

# Untersagungsverfügungen bei verbraucherrechtswidrigem Verhalten

Sven A. Kachelmann, Bayreuth 2015

## **INHALTSVERZEICHNIS**

- A. Einführung in das Problemfeld
- B. Untersagungsverfügungen iRd. Gewerberechts
  - I. Allgemeines zum Zweck und zur Systematik des Gewerberechts
  - II. Zuständigkeit der jeweiligen Behörden iRd. § 35 Abs. 1 GewO
  - III. Die Teiluntersagung des Gewerbes nach § 35 Abs. 1 Var. 1 GewO im Einzelnen
    - 1.) Tatbestandsvoraussetzungen
    - 2.) Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung
    - 3.) Rechtsfolgen der Untersagungsverfügung
    - 4.) Anspruch auf Erlass einer Teiluntersagung
  - IV. Sonstige formelle Voraussetzungen / Durchsetzbarkeit des § 35 Abs. 1 GewO
    - 1.) Sonstige formelle Voraussetzungen
    - 2.) Durchsetzbarkeit der Untersagungsverfügung
  - V. Befugnisse auf Grund des Landespolizei- und Ordnungsrechts
    - 1.) Allgemeines zur Problematik des Regresses auf Landesrecht
    - 2.) Anwendbarkeit von landesrechtlichen Generalklauseln (Bestimmtheitsgebot)
- VI. Der Untersagungstatbestand des § 51 GewO
- C. Untersagungsverfügungen iRd. Kartellrechts
  - I. Verbraucherschutzwirkung des Kartellrechts
  - II. Zuständigkeit der jeweiligen Verwaltungsbehörden
  - III. Untersagungsverfügungen bei Marktmissbrauch, § 32 Abs. 1 GWB
    - 1.) Verstöße iSd. § 32 Abs. 1 Alt. 1 GWB
      - a) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, § 1 GWB
      - b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, § 19 GWB
    - 2.) Verstöße gegen die Art. 101, 102 AEUV, § 32 Abs. 1 Alt. 2 GWB
    - 3.) Rechtsfolgen der Untersagungsverfügung
  - IV. Anspruch auf Erlass einer Untersagungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB
    - 1.) Problemaufriss / Rspr. des BGH im Fusionskontrollverfahren
    - 2.) Rechtsfortbildung von K. Schmidt und Kritik
    - 3.) Eigene Stellungnahme
- D. Zusammenfassender Überblick

## **LITERATURVERZEICHNIS**

- I. Kommentare
- II. Lehrbücher / Monographien
- III. Aufsätze in Zeitschriften

# A. Einführung in das Problemfeld

1 „Recht haben und Recht bekommen sind zweierlei.“ – So lautet ein altes deutsches Sprichwort. Nicht nur im Verbraucherrecht, aber insbesondere hier, sieht die Situation in der deutschen und europäischen Rechtsordnung oft nicht anders aus. Gerade das moderne Verbraucherrecht, welches sich als Querschnittsmaterie einer Vielzahl von zivil- und öffentlich-rechtlichen Normen versteht, reglementiert zwar umfassend den Schutz des Einzelnen als Verbraucher, ebendieser sieht sich aber sodann vor der großen Aufgabe, seine Rechte entweder selbst oder über Umwege via Interessenverbände vor Gericht einzuklagen. Gerade bei Bagatell- bzw. Streuschäden ist ein solches Vorgehen oft relativ unwirtschaftlich. Freilich stellt dies in seiner Konsequenz einen ökonomischen Anreiz zum Rechtsbruch vonseiten der Unternehmen dar. Glücklicherweise sehen diverse Rechtsnormen Sanktionen bereits von Amts wegen vor, auch etwa dann, wenn ein Schaden beim Verbraucher noch gar nicht entstanden ist. In diesem Bereich kann ein verbraucherrechtswidriges Verhalten via Untersagungsverfügung von der jeweiligen Behörde abgestellt werden.

2 Jüngst untersagte bspw. das Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten (LABO) in Berlin, dem Unternehmen Uber B.V. einen Teil seines Gewerbebetriebes. Uber bot bis dato u.a. via Smartphone-Applikation eine Laien-Taxifahrer-Vermittlung an („UberPop“). Neben dem erhöhten Wettbewerbsdruck für die hauptberuflichen Taxifahrer Berlins, welche weniger flexibel sind und mit erhöhten Kosten kraft Versicherungsbeiträgen, Sicherungs- und Funkanlagen (etc.) zu rechnen haben, wurden als Begründung überwiegend Verbraucherschutzaspekte angeführt: Weder sei sichergestellt, dass die Laien-Taxifahrer einen Personenbeförderungsschein besitzen, noch ob die Fahrzeuge in einem technisch einwandfreien Zustand sind. Es wird vielmehr nur der Besitz eines Führerscheins und ein einwandfreies polizeiliches Führungszeugnis vorausgesetzt; Zudem bleibt offen, ob ordnungsgemäß abgerechnet wird.[1] Nach eigenen Angaben[2] stützte sich die Behörde bei der Untersagung auf das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) iVm. § 15 Abs. 2 GewO.

3 Im Folgenden sollen die Möglichkeiten und Grenzen der jeweiligen Verwaltungsbehörden – insbesondere im Bereich des Gewerbe- und Kartellrechts – untersucht werden, um aufzuzeigen, inwieweit eine derartige administrative Verbraucherrechtsdurchsetzung neben der Individualrechtsdurchsetzung stattfinden kann, um Verbraucherrechtsbruch (präventiv) zu unterbinden.

## B. Untersagungsverfügungen iRd.

### Gewerberechts

#### I. Allgemeines zum Zweck und zur Systematik des Gewerberechts

4 Dem, grundlegend in der Gewerbeordnung (GewO) reglementierten, Gewerberecht kommt als besonderes Gefahrenabwehrrecht ein enormer Wert für den Schutz des Verbrauchers zu, denn dort wo Gewerbetreibende mit Verbrauchern unter dem Schutz der grundrechtlich garantierten Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG[3]) in Kontakt treten, bedarf es klarer Regeln, welche ebendiese Beziehung zuvörderst beiderseitiger Interessen sachgerecht ausgestalten. Zwar wird hierbei auch in § 1 GewO eine grundsätzliche Freiheit des Gewerbes zu Grunde gelegt, jedoch erhält diese – insb. mit der Möglichkeit einer (teilweisen) Untersagung des Gewerbebetriebes gem. § 35 Abs. 1 GewO – ein zwingend „notwendiges Korrelat“[4]. Während sich dies auf zulassungsfreie stehende Gewerbebetriebe bezieht[5], die bei Unzuverlässigkeit des Betreibers oder eines Beauftragten

unterbunden werden können, erlaubt § 15 Abs. 2 GewO eine Untersagung von Betrieben, die ohne eine notwendige Zulassung nach Spezialgesetzen (z.B. PbfG, wie im Eingangsfall, Rn. 2) unterhalten werden.

**5** Im Lichte dieser zentralen Untersagungstatbestände müssen nachfolgende Ausführungen betrachtet werden, wobei sich hier zunächst auf die Teiluntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO als Mindermaßnahme zur vollständigen Untersagung beschränkt werden soll, da bereits im ersten Fall bei einer Vielzahl an Lebenssachverhalten die widerstreitenden Interessen befriedet sein dürften[6].

## **II. Zuständigkeit der jeweiligen Behörden iRd. § 35 Abs. 1 GewO**

**6** In sachlicher Hinsicht wurden die Landesregierungen auf Grund des § 155 Abs. 2 GewO ermächtigt, Stellen zu bestimmen, welche in Gewerbeangelegenheiten zuständig sind, sofern nach den Vorschriften der GewO selbst (und auch nach neueren Bundesgesetzen[7]) nichts anderes bestimmt ist. Einer solchen Bestimmung entbehrt § 35 GewO, denn dessen Abs. 7 trifft insoweit keine abschließende Regelung, da hier nur der örtliche, nicht aber der sachliche Anwendungsbereich reglementiert wird. Ein Rückgriff auf Landesrecht erscheint hier daher zulässig und notwendig.

**7** In Bayern wurde von der o.g. Ermächtigung insofern Gebrauch gemacht, als dass nach der bayerischen Gewerbeverordnung (BayGewV) idF. der Bekanntmachung vom 09. Februar 2010 grds. die Kreisverwaltungsbehörden (Landratsämter und kreisfreie Städte) sachlich zuständig sind, soweit sich aus der Verordnung selbst oder aus anderen Gesetzen nicht ein anderes ergibt (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 BayGewV[8]). Im Hinblick auf § 35 Abs. 1 GewO ist eine solche Sonderregelung jedenfalls nicht ersichtlich, womit der sachliche Zuständigkeitsbereich der Kreisverwaltungsbehörden im Bereich der Gewerbeuntersagung eröffnet sein dürfte. In Ausübung der Befugnisse nach der GewO lässt sich von den Kreisverwaltungsbehörden als besondere Gefahrenabwehrbehörden sprechen[9].

**8** Hieran schließt sich folgerichtig die Frage an, inwieweit nun auch allgemeinere Gefahrenabwehrbehörden iSd. Landespolizei- und Ordnungsrechts selbst sachlich zur Durchführung der GewO zuständig sein können. Es soll sich hierbei zunächst ausschließlich auf die Zuständigkeit der Landesbehörden bei Maßnahmen, die sich konkret auf die GewO als Ermächtigungsgrundlage stützen, beschränkt werden. Auf die übrigen Fällen, bei denen Verstöße gegen die GewO nach landesrechtlichen Befugnissen unterbunden werden, wird zurückzukommen sein (vgl. weiter unten, Rn. 37 ff.).

**9** Während die Zuständigkeiten der allgemeineren Polizei- und Ordnungsbehörden grds. vollumfänglich von der o.g. Spezialregelung des § 155 Abs. 2 GewO (iVm. BayGewV) derogiert werden dürfte, könnte allenfalls im Bereich des Polizeivollzuges ein schmaler Anwendungsbereich für ein eigenständiges Handeln der eingeschränkt-institutionellen Polizei bestehen. Dies verdeutlicht auch – jedenfalls für den Freistaat Bayern – die GewV, denn demnach kann eine neben den Gewerbebehörden hinzutretende eigenständige Polizeizuständigkeit nicht iRd. § 35 Abs. 1 GewO existent sein, denn eine solche doppelte Sonderzuständigkeit wird gem. § 1 Abs. 4 Nr. 2 BayGewV gerade nur bei Durchführung des § 60c Abs. 1 GewO eingeräumt.

**10** Es kommt daher, wie bereits festgestellt, allenfalls ein Handeln anstatt der Kreisverwaltungsbehörde, nämlich im Zuge einer Eilzuständigkeit in Betracht, sofern die Regelungen über die Eilzuständigkeit zulässige Sonderbestimmungen iSd. § 1 Abs. 1 a.E. BayGewV darstellen. Weder in der BayGewV, noch in der GewO sind eigene Vorschriften über Eilkompetenzen enthalten (Dies entspricht wohl i.Ü. auch vollumfänglich der traditionellen Systematik des

besonderen Gefahrenabwehrrechts[10]); Folglich kann das Landespolizeirecht in diesem spezifischen und freilich schmalen Bereich Anwendung finden.

**11** Eilfälle idS. sind mithin immer dann anzunehmen, wenn es der jeweiligen Behörde aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist (rechtzeitig) zu handeln[11]. Beim Tätigwerden der besonderen Gewerbebehörden wird jedoch mit der GewO ein breitgefächertes Instrumentarium an Rechtsgrundlagen zur Verfügung gestellt, sodass hier nur die Komponente der tatsächlichen Unmöglichkeit des Handelns eine besondere Rolle spielen kann. Überdies gelten ergänzend die Vorschriften über die Zuständigkeit der Landespolizei in den jeweiligen Landespolizeigesetzen.

**12** Weshalb ebendieser Zuständigkeitsbereich der Landesbehörden bereits weiter oben (Rn. 10 a.E.) als sehr schmal gewürdigt wurde, verdeutlicht sich noch einmal vor dem Hintergrund, dass gerade die Verwirklichung des Verbraucherschutzes vielfach auf den Schutz privater Rechtspositionen abzielt. Dieser Privatrechtsschutz steht zumeist unter dem landesrechtlichen Vorbehalt, dass gerichtlicher Rechtsschutz nicht oder nicht rechtzeitig erlangt werden kann und überdies eine Erschwerung bzw. Vereitelung der Durchsetzung des zu schützenden Rechts droht (sog. „Dringlichkeitsvorbehalt“, vgl. bspw. § 2 Abs. 2 PolG-BaWü, Art. 2 Abs. 2 BayPAG).

**13** Schließlich bleibt noch die örtlich Zuständigkeit nach § 35 Abs. 7 GewO zu erwähnen, welche auf diejenigen Behörden, in deren Bezirk die Gewerbeniederlassung unterhalten wird bzw. unterhalten werden soll, abstellt. Fehlt es an einer Niederlassung, so kommt es entsprechend lediglich auf den Ort der (geplanten) Ausübung des Gewerbes an. In Bezug auf den Ort der Zuständigkeit wurde also eine abschließende bundesrechtliche Regelung getroffen, die dem Landesrecht vorrangig ist.

### **III. Die Teiluntersagung des Gewerbes nach § 35 Abs. 1 Var. 1 GewO im Einzelnen**

#### **1.) Tatbestandsvoraussetzungen**

**14** Um eine Teiluntersagung erlassen zu können, müssen Tatsachen die Annahme der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden selbst oder eines im Betrieb Beauftragten rechtfertigen. Ferner muss die Untersagung iSd. Schutzes der Allgemeinheit oder aber einer, in ebendiesem Gewerbebetrieb beschäftigten Person, erforderlich sein.

**15** In seinen Einzelheiten streitig, aber als Leitbild dennoch gut verwendbar, subsumiert man dem Gewerbebegriff (nach ständiger Rspr. des BVerwG[12]) jede erlaubte[13], auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte, selbstständige Tätigkeit mit Ausnahme der freien Berufe. Unter Berücksichtigung des ohnehin sehr weitgefassten Begriffsverständnisses, bei welchem das Vorliegen aller Merkmale nach ganz h.M.[14] zwar notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung eines Gewerbes ist, soll auf etwaige Streitpunkte an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

**16** Ohne Rücksicht darauf, ob es sich nach o.g. Grundsätzen bei den in § 6 GewO genannten Berufen (z.B.: Erzieher, Fischer, Rechtsanwälte, Buchprüfer, Steuerberater, ...) tatsächlich um ein Gewerbe handelt[15], sind diese jedenfalls aus dem Anwendungsbereich der GewO-Vorschriften ausgenommen. Ein Gewerbe betreibt, wer als natürliche oder juristische Person rein tatsächlich auch bloß vor-bereitend tätig wird[16]. Auf Ausführungen zum Beauftragtenbegriff wird verzichtet.

**17** Der unzuverlässige Gewerbetreibende ist grds. der alleinige Adressat der Verfügung (§ 35 Abs. 1 GewO). Bei Körperschaften ist dies die juristische Person, bei Personenvereinigungen dahingegen

der jeweils betroffene Gesellschafter. Im Verwaltungsprozess können die übrigen Gesellschafter jedoch beteiligt und beigeladen werden (§§ 13 Abs. 2 S. 1 VwVfG, 65 Abs. 1 VwGO). Ferner können auch Vertretungsberechtigte bzw. Betriebsleiter (zusätzlich) beschieden werden (§ 35 Abs. 7a GewO). Ergeht eine Teiluntersagung etwa in Bezug auf die Beschäftigung einer bestimmten unzuverlässigen Person iRd. Gewerbetreibens einer Körperschaft, so ist diese Einzelperson nicht selbst, sondern vielmehr die juristische Person unmittelbar betroffen. Als (mittelbar) Drittbetroffener kann sie aber dennoch die, gegen die juristische Person gerichtete, Verfügung angreifen[17].

**18** Daneben bedarf das Merkmal der Erforderlichkeit der Untersagung einer näheren Betrachtung: Zwar wird teilweise vertreten, dass es sich hierbei um eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handle, welches gerade die Frage nach der Zumutbarkeit verbindlich zu Lasten des Gewerbetreibenden beantwortet[18], vor dem Hintergrund des oben (vgl. Rn. 4 f.) dargestellten weitreichenden Grundrechtseingriffs scheint dies aber wenig überzeugend[19].

**19** Schließlich steht im Mittelpunkt der Diskussion um § 35 Abs. 1 GewO als Tatbestand des (un-)mittelbaren Verbraucherrechtsschutzes das Merkmal der Unzuverlässigkeit, welches ausfüllungsbedürftig ist. Die Anzahl an konkretisierenden Fallgruppen vonseiten der Rspr. und Literatur, ist jedoch nahezu uferlos. Eine allgemeine Definition, nach der es sich um eine Unfähigkeit handle, die (zukünftige) ordnungsgemäße Gewerbeausübung zu gewähren[20], schafft wohl keinen großen dar-über hinausgehenden Erkenntnisgewinn. Vielmehr wird im einzelnen Fall eine umfassende Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs notwendig sein. Jedenfalls müssen (wahrscheinlich ein-tretende) Tatsachen und nicht nur bloße Zweifel Grundlage für die Beurteilung darstellen[21], ob solche Interessen iSd. § 35 Abs. 1 GewO a.E. tangiert werden.

**20** Von besonderer Relevanz in Bezug auf spezifisches Verbraucherrecht dürfte aber sein, dass nicht jeder Verstoß im privatwirtschaftlichen Bereich per se zur Unzuverlässigkeit führt. Nach ganz h.M.[22] kann jedenfalls etwa ein einzelner bzw. vereinzelt Zivilrechtsverstöße für sich keine Gewerbeuntersagung rechtfertigen. Dies wird mit dem Schutzzweck des § 35 GewO begründet, der darauf deutet, die Allgemeinheit, nicht aber den Einzelnen zu entlasten. Sofern aber die Interessen der Allgemeinheit hinreichend tangiert werden so ist ein administratives Einschreiten unerlässlich, was gerade in demjenigen Bereich einer Sittenwidrigkeit der Handlung (z.B. Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben[23]) der Fall sein dürfte. Ebenso, wenn es sich um einen notorischen, d.h. hartnäckigen Rechtsbrecher handelt, welcher durch eine Vielzahl an wiederkehrenden Verstößen nicht nur den Einzelnen gefährdet[24]. Auf die Folgen dieser weitgehend einhelligen Meinung wird noch einmal bei der Reichweite der Teiluntersagung zurückzukommen sein (vgl. Rn. 27 ff.).

## **2.) Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung**

**21** Von zentraler Bedeutung für den Verbraucher stellt sich auch der maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung der Merkmale nach § 35 Abs. 1 GewO im Verwaltungsverfahren dar; Insb. im Hinblick auf die Effizienz der Gefahrenabwehr (vgl. noch näher weiter unten bei Rn. 24). Da der Zustand der Unzuverlässigkeit nicht wie ein Damoklesschwert über dem Gewerbetreibenden schwebt, sondern ggf. alsbald wieder aufgehoben sein wird, muss also geklärt werden, wann genau die o.g. Tatbestandsmerkmale als Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung erfüllt sein müssen. Grds. muss bei herkömmlichen Verwaltungsakten (VAen) vom Zeitpunkt der letzten Behördenhandlung, also dem des Erlasses des ursprünglichen VAs bzw. des Widerspruchsbescheides ausgegangen werden (vgl. hierzu § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO)[25].

**22** Das BVerwG betonte in früheren Entscheidungen, dass es sich bei derlei Verfügungen um

einen VA mit Dauerwirkung handle (also gerade nicht um einen herkömmlichen punktuell wirkenden VA). Hieraus folgerte es, dass sich die Beurteilung auf das Vorliegen der Unzuverlässigkeit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Verwaltungsprozess erstrecken müsse[26]. Später kehrte das BVerwG jedoch hiervon ab, mit dem Hinweis, dass es für den Beurteilungszeitpunkt keine allgemeine Prozessmaxime gäbe, vielmehr müsse durch Auslegung der jeweils in Rede stehenden materiellen Rechtsnorm der maßgebliche Zeitpunkt ermittelt werden. Aus einer Wertung des Wiedergesattungsverfahrens (vgl. § 35 Abs. 6 GewO) ergäbe sich nun, dass für Gewerbeuntersagungsverfügungen (§ 35 Abs. 1 GewO) die letzte Behördenentscheidung maßgeblich sei. Andernfalls würden bei nachträglicher Berücksichtigung der wiedererlangten Zuverlässigkeit das soeben genannte Wiedergesattungsverfahren einfach umgangen werden[27].

**23** Der überwiegende Teil der Literatur geht seit jeher von der Prämisse aus, dass es sich um einen Verwaltungsakt mit gestaltendem Charakter handle (der herkömmlich punktuell wirkt und die Rechtslage für die Zukunft gestaltet); Demgemäß muss sich Rechtmäßigkeit per se an den Umständen zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung messen lassen (vgl. auch bereits Rn. 21)[28].

**24** Der Streit um die Rechtsnatur der Untersagung kann auf Grund desselben Ergebnisses zumeist dahinstehen. Eine Akutisierung findet aber dann statt, wenn die Unzuverlässigkeit tatsächlich erst zwischen letzter Behördenentscheidung und Tatsachenverhandlung vor Gericht eintritt. Überzeugend scheint es hier, ausnahmsweise auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung abzustellen[29], denn gem. der o.g. Auffassung der Rspr. dürfte sich bei Würdigung des § 35 Abs. 1 GewO ergeben, dass auch hier Untersagungsverfügungen rechtmäßig sind, denn es bestünde ohnehin keine Notwendigkeit, eine Verfügung aufzuheben, die als gleich wieder mit gleichem Inhalt erlassen werden könnte. Dies widerspräche der Würdigung des Wiedergesattungsverfahrens (§ 35 Abs. 6 GewO) insofern nicht, als dass dieses nur darauf gerichtet sein kann, die nicht mehr vorhandene Unzuverlässigkeit aufzuheben, nicht aber eine solche nachträglich eintretende und tatsächlich vorliegende Unzuverlässigkeit anzugreifen. Auch mit der Ansicht der h.L. ist dies vereinbar, die hier gut daran tun wird, eine Ausnahme ihrer Regel zu machen, um auf eine inhaltsgleiche Neubescheidung verzichten zu können, an der grds. kein vernünftiges Interesse bestehen kann. Ein solches Vorgehen würde sich als im höchsten Maße ineffizient darstellen.

### **3.) Rechtsfolgen der Untersagungsverfügung**

**25** Die Verfügungen iSd. § 35 Abs. 1 GewO stellen Akte gebundener Verwaltung ohne Ermessensspielraum dar („ist“). Der Begriff der Untersagung geht über ein Verbot insofern hinaus, als dass alle geeigneten Maßnahmen zur Verhinderung der weiteren Gewerbeausübung zulässig sind[30]. Diese gebundene Entscheidung wird jedoch im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsgebot relativiert: Insbesondere als Mindermaßnahme zur vollständigen Untersagung kommt zunächst (wie oben bereits erläutert, Rn. 5) zumeist eine Teiluntersagung oder aber eine Abmahnung, eine Auflagenanordnung oder eine Verstärkung behördlicher Kontrollen in Betracht[31]. Die Reichweite der Untersagung kann sich ebenso auf einzelne Handlungen des unzuverlässigen Gewerbetreibenden erstrecken, wie etwa dem Verbot des Betretens der Geschäftsräume[32]. Örtlich wie zeitlich wirkt die Verfügung des § 35 Abs. 1 GewO iRd. Bundesrepublik Deutschland im Grunde unbegrenzt[33].

**26** Die Auswahl zwischen Voll- und Teiluntersagung stellt vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit gerade keine Ermessens-, sondern eine Rechtsentscheidung dar. Der Behörde verbleibt hierbei kein Beurteilungsspielraum[34]. Vielmehr kann im Verwaltungsverfahren eine vollumfängliche (nicht auf die Ermessensfehlerlehre beschränkte) Überprüfung der Behördenentscheidung stattfinden.

**27** Zu beleuchten sind ferner die Auswirkungen auf Rechtsgeschäfte, die vor oder nach Erlass der Untersagung abgeschlossen wurden. Von zentraler Bedeutung ist hier die Nichtigkeit wegen eines gesetzlichen Verbotes nach § 134 BGB. Demnach müsste der Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes gerade darauf deuten, dass eine Nichtigkeit erforderlich ist[35]. Dies dürfte für § 35 Abs. 1 GewO bereits daran scheitern, dass dieser kein eigenständiges Verbot, sondern nur eine Befugnis der Verwaltung normiert. Stellt man auf den anschließenden Verwaltungsakt selbst ab, so genügt dies nicht den Anforderungen eines Verbotsgesetzes iSv. Rechtsnormen (Art. 2 EGBGB) bzw. Verordnungen und Satzungen[36].

**28** Im Hinblick auf den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 146 Abs. 1 Nr. 1 lit. a GewO, welcher Zuwiderhandlungen der Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO pönalisiert, gilt etwas anderes, da dieser ein solches Verbotsgesetz grds. darstellen könnte. Dies wird wiederum deutlich eingeschränkt: Das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1 StGB, 3 OWiG) verbietet es, dass die Strafe unzulässig auf die o.g. Konsequenzen erweitert wird, sofern sich dies nicht aus dem Gesetz selbst ergibt[37]. Da eine, an die Person des Gewerbetreibenden anknüpfende, Gewerbeuntersagung gerade nicht auch auf den Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte abzielen dürfte, ist eine solche Analogie wohl unzulässig. Es handelt sich folglich um ein rein einseitiges Verbot mit bloßer Ordnungswirkung[38], das die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unberührt lässt.

**29** Da aber die Fortführung des Geschäfts vom, durch die Untersagung Betroffenen, gewerberechtlich unzulässig ist, stellt sich die Frage nach der fernerer Abwicklung der noch wirksamen Rechtsbeziehungen. Neben der Selbstdurchführung kraft erfolgreichem Antrag auf Wiedergestattung (vgl. § 35 Abs. 6 GewO), ist dies iRd. Stellvertretererlaubnis (§§ 35 Abs. 2, 45 GewO) möglich. Auf Einzelheiten diesbzgl. soll nicht näher eingegangen werden. Daneben kann auch der Betrieb oder Teile dessen veräußert werden, denn der Schutzzweck der Untersagung zielt nach nunmehr h.M.[39] nur darauf, die eigenständige Durchführung des Gewerbes durch den unzuverlässigen Betreiber in seinen Einzelheiten abzustellen. Hiervon seien solche Veräußerungen gerade nicht erfasst.

**30** Auf Grund ebendieser überzeugenden Auffassung der h.M. bzgl. der ratio legis des § 35 Abs. 1 GewO muss die Liquidation des Betriebes, durch den Betroffenen selbst, ausscheiden, auch dann, wenn etwa einzelne – im Gewerbebetrieb begründete – Rechtsgeschäfte unmittelbar der Beendigung des Betriebes förderlich sind. Fröhler/Kormann[40] verneint dies zwar mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, es ist aber nicht ersichtlich, weshalb eine bereits als unzuverlässig eingestufte Person, wiederum diejenigen Tätigkeiten ausführen dürfte (und sei es auch nur zeitlich befristet), welche gerade der Grund für die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit sind[41].

**31** Zwischenfazit 1: Sofern eine Unzuverlässigkeit vorliegt, hat die zuständige Behörde ein weites Instrumentarium an der Hand, welches sie einsetzen kann, um den damit einhergehenden Auswirkungen auf den Einzelnen entgegenzutreten. Spezifisch verbraucherrechtswidrige Praktiken vermögen jedoch für sich alleine grds. nicht über die Hürden des Merkmals der Unzuverlässigkeit hinwegzuerhelfen. Auch turnusmäßige Verbraucherrechtsbrüche des Gewerbetreibenden ändern hieran nichts, soweit diese nicht in notorischer Weise ständig wiederkehren oder auf eine derartige Vielzahl an Rechtsbrüchen angelegt sind, dass die Allgemeinheit in besonderem Maße beeinträchtigt ist. Erst dann kann eine Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO ergehen. Dies dürfte jedoch gerade nicht die (bei Rn. 1 ff. bereits erwähnten) vereinzelt Streuschäden der Verbraucher erfassen, bei denen auf den Zivilrechtsweg zu verweisen ist. So stellt ebendiese (Teil-) Gewerbeuntersagung jedenfalls keinen umfassenden Untersagungstatbestand zuvörderst der Verbraucherinteressen dar. Inwiefern daneben weitere Befugnisse bestehen, bleibt zu untersuchen (→Rn. 37 ff.).

## **4.) Anspruch auf Erlass einer Teiluntersagung**

**32** Nach einhelliger Meinung[42] haben Dritte grds. keinen Anspruch auf administratives Einschreiten, selbst wenn die o.g. Voraussetzungen unstreitig vorliegen. Insoweit entfaltet § 35 Abs. 1 GewO keinerlei Drittschutz (z.B. ggü. Geschäftspartnern), der auch nur eine Klagebefugnis zulassen würde. Etwas anderes kann nur bei, in dem Betriebe beschäftigten Person gelten, nämlich genau dann, wenn auf Grund deren Verhalten eine Teiluntersagung erlassen wird, die auf die Beschäftigung ebendieser Personen gerichtet ist. Sodann sind diese vom Schutzzweck des § 35 Abs. 1 GewO umfasst[43]. Teilweise wird zwar vertreten, dass dies in Ermangelung eines Rechtsschutzinteresses der Beschäftigten hinfällig würde[44], jedoch wird hierbei wohl unzulässiger Weise davon ausgegangen, dass eine Kündigung ein effektiveres Rechtsschuttmittel darstelle. Dies scheint aber vor dem Hintergrund der damit verbundenen Schwierigkeiten, und vor allem der hiermit einhergehenden Verluste von zivilrechtlichen Rechtspositionen, mehr als nur zweifelhaft[45].

## **IV. Sonstige formelle Voraussetzungen / Durchsetzbarkeit des § 35 Abs. 1 GewO**

### **1.) Sonstige formelle Voraussetzungen**

**33** § 35 Abs. 4 GewO ergänzt die allgemeinen Verfahrensvorschriften der §§ 9 ff. VwVfG um die Komponente der Anhörung iSe. Gelegenheit zur Stellungnahme bestimmter Körperschaften (Aufsichtsbehörden, Industrie-, Handels- oder Handwerkskammer bzw. Genossenschaftsverband) vor Erlass der Untersagung zuvörderst einer rechtzeitigen Sachverhaltsaufklärung. Es handelt sich hierbei um eine Soll-Vorschrift, von der jedoch mit beachtlichen sachlichen Gründen (z.B.: Gefahr im Verzug, fehlende Sachdienlichkeit der Anhörung[46] etc.) u.U. abgewichen werden kann[47]. Ein Verstoß hier-gegen führt grds. zur Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung, nicht aber zu dessen Nichtigkeit (§ 44 Abs. 3 Nr. 4 VwVfG); Mithin ist eine Heilung des Fehlers durch Nachholung der Anhörung im Verwaltungsverfahren möglich (§ 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG).

**34** Einzig im Bundesland Berlin sind zusätzlich die strengeren Anforderungen des förmlichen Verwaltungsverfahrens (§§ 64-71 VwVfG) einzuhalten, welches hier über § 4 lit. a iVm. § 1 Abs. 1 BlnVw-VfG zusammen mit der entsprechenden Verordnung Geltung erlangt (§ 1 FörmVfVO, Anlage Nr. 3).

### **2.) Durchsetzbarkeit der Untersagungsverfügung**

**35** § 35 Abs. 1 GewO ermächtigt zum Erlass eines Verwaltungsaktes, dessen Durchsetzung den Maßgaben der Verwaltungsvollstreckungsgesetze entsprechen muss (argumentum ex § 7 VwVG). In dieser Rolle ist er durchsetzbarer Grundverwaltungsakt. Zwar wurde dies im Bereich der vollständigen Betriebsschließung zeitweise in Frage gestellt und ein, sich an die Gewerbeuntersagung (§ 35 Abs. 1 GewO) anschließender, VA in Bezug auf ebendiese vollständige Schließung gefordert, jedoch wurde dieser Argumentation der Boden entzogen. Mit der Abschaffung des § 35 Abs. 5 GewO a.F., der noch solche Sonderregelungen für Betriebsschließungen traf, bestehen nunmehr lediglich die allgemeineren Vorschriften der Verwaltungsvollstreckungsgesetze[48].

**36** Die Untersagungsverfügung wird, wie jeder andere VA, mit Bekanntgabe wirksam; Um den Suspensiv-effekt eines Rechtsbehelfs hiergegen auszuschließen, kann die sofortige Vollziehbarkeit iSd. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet werden, sofern dies im überwiegenden Interesse eines Beteiligten oder der Öffentlichkeit geboten erscheint. Bei Untersagungen nach § 35 Abs. 1 GewO



dürfte dieses Interesse häufig auf der Realisierung der Gefahr noch vor der etwaigen gerichtlichen Entscheidung fußen; Der Unzuverlässigkeit (als Unfähigkeit, die zukünftige ordnungsgemäße Gewerbeausübung zu gewähren, s.o. Rn. 19) ist eine solche Zukunftsprognose bereits immanent[49].

## **V. Befugnisse auf Grund des Landespolizei- und Ordnungsrechts**

### **1.) Allgemeines zur Problematik des Regresses auf Landesrecht**

**37** Wie bereits dargestellt, gibt es im Gewerberecht keinen Untersagungstatbestand, welcher die Ab-stellung von verbraucherrechtswidrigen Geschäftspraktiken ermöglicht, welche nicht gleichzeitig das Maß einer besonders aufdringlichen Hartnäckigkeit zu Tage treten lassen.

**38** Im Hinblick auf die sensiblen Einschränkungen der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), hat der Bundesgesetzgeber für das Gewerberecht mit der GewO und deren Nebengesetzen bereits abschließende Regelungen getroffen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 72 Abs. 2 GG iVm. § 1 Abs. 1 GewO), sodass ein danebenstehender Regress auf das Landespolizei- und Sicherheitsrecht jedoch unzulässig er-schienen. Das BVerwG befasste sich in mehreren Entscheidungen[50] mit diesem Problem und insistiert seither auf eine differenziertere Betrachtungsweise, die sogleich dargestellt werden soll. Auch die h.L.[51] folgt bisweilen diesem Kurs und stimmt insoweit mit dem BVerwG überein, welches in seiner letzten grundlegenden Entscheidung (sog. „Laserdrome-Urteil“[52]) ausführte:

**39** „Nach § 1 Abs. 1 GewO ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, soweit nicht durch die Gewerbeordnung Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Damit ist die Anwendung sonstiger Normen, welche die gewerbliche Tätigkeit beeinflussen, aber nicht ausgeschlossen, denn durch diese Bestimmungen wird nicht die Gewerbeausübung als solche in Frage gestellt, sondern lediglich die Art und Weise der Gewerbeausübung eingeschränkt. Einer landesrechtlichen Regelung der Ausübung des Gewerbes steht § 1 GewO nicht entgegen. [...] Daher sind auch gegenüber Gewerbetreibenden ordnungsbehördliche Anordnungen kraft Landesrechts zulässig [...] wenn damit kein Verbot der Gewerbeausübung verbunden ist.“

**40** Der bundesrechtliche Vorbehalt des Gewerbeordnungsrecht beschränkt sich dementsprechend auf die Frage des „Ob“, welches Beginn und Ende von Gewerbebetrieben und deren Teilen festlegt, während dem Polizei- und Ordnungsrecht auf Landesebene die Frage des „Wie“, d.h. der Ausgestaltung der Tätigkeiten, obliegt. Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass § 1 Abs. 1 GewO – wenn er von der grds. Gestattungsfreiheit des gewerblichen Betriebes spricht – tatsächlich nicht auf die Art und Weise zeitlich nach der Gestattung abzielt. Der Begriff der Gewerbefreiheit ist insoweit unpräzise, als dass es sich eigentlich um eine Gewerbezulassungsfreiheit handelt[53]. Dem entspricht i.Ü. auch die vom BVerfG entwickelte Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Einschränkungen der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG („Stufentheorie“[54]), wonach an Regelungen über die Berufsausübung im Vergleich zur Berufszulassung mithin geringere Anforderungen gestellt werden.

**41** Wo genau die Grenze zwischen „Ob“ und „Wie“ der Gewerbeausübung im Einzelnen zu verorten ist, wird in Rspr. und Literatur uneinheitlich beantwortet. Als Leitsätze lassen sich jedoch nachfolgende Gesichtspunkte als grobe Orientierungshilfe festhalten:

**42** ◦ Auf Landesrecht gestützten Maßnahmen dürfen niemals der pauschalen Unterbindung des Gewerbes vorgreifen[55]. Dies dürfte immer dann der Fall sein, wenn ein gewerberechtlich zu bewertender Lebenssachverhalt abschließend und endgültig dergestalt reglementiert werden soll, dass eine Betriebsausübung im Gesamten rechtlich unmöglich wird.

**43** ◦ Eine solche endgültige Regelung liegt auch dann vor, wenn es sich dem Wortlaut nach rechtlich zwar um eine Verfügung handelt, die sich auf das „Wie“ der Gewerbeausübung bezieht, sich faktisch aber als Zulassungsschranke entpuppt (z.B.: Sprengstoffverbot in Steinbrüchen). Insbesondere gilt dies dann, wenn die Untersagung an essentielle Handlungsbestandteile eines bestimmten Gewerbetreibens anknüpft[56].

**44** ◦ Eine Unterbindung idS. liegt jedoch nicht bereits dann vor, wenn zwar der Gewerbebetrieb faktisch vollumfänglich untersagt wurde, die Dauer der Maßnahmen aber nur von vorübergehender Natur ist. Dies wird man etwa dann annehmen müssen, wenn die Untersagung zeitlich den Prozess einer notwendigen Sachverhaltsaufklärung nicht überschreitet[57]. Hiervon umfasst sollten vor allem solche Fälle sein, bei denen eine Gefahr im Verzug dieses Vorgehen rechtfertigt.

## **2.) Anwendbarkeit von landesrechtlichen Generalklauseln (Bestimmtheitsgebot)**

**45** Die Generalklauseln des Landespolizei- und Sicherheitsrechts, welche auf § 10 aus Teil 2 Titel 17 des Allgemeinen Preußischen Landrechts (ALR) zurückgehen[58], haben den Schutz der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ vor konkreten Gefahren überwiegend gemeinsam. Als Gefahrenabwehrmaßnahmen in Bezug auf Verbraucherinteressen kommen denkotwendigerweise auch Untersagungsverfügungen bzgl. einer bestimmten Verhaltensweise der jeweiligen Störer in Betracht.

**46** Es ist jedoch unklar, ob die anzuwendenden Generalklauseln, dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG iSe. hinreichenden Bestimmtheit (Art. 20 Abs. 3 GG) genügen können, denn die herrschende Wesentlichkeitstheorie verlangt, dass insbesondere bei sehr starken Eingriffen (wie es eine Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Gewerbefreiheit sicherlich darstellen kann) der parlamentarische Gesetzgeber selbst im Wesentlichen Umfang und Grenzen festlegen soll.

**47** Man wird es hier wohl dabei genügen lassen müssen, dass ein solcher Parlamentsvorbehalt nur dort gelten kann, wo überhaupt die Möglichkeit der Reglementierung einer Vielzahl von typisierten Fällen möglich ist[59]. Andernfalls wären der Verwaltung zumeist die Hände gebunden und sie wäre unflexibel ggü. Gefahren, die von sich entwickelnden, neuartigen Quellen ausgeht[60]. Dies würde einer effektiv gefahrenabwehrenden Verwaltung zur Gänze nicht gerecht. Gestützt wird dies auch durch eine jahrelang ausgereifte Rechtsprechungshistorie in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale der Generalklauseln, welche ebendiese konkretisieren[61].

**48** Zwischenfazit 2: In engen Grenzen ist auch im Gewerbesektor der Regress auf Landesrecht zulässig. Auch aus diesen allgemeineren Vorschriften erwächst jedoch kein umfassender Schutz der Verbrauchers durch die Administrative, denn vor dem Hintergrund der spezifischen verbraucherrechtswidrigen Verhaltensweisen stehen Handlungen der Polizei- und Ordnungsbehörden zumeist unter einem Dringlichkeitsvorbehalt, sodass auch hier ein Gang vor die Zivilgerichtsbarkeit die häufigste Folge sein dürfte (vgl. bereits weiter oben unter Rn. 12).

## **VI. Der Untersagungstatbestand des § 51 GewO**

**49** Insbesondere mit den Befugnissen nach dem Landesgefahrenabwehrrecht tritt § 51 GewO in Konkurrenz, welcher den Kreisverwaltungsbehörden (§ 155 Abs. 2 GewO iVm. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 BayGewV) die Befugnis einräumt, eine Nutzungsuntersagung in Bezug auf jegliche gewerblichen Anlagen zu erlassen, sofern dies wegen überwiegender Nachteile und Gefahren bzgl. des Allgemeinwohls geboten erscheint. Dies hätte wohl zumeist dieselben Auswirkungen auf das Gewerbetreiben, wie eine faktische vollumfängliche Untersagung nach Landesrecht, jedoch stünde dem Betroffenen hier eine Enteignungsentschädigung zu.

**50** Während die Rspr.[62] den § 51 GewO erst nachrangig Anwendung finden lassen will, da sich ein Störer grds. in die Schranken seiner Eigentumspflichtigkeit verweisen lassen muss und ihm keine Entschädigung zustehe, so wird von Fröhler/Kormann[63] vertreten, dass bei unzurechenbarer Verursachung der Gefahr (idS. wohl als Begründer einer latenten Gefahr die sich erst später durch andere Personen akutisiert), eine Entschädigung kraft Anwendung des § 51 GewO notwendig sei.

**51** Letztlich kommt dem § 51 GewO aber ohnehin keine große eigenständige Bedeutung zu, denn sein Anwendungsbereich (insb. im Bereich der früher relevanten sog. „Schweinemastfälle[64]“) dürfte mittlerweile zu weiten Teilen von den Regelungen des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) abgeschöpft worden sein, die ebendieser Vorschrift nach § 51 S. 3 GewO ausdrücklich vorgehen. Mithin brauch der Streit hier nicht gewürdigt werden, denn jedenfalls kommt auch der Untersagung nach § 51 GewO keine herausragende Bedeutung für den Verbraucherschutz zu.

## **C. Untersagungsverfügungen iRd. Kartellrechts**

### **I. Verbraucherschutzwirkung des Kartellrechts**

**52** Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Kartellgesetz) stellt kein klassisches Instrumentarium des Verbraucherrechts dar. Zwar gehen die Zielbestimmungen des eher nachfrageorientierten Verbraucherrechtsschutzes und des dahingegen eher angebotsorientierten Kartellrechts teilweise konform – beispielhaft können die kongruenten Zielbestimmung der Innovationsförderung oder die Verhinderung von Preishöhenmissbräuchen angeführt werden – dieser Harmoniebeziehung stehen aber durchaus einige (ungewollte) Konflikte diametral gegenüber, welche die Qualifizierung des Kartellrechts als reines Verbraucherrecht wenig überzeugend erscheinen lassen. Zu nennen ist etwa die künftig kartellrechtlich unzulässige Fusion von gesetzlichen Krankenkassen, die die Kooperationsmöglichkeiten im Gesundheitssektor zu Lasten des Verbrauchers einschränken. Kritische Stimmen[65] führen hier die so erschwerte Preissenkung von Medikamenten an. Auch wenn sich zusammenfassend der „Platzhirsch Kartellrecht“[66] nicht von der Verbraucherrechtspolitik gänzlich instrumentalisieren lässt, so muss ihm dennoch eine gewisse Affinität zum Verbraucherschutz bescheinigt werden, welche sich wie ein roter Faden durch den Paradigmenwechsel von Zwangskartellbildungen unter dem NS-Regime[67] bis hin zum GWB in der heutigen Fassung zieht[68].

### **II. Zuständigkeit der jeweiligen Verwaltungsbehörden**

**53** Die Einhaltung des Kartellrechts überwachen grds. die Bundeskartellbehörden, also das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, sowie auf Landesebene die jeweils zuständige oberste Landesbehörde (vgl. § 48 Abs. 1 GWB). Letztere sind regelmäßig die Landeswirtschaftsministerien, welche idS. zumeist als „Landeskartellbehörden“ auftreten[69] (so auch in Bayern). Bei Zuständigkeitskonflikten gilt gemäß des, in § 48 Abs. 2 GWB verankerten und sog. „Auswirkungsprinzips“[70] eine Allzuständigkeit des Bundeskartellamtes, sofern der Verstoß über die Landesgrenzen hinaus Wirkung zeitigt. Dabei ist ein hinreichend sachlich abgrenzbarer Markt zu Grunde zu legen, der räumlich das Gebiet des jeweiligen Bundeslandes überschreitet[71]. Bei bloßer innerterritorialer Wirkung des Verstoßes verfolgen (im Umkehrschluss) die obersten Landesbehörden ebendiesen selbstständig. Auf etwaige Sonderzuständigkeiten, welche sich aus der jeweils in Rede stehenden Rechtsnorm selbst ergeben, soll hier nicht näher eingegangen werden.

**54** Handelt eine Behörde außerhalb ihrer Zuständigkeit, führt dies keinesfalls per se zur Unwirksamkeit der Verfügung. Jedenfalls iRd. Konfliktfälle des § 48 Abs. 2 GWB kann sich der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren nur auf eine Unzuständigkeit berufen, wenn er diese zuvor bei der Behörde selbst beanstandet hat. Insoweit unterliegt er einem Rügeverlust im Verwaltungsverfahren (§ 55 Abs. 2 GWB). Etwas anderes kann gelten, wenn die Frage der Zuständigkeit eindeutig geklärt ist (z.B. grds. im Fusionskontrollverfahren, § 36 Abs. 1 GWB mit Ausnahme der Ministererlaubnis nach § 42 GWB) - hier führt eine Überschreitung der Behörde zur Nichtigkeit der Verfügung über § 44 Abs. 1 VwVfG[72] (bzw. nach den entsprechenden LandesVwVfGen).

**55** Die Europäische Kommission tritt in ihrer Zuständigkeit neben die deutschen Kartellbehörden, sofern Kartellrechtsverstöße iSd. Art. 101 f. AEUV (ex Art. 81 f. EGV) vorliegen[73] (vgl. hierzu auch noch weiter unten bei Rn. 69). Schließlich bleibt anzumerken, dass die Regelungen über die Zuständigkeiten abschließend sind. Es ist nicht zulässig, dass sich eine andere, als eine der oben dargestellten Kartellbehörden, als ebensolche geriert. Insbesondere findet ein Regress auf Landespolizei- und Ordnungsrecht grds. nicht statt[74].

### **III. Untersagungsverfügungen bei Marktmissbrauch, § 32 Abs. 1 GWB**

**56** Die Kartellbehörden sind gem. § 32 Abs. 1 GWB befugt, der Zuwiderhandlung der Vorschriften des GWB und überdies der Missachtung der Art. 101 f. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, ex Art. 81 f. EGV) dergestalt entgegenzutreten, dass sie das Unternehmen in Bezug auf das entsprechende Verhalten mit einer Abstellungsverpflichtung belegen können. Dies beinhaltet neben der bloßen Untersagung („negative Tenorierung“) auch die Auferlegung von weiteren, zur Abstellung erforderlichen, Maßnahmen (§ 32 Abs. 2 GWB, „positive Tenorierung“). Insoweit wurde die Befugnis zur Untersagung im Zuge der 7. GWB-Novelle stark erweitert[75].

#### **1.) Verstöße iSd. § 32 Abs. 1 Alt. 1 GWB**

**57** Die Regelungsgehalt des § 32 Abs. 1 Alt. 1 GWB umfasst weite Teile der kartellrechtlichen Vorschriften. Exemplarisch sollen, als besonders relevante Verbotsvorschriften[76], diejenigen über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (§ 1 GWB) nebst denen des Missbrauchs von marktbeherrschenden Stellungen (§ 19 GWB) herausgegriffen und überblicksartig dargestellt werden.

#### **a) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, § 1 GWB**

**58** Sofern eine natürliche oder juristische Person[77] als Unternehmen am Wirtschaftsverkehr, als Anbieter oder Nachfrager einer Ware oder Dienstleistung teilnimmt[78], sind ihr nach § 1 GWB Vereinbarungen mit anderen Unternehmen, sowie Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen in Unternehmensvereinigungen verboten, welche Wettbewerbsbeschränkungen bewirken oder bezwecken. Hiervon sind rein konzerninterne Absprachen jedoch nicht erfasst[79]. Ebenso nicht dem Regelungsgehalt des § 1 GWB unterfallen echte einseitige Verhaltensweisen[80].

**59** Wettbewerbsbeschränkend wirkt jegliche Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit auf der Anbieter- oder Nachfragerseite am Markt[81], sofern diese von gewisser Erheblichkeit ist[82], insbesondere Absprachen in Bezug auf Preise, Werbung, Sortiment, sowie Qualität der Waren oder Dienstleistungen. In den §§ 2 und 3 GWB sind wiederum einige Rückausnahmen vom o.g. Verbot enthalten, wobei das Unternehmen bis zu einer etwaigen Nachprüfung zunächst selbst beurteilt, ob

eine Verbotsfreistellung idS. vorliegt (sog. „Prinzip der Selbsteinschätzung“)[83].

## **b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, § 19 GWB**

**60** § 19 GWB verbietet es, dass Unternehmen, den von ihnen beherrschten Markt missbrauchen. Um eine Beherrschung des Marktes festzustellen, muss zunächst geklärt werden, welche Unternehmen am selben Markt tätig sind. Eine sachliche Zuordnung zweier Unternehmen zum selben Markt liegt idS. vorherrschenden „Bedarfsmarktconzeptes“ dann vor, wenn aus Sicht der Marktgegenseite das erwartete Angebot oder die Nachfrage des einen Unternehmens unter vernünftigen Erwägungen gegen das Angebot bzw. die Nachfrage des anderen Unternehmens austauschbar ist[84].

**61** Diesen Markt beherrscht ein Unternehmen, wenn es ggü. (potenziellen) Wettbewerbern unter Betrachtung aller Umstände einen überragenden Verhaltensspielraum innehat[85]. Dies bedeutet also, dass es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gar keinem Wettbewerb („Monopol“) oder keinem wesentlichen Wettbewerb („Quasimonopol“) ausgesetzt ist oder aber, dass es eine solch überragende Marktstellung besitzt, hinter welcher die Konkurrenten per se zurückbleiben (vgl. § 18 Abs. 1 Nrn. 1-3 GWB)[86]. Die letztgenannte überragende Marktstellung dient mit seiner – im Vergleich zum (Quasi-) Monopol – niedrigen Nachweisschwelle freilich als Auffangtatbestand[87].

**62** Wann nun genau ein Missbrauch ebendieser Marktstellung vorliegt, wird hierbei durch die nicht abschließenden Regelbeispiele in § 19 Abs. 2 GWB näher konkretisiert:

**63** ◦ Etwa zählen hierzu die unbillige Behinderung bzw. die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von anderen Unternehmen („Behinderungsmissbrauch“, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). So stellt etwa eine Preissenkung dann eine Behinderung der Konkurrenz dar, wenn sie nicht mehr auf kaufmännisch vernünftigen Kalkulationen fußt, sondern einzig darauf, erst nachdem die Konkurrenz vom Markt verdrängt wurde, Gewinne zu erwirtschaften (sog. „Politik des längeren Atems“)[88].

**64** ◦ Daneben handelt missbräuchlich, wer Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei gesundem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergäben oder wer ohne sachlichen Grund ungünstigere Geschäftsbedingungen verlangt, als von anderen Teilnehmern auf vergleichbaren Märkten („Ausbeutungs- und Strukturmissbrauch“, § 19 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB).

**65** ◦ Soweit es dem Unternehmen nicht unzumutbar ist, darf es Konkurrenten nicht den Zugang zu dessen Infrastruktureinrichtungen verweigern, wenn ebendieser Zugang für den Markteintritt unabdingbar ist („Einrichtungszugangsmissbrauch“, § 19 Abs. 1 Nr. 4 GWB – Bsp.: Die deutsche Bahn verweigert lokalen Anbietern, wie etwa der Agilis Verkehrs GmbH, den Zugang zum Schienennetz).

**66** ◦ Letztlich stellt die Aufforderung oder Veranlassung zu einer sachlich ungerechtfertigten Bevorteilung vonseiten der Konkurrenten einen Missbrauch dar (§ 19 Abs. 1 Nr. 5 GWB).

**67** Adressat des Verwaltungsaktes ist gem. des eindeutigen Wortlautes der § 32 Abs. 1 GWB dasjenige Unternehmen, welches sich das kartellrechtswidrige Handeln der jeweiligen Person zurechnen lassen muss[89]. Auch ist es möglich, dass sich ein Unternehmen als Anstifter oder Gehilfe eines Verstoßes vonseiten anderer Unternehmen nach § 32 Abs. 1 GWB bescheiden lassen muss[90].

**68** Da es sich weniger um eine Untersagungsverfügung (ieS.), als vielmehr um eine Abstellungsverfügung handelt (denn der Sache nach sind Verstöße gegen § 32 Abs. 1 GWB immer untersagt, auch ohne Verfügung hierüber) kann nicht als leicht als in anderen Fällen eine präventive Unterbindung erfolgen; Ein lediglich drohender Verstoß kann nicht abgestellt werden[91]. In engen

Grenzen wurden jedoch Präventivmaßnahmen bisweilen bei konkreten Gefahren allgemein für zulässig erachtet[92]. Ob sich dies bereits aus dem Wortlaut des § 32 Abs. 1 GWB („Verhalten“), der sich signifikant von dem des § 37a GWB a.F. („Durchführung“) ergibt[93], kann dahingestellt bleiben.

## **2.) Verstöße gegen die Art. 101, 102 AEUV, § 32 Abs. 1 Alt. 2 GWB**

**69** Die Art. 101, 102 AEUV ergänzen die nationalen Regelungen des GWB auf den gesamten europäischen Binnenmarkt und genießen grds. Anwendungsvorrang vor dem GWB[94]. Auf weitere Ausführungen zum materiellen Gehalt der Vorschriften soll an dieser Stelle aus Platzgründen jedoch verzichtet werden. Ohnehin dürften die Unterschiede im Zuge der starken Bemühungen in Bezug auf die Anpassung des deutschen an das europäische Kartellrecht vonseiten des Gesetzgebers zunehmend an Bedeutung verlieren, sodass es keiner weiteren Erklärungen bedarf.

## **3.) Rechtsfolgen der Untersagungsverfügung**

**70** Neben der Aufgabe von weiteren Abhilfemaßnahmen (§ 32 Abs. 2 GWB), die zu einer Abstellung des Kartellrechtsverstößes erforderlich und verhältnismäßig sind, ist es zunächst der Erlass des Abstellungsbescheides (§ 32 Abs. 1 GWB), zu dem die Kartellbehörde ermächtigt ist. Letzterem ist eine Untersagungsverfügung in der Sache immanent, auch wenn es sich in juristischer Feinheit um eine Abstellungsverfügung handelt (vgl. bereits oben, Rn. 68). Diese Entscheidung steht im Ermessen der Behörde („kann“), wobei die Ermessensgrundsätze des BKartAs, insbesondere im Hinblick auf ein Nichtverfahren bei Bagatelverstößen, unlängst offengelegt wurden[95]. Demgemäß wird grds. auf ein Verfahren verzichtet, sofern das betroffene Unternehmen 15 % (bei Vertikalverstößen) bzw. 10 % (bei Horizontalverstößen bzw. in Zweifelsfällen) Marktanteil nicht überschreitet. An diese Grundsätze dürften die Kartellbehörden sich wegen zahlreicher Ausnahmeregelungen für besondere Einzelfälle aber keineswegs binden lassen.

**71** Anders als die Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO (vgl. Rn. 27 ff.), kann hier grds. unmittelbar aus dem Wortlaut der jeweils in § 32 Abs. 1 GWB genannten Tatbestände iVm. § 19 Abs. 1 GWB auf die Qualität als Verbotsgesetz iSd. § 134 BGB geschlossen werden. Folglich ist der, unter missbräuchlichen Umständen zustandegekommene Teil des Rechtsgeschäftes, iSd. § 134 BGB nichtig. Das Rechtsgeschäft im Gesamten leidet demnach an einer Teilnichtigkeit, welche sich über § 139 BGB auf das ganze Geschäft auswirken kann, sofern anzunehmen ist, dass ebendieses nicht ohne den missbräuchlichen Teil vorgenommen sein würde[96]. Man könnte hier argumentieren, dass § 19 Abs. 1 GWB nicht direkt auf den Schutz des Verbrauchers, sondern - ebenso wie § 35 Abs. 1 (vgl. erneut Rn. 27 ff.) - auf denjenigen der Öffentlichkeit abzielt, indem hier der gesittete Umgang am Markt insgesamt, bzw. die gefestigten Marktstrukturen aufrecht erhalten werden sollen, hierbei würde aber zwei wichtige Punkte außer Acht gelassen werden:

**72** Der vom Missbrauch betroffene Teil des Rechtsgeschäftes soll ohnehin nach einem Teil der Literatur[97] auch sittenwidrig iSd. § 138 BGB sein, womit zunächst dahinstehen könnte, ob eine - die Anwendung des § 134 BGB begründende - Drittwirkung des Verbotsgesetzes ggü. dem Verbraucher entfaltet wird, da jedenfalls nach § 138 f. BGB eine (Teil-) Nichtigkeit vorläge. Auch wenn man dieses Verständnis der Sittenwidrigkeit - welches alleine auf dem Verstoß des GWB fußen soll und nicht auf dessen schwerwiegenden Umfang[98] - als zu weit gefasst erachtet, so muss zum anderen aber auf jeden Fall gewürdigt werden, dass das Kartellrecht (gerade auch iRd. § 19 Abs. 1 GWB) auf den mittelbaren Eingriff in den privaten Rechtsverkehr gerichtet ist, womit auch der einzelne Verbraucher umfasst ist (vgl. Rn. 52). Entsprechend handelt es sich der ratio legis nach bereits um ein Verbotsgesetz iSd. § 134 BGB[99].

## **IV. Anspruch auf Erlass einer Untersagungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB**

**73** Aus den Regelungen über das Unterlassungsbeschwerdeverfahren (§ 63 ff. UWG) ergibt sich, dass das Beschwerdegericht eine unterlassene Untersagung auf das Ermessen der handelnden Kartellbehörde hin überprüfen kann (§ 71 Abs. 4, 5 GewO). Dementsprechend könnte diese bei fehlerhafter Ermessensausübung zur Untersagung verpflichtet werden.

### **1.) Problemaufriss / Rspr. des BGH im Fusionskontrollverfahren**

**74** Der BGH geht bisweilen im Fusionskontrollverfahren (!) davon aus, dass eine Verpflichtungsbeschwerde (§ 63 Abs. 3 GWB) bereits dann zulässig sei, wenn der Beschwerdeführer die subjektiven Merkmale der Beteiligung erfüllt[100]. Sodann sei das Unterlassen des Einschreitens der Kartellbehörde durch das Beschwerdegericht iRd. Begründetheit auf das Ermessen hin zu überprüfen (vgl. § 71 Abs. 4, 5 GWB). Dabei wird bewusst außer Acht gelassen, dass dies dem Wortlaut des Gesetzes nach eigentlich nur für die Anfechtungsbeschwerde gelten kann (§ 63 Abs. 1, 2 GWB). Die Verpflichtungsbeschwerde verlangt vielmehr eine Beschwerdebefugnis, also eine möglicherweise bestehende Rechtsverletzung beim Beschwerdeführer (§ 63 Abs. 3 GWB).

**75** Für die Beschwerde iRd. Fusionskontrolle bedeutet das Vorgehen des BGH nun Folgendes: Einzelpersonen (somit auch betroffene Verbraucher) könnten als offenkundige Antragssteller (§ 54 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GWB) das Verpflichtungsverfahren „durch“ die Kartellbehörde, einleiten lassen, denn antragsberechtigt sind nach § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch Beteiligte im o.g. Sinne. Dies ergibt sich bereits aus der Rechtsnatur der Fusionskontrolle als Antragsverfahren. Eine möglicherweise vorliegende Rechtsverletzung ist – wie bereits erwähnt – darüber hinaus nicht erforderlich.

**76** Zwar ließ der BGH die Frage offen, ob eine solche Auslegung der Verpflichtungsbeschwerde auch außerhalb des Fusionskontrollverfahrens geboten sei, wendete man diese aber sinngemäß auf das Beschwerdeverfahren wegen Marktmissbrauch (§ 32 Abs. 1 GWB) an, so gelangte man zu folgendem Ergebnis: Da es sich beim § 32 Abs. 1 GWB gerade nicht um ein Antragsverfahren handelt[101], scheidet eine Beteiligung als Antragssteller (§ 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB) aus. Es bleibt jedoch die Möglichkeit, wegen erheblicher Beeinträchtigung der Individualinteressen (gemeint sind auch solche ökonomischer Natur[102]), von der Kartellbehörde als Beigeladene (§ 54 Abs. 2 Nr. 1 und 3 GWB) beteiligt zu sein. Diese Beteiligung muss bei der Behörde begehrt werden. Es besteht hier zwar grds. Ermessen, insb. dann wenn eine Vielzahl an Verbrauchern betroffen ist, aber die Beiladung aller Betroffener aus prozessökonomischen Gründen unvernünftig erscheint, laut BGH[103] ist dies aber iRd. § 63 Abs. 2 GWB unbeachtlich; Dem Beiladungspetenten stehe in diesem Bereich ein Beschwerderecht in der Hauptsache zu, sofern er individuell betroffen ist.

**77** Durch die Rspr. des BGH bei der Fusionskontrolle soll i.Ü. eine Angleichung des deutschen an das europäische Recht stattfinden, welches insoweit ein umfassendes Drittklagerecht vorsieht (vgl. hierzu Art. 263 AEUV Abs. 4, ex Art. 230 EGV Abs. 4).

**78** Im Kern des sogleich dargestellten Streits geht es also darum, ob das Konstrukt des BGH nun – wie hier bereits mit seinen möglichen Folgen dargestellt (Rn. 76) – auch außerhalb der Fusionskontrolle Anwendung finden kann. Somit wäre die Schwelle der Zulässigkeit der Beschwerde deutlich gesenkt und jedenfalls in Ausnahmefällen eine Begründetheitsprüfung erfolversprechend.

### **2.) Rechtsfortbildung von K. Schmidt und Kritik**

**79** K. Schmidt[104] überträgt die Grundsätze der Rspr. auch auf das Beschwerdeverfahren wegen

Marktmissbrauchs nach § 32 Abs. 1 GWB mit den o.g. Konsequenzen. Mithin wird eine Zulässigkeit auf Grund der Beteiligtenfähigkeit für möglich erachtet und eine Einzelfallprüfung der Begründetheit der Beschwerde wird so notwendig. Andernfalls bestünde die Gefahr einer pauschalen Abweisung der Beschwerde ohne sorgfältige Einzelfallprüfung. So wird man wohl jedenfalls bei tiefgreifenden Kartellrechtsverstößen und damit entsprechend einhergehenden schweren Auswirkungen auf den Markt und dessen Teilnehmer (damit insb. auch auf Verbraucher) im Zuge einer Ermessensreduktion auf Null einen Anspruch auf Einschreiten der Behörde annehmen müssen[105].

**80** Die wohl h.M. verschließt sich einer solch weiten Auslegung des § 63 Abs. 3 GWB. Folglich verschließt sie sich auch einer Abwägung im Einzelfall iRd. Begründetheitsprüfung der Beschwerde[106]. Es kann vielmehr eine - hier als erforderlich erachtete - Beschwerdebefugnis mangels möglicher Rechtsverletzung nicht vorliegen. Die Klage sei per se unzulässig, da sich in keiner denkbaren Weise aus § 32 Abs. 1 GWB als Nichtantragsdelikt eine Pflicht zum Einschreiten ergeben könne[107].

### **3.) Eigene Stellungnahme**

**81** Für die h.M. spricht der Wortlaut des § 63 GWB. Das Wortlautargument ist aber vor dem Hintergrund, dass auch die Verpflichtungsbeschwerde in ihrem Bedürfnis nach Rechtsschutz der Anfechtung in keiner Weise nachsteht, ein sehr schwaches. Ebenso muss beachtet werden, dass der Regierungsentwurf zur 6. Novellierung des GWB ein umfassendes Drittklagerecht noch vorsah[108], die Umsetzung aber wohl bewusst der Wissenschaft überlassen werden sollte[109]. Alles in allem spricht viel dafür, vor allem im Hinblick auf die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG, das Merkmal der Beteiligung auch in § 63 Abs. 3 GWB hineinzulesen. Dann steht im Einzelfall einer umfassenden Prüfung des behördlichen Ermessens nichts im Wege. Die Tatsache dass bereits § 33 Abs. 1 GWB Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche des Einzelnen vorsieht widerspricht dem auch nicht, denn gerade in Eilfällen wird es hier zu Beweisschwierigkeiten kommen[110].

## **D. Zusammenfassender Überblick**

**82** Stellt man sich abschließend noch einmal die Frage, inwieweit sich der Verbraucher von der Ad-ministrative kraft Untersagungsverfügungen in seinen Interessen geschützt sieht, so kann diese Frage zunächst nicht losgelöst davon betrachtet werden, ob und wie weit einzelne Normen überhaupt verbraucherschützend konzipiert sind. Im Gewerberecht wird die zentrale Untersagungsnorm des § 35 Abs. 1 GewO vielfach spezifisches Verbraucherrecht zum Gegenstand haben, etwa weil verbraucherrechtswidrige Geschäftspraktiken iSd. BGB eine Gewerbeuntersagung gebieten; insoweit wirkt die Untersagung unmittelbar verbraucherschützend. Demhingegen kommt dem Kartellgesetz, namentlich bei einer Untersagung nach § 32 Abs. 1 GWB allenfalls mittelbar verbraucherschützender Charakter zu.

**83** Im ersten Fall des § 35 Abs. 1 GewO ist es gestattet auch einzelne Teile, Handlungen (u.ä.) als Mindermaßnahme zur subsidiären vollständigen Untersagung abzustellen. Damit könnte zwar grds. ein spezifischer Verbraucherrechtsverstoß im o.g. Sinne geahndet werden, jedoch kommt dieser Untersagungsnorm nach h.M. nur ein Schutzzweck gerichtet auf die Allgemeinheit zu, womit allenfalls notorische Verbraucherrechtsverstöße eine Unzuverlässigkeit begründen können. Auch ein Anspruch auf verwaltungsbehördliches Einschreiten steht dem Einzelnen demnach grds. nicht zu. Es handelt sich zusammenfassend also nicht um eine umfassende Verbraucherschutznorm. Daneben ist zwar in engen Grenzen ein Regress auf Landespolizei- und Sicherheitsrecht möglich, dieser steht jedoch in Bezug auf in Rede stehende private Rechte überwiegend unter einem Dringlichkeitsvorbehalt. Letztlich muss festgestellt werden, dass in den Gewerbesektor



administrativ nicht umfassend Verbraucherschützend eingegriffen werden kann.

**84** Im zweiten Fall des § 32 Abs. 1 GWB stehen weniger private Rechte des Einzelnen, als vielmehr öffentlich-rechtliche Pflichten der Unternehmen in Rede, welche Bezug auf Verbraucherinteressen nehmen. Liegt etwa ein Marktmissbrauch vor, so ist ein Einschreiten der Verwaltung ohne Weiteres möglich. Daneben ist ein Regress auf Landesrecht weder zulässig noch zielführend. Nicht zuletzt diese – im Vergleich zur Untersagung nach § 35 Abs. 1 GewO – tieferliegende Schwelle in Bezug auf ein administratives Einschreiten zum Verbraucherschutz, dürften Boden für eine Diskussion bieten, die darauf gerichtet ist, das Kartellgesetz zum unmittelbaren Verbraucherrecht zu instrumentalisieren. Folgt man der hier als vorzugswürdig erachteten Ansicht, so ist sogar ein Anspruch des Einzelnen (und von Interessenverbänden) auf das Einschreiten der jeweiligen Behörde möglich.

**85** Alles in allem stehen sowohl gute Gründe für die Schaffung eines umfassend Verbraucherschützenden Untersagungstatbestandes iRd. Gewerberechts, als auch der Ausweitung des Verbraucherschutzes im Kartellrecht im Raum, deren Zweck auf die Abschöpfung der ökonomischen Anreize des Rechtsbruchs, insbesondere vonseiten sehr großer Unternehmen, gerichtet sein muss.

---

[1]Vgl. zum Ganzen etwa Willmroth, Mehrere Großstädte erwägen Uber-Verbot, Süddeutsche Zeitung, 25.07.2014; Rest, Verbot der Taxi App Uber, Berliner Zeitung, 14.08.2014; Auch bei TAZ.de, Berliner Senat will Uber verbieten, 14.08.2014; Ferner Spiegel-Online, Taxi-App: Berlin verbietet Uber, 14.08.2014.

[2]Auskunft von Hardt, LABO, 15.08.2014; Zuvor ähnl. OVG-HH, Beschluss v. 24.09.2014 (Az. 3 Bs 175/14), juris Tz. 21.

[3]Laut BVerfG wohnt dem Art. 12 Abs. 1 GG auch eine umfassende Gewerbeausübungsfreiheit inne, siehe bereits BVerfG, Entscheidung v. 11. 06.1963 (Az. 1 BvR 156/63), E 16, 214 (219).

[4]So die Begründung zum Entwurf des 4. Änderungsgesetzes der GewO, vgl. BT-Drucks. 7/111, S. 4.

[5]Und gerade nicht auf Reisegewerbe, sowie Messen, Ausstellungen und Märkte (Titel III, IV GewO), da hier Sonderregelungen in Bezug auf Untersagungen mit den §§ 59, 70a GewO getroffen wurden.

[6]Zur vollständigen Untersagung vgl. Schwarz, Die Gewerbeuntersagung als Maßnahme des Verbraucherschutzes (Seminararbeit, Wintersemester 2014/15 – LS Zivilrecht IX, Univ. Bayreuth).

[7]Vgl. Fröhler/Kormann, § 155 Rn. 2.

[8]Eine ähnliche Regelung trifft etwa § 1 GewOZuVo für Baden-Württemberg.

[9]Vgl. Schoch, BesVwR, Kap. II Rn. 100.

[10]Hierzu auch Poscher/Rusteberger, JuS 2011, 888 (891).

[11]Heckmann in: Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, 3. Teil Rn. 87.

[12]Vgl. etwa BVerwG, Urteil v. 24.06.1976 (Az. 1 C 56.74), Jurion Tz. 15; BVerwG, Beschluss v. 11.03.2008 (Az. 6 B 2/08), juris Tz. 5 = NJW 2008, 1974.

[13]Bzw. jede nicht sozial unwertige Tätigkeit, so das BVerwG, a.a.O.

[14]Sog. „Gesamtbildtheorie“, vgl. Kahl in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 28, 05.1992), Einl. Rn. 48 ff. m.w.N.

[15]Ennuschat in: Tettinger/Wank/Ennuschat, § 1 Rn. 6; Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 57, 06.2010), § 6 Rn. 2.

[16]So etwa Ennuschat, a.a.O., § 1 Rn. 65; Heß in: Friauf (Bd. II, EL 277, 04.2014), § 35 Rn. 81.

[17]Vgl. Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 103 a.E., ferner unten bei Rn. 32.

[18]BVerwG, Beschluss v. 09.03.1994 (Az. 1 B 33/94), juris Tz. 3 = GewArch 1995, 114 (jeweils Ls.

und Gründe).

[19]So Stober, BesWiVwR, 46 I 5 h (S. 47).

[20]Vgl. BVerwG, Urteil v. 02.02.1982 (Az. 1 C 146/80), juris Tz. 13 = E 65, 1 f.; Zuvor bereits BVerwG, Urteil v. 19.03. 1970 (Az. I C 6.69), GewArch 1971, 200 (201); Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 29.

[21]Heß in: Friauf (Bd. II, EL 267, 03.2013), § 35 Rn. 160; Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 32.

[22]Stober, BesWiVwR, 46 I 5 f (S. 45); Ennuschat in: Tettinger/Wank/Ennuschat, § 35 Rn. 75; Marcks in: Landmann/ Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 62; Fröhler/Kormann, § 35 Rn. 32.

[23]VG Arnsberg, Entscheidung v. 06.11.2002 (Az. 1 K 5028/01), NRWE (<http://www.justiz.nrw.de/>), Tz. 37 ff., welches für unbeachtlich erklärt, ob eine Unzuverlässigkeit bereits nach § 263 StGB vorliegt.

[24]So Stober, BesWiVwR, 46 I 5 f (S. 45); Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 62; Ferner in Bezug auf den Entzug der Fahrerlaubnis bei einer Vielzahl kleiner Verstöße bereits u.a. BVerwG, Urteil v. 12.01. 1962 (Az. VII C 12.61), Jurion Tz. 20, dessen Grundzüge aber laut Heß in: Friauf (Bd. II, EL 267, 03.2013), § 35 Rn. 163 innerhalb des Gewerberechts ebenso Anwendung finden können.

[25]Siehe auch bei Ruffert in: Erichsen/Ehlers, § 22 Rn. 38.

[26]Vgl. BVerwG, Urteil v. 15.10.1967 (Az. I C 43.67), juris Tz. 11 ff. = E 28, 202 (205), ferner bereits im Urteil v. 05.08. 1965 (Az. I C 69.62), juris Tz. 34 = E 22, 16 ff.

[27]BVerwG, Urteil v. 02.02.1982 (Az. I C 146/80), juris Tz. 14 = E 65, 1 (2 ff.)

[28]Siehe Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 49, 06.2006), § 35 Rn. 21; Laubinger, VerwArch, 1998, 145 (167 f.).

[29]So OVG Lüneburg, Urteil v. 15.09.1993 (Az. 7 L 5832/92), NVwZ 1995, 185 (185 f.).

[30]R. Schmidt, BesVwR II, Rn. 1160.

[31]Siehe bei Ziekow, Öfftl. WiR, § 10 Rn. 60.

[32]OVG-HH, Beschluss v. 25.06.1991 (Az. Bs VI 47/91), juris Tz. 9 = GewArch 1991, 439 ff.

[33]Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 104; Tettinger in: Tettinger/Wank/Ennuschat, § 35 Rn. 160 f.; auch Fröhler/Kormann, § 35 Rn. 67.

[34]Marcks, a.a.O., § 35 Rn. 82; BVerwG, Urteil v. 24.02.1966 (Az. I C 37.65) = GewArch 1966, 202 (204):

[35]Vgl. BGH, Urteil v. 08.06.1983 (Az. VIII ZR 77/82), juris Tz. 18 = GewArch, 1984, 71 ff.

[36]Wendtland in: Bamberger/Roth, BGB (Bd. I), § 134 Rn. 5.

[37]Wendtland in: Bamberger/Roth, BGB (Bd. I), § 134 Rn. 5.

[38]So ähnlich auch Looschelders in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB (Bd. I), § 134 Rn. 175 a.E.

[39]Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 112 m.w.N.; Heß in: Friauf (Bd. II), § 35 Rn. 156.

[40]Vgl. Fröhler/Kormann, § 35 Rn. 58.

[41]Insoweit übereinstimmend mit Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 112

[42]Bspw. HessVGH, Beschluss v. 28.09.1990 (Az. 8 TH 2071/90), GewArch 1991, 28 (29); Tettinger in: Tettinger/Wank/ Ennuschat, § 35 Rn. 134; Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 102.

[43]Bspw. HessVGH, a.a.O.; Marcks, a.a.O., § 35 Rn. 103.

[44]Vgl. Fröhler/Kormann, § 35 Rn. 55.

[45]Dem zustimmend Tettinger in: Tettinger/Wank/Ennuschat, § 35 Rn. 135.

[46]BVerwG, Urteil v. 04.10.1965 (Az. I C 6.63), E 22, 286 (296).

[47]Zum Ganzen Marcks in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 48, 06.2006), § 35 Rn. 167 f.

[48]Vgl. Schliesky, Öfftl. WiR, S. 246.

[49]Brüning in: Pielow, § 35 GewO Rn. 63.

[50]Vgl. Fn. 15 und zuvor bereits BVerfG, Beschluss v. 17.03.1959 (Az. 1 BvR 53/56), juris Tz. 24;

Urteil v. 24.06.1971 (Az. I C 39.67), juris Tz. 14 f.

[51]Eyermann/Fröhler in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 30, 08.1993), § 1 Rn. 6; Arndt/Fetzer in: Steiner, Kap VI Rn. 199.

[52]BVerwG, Vorlagebeschluss zum EuGH v. 24.10.2001 (Az. 6 C 3/01), juris Tz. 49 = E 115, 189 (179).

[53]M.e.W. Kahl in: Landmann/Rohmer (Bd. I, EL 30, 08.1993), § 1 Rn. 6.

[54]Grundlegend im sog. „Apothekenurteil“, BVerfG, Entscheidung v. 11.06.1958 (Az. 1 BvR 596/56), NJW 1958, 1035 ff.

[55]Vgl. BVerwG, Fn. 52; Zusammenfassend Sailer in: Lisken/Denninger, Teil D Rn. 3 ff.

[56]So in etwa im Ergebnis Menger, VerwArch 1972, 351 (351 f.).

[57]OVG Koblenz, GewArch 1999, 30 ff. mit Anmerkung von Schliesky, Öfftl. WiR, 4. Teil 1. Abschnitt A. II.

[58]Vgl. etwa Pieroth/Schlink/Kniesel, § 7 Rn. 1.

[59]Dem folgen auch Poscher/Rusteberger, JuS 2011, 888 (892).

[60]Ähnlich zustimmend Degenhardt, Fall 10 Rn. 600 ff.

[61]Zustimmend Aubel, JURA 2004, 255 (257).

[62]BVerwG, Urteil v. 24.06.1971 (Az. I C 39.67), juris Tz. 17 = E 38, 209 (217 f.); OVG Münster, Urteil v. 30.11.1966 (Az. IV A 529/66), GewArch 1967, 249 jeweils mit Anmerkung von Menger, VerwArch, 1972, 351 (353); BGH, Urteil v. 11.01.1966 (Az. VI ZR 221/63) mit Anmerkung von Stober, Handbuch WiVwR und UmweltR, § 102 Punkt 9.

[63]Hier und im Folgenden Fröhler/Kormann, § 51 Rn. 3.

[64]So Tettinger in: Tettinger/Wank/Ennuschat, § 51 Rn. 9 f.

[65]So der Bundesverband der Verbraucherzentrale, Pressemitteilung vom 19.10.2012, <http://www.vzbv.de/10502.htm> (zuletzt abgerufen am 30.11.2014).

[66]Vgl. hier und auch zum Ganzen Mundt, „Kartellrecht zwischen Verbraucherschutz und Industriepolitik“, Vortrag beim 46. Symposium des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung & Wettbewerb e.V., Innsbruck, 25.02.2013. Online abrufbar auf <http://www.fiw-online.de> (Aktuelles → Archiv 2013; zuletzt abgerufen am 21.11.2014).

[67]Vgl. auch Dietze/Janssen, Rn. 64.

[68]Zum Ganzen auch Bechtold in: Bechtold, Einführung Rn. 51 und zuvor Rn. 41 ff.

[69]Becker in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 48 GWB Rn. 1.

[70]Becker, a.a.O., Rn. 2 ff.

[71]Vgl. BGH, Beschluss v. 15.11.1994 (Az. KVR 29/93), juris Tz. 17 = WuW/E, 2953 (2955).

[72]So in etwa Staebe in: Schulte/Just, § 48 GWB, Rn. 12 und § 55 GWB Rn. 1.

[73]Vgl. hierzu Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

[74]Anmerkung zur 7. GWB Novelle (07.07.2005; BGBl I, 1954) von Staebe, a.a.O., § 48 GWB Rn. 6.

[75]Rehbinder in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, §§ 31, 32 GWB Rn. 1.

[76]Vgl. Rehbinder, a.a.O. bei Fn. 75, § 32 Rn. 3; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, § 32 GWB Rn. 4.

[77]Lober in: Schulte/Just, § 1 GWB Rn. 13 ff. m.w.N.

[78]So EuGH, Urteil v. 18.06.1998 (Az. C-35/96), Slg. 1998/I-3851, Tz. 36.

[79]EuGH, Urteil v. 25.10.1983 (Az. R-107/82), Slg. 1983/3151, Tz. 50.

[80]Vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 27.06.1980 (Az. 2 U (Kart) 130/79), WuW/E, 2352 (2355).

[81]Lober in: Schulte/Just, § 1 GWB Rn. 44 ff.

[82]Seit der 6. GWB-Novelle (26.06.2013; BGBl. I, 1738) ist das Merkmal der Erheblichkeit nicht mehr ausdrücklich normiert, dennoch aber notwendig; vgl. Nordemann in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 1 GWB Rn. 142.

[83]Bunte in: Langen/Bunte, § 2 GWB Rn. 8.

[84]Emmerich, § 9 Rn. 10; Deister in: Schulte/Just, § 19 GWB Rn. 17 ff.

[85]Vgl. hierzu Deister in: Schulte/Just, § 19 GWB Rn. 57 und 60 ff. m.w.N.

[86]Deister, a.a.O., § 19 GWB Rn. 74.

- [87]Deister, a.a.O., § 19 GWB Rn. 63.
- [88]Zum Ganzen hier und auch im Folgenden Deister in: Schulte/Just, § 19 GWB Rn. 108 ff.
- [89]Vgl. Mäsch in: PraxisKomm KartellR, § 32 GWB Rn. 8.
- [90]Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, § 32 Rn. 6.
- [91]Bechtold in: Bechtold, § 32 Rn. 10.
- [92]Vgl. BGH, Beschluss v. 14.08.2008 (Az. KVR, 54/07), Volltextveröffentlichung auf <http://openjur.de/u/190498.html> (zuletzt abgerufen am 02.12.2014), vgl. hier Tz. 35 ff.; Jaeger in: Frankfurter Kommentar GWB, § 32 GWB Rn. 9 (EL 80, 05.014); Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, § 32 Rn. 9.
- [93]So Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, § 32 Rn. 5.
- [94]Verordnung (EG) 1/2003, Art. 3.
- [95]Siehe die Bagatellbekanntmachung Nr. 18/2007, online abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de) (zuletzt abgerufen am 04.11.2014).
- [96]Hierauf weist auch Deister in: Schulte/Just, § 19 GWB Rn.163 f. hin.
- [97]Vgl. Säcker, ZWeR 2008, 362 (III.4.).
- [98]Säcker, a.a.O., 355 ff. (II.2.3), der die §§ 134, 139 BGB hier idealkonkurrieren lässt (a.a.O., Fn. 58 m.w.N.)
- [99]So auch Säcker, a.a.O., 361 (III.2.) ohne weitere Begründung.
- [100] Vgl. die sog. „Pepcom-Entscheidung“: BGH, Beschluss v. 07.11.2006 (Az. KVR 38/05), juris Tz. 18.
- [101] K. Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, § 54 Rn. 2 f.
- [102] BGH, Beschluss v. 07.11.2006 (Az. KVR 38/05), juris Tz. 11; Bechtold, NJW 2007, 562.
- [103] Vgl. BGH, a.a.O., juris Tz. 18.
- [104] Siehe K. Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, § 63 Rn. 32 ff., der zwar zunächst einen tatsächlich bestehenden An-spruch (Begründetheit) wegen des Opportunitätsprinzips für § 32 GWB ausschließt (§ 32 Rn. 33 / Fn. 160) aber im Ergebnis eine Aufweichung ebendieses Prinzips im Beschwerdeverfahren fordert (§ 32 Rn. 34, § 54 Rn. 7 ff.).
- [105] Vgl. zustimmend auch Jaeger in: Frankfurter Kommentar GWB, § 32 GWB Rn. 13 a.E (EL 80, 05.2014); Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, § 32 Rn. 8.
- [106] Kühnen in: Immenga/Mestmäcker, § 63, Rn. 16; wohl auch Peter in: Schulte/Just, § 63 GWB Rn. 6.
- [107] Vgl. nur BGH, Beschluss v. 01.12.1977 (Az. KVR 4/76), juris Tz. 15, welcher hier zwar über einen Verstoß des § 18 GWB a.F. entscheidet, aber eine Klagebefugnis mangels Antragsdeliktseigenschaft abweist, m.w.N. bei K. Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, § 63 Fn. 158; Ferner Peter in: Schulte/Just, § 32a GWB Rn. 11.
- [108] BR Drucks. 852/97, S. 2.
- [109] BR Drucks. 852/97, S. 45; Hierauf weist auch Dormann, S. 23 (II.) hin.
- [110] Siehe auch Jaeger in: Frankfurter Kommentar GWB, § 32 GWB Rn. 13 a.E (EL 80, 05.2014).

## LITERATURVERZEICHNIS

### I. KOMMENTARE

- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert: Bürgerliches Gesetzbuch – Band 1: §§ 1-610, 2. Auflage, München 2007.
- Bechtold, Rainer: Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Auflage, München 2010.
- Fehling, Michael / Kasterner, Berthold / Störmer, Rainer: Verwaltungsrecht – VwVfG, VwGO und Nebengesetze, 3. Auflage, Baden-Baden 2013.
- Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht: Jaeger, Wolfgang (u.a. Hrsg.) – Band 5: §§ 20-73 GWB (Loseblatt), Köln.

Friauf, Karl Heinrich: Kommentar zur Gewerbeordnung – Band 2: Gewerberechtlicher Teil nebst Ausführungsverordnungen (Loseblatt), Köln.

Fröhler, Ludwig / Kormann, Joachim: Gewerbeordnung, Frankfurt 1978.

Heidel, Thomas / Hüßtege, Rainer / Mansel, Heinz-Peter / Noack, Ulrich: NomosKommentar BGB – Band 1: Allgemeiner Teil und EGBGB, 2. Auflage, Baden-Baden 2012.

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim: GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Auflage, München 2001.

Landmann, Robert von / Rohmer, Gustav: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften (Loseblatt) – Band 1: GewO, München.

Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef: Deutsches und europäisches Kartellrecht – Band 1: Deutsches Kartellrecht, 12. Auflage, Köln 2014.

Lisken, Hans / Denninger, Erhard: Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage, München 2007.

Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl / Riesenkampff, Alexander: Kartellrecht – Europäisches und deutsches Recht, 2. Auflage, München 2009.

Pielow, Johann-Christian: Gewerbeordnung, München 2009.

Praxiskommentar Kartellrecht: Mäsch, Gerhard (u.a. Hrsg.) – Deutsches und europäisches Kartellrecht, Frankfurt 2009 (zit.: PraxisKomm KartellR).

Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinrich, Gerd: BGB, 9. Auflage, München 2014.

Schulte, Josef / Just, Christoph: Kartellrecht – GWB, Kartellvergabe-, EU-Kartellrecht, Köln 2012.

Stober, Rolf: Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, Stuttgart 1989 (zit.: Handbuch WiVwR und UmweltR).

Tamm, Marina / Tonner, Klaus: Verbraucherrecht, Baden-Baden 2012.

Tettinger, Peter / Wank, Rolf / Ennuschat, Jörg: Gewerbeordnung, 8. Auflage, München 2011.

## II. LEHRBÜCHER / MONOGRAPHIEN

Becker, Ulrich / Heckmann, Dirk / Kempen, Bernhard / Manssen, Gerrit: Öffentliches Recht in Bayern, 5. Auflage, München 2011.

Degenhardt, Christoph: Klausurenkurs im Staatsrecht II, 4. Auflage, Heidelberg 2007.

Detterbeck, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 11. Auflage, München 2013.

Dietze, Philipp / Janssen, Helmut: Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 4. Aufl., München 2011.

Dormann, Ulrike: Drittklagen im Recht der Zusammenschlußkontrolle, FIW-Schriftenreihe, Band 180, Köln 2000.

Emmerich, Volker: Kartellrecht, 12. Auflage, München 2012.

Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk: Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2010.

Pierot, Bodo / Schlink, Bernhard / Kniesel, Michael: Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 6. Auflage, München 2012.

Schenke, Wolf-Rüdiger: Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2013.

Schliesky, Utz: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2003 (zit.: Öfftl. WiR).

Schmidt, Rolf: Besonderes Verwaltungsrecht II – Polizei und Ordnungsrecht, Versammlungsrecht, Verwaltungsvollstreckungsrecht und Gewerberecht, 13. Auflage, Bremen 2010 (zit.: BesVwR II).  
→ „5. Kapitel: Gewerberecht“ auch online abrufbar unter: <http://www.verlag-rolf-schmidt.de/verlagsprogramm/falloesungenergaenzungen/gewerberecht.html> (zul. abgerufen am 01.12.2014).

Schoch, Friedrich: Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin 2013 (zit.: BesVwR).

Steiner, Udo (u.a. Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2006.

Stober, Rolf: Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht – Gewerbe- und Regulierungsrecht, Produkt- und Subventionsrecht, 14. Auflage, Stuttgart 2007 (zit.: BesWiVwR).

Tettinger, Peter / Erbguth, Wilfried / Mann, Thomas: Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Heidelberg 2012.

Ziekow, Jan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, München 2013 (zit.: Öfftl. WiR).

### III. AUFSÄTZE IN ZEITSCHRIFTEN

Aubel, Tobias: Das Menschenunwürdige Laserdrome in: JURA 2004, S. 255 ff.

Bechtold, Rainer: Erweiterung der Beschwerdebefugnis im Kartellverfahren in: NJW 2007, S. 562 ff.

Mecke, Ingo: Europäisches Kartellrecht in: Gabler Wirtschaftslexikon Online (online abrufbar unter: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/2096/europaeisches-kartellrecht-v12.html>, Version 12).

Menger, Christian-Friedrich: Gewerbefreiheit und ordnungsrechtliche Eingriffsermächtigung in: VerwArch 1972, S. 351 ff.

Poscher, Ralf / Rusteberger, Benjamin: Die Klausur im Polizeirecht in: JuS 2011, S. 888 ff.

Säcker, Franz Jürgen: Die privatrechtliche Dimension des Wettbewerbsrechts - Zur Systematischen Harmonisierung von Vertrags- und Wettbewerbsrecht in: ZWeR 2008, S. 348 ff.