÖG)**

Zwar ist es rechtlich zulässig, den Alkoholverkauf durch ein zeitlich begrenztes Alkoholverkaufsverbot mittels eines insofern vorverlegten Ladenschlusses im LadÖG einzuschränken. Diese Lösung ist in Hamburg allerdings laut dem Beschluss der Hamburgischen Bürgerschaft vom 02.05.2018 politisch ausdrücklich nicht gewollt.<sup>10</sup>

In Baden-Württemberg wurde zwischenzeitlich gemäß § 3a BWLadÖG a.F. der Alkoholverkauf für Verkaufsstellen nach dem BWLadÖG grundsätzlich ab 22 Uhr verboten. § 3a BWLadÖG wurde durch Beschluss des BVerfG vom 11. Juni 2010<sup>11</sup> verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Im Übrigen ist zu bedenken, dass über das Verbot im Ladenöffnungsgesetz das Privileg von

---

<sup>10</sup> AaO, S. 2.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschluss vom 11.06.2010, - 1 BvR 915/10.

Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes (GastG)<sup>12</sup> des sog. Gassenverkaufs gemäß § 7 GastG nicht angetastet wird, der unabhängig von den Ladenöffnungszeiten zulässig ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Gaststätten im Sinne des GastG gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG auch „Schankwirtschaften“ sind. Der Tatbestand der Schankwirtschaft (Verabreichung von Getränken an Ort und Stelle) ist grundsätzlich auch durch Kioske ohne größere faktische Hürden erfüllbar. Das bedeutet, dass auch sog. Mischbetriebe – wie z.B. Kioske, welche unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG fallen – bei einem Alkoholverkaufsverbot durch einen vorverlegten Ladenschluss nicht daran gehindert würden, Alkohol auch über die vorverlegte Ladenschlusszeit hinaus zu verkaufen.

**bb) Zeitlich und/oder örtlich begrenztes Verkaufsverbot durch Rechtsverordnung**

**(1) Spezifisches Verbot für „Kioske“**

Ein spezifisches, zeitlich und/oder örtlich begrenztes Alkoholverkaufsverbot allein für Kioske erscheint vor Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich schwer zu rechtfertigen, weil sowohl die Zurechnung der durch alkoholisierte Personen verübten Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu den Kioskbetreibern als auch die Rechtfertigung der Diskriminierung von Kiosken gegenüber anderen alkoholverkaufenden Stellen rechtlich problematisch ist. Rechtliche Hürden sind die Unbestimmtheit des Kioskbegriffs (a), der Nachweis einer abstrakten Gefahr durch den Alkoholverkauf von Kiosken (b) und die Rechtfertigung der Diskriminierung der Kioskbetreiber gegenüber anderen alkoholverkaufenden Stellen (c). Ausnahmsweise – unter besonderen nachzuweisenden tatsächlichen Umständen – erscheint ein zeitlich und örtlich begrenztes spezifisches für Kioske geltendes Alkoholverkaufsverbot als rechtlich zulässig (d).

**(a) Unbestimmtheit des Kioskbegriffes**

Angesichts der aufgezeigten (rechtlichen) Unbestimmtheit des Kioskbegriffes (s. unter D.I.3.) ist der Kioskbegriff – sofern in der Rechtsverordnung unmittelbar an ihn angeknüpft werden soll – zu konkretisieren, um dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen. Eine alternative Regelungstechnik besteht darin, den Tatbestand der Rechtsverordnung durch Verwendung tatsächlicher Merkmale so zu fassen, dass die zu regulierenden Kioske erfasst werden, ohne den Kioskbegriff selbst zu verwenden (s. dazu

---

<sup>12</sup> Das GastG gilt in Hamburg als Bundesrecht gemäß § 125a GG fort, obwohl die Gesetzgebungskompetenz mittlerweile bei den Ländern liegt, solange Hamburg von seiner Gesetzgebungskompetenz noch nicht Gebrauch gemacht hat.

D.I.3.b). Dabei besteht das Risiko, dass der Tatbestand weiter reicht als der politische Wille.

(b) Abstrakte Gefahr durch Alkoholverkauf in Kiosken

Gem. § 1 Abs. 1 des Hamburgischen Gesetzes zum Schutz der Sicherheits- und Ordnung (SOG) ist der Senat dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnung die zum Schutz der Allgemeinheit oder des Einzelnen erforderlichen Bestimmungen zu erlassen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwenden. Anders als der Erlass von ordnungsrechtlichen Verwaltungsakten zur Gefahrenabwehr bedarf eine die Rechte von Betroffenen einschränkende Rechtsverordnung dabei keiner konkreten, sondern einer abstrakten Gefährdung der Schutzgüter. Eine solche liegt nach dem bundeseinheitlichen polizeirechtlichen Begriffsverständnis vor, wenn eine Sachlage gegeben ist, bei der bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit typischerweise ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird.<sup>13</sup> Die Anforderungen der Rechtsprechung des BVerfG, des BVerwG sowie der OVG hierfür sind sehr hoch. Der Wahrscheinlichkeitsmaßstab ist durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geprägt. Danach sind an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist.<sup>14</sup> Selbst wenn ein schwerwiegender Schaden befürchtet wird, muss aber aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung oder nach den Erkenntnissen fachkundiger Stellen zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt dieses Schadens sprechen.<sup>15</sup> Zudem bedarf es eines spezifischen Zurechnungszusammenhangs zwischen dieser abstrakten Gefährdung und den Normbetroffenen, in vorliegenden Fall den Kioskbesitzern.

Als legitime Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit eines Alkoholverkaufsverbotes kommen die körperliche Unversehrtheit der Alkoholkonsumenten, sowie mittelbar diejenigen Rechte und Rechtsgüter in Betracht, die durch die Alkoholkonsumenten gestört werden. Dies ist neben der körperlichen Unversehrtheit, die etwa durch körperbezogene Straftaten aber auch durch Ordnungswidrigkeiten wie Ruhestörungen beeinträchtigt wird, auch das Eigentum Privater, das durch Sachbeschädigungen von Alkoholkonsumenten beeinträchtigt wird.

Problematisch ist zudem, eine abstrakte Gefährdung dieser Schutzgüter gerade aus dem Alkoholverkauf von Kiosken herzuleiten. Der Verkauf von Alkohol ist als solcher weder illegal, noch unmittelbar gesundheitsgefährdend.

---

<sup>13</sup> Vgl. OVG Bremen, Urt. v. 15.11.2016 – 1 D 57/15 S. 9 m.w.N.

<sup>14</sup> So schon BVerwG, Urt. v. 06.09.1974 – BVerwG I C 17.73, BVerwGE 47, 32, 40; seitdem ständige Rechtsprechung und allgemeine Meinung.

<sup>15</sup> BVerwG, Urt. v. 03.07.2002, a.a.O., S. 356; Urt. v. 18.12.2002 – 6 CN 3/01.

Der nicht missbräuchliche Konsum von Alkohol ist im westlichen Kulturreis und insbesondere in Deutschland als sozial-adäquat anerkannt. Anders als etwa beim Rauchen gefährdet der Konsument unmittelbar durch den Alkoholkonsum lediglich die eigene Gesundheit und nicht die Dritter. Das Recht, seine körperliche Gesundheit selbst zu gefährden, ist in einem freiheitlichen Staat solange und soweit zu respektieren, wie das Rechtssubjekt – im konkreten Fall: der Konsument – eigenverantwortlich handeln kann. Die durch Alkoholkonsumenten begangenen Störungen der Rechte Dritte, sei es durch Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, werden nur sehr mittelbar durch den Alkoholverkauf von Kiosken verursacht. Denn unmittelbar handeln die Alkoholkonsumenten. Zwar liegt es auf der Hand, dass die Hemmschwelle, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten mit zunehmendem Alkoholkonsum sinkt, es müssen aber zum Alkoholkonsum weitere in der Person des Alkoholkonsumenten sowie situative Umstände hinzutreten, dass der Alkoholkonsument tatsächlich Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begeht.

### (c) Rechtfertigung der Diskriminierung von Kiosken

Hinzu tritt das rechtliche Problem, dass ein spezifisches Alkoholverkaufsverbot nur für Kioske eine Diskriminierung gegenüber anderen alkoholverkaufenden Stellen – etwa Kneipen und Supermärkten – darstellt, die vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftig ist. Ein spezifisches Alkoholverkaufsverbot nur für Kioske läuft Gefahr, den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu genügen, zumal – wie unter D.I gezeigt – der Begriff des Kioskes rechtlich bislang sehr unbestimmt ist und die Varianz an Kiosken tatsächlich sehr groß ist. Die Rechtfertigung erfordert einen sachlichen Differenzierungsgrund zwischen demjenigen Alkohol, der in Kiosken verkauft wird, gegenüber demjenigen der in anderen Verkaufsstellen zugänglich ist. Dies erscheint bereits im Ausgangspunkt schwierig, weil die verkaufte Substanz und ihre gesundheitsschädigende Wirkung die gleiche ist und der politische Wille laut Antragsbegründung vom 02.05.2018 auch nicht dahingeht, den Alkoholkonsum im öffentlichen Raum zu beschränken.

Sicherlich kein verfassungsrechtlich haltbarer Differenzierungsgrund ist der Umstand, dass der Alkohol in Kiosken günstiger ist („Billigalkohol“) als etwa in Kneipen und anderen Gaststätten im Sinne des GastG. Denn die Umsatzerwartung von herkömmlichen Kneipen und anderen Gaststätten, die rein wirtschaftlich durch den sog. Billigalkohol der Kioske freilich bedroht wird, kann in einer Marktwirtschaft kein legitimes Schutzgut des Polizeirechts sein.

Man könnte in Erwägung ziehen, die Diskriminierung der Kioske gegenüber Kneipen und anderen Gaststätten damit zu begründen, dass Letztere durch das GastG reglementiert sind. Durch die dort enthaltenen Regeln könnte sichergestellt sein, dass dem Alkoholmissbrauch keinen Vorschub geleistet

wird (vgl. §§ 4 Abs. 1 Nr. 1, 15 Abs. 1 und 2 GastG). Diese Behauptung wäre indes mit empirisch belastbaren Befunden zu stützen. Dies erscheint jedenfalls in der Generalität schwierig, dergestalt, dass die sich in ihrer Verkaufspraxis niederschlagenden Zuverlässigkeit der Kioskbetreiber im Einzelfall sehr unterschiedlich sein kann. Mit Art. 3 Abs. 1 GG dürfte es zudem nicht vereinbar sein, solchen Kioskbetreibern den Alkoholverkauf zu verbieten, die nachweisen können, dass ihre Verkaufspraxis von Alkohol dem Standard des GastG genügt, auch wenn sie dem Anwendungsbereich des GastG nicht unterfallen.

(d) Ausnahmsweise Rechtfertigung der Diskriminierung in nachweislich belegten Sondersachverhalten

Keinesfalls hält die Behauptung einer rechtlichen Prüfung stand, dass Hamburger Kioske generell, also zeitlich und räumlich unbegrenzt und unabhängig von ihrer tatsächlichen Gestaltung durch den Alkoholverkauf die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden. In engen Ausnahmefällen käme bei entsprechender empirischer Grundlage jedoch ein zeitlich und örtlich begrenztes Alkoholverkaufsverbot in Betracht. Dies setzt jedoch voraus, dass der Senat als Gesetzgeber der Rechtsverordnung plausibel nachweisen kann, dass ein hinreichend konkreter Zurechnungszusammenhang zwischen dem Alkoholverkauf und der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung besteht.<sup>16</sup> Je nach entsprechender Tatsachengrundlage erscheint es in Ausnahmefällen (z.B. ggf. rund um den Hansaplatz) möglich, per Rechtsverordnung den Alkoholverkauf aufgrund der spezifischen, durch dauerhafte Verfügbarkeit von Alkohol gesteigerten Gefährdungslage vor Ort einzuschränken. Dies müsste jedoch anhand der konkreten Tatsachengrundlage überprüft werden, wobei die rechtlichen Hürden hoch sind. Konkret nachzuweisen wäre zum einen, dass die Störer typischerweise Alkohol aus den Kiosken beziehen und zum anderen, dass die begangenen Störungen typischerweise durch Alkoholkonsum hervorgerufen bzw. begünstigt werden. Dabei gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass der Nachweis anhand spezifischer und konkreter Belege erfolgt und nicht auf pauschalen Plausibilitätserwägungen. Schließlich gibt es in Hamburg diverse Kioske, die Alkohol verkaufen, ohne dass es im unmittelbaren Umfeld zu Gewaltdelikten käme. Vor diesem Hintergrund ist der Zusammenhang zwischen dem Alkoholverkauf (der Kioske) und den Störungen qualifiziert zu belegen. Auch in diesem Fall wäre zu rechtfertigen, warum lediglich der Verkauf von Alkohol in Kiosken verboten wird. Die Rechtfertigung erscheint angesichts der behaupteten besonderen Gefahrenlage aber dann rechtlich möglich, wenn es konkret nachweisbar ist, dass Straftäter ihren Alkohol gerade aus Kiosken beziehen. Im Hinblick auf den allgemeinen

---

<sup>16</sup> Zu den hohen Anforderungen an die nachzuweisende Tatsachengrundlage, vgl. OVG Bremen, Urt. 15.11.2016 – 1 D 57/15, S. 11.

Gleichheitssatz und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erscheint es aber auch insofern regelungstechnisch klüger, den Alkoholverkauf in einem räumlich begrenzten Gebiet unabhängig davon zu verbieten, ob er in Kiosken stattfindet oder in anderen Verkaufsstellen.

## **(2) Allgemeines Verkaufsverbot**

Anders als das spezifische Alkoholverkaufsverbot für Kioske läuft ein allgemeines zeitlich begrenztes Alkoholverkaufsverbot für sämtliche Verkaufsstellen nicht die Gefahr, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu verstößen, weil es alle Verkaufsstellen gleichbehandelt. Indes gilt hier das unter D.II..1.a.aa. Gesagte, weil ein allgemeines Verbot des Alkoholverkaufes politisch nicht gewollt ist.

### **cc) Zeitlich und/oder örtlich begrenztes Verkaufsverbot durch formelles Gesetz vergleichbar dem GlasflaschenverbotsG**

#### **(1) Spezifisches Verbot für Kioske**

Ein spezifisches, nur für Kioske geltendes Alkoholverkaufsverbot wäre unserer Auffassung nach auch in Form eines formellen Gesetzes nicht verfassungsgemäß. Zwar hat der Gesetzgeber im Bereich der Gefahrenabwehr und der Risikovorsorge von Verfassungen wegen weitreichendere Befugnisse als der Verordnungsgeber, insbesondere kann er auch schon im Bereich der Risiko- und Gefahrenvorsorge, also unterhalb der Gefahrenschwelle, tätig werden. Doch ist auch der Gesetzgeber an den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Mit diesem ist ein spezifisches, nur für Kioske geltendes Alkoholverkaufsverbot – unabhängig von der Form des Gesetzes aus den genannten Gründen nicht vereinbar (s.o.). Deshalb kann das gewünschte spezifisch für Kioske geltende Alkoholverkaufsverbot nicht auf ein dem Hamburgischen Gesetz über das Verbot des Mitführen und des Verkaufs von Glasgetränkebehältnissen in bestimmten Gebieten (GlasflaschenverbotsG)<sup>17</sup> vergleichbare Regelung gestützt werden.

Das GlasflaschenverbotsG verbietet zeitlich und örtlich begrenzt das Mitführen und den Verkauf von Glasgetränkebehältnissen. Zeitlich ist das Verbot gemäß § 1 GlasflaschenverbotsG auf den Zeitraum von 22 Uhr bis 6 Uhr in den Nächten von Freitag auf Sonnabend, Sonnabend auf Sonntag, Sonntag auf Montag sowie die Nächte vor gesetzlichen Feiertagen und der gesetzlichen Feiertage selbst beschränkt. räumlich auf einen in der Anlage des GlasflaschenverbotsG definierten Teilbereich von St. Pauli.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Hamburgischen Gesetz über das Verbot des Mitführen und des Verkaufs von Glasgetränkebehältnissen in bestimmten Gebieten (GlasflaschenverbotsG) vom 9. Juli 2009, HmbGVBl. 2009, S. 222.

<sup>18</sup> S. <https://www.polizei.hamburg/service/7260456/glasflaschenverbot/>.

Im Zuge des damaligen Gesetzgebungsverfahrens hat sich die Hamburger Bürgerschaft als Gesetzgeber bewusst für die Form eines formellen Gesetzes und gegen die einer Rechtsverordnung entschieden. Dem zugrunde lag die im Innenausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft geäußerte Rechtsansicht des Senates, dass eine für eine gefahrenabwehrrechtliche Rechtsverordnung erforderliche abstrakte Gefahr angesichts des Verhältnisses der Zahl der durch Glasflaschen verursachten Verletzungen zur Zahl der Menschen, die sich dort aufhielten, nicht zu begründen sei.<sup>19</sup>

In diesem Fall ist die Wahl der Rechtsform des formellen Gesetzes gegenüber der Form der Rechtsverordnung sinnvoll, weil der Gesetzgeber kraft seiner originären Rechtssetzungsmacht weitreichendere Regelungen treffen kann als der Verordnungsgeber kraft seiner derivativen, also abgeleiteten Rechtssetzungsmacht. Anders als der Gesetzgeber, welcher gemäß Art. 20 Abs. 3 an die „verfassungsgemäße Ordnung“ einschließlich der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) gebunden ist, ist die Verwaltung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an „Gesetz und Recht“ gebunden. Soweit sie als Verordnungsgeber tätig wird, ergibt auch aus Art. 80 Abs. 1 GG konkretisierend die Bindung an die formelle Ermächtigungsgrundlage, wobei sich aus dem Demokratieprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 1 GG) ergibt, dass (Grundrechts-)Wesentliches durch den Gesetzgeber selbst zu regeln ist. Aufgrund der den Senat zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigenden polizeirechtlichen Generalklausel § 1 Abs. 1 SOG, sind polizeirechtliche Rechtsverordnungen lediglich zur Gefahrenabwehr zulässig.

Dagegen ergibt sich durch die Wahl der Rechtsform des formellen Gesetzes gegenüber der Wahl der Rechtsform der Rechtsverordnung immer dann kein erweiterter Spielraum für den Normgeber, wenn Gesetzgeber und Verordnungsgeber in gleicher Weise an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden sind. Dies gilt im vorliegenden Fall jedenfalls in materieller Hinsicht bezüglich Art. 3 Abs. 1 GG. Liegt – wie hier vertreten – in dem spezifischen, nur für Kioske geltenden Alkoholverkaufsverbot ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG begründet, gilt dies auch dann, wenn die Regelung in Form eines formellen Gesetzes erlassen wird. Knackpunkt ist auch hier wiederum, ob die Diskriminierung von Kiosken gegenüber anderen alkoholverkaufenden Stellen sachlich zu rechtfertigen ist. Jedenfalls eine generelle, zeitlich und örtlich unbefristete Diskriminierung von Kiosken gegenüber anderen alkoholverkaufenden Stellen, erscheint uns zu sachlich gerechtfertigt. Sollte es sich anhand konkreter Tatsachen nachweisen lassen, dass der durch den Alkoholverkauf aus näher zu bestimmenden Kiosken, in einem bestimmten Zeitraum und in einem bestimmten Gebiet in besonderer, sich von all den anderen konkurrierenden alkoholverkaufenden Stellen signifikant abhebbarer Weise Rechtsgüter und Rechte beeinträchtigt werden, ließe sich die

---

<sup>19</sup> Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, 19. Wahlperiode, Drucksache 19/3397 v. 01.07.2009, S. 2 zum Entwurf des Senats über ein Glasflaschenverbotsgesetz, Drucksache 19/3253 v. 09.06.2009.

Diskriminierung von Kiosken rechtfertigen. Solche konkret nachweisbaren Tatsachen sind für uns jedoch nicht ersichtlich.

(2) Allgemeines Verkaufsverbot.

Anders als das spezifische Alkoholverkaufsverbot für Kioske läuft ein allgemeines zeitlich begrenztes Alkoholverkaufsverbot für sämtliche Verkaufsstellen nicht die Gefahr, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu verstößen, weil es alle Verkaufsstellen gleichbehandelt. Indes gilt hier das unter D.II.1.a.aa. Gesagte, weil ein allgemeines Verbot des Alkoholverkaufes politisch nicht gewollt ist.

**b) Konkret-individuell Verkaufsverbote für „Kioske“**

Neben einem abstrakt-generellen Vorgehen gegen den Alkoholverkauf in Kiosken allgemein durch Rechtsverordnung oder Gesetz kommt ein konkret-individuelles Vorgehen gegen Kioske im Einzelfall durch Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG)<sup>20</sup> – ggf. auch in Form einer Allgemeinverfügung gemäß § 35 S. 2 HmbVwVfG – in Betracht.

aa) § 3 Abs. 1 SOG als Ermächtigungsgrundlage

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes, der sich neben dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip auch aus den Grundrechten ableiten lässt, bedarf ein solcher den Alkoholverkauf verbietender Verwaltungsakt als belastender Verwaltungsakt einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Da es weder im Gewerbe noch im hiesigen allgemeinen Polizeirecht eine Spezialermächtigung für das Verbot des Alkoholverkaufes aufgrund einer Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung gibt, ist ein solcher Verwaltungsakt in Hamburg auf die Generalklausel des § 3 Abs. 1 SOG zu stützen. Danach können die Verwaltungsbehörden im Rahmen ihres Geschäftsbereichs nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall zum Schutze der Allgemeinheit oder des Einzelnen erforderlichen Maßnahmen treffen, um bevorstehende Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren oder Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen. Gemäß § 4 SOG müssen die getroffenen Maßnahmen verhältnismäßig sein, d.h. einen legitimen Zweck verfolgen, zu seiner Erreichung geeignet und erforderlich sowie angemessen sein.

bb) Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit der Kioskbetreiber

Maßnahmen der Gefahrenabwehr können überdies nur gegen ordnungsrechtlich verantwortliche Personen oder Institutionen gerichtet werden. Vorliegend ist zu

---

<sup>20</sup> Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG) vom 9. November 1977, HmbGVBl. 1977, S. 333.

prüfen, unter welchen Umständen den Kioskbetreibern aufgrund ihres für sich genommen polizeirechtlich neutralen Verhaltens des Alkoholverkaufes, ggf. unter dem Gesichtspunkt des sog. „Zweckveranlassers“, als Verhaltensstörer im Sinne des § 8 SOG anzusehen sind (1.) und inwieweit sie als Nichtstörer im Sinne des § 10 SOG belangt werden können (2.).

(1.) Kioskbetreiber als Verhaltensstörer im Sinne des § 8 SOG

(2.) Verursacht eine Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder  
Ordnung oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, so ist  
die Maßnahme gegen diese Person zu richten.

Verhaltensstörer im Sinne des § 8 SOG ist eine Person, die eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder eine Störung für dieselbe „verursacht“. Verursacher ist nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht derjenige, dessen Verhalten die Gefahr "unmittelbar" herbeiführt, also bei einer wertenden Zurechnung die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschreitet. Personen, die entferntere, nur mittelbare Ursachen für den eingetretenen Erfolg setzen, also nur den Anlass für die unmittelbare Verursachung durch andere geben, sind in diesem Sinne keine Verursacher. Nach der gebotenen wertenden Betrachtungsweise kann allerdings auch ein als "Veranlasser" auftretender Hintermann (mit)verantwortlich sein, wenn dessen Handlung zwar nicht die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschreitet, aber mit der durch den Verursacher unmittelbar herbeigeführten Gefahr oder Störung eine natürliche Einheit bildet, die die Einbeziehung des Hintermanns in die Polizeipflicht rechtfertigt. Eine derartige natürliche Einheit besteht typischerweise beim "Zweckveranlasser" als demjenigen, der die durch den Verursacher bewirkte Polizeiwidrigkeit gezielt auslöst.<sup>21</sup>

Es ist denkbar, dass ein Kioskbetreiber in einer diesen Anforderungen genügender Weise durch den Verkauf von Alkohol eine Gefahr oder Störung für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verursacht und damit als Verhaltensstörer im Sinne des § 8 SOG adressiert werden darf. Dies erfordert aber stets den konkreten tatsächlichen Nachweis der Ordnungsbehörden. Hierbei ist jedoch, da der Alkoholverkauf per se legal und damit gefahrenabwehrrechtlich neutral ist, ein strenger Maßstab anzulegen. Keinesfalls reichen pauschale Plausibilitätserwägungen, wonach der Verkauf von Alkohol, zumal wenn er typischerweise vor Ort konsumiert wird, generell die Gefahr steigere, dass im konkreten Umfeld Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung hervorgerufen werden. Erforderlich ist vielmehr, dass das Verhalten des Kioskbetreibers in qualifizierter Weise, also über den reinen Verkauf des Alkohols hinaus, die Gefahr oder Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung hervorruft oder steigert. Nach wertender Betrachtung kann ein Kioskbetreiber etwa dann als Verhaltensstörer angesehen werden,

---

<sup>21</sup> So OVG NRW, Urteil vom 09.02.2012, - 5 A 2382/10 - Rn. 49, vgl. BVerwG, Beschluss vom 12. April 2006 - 7 B 30.06 - Rn. 4; OVG NRW, Beschlüsse vom 11. April 2007 - 7 A 678/07 -, und vom 11. November 2002 - 5 A 4177/00 -.

wenn er an Betrunkene Alkohol verkauft, obwohl er nachweisbar Kenntnis von erheblichen Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung hat, die von diesen Betrunkenen ausgehen.

Dabei kann von Kioskbetreibern jedoch nicht verlangt werden, dass sie jeden Kunden aktiv daraufhin überprüfen, ob er die öffentliche Sicherheit oder Ordnung stören oder gefährden könnte. In die wertende Beurteilung der Verhaltensstörereigenschaft der Kioskbetreiber sind neben der Kenntnis und Vorhersehbarkeit der durch den Alkoholverkauf gesteigerten Gefahr von Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu Gunsten der Kioskbetreiber gleichwohl auch diejenigen gefahr- und störungsbegünstigenden Faktoren zu berücksichtigen, die nicht in der Sphäre der Kioskbetreiber liegen.

Im Falle des Cornerns spricht vieles dafür, auch den Kioskbetreiber aufgrund seines Alkoholverkaufes als Verhaltensstörer anzusehen, wenn die öffentliche Sicherheit oder Ordnung störende Ecke sich in unmittelbarer Nähe des Kiosk befindet, der Kioskbetreiber sich der Störung durch die cornernden Menschen bewusst ist, vorhersehen kann, dass die Störungen durch weiteren Alkoholkonsum gefördert werden und trotzdem in diesem Bewusstsein an die unmittelbaren Störer Alkohol verkauft.

Selbst wenn die tatsächlichen Voraussetzungen des § 8 SOG bezüglich eines Kioskbetreibers nachweislich vorliegen, ist im Weiteren zu bedenken, dass eine gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme vorrangig an die unmittelbaren Verhaltensstörer zu richten sind – im Falle des Cornerns an die alkohol konsumierenden Personen (etwa in Form von Platzverweisen). Nur soweit diese vorrangigen Maßnahmen nicht hinreichend effektiv sind, kann auch der Kioskbetreiber ordnungsrechtlich adressiert werden. Ob dies der Fall ist, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls. Wiederum gilt jedoch, dass die Ordnungsbehörden ihre Maßnahme gegen den Kioskbetreiber nicht ohne konkrete Tatsachengrundlage allein aufgrund von pauschalen Annahmen richten können.

### (3.) Kioskbetreiber als Nichtstörer im Sinne des § 10 SOG

Gemäß § 10 Abs. 1 SOG können gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen ausnahmsweise auch gegen sog. Nichtstörer gerichtet werden, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für die Öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht abgewehrt oder eine entsprechende Störung nicht beseitigt werden kann und soweit die Verwaltungsbehörde nicht über ausreichende eigene Kräfte und Mittel verfügt. Als Ausnahmeverordnung ist § 10 Abs. 1 SOG dabei eng auszulegen. Ein Alkoholverkaufsverbot an einen im Sinne des § 10 SOG nichtstörenden Kioskbetreiber zu richten, erscheint unserer Ansicht nach auf Grund dessen fernliegend, dass die Ordnungsbehörden vorrangig im Rahmen des Möglichen gegen die Verhaltens- und Zustandsstörer selbst vorgehen müssen. Sollten eine

unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder einer Störung derselben durch einen Kioskbetreiber kausal mitverursacht werden, ohne dass ihm die Gefährdung oder Störung bereits als eigene im Sinne des § 8 SOG zugerechnet werden kann, erscheint es fernliegend, dass es den Ordnungsbehörden unmöglich ist, gegen die Gefahr der oder Störer selbst vorgehen können. Sollten etwa von Menschen, die in der Nähe eines Kioskscorners Ruhestörungen oder andere Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ausgehen, müssen die Ordnungsbehörden vorrangig und im Rahmen des Möglichen die Störer selbst belangen (etwa durch Platzverweise). Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Heranziehung als Nichtstörer gemäß § 10 Abs. 2 SOG einen Entschädigungsanspruch des Geschädigten unmittelbar gegen den Staat begründet.

## 2. Verbot des Alkoholkonsums

Im Beschluss der Hamburger Bürgerschaft vom 02.05.2018 haben die Regierungsfraktionen als Initiatoren zum Ausdruck gebracht, dass ein Konsumverbot ausdrücklich nicht gewollt ist.<sup>22</sup> Gleichwohl werden – zeitlich und/oder örtlich begrenzte Alkoholkonsumverbote von Teilen der Hamburger Zivilgesellschaft gefordert, namentlich für den Hansaplatz.<sup>23</sup>

Festzuhalten ist auch, dass in Baden-Württemberg (Freiburg) versucht wurde, ein zeitlich – ab 22 Uhr – und örtlich – sog. „Bermuda-Dreieck“ in der Freiburger Innenstadt beschränktes Konsumverbot in Form einer abstrakt-generellen Polizeiverordnung durchzusetzen. Dieses Verbot ist allerdings mangels hinreichend nachgewiesenen tatsächlichen Voraussetzungen einer abstrakten Gefahr gescheitert.<sup>24</sup>

Anders als in Hamburg gibt es im Polizeirecht Baden-Württembergs mit § 10a des Baden-Württembergischen Polizeigesetz (BWPoG)<sup>25</sup> eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von zeitlich und räumlich begrenzten Alkoholkonsumverboten mit gegenüber der Generalklausel qualifizierten Tatbestandvoraussetzungen. § 10 Abs. 1 BWPoG lautet:

*„Die Ortspolizeibehörden können durch Polizeiverordnung untersagen, an öffentlich zugänglichen Orten außerhalb von Gebäuden und Außenbewirtschaftungsflächen von Gewerbebetrieben, für die eine Erlaubnis oder Gestattung nach gaststättenrechtlichen Vorschriften vorliegt, alkoholische*

---

<sup>22</sup> AaO, S. 2.

<sup>23</sup> S. nur <https://www.mopo.de/hamburg/polizei/hilferuf-der-anwohner-hansaplatz--aerger-mit-dealern--trinkern-und-zuhaeltern-31466234>.

<sup>24</sup> VGH BW, Urteil vom 28. Juli 2009 – 1 S 2200/08.

<sup>25</sup> Baden-Württembergisches Polizeigesetz (BWPoG) vom 03. Januar 1992, GBl. 1992, 1, ber. S. 596, ber. 1993 S. 155.

*Getränke zu konsumieren oder zum Konsum im Geltungsbereich des Verbots mitzuführen, wenn*

- 1. sich die Belastung dort durch die Häufigkeit alkoholbedingter Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten oder deren Bedeutung von der des übrigen Gemeindegebiets deutlich abhebt,*
- 2. dort regelmäßig eine Menschenmenge anzutreffen ist,*
- 3. dort mit anderen polizeilichen Maßnahmen keine nachhaltige Entlastung erreicht werden kann und*
- 4. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort auch künftig mit der Begehung alkoholbedingter Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zu rechnen ist.“*

Auch wenn eine solche Rechtsverordnung in Hamburg mangels spezieller Ermächtigungsgrundlage auf die Generalermächtigung für Rechtsverordnungen des § 1 Abs. 1 SOG gestützt werden müsste, könnten die qualifizierten Tatbestandsvoraussetzungen des § 10a BWPoG bezüglich der (materiellen) Voraussetzungen als Orientierungshilfe dienen.

### **III. Andere Einschränkungsmöglichkeiten**

#### **1. Abstandsgebot entsprechend Hamburger Spielhallengesetz (HmbSpielhG)**

Nach dem HmbSpielhG<sup>26</sup> sollen Spielhallen und ähnliche Unternehmen nur erlaubt werden, wenn sie einen Abstand von 500m (bzw. 100m) zur nächsten Spielhalle oder ähnlichem Unternehmen haben. Ein solches Abstandsgebot lässt sich unseres Erachtens nicht ohne Weiteres auf Kioske übertragen, weil die Regelungsbereiche aufgrund der unterschiedlichen Gefährdungslagen sowie der unterschiedlichen Regulierungsdichte rechtlich wesentlich unterschiedlich erscheinen.

##### **a) Überblick über das Abstandsgebot im HmbSpielhG**

Nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG bedürfen in § 1 Abs. 2 HmbSpielhG legal definierte Spielhallen und ähnliche Unternehmen der Erlaubnis. Gemäß dem Abstandsgebot des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG soll die Erlaubnis dabei versagt werden, wenn der Abstand zu weiteren Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 HmbSpielhG weniger als 500m beträgt bzw. im Falle des § 2 Abs. 2 Satz 3 HmbSpielhG 100m.

---

<sup>26</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Hamburg (Hamburgisches Spielhallengesetz - HmbSpielhG) vom 4. Dezember 2012, HmbGVBl. 2012, S. 505.

De lege lata unterscheidet sich die gewerberechtliche Regulierung von Kiosken von derjenigen von Spielhallen (und ähnlichen Unternehmen) bereits dadurch, dass Kioske grundsätzlich lediglich anzeigepflichtig gemäß § 14 Abs. 1 GewO und nicht – wie Spielhallen gemäß §§ 33i GewO, 2 Abs. 1 HmbSpielhG – erlaubnispflichtig sind. Während der Betrieb einer Spielhalle oder eines ähnlichen Unternehmens damit ohne Erlaubnis jedenfalls formell rechtswidrig ist und unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 GewO verhindert werden kann, kann der gewerbsmäßige Betrieb eines Kiosks nach der GewO nur beschränkt oder verhindert werden, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden gemäß § 35 Abs. 1 GewO dartun. Nach der aktuellen gewerberechtlichen Regulierung erfordert das Verbot oder die Einschränkung des Betriebs des Kioskgewerbes also ein aktives Einschreiten der zuständigen Behörde, während der Betrieb einer Spielhalle ohne gewerberechtliche Erlaubnis verboten ist.

b) Verfassungsmäßigkeit des Abstandsgebots im Sinne des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG

Das Hamburgische OVG hat mit Beschluss vom 09. Juli 2018 – 4 Bs 12/18 – in Anlehnung der Rechtsprechung des BVerfG<sup>27</sup> zu vergleichbaren Regelungen in Berlin und im Saarland entschieden, dass das Abstandsgebot des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG insbesondere materiell verfassungsgemäß ist, weil es sowohl mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG als auch mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sei.

Danach genüge das Abstandgebot des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Die Regelungen dienten der Vermeidung und Abwehr der vom Glücksspiel in Spielhallen ausgehenden Suchtgefahren sowie dem Schutz von Kindern und Jugendlichen und damit einem besonders wichtigen Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen, ihre Familien und die Gemeinschaft führen könne. Mit dem Verbundverbot und dem Abstandsgebot werde das Ziel der Spielsuchtbekämpfung durch eine Beschränkung des insgesamt verfügbaren Spielhallenangebots verfolgt.<sup>28</sup> Zweck u.a. des Abstandsgebots zu anderen Spielhallen sei die Herbeiführung einer Begrenzung der Spielhallendichte und damit eine Beschränkung des Gesamtangebots an Spielhallen. Diese Einschätzungen der Gesetzgeber seien nicht offensichtlich fehlerhaft. Die Gesetzgeber hätten im Rahmen des ihnen zustehenden und nur in begrenztem Umfang überprüfbaren Einschätzungs- und Prognosespielraums auch davon ausgehen dürfen, dass das Verbundverbot und die Abstandsgebote geeignete und erforderliche Mittel zur Bekämpfung der Spielsucht darstellten. Das Verbundverbot und die Abstandsgebote seien auch angemessen.<sup>29</sup> Bei einer

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. vom 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a.,

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111.

<sup>29</sup> vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O.

Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Eingriffe und dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe wahrten die gesetzlichen Regelungen unter Berücksichtigung der weiteren einschränkenden Regelungen des Spielhallenrechts insgesamt die Grenze der Zumutbarkeit und belasteten die Betroffenen nicht übermäßig.<sup>30</sup>

Das Abstandsgebot sei nach der Rechtsprechung des BVerfG konsequent am Ziel der Spielsuchtbegrenzung ausgerichtet<sup>31</sup> und bewirke daher keine mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbare Ungleichbehandlung von Spielhallenbetreibern gegenüber Spielbanken und Gaststätten, in denen Geldspielgeräte aufgestellt sind.<sup>32</sup> Denn der Betrieb der Spielbanken und von Spielhallen sind in je eigener Weise an den in § 1 Glückspielstaatsvertrag (GlüStV)<sup>33</sup> benannten Zielen, insbesondere der Bekämpfung der Glücksspielsucht und der Begrenzung und Kanalisierung des Spieltriebs ausgerichtet. Dies Ausführungen seinen – so das Hamburgische OVG – auf die Bestimmungen des HmbSpielhG übertragbar.<sup>34</sup>

### c) Übertragbarkeit auf Kioske

Ein Abstandsgebot für Kioske nach dem Vorbild des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG wäre unserer Auffassung nach nicht verfassungsgemäß, weil sich die Regelungsbereiche „Spielhalle“ und „Kiosk“ sowie das mit ihnen unmittelbar verbundene Gefährdungspotential sowie die Regulierungsdichte als wesentlich unterschiedlich anzusehen sind.

Ein Abstandsgebot wirkt innerhalb des Mindestabstandes als objektives Berufswahlverbot für Gewerbetreibende, deren Gewerbe unter die Abstandsregelung fällt, weil sie innerhalb des Mindestabstandes zu einem entsprechenden Bestandsgewerbe ihr Gewerbe nicht betreiben dürfen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG bedürfen derartige Eingriffe in die Berufsfreiheit zu ihrer Rechtfertigung grundsätzlich überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter. Zwar kommt dem Staat bezüglich der körperlichen Unversehrtheit seiner Bürger im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG eine grundrechtliche Schutzwicht zu und die Gesundheitsschädlichkeit von Alkoholkonsum ist wissenschaftlich anerkannt. Doch selbst wenn man die von Alkoholmissbrauch ausgehenden Gefahren unter besonderer Berücksichtigung der Suchtgefahr als genauso gravierend ansähe, wie die des Glückspiels, scheitert die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Abstandsgebots für Kioske aufgrund der Gefahren des Alkoholmissbrauches daran, dass Kiosken die Folgen von Alkoholmissbrauch nicht in gleicher Weise zugerechnet werden können wie Spielhallen die Folgen der Spielsucht. Denn anders als bei Spielhallen, deren gewerbsmäßiges Angebot ja gerade und in

<sup>30</sup> vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O.

<sup>31</sup> vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O.

<sup>32</sup> vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111 m.w.N.

<sup>33</sup> Staatsvertrag zum Glückspielwesen in Deutschland (Glückspielstaatsvertrag - GlüStV) vom 15. Dezember 2011, Hamburgisches Ratifizierungsgesetz v. 29. Juni 2012, HmbGVBl. S. 235, Bekanntgabe v. 11.7.2012 HmbGVBl. S. 343.

<sup>34</sup> OVG Hamburg, Beschl. vom 09.07.2018 – 4 Bs 12/18 -, Rn. 45.

erster Linie darauf ausgerichtet ist, Menschen zu Glückspiel anzureizen, und in deren zumindest wirtschaftlichen Interesse das übermäßige und krankhafte Glückspiel ihrer Kunden liegt, lässt sich im Falle von Kiosken nicht sagen, dass ihr Angebot gerade und in erster Linie darauf ausgelegt sei, Menschen zum Alkoholkonsum zu verleiten.

Selbst wenn man dies anders beurteilte und ein Abstandsgebot als vor Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Verweis auf die besonderen Gefahren von Alkohol als gerechtfertigt ansähe, wäre ein spezielles Alkoholverkaufsverbot allein für Kioske während andere Verkaufsstellen wie Supermärkte, Tankstellen und Kneipen weiterhin Alkohol verkaufen dürfen, jedenfalls als ungerechtfertigte Diskriminierung unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG. Zweifelsohne ist der Konsum von Alkohol gesundheitsschädlich. Legitimer Weise darf der Gesetzgeber deshalb zum Schutze der Gesundheit der Bevölkerung rechtliche Vorkehrungen treffen, die geeignet, erforderlich und angemessen sind, um vor den Folgen von Alkoholkonsum zu schützen. Dabei kommt ihm bei der Einschätzung des mit dem Konsum von Alkohol einhergehenden Gefahrenpotentials eine Einschätzungsprärogative zu, die gerichtlich nur begrenzt überprüfbar ist. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz bindet den Gesetzgeber bezüglich seiner eigenen Einschätzung von Gefahrenpotentialen aber insofern, als er ein und demselben Gefahrenpotential – im vorliegenden Fall dem des Alkoholkonsums – im gleichen Gesetz kein unterschiedliches Gewicht beimessen darf, also schlüssig und folgerichtig handeln muss.<sup>35</sup> Diesem Maßstab genügt ein mit dem Gefahrenpotential des Alkoholkonsums begründete Abstandsgebot von Kiosken nicht, weil andere alkoholverkaufender Stellen wie z.B. Supermärkte und Tankstellen von ihm nicht erfasst werden, ohne dass diese Ungleichbehandlung sachlich zu rechtfertigen wäre.

## **2. Bauplanungs- und bauordnungsrechtliche Einschränkungen**

### **a) Bauplanungsrecht**

Die Steuerungsmöglichkeiten des Bauplanungsrechts in Bezug auf die Eindämmung und Beschränkung der Kioskdichte sind beschränkt. Zwar bietet das Bauplanungsrecht die Möglichkeit, den Gebietstyp des Plangebietes festzulegen (s. § 1 Abs. 2 BauNVO), innerhalb dessen nur nach Maßgabe der §§ 2 ff. BauNVO gebietsverträgliche Gewerbe ansiedeln dürfen. Indes ist es bauplanungsrechtlich nicht möglich, an sich gemäß dem gewählten Gebietstyp zulässige Gewerbebetriebe im Bebauungsplan als unzulässig festzulegen. Aus den §§ 30 ff. BauGB folgt, dass zwar zugunsten von Antragstellern einer Baugenehmigung Ausnahmen und Befreiungen von Festsetzungen in

---

<sup>35</sup> BVerfGE 131, 317 (362 f.) – Rauchverbot in Gaststätten; vgl. auch BVerfGE 107, 186 (197) – Verbot, Impfstoffe an Ärzte zu versenden; jeweils am Maßstab des Art. 12 GG.

Bebauungsplänen bzw. faktischen Baugebieten möglich sind, nicht aber Abweichungen und Ausnahmen zulisten Antragstellern. In der Praxis stellt sich für Plangeber insbesondere das Problem, wie die besonders unbeliebten Gewerbearten (v.a. Bordelle und Spielhallen) (bauplanungs-)rechtlich verhindert oder zumindest beschränkt werden können. Die insofern beschränkte originäre Leistungsfähigkeit des Bauplanungsrechts ist der Grund dafür, dass der Hamburger Gesetzgeber die Dichte der Spielhallen über das Abstandsgebot im HmbSpielhG gefahrenabwehrrechtlich eingedämmt hat.

### **b) Bauordnungsrechtliche Einschränkungen**

Fraglich ist, ob Kioske aufgrund der bestehenden bauordnungsrechtlichen Bestimmungen stärker beschränkt werden können. Konkret in Betracht kommt, ob zumindest dem mit dem Cornern an Kiosken in Verbindung gebrachten Problem des Urinierens in der Öffentlichkeit oder in benachbarten Kneipen dadurch begegnet werden kann, dass Kioske ihrerseits ordnungsrechtlich verpflichtet werden, in einem gewissen Umfang – etwa in Abhängigkeit von ihrer räumlichen Größe oder dem Umfang der verkauften Getränke – Toiletten vorzuhalten. Zwar ist dieses Mittel zur Einschränkung von Kiosken bei Weitem nicht ebenso effektiv wie ein spezifisches Alkoholverkaufsverbot für Kioske, doch ist es geeignet, die betriebswirtschaftlichen Kosten für Kioske zu steigern und die Kosten der Allgemeinheit (etwa für öffentliche Toiletten) sowie der anliegenden Kneipen zu senken.

Gemäß § 59 Abs. 1 der Hamburgischen Bauordnung (HBauO)<sup>36</sup> bedarf ein Kioskbetreiber zur Errichtung, Änderung Nutzungsänderung und der Beseitigung der Räumlichkeiten, in dem er sein Kiosk betreibt grundsätzlich einer Baugenehmigung. Diese *ist* nach § 72 Abs. 1 S. 1 HBauO zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. D.h. ein Kioskbetreiber hat einen Anspruch auf die Baugenehmigung, soweit die Tatbestandsvoraussetzungen des § 72 Abs. 1 S. 1 HBauO gegeben sind. Aus § 37 Abs. 1 HmbVwVfG folgt daher, dass die Baugenehmigung nur dann mit Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 HmbVwVfG zur Bereitstellung von Toiletten verbunden werden darf, wenn sie sicherstellen soll, dass gesetzliche Voraussetzungen der Baugenehmigung erfüllt werden. Es kommt damit entscheidend darauf an, ob es öffentlich-rechtliche Vorschriften gibt, wonach Kioske verpflichtet sind, Toiletten bereitzustellen. Grundsätzlich kann nur dann eine Baugenehmigung mit einer Toiletten-Auflage ergehen. Eine allgemeine Pflicht zur Bereitstellung von Toiletten für Kunden für Kioskbetreiber enthält weder die HBauO noch die GewO. Eine solche öffentlich-rechtliche Vorschrift enthält

---

<sup>36</sup> Hamburgische Bauordnung (HBauO) vom 14. Dezember 2005, HmbGVBl. S. 525/563.

indes das Gaststättenrecht in § 7 Abs. 1 der Gaststättenverordnung (GastVO)<sup>37</sup> bereits jetzt, wonach Gaststätten im Sinne des GastG in einem gestaffelten Umfang in Abhängigkeit von der Raumfläche Toiletten („Abortanlagen“) für ihre Gäste bereitstellen müssen. Die Ratio der Norm liegt darin, dass die Gaststätten verantwortlich für die typischen Folgen ihres Angebots an ihre Gäste zum Trinken und Verweilen sind und deshalb auch Toiletten bereitstellen müssen. Kioske, die als erlaubnisbedürftige Schankwirtschaften im Sinne des §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1, 2 GastG, betrieben werden (sog. Mischbetriebe) unterliegen daher bereits gemäß der aktuellen Rechtslage im Umfang des § 7 Abs. 1 GastVO der Pflicht, Toiletten für ihre Kunden bereitzustellen. Für sie kann die Baugenehmigung bzw. die Gaststättenerlaubnis als raumbezogene Personalkonzession mit der Auflage erlassen werden, dass Toiletten im durch § 7 Abs. 1 GastVO vorgesehenen Umfang bereitgestellt werden. Die gegenüber § 37 Abs. 1 HmbVwVfG speziellere Ermächtigungsgrundlage ist hierfür § 5 Abs. 1 GastG für Auflagen, die bei Erteilung der Gaststättenerlaubnis erlassen werden, und § 5 Abs. 2 Gast für solche, die nachträglich erlassen werden. Für die übrigen Kioske besteht bislang keine öffentlich-rechtliche Vorschrift, aus der sich eine solche Pflicht ergibt. Der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber könnte darüber nachdenken, daneben auch solche Gewerbe, die in großem Umfang Getränke verkaufen, etwa im Gebiet des GlasflaschenverbotsG, zu verpflichten, Toiletten bereitzustellen. Eine solche Verpflichtung wäre jedenfalls die Voraussetzung einer in Betracht kommenden abgabenrechtlichen Beteiligung der Kioske an den Kosten der öffentlichen Toiletten im Bereich der Reeperbahn/St. Pauli in Form einer Sonderabgabe (s.u.).

### **3. Abgabenrechtliche Belastungen für Kioske**

Denkbar wäre es, eine bestimmte Kategorie von Kiosken in einem räumlich umgrenzten Bereich (etwa dem Gebiet des GlasflaschenverbotsG) per Sonderabgabe an der Finanzierung der dortigen öffentlichen Toiletten zu beteiligen. Voraussetzung wäre eine rechtliche Pflicht der betroffenen Kioske, selbst Toiletten vorzuhalten. Deren Nichterfüllung könnte mit einer Ausgleichsabgabe belegt werden. Für Kioske, die keine Gaststätten im Sinne des GastG sind, besteht eine solche Rechtpflicht bislang nicht.

#### **a) Sonderabgabe für öffentliche Toiletten als Präzedenzfall**

Eine Sonderabgabe ist eine Abgabe, die „die Abgabenschuldner über die allgemeine Steuerpflicht hinaus“ belastet, „ihre Kompetenzgrundlage in einer Sachgesetzgebungszuständigkeit sucht“ und deren Aufkommen „einem Sonderfonds vorbehalten ist“.<sup>38</sup> Indes ist eine solche Sonderabgabe zur Finanzierung öffentlicher Toiletten in Deutschland offensichtlich beispiellos und

---

<sup>37</sup> Verordnung über den Betrieb von Gaststätten (Gaststättenverordnung - GastVO) vom 27. April 1971, HmbGVBl. 1971, 81.

<sup>38</sup> BVerfGE 101, 141, 148 m.w.N.

dementsprechend risikobehaftet. Es wäre zu prüfen, ob eine solche Maßnahme dem Maßstab des BVerfG für zulässige Sonderabgaben genügt.<sup>39</sup>

Regelungstechnisch kommen zwei – zumindest strukturell – ähnlich gelagerte Regelungen als Vorbild in Betracht, welche vom BVerfG dem Grunde nach nicht beanstandet wurden. So sieht § 154 Abs. 1 SGB IX für Arbeitgeber eine rechtlich nicht durchsetzbare Beschäftigungspflicht bezüglich Schwerbehinderten vor, die im Falle der Nichterfüllung gemäß § 160 Abs. 1 S. 1 SGB IX mit einer Ausgleichsabgabe sanktioniert wird.<sup>40</sup> § 48 HBauO sieht unter bestimmten Umständen für Antragsteller einer Baugenehmigung eine Verpflichtung zur Herstellung von Stellplätzen für Kraftfahrzeuge vor, die gemäß § 49 Abs. 1 HBauO auch durch Zahlung einer Ausgleichsabgabe erfüllbar ist.<sup>41</sup>

#### b) Verfassungsrechtlicher Maßstab für Zulässigkeit einer Sonderabgabe

Danach bedarf die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben auf der Grundlage der Sachkompetenzen aus Art. 70 ff. GG mit Blick auf die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 104 a ff. GG) und zur Wahrung der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG) einer über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung.<sup>42</sup> Dies betrifft die Abgabenerhebung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach.<sup>43</sup>

Für Sonderabgaben mit Finanzierungszweck gilt: Der Gesetzgeber darf sich einer solchen Abgabe nur im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks bedienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht.<sup>44</sup> Mit einer Sonderabgabe darf nur eine homogene Gruppe belegt werden. Die Gruppe muss zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck in einer Beziehung spezifischer Sachnähe stehen, auf Grund deren ihr eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden kann.<sup>45</sup> Das Abgabenaufkommen muss außerdem gruppennützig verwendet werden.<sup>46</sup> Zusätzlich muss der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren<sup>47</sup> und ihre sachliche Rechtfertigung in angemessenen Zeitabständen überprüfen.<sup>48</sup> Gegenüber den Steuern müssen Sonderabgaben die seltene Ausnahme

---

<sup>39</sup> Die folgenden Ausführungen beruhen auf BVerfG, Urt. v. 28.1.2014 – 2 BvR 1561/12, 2 BvR 1562/12, 2 BvR 1563/12, 2 BvR 1564/12.

<sup>40</sup> Vgl. dazu BVerfG, Beschl. vom 01. Oktober 2004 - 1 BvR 2221/03, Urt. v. 26.05.1981 - 1 BvL 56, 57.

<sup>41</sup> Zu § 49 Abs. 1 Nr. 1 HBauO in der Fassung vom 27. September 1995, BVerfG, Beschluss vom 05. März 2009 - 2 BvR 1824/05.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 124, m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. BVerfGE 108, 1, m.w.N.

<sup>44</sup> Vgl. zuletzt BVerfGE 108, f. m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 124, 348, 366 m.w.N.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 124, 348, 366 m.w.N.

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 108, 186, 218 m.w.N.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 110, 370, 389 m.w.N.

bleiben.<sup>49</sup> Gruppenhomogenität setzt voraus, dass die Abgabepflichtigen hinsichtlich gemeinsamer oder annähernd gemeinsamer, durch Rechtsordnung und gesellschaftliche Wirklichkeit geprägter Interessen und Gegebenheiten von der Allgemeinheit und anderen Gruppen abgrenzbar sind.<sup>50</sup> Dabei genügt nicht eine beliebige spezifische Gemeinsamkeit. Die Gruppenhomogenität muss von einer Art sein, die geeignet ist, einen rechtfertigenden Zusammenhang mit einer spezifischen Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen für die Wahrnehmung der Aufgabe herzustellen.<sup>51</sup> Die homogenitätsstiftende Gemeinsamkeit muss zudem eine vorgegebene, darf also keine erst durch die Abgabenregelung selbst begründete sein.<sup>52</sup> Die erforderliche spezifische Sachnähe ist gegeben, wenn die mit der Abgabe belastete Gruppe dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck nähersteht als jede andere Gruppe oder die Allgemeinheit der Steuerzahler.<sup>53</sup> Der Gesetzgeber ist grundsätzlich gehalten, von der Belastung mit einer Sonderabgabe nicht einzelne Gruppen auszuschließen, obwohl diese zum Sachzweck der Abgabe in gleicher oder gar noch größerer Nähe stehen als die Abgabebelasteten.<sup>54</sup> Dies wird mit dem Erfordernis einer „spezifischen“ Sachnähe und einer damit zusammenhängenden „besonderen“, „spezifischen“ Finanzierungsverantwortung der abgabebelasteten Gruppe<sup>55</sup> zum Ausdruck gebracht. Für die dementsprechende Gruppenbildung stehen dem Gesetzgeber jedoch Spielräume zur Verfügung. Es ist grundsätzlich ihm überlassen, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er als im Rechtssinne gleich ansehen will<sup>56</sup>. Dies gilt auch für die Frage, was hinsichtlich der Nähe zum Sachzweck als gleich oder ungleich anzusehen ist<sup>57</sup>. Darüber hinaus steht dem Gesetzgeber auch bei der sonderabgabenrechtlichen Gruppenbildung die Befugnis zu, begrenzte Ungleichbehandlungen typisierend in Kauf zu nehmen.<sup>58</sup> Schwierigkeiten der Abgrenzung und Erfassung erweitern diese Spielräume.<sup>59</sup> Zwischen der spezifischen Sachnähe der Abgabepflichtigen zum Zweck der Abgabenerhebung, einer daraus ableitbaren Finanzierungsverantwortung und der gruppennützigen Verwendung des Abgabenaufkommens besteht eine besonders enge Verbindung. Die Erfüllung dieser Merkmalsgruppe in ihrem Zusammenspiel bildet zugleich den entscheidenden Rechtfertigungsgrund für eine zu der Gemeinlast der Steuern hinzutretende Sonderlast und sichert so die Wahrung verhältnismäßiger Belastungsgleichheit.<sup>60</sup> Sind Sachnähe zum Zweck der Abgabe und Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe der Abgabepflichtigen

<sup>49</sup> Vgl. BVerfGE 55, 274, 308 m.w.N.

<sup>50</sup> Vgl. BVerfGE 108, 186, 223 m.w.N.

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 122, 316, 336 m.w.N.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfGE 55, 274, 305 f. m.w.N.

<sup>53</sup> Vgl. BVerfGE 101, 141, 149 m.w.N.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfGE 108, 186, 226 f. m.w.N.

<sup>55</sup> Vgl. zuletzt BVerfGE 122, 316, 334 f. m.w.N.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 118, 27 f. m.w.N.

<sup>57</sup> Vgl. BVerfGE 124, 348, 366 m.w.N.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfGE 82, 159, 186 m.w.N.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfGE 108, 186, 226 m.w.N.

<sup>60</sup> Vgl. BVerfGE 124, 348, 366 m.w.N.

gegeben, so wirkt die zweckentsprechende Verwendung des Abgabenaufkommens zugleich gruppennützlich, entlastet die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner nämlich von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe.<sup>61</sup> Besonders ausgeprägt ist der Zusammenhang zwischen den Kriterien für die Zulässigkeit von Sonderabgaben bei den Sonderabgaben, mit denen Angehörige eines bestimmten Wirtschaftszweiges zur Finanzierung von Fördermaßnahmen zu Gunsten eben dieses Wirtschaftszweiges herangezogen werden. Erforderliche Sachnähe und Finanzierungsverantwortung lassen sich hier praktisch ausschließlich mit Blick auf Zweck und Wirkung staatlicher Förderungsmaßnahmen zu Gunsten der belasteten Gruppe – dh: mit der Gruppennützlichkeit der Mittelverwendung – begründen.<sup>62</sup> Angesichts dieses die Eigenständigkeit der genannten Kriterien in ihrer beschränkenden Funktion mindernden engen Zusammenhangs sind für diesen Abgabentyp erhöhte Anforderungen an das Merkmal der Gruppennützlichkeit der Mittelverwendung zu stellen, von dem her in dieser Konstellation die Bedeutung der übrigen Merkmale zu bestimmen ist. Der die Abgabe rechtfertigende Gruppennutzen muss hier evident sein.<sup>63</sup>

- c) Anwendung des verfassungsrechtlichen Maßstabes auf Sonderabgabe für öffentliche Toiletten

Zwar ist eine solche Ausgleichsabgabe für die Nichtbereitstellung von Toiletten zur Finanzierung von öffentlichen Toiletten unserer Kenntnis nach in Deutschland bislang ohne Beispiel. Wir halten eine Toilettenpflicht für insbesondere Kioske, die mit einer der Finanzierung öffentlicher Toiletten dienenden Ausgleichsabgabe für die Nichtbereitstellung der Toiletten im verpflichteten Umfang kombiniert ist, in einer mit dem genannten verfassungsrechtlich genannten Maßstab vereinbaren Weise gestaltbar. Wiederum würde es sich angesichts der mehrfach erwähnten Rechtfertigungsprobleme einer unmittelbaren Kioskdiskriminierung gegenüber anderen alkoholverkaufenden Stellen anbieten, Kioske mit der Regelung dadurch zu erfassen, dass der Tatbestand durch tatsächliche Merkmale gefasst wird, die (auch) von Kiosken erfüllt werden, anstatt im Wortlaut der Regelung unmittelbar an Kioske anzuknüpfen. Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz, den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz sowie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt es dabei insbesondere zu erwägen, welche Gewerbe dem Grunde nach erfasst werden sollen, ob die Regelung nur bereichsbegrenzt gelten soll – aufgrund der ausgesprochenen Sonderbedingungen bezüglich des Umfangs des Alkoholverkaufs würde sich z.B. das Gebiet des GlasflaschenverbotsG anbieten – und in welcher Höhe eine Ausgleichsabgabe angemessen sein würde.

---

<sup>61</sup> Vgl. BVerfGE 124, 348, 366 m.w.N.

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 122, 316, 337 f. m.w.N.

<sup>63</sup> Vgl. BVerfGE 122, 316, 337 f. mw.N.