

(eine für das Absenden, eine für das Erheben der Daten) gestützt werden kann. Diese Frage ist letztlich Bestandteil des Streits um die Zulässigkeit überhaupt. Lehnt man nämlich die Möglichkeit zur Aufspaltung ab, kann die Maßnahme nicht auf zwei Ermächtigungsgrundlagen (§§ 100a, 161 StPO) gestützt werden. Trotz dieser logischen Voraussetzung findet das Problem im Gegensatz zu den übrigen Streitfragen weniger Beachtung. Es wird – soweit erkennbar – nur zwischen drei Beiträgen ausgefochten.

Bär ist unter Berufung auf das Bundesverfassungsgericht der Auffassung, es sei sogar eine Kumulation von Eingriffsmaßnahmen möglich, solange es nicht zu einer Rundumüberwachung komme.⁴⁹ Dies müsse entsprechend für die Aufspaltung von Maßnahmen gelten, die jeweils an den zugrunde liegenden Befugnissen zu messen seien.

Eisenberg/Singelstein und *Röwer* hingegen lehnen zu Recht die Aufspaltung eines einheitlichen tatsächlichen Vorgangs („stille SMS“) auf zwei rechtliche Grundlagen (eine für das Absenden, eine für das Erheben der Daten) und damit eine kumulative Anwendung von zwei unterschiedlichen Ermächtigungsnormen und damit auch von § 161 StPO ab.⁵⁰ Der Ortungsimpuls sei als einheitlicher Vorgang der Datenerhebung anzusehen, die beiden Schritte ließen sich tatsächlich kaum voneinander trennen, da Absenden und Datenübermittlung unmittelbar aufeinander folgten.⁵¹ Eine Kombination von § 161 StPO mit § 100a StPO würde einen Grundrechtseingriff ermöglichen, für den die speziellen Ermächtigungsgrundlagen alleine nicht ausreichen. Dies widerspreche der Systematik der StPO, wonach spezielle Maßnahmen einer speziellen Rechtsgrundlage bedürfen.⁵² Eine Kombination sei auch deshalb unzulässig, weil sie gegen das Bestimmtheitsgebot und den Gesetzesvorbehalt verstoße.⁵³

C. Zusammenfassung

Der Überblick zeigt, dass die Strafverfolgungsbehörden mit einem Fahndungsmittel arbeiten, auf das aus tatsächlichen Gründen nicht verzichtet werden kann, dessen Rechtsgrundlage aber alles andere als sicher ist. Eine höchstrichterliche Klärung steht ebenso aus wie eine Entscheidung des Gesetzgebers. Ziel darf es dabei nicht sein, auf den Ortungsimpuls zu verzichten. Vielmehr muss der Polizei das Mittel gegeben werden, das sie zur effektiven Strafverfolgung benötigt, es muss aber auf gefestigter Rechtsgrundlage stehen.

Regierungsdirektor Klaus Weber*, Chemnitz

Zur Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO

A. Grundsätzliches zum Gewerberecht

I. Grundsatz der Gewerbefreiheit

In der Gewerbeordnung (GewO¹) ist in § 1 der Grundsatz der Gewerbefreiheit² festgelegt, wobei man diese Festlegung bereits Art. 12 I GG entnehmen kann.³ Danach kann jeder ein Gewerbe betreiben, es besteht nur eine Anzeigepflicht nach § 14 GewO.⁴ Nach § 14 I 3 GewO dient die Anzeige dem Zweck, der zuständigen Behörde die Überwachung der Gewerbeausübung zu ermöglichen.

II. Begriff des Gewerbes

Die GewO definiert den Gewerbebegriff nicht.⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)⁶ stellt jede erlaubte, auf eine Gewinnerzielung gerichtete, dauerhafte und selbstständige Tätigkeit ein Gewerbe im Sinne der GewO dar (vier positive Elemente, sog. **Gewerbsmäßigkeit**), die nicht freier Beruf, Urproduktion oder Verwaltung eigenen Vermögens ist (drei negative Komponenten, sog. **Gewerbsfähigkeit**). Auch eine juristische Person, z. B. eine GmbH, kann ein Gewerbe ausüben.⁷

Als Gewerbe nach dieser Definition ist z. B. anzusehen

- „Überführen von Kraftfahrzeugen, Fahrdienst im internationalen Kraftverkehr“,⁸
- Betreiben einer „Auskunftei und Detektei“,⁹
- Ankauf und Sanierung von Gebäuden mit anschließender Vermietung der darin eingerichteten Wohnungen,¹⁰
- Vermittlung von Versicherungen und Bausparverträgen,¹¹
- Betreiben eines „Zeichen- und Planungsbüros“,¹²

* Für nähere Informationen zum Verfasser des Beitrags siehe www.hans-klausweber.de.

¹ Siehe dazu *Guckelberger*, Jura 2007, 598 ff.; *Handan*, JA 2007, 249 ff.

² OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553; *Weber*, Praxis des Gewerbe- und Gaststättenrechts, 1. Aufl., 2012, S. 19 ff.; *Handan*, Grundzüge des Gewerberechts, JA 2007, 249, 254; *Guckelberger*, Einführung in das Gewerberecht, Jura 2007, 598, 604; *Scheidler*, Einführung in das Wirtschaftsverwaltungsrecht, apf 2009, 198, 204. Es handelt sich bei der Gewerbeuntersagung um einen typischen sog. belastenden Verwaltungsakt, siehe § 28 I VwVfG und § 80a II VwGO.

³ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, 271; *Handan*, JA 2007, 249, 250; *Scheidler*, apf 2009, 198, 203.

⁴ BVerwG, NVwZ 2004, 103, 104; VG Braunschweig, NVwZ-RR 2001, 439; *Guckelberger*, Jura 2007, 598, 602; *Handan*, JA 2007, 249, 252; *Scheidler*, apf 2009, 198, 204. Zum Anspruch auf eine Bescheinigung des Empfangs der Gewerbeanzeige siehe VGH München, NVwZ-RR 2007, 388.

⁵ VG Darmstadt, GewArch 2003, 195.

⁶ BVerwG, NVwZ 1993, 775; 1995, 473, 474; 2003, 603; OVG Lüneburg, GewArch 2002, 293.

⁷ BVerwG, GewArch 1996, 241, 242.

⁸ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2007, 521.

⁹ OVG Schleswig-Holstein, GewArch 1994, 167.

¹⁰ VG Braunschweig, NVwZ-RR 2001, 439.

¹¹ OVG Lüneburg, GewArch 2009, 162: So muss eine Gewerbeuntersagung gegen einen Gesellschafter ausgesprochen werden, in dessen Person die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen.

¹² VGH München, GewArch 2009, 311.

⁴⁹ *Bär* (Fn. 7), Rn. 305; *BVerfG*, Urt. v. 12.4.2005 – 2 BvR 581/01, NJW 2005, 1338 (1341).

⁵⁰ *Eisenberg/Singelstein* (Fn. 7), NSTZ 2005, 62 (66); *Röwer*, Erscheinungsformen und Zulässigkeit heimlicher Ermittlungen, S. 227 f.

⁵¹ *Eisenberg/Singelstein* (Fn. 7), NSTZ 2005, 62 (65).

⁵² *Eisenberg/Singelstein* (Fn. 7), NSTZ 2005, 62 (65).

⁵³ *Tölpe*, Die strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme „stille SMS“, S. 250.

- nicht die Tätigkeit eines Unternehmensberaters mit Ausbildung zum Diplomingenieur (sog. freier Beruf).¹³

Keine Gewerbetreibenden im Sinne der GewO sind Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit wie die BGB-Gesellschaft oder die offene Handelsgesellschaft (OHG).

Demnach kommt z. B. eine Gewerbeuntersagung gegen eine derartige Gesellschaft nicht in Betracht.¹⁴

Die GewO findet auch keine Anwendung auf Tätigkeiten im Sinne des § 6 GewO.¹⁵

III. Übersicht

Gewerbe i. S. d. GewO	
4 positive Merkmale	3 negative Merkmale (keine Anwendung der GewO)
<ul style="list-style-type: none"> • Erlaubte Tätigkeit • Gewinnerzielungsabsicht • Dauerhaftigkeit • Selbstständigkeit 	<ul style="list-style-type: none"> • Urproduktion • Freie Berufe • Verwaltung eigenen Vermögens
Nach der sog. Gesamtbildtheorie ist eine Betätigung als Gewerbe anzusehen, wenn sie nach dem Gesamtbild den allgemeinen Vorstellungen eines Gewerbes entspricht	
Kein Gewerbetreibender ist eine BGB-Gesellschaft oder eine OHG ohne eigene Rechtspersönlichkeit	

B. Zuverlässige Gewerbetreibende

I. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“¹⁶

Mittels gesetzlich normierter sog. unbestimmter Rechtsbegriffe wie z. B. „Unzuverlässigkeit“¹⁷ hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der gewerblichen Betätigung rechtmäßig eingeschränkt. Ein unzuverlässiger Gewerbetreibender ist von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen (aus Gründen der Gefahrenabwehr).¹⁸

Dem steht die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG nicht entgegen. Der Ausschluss eines unzuverlässigen Gewerbetreibenden ist grundrechtskonform. Die Herausnahme aus dem Wirtschaftsleben ist notwendig, um die Allgemeinheit und/oder die im Betrieb Beschäftigten vor Nachteilen zu schützen. Die Berufsausübung ist hier nicht schützenswert.¹⁹ Sie wird auch unter Berücksichtigung sozialer Belange nicht unzulässig beschränkt.²⁰

II. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“ als Tatbestandsmerkmal der Norm

„Unzuverlässig“ ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamtbild seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben wird.²¹ Typisch unzuverlässig sind Gewerbetreibende mit erheblichen Steuerrückständen²² sowie Zahlungsrückständen bei den Trägern der Sozialversicherung oder bei Straftaten im Zusammenhang mit der gewerblichen Betätigung.²³

Ein Verschulden des Gewerbetreibenden ist dabei nicht Voraussetzung einer Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit.²⁴ Es kommt also nicht auf die Ursache für die gewerbliche Unzuverlässigkeit an.²⁵

C. Gewerbeuntersagung nach § 35 I 1 GewO

I. Wortlaut der Norm

„Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.“

II. Unzuverlässiger Gewerbetreibender

Ausgangspunkt der Erörterungen ist der unbestimmte Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“ nach § 35 I 1 GewO²⁶ im Tatbestand der Norm.

Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig (Anm.: zukunftsgerichtete Prognose der Behörde)²⁷ ordnungsgemäß betreibt.²⁸

¹³ VG Freiburg, GewArch 2009, 490.

¹⁴ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 103; die Zuverlässigkeit des einzelnen Gesellschafters ist zu prüfen mit entsprechenden behördlichen Maßnahmen gegen den jeweiligen Gesellschafter.

¹⁵ Danach findet die GewO insbes. keine Anwendung auf die Fischerei, die Errichtung und Verlegung von Apotheken, die Erziehung von Kindern gegen Entgelt, das Unterrichtswesen, auf die Tätigkeit der Rechtsanwälte und Notare, der Rechtsbeistände, der Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, der vereidigten Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften, der Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaften sowie der Steuerbevollmächtigten, auf den Gewerbebetrieb der Auswandererberater und das Seelotswesen.

¹⁶ Eifert, „Zuverlässigkeit“ als persönliche Tätigkeitsvoraussetzung im Besonderen Verwaltungsrecht, JuS 2004, 565.

¹⁷ Siehe z. B. §§ 35 I und 57 GewO (Reisegewerbe, § 4 I Nr. 1 GastG (BVerwG GewArch 1992, 22; VG Gießen, GewArch 2005, 426; Guckelberger, Jura 2007, 598, 629); § 29d I LuftVG (OVG Hamburg, GewArch 2005, 350).

¹⁸ VG Chemnitz, LKV 2007, 186, 188.

¹⁹ OVG Bautzen, Beschluss vom 23.8.2011, 3 B 247/10, unter Hinweis auf die Rspr. des BVerwG; VGH München, Urteil vom 1.6.2011, 22 B 09.2785; entspr. Erwägungen im Rahmen des Ermessens bei einer sog. erweiterten Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 GewO.

²⁰ BVerwG, NVwZ 1993, 1189; OVG Weimar, LKV 2007, 140, 141; VG Augsburg, Urteil vom 8.9.2010 – Au 4 K 09.1043.

²¹ BVerwG, GewArch 1992, 22; BVerwG, GewArch 1997, 242, 243; OVG Weimar, LKV 2007, 140.

²² OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553, 554; VGH Mannheim, GewArch 1986, 372; VGH Kassel, GewArch 1993, 377; Handan, JA 2007, 249, 254.

²³ Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung:

– VG Chemnitz, LKV 2007, 186, 188:

Verletzung von Strafvorschriften mit vermögensschützendem Charakter;

– OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2007, 521:

wiederholte Vermögensdelikte, insbes. Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten wg. Subventionsbetrugs;

– VG Gießen, GewArch 2004, 432:

Verurteilung eines Gastwirts wg. Hehlerei in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten.

– OVG Lüneburg, GewArch 2009, 162:

ungeordnete Vermögenslage und Verurteilungen wegen Untreue.

²⁴ BVerwGE 65, 1; ständige Rechtsprechung; OVG Weimar, LKV 2007, 140; VG Potsdam, NJ 2005, 181.

²⁵ BVerwG, GewArch 1996, 241, 243; OVG Bremen, GewArch 2009, 491, 492.

²⁶ Ebenso z. B. in den §§ 57 und 70a GewO sowie in § 4 GastG.

²⁷ VGH München, GewArch 2003, 335; OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553, 554; OVG Bautzen, Beschluss vom 8.3.2011, 3 B 354/10; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, 271: „In der Vergangenheit liegendes Verhalten kann als Indiz gewertet werden.“

²⁸ BVerwGE 65, 1, ständige Rechtsprechung; OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553, 554. Siehe dazu die interessante neue Regelung in § 6 II 2 des Saarländischen Nichtraucherschutzgesetzes: Bei Verstößen gegen § 2 I Nr. 7 des Gesetzes (Rauchverbot in Gaststätten) wird ab einer dreimaligen Be-

Liegt dieses Tatbestandsmerkmal vor (unter Zugrundelegung von Tatsachen²⁹), „ist“ zu untersagen, sofern dies zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist (sog. gebundene Entscheidung in der Rechtsfolge der Norm ohne Ermessensbetätigung)³⁰.

III. Übersicht zur Untersagung nach § 35 I 1 GewO

Tatbestandsmerkmal der „Unzuverlässigkeit“ (sog. unbestimmter Rechtsbegriff) ³¹		
Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit ³²	oder	Erforderlichkeit zum Schutz der im Betrieb Beschäftigten
Bei Bejahung des Tatbestandes der Norm kein Ermessen der Behörde (als Rechtsfolge nach dem Tatbestand), denn hier liegt eine sog. gebundene Entscheidung vor (im Gegensatz zu § 35 I 2 GewO, sog. erweiterte Gewerbeuntersagung mit Ermessensausübung nach Bejahung des Tatbestandes, siehe nachfolgend unter D)		

D. Sogenannte erweiterte Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 GewO

I. Wortlaut der Norm

„Die Untersagung kann auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeiten oder Gewerbe unzuverlässig ist.“

II. Erweiterte Gewerbeuntersagung

An die konkrete Gewerbeuntersagung nach § 35 I 1 GewO „kann“ (behördliche Ermessensausübung,³³ siehe § 39 I 3 VwVfG) sich nach § 35 I 2 GewO unter bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen die sog. „erweiterte“ Gewerbeuntersagung anschließen.³⁴

„Die sog. erweiterte Gewerbeuntersagung dient ausschließlich der Vorbeugung. Durch dieses Vorgehen soll lediglich vorsorglich verhindert werden, dass der Gewerbetreibende die Untersagung seines gegenwärtig ausgeübten oder während des Untersagungsverfahrens aufgegebenen Gewerbes zum Anlass nimmt, künftig in andere Gewerbe oder selbstständige Leitungstätigkeiten auszuweichen, für die er ebenfalls als unzuverlässig anzusehen ist.“³⁵

„Es besteht ein akzessorischer Zusammenhang zwischen der Untersagung nach § 35 I 1 und § 35 I 2 GewO. Eine erweiterte Gewerbeuntersagung ist nur zulässig, wenn in demselben Verfahren zumindest ein tatsächlich betriebenes Gewerbe nach Maßgabe von § 35 I 1 GewO untersagt wird.“³⁶

Zur sog. erweiterten Gewerbeuntersagung hat der VGH München³⁷ ausgeführt:

„Nach der ständigen Rspr. des BVerwG (E 65, 9) müssen zum Erlass einer erweiterten Gewerbeuntersagung 2 Voraussetzungen erfüllt sein:

- Es müssen, wie bei der Gewerbeuntersagung nach § 35 I 1 GewO, Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf die „Ausweichtätigkeit“ dartun, „sog. gewerbeübergreifende Unzuverlässigkeit“, und

- die erweiterte Gewerbeuntersagung muß erforderlich sein.“

III. Übersicht zur Untersagung nach § 35 I 2 GewO

Vorab konkrete Gewerbeuntersagung nach § 35 I 1 GewO	
Sich daran anschließende sog. erweiterte Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 GewO	
Gewerbeübergreifende Unzuverlässigkeit	und: Erforderlichkeit der erweiterten Gewerbeuntersagung

gehung von Ordnungswidrigkeiten i. d. R. vermutet, dass die Betreiberin oder der Betreiber der Gaststätte die für den Gewerbebetrieb [...] erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt.

²⁹ Diese Tatsachen müssen sich aus dem Untersagungsbescheid ergeben, siehe § 39 I 2 VwVfG (wesentliche tatsächliche Gründe), siehe auch §§ 24 und 26 VwVfG; siehe z. B. § 70a GewO: „[...] wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt“; ähnlich § 57 und § 35 I 2 GewO. Siehe dazu OVG Bremen, GewArch 2009, 491, 492, mit umfangreicher Erörterung der Aktenlage.

³⁰ OVG Schleswig-Holstein, GewArch 1994, 167, 168; VGH München, Beschluss vom 11.3.2010 – 22 ZB 08.3350; VG München, Urteil vom 12.10.2010 – M 16 K 09.2851; OVG Bautzen, Beschluss vom 8.3.2011 – 3 B 354/10.

³¹ BVerfG, NVwZ 2011, 1062, 1064.

³² OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553, 554; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, 271, 272: Schutz von Kunden, Beschäftigten und der Allgemeinheit vor Nachteilen.

³³ Siehe auch zur Ermessensausübung:

- OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553, 554; OVG Schleswig-Holstein, GewArch 1994, 167, 168; VGH München, Beschluss vom 11.3.2010, 22 ZB 08.3350; VG München, Urteil vom 12.10.2010 – M 16 K 09.2851; VG Chemnitz, LKV 2007, 186, 189: „ausführliche Begründung der Ermessensausübung“, siehe auch § 39 I 3 VwVfG.

- VG München, Urteil vom 12.10.2010 – M 16 K 09.2851: „Die Beklagte (Anm.: Behörde) hat erkannt, dass ihr bei der Entscheidung insoweit Ermessen zusteht und hat die ihr Ermessen steuernden Erwägungen in ihrem Bescheid dargelegt.“

- Die Rspr. prüft streng: „Die erweiterte Gewerbeuntersagung ist (gerade noch) ermessensfehlerfrei erfolgt. Der angefochtenen Untersagungsverfügung lassen sich wenigstens implizit Ermessenserwägungen entnehmen.“ (VG München, Urteil vom 1.4.2010 – M 16 K 09.625).

- VG Stuttgart, GewArch 2004, 74, 75: „Dafür, dass auf die Person des Antragstellers bezogen ein Mindestmaß an konkreten Anhaltspunkten für eine anderweitige Betätigung gegeben sein könnte, lassen sich jedoch dem angegriffenen Bescheid oder den Akten keine nachvollziehbaren Erwägungen entnehmen.“

- OVG Koblenz, NVwZ-RR 2011, 229, 231: „Es reicht aus, wenn der Verwaltungsentscheidung zumindest konkludent die maßgebliche Erwägung entnommen werden kann, die anderweitige Gewerbeausübung sei so wahrscheinlich, dass sich die Untersagung auch darauf erstrecken soll.“

³⁴ BVerwG, GewArch 1993, 155, und NVwZ 2004, 103; VGH München, GewArch 2009, 311; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2011, 229, 231; OVG Lüneburg, GewArch 2009, 32, und GewArch 2009, 162; OVG Bremen, GewArch 2009, 491; VG Chemnitz, LKV 2007, 185; zum Absehen von einer erweiterten Gewerbeuntersagung siehe VG Arnberg, GewArch 2003, 298; OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553, 554.

³⁵ Siehe hierzu:

- BVerwG, GewArch 1982, 298, und GewArch 1995, 115;

- VGH München, Beschluss vom 11.3.2010 – 22 ZB 08.3350: „Die Verletzung von Verpflichtungen, die wie die steuerrechtlichen oder sozialversicherungsrechtlichen Zahlungsverpflichtungen für jeden Gewerbetreibenden gelten und nicht nur Bezug zu einer bestimmten gewerberechtlichen Tätigkeit haben, vermag die erweiterte Gewerbeuntersagung zu rechtfertigen.“

- VG Chemnitz, LKV 2007, 185, 186: Gewerbe „Verwaltung von Haus- und Grundbesitz“ (Untersagung wegen erheblicher Zahlungsrückstände); „Es ist mit neuerlicher gewerblicher Tätigkeit zu rechnen. Dies ergibt sich aus den Darlegungen des Antragstellers [...] und seinen Plänen zur Vermietung von Maschinen und Geräten“; OVG Bautzen, Beschluss vom 24.3.2004 – 3 BS 211/03.

- OVG Koblenz, NVwZ-RR 2011, 229, 231: „Die erweiterte Gewerbeuntersagung ist bereits dann erforderlich, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, die ein Ausweichen auf solche Tätigkeiten ausschließen.“

³⁶ BVerwG, GewArch 1982, 298, 299, und GewArch 1996, 241, 242; VGH München, GewArch 2009, 311, 312.

³⁷ VGH München, Urteil vom 1.6.2011 – 22 B 09.2785.

Verletzung steuer- und abgaberechtlicher Verpflichtungen, die für jeden Gewerbetreibenden gelten und nicht nur Bezug zu einer bestimmten gewerblichen Tätigkeit haben (...) mit der Annahme, der Gewerbetreibende werde bei Ausweichen auf nicht untersagte Betätigungen dieselbe Unzuverlässigkeit an den Tag legen wie im nach § 35 I 1 GewO untersagten Gewerbe.	Wenn zu erwarten ist, dass der Gewerbetreibende in ein anderes Gewerbe ausweicht (...). Die Wahrscheinlichkeit der anderweitigen Gewerbeausübung folgt bereits daraus, dass der Gewerbetreibende trotz Unzuverlässigkeit an seiner gewerblichen Tätigkeit festgehalten hat.
Nach Bejahung des Tatbestandes sich anschließende Ermessensausübung (Rechtsfolge der Norm) der Behörde ³⁸ (siehe § 39 I 3 VwVfG): Sog. EntschlieBungsermessen (Ob), dann	
Sog. Handlungsermessen (Wie): das Verwaltungsgericht prüft nach § 114 Satz 1 VwGO ³⁹ nur Ermessensfehler	

IV. Fortsetzung des Gewerbeuntersagungsverfahrens

Nach § 35 I 3 GewO „kann“ das Untersagungsverfahren fortgesetzt werden, auch wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird.⁴⁰

E. Vorrang von Maßnahmen nach § 35 VIII GewO

Grundsätzlich ist die Norm des § 35 I GewO bei allen Gewerbearten anzuwenden. Wegen des in § 35 VIII GewO festgelegten Subsidiaritätsprinzips besteht ein Vorrang bestimmter Regelungstatbestände, z. B. nach den §§ 48 ff. VwVfG (bei erlaubnispflichtigen Gewerben, z. B. Makler oder Reisegewerbe) und §§ 15 i. V. m. § 4 I 1 GastG.⁴¹

Hauptanwendungsfälle der Gewerbeuntersagungsvorschrift des § 35 I GewO sind somit die erlaubnisfreien, d. h. nur nach § 14 GewO anzeigepflichtigen Gewerbe.

F. Anordnung der sofortigen Vollziehung⁴²

I. Maßnahmen der Gefahrenabwehr⁴³

In der Praxis wird aus Gründen der dringenden Gefahrenabwehr die Gewerbeuntersagung (einschl. evtl. erweiterter Gewerbeuntersagung und Nebenentscheidungen) regelmäßig mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 i. V. m. III VwGO versehen⁴⁴ (siehe später die Tenorierungen unter J).

Damit entfällt die sog. „aufschiebende Wirkung“ von Widerspruch und Anfechtungsklage, die grundsätzlich in § 80 I VwGO bestimmt ist (sog. Suspensiveffekt).

Außerdem ist die Behörde dann im Besitz eines sog. Vollstreckungstitels⁴⁵ und kann Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen (sog. Verwaltungszwang) einleiten, beginnend mit der Androhung eines Zwangsmittels (siehe dazu später die Tenorierungen unter J).

II. Rechtsprechung zum Begriff der „aufschiebenden Wirkung“

Hierzu hat das BVerwG festgestellt:⁴⁶

„Der Eintritt der aufschiebenden Wirkung hat nur zur Folge, dass der angefochtene Verwaltungsakt vorläufig nicht vollzogen werden kann. Dagegen beseitigt die aufschiebende Wirkung nicht die Wirksamkeit des angefochtenen Verwal-

tungsaktes. Das bedeutet, dass der Eintritt der aufschiebenden Wirkung keine rechtsgestaltende Wirkung dahin hat, dass der Verwaltungsakt als vorläufig nicht existent zu behandeln wäre [...]. Die Behörde darf nur aus ihrem Verwaltungsakt keine Maßnahmen treffen, die rechtlich als Vollziehung des nach wie vor wirksamen Verwaltungsaktes zu qualifizieren sind.“

Dazu äußert sich auch der VGH Mannheim:⁴⁷

„Die aufschiebende Wirkung untersagt jedermann, aus dem angefochtenen Verwaltungsakt unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder rechtliche Folgerungen gleich welcher Art zu ziehen [...]. Der erlassenden Behörde ist es deshalb vor Eintritt der Vollziehbarkeit untersagt, dem Bürger die ausgesprochene Regelungswirkung (Anm.: des Verwaltungsaktes, siehe § 35 Satz 1 VwVfG) entgegenzuhalten.“

G. Vollstreckungsmaßnahmen⁴⁸

Die Behörde ist nunmehr durch die besondere Anordnung der sofortigen Vollziehung der Gewerbeuntersagung im Besitz eines Vollstreckungstitels⁴⁹ und kann „sofort“ Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen, beginnend mit der Androhung, in die Wege leiten (z. B. nach Art. 36 II VwZVG Bayern und § 20 II SächsVwVG in Verbindung mit dem sog. Grundverwaltungsakt, also der Gewerbeuntersagung).⁵⁰

³⁸ Siehe dazu die Ausführungen des BVerwG (GewArch 1996, 241) sowie OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553, 554.

³⁹ Dagegen werden die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe im Tatbestand, wie z. B. „Zuverlässigkeit“, voll nachgeprüft.

⁴⁰ BVerwG, NVwZ 2004, 103; OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 779; VG München, Urteil vom 1.4.2010 – M 16 K 09.625.

⁴¹ Weber, S. 50 ff., mit Hinweisen auf die Rspr.; Guckelsberger, Jura 2007, 598, 604; Handan, JA 2007, 249, 253; Scheidler, apf 2009, 198, 204.

⁴² OVG Bremen, Gewbearchiv 2009, 491; VGH Kassel, GewArch 1993, 377; OVG Münster NVwZ-RR 2011, 553; OVG Bautzen, Beschluss vom 23.8.2011, 3 B 247/10; Weber, S. 24, mit Hinweisen auf die Rspr.

⁴³ VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245, 246: ordnungspolizeilicher Charakter der GewO; VG Chemnitz, LKV 2007, 186, 188: die ordnungsrechtliche Entscheidung über die Zuverlässigkeit des Betroffenen dient der Gefahrenabwehr.

⁴⁴ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 895; VGH Kassel, GewArch 1993, 377; OVG Lüneburg, GewArch 2009, 162; VGH München, NVwZ 2003, 495, und GewArch 2009, 311; OVG Bremen, GewArch 2009, 491; VG Potsdam, NJ 2005, 181; VGH München, NVwZ 2003, 495, und Beschluss vom 7.1.2003 (22 CS 02.2819); OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2008, 28: Gewerbeuntersagung, Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Widerspruchsbeförde.

⁴⁵ Siehe dazu anschließend unter G.

⁴⁶ BVerwG, NJW 1983, 776, 777; ebenso VGH München, NVwZ-RR 1990, 594, und OVG Lüneburg, DÖV 1987, 36. VGH Kassel, GewArch 2008, 216, 217: „Die aufschiebende Wirkung steht sämtlichen behördlichen Umsetzungs-, Verwirklichungs- oder Ausnützungsmöglichkeiten entgegen.“

⁴⁷ VGH Mannheim, VBIBW, 2010, 243, 244.

⁴⁸ Siehe dazu Weber, S. 85 ff.; OVG Bremen, GewArch 2009, 491: Androhung der zwangsweisen Schließung der Betriebsstätte; siehe auch die Tenorierungsbeispiele später unter J.

⁴⁹ Siehe z. B. Art. 19 VwZVG Bayern und § 2 SächsVwVG; BVerwG, NVwZ 2009, 122: Titel-Funktion des Grundverwaltungsaktes; VGH München, BayVBl. 1976, 647: Vollstreckungstitel der Exekutive; BVerwG, NJW 1996, 609, 611, und DVBl. 2003, 1268.

⁵⁰ OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 553, 555: Androhung unmittelbaren Zwangs; OVG Lüneburg, GewArch 2009, 162; VG Chemnitz, SächsVBl. 2003, 110; siehe dazu die Tenorierungen später unter J.

H. Sperrwirkung des § 12 GewO⁵¹

I. Wortlaut der Norm

„Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes oder die Rücknahme oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, finden während eines Insolvenzverfahrens, während der Zeit, in der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 der Insolvenzordnung angeordnet sind, und während der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 der Insolvenzordnung) keine Anwendung in Bezug auf das Gewerbe, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wurde.“

II. Sinn und Zweck der Regelung

„Der Erfolg eines Insolvenzplans, der auch der Sanierung eines Betriebes dienen kann, könnte durch eine Gewerbeuntersagung verhindert werden [...]. Die Vorschrift berücksichtigt, dass während des Insolvenzverfahrens der durch das Instrumentarium des Gewerberechts verfolgte Schutz jedenfalls nicht in der sonst erforderlichen Weise erzielt werden muß, weil das Insolvenzverfahren u. a. mit dem Insolvenzverwalter und dem Insolvenzgericht bereits der Sicherung von Dritten dienen kann.“⁵²

„§ 12 GewO bezweckt den Ausschluss der Anwendung von Vorschriften über die Gewerbeuntersagung für die gesamte Zeit des Insolvenzverfahrens sowie für die Dauer bestimmter Zeiträume davor und danach. Entspr. der Zielsetzung des § 1 InsO soll die Möglichkeit der Sanierung des insolventen Unternehmens offengehalten werden. Demgegenüber ist ein Bedürfnis, den Geschäftsverkehr zu schützen, während des Insolvenzverfahrens nicht gegeben, da neue Vertragspartner durch die Vorschriften des Insolvenzrechts über die Einsetzung eines Insolvenzverwalters, den Vorrang der Masseverbindlichkeiten und die Aufsicht des Insolvenzgerichts hinreichend gesichert sind.“⁵³

III. Aufbau der Norm

Vorschriften, welche die Untersagung des Gewerbes oder die Rücknahme oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit ermöglichen, z. B. § 35 I 1 GewO oder § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG
Diese Unzuverlässigkeit muss auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen sein, also nicht bei Straftaten wie z. B. Körperverletzung usw.
<p style="text-align: center;">Diese Vorschriften finden</p> während des Insolvenzverfahrens, während der Zeit, in der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO angeordnet sind, und während der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 der InsO) keine Anwendung
Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist i. d. R. Ausdruck ungeordneter Vermögensverhältnisse und damit auch der „Unzuverlässigkeit“ i. S. d. GewO
Keine Anwendung der Vorschriften in Bezug auf das Gewerbe, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wurde.
Sog. Sperrwirkung des § 12 GewO

IV. Sperrwirkung des § 12 GewO

Liegen die Voraussetzungen des § 12 GewO vor, so ist eine Gewerbeuntersagung rechtswidrig.⁵⁴ Es handelt sich um die sog. Sperrwirkung des § 12 GewO bei Verstößen gegen gewerbebezogene Verhaltensvorschriften, die in engem Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Unzulänglichkeiten stehen, die das Insolvenzverfahren ausgelöst haben.⁵⁵

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist i. d. R. Ausdruck ungeordneter Vermögensverhältnisse und damit auch der Unzuverlässigkeit.⁵⁶

I. Abschließende Übersicht zu § 35 I GewO

Angemeldetes Gewerbe nach § 14 I GewO (Eingangsbestätigung nach § 15 I GewO)	
Gewerbeuntersagungsverfahren nach § 35 I GewO (Sperrwirkung des § 12 GewO (Insolvenzverfahren) beachten!)	
Nach § 35 I 3 GewO kann das Untersagungsverfahren fortgesetzt werden, auch wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird	
Gewerbeuntersagung nach § 35 I 1 GewO	Sog. erweiterte Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 GewO (Ausspruch nur i. V. m. einer Gewerbeuntersagung oder nach einer Gewerbeuntersagung gem. § 35 I 1 GewO möglich)
Tatbestand der Norm „Unzuverlässigkeit“ des Gewerbetreibenden und die Untersagung ist zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich	Tatbestand der Norm Unzuverlässigkeit wie bei Satz 1 betr. weitere Tätigkeiten oder Gewerbe
Rechtsfolge der Norm „ist“ zu untersagen, sog. gebundene Entscheidung (bei Vorliegen des Tatbestandes hat die Behörde kein Ermessen)	Rechtsfolge der Norm Die Behörde „kann“ (behördliche Ermessensentscheidung, siehe § 39 I 3 VwVfG) die vorangegangene konkrete Untersagung nach Satz 1 <ul style="list-style-type: none"> • auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person ausdehnen sowie • auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstrecken

⁵¹ OVG Münster, Beschluss vom 19.5.2011 – 4 B 1707/10.

⁵² Hahn, Einige Rechtsprobleme des § 12 GewO, GewArch 2000, 351.

⁵³ VGH München, GewArch 2009, 311, 312, unter Hinweis auf die BT-Drs. 12/3803, S. 103; ebenso OVG Koblenz, NVwZ-RR 2011, 229, 230.

⁵⁴ OVG Münster, Beschluss vom 19.5.2011 – 4 B 1707/10: Die Ordnungsvorfügung hätte wegen § 12 GewO nicht ergehen dürfen [...]; VGH München, GewArch 2009, 311, 312.

⁵⁵ OVG Koblenz, NVwZ-RR 2011, 229.

⁵⁶ OVG Koblenz, NVwZ-RR 2011, 229.

In der Praxis regelmäßig Anordnung der sofortigen Vollziehung der Gewerbeuntersagung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO (sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen)

Sich evtl. daran anschließende Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen (die Behörde hat sich durch Anordnung der sofortigen Vollziehung einen sog. Vollstreckungstitel verschafft) immer beginnend mit der Androhung eines Zwangsmittels

Evtl. **Wiedergestattung** des Gewerbes nach § 35 VI GewO auf schriftlichen Antrag⁵⁷

J. Beispiele aus der Rechtsprechung für rechtmäßige Tenorierungen behördlicher Gewerbeuntersagungsverfügungen

I. Mit Anordnung der sofortigen Vollziehung

1. OVG Münster, Urteil vom 12.4.2011 (NVwZ-RR 2011, 553)

Behördlicher Bescheid vom 21.6.2007:

(1) Die selbstständige Ausübung des Gewerbes „Friseur-Betrieb“, die Ausübung aller anderen Gewerbe und jede Tätigkeit als Vertretungsberechtigte eines Gewerbetreibenden sowie als mit der Leitung des Betriebes beauftragte Person wird untersagt.

(2) Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wird festgelegt.

(3) Für den Fall der Zuwiderhandlung wird die Anwendung unmittelbaren Zwangs angedroht.

(4) Es wird eine Abwicklungsfrist von 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides eingeräumt.⁵⁸

2. Beschluss des VG Chemnitz, SächsVBl. 2003, 110⁵⁹

Behördlicher Bescheid vom 7.3.2002 mit folgendem Tenor:⁶⁰

(1) Ihnen wird die weitere Ausübung des Gewerbes „Handel und Verlegung von Baustahl auf Baustellen unter Verwendung von vorgeformten Bewehrungsmaterialien unter Einweisung und Aufsicht des jeweiligen Bauleiters“ untersagt.

(2) Diese Untersagung wird ausgedehnt auf alle Gewerbe sowie Tätigkeiten als Vertretungsberechtigter oder Leitungsperson.

(3) Die sofortige Vollziehung der unter 1. und 2. getroffenen Regelungen wird angeordnet.

(4) Falls Sie der unter 1. und 2. ausgesprochenen Verpflichtung nicht entsprechen, wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000 Euro angedroht.

(5) Gebührenfestsetzung...

3. Beschluss des VG Chemnitz vom 29.6.2006, LKV 2007, 186

Behördlicher Bescheid vom 15.11.2004:

(1) Die selbstständige Ausübung des Gewerbes im näher beschriebenen Bau-Bereich [...] sowie jede sonstige selbstständige Gewerbetätigkeit einschl. der Tätigkeit als Vertretungsberechtigter oder mit der Leitung eines Gewerbebetriebs Beauftragter wird untersagt.

(2) Die sofortige Vollziehung der vorgenannten Regelung wird angeordnet.

(3) Für den Fall der Zuwiderhandlung wird jeweils ein Zwangsgeld in Höhe von 2.000 Euro angedroht.

II. Ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung

Urteil des VG München vom 18.12.2001, M 16 K 99.4725

Behördlicher Bescheid vom 17.5.1999:

(1) Die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit [...] sowie jeder weiteren selbstständigen gewerblichen Tätigkeit wird untersagt.

(2) Sie werden aufgefordert, den Betrieb des Unternehmens in [...] innerhalb eines Monats nach Unanfechtbarkeit dieses Bescheides einzustellen.

(3) Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung zu (2) (Betriebseinstellung) wird die sofortige Betriebsschließung der Betriebsstätte in [...] durch unmittelbaren Zwang angedroht.

Henrik Gartz*, Berlin

Das Recht der Kreislaufwirtschaft

Tagung am 6. Juli 2012 an der Humboldt-Universität zu Berlin

– Tagungsbericht –

A. Einleitung

In Umsetzung der europäischen Abfallrahmenrichtlinie¹ entstand das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)² und ersetzt mit Wirkung seit Juni 2012 seinen Vorläufer, der noch den Begriff Abfall im Titel führte. Damit wurde nun auch sprachlich der letzte Schritt einer beinahe exakt 40 Jahre währenden Gesetzesentwicklung vom Abfall³ hin zum Kreislauf vollzogen.⁴ Prof. Dr. Michael Kloepfer lud daraufhin

⁵⁷ Siehe dazu Weber, S. 56ff.; VGH München, BayVBl. 1988, 436; VGH München, NJW 2011, 2822; OVG Lüneburg, Beschluss vom 3.2.2011 – 7 OA 101/10, und OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, 271; OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 746.

⁵⁸ Zum Problem einer sog. Abwicklungsfrist siehe Weber, S. 74 ff. mit Hinweisen auf die Rspr.

⁵⁹ Siehe dazu Weber, Der Bescheid nach § 80 IV VwGO im gewerberechtlichen Verfahren, KommJur 2006, 134, 135.

⁶⁰ Zum Bestimmtheitsprinzip nach § 37 I VwVfG bei der Tenorierung eines Verwaltungsaktes siehe Weber, VR 2008, 181. Im „Tenor“ des behördlichen Bescheides befinden sich die ausgesprochenen Regelungen i. S. d. § 35 Satz 1 VwVfG. So spricht das VG München (Urteil vom 12.10.2010 – M 16 K 09.2851) ausdrücklich vom „Bescheidtenor“ (ebenso im Urteil vom 1.4.2010 – M 16 K 09.625); VG Arnberg, GewArch 1999, 247, 249.

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. Dr. Michael Kloepfer und tätig für das Forschungszentrum Umweltrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ AbfRRL 2008/98/EG vom 19.11.2008, ABl. EG Nr. L 312 vom 22.11.2008, S. 3; ber. ABl. EG Nr. L 127 vom 26.5.2009, S. 24.

² BGBl. I S. 212, parlamentarische Dokumente: BR-Drs. 216/11, BT-Drs. 17/6052, 17/7505 und 17/8568.

³ Abfallbeseitigungsgesetz vom 7.6.1972, BGBl. I S. 873.

⁴ Der Umgang mit Abfällen wurde zuvor nicht umfassend einheitlich geregelt, größtenteils föderalistisch auf Grundlage des örtlichen Gemeinderechts, als zentralistische Regelungen vgl. bspw. § 18 DGO (Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935) oder § 12 BSeuchG (Bundes-Seuchengesetz vom 18.7.1961).