

30. September 2014

Per Fax: 07762 535 1132

Sehr geehrter Herr Keser,

Berufsbetreuer haben sich gem. § 14 GewO anzumelden, zahlen jedoch keine Gewerbesteuer, unterliegen jedoch der Gewerbeaufsicht.

Berufsbetreuer ist derjenige, der mindestens 10 Betreuungen hat. Das Berufsbild eines Berufsbetreuers setzt gem. § 1897 I BGB voraus, dass der Betreuer geeignet ist, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheit des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen.

Kernelement ist dabei der persönliche Kontakt, insbesondere das persönliche Gespräch zwischen Betreuten und Betreuer.

Das besagt, dass der Betreuer eine gesetzliche Besprechungspflicht auferlegt bekommen hat.

Der Betreute ist über den Stand der Angelegenheit zu informieren, die möglichen Maßnahmen und die Auffassung des Betreuers hierzu sind zu erörtern.

Das Unterlassen gebotener Besprechung stellt eine Pflichtwidrigkeit dar.

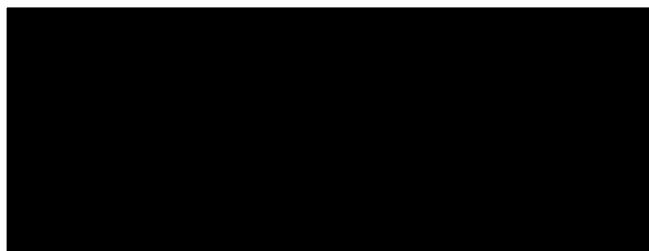
(Dem Betreuer unverzüglich Haus- und Grundstücksverbot erteilen, desweiteren Kontaktverbot, keine Schreiben beantworten, immer wieder die Rückgabe des Betreuerausweises verlangen, dann ist die Betreuung sinnlos, weil die Besprechungspflicht nicht erfüllt werden kann. Es muss immer zum Wohle des Betreuten gehandelt sein, dessen Vermögen muss vermehrt werden.)

Der Betreuer unterliegt neben der Aufsicht durch die Betreuungsbehörde, auch der Aufsicht des Gerichts und auch der Gewerbeaufsicht, weil der Betreuer ein Gewerbe ausübt.

§ 35 Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit umfasst 133 Seiten.

Ich füge Ihnen ein paar Seiten zur Information bei, bei Bedarf kann ich Ihnen hier dann weiterhelfen.

Mit freundlichen Grüßen



F 11 ulb

Gewerbe- u. d.

bis 26. 2014 Stad
wird nicht mehr fest.

Gewerbeordnung

SevO

5.9.2014

§ 35

§ 35 Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit

(1) 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. 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. Das Untersagungsverfahren kann fortgesetzt werden, auch wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird.

(2) Dem Gewerbetreibenden kann auf seinen Antrag von der zuständigen Behörde gestattet werden, den Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter (§ 45) fortzuführen, der die Gewähr für eine ordnungsgemäße Führung des Gewerbebetriebes bietet.

(3) Will die Verwaltungsbehörde in dem Untersagungsverfahren einen Sachverhalt berücksichtigen, der Gegenstand der Urteilsfindung in einem Strafverfahren gegen einen Gewerbetreibenden gewesen ist, so kann sie zu dessen Nachteil von dem Inhalt des Urteils insoweit nicht abweichen, als es sich bezieht auf

1. die Feststellung des Sachverhalts,
2. die Beurteilung der Schuldfrage oder
3. die Beurteilung der Frage, ob er bei weiterer Ausübung des Gewerbes erhebliche rechtswidrige Taten im Sinne des § 70 des Strafgesetzbuches begehen wird und ob zur Abwehr dieser Gefahren die Untersagung des Gewerbes angebracht ist.

Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt. Die Entscheidung über ein vorläufiges Berufsverbot (§ 132 a der Strafprozeßordnung), der Strafbefehl und die gerichtliche Entscheidung, durch welche die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt wird, stehen einem Urteil gleich; dies gilt auch für Bußgeldentscheidungen, soweit sie sich auf die Feststellung des Sachverhalts und die Beurteilung der Schuldfrage beziehen.

(3 a) (aufgehoben)

(4) Vor der Untersagung sollen, soweit besondere staatliche Aufsichtsbehörden bestehen, die Aufsichtsbehörden, ferner die zuständige Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer und, soweit es sich um eine Genossenschaft handelt, auch der Prüfungsverband gehört werden, dem die Genossenschaft angehört. Ihnen sind die gegen den Gewerbetreibenden erhobenen Vorwürfe mitzuteilen und die zur Abgabe der Stellungnahme erforderlichen Unterlagen zu übersenden. Die Anhörung der vorgenannten Stellen kann unterbleiben, wenn Gefahr im Verzuge ist; in diesem Falle sind diese Stellen zu unterrichten.

(5) (aufgehoben)

(6) Dem Gewerbetreibenden ist von der zuständigen Behörde auf Grund eines an die Behörde zu richtenden schriftlichen Antrages die persönliche Ausübung des Gewerbes wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr vorliegt. Vor Ablauf eines Jahres nach Durchführung der Untersagungsverfügung kann die Wiederaufnahme nur gestattet werden, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

Untersagungsverordnung des § 35 GewO. Bester Dissertation, Sonderdruck aus Landmann-Rohrert, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1986; Jerr, GewA 2000, 488; Stel-Jungblum zum Beschl. des Hess. VGH v. 28. 6. 2000, GewA 2000, 424; Meilcke, Anmerkung zum Urteil des BvGH v. 9. 3. 1999, DB 1999, 627; Meyer, Verletzung des Steuerertrahens (§ 30 AO) im Rahmen des gewerberechtlichen Untersagungsverfahrens gem. § 35 GewO?, GewA 1985, 319; Metzner, Die Rechtsprechung zur Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO und zum Spielrecht nach §§ 33, 37 GewO, Kommentar zum GastG, 14. Aufl. 2003; Meißel, Gewerbe- und allgemeines Sicheheitsrecht, GewA 1991, 206; Pauly, GewA 2000, 203; Ann. zum Beschl. des GewBerechts, GewA 2000, 125; Pauly/Böhm, Aktuelle Rechtsfragen des GewBerechts, Vollzug in Baden-Württemberg, GewA 2002, 232; Pinner/König, Aktuelle Rechtsfragen des GewBerechts - Vollzug in Bayern - GewA 1997, 16; Rada, Mittelratsrechte der Gewerbebehörden gegenüber Dritten, GewA 1998, 224, 275; Schäfer, Der Begriff der Unzuverlässigkeit in § 35 Abs. 1 GewO, WIVertw 1982, 100; Schäfer/Schreiber, Gegenseitige und verlässliche Sanktionen bei Unzuverlässigen Natur und Recht 1996, 440; Schäfer, Gewerbe-Zukunftige Sanktionen bei Unzuverlässigen - Die Korruptionssanktion in Großkonzernen aus dem Blickwinkel des § 35 GewO, GewA 2005, 369; Schäfer/Böhm, Heranzugung 2005 des BIA GewBerechts, GewA 2006, 65; Schäfer/Kopp, Bericht über die 92. Tagung des BIA „GewBerecht“ am 12./13. 11. 2002, GewA 2003, 51; Seifert, Europa seit 1992 - Zur Behandlung europäischer Sanktionsmaßnahmen nach deutschem GewBerecht, GewA 2002, 393; Sgh, Rechtswechsel im gewerberechtlichen Untersagungsverf. GewA 1975, 362; Sieber, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Unwirtschrechts, 1989; Stör, Deutsche GmbH versus englische Ltd. - Wettbewerb der Rechtsordnungen und die beste Gesellschaftsform für den Mittelstand, GewA 2005, 265; Teninger/Wank, Kommentar zur Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004, Mittelstand, GewA 2005, 265; Teninger/Wank, Kommentar zur Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004,

Übersicht

A. Vorberntung	Rdn.
I. Entstehungsgeschichte	1-11
II. Allgemeine Verwaltungsverordnungen	1-4
III. Rückwirkung	5
IV. Allgemeines	6-11
1. Allgemein	6-8
2. Ausnahmefälle	9-11
B. Allgemeine Bemerkungen	12-22
I. Anwendungsbereich des § 35	12-14
II. Bedeutung der Instanz der Untersagung	15-22
1. Korrelat zur Gewerbetreibend	15, 16
2. Tatsächliche Bedeutung	17
3.ultima ratio	18
4. Abgrenzung zu Rücknahme- und anderen Untersagungsverordnungen	19
5. Rechtliche Qualifizierung der Gewerbeuntersagung	20-22
C. Voraussetzungen der Untersagung	23-79
I. Ausübung eines Gewerbes	23-27
II. Unzuverlässigkeit	28-62
1. Allgemein	28-34
2. Einzelne Untersagungsgründe	35-62
a) Früher ausgesprochene Untersagung bzw. Rücknahme	36
b) Sanktionen, Ordnungswidrigkeiten	37-44
c) Mängelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit	45-48
d) Steuerstrafen	49-54
e) Verletzung strafversicherungsrechtlicher Verpflichtungen	55-57
f) Mangelnde Sachkunde	58-66
g) Sonstige Untersagungsgründe	61, 62

(7) Zuständig ist die Behörde, in deren Bezirk der Gewerbetreibende eine gewerbliche Niederlassung unterhält oder in den Fällen des Absatzes 2 oder 6 unterhalten will. Bei Fehlen einer gewerblichen Niederlassung sind die Behörden zuständig, in deren Bezirk das Gewerbe ausgeübt wird oder ausgeübt werden soll. Für die Vollstreckung der Gewerbeuntersagung sind auch die Behörden zuständig, in deren Bezirk das Gewerbe ausgeübt wird oder ausgeübt werden soll.

(7a) Die Untersagung kann auch gegen Vertretungsrechte oder mit der Leistung des Gewerbebetriebes beauftragte Personen ausgesprochen werden. Das Untersagungsverfahren gegen diese Personen kann unabhängig von dem Verfahren der Untersagungsverfahrens gegen den Gewerbebetreibenden fortgesetzt werden. Die Absätze 1 und 3 bis 7 sind entsprechend anzuwenden.

(8) Soweit für einzelne Gewerbe besondere Untersagungs- oder Betriebschließungsmaßnahmen bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden abzielen, oder eine für das Gewerbe ermittelte Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden zurückgenommen oder widerrufen werden kann, sind die Absätze 1 bis 7a nicht anzuwenden. Dies gilt nicht für Vorschriften, die Gewerbeuntersagungen oder Betriebschließungen durch strafgerichtlichen Urteil vorsehen.

(9) Die Absätze 1 bis 8 sind auf Genossenschaften entsprechend anzuwenden, auch wenn sich ihr Geschäftsbetrieb auf den Kreis der Mitglieder beschränkt; sie finden ferner Anwendung auf den Handel mit Anzeigemitteln, mit Lösen von Loterien und auf den Betrieb von Wettermessstellen aller Art.

Schrifttum: App, Einkommenerhebungen einer Gewerbeuntersagung, GewA 1990, 315; ders., Die Erzwangung von Maßnahmen der Gewerbebehörden und anderer gewerbebetriebsbezogener Anordnungen, GewA 1999, 55; Amdt, Steuergeheimnis, steuerliche Unzuverlässigkeit und gewerberechtliches Untersagungsverfahren, GewA 1988, 281; Beyer, Verordnungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO, WIVertw 1982, 82; Beyer, Grundrissliche Gedanken zur Gewerbeuntersagung und Gewerbeuntersagung, GewA 1983, 152; Dahnke, Die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit, WIVertw 1982, 65; Eismann, Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit im zusammenwachsenden Europa - Welche Folgen hat die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit in Großbritannien und in Frankreich?, GewA 2004, 408; Fiedler, Maßnahmen nach § 35 V GewO: vollrechtlicher Verwaltungsakt oder Vollstreckungsakt?, NVwZ 1987, 1050; Fischer/Schaff, Öffentliche steuerlicher Daten gegenüber Gewerbeuntersagungsbehörden, GewA 1990, 337; Fiedler/Hoff, Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattsammlung, Prommet, Strömungsverhältnisse bei der Beteiligung von Ausländern im Einzelhandel, GewA 1974, 295; Fiedler, Zur „Ankörung“ im Gewerbeuntersagungsverfahren nach § 35 Abs. 4 der Gewerbeordnung, GewA 1968, 195; Fiedler, Bericht über die 82. Tagung des Bund-Länder-Ausschusses „GewBerecht“ am 11./12. 11. 1997, GewA 1998, 60; Gahrman, Verkehrsrechtliche und gewerberechtliche Bewertung von Pflichtverletzungen gewerblicher Kraftfahrzeughalter, GewA 1981, 209; Hoff in GewA 1982, 234; GewA 1983, 265 und GewA 1994, 360; Hönig, Kommentar zur Handwerksordnung, 2. Aufl. 1999, 3. Aufl. 2004; Horn, Die Wiederaufnahme des Gewerbebetriebs nach Untersagung, GewA 1983, 369; Jansen, Zwischenplatz zu § 35 der Gewerbeordnung, GewA 1983, 1; Karsten, Die GmbH im internationalen Wettbewerb und die beste Gesellschaftsform für den Mittelstand, GewA 2006, 234; Krawitz, Gewerbeuntersagung nach § 35 der Gewerbeordnung, Verlag Franz Vahlen GmbH 1965; ders., Zwischenplatz zu § 35 der Gewerbeordnung, GewA 1968, 145; ders., Die Gewerbeuntersagung nach der Neufassung des § 35 Gewerbeordnung, GewA 1974, 253; Kridler, Niederlassungsrecht für Sachverständigen (Schlichter), NJW 1999, 1993; Klein, Zehn maßgebenden Zeitpunkte für die Sach- und Rechtslage im Verwaltungsverfahren, NVwZ 1990, 633; Kopp/Kemper, Kommentar zum VwVG, 9. Aufl. 2005; Koser/Siebert, Steuer- und Sozialrecht im Gewerbe, DVO 1985, 549; Krogmann, Unzuverlässigkeit und Verhältnismäßigkeit - Duldung des Betriebsmittelkonsums durch Gestante - GewA 1995, 398; Laubinger/Reinhardt, Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit und ihre Folgen, VerwArch. 89 (1998), 145, 337, 609; Marcks, Verschärfung der Untersagungsverordnung des § 35 Gewerbeordnung, GewA 1974, 79; ders., Die neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 35 GewO, GewA 1982, 316; ders., Die

III. Verantwortlicher	Rdn.
1. Gewerbetreibender, Vertretungsberechtigter der juristischen Person	63-73 d
2. Betriebsleiter, Stellvertreter	63-65
3. Dritte	66-68
4. Strohbanntverhältnisse	69-70
IV. Rechtsplegerführung, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit	71-75 d
1. Rechtsplegerführung	76-79
2. Erforderlichkeit	76
3. Verhältnismäßigkeit	77, 78
V. Inverkehrsetzliche Unbedenklichkeit	79
D. Untersezung	80-114
1. Sachlicher Geltungsbereich	80-100
1. Umfang der Untersezung	80, 81
2. Voll- und Teiluntersezung	82-84
3. Erstreckung auf andere und alle Gewerbe sowie leitende Tätigkeiten	85-95
4. Fortsetzung trotz Aufgabe des Gewerbes	96-100
II. Persönlicher Geltungsbereich	101-103
1. Reichlich Betroffenen	101
2. Tatsächlich Betroffene	102, 103
III. Ordlicher Geltungsbereich, Nebenbestimmungen	104-109
1. Ordlicher Geltungsbereich	104
2. Nebenbestimmungen	105-109
IV. Rechtsverbindungen der Untersezung	110-114
1. Einsetzung des Gewerbes	110, 111
2. Abwicklung	112
3. Auswirkungen auf Gewerbetreibenden	113
4. Auswirkungen auf Erwerber	114
E. Stellvertreterlaubnis (Abs. 2)	115-134
I. Entstehungsgeschichte	115
II. Bedeutung der Stellvertreterlaubnis	116
III. Tätigkeitsvoraussetzungen der Stellvertreterlaubnis	117
IV. Inhalt der Stellvertreterlaubnis	118-122
1. Berufsausübungsregelung	118
2. Inhaber der Erlaubnis	119, 120
3. Geltungsbereich der Stellvertreterlaubnis	121
4. Gegenstand der Stellvertreterlaubnis	122
V. Voraussetzungen für die Erteilung der Stellvertreterlaubnis	123-127
1. Antrag	123-127
2. Anforderungen an den Stellvertreter	125-127
VI. Erteilung der Stellvertreterlaubnis, Bestand	128-134
1. Ermessensentscheidung	128-131
2. Nebenbestimmungen	132, 133
3. Erlöschen	134
F. Überdang zu den Absätzen 3 bis 9	135, 136
G. Bindung an strafgerichtliche Entscheidungen (Abs. 3)	137-157
I. Entstehungsgeschichte	137-140
II. Inhalt der Regelung	141-148
1. Bindungswirkung von Strafurteilen (Abs. 3 Satz 1)	141-147
2. Sonstige strafgerichtliche Entscheidungen (Abs. 3 Satz 3)	148
III. Berechnung auf einzelne oder alle Gewerbe (Abs. 3 Satz 2)	149-152
IV. Zusammenarbeit zwischen dem Justiz- und Gewerbebehörden	153-157
1. Zusammenarbeit zwischen dem Justiz- und Gewerbebehörden	153
2. Doppelentscheidungen	154-157

Juni 2006 48. Et. Bundesrat: Murcks

H. Auskunftspflicht (Abs. 3a) aufgehoben (unbest.)	Rdn.
1. Anhörung anderer Stellen (Abs. 4)	158
I. Anhörungsberechtigte Stellen	159-165
II. Durchführung	166-170
III. Ermessensentscheidung	167
IV. Folgen der unternichteten Anhörung	168, 169
J. [Zwangsmassnahmen (Abs. 5)] aufgehoben	170
K. Wiedereinsetzung (Abs. 6)	171, 172
1. Voraussetzungen	173-183
1. Zuverlässigkeit	173-178
2. Unantastbarkeit, Durchführung der Untersezung, Fristlauf	174
3. Antrag	175-177
II. Durchführung der Wiedereinsetzung	178
1. Durchföhrung der Wiedereinsetzung	179-182
2. Nebenbestimmungen	179
3. Bedeutung für Erlaubnisse	180
4. Aufhebung der Wiedereinsetzung	181
III. Rücknahme der Untersezung, Widerruf	182
L. Zuständigkeit (Abs. 7)	183
I. Entstehungsgeschichte	184-190
II. Sachliche Zuständigkeit	184
III. Ordliche Zuständigkeit	185, 186
M. Untersezung gegen Vertretungsberechtigte und mit der Leistung des Betriebes beauftragte Personen (Abs. 7a)	187-190
N. Vorzug sozialgesellischer Regelungen (Abs. 8)	191-194
O. Erweiterung auf Genossenschaften v. a. (Abs. 9)	195-198 a
P. Budget- und Strafvorschriften	199, 200

A. Vorbemerkung

I. Entstehungsgeschichte

Die Untersezungsvorschrift des § 35 ist in dem langen Geltungszeitraum der Gewerbeordnung erheblichen Wandlungen unterworfen worden. Die ursprüngliche Fassung v. 21. 6. 1869 beschränkte sich auf die enumerative Aufzählung einiger weniger Gewerbe, die untersezt werden konnten, wenn der Gewerbetreibende bestimmte gewerbebezogene Verbrechen oder Vergehen begangen hatte. Im Laufe der Jahrzehnte wurde der Anwendungsbereich um eine Vielzahl weiterer Gewerbe erweitert und der Untersezungszustand durch die Einführung des Begriffs der Unzuverlässigkeit vereinfacht (wegen Einzelheiten s. Murcks, Die Untersezungsvorschrift des § 35 GewO a. a. O., Rdn. 28, ferner Vorbemerkung zu § 35 der 11. Auflage dieses Kommentars).

Im Jahr 1953 wurde ein erster Versuch unternommen, die enumerative Vorschrift 2 durch eine Generalklausel zu ersetzen. Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Titel II, III, IV und X der Gewerbeordnung (BT-Druck. 1/4170) enthielt in Art. I Nr. 6 einen Vorschlag für eine entsprechende Neufassung des § 35, der, soweit es den Kern der Untersezungsvorschrift betrifft, weitgehend identisch mit dem heute geltenden Text war. § 35 Abs. 1 des Entwurfs lautete:

Bundesrat: Murcks 48. Et. Juni 2006

werke abzustellen, dessen Untersagung Voraussetzung für Maßnahmen nach Satz 2 ist. Dieses Gewerbe wurde in dem hier gebildeten Fall schon vor dem 1. 8. 1986 betrieben. Der Gewerbetreibende musste zu diesem Zeitpunkt zwar damit rechnen, dass ihm dieses Gewerbe (oder einzelne andere oder sogar alle) untersagt wird, wenn er die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 1 (oder Satz 2 a. F.) erfüllt, er hatte aber nicht zu befürchten, dass diese auf eine unselbständige Tätigkeit angedeutet wird. Daraus folgt, dass Altstatuten neben den uneingeschränkt zulässigen neuen Tatsachen nur in dem in Rdn. 8 angezeigten Umfang berücksichtig werden dürfen. Dasselbe gilt für die von § 35 Abs. 7a betroffenen, in letzter Stellung tätigen Personen, für die mit der erwähnten Gesetzesänderung erstmals eine eigenständige Untersagungsnorm geschaffen wurde (so auch *Prinz/Hoff*, Rdn. 11a zu § 35, *Tetzinger/Mack* z. a. O., Rdn. 221 zu § 35, ferner *Urt. des BVerwG v. 19. 12. 1995*, *GewA 1996*, 241, des HsG. *VGH v. 27. 10. 1993*, *GewA 1994*, 64 und v. 16. 7. 1997, *GewA 1996*, 289).

B. Allgemeine Bemerkungen

I. Anwendungsbereich des § 35

§ 35 ist die **generelle Untersagungsvorschrift des Gewerberechts** (§, auch die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung in Rdn. 1 bis 4 sowie *Marcks*). Die Untersagungsvorschrift des § 35 *GewO* z. a. O., Rdn. 28). Die Vorschrift findet auf alle Gewerbetreibenden (wegen des Begriffs des Gewerbes s. Rdn. 32ff. der Einleitung, 3ff. zu § 1, 13ff. zu § 14) Anwendung, die der Gewerbeordnung und den gewerberechtlichen Nebengesetzen unterliegen, soweit dies nicht durch Spezialregelung ausgeschlossen ist. Sie gilt somit (wie sich auch aus § 1 ergibt) auch für **Ausländer**. Wie das *BVerwG* in seinem *Beschl. v. 11. 5. 1993* (*GewA 1993*, 323 = *NVwZ 1994*, 374) ausgeführt hat, verstößt § 35 nicht gegen Art. 7 EWG-Vertrag und den Allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, er diskriminiert insbesondere nicht Inländer gegenüber EG-Ausländern, auch wenn die übrigen Mitgliedstaaten keine vergleichbare Vorschriften haben. Art. 7 EWG-Vertrag fördert nicht mehr als die gleiche Unterwerfung von Deutschen und EG-Ausländern unter dasselbe innerstaatliche Gewerberecht. Da dies der Fall ist, sei sowohl eine Ausländer- als auch Inländerdiskriminierung ausgeschlossen. Eine evtl. nicht vollzogene Rechtsangleichung innerhalb der EG stelle daher keinen Fall der Diskriminierung dar. Wegen seiner Einordnung in Titel II gilt § 35 allerdings nur für das stehende Gewerbe (*Urt. des BVerwG v. 14. 2. 1963*, *BVerwGE 15*, 282, *Urt. des OVG Münster v. 11. 8. 1965*, *GewA 1966*, 32 = *OVGE 21*, 304, *Urt. des VGH Bad.-Württ. v. 4. 6. 1973*, *GewA 1973*, 286, *Prinz/Hoff*, Rdn. 6 zu § 35, *Tetzinger/Mack*, Rdn. 3ff. zu § 35, *Diersbach/WVVerw 1982*, 65), nicht dagegen für eine Betätigung im Rahmen der Titel III (Reisengewerbe) und IV (Messerausstellungen, Märkte), für die im Übrigen in den §§ 59 und 70a spezielle Untersagungsvorschriften bestehen (z. B. *OVG Münster, Urt. v. 25. 8. 1980*, *GewA 1981*, 11, wonach § 35 Abs. 1 Satz 3 im Rahmen der Untersagung einer reisengewerbetätigen freien Tätigkeit nach § 59 zumindest entsprechend anwendbar ist, offengelassen im Revisionsurteil des *BVerwG v. 17. 8. 1982*, *GewA 1983*, 21, dagegen *Marcks, GewA 1983*, 22 mit überzeugenden Argumenten, differenzierend *VGH Bad.-Württ., Urt.*

ziehenden Prostitutionsgesetz v. 20. 12. 2001 (BGBl. I S. 3983) geändert haben, wonach die Prostitution keine sittenwidrige Tätigkeit mehr sein soll; denn das Prostitutionsgesetz erkennt dem Vertrag zwischen der Prostituierten und ihrem Freier Rechtswirksamkeit zu und gewährt ihr Zugang zur Arbeitslosen-, gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, Rechtsprechung und Literatur sind dem weitgehend konform (s. § 14 Rdn. 15a). Es liegt daher nahe, nunmehr die Prostitution als Gewerbe anzusehen, wenn die übrigen Voraussetzungen (Selbstständigkeit usw., s. § 14 Rdn. 40) erfüllt sind, mit sämtlichen Konsequenzen aus der Gewerbeordnung, z. B. Anmeldung nach § 14 und Untersagung nach § 35, wobei die Tätigkeit als solche nicht mehr Untersagungsgrund sein kann. In dem Zusammenhang soll darauf hingewiesen werden, dass § 35 schon bislang auf Tätigkeiten angewandt wurde, die an sich erlaubt sind, jedoch in Kombination mit einer verbotenen oder sozial unerwünschten Tätigkeit ausgeübt werden, wodurch sich der Gewerbetreibende als unzuverlässig erweisen kann. So haben das VG München mit *Urt. v. 1. 10. 1987* (*GewA 1988*, 24) einem Gastwirt das Betreiben seiner Gaststätte als Bordell nach § 31 GastG i. V. m. § 35 *GewO* und das VG Berlin mit *Beschl. v. 17. 3. 1998* (*GewA 1998*, 209) einen Verein, in dem die Prostitution nachgegangen wurde, untersagt. Demgegenüber hat der Bay-VGH mit *Beschl. v. 9. 8. 1996* (*GewA 1996*, 474) die Anwendung des § 35 auf einen Saunabetrieb mit Partnerparties abgelehnt, ebenso das VG Stuttgart mit *Beschl. v. 6. 4. 1998* (*GewA 1998*, 291 mit kritischer Anm. von *Diersbach*, *GewA 1998*, 378) auf den Einzelhandel mit Sexartikeln und Bereitstellung eines Drinklunars für sexuelle Handlungen zwischen Homosexuellen, ferner das VG Stuttgart *Urt. v. 22. 10. 1999* (*GewA 2000*, 25) im Hauptstadterverfahren, während der VGH Bad.-Württ. noch im *Beschl. v. 16. 7. 1998* (*GewA 2000*, 193) auf *Beschw. der Antragsgenossen* gegen den o. a. *Beschl. des VG Stuttgart v. 6. 4. 1998* eine Teiluntersagung des Gewerbebetriebs nach § 35 ausgesprochen hatte (*Beifolgendes Pauly*, *GewA 2000*, 203, ferner *Pauly/Berlin*, *GewA 2000*, 50, 59, s. auch § 14 Rdn. 15c). Soweit in diesen Entscheidungen eine Unzuverlässigkeit aus sexuellen Betätigungen von Prostituierten, Pärchen usw. hergeleitet wird, dürfen diese Erwägungen künftig keine Rolle mehr spielen.

II. Bedeutung des Instituts der Untersagung

1. Korrelat zur Gewerbefreiheit

§ 35 ist das **notwendige Korrelat zur Gewerbefreiheit** (§ 4 BT-Drnck 7/111). 15 Er soll verhindern, dass der Gewerbetreibende schrankenlosen Gebrauch von der Gewerbebetrieb ohne Rücksicht auf entgegenstehende Belange der Allgemeinheit macht. So wurde schon in der Begründung zum Entwurf des 4. *ÄndG* ausgeführt:

„Mit diesem Vorschlag [Einführung einer allgemeinen und bundeseinheitlichen Regelung der Gewerbeuntersagung] soll dem Gedanken Rechnung getragen werden, daß entsprechend der wirtschaftspolitischen Linie der Bundesregierung der Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freigesetzt sein soll, daß aber andererseits der Staat dazu ermächtigt sein muß, wenn ein Gewerbetreibender das ihm gewährte Recht der freien gewerblichen Betätigung mißbraucht.“

Eine Gewerbeuntersagung kommt in Betracht, wenn sich der Gewerbetreibende 16 als unzuverlässig erweisen hat. Insoweit besteht weitgehende Übereinstimmung mit den Rücknahme- und Widerrufsvorschriften bei den erlaubnispflichtigen Gewerben

Die Ausübung eines Gewerbes ist ganz oder teilweise auf Zeit oder Dauer zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer für die Leitung des Gewerbebetriebes verantwortlichen Person in bezug auf den Gewerbebetrieb dar tun, und wenn durch die Fortsetzung des Gewerbebetriebes eine Gefährdung der Allgemeinheit zu besorgen ist. Die Untersagung gilt für das ganze Bundesgebiet.¹

Das Vorhaben konnte wegen Ablaufs der ersten Legislaturperiode nicht verwirklicht werden; die Bundesregierung wurde jedoch vom Ausschuss für Wirtschaftspolitik aufgefordert, das Anliegen zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufzugreifen (s. schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu BT-Drucks. I/4493). Die Bundesregierung kam dieser Entscheidung in der zweiten Legislaturperiode durch die Einbringung des Entwurfs eines Vierten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung (BT-Drucks. II/2681) nach, der allerdings nicht mehr beraten werden konnte und daher zu Beginn der dritten Legislaturperiode nochmals – unverändert – eingebracht wurde (BT-Drucks. III/318), Abs. 1 hatte folgende Fassung:

„Die Ausübung eines Gewerbes ist ganz oder teilweise auf Zeit oder Dauer zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer für die Leitung des Gewerbebetriebes verantwortlichen Person dar tun, sofern durch die weitere Ausübung des Gewerbes eine Gefährdung der Allgemeinheit, der öffentlichen Ordnung oder der im Betrieb Beschäftigten zu besorgen ist. Die Untersagung gilt für den Geltungsbereich dieses Gesetzes.“

Aus der Begründung (S. 17 BT-Drucks. III/318) ist in diesem Zusammenhang ersäunenswert:

„Außerdem sind, weil § 35 nicht ausreichte, Untersagungsmöglichkeiten in einer Reihe von Sondergesetzen geschaffen. Dieser Weg ist jedoch nicht zweckmäßig. Sofern ein Gewerbetreibender infolge seiner Unzuverlässigkeit die Allgemeinheit gefährdet, muß eine Untersagung in jedem Falle möglich sein. Die bisherige enu merative Vorchrift wird daher besser durch eine Generalnorm ersetzt, die es gestattet, unter bestimmten rechtssachlichen Erfordernissen entsprechende Voraussetzungen eine Gewerbeuntersagung auszusprechen. Eine solche Generalnorm bietet darüber hinaus den Vorteil, auf die Einführung einer Erhaltensvorschrift oder eines Konzeptionsgesetzes kein Verzicht zu können, wenn es sich lediglich darum handelt, die Bestimmung unzuverlässiger Elemente in dem betreffenden Gewerbe zu unterbinden.“

Dieser Vorschlag wurde durch das Vierte Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung v. 5. 2. 1960 (BGBl. I S. 61) verwirklicht; allerdings wurde die Untersagungs möglichkeit unter Abänderung des Regierungsentwurfs auf Fälle der Gefährdung zentraler Rechtsgüter beschränkt. Abs. 1 Satz 1 erhielt damals folgende Fassung:

„Die Ausübung eines Gewerbes ist ganz oder teilweise auf Zeit oder Dauer zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dar tun, sofern die weitere Ausübung des Gewerbes für die Allgemeinheit oder die im Betrieb Beschäftigten eine Gefährdung des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit oder der Sittlichkeit oder eine Gefährdung des Eigentums oder des Vermögens anderer mit sich bringt und diesen Gefährdungen nur durch eine Gewerbeuntersagung beseitigt werden kann.“

Mäßigend für diese Entscheidung war nach dem schriftlichen Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestages (zu BT-Drucks. III/1304, S. 4), dass eine General Klausel nur vertretbar erschien, wenn als Voraussetzung für die Gewerbeuntersagung nicht der in seiner Begrenzung schwer erkennbare Begriff der Gefährdung der Allgemeinheit genommen, sondern wenn für die Gewerbeuntersagung die Verteilung bestimmter aus schließlich genannter Rechtsgüter verlangt wird (wegen des weiteren Wortlauts dieses Berichtes s. § 35 RdM. 3 der 12. Auflage dieses Kommentars).

werbe abzustellen, dessen Untersagung Voraussetzung für Maßnahmen nach Satz 2 ist. Dieses Gewerbe wurde in dem hier gebildeten Fall schon vor dem 1. 8. 1986 betrieben. Der Gewerbetreibende musste zu diesem Zeitpunkt zwar damit rechnen, dass ihm dieses Gewerbe (oder einzelne andere oder sogar alle) untersagt wird, wenn er die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 1 (oder Satz 2 a. F.) erfüllt, er hatte aber nicht zu befürchten, dass diese auf eine unselbstständige Tätigkeit ausgedehnt wird. Daraus folgt, dass Alt taten neben den unregelmäßig zulässigen neuen Tatsachen nur in dem in RdM. 8 aufgezählten Umfang berücksichtigbar werden dürfen. Dasselbe gilt für die von § 35 Abs. 7 a betroffenen, in letzter der Stellung tätigen Personen, für die mit der erwähnten Gesetzesänderung erstmals eine eigenständige Untersagungs norm geschaffen wurde (so auch *Fragd/Hoff*, RdM. 11 a zu § 35, *Tetzinger/Walt* a. a. O., RdM. 221 zu § 35, ferner *Urt. des BVerwG v. 19. 12. 1995*, GewA 1996, 241, des Hess. VGH v. 27. 10. 1993, GewA 1994, 64 und v. 16. 7. 1997, GewA 1998, 289).

B. Allgemeine Bemerkungen

I. Anwendungsbereich des § 35

§ 35 ist die **generelle Untersagungs vorschrift des Gewerberechts** (s. auch die 12 Darstellungen der geschichtlichen Entwicklung in RdM. 1 bis 4 sowie *Marcks*, Die Untersagungs vorschrift des § 35 GewO a. a. O., RdM. 28). Die Vorschrift findet auf alle Gewerbetreibenden (wegen des Begriffs des Gewerbes s. RdM. 32 ff. der Einleitung, 3 ff. zu § 1, 13 ff. zu § 14) Anwendung, die der Gewerbeordnung und den gewerberrechtlichen Nebengesetzen unterliegen, soweit dies nicht durch Spezialregelung ausgeschlossen ist. Sie gilt somit (wie sich auch aus § 1 ergibt) auch für **Ausländer**. Wie das BVerwG in seinem Beschl. v. 11. 5. 1993 (GewA 1993, 323 = NVwZ 1994, 374) ausgeführt hat, verstößt § 35 nicht gegen Art. 7 EWG-Vertrag und den Allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, er diskriminiert insbesondere nicht Inländer gegenüber EG-Ausländern, auch wenn die übrigen Mitgliedsstaaten keine vergleichbare Vorschriften. Art. 7 EWG-Vertrag fordert nicht mehr als die gleiche Untersagung von Deutschen und EG-Ausländern unter derselbe innerstaatliche Gewerbe recht. Da dies der Fall ist, sei sowohl eine Ausländer- als auch Inländerdiskriminierung ausgeschlossen. Eine erst. nicht vollzogene Rechtsangabe innerhalb der EG stelle daher keinen Fall der Diskriminierung dar. Wegen seiner Einordnung in Titel II gilt § 35 allerdings nur für das stehende Gewerbe (Urt. des BVerwG v. 14. 2. 1963, BVerwGE 15, 282; Urt. des OVG Münster v. 11. 8. 1965, GewA 1966, 32 = OVG 21, 304; Urt. des VGH Bad.-Württ. v. 4. 6. 1973, GewA 1973, 286, *Fragd/Hoff*, RdM. 6 zu § 35, *Tetzinger/Walt*, RdM. 3 ff. zu § 35, *Döberich/Wittwer* 1982, 65), nicht dagegen für eine Betätigung im Rahmen der Titel III (Reisgewerbe) und IV (Messsen, Ausstellungen, Märkte), für die im Übrigen in den §§ 59 und 70 a spezielle Untersagungsvorschriften bestehen (a. A. OVG Münster, Urt. v. 25. 8. 1980, GewA 1981, 11, wonach § 35 Abs. 1 Satz 3 im Rahmen der Untersagung einer reisgewerbetätigen Tätigkeit nach § 59 zumindest entsprechend anwendbar ist, offengelassen im Revisionsurteil des BVerwG v. 17. 8. 1982, GewA 1983, 21, dagegen *Marcks*, GewA 1983, 22 mit überzeugenden Argumenten, differenzierend VGH Bad.-Württ., Urt.

(z. B. § 33 d Abs. 4, 5 GewO, §§ 48, 49 VwVfG, § 15 Abs. 1 und 2 GasG), die u. a. auch auf die Unzuverlässigkeit abstellen. Der wesentliche Unterschied zwischen den sogenannten „freien“ und den erlaubnispflichtigen Gewerben liegt jedoch in den voneinander abweichenden Anforderungen bei Beginn der Tätigkeit. Die erste Gruppe ist lediglich verpflichtet, den Beginn des Gewerbes anzukündigen (s. Rdn. 8 ff. zu § 14). Die zweite benötigt darüber hinaus eine Erlaubnis, die nur erteilt werden darf, wenn der Antragsteller die in den einschlägigen Vorschriften aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, wobei es in erster Linie auf seine Zuverlässigkeit ankommt. Bei den „freien“ Gewerben darf sich demnach auch der unzuverlässige Gewerbetreibende zunächst einmal betätigen, bis die weitere Gewerbeausübung von der Behörde untersunden wird. Hieraus können sich gewisse Gefahren für die Allgemeinheit ergeben, die insbesondere Verbände von Zeit zu Zeit veranlassen, für einzelne Gewerbezweige die Einführung von **Berufszulassungsvorschriften** auf diesem bislang unangestrittenen Bereich zu fordern. Gegen deren Verwirklichung bestehen im Hinblick auf Art. 12 GG erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Nach dem „Apothekenurteil“ des BVerfG v. 11. 6. 1958 (BVerfGE 7, 377) darf die Freiheit der Berufswahl nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert und andere Mittel, die das Grundrecht des Art. 12 GG weniger beeinträchtigen, nicht zur Verfügung stehen. Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG müssen stets auf der „Stufe“ vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt: die nächste „Stufe“ darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit höherer Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, dass die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorangehenden „Stufe“ nicht wirksam bekämpft werden können. Ein derart niederrangiges Mittel steht in der Untersuchungsvorschrift des § 35 zur Verfügung. Eine hiernach ausgesprochene Volluntersagung stellt zwar – im Gegensatz zur Teiluntersagung, die lediglich als Beschränkung der Berufsausübung zu werten ist – auch einen Eingriff in die freie Berufswahl dar (Urt. des BVerfG v. 24. 2. 1966, GewA 1966, 202 = BVerfGE 23, 280, *Dietrich*, WIVew 1982, 75, *Schöffner*, WIVew 1982, 101, 104); wegen ihrer repräsentiven Bedeutung ist diese Bestimmung im Vergleich zu den präventiven Erlaubnisregelungen jedoch ein Minus. Ihre Effektivität wird insbesondere durch den durch Art. 1 Nr. 13 des ÄndG v. 16. 6. 1998 (BGBl. I S. 1291) neu gefassten § 38 GewO erhöht. Während § 38 a.F. die Landesregierungen ermächtigte, für die dort aufgeführten **überwachungsbedürftigen Gewerbe** durch Rechtsverordnung Buchführungspflichten, Ankauf- und Nachschauverpflichtungen festzulegen und die, bei diesen Gewerben im Vordergrund stehende, Überprüfung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden lediglich durch rechtlich nachrangige Verwaltungsvorschriften (Nr. 7.1 GewAnwV v. a.F.) angeordnet worden war, wurde die Zuverlässigkeitsüberprüfung nunmehr zum Kernbestandteil des neuen § 38 erhoben. Ankauf und Nachschau sind dagegen für erlaubnispflichtige und überwachungsbedürftige Gewerbe in der zentralen, ebenfalls durch dieses Gesetz neu eingefügten Vorschrift des § 29 GewO geregelt (wegen Einzelheiten wird auf die Ausführungen in Rdn. 8 zu § 14 sowie die Kommentierung der §§ 29, 38 verwiesen). Ergeben sich bei der Zuverlässigkeitsüberprüfung Anhaltspunkte für die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, wird die Behörde die erforderlichen Maßnahmen ergreifen und erforderlichenfalls ein Gewerbeuntersagungsverfahren in die Wege leiten. Die Schutzwirkung des § 35 lässt sich dabei wesentlich erhöhen, indem die sofortige Vollziehung der Untersagungsverfügung angeordnet wird (s. Rdn. 111), so dass von diesem Zeitpunkt an eine

weitere, den Interessen der Allgemeinheit zuwiderlaufende Betätigung des Gewerbetreibenden untersunden wird. So war auch die Bundesregierung bei der Einbringung des ÄndG v. 13. 2. 1974 (S. 4 BT-Drucks. 7/111, s. auch oben Rdn. 3) der Auffassung, dass durch eine effektivere Fassung des § 35 die sowohl in der Öffentlichkeit als auch von interessierten Berufskreisen erhobenen Forderungen nach besonderen Berufszulassungsvorschriften eingedämmt werden könnten. Solche Berufszulassungsvorschriften, die eine Einschränkung der Gewerbefreiheit zur Folge hätten, wären entbehrlich, wenn es nur darum ginge, die Betätigung einzelner Gewerbetreibender in einzelnen Gewerbezweigen zu untersunden und hierfür eine wirksame Untersagungsverfügung zur Verfügung stünde.

2. Tatsächliche Bedeutung

Die rechtsdokumentarischen Darlegungen zur Bedeutung des § 35 als generelle Untersagungsverfügung blieben weitgehend inhaltsleer, wenn keine Erkenntnisse darüber beständen, in welchem Maße die zuständigen Behörden von dem ihnen zur Verfügung stehenden gewerberechtlichen Instrumentarium Gebrauch machen, um ein gesetzestonnes Verhalten der Gewerbetreibenden sicherzustellen. Derartige Erkenntnisse liegen beim Bundeszentralregister vor, in das die in § 149 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 erwähnten Verwaltungs- und Bußgeldentscheidungen, Verzichte auf Zulassung usw. gem. der Nr. 2 sowie seit dem ÄndG v. 23. 12. 2003 (s. § 149 Rdn. 14) rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen wegen der in Nr. 4 bezeichneten Straftatbeständen eingetragen werden und das hierüber den Behörden nach Maßgabe des § 150a Auskünfte erteilt. Das Bundeszentralregister hat seit 1976 jährliche Übersichten über die jeweils natürliche Personen betreffenden Eintragungen erstellt, die seit dem Jahr 2000 um ein Teilregister für juristische Personen ergänzt wurden. Zum 31. 12. 2004 enthielt das erste Register insgesamt 393.553 Entscheidungen über 259.938 Personen, die sich in 137.065 Verwaltungsentscheidungen, 4195 Verzichte und 252.293 Bußgeldentscheidungen aufschlüsseln. Die entsprechenden Zahlen für das zweite Register sind 33.632 Eintragungen über 23.684 juristische Personen, die sich wiederum in 8921 Verwaltungsentscheidungen, 461 Verzichte und 24.250 Bußgeldentscheidungen gliedern. Jährlich kommen etwa 35.000 bis 40.000 neue Eintragungen hinzu, an derenweis wird ein Teil der Bußgeldentscheidungen nach § 153 gelöscht (wegen der Verwaltungsentscheidungen s. Rdn. 36). Über die Eintragungen des Jahres 2004, Stand 31. 12. 2004, informiert die nachfolgende Tabelle.

	nat. Personen	jur. Personen	gesamt
1. Erkenntnisse an das Gewerbezentralregister gem. § 149 Abs. 2 Nr. 1-3	30.020	3371	33.391
1.1 davon: Verwaltungsentscheidungen und Verzichte insgesamt	8018	567	8585
1.1.1 darunter: gem. § 149 Abs. 2 Nr. 1 a GewO (Ablösung, Rücknahme oder Widerruf von Zulassungen) gem. § 149 Abs. 2 Nr. 1 b GewO (Gewerbeuntersagung)	1890	169	2059
1.1.2	5865	354	6219

	nat. Personen	jur. Personen	gesamt
1.1.3 gem. § 149 Abs. 2 Nr. 2 GewO (Verichte auf Zulassung während eines Rücknahme- oder Widerrufverfahrens)	257	43	300
1.2.3 Rücknahme- und Widerrufverfahren gem. § 149 Abs. 2 Nr. 3	22.002	2904	24.806
2. Erstregistrierungen an das Gewerbezentralregister gem. § 149 Abs. 2 Nr. 4	868	-	868

Die Gesamtzahl von 33.391 Eintragungen des Jahres 2004 nach der vorstehenden Nr. 1 untergliedert sich in 24.806 Budgetentscheidungen und 8.585 Verwaltungsgeschäftungen und Verichte, wobei hier besonders die 6.219 Untersuchungen (Nr. 1.1.2) interessieren. Ihnen stehen innerhin noch 2.059 Eintragungen über Abklärungen, Rücknahmen bzw. Widerrufen von Zulassungen gegenüber (Nr. 1.1.1). Der Übersicht ist zu entnehmen, dass von beiden Handhabern (Untersuchung, Rücknahme usw.) nur in etwa 25% der Fälle Gebrauch gemacht wird, andererseits von nahezu allen Mitteln des Budgetscheiden in etwa 75% der Fälle, woraus zu schließen ist, dass Untersuchung, Rücknahme und Widerruf tatsächlich als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn der Gewerbetreibende mit Budgetgeldern nicht zu einem ordnungsgemäßen Geschäftsgebahren angehalten werden kann (s. auch Rdn. 18, 78). Zwar fiel das Verhältnis zwischen Untersuchung, Rücknahme und Widerruf innerseits und den Budgetscheiden andererseits in früheren Jahren auf den ersten Blick erheblich günstiger für erstere aus, nämlich 1988 etwa 12:86% und 2002 noch etwa 17:82%. Dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass die Zahl der Untersuchungen, Rücknahmen und Widerrufe während dieses Zeitraums relativ konstant geblieben ist (1998: 8.901, 2002: 6.700, 2004: 8.278), während sich die Zahl der Budgetentscheidungen erheblich reduziert hat (1998: 65.223, 2002: 31.609, 2004: 24.806), so dass die o. a. Folgerung weiterhin berechtigt ist.

3. Ultima ratio

18 Mit der Untersuchung wird dem Gewerbetreibenden auf Dauer (mit der Möglichkeit der Wiedergutmachung gemäß § 35 Abs. 6) verboden, das bisher ausgeübte Gewerbe fortzuführen. Unter Umständen kann die Untersagung auch auf einzelne andere oder alle Gewerbe und auf selbstständige Tätigkeiten in leitender Position erstreckt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2). Derartige Maßnahmen stellen einen erheblichen Eingriff in den durch § 1 GewO geschützte Gewerbetreibend und das durch Art. 12 GG garantierte Grundrecht der Berufsfreiheit dar. Sie sind, wie in Rdn. 15 ff. schon ausgeführt, berechtigt, um den Freiheitsgrad des einzelnen Gewerbetreibenden, der sich möglicherweise über strukturelle Grenzen hinwegsetzt, durch ihr bloßes Vorhandensein herabzusetzen und umnachrichtige Gewerbetreibende aus dem Verkehr zu ziehen. Andererseits stellen sie das letzte Mittel, die ultima ratio dar. Gewerbetreibende zu einem den Interessen der Allgemeinheit Rechnung tragenden Verhalten zu bewegen (wegen weiterer Einzelheiten s. die Ausführungen unter Rdn. 78).

4. Abgrenzung zu Rücknahme- und anderen Untersagungsverfahren

19 Nach § 35 Abs. 1 ist die Ausübung eines Gewerkes ganz oder teilweise zu untersagen, wenn die dort aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Der Gewerbetreibende

16

Juni 2006 48. EL Besondere Märkte

Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit

20 § 35

hat seinen Betrieb einzustellen und darf in Zukunft keinen dasselbe Gewerbe betreibenden Betrieb eröffnen, solange ihm dies nicht ausdrücklich nach § 35 Abs. 6 wieder gestattet wird. Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 hat demnach eine Sperrwirkung für eine zukünftige gewerbliche Tätigkeit im Geltungsbereich der GewO (Urt. des OVG Münster v. 1. 12. 1977, GewA 1978, 223). In den praktischen Auswirkungen auf den Gewerbetreibenden sicherlich vergleichbar, jedoch rechtlich unterschiedlich zu beurteilen sind die Rücknahme bzw. der Widerruf einer Erlaubnis (z. B. nach den §§ 48, 49 VwVfG, § 15 GastG). Sie bewirken das Erlöschen der Erlaubnis. Der Betroffene wird sonstiger Sanktionen gleichgestellt, die gleichfalls die erforderliche Erlaubnis zur Ausübung des betreffenden Gewerbes nicht besitzen und diesen Mangel durch Erwerb der Erlaubnis beheben können. Dem Betroffenen wird daher, im Gegensatz zur Untersagung nach § 35, nicht für die Zukunft die Ausübung des Gewerbes untersagt (s. auch Beschl. des Bayer. VGH v. 24. 5. 1973, GewA 1974, 20). Es bleibt ihm unbenommen, eine neue Erlaubnis zu beantragen, die ihm zu erteilt ist, wenn die Umstände, die zur Rücknahme bzw. zum Widerruf geführt haben, inzwischen entfallen sind. Zu unterscheiden von der Untersagung sind auch Maßnahmen nach den §§ 15 Abs. 2 GewO und 16 Abs. 3 HwO. Auf Grund dieser Vorschriften kann lediglich die Fortsetzung des konkreten Betriebes untersagt und verhindert werden, z. B. durch Sperrung oder Versteigerung der Räume, Wegnahme der Geräte usw. (s. hierzu Rdn. 11 und 18 zu § 15). Dagegen wird dem Betroffenen nicht die Ausübung des Gewerbes untersagt. Es bleibt ihm daher unbenommen, an anderer Stelle einen neuen Betrieb zu eröffnen, wobei er allerdings geschlossten bzw. sofern der Betroffene die zur Ausübung des Gewerbes erforderliche Erlaubnis bzw. Finanzierung in die Handwerksrolle wiederum nicht nachweist (vgl. hierzu Rdn. 11 zu § 15; Friedl/Hoff, Rdn. 15, 35 zu § 15; Urt. des BVerwG v. 22. 9. 1970, GewA 1971, 260 = DÖV 1971, 465; Beschl. des BVerwG v. 28. 9. 1971, GewA 1972, 153; Urt. des VGH Bad.-Württ. v. 19. 1. 1961, GewA 1961, 215, v. 9. 6. 1971, GewA 1973, 160, v. 14. 6. 1971, GewA 1971, 260 und v. 30. 8. 1994, GewA 1994, 473; Urt. des OVG Münster v. 1. 12. 1977, GewA 1978, 223). Die unterscheidliche Zielsetzung der Vorschriften hat zur Folge, dass Maßnahmen nach § 15 Abs. 2 GewO und § 16 Abs. 3 HwO – da sie nur die Weiterführung des konkreten Betriebes zum Gegenstand haben – eine Untersagung nach § 35 GewO nicht ausschließen (s. Rdn. 13 zu § 15; Friedl/Hoff, Rdn. 8 zu § 35, Teggeler/Wank, Rdn. 244 zu § 35; Urt. des BVerwG v. 22. 9. 1970, GewA 1971, 260 = DÖV 1971, 465, v. 2. 2. 1982, GewA 1982, 299, Urt. des VGH Bad.-Württ. v. 6. 12. 1972, GewA 1973, 122; Beschl. des VG Chemnitz v. 14. 12. 1998, GewA 1999, 250; wegen der Untersagung eines erlaubnispflichtigen Gewerbes, das ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird, s. auch Rdn. 197).

5. Rechtliche Qualifizierung der Gewerbeuntersagung

Nach der früheren Rechtsprechung der BVerwG und höherer Verwaltungsgerichte war die Gewerbeuntersagung ein Dauererhaltungsgeld (s. hierzu Urt. des BVerwG v. 27. 6. 1961, GewA 1961, 166, v. 5. 8. 1965, GewA 1966, 9 = BVerwGE 22, 16, v. 15. 11. 1967, GewA 1968, 53 = BVerwGE 28, 202, v. 9. 2. 1967, GewA 1967, 166, v. 13. 3. 1973, GewA 1963, 164 = DVBl. 1973, 681 und v. 18. 10. 1979, GewA

Besonderer Märkte 48. EL Juni 2006

17

1980, 61, Beschl. des BVerwG v. 16. 10. 1968, GewA 1969, 59 und v. 11. 2. 1970, GewA 1970, 176. Urt. des OVG Münster v. 19. 4. 1967, GewA 1970, 274. Urt. des OVG Lüneburg v. 18. 8. 1967, GewA 1967, 271, Urt. des VGH Bad.-Württ. v. 10. 7. 1968, GewA 1969, 33 und v. 17. 9. 1971, GewA 1972, 134, Beschl. des Bayer. VGH vom 24. 5. 1973, GewA 1974, 20, Beschl. des VGH Bad.-Württ. v. 9. 7. 1973, GewA 1973, 230, Beschl. des Bayer. VGH v. 26. 8. 1975, GewA 1976, 91). Die hierfür maßgeblichen Überlegungen sollen kurz dargestellt werden, bevor auf die neue Rechtsprechung eingegangen wird. Ausgangspunkt war die Erkenntnis, dass sich das einmal von der Behörde durch die Untersagung ausgesprochene Verbot dem Gewerbetreibenden gegenüber ständig neu aktualisiert, d.h., so lange die Gewerbeuntersagung wirksam ist, wird dem Betroffenen die Ausübung des Gewerbes verboten. Diese Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat und dem Bürger musste während der ganzen Dauer der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes dem jeweiligen geltenden Recht entsprechen. Aus gesetzemäßiger Regelung des Rechtsverhältnisses im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes folgte nicht, dass die getroffene Regelung auch später rechtmäßig blieb. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines solchen Verwaltungsaktes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren waren daher nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen, wobei bei der letzten mündlichen Verhandlung der letzte Tatsachenstand abzustellen war. Sofern die Änderungen das ursprünglich zulässige Verbot (soweit Aufhebung ex nunc) nicht mehr rechtfertigten, konnte der Gewerbetreibende eine Aufhebung der Untersagung ex nunc, d.h. die Aufhebung des Verwaltungsaktes mit Wirkung von dem Zeitpunkt an, zu dem die Behörde die Ausübung des Gewerbes nicht mehr hätte unterzogen dürfen, im laufenden Aufhebungsverfahren geltend machen. Die Verwaltungsbehörde war nach dieser Rechtsprechung daher gezwungen, ihren Untersagungsbescheid bis zu dessen Rechtskraft ständig unter Kontrolle zu halten und auf Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage flexibel – z.B. durch Widerruf der Untersagungsverfügung oder Erklärung der Hauptsache für erledigt – zu reagieren, um den Verlust des Rechtsstrahles zu vermeiden. Einvernehmen bestand allerdings, dass **nachträgliches Wohlverhalten** allein – z.B. die Begleichung ausstehender Steuer- oder Sozialversicherungsschulden – nicht den Untersagungsgrund beseitigen konnte; denn von einem Gewerbetreibenden, der sich dagegen wehrt, dass ihm die Ausübung des Gewerbes untersagt wird, darf erwartet werden, dass er sich während des Widerspruchsverfahrens und Verwaltungsprozesses ordnungsgemäß verhält. Es bedurfte daher der Prüfung, ob der Gewerbetreibende unabhängig von diesen Zahlungen für die Zukunft die Gewähr für ein gesetzkonformes Verhalten bot. Zur Frage des Wohlverhaltens s. die o.a. Entscheidungen des BVerwG v. 9. 2. 1967 und 15. 11. 1967, v. 11. 12. 1966, GewA 1999, 72, des OVG Münster v. 19. 4. 1967, des Bayer. VGH v. 26. 8. 1975 und des OVG Rh.-Pf. v. 1. 2. 1967, GewA 1967, 204.

21 Das BVerwG hat die vorstehend dargestellte **Rechtsauffassung** in mehreren Entscheidungen aus dem Jahr 1982 **aufgegeben** (s. Urt. v. 2. 2. 1982, 1 C 146/80, GewA 1982, 294 = BVerwGE 65, 1 = MDR 1982, 873, Urt. v. 2. 2. 1982, 1 C 52/78, GewA 1982, 233, Urt. v. 2. 2. 1982, 1 C 94/78, GewA 1982, 298, Urt. v. 2. 2. 1982, 1 C 74/78, GewA 1982, 301 Inke Spalte, Urt. v. 16. 3. 1982, 1 C 124/80, GewA 1982, 303 sowie die Anmerkungen hierzu von Hoff, GewA 1982, 234, Dikensbach, WfVerw 1982, 68 ff., Borky, WfVerw 1982, 92 ff., Märcks, GewA 1982, 316, kritisch Schaeffler, WfVerw 1982, 101 Fn. 8, ablehnend Horn, GewA 1983, 369 ff., und Klein, NVwZ 1990, 633) und hat damit **Bedenken** Rechnung getragen, die überwiegend

Juni 2006 48. Et. Besondere: Marks

von der Literatur gegen die frühere Spruchpraxis erhoben worden waren (s. Marks, Die Untersagungsverordnung des § 35 GewO, Rdn. 21, 21 a, *Obb.*, GewA 1968, 100, Janßen, GewA 1969, 1, 4 ff., a. A. *Frohler/Kornmann*, Rdn. 120 zu § 35 und Rdn. 36 ff. zu § 1, *Kretzke*, GewA 1968, 145, 154). Für die verwaltungsgerichtliche Beurteilung einer Gewerbeuntersagungsverfügung ist daher auf die **Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung**, also den Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsschreibens abzustellen. Ob die Gewerbeuntersagung dabei als rechtesprechender Verwaltungsakt (so schon *Marks* z. a. O., Rdn. 20 a zu § 35, ferner *Borky* z. a. O., S. 92) oder weiterhin als Dauerwaltungsakt zu klassifizieren ist (BVerwG, Beschl. v. 23. 11. 1990, GewA 1991, 110, *Frigg/Hoff*, Rdn. 152 zu § 35), der durch eine spezielle gesetzgebende Entscheidung von dem sonst bei Dauerwaltungsakten maßgeblichen Zeitpunkt der Benützungsverhandlung abweicht, ist dabei ohne weitere Bedeutung (*Tenthöfer/Wank*, Rdn. 118 zu § 35).

Das BVerwG begründet seine Ablehnung von der überkommenen Spruchpraxis damit, dass ihr durch die Neufassung des § 35 Abs. 6 durch das ÄndG v. 13. 2. 1974 (s. Rdn. 3) die Grundlage entzogen worden sei. Nach dem nunmehr geltenden § 35 Abs. 6 Satz 1 sei die Wiedererrichtung der Gewerbeausübung von einem an die Behörde zu richtenden schriftlichen Antrag abhängig. Dieses Antragsformalis schiedle es aus, die für die Wiedererrichtung relevanten Umstände im laufenden Aufhebungsverfahren zu berücksichtigen. Denn wenn das Verfahren nach Absatz 6 durch einen an die Behörde gerichteten Antrag eingeleitet werden müsse, dann könne es nicht ausreichen, dass der Gewerbetreibende in dem Aufhebungsverfahren wegen der Gewerbeuntersagung seinem Begehren auf Wiedererrichtung in einem an das Gericht gerichteten Schriftsatz Ausdruck gebe. Nach früherem Recht habe die Rechtsprechung dagegen die für die Unzuverlässigkeitsbeurteilung maßgeblichen Umstände, die nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens eingetreten seien, deshalb noch in Rahmen der Entscheidung über die Aufhebung der Untersagung berücksichtigen können, weil sie von einem durch § 35 Abs. 6 a.F. normierten antragunabhängigen Anspruch des Gewerbetreibenden ausgehen konnte, nach *Wegfall* der Unzuverlässigkeitsgründe sein Gewerbe wieder ausüben zu dürfen (s. hierzu auch *Dikensbach*, WfVerw 1982, 68 ff.).

Zur Abrundung der Information soll darauf hingewiesen werden, dass sich die Rechtsprechung auch mit der Höhe des **Stratwertes** einer Gewerbeuntersagung befasst hat: Er wird durch den Jahresbetrag des erzielten oder erwarteten Gewinns des unterzogenen Gewerbes bestimmt, mindestens jedoch mit 15 000 DM (nach *Umrückung* € 7669) bewertet (BVerwG, Beschl. v. 1. 9. 1992, GewA 1993, 325, OVG Münster, Beschl. v. 8. 10. 1993, GewA 1994, 20).

Das BVerwG hat diese Rechtsprechung in mehreren Entscheidungen bestätigt (Beschl. v. 27. 12. 1989, GewA 1990, 128, v. 23. 11. 1990, GewA 1991, 110, v. 29. 7. 1993, GewA 1995, 115, v. 16. 6. 1995, GewA 1996, 24, v. 11. 12. 1996, GewA 1999, 72, v. 26. 2. 1997, GewA 1997, 242, v. 5. 3. 1997, GewA 1997, 244, v. 14. 5. 1997, GewA 1997, 478, v. 9. 4. 1997, GewA 1999, 72, Urt. v. 14. 7. 2003, GewA 2003, 482), das BVerfG hat sie mit Beschl. v. 13. 3. 1995 (GewA 1995, 242) für verfassungskonform erklärt. Die Obergerichte haben sich dem teilweise vorbehaltlich angeschlossen (Entscheidungen des Hess. VGH v. 13. 6. 1983, GewA 1984, 22 und v. 8. 6. 1994, GewA 1994, 473 = DB 1994, 2338, Bayer. VGH v. 10. 4. 1987, GewA 1987, 378, OVG Schl.-H. v. 19. 11. 1993, GewA 1994, 167, VGH Bad.-Württ. v. 30. 8. 1994, GewA 1994, 473), teils kann man sich zu den nachste-

Besondere: Marks 48. Et. Juni 2006

Abs. 6 mit der dort vorgesehenen Jahresfrist in Betracht (s. Rdn. 173ff.). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Vereinbarung eines sinnvollen und erfolgsversprechenden Sanierungskonzepts aus welchen Gründen auch immer vor Erlass der Untersagungsverfügung unterlassen worden ist, wodurch der Untersagungsbescheid wegen mangelnder Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden fehlerhaft wurde. Wenn dagegen ein derartiger Versuch unternommen worden, jedoch erfolglos geblieben war, darf er im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wegen einer etwa dann eintretenden Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Gewerbetreibenden nicht erneut aufgeführt werden, da es sich um neue Tatsachen handelt, die nicht berücksichtigt werden dürfen.

C. Voraussetzungen der Untersagung

I. Ausübung eines Gewerbes

§ 35 setzt voraus, dass ein Gewerbe ausgeübt wird, d. h. eine erlaubte, auf Gewinn-erzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbstständige Tätigkeit, ausgenommen Utoproduktion, freie Berufe und bloße Verwaltung eigenen Vermögens. Wegen der Abgrenzung im Einzelnen wird auf die Ausführungen in Rdn. 32ff. der Einleitung und weiteren Nachweisen, 3ff. zu § 1, 13ff. zu § 14 verwiesen.

Untersagt werden kann nach Abs. 1 Satz 1 nur ein Gewerbe, das **tatsächlich ausgeübt** wird, d. h. bei Einleitung des Verfahrens (s. hierzu Rdn. 97) schon begonnen (zum Begriff des Beginns s. § 14 Rdn. 45, 53) und noch nicht wieder aufgegeben (s. hierzu Rdn. 48 zu § 14) worden ist (herrschende Meinung: *Fröhler/Kornmann*, Rdn. 5 zu § 35, *Jantzen zu Reyl*, Anm. IV 1 zu § 35, *Tetthiger/Wank*, Rdn. 13 zu § 35, *Kienzke*, *Gewerbeuntersagung*, S. 7, *Dickersbach*, *WVwVw* 1982, 67, *Melzner*, *WVwVw* 1981, 49, *Entscheidungen des BVerwG v. 2. 2. 1982*, GewA 1982, 301, v. 16. 3. 1982, GewA 1982, 303, v. 16. 12. 1992, GewA 1993, 156 = NJW 1993, 1346, v. 19. 2. 1993, GewA 1995, 117, v. 14. 7. 2003, GewA 2003, 482, des Hess. VGH v. 13. 6. 1983, GewA 1984, 22, a. A. *Friedl/Högl*, Rdn. 23 zu § 35, worauf unten in Rdn. 25 eingegangen wird, femer, aber wohl mehr provokatorisch gemeint, *Bayre*, *WVwVw* 1982, 94). Dass es sich um ein konkret ausgeübtes Gewerbe handeln muss, kommt aus dem Text des Abs. 1 Satz 1 i. d. F. des Vierten *ÄndG* („sofern die weitere Ausübung des Gewerbes“, s. Rdn. 2) gefolgt und kann auch nach dem geltenden Recht durch die Formulierung in Abs. 1 Satz 3 („auch wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird“) und des Abs. 2 („den Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter (§ 45) fortzuführen“), belegt werden. Die Änderung des Abs. 1 Satz 1 durch das *ÄndG v. 13. 2. 1974* (s. Rdn. 3) hatte hierauf keinen Einfluss. Zu weit geht die früher von der Rechtsprechung (Urt. des BVerwG v. 21. 7. 1964, GewA 1965, 7, Urt. des OVG Koblenz v. 29. 6. 1957, GewA 1958, 222 v. 21. 7. 1964, GewA 1965, 7, Urt. des OVG Koblenz v. 29. 6. 1957, GewA 1958, 222 und Urt. des VG Bremen v. 5. 1. 1956, GewA 1957, 87) ohne nähere Begründung vertretene und von der Literatur teilweise übernommene Auffassung, dass eine Gewerbeuntersagung auch gegenüber demjenigen in Betracht kommt, der im Begriff ist, sich als selbstständiger Gewerbetreibender zu betätigen (ablenkend auch *Friedl/Högl*, Rdn. 24 zu § 35 und *Tetthiger/Wank*, Rdn. 17 zu § 35). Ein nicht vorhandenes Ge-

hand erwähnten Entscheidungen allerdings des Eindrucks nicht erwehren, dass nach Wegen gesucht wird, die überkommene Auffassung aufrecht zu erhalten. So vertritt das OVG Lüneburg in seinem Urt. v. 14. 9. 1982 (GewA 1983, 188) noch die Meinung, dass die Behörden und Gerichte verpflichtet sind, auch im Gerichtsverfahren die noch nach dem Widerspruchsbeseid eingetretenen Umstände dann zu berücksichtigen, wenn daraus **Rückschlüsse auf die ursprüngliche Prognose** über das künftige Verhalten des Gewerbetreibenden gezogen werden können. Dem hat sich das OVG Bremen noch in seinem Urt. v. 16. 7. 1985 (GewA 1987, 334) angeschlossen. Dies steht im Widerspruch zu der o. a. Rechtsprechung des BVerwG, nach der die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgebend ist. Dasselbe gilt für die Urt. des Hess. VGH v. 20. 12. 1982 (GewA 1983, 189) und des OVG Lüneburg v. 15. 1. 1986 (GewA 1986, 196) sowie v. 15. 9. 1993 (GewA 1994, 110 = NVwZ 1995, 185), soweit sie die **spätere Berücksichtigung von Tatsachen, die für den Betroffenen ungünstig sind**, zulassen. Es wäre zudem mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbar, wenn dem Betroffenen die Geltendmachung von für ihn günstigen Tatsachen verweigert, der Behörde jedoch die Einbringung ungünstiger Tatsachen gestattet sein sollte (so auch Urt. des VG Stuttgart v. 22. 10. 1999, GewA 2000, 25). Problematisch erscheinen auch die Überlegungen des Hess. VGH in seinem Urt. v. 10. 1. 1983 (GewA 1983, 263), im Rahmen eines Vergleichs das Wirksamwerden der Gewerbeuntersagung davon abhängig zu machen, dass der Betroffene seine Zusage, die Schulden nach einem sinnvollen und Erfolg versprechenden Sanierungskonzept abzurufen, nicht einhält. An und für sich wäre ein derartiger Verhaltensschluss zu begründen, da Unternehmen, die möglicherweise überlebend verbleiben, erhalten blieben, worauf *Högl* in seiner Anmerkung zu diesem Urt. hinweist (GewA 1983, 265, s. auch *Friedl/Högl*, Rdn. 167 zu § 35). Er stünde insbesondere auch im Einklang mit der o. a. Rechtsprechung des BVerwG, wonach der Untersagungsgrund der mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dann entfällt, wenn der Gewerbetreibende zahlungswillig ist und trotz seiner Schulden nach einem sinnvollen und erfolgsversprechenden Sanierungskonzept arbeitet (s. Rdn. 52). Derartige Überlegungen müssen jedoch grundsätzlich vor Erlass der Untersagungsverfügung ange stellt werden. Danach steht der Sachverhalt nicht mehr zur Disposition der Verwaltungsbehörde, sie kann den Untersagungsbescheid insbesondere nicht nach Beibehalten, sondern nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 VwVfG rückgängig machen (Rücknahme, Widerruf, anderweitige Aufhebung usw.). Nur in diesem Rahmen kann sie demgemäß über den Gegenstand der Klage verfügen (§ 106 VwGO). Nicht zulässig ist es daher, die Untersagungsverfügung nachträglich mit der aufzubehaltenen Bedingung der Nichterhaltung des Sanierungskonzepts zu versehen, wie dies wohl dem Hess. VGH vorschwebt, da eine aufschiebend bedingte Untersagung unzulässig ist (s. Rdn. 107). Auch die von *Högl* a. O. erwogene Zusage einer Vollstreckungsaussetzung dürfte nicht in Einklang mit dem Institut der Untersagung stehen, das dem Betroffenen die Einsetzung weiterer gewerblicher Tätigkeit unabhängig von etwaigen Vollstreckungsmaßnahmen gebietet. Dem o. a. Anliegen kann nach bester Auffassung daher nur dadurch Rechnung getragen werden, dass der Untersagungsbescheid selbst besiegelt wird. Dies ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren jedoch nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Untersagungsverfügung rechtskräftig, also von vornherein fehlerhaft war, so dass sie nach § 48 VwVfG zu rückgenommen werden kann (s. hierzu Rdn. 183), nicht jedoch, wenn neue Tatsachen ihre Aufhebung rechtfertigen. Hier kommt nur die **Widerrücksetzung** nach § 35

entschieden eingestellt ist. Demnach liegt nahe, dass sich der Gewerbetreibende durch eine „Scheinabmeldung“ einem drohenden Gewerbenennungsverfahren entziehen will. Das Gewerbe muss daher ernsthaft und endgültig aufgegeben sein (z. B. Veräußerung, Verpachtung, Betriebsstilllegung) und der Gewerbetreibende muss ggf. einen anderen Beruf ergriffen haben (so auch *Friang/Hopf*, Rdn. 27 zu § 35, *Jensen in Reuß*, Anm. IV 1 zu § 35, *Kuczka*, Gewerbenennung, S. 8, *ders.*, *GewA* 1974, 254). Die Betriebsstilllegung darf daher, wie schon erwähnt, nicht zum Schein oder unter dem Vorbehalt der Wiederaufnahme erfolgen (s. zum letzteren *Urt.* des OVG Rheinland-Pfalz *BVerwG v. 5. 8. 1965*, *BVerwGE* 22, 16, 18 und *Urt.* des OVG Rheinland-Pfalz *v. 5. 5. 1971*, *GewA* 1971, 254). Nur eine vorläufige Einstellung ist nach dem *Urt.* des VGH Bad.-Württ. v. 9. 7. 1969, *GewA* 1970, 32, anzunehmen, wenn der Betrieb nach Erlass des Untersagungsbescheides zwar eingestellt, der Betrieb jedoch angefochten wird, wodurch der Gewerbetreibende dokumentiert, dass er sich dem Bescheid lediglich vorläufig beugt, aber mit der Untersagung nicht endgültig abgefunden hat (zu dem Parallelproblem bei der erweiterten Untersagung nach § 35 Abs. 1 Satz 2 hinsichtlich der Prognose, ob von dem Gewerbetreibenden ein Ausweichen in andere gewerbliche Tätigkeiten zu erwarten ist, s. die Ausführungen in *Rdn. 92*). Nach dem *Urt.* des Hess. VGH v. 13. 6. 1983, *GewA* 1984, 22, ist die Verlegung des Firmensitzes in das Ausland der Aufgabe des Gewerbes i. S. des § 35 Abs. 1 Satz 3 nicht gleichzusetzen. Untersagt werden kann auch ein Gewerbebetrieb, als dessen Ausübung der Gewerbetreibende vorübergehend (z. B. durch Krankheit, an dessen Ausübung der Gewerbetreibende verhindert ist, es sei denn, dass die Absicht des Gewerbetreibenden, nach Wegfall der Hindernisgründe den Betrieb nicht wieder zu eröffnen, den vorliegenden Umständen klar zu entnehmen ist. Keine ernsthafte Aufgabe des Gewerbes liegt nach dem *Urt.* des OVG Münster v. 26. 4. 1972 (*GewA* 1972, 265) vor, wenn der Gewerbetreibende bestimmte, früher von ihm betriebene Sparten des Gewerbes aufzugeben, jedoch andere, die für dieses Gewerbe typisch und bräunlich sind, neu aufnehmen hat. Die Beweislast liegt nach dem *Urt.* des *BVerwG v. 2. 2. 1982* (*GewA* 1982, 301, 302) allerdings bei der Untersagungsbehörde (ebenso *Friang/Hopf*, Rdn. 26 zu § 35, *Föhler/Kornmann*, Rdn. 21 zu § 35, *Jehrig/Wank*, Rdn. 20 zu § 35, *Schäffer*, *WVVerw* 1982, 103, *Urt.* des *BVerwG v. 16. 9. 1975*, *GewA* 1975, 388 zur Gaststättenabnahme). Wie das *BVerwG v. 2. 2. 1982* weiter ausführt, reicht es für eine Erkenntnis zu Gunsten der Behörde nicht aus, dass Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Betriebsstilllegung zweifelhaft waren, vielmehr durfte die Behörde nur obsehen, wenn die vorgenannten Zweifel ausgeräumt waren und der Mangel der Ernsthaftigkeit und der Endgültigkeit der Betriebsstilllegung erwiesen war.

Aus dem in *Rdn. 24* dargestellten Grundsatz, dass nur ein bestehendes Gewerbe untersagt werden kann, folgt, dass mangelnde Zuverlässigkeit nicht zur Versagung der Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO befähigt, wie dies im *Urt.* des OVG Lübeck v. 28. 10. 1960 (*GewA* 1961, 31) behauptet wird. Es sei mit der Gesetzesanalogie unvereinbar, etwas auf Grund einer Vorschrift zu geben, was auf Grund der analogischen Vorschrift sofort wieder zu nehmen sei. Dies ist jedoch nicht richtig, da die Zuverlässigkeit des künftigen Gewerbetreibenden im Falle der vorliegenden Art damit entgegen dem Gesetzeswortlaut der HwO zur Zulassungsvoraussetzung erhoben würde. Das *Urt.* entspricht auch nicht der ratio legis des § 35. Nur die Erlaubnispräventiver Natur, die Untersagung nach § 35 dagegen repräsentativ. Die Erlaubnispflicht bedeutet ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, während die Regelung des § 35

werbe kann nicht nach Abs. 1 Satz 1 untersagt werden, wobei hiervon begrifflich konkrete Vorbereitungsmaßnahmen wie z. B. die Beschaffung von Betriebsräumen und Personal zu unterscheiden sind, die schon Gewerbetreibung darstellen können (§ 14 Rdn. 45 und *Beschl.* des *BVerwG v. 16. 12. 1992 a. a. O.*). Dies gilt – und insoweit besteht Einvernehmen – umso mehr, wenn die Aufnahme des Gewerbes nicht unmittelbar bevorsteht, sondern die Untersagung vorzugsweise für die Zukunft ausgesprochen werden soll. Etwas anderes trifft lediglich für die – in diesem Zusammenhang nicht interessierenden – Fälle des Abs. 1 Satz 2 zu, wenn die Untersagung einzelner anderer oder aller (noch nicht ausgeübten) Gewerbe mit der Untersagung eines konkret betriebenen Gewerbes verbunden wird (§. hierzu *Rdn. 86*).

25 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob das Gewerbe ausgeübt wird, ist derjenige der Einleitung des Untersagungsverfahrens und nicht etwa der, das zeitlich später liegenden Erlasses des Untersagungsbescheides (*Föhler/Wank*, Rdn. 17 zu § 35, *Föhler/Kornmann*, Rdn. 5 zu § 35, *BVerwG*, *Urt.* v. 16. 3. 1982, *GewA* 1982, 303, *Beschl.* v. 19. 2. 1993, *GewA* 1995, 117, *Urt.* v. 14. 7. 2003, *GewA* 2003, 482; a. A. noch OVG Rheinland-Pfalz, *Urt.* v. 5. 5. 1971, *GewA* 1971, 254 und neuerdings – unter Berufung auf das *Urt.* des *BVerwG v. 2. 2. 1982*, *GewA* 1982, 301/302 – *Friang/Hopf*, Rdn. 23 zu § 35 sowie OVG Münster, *Beschl.* v. 12. 6. 1991, *GewA* 1991, 383). Dies kann aus Abs. 1 Satz 3 geschlossen werden, wonach das Untersagungsverfahren fortgesetzt werden kann, auch wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens, also nach dessen Einleitung, aufgegeben wird. Wenn in dieser Sonderregelung auf den Beginn des Verfahrens abgestellt wird, so muss dies zwingend in gleicher Weise für den Normalfall des Abs. 1 Satz 1 gelten. Welchen Sinn sollte es wohl auch haben, ein Verfahren zu einem Zeitpunkt einzuleiten, in dem ein Gewerbe überhaupt nicht betrieben wird und es in der Hoffnung fortzusetzen, dass es demnächst begonnen wird, um es dann zu untersagen? Auch die Absicht der Gesetzgebung lässt keinen Zweifel, dass auf die Einleitung des Verfahrens abzustellen ist (s. *Rdn. 88*). Das *Urt.* des *BVerwG v. 2. 2. 1982* lässt sich nicht zu Gunsten der Auffassung von *Friang/Hopf* heranziehen. Es befasst sich nicht mit der Rechtmäßigkeit der Inkrustation des *AbdG v. 13. 2. 1974* und kommt folgerichtig zu dem Ergebnis, dass das Gewerbe im Zeitpunkt des Erlasses der Untersagungsverfügung noch ausgeübt werden musste, da das Verfahren damals noch nicht nach Abs. 1 Satz 3 fortgesetzt werden konnte (dies hat das *BVerwG* nunmehr in seinem in *Rdn. 24* zitierten *Beschl.* v. 16. 12. 1992 ausdrücklich klargestellt; s. hierzu auch *Dierckschack*, *WVVerw* 1982, 67). Der Gewerbetreibende kann sich einem drohenden Untersagungsverfahren daher nur durch eine ernsthafte und endgültige Einstellung des Betriebes vor Einleitung des Verfahrens entziehen (wegen dieses Begriffes s. *Rdn. 96*).

26 Warum das Gewerbe begonnen oder wieder aufgenommen worden ist, ist Tatfrage. Ob die Anzeige über den Betriebsbeginn bzw. die -aufgabe nach § 14 Abs. 1 erfolgt ist, ist gleichgültig, denn ihr ist keine konstitutive Wirkung beizumessen (s. *Rdn. 9* zu § 14). Es kann daher auch ein nicht angezeigtes Gewerbe untersagt werden (*BayerVGH v. 4. 3. 1932*, *GewA* 30, 218). Die Anzeige über den Betriebsbeginn ist jedoch ein Indiz dafür, dass der Gewerbebetrieb begonnen, und die fehlende Anzeige über die Betriebsaufgabe ein Indiz dafür, dass das Gewerbe noch nicht eingestellt wurde. Diese rein tatsächliche Vermutung kann jedoch widerlegt werden. Dabei wird in diesem Zusammenhang die Vermutung stärker sein, dass ein angemeldetes Gewerbe begonnen, als die Vermutung, dass ein angemeldetes Gewerbe auch

wegen Missbrauchsprinzip beherrscht wird. Die Ausfassung des OVG kann ferner deswegen nicht zutreffen, weil damit die Möglichkeit der Stellvertreterwahl nach § 35 Abs. 2 abgeschnitten würde (ebenso Janssen in Reuß, Anm. 1 2f zu § 35, Krenzle, Geweruntertägung, S. 7, Fröhler, GewA 1961, 79 und 1964, 49, im Ergebnis ebenfalls ablehnend OVG Münster, Ur. v. 26. 2. 1964, GewA 1965, 33).

II. Unzuverlässigkeit

1. Allgemeines

28 § 35 enthält keine Definition des Begriffs der Unzuverlässigkeit. Im Gegensatz zu vielen anderen gewerberechtlichen Vorschriften sind auch keine Regelbestände angeführt, bei deren Vorliegen auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden geschlossen werden könnte (vgl. z. B. §§ 33c Abs. 2 Satz 2, 34b Abs. 4 Nr. 1, 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG, 5 WaffG). Dies verhindert sich wegen des breiten Anwendungsbereichs dieser Generalnorm. Der Vorschlag der Bundesregierung, im Gesetzestext denartige Regelbestände zu benennen (§. 3 des Entwurfs des Vierten ÄndG, BT-Drucks. III/318) wurde daher vom Bundestag zu Recht abgelehnt (§. 4 zu Drucks. III/1304).

29 Gewerbetreiblich unzuverlässig ist nach ständiger Rechtsprechung und Literatur, wer keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe im Zukunft ordnungsgemäß ausüben wird (Entscheidungen des BVerwG v. 19. 3. 1970, GewA 1971, 200 und v. 2. 2. 1982, GewA 1982, 233, GewA 1982, 294 = BVerwGE 65, 1 = MDR 1982, 873, GewA 1982, 298, GewA 1982, 299, GewA 1982, 301 linke Spalte, v. 16. 3. 1982, GewA 1982, 303, v. 11. 12. 1996, GewA 1999, 72, v. 26. 2. 1997, GewA 1997, 242, v. 5. 3. 1997, GewA 1997, 244, v. 9. 4. 1997, GewA 1999, 72, Fröhler/Kornmann, Rdn. 13 zu § 35, Frödig/Högl, Rdn. 48 zu § 35, Tettinger/Wanke, Rdn. 25 zu § 35, Janssen in Reuß, Anm. II 1 zu § 35, Krenzle, Geweruntertägung, S. 10). Nicht ordnungsgemäß ist die Gewerbetreibend durch eine Person, die nicht willens oder nicht in der Lage ist, die im öffentlichen Interesse zu fordernde einwandfreie Führung ihres Gewerbes zu gewährleisten (Janssen, GewA 1969, 1, 5, wandfreie Führung ihres Gewerbes zu gewährleisten (Janssen, GewA 1969, 1, 5, Metzer, GastG, 6, Aufl., Rdn. 10 zu § 4, Nr. 3.1.1. GewUVwV). Bei der Unzuverlässigkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff (Fröhler/Kornmann, a. a. O., Frödig/Högl, a. a. O., Tettinger/Wanke, a. a. O., Krenzle, a. a. O.). Die Entscheidung, ob Unzuverlässigkeit vorliegt oder nicht, ist also Rechts- und nicht Ermessensentscheidung, die vom Gericht im vollen Umfang nachgeprüft wird (Ur. des BVerwG v. 15. 11. 1967, GewA 1968, 53 = BVerwGE 28, 202 und v. 15. 7. 2004, DOV 2005, 118, Ur. des VGH Bad-Württ. v. 31. 5. 1972, GewA 1973, 62). Zwar wird zum Teil die Ausfassung vertreten, dass bei Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs den Behörden ein sog. Beurteilungsspielraum eingeräumt sei oder, doch im Einzelfall eingeräumt sein könnte (wegen Fundstellennachweise s. Fyrenum, VwGO, 11. Aufl. 2000, Rdn. 59f zu § 114). Die Richtigkeit der Lehre vom Beurteilungsspielraum kann hier dahinstehen. Für den unbestimmten Rechtsbegriff der Unzuverlässigkeit i. S. des § 35 kann ein Beurteilungsspielraum jedenfalls nicht anerkannt werden (so auch Köpp/Schöke, VwGO, 14. Aufl., Rdn. 28 zu § 114, Frödig/Högl, Rdn. 49 zu § 35, Tettinger/Wanke, a. a. O., a. A. Krenzle, GewA 1974, 253, 255, Janssen, GewA 1969, 1, 6, 7, Nr. 3 GewUVwV). Dies ergibt sich einersits daraus,

dass mehrere im Einzelnen ausdrücklich gesetzlich festgelegte Tatbestandsmerkmale nach dem Prinzip absolut strenger Kausalität erfüllt sein müssen, wenn die Unter- und eng auf das umbringende Nötige beschränkt. Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber angesichts der unter Umständen weittragenden Folgen einer Gewerbeuntertägung der Behörde weder einen Ermessens- noch einen so genannten Beurteilungsspielraum einräumen wollte. Die Verwaltungsbehörden haben sich vielmehr darauf zu beschränken, die im Einzelfall zu treffende Entscheidung nach strengem Legalitätsprinzip allein durch Unterordnung eines bestimmten Sachverhalts unter die in § 35 gesetzlich festgelegten Tatbestandsmerkmale zu gewinnen.

Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist rein final- und zweckorientiert. Die Feststellung der Unzuverlässigkeit setzt daher nach nunmehr allgemeiner Meinung weder ein Verschulden im Sinne eines moralischen oder ethischen Vorwurfs noch einen Charaktermangel voraus. § 35 ist eine wertneutrale und keine „Strafvorschrift“ (Beschl. des VGH v. 28. 9. 1990, GewA 1991, 28). Der Schutz der Allgemeinheit gebietet es, unzuverlässigen Gewerbetreibenden die weitere Ausübung des Gewerbes zu untersagen, wobei es im Hinblick auf etwaige Schädigungen des zu schützenden Personals belanglos ist, ob Verschulden vorliegt oder nicht (s. Ur. des BVerwG v. 27. 6. 1961, GewA 1961, 166, v. 5. 8. 1965, GewA 1966, 9 = BVerwGE 22, 16, v. 29. 3. 1966, GewA 1966, 200 = BVerwGE 24, 38, v. 19. 3. 1970, GewA 1971, 200, Beschl. des BVerwG v. 30. 10. 1969, GewA 1970, 131, und v. 27. 4. 1971, GewA 1972, 150, anders für das Verkehrsurteil Ur. des OVG Lüneburg v. 30. 11. 1970, GewA 1971, 67, im ersten Sinne ebenfalls Ur. des OVG Lüneburg v. 30. 11. 1971, GewA 1972, 120, ferner die vier Ur. des BVerwG v. 2. 2. 1982, GewA 1982, 233, 294 = BVerwGE 65, 1 = MDR 1982, 873, GewA 1982, 298, 301 linke Spalte, Ur. des VG Hamburg v. 17. 6. 2004, GewA 2005, 160, Frödig/Högl, Rdn. 48 zu § 35, Fröhler/Kornmann, Rdn. 15 zu § 35, Tettinger/Wanke, Rdn. 33 zu § 35, Krenzle, Geweruntertägung, S. 14ff., dem, GewA 1968, 145, 147 und GewA 1974, 253, Janssen, GewA 1969, 1, 5, Metzer, WIVwv 1981, 45, Nr. 3.1.2. GewUVwV). In streitem o. a. Ur. v. 27. 6. 1961 hat das BVerwG hierzu ausgeführt:

„Der VGH ist davon ausgegangen, daß der gewerbetreibliche Begriff der Unzuverlässigkeit als eine Wesenseigenschaft angesehen werden müsse und unter Unzuverlässigkeit sittliche Unzuverlässigkeit zu verstehen sei. Demgemäß ist für den VGH die Tatsache der Vermögenslosigkeit oder Zahlungsgebrechlichkeit nur insoweit von Bedeutung, als sie einen Schluß auf charakterliche Mängel des Gewerbetreibenden zuläßt ... Dieser Ausgangspunkt ist rechtshinrig. Er setzt einen absoluten Zuverlässigkeitsbegriff voraus, der dem Gewerbetreibenden fremd ist. Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist auf das jeweilige Gewerbe ausgerichtet, das betrieben werden soll. Es kommt auf den Schutzzweck der entsprechenden gewerbetreiblichen Bestimmungen an. In diesem Sinn kann auch böse Unfähigkeit einen Mangel der Zuverlässigkeit begründen. Ein Schwärzmeister, der selbst nicht schwärzen kann, und ein Rechtskonsulent, der zur Darstellung einer einfachen Sachverhalts nicht fähig ist, sind für die von ihnen betriebenen Gewerbe nicht zuwecklos.“

In seinem Beschl. v. 20. 6. 1961 (GewA 1962, 180) legt das BVerwG dar, dass die Unzuverlässigkeit als eine Frage der persönlichen Veranlagung und Haltung nach dem Gesamtbild der Persönlichkeit zu beurteilen ist und es unerheblich keinen Zweifel, dass grobe Unsauberkeit eines Menschen und eine starke Verwahrlosung der Umgebung, in der er lebt, Rückschlüsse auf so erhebliche Mängel in seiner Persönlichkeit rechtfertigen können, dass eine einwandfreie Führung eines Gasstättenbetriebes, die in ganz besonderem Maße Ordnungssinn und Sauberkeit erfordere, nicht gewährleistet

erschwert. Auch die ältere Rechtsprechung hat schon von jeher bei Krankheit (z. B. Schwachsinn, Geisteskrankheit) u. U. Unzuverlässigkeit angenommen. Erwähnt seien ProWVG 39, 291, Unzuverlässigkeit eines wegen Blödsinns entmündigten Rechtskonsulenten: „Es ist selbstverständlich, dass eine Person, welche gewerbsmäßig die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten und bei Behörden wahrzunehmender Geschäfte betreibt, sich nicht im Besitze der für diese Gewerbe erforderlichen Zuverlässigkeit befindet, wenn ihr wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche die Geschäftsfähigkeit in ihren eigenen Angelegenheiten völlig entzogen oder beschränkt worden ist“; ProVG v. 10. 1. 1929, GewA 26, 544, Untersagung des Gewerbebetriebs eines Rechtsanwaltes sowie der gewerbsmäßigen Auskunfterteilung über Vermögensverhältnisse oder persönliche Angelegenheiten, wenn der Inhaber nach ärztlichem Gutachten als schwerer Psychopath mit hysteroneurotischen Einschlag erachtet worden ist. „Für die Verantwortlichkeit eines Gewerbebetreibenden ... ist nicht das persönliche Verschulden, sondern objektiv das Vorliegen von Tatsachen maßgebend, die diese Verantwortlichkeit begründen“; OVG Münster v. 20. 4. 1955, GewA 1956, 123. „Die Unzuverlässigkeit kann ... in einem krankhaften Zustand des Betriebsinhabers begründet sein.“ Von einem derartigen wertneutralen Begriff der Unzuverlässigkeit geht auch die Begründung zum ändG v. 13. 2. 1974 (§. Rdn. 3, S. 6 BT-Druck: 7/111) aus:

„Ein Geisteskranker ist im gewerbetreiblichen Sinne als unzuverlässig anzusehen, auf Verschulden kommt es dabei nicht an. Ihm wird deshalb in der Regel die Zuverlässigkeit für die Ausübung einer jeden Gewerbes abzusprechen sein.“

Ebenso Nr. 3.1.2. GewUwV. Eine begriffswerte Klarstellung hat das o. a. Ur. des BVerwG v. 2. 2. 1982 (GewA 1982, 294, ähnlich seine weiteren Ur. v. 2. 2. 1982) gebracht:

„Die gewerbetreibliche Unzuverlässigkeit erfordert kein Verschulden des Gewerbebetreibenden (BVerwGH 24, 36). Es ist überhaupt belanglos, welche Ursachen zu der Überschuldung und der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit des Kr. geführt haben. Im Interesse eines ordnungsgemäßen und rechtlichen Wirtschaftsverkehrs muß von einem Gewerbebetreibenden erwartet werden, daß er bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursachen seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Gewerbebetrieb aufgibt. Diese - durch die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Gewerbausbübung begründete - Erwartung ist der eigentliche Grund, den wirtschaftlich Leistungsunfähigen Gewerbebetreibenden als unzuverlässig zu bewerten. Dieser Grund entfällt nur dann, wenn der Gewerbebetreibende zahlungswillig ist und trotz seiner Schulden nach einem sinnvollen und Erfolg versprechenden Sanierungskonzept arbeitet.“

31 Die Unzuverlässigkeit muss sich, wie in § 35 Abs. 1 Satz 1 ausdrücklich erwähnt, aus Tatsachen ergeben. Die - in der Vergangenheit eingetretene - Tatsache hat die Behörde daraufhin zu beurteilen, ob sie auf eine Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden in der Zukunft schließen lassen, d. h., ob sie die Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden in Bezug auf dieses Gewerbe darl. Das BVerwG hat hierzu in seinem Ur. v. 29. 3. 1966 (GewA 1966, 200 = BVerwGE 24, 38, 40) ausgeführt:

„Das behördliche Vorgehen setzt voraus, daß im Zeitpunkt des Erlasses der Gewerbeunter-sagung Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden darl. und die Maßnahmen erforderlich machen, um eine Gefährdung der Rechtsgüter nicht mehr zu besorgen, muß dem Gewerbebetreibenden auf seinen Antrag, die ihm verneinte Tätigkeit wieder gestattet werden (§ 35 Abs. 9). Ob die erwähnten Tatsachen vorliegen, richtet sich, wie sich aus dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes ergibt, nicht nach dem Verhältnis zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt. Es kommt vielmehr darauf an, ob im Zeitpunkt des Erlasses

der Gewerbeuntertagung oder zu einem späteren, für die rechtliche Beurteilung dieses Verwaltungsaktes maßgeblichen Zeitpunkt der Gewerbebetriebe unzuverlässig und die Gewerbeuntertagung erforderlich ist. Nur wenn zu diesem Zeitpunkt die erwähnten Tatsachen eine ordnungsgemäße Ausübung des Gewerbes nicht erwarten lassen, ist die Gewerbeuntertagung gerechtfertigt. Bei der Anwendung des § 35 beurteilt die Verwaltungsbehörde demnach nicht das frühere Verhalten der Gewerbebetriebe und die unter Umständen genannte Zeit zurück-liegenden Tatsachen, sondern prüft, ob der Gewerbebetriebe jetzt in Abkehr von dieser Tat-sachen als unzuverlässig anzusehen ist. Durch die Gewerbeuntertagung wird nicht ein in der Ver-gangenheit liegendes Tun oder Unterlassen des Gewerbebetriebes geahndet, sondern eine gegenwärtig bestehende Unzuverlässigkeit und Rechtshängigkeitsbindung vorgebucht. Die Behörde ordnet daher in Fällen der vorliegenden Art nicht einen in der Vergangenheit ab-geschlossenen konkreten Sachverhalt unter Anwendung damals nicht geltenden Rechts nachzu-folgen, um künftigen Gefährdungen der gesellschaftlichen Schutzgüter zu begegnen. Die Unzu-fähigkeit des Gewerbebetriebes setzt kein Verschulden voraus. Eine dahingehende Fest-stellung besagt lediglich, dass auf Grund bestimmter Tatsachen vermutet werde, die betreffende Person werde das Gewerbe nicht ordnungsgemäß betreiben.“

Von der Behörde wird also eine Wertung von Tatsachen, verbunden mit einer Prognose über das künftige Verhalten des Gewerbebetreibenden verlangt. Hierbei kommt es auf die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung - Erlass des Widerspruchsbeschwerdes - an (§. Rdn. 21). Dies gilt nach dem Beschl. des BVerwG v. 14. 5. 1997 (GewA 1997, 478) auch bei einem die Untertagungsverfügung betref-fenden ruhenden Anfechtungsverfahren über längere Zeit (hier acht Jahre). Nimmt die Gewerbebehörde das Verfahren allerdings nicht auf, kann dies einen besonderen Anlass zur Prüfung geben, ob im maßgebenden Beurteilungszeitpunkt die Vorausset-zungen der Gewerbeuntertagung vorliegen haben. - Keine endgültige Klarheit be-steht in der Rechtsprechung und Literatur darüber, welche Anforderungen an die Genauigkeit dieser Prognose zu stellen sind. Vorstellbar ist ein breites Spektrum, von leichten Zweifeln an der Zuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden bis zur festen, auf objektiven Fakten beruhenden Überzeugung von seiner Unzuverlässigkeit reicht. Beide Extreme sind abzulehnen. Im ersten Fall würde der Grundsatz der Verhält-nismäßigkeit verletzt, im letzteren auf Anforderungen abgestellt, die nur ausnahms-weise zu erfüllen sind, so dass § 35 praktisch „leerlaufen“ würde. Es ist daher eine mittlere Lösung anzustreben, für die Kiesel (Gewerbeuntertagung, S. 13 ff., GewA 1968, 145, 146 und GewA 1974, 253, 254) Wege aufgezeigt hat. Bloße Zweifel an der Zuverlässigkeit reichen daher nicht aus (§. Ur. des VGH Bad.-Würt. v. 26. 9. 1973, GewA 1974, 135), ebenfalls nicht die Möglichkeit erneuten strafbaren Verhal-tens, es sei denn, dass ausreichende Anhaltspunkte hierfür vorliegen (Ur. des BVerwG v. 9. 2. 1967, GewA 1967, 166). Die Rechtsprechung des BVerwG zum Straßen-verkehrsrecht, wonach der Gewerbebetriebe des Vernehmens, er werde sein Gewerbe ordentlich ausüben, während sein mind (Ur. v. 20. 1. 1961, GewA 1961, 132 und v. 26. 1. 1962, BVerwGE 13, 326) wird man nicht verallgemeinern können, da hier durch das Abstellen auf Trunkenheitsdelikte eines Kraftroschken-Unternehmers auf Tatsachen zurückgegriffen werden konnte, die nach Überzeugung des Gerichts die Unzuverlässigkeit des Gewerbebetriebes zweifelslos erwiesen haben. Hierfür spricht auch die Neufassung des § 35 Abs. 1 Satz 1 durch das ändG v. 13. 2. 1974 (§. Rdn. 3), die die auf eine objektiv erwiesene Unzuverlässigkeit hindeutenden Worte „soweit die weitere Ausübung des Gewerbes für die Allgemeinheit oder die im Be-trieb Beschäftigten eine Gefährdung des Lebens ... mit sich bringt“ (§. Rdn. 2) gestrich-tet hat. Vom BVerwG war aus diesem Satzteil gefolgert worden, dass eine nur ganz abstrakte Gefahr und die nicht von vornherein ausschließende Möglichkeit einer

Gefährdung der in § 35 Abs. 1 genannten Rechtsgüter für die Unterzersetzung des Gewerbes nicht ausreicht. Es müsste dem Gewerbetreibenden vielmehr eine konkrete Gefährdung der zentralen Rechtsgüter nachgewiesen werden (Urt. v. 9. 12. 1965, GewA 1966, 124 und v. 22. 3. 1966, GewA 1966, 271). Wenn diese Entscheidungen im Hinblick auf die ihnen zugrunde liegenden Sachverhalte auch nicht zu beanstanden wären, so waren sie wegen ihrer generalisierenden Aussage doch unsäglich für eine teilweise Verschärfung der Rechtsprechung zum Begriff der Unzuverlässigkeit, was wiederum Unsicherheit der Verwaltung über den Anwendungsbereich des § 35 auslöste (s. hierzu Janssen, GewA 1969, 1, 2; Manke, GewA 1974, 79 ff.; Wühlhelm, GewA 1965, 156; Rohrer, GewA 1967, 168 in seiner Anmerkung zum Urt. des BVerwG v. 9. 2. 1967, GewA 1967, 166 und Schäfer, GewA 1967, 273 in seiner Anmerkung zum Urt. des OVG Lüneburg v. 18. 8. 1967, GewA 1967, 271; s. auch das Urt. des Hess. VGH v. 25. 10. 1967, GewA 1968, 56). Das v. e. AndG hat diesen Bedenken durch die Neufassung des § 35 Abs. 1 Satz 1 Rechnung getragen. In der Begründung des Gesetzentwurfs (§ 5, BT-Drucks 7/1113) wird hierzu gesagt: „Damit wird auch eine abstrakte Gefährdung zentraler Rechtsgüter als ausreichend angesehen.“ Selbstverständlich sollte hierdurch nicht das andere Extrem eröffnet, sondern lediglich die vorstehend geschilderten Hinderungsgründe für eine zügige Anwendung in der Praxis abgebaut werden. Nach alledem scheint es angebracht, bezüglich der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden darauf abzustellen, dass nach den für die Vergangenheit festgestellten Tatsachen **keinitig weitere Verstöße wahrscheinlich** (vgl. Urt. des BVerwG v. 16. 9. 1975, GewA 1976, 385, 387 und Beschl. des VGH Bad.-Württ. v. 7. 8. 1986, NVwZ 1987, 338, v. 7. 4. 1989, GewA 1990, 253 und v. 20. 7. 1989, GewA 1990, 253 zum GastG, Krenzle GewA 1968, 145, 147, ders., GewA 1974, 253, 254, *Friedl/Högl*, RdM. 52 zu § 35, *Teitinger/Wank*, RdM. 30 zu § 35, *Schlagß*, WVerw 1982, 102 ff. unter gleichzeitiger Würdigung der Verfassungskonformität der neuen Regelung), d. h. dass sie zu befürchten (s. das vorstehend erwähnte Urt. des BVerwG v. 16. 9. 1975 sowie Urt. v. 20. 1. 1961, GewA 1961, 131 und v. 20. 11. 1970, GewA 1971, 67 sowie Urt. des OVG Berlin v. 15. 10. 1969, GewA 1970, 230) sind. Nach dem Beschluss des VGH Bad.-Württ. v. 26. 7. 1993, GewA 1993, 416, sind an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist. Leichte Zweifel reichen nicht aus, wie andererseits Gewissheit nicht zu fordern ist (s. auch unten). Die bei der vorzuziehenden Haftentlassung gestrichle günstige Sozialprognose sagt jedenfalls nichts über die gewerbetreibliche Zuverlässigkeit aus. Dem gemäß § 57 Abs. 1 StGB wird die Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe nach $\frac{2}{3}$ (schon) dann zur Bewährung ausgesetzt, wenn veranwortet werden kann zu erproben, ob der Verurteilte außerhalb des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird. Demgegenüber fordert die gewerbetreibliche Zuverlässigkeit im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1, dass der Betreffende die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß führt (VG Berlin, Gerichtsbescheid v. 21. 12. 1987, GewA 1989, 24). Nicht übertragbar sind auch die Ausführungen des BVerwG im Urt. v. 15. 7. 2004 (DOV 2005, 118) zur Zuverlässigkeit i. S. v. § 29 d LuftVG (aufgehoben durch das Luftverkehrsgesetz v. 11. 1. 2005, BGBl. I S. 78 und ersetzt durch den dortigen § 7 Abs. 1), die Voraussetzung für die Bestellung einer Zugangsberechtigung zu den nicht allgemein zugänglichen und sicherheitsrechtlichen Bereichen und Anlagen eines Flughafens ist, auf das all-

gemeine Gewerbebetriebe trotz der in der Einscheidung angezeigten Parallelen zu § 35. Wenn hiernach die Zuverlässigkeit bereits dann zu vernennen ist, wenn an ihr auch nur geringe Zweifel bestehen, so ist dies eben wegen des gerade beim Luftverkehr bestehenden hohen Gefährdungspotentials und der Hochanliegenheit der zu schützenden Rechtsgüter gerechtfertigt, womit die Entscheidung der schon im vorstehenden erwähnten Beschl. des VGH Bad.-Württ. v. 26. 7. 1993 erwähnten Prognosekriterien aufgreift und aufhebt. „Es entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Rechts der Gefahrenabwehr, umso strengere Anforderungen an die Zuverlässigkeit von Bewerbern für eine entsprechende berufliche Tätigkeit zu stellen, je schutzwürdiger die Rechtsgüter sind, die gefährdet werden können, und je höher der mögliche Schaden ist. Wenn – wie bei Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs – hochrangige Rechtsgüter wie das Leben und die Gesundheit zahlreicher Menschen gefährdet werden können, kann der Normgeber auch bereits die geringe Eintrittswahrscheinlichkeit eines solchen Schadens ausreichen lassen. ... Dem entspricht auch die Regelung in § 6 Abs. 1 S. 5 LuftVZÜV (*Luftverkehrs-Zulassungs- und Befähigungsverordnung* v. 8. 10. 2001, BGBl. I S. 2625, geändert am 9. 1. 2002, BGBl. I S. 361), wonach die Zuverlässigkeit bereits dann zu vernennen ist, wenn bestehende Zweifel an der Zuverlässigkeit der Person nicht ausgeräumt werden können.“

Die **Tatsachen**, die auf die Unzuverlässigkeit schließen lassen, **brauchen allerdings nicht im Rahmen des Gewerbebetriebes eingetretten zu sein** (so auch *Friedl/Högl*, RdM. 53 zu § 35, *Föhrler/Kornmann*, RdM. 17 zu § 35, *Teitinger/Wank*, RdM. 28 zu § 35, *Schlagß*, WVerw 1982, 105). Das ergibt sich schon aus der Darstellung in RdM. 30, wonach sich die Unzuverlässigkeit als eine Frage der persönlichen Vernunft und Haltung nach dem Gesamtbild der Persönlichkeit des Betroffenen beurteilt, so dass auch Komponenten außerhalb des Gewerbebetriebes maßgeblich sein können. Die Rechtsprechung hat darüber hinaus in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen ausdrücklich betont, dass auch Tatsachen, die aus einer Zeit stammen, in der der Gewerbebetriebe noch kein Gewerbe oder ein Gewerbe betrieben hat, das geringere Anforderungen an die Zuverlässigkeit als das gegenwärtige gestellt hat, berücksichtigt werden können (z. B. Entscheidungen des BVerwG v. 21. 7. 1964, GewA 1965, 7, v. 29. 3. 1966, GewA 1966, 200 = BVerwGE 24, 28, v. 20. 11. 1970, GewA 1971, 67, v. 2. 2. 1982, GewA 1982, 233, v. 6. 12. 1994, GewA 1995, 159, des VGH Bad.-Württ. v. 19. 6. 1961, GewA 1961, 215 v. 4. 3. 1965, GewA 1965, 156, v. 25. 8. 1975, GewA 1976, 26 des OVG Rheinland-Pfalz v. 1. 2. 1967, GewA 1967, 204) bzw. hat dies schlichtweg ungestellt (z. B. Urt. des BVerwG v. 17. 1. 1972, GewA 1972, 189, Beschl. des VGH Bad.-Württ. v. 30. 6. 1971, GewA 1973, 171, Urt. des VGH Bad.-Württ. v. 26. 9. 1973, GewA 1974, 135 und des Hess. VGH v. 25. 10. 1967, GewA 1968, 56).

Die **Tatsachen**, auf die die Unzuverlässigkeit gestützt werden soll, müssen allerdings **gewerbebezogen** sein, d. h. die Zuverlässigkeit des Gewerbebetriebers im Hinblick auf das konkret ausgetübte Gewerbe in Frage stellen. Es gibt keine Unzuverlässigkeit schlechthin (Einscheidungen des BVerwG v. 27. 6. 1961, GewA 1961, 166, v. 5. 8. 1965, GewA 1966, 9 = BVerwGE 22, 16, v. 4. 11. 1965, GewA 1966, 77, v. 17. 1. 1972, GewA 1972, 189, v. 24. 10. 1969, GewA 1970, 10, v. 1. 2. 1994, GewA 1995, 114, v. 11. 11. 1996, GewA 1997, 68, des OVG Münster v. 23. 8. 1973, GewA 1974, 19, des VGH Bad.-Württ. v. 19. 6. 1961, GewA 1961, 215 und v. 26. 9. 1973, GewA 1974, 135, *Friedl/Högl*, RdM. 50 zu § 35, *Föhrler/Kornmann*, RdM. 26 zu § 35, *Krenzle*, Gewerbeunterzersetzung S. 10, *Janssen in Renß*, Anm. II 3 zu § 35, *Teitinger/Wank*,

verfügung, deren sofortige Vollziehung nicht angeordnet ist, während einer langen Zeit (hier 8 Jahre) nicht auf kann dies nach dem Beschl. des BVerwG v. 14. 5. 1997 (GewA 1997, 478) ein Anzeichen dafür sein, dass die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Geweruntersetzung im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt nicht vorliegen haben, also der Gewerbetreibende nicht unzuverlässig oder die Gewerbetü-

78

Der Gesetzgeber hat die (Voll-)Untersetzung positivrechtlich als ultima ratio zur Abwehr der aus der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden sich ergebenden Gefährdungen erhoben (s. Rdn. 18 und die in Rdn. 77 zitierten Urteile sowie Hinsehdungen des BVerwG in hier gleichzusetzenden Widermüßverfahren v. 16. 9. 1975, GewA 1975, 385 zu § 15 GastG sowie v. 6. 9. 1991, GewA 1992, 24, zu § 331 GewO). Diese Regelung ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne - Erforderlichkeit, Notwendigkeit der Untersetzung (zur Unterscheidung der Begriffe Verhältnismäßigkeit im weiteren und engeren Sinne s. Bodo/Verwaltungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, S. 299ff., Hoff, GewA 1982, 234, Friauf/Hoff, Rdn. 40ff. zu § 35, Töttinger/Wank, Rdn. 114 zu § 35, kritisch Dierschbach, WStVerw 1982, 24ff.) Die Behörden sind daher gezwungen zu prüfen, ob die Gefährdung nicht durch andere Mittel abgewendet werden kann, z. B. durch Abmahnung, Auflagen, Kontrollen, Teileruntersetzung. Das BVerwG legt in seinem o. a. Ur. v. 24. 2. 1966 (ebenso Ur. des OVG Lüneburg v. 30. 11. 1971, GewA 1972, 120) dar,

„dß durch diese (in § 35 getroffene) Regelung der im allgemeinen Polizeirecht schon seit langem anerkannte Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in das Gewerbe recht übernommen werden ist. Eine Maßnahme nach § 35 GewO darf demnach nicht weitergehen, als sie der Schutz der dort genannten Schutzgüter (unzweischen überhöht) erfordert. Damit trägt § 35 Abs. 1 GewO dem vom BVerwG entwickelten Rechtsstaatsprinzip im Bereich der Berufsbeziehung Rechnung; nach dem der Einzelne vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt bleiben muß. Das von der Verwaltungsbehörde angewendete Mittel muß daher zur Erreichung des gesetzgebenden Zieles geeignet sein und darf den Betroffenen nicht übermäßig belasten (BVerfGE 17, 306, 313ff.).“

Dabei ist die Frage, ob die Gefährdung nicht durch andere Mittel abgewendet werden kann, nicht in dem Sinn zu verstehen, dass eine Untersetzung erst zulässig wäre, wenn eine andere Möglichkeit schlechthin nicht denkbar ist. Die andere Möglichkeit muss vielmehr nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch vertretbar sein; sie darf zum Erfolg nicht außer Verhältnis stehen. Mit anderen Worten, die Untersetzung ist das einzige Mittel i. S. des § 35 Abs. 1, wenn andere Mittel zur Abwehr der Gefahren bei vernünftiger Abwägung aller Gesichtspunkte vom öffentlichen, aber auch privaten Interesse aus nicht mehr vertretbar sind (so auch Hess. VGH a. a. O., wohl auch dessen Beschl. v. 28. 9. 1990, GewA 1991, 28, ferner Ur. des OVG Hamburg v. 9. 4. 1991, GewA 1991, 423). Schall/Schreiber kommen daher in ihrem Aufsatz „Gegenwärtige und zukünftige Sanktionen bei Unzuverlässigkeit“, Natur und Recht 1996, 440, 445 zu der Schlussfolgerung, dass von § 35 bei Verstößen gegen Umweltvorschriften wegen der oben aufgezählten drastischen Konsequenzen selten Gebrauch gemacht und daher eher auf das Kooperationsprinzip zurückgegriffen wird.

3. Verhältnismäßigkeit

Die Entscheidung muss darüber hinaus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 79 im engeren Sinne Rechnung tragen. Trotz der strikten Formulierung, dass die Aus-

IV. Rechtsgüterverletzung, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit

1. Rechtsgütergefährdung

76 Die Untersetzung setzt eine Gefährdung von Rechtsgütern der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten voraus. Durch das ÄndG v. 13. 2. 1974 wurde die Benennung zentraler Rechtsgüter, die eine Untersetzung rechtfertigen, aufgegeben (s. Rdn. 2, 3). Theoretisch kann daher seitdem die Gefährdung jedes beliebigen Rechtsgutes die Untersetzung auslösen (Friauf/Kornmann, Rdn. 47 zu § 35, Kretzle, GewA 1974, 253, 255). Da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch gewahrt sein muss, werden sich Untersetzungen auch weiterhin auf die Gefährdung besonders wichtiger Rechtsgüter stützen müssen (so schon Begründung zum ÄndG, S. 5 BT-Drucks. 7/111, Marcks, GewA 1974, 79, Schäffer, WStVerw 1982, 102 und wohl auch Friauf/Hoff, Rdn. 39 zu § 35). In Betracht kommen neben dem im Gesetz früher genannten (Leben, Gesundheit, Freiheit, Sittlichkeit, Eigentum, Vermögen - s. Rdn. 2) neben Rechtsgüter (Staatschutz, Umweltschutz). Hierzu rechnet auch die betriebliche Selbstbestimmung, wie aus den §§ 102, 103 BetrVG zu folgen ist, wonach der Betriebsrat bei ordentlichen Kündigungen von Arbeitnehmern zu beteiligen ist und bei außerordentlichen sogar zustimmen hat, was Scheffler, Geweruntersetzung bei Aktiengesellschaften, Die Konzernsanktionale im Großkonzern: aus dem Blickwinkel des § 35 GewO (GewA 2005, 445, 449) zu Recht anmerkt: „Wenden Versuche unternommen, die Meinungsbildung von Betriebsratsmitgliedern durch Begünstigungen zu beeinflussen, so muss dieses Verhalten zum Schutz der im Betrieb Beschäftigten unterbunden werden, da ansonsten nicht mehr gewährleistet ist, dass das jeweilige Betriebsratsmitglied die Interessen des Arbeitnehmers vertritt, sondern mehr die Interessen des Arbeitgebers im Auge hat.“ Ein besonders wichtiges Rechtsgut ist auch die Sicherheit des Luftverkehrs, worauf der BayVGH in seinen beiden Urteilen v. 16. 7. 2003 (GewA 2003, 493 und 495) sowie das BVerfG im Ur. v. 15. 7. 2004 (DÖV 2005, 118) zur Frage der luftverkehrsrechtlichen Zuverlässigkeit, S. der §§ 19b, 29d LuftVG hinweisen. Mit der Streichung der im früheren Text noch enthaltenen Worte „eine Gefährdung ... mit sich bringt“ - durch das ÄndG wurde im Übrigen klargestellt, dass nicht mehr auf eine konkrete Gefährdung der Rechtsgüter abgestellt wird, sondern eine abstrakte Gefährdung ausreichend ist (s. hierzu Rdn. 3 und S. 5 der Begründung). Nach dem Ur. des Hess. VGH v. 7. 10. 1975, GewA 1976, 92 ist das Vermögen der öffentlichen Hand auch nach der Neufassung des § 35 Abs. 1 durch diese Vorschrift geschützt.

2. Erforderlichkeit

77 Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 ist die Ausübung eines Gewerbes zu untersagen, sofern die Untersetzung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Bei dieser Voraussetzung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Entscheidung ist eine vom Gericht in vollem Umfang nachprüf-bare Rechtsentscheidung; ein nachprüfungsreicher Beurteilungsspielraum der Behörde ist nicht gegeben (s. Ur. des BVerwG v. 24. 2. 1966, GewA 1966, 202 = BVerwGE 23, 280; Ur. des VGH Bad.-Württ. v. 17. 5. 1972, GewA 1972, 248; Ur. des Hess. VGH v. 7. 11. 1972, GewA 1973, 61). Nimmt die Gewerbebehörde ein ruhendes Gerichtsverfahren über die Anfechtung einer Gewerbeuntersetzung-

verfügung, deren sofortige Vollziehung nicht angeordnet ist, während einer langen Zeit (hier 8 Jahre) nicht auf, kann dies nach dem Beschl. des BVerwG v. 14. 5. 1997 (GewA 1997, 478) ein Anzeichen dafür sein, dass die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Gewerbeunternehmung im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt nicht vorliegen haben, also der Gewerbetreibende nicht unzuverlässig oder die Gewerbeunternehmung ausnahmsweise nicht erforderlich war.

Der Gesetzgeber hat die (Voll-)Unternehmung positivrechtlich als *ultima ratio* zur Abwehr der aus der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden sich ergebenden Gefährdungen erhoben (s. Rdn. 18 und die in Rdn. 77 zitierten Urteile sowie Entscheidungen des BVerwG in hier gleichzusetzenden Wiedermisverfahren v. 16. 9. 1975, GewA 1975, 385 zu § 15 GasG sowie v. 6. 9. 1991, GewA 1992, 24, zu § 33 i. GewO). Diese Regelung ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne – Erforderlichkeit, Nowendigkeit der Unternehmung (zur Unterscheidung der Begriffe Verhältnismäßigkeit im weiteren und engeren Sinne s. Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, S. 299 ff., Hoff, GewA 1982, 234, Freitag/Hoff, Rdn. 40 ff. zu § 35, Teitinger/Wank, Rdn. 114 zu § 35, kritisch Dickerhoff, WjVerw 1982, 24 ff.). Die Behörden sind daher gezwungen zu prüfen, ob die Gefährdung nicht durch andere Mittel abgewendet werden kann, z. B. durch Abmahnung, Auflagen, Kontrollen, Teilunternehmung. Das BVerwG legt in seinem o. a. Ur. v. 24. 2. 1966 (ebenso Ur. des OVG Lüneburg v. 30. 11. 1971, GewA 1972, 120) dar,

„daß durch diese (in § 35 gestroffene) Regelung der im allgemeinen Polizeirecht schon seit langem anerkannte Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in das Gewerbrecht übernommen worden ist. Eine Maßnahme nach § 35 GewO darf demnach nicht weitergehen, als sie der Schutz der dort genannten Schutzgüter (zuvorstreit überholt) erfordert. Damit trägt § 35 Abs. 1 GewO dem vom BVerfG entwickelten Rechtsstaatsprinzip im Bereich der Betriebsbelegung Rechnung, nach dem der Einzelne vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt bleiben muß. Das von der Verwaltungsbehörde angewandte Mittel muß daher zur Erreichung des gesetzlich vorgesehenen Ziels geeignet sein und darf den Betroffenen nicht übermäßig belasten (BVerfGE 17, 306, 313 ff.).“

Dabei ist die Frage, ob die Gefährdung nicht durch andere Mittel abgewendet werden kann, nicht in dem Sinn zu verstehen, dass eine Unternehmung erst zulässig wäre, wenn eine andere Möglichkeit schlechthin nicht denkbar ist. Die andere Möglichkeit muß vielmehr nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch vertretbar sein; sie darf zum Erfolg nicht außer Verhältnis stehen. Mit anderen Worten, die Unternehmung ist das einzige Mittel i. S. des § 35 Abs. 1, wenn andere Mittel zur Abwehr der Gefährdung bei vernünftiger Abwägung aller Gesichtspunkte vom öffentlichen, aber auch privaten Interesse aus nicht mehr vertretbar sind (so auch Hess, VGH a. a. O., wohl auch dessen Beschl. v. 28. 9. 1990, GewA 1991, 28, ferner Ur. des OVG Hamburg v. 9. 4. 1991, GewA 1991, 423). *Schaff/Schneisser* kommen daher in ihrem Aufsatz „Gegenwärtige und zukünftige Sanktionen bei Umweltdelikten“, Natur und Recht 1996, 440, 445 zu der Schlussfolgerung, dass von § 35 bei Verstößen gegen Umweltschutzvorschriften wegen der oben aufgezogenen drastischen Konsequenzen selten Gebrauch gemacht und daher eher auf das Kooperationsprinzip zurückgegriffen wird.

3. Verhältnismäßigkeit

Die Entscheidung muss darüber hinaus dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** 79 im engeren Sinne Rechnung tragen. Trotz der strikten Formulierung, dass die Aus-

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Entscheidung über eine Gewerbeunternehmung oder den Widerruf einer gewerberechtlichen Erlaubnis schon auf der Tatbestandsseite, nämlich bei der Prüfung der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, vorzunehmen lassen will.

V. Insolvenzzrechtliche Unbedenklichkeit

Der Anwendungsbereich des § 35 wird durch den seit dem 1. 1. 1999 geltenden § 12 GewO stark eingegrenzt. Hiernach finden Vorschriften, welche u. a. die Unternehmung eines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ermöglichen, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, während einer Insolvenzverfahrens und der anderen dort genannten Verfahrensschritte keine Anwendung in Bezug auf das Gewerbe, das zurzeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgetübt wurde. Auf die ausführliche Kommentierung des § 12 wird verzichtet. An dieser Stelle soll nur als Resümee festgehalten werden, dass § 35 nur angewandt werden darf, wenn keine insolvenzrechtlichen Hindernisgründe bestehen. § 35 ist also ausgeschlossen während eines Insolvenzöffnungsverfahrens (§ 12 Rdn. 6), während des Insolvenzverfahrens selbst (§ 12 Rdn. 7), während der Überwachung der Erfüllung des Satz 2 durch das vorstehend erwähnte AndG bestanden (§ 12 Rdn. 8) und nach einer Restschuldbefreiung (§ 12 Rdn. 9).

D. Unternehmung

1. Sachlicher Geltungsbereich

1. Umfang der Unternehmung

Die Unternehmung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 setzt – im Gegensatz zu der nach Satz 2 – voraus, dass bei **Einkleitung des Gewerbeunternehmensverfahrens** (zu diesem Begriff s. Rdn. 977) das Gewerbe tatsächlich ausgetübt wird, d. h. schon begonnen und noch nicht wieder aufgegeben worden ist (herrschende Meinung; s. die Hinweise im Rdn. 24). Dies war schon nach der bis zum AndG v. 13. 2. 1974 (BGBl. I S. 161) geltenden Rechtslage herrschende Auffassung (s. Rdn. 61 ff. zu § 35 der 12. Aufl.) und ist durch die Einfügung des Satzes 2 durch das vorstehend erwähnte AndG bestätigt worden, denn bei den dort erwähnten „anderen oder allen Gewerben“ handelt es sich um solche, die der Gewerbetreibende im laufenden Unternehmensverfahren noch gar nicht ausübt, deren künftige Ausübung durch ihn jedoch unerwünscht ist und deshalb vorzuziehen mit untersteht wird (s. Rdn. 85 ff.). Zu unterscheiden hiervon ist der Fall, dass der Gewerbetreibende bei der Einkleitung des Verfahrens mehrere Gewerbe ausübt. Sofern die Voraussetzungen für die Unternehmung (s. Rdn. 23 ff.) für alle vorliegen, müssen auch alle Gewerbe untersteht werden, wobei allerdings ein gemeinsamer Bescheid ausreicht (so auch *Fröhler/Kornmann*, Rdn. 56 zu § 35, *Freitag/Hoff*, Rdn. 93 zu § 35, Ur. des BVerwG v. 2. 2. 1982, GewA 1982, 298). Sofern sich jemand als selbstständiger Gewerbetreibender und als Vertretungsberechtigter einer juristischen Person, z. B. als Geschäftsführer einer GmbH, betätigt, und beides untersteht werden soll, ist wie folgt vorzugehen: Die selbstständige Tätigkeit ist nach § 35 Abs. 1 Satz 1 zu untersagen, die unselbstständige Tätigkeit setzt zunächst eine Unternehmung gegen den dortigen Gewerbetreibenden, nämlich die GmbH, ebenfalls nach § 35 Abs. 1 Satz 1 voraus, die mit einer Unternehmung gegen den Vertretungsbereich-

zuverlässigkeit Dritter als eigene angesehen wird (§. Rdn. 69ff.) oder er kraft Gesetzes für die Unzuverlässigkeit Dritter einzustehen hat (§. Rdn. 66ff.). Die Frage, an wen die Gewerbeunternehmung zu richten ist, ist daher leicht unter Verwertung der obigen Ausführungen zum Begriff des „Verantwortlichen“ (§. Rdn. 63ff.) zu beantworten. Wenn das Gewerbe von einer natürlichen Person betrieben wird, so ist die Adressat der Unzurechnungsfähigkeit [Rdn. 63]. Bei Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit ist sie gegen die geschäftsführenden Gesellschafter und nicht etwa gegen die Gesellschaft zu richten (§. Rdn. 64). Ausnahmsweise kann auch ein Kommanditist einer KG betroffen sein, nämlich dann, wenn ihm Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt worden ist. Bei juristischen Personen ist die Unzurechnung an diese zu richten (§. Rdn. 65) und nicht an die vertretungsberechtigten Personen. Sofern die Unzurechnung wegen Unzuverlässigkeit des Betriebleiters oder Stellvertreters ausgesprochen wird, ohne dass dem Gewerbetreibenden selbst Verfallungen vorgeworfen werden (§. Rdn. 66ff.), ist die Gewerbeunternehmung trotzdem an den Gewerbetreibenden zu richten, da ihm die Unzuverlässigkeit dieser Personen als eigene zuzurechnen ist (gegen das leitende Personal kann zusätzlich eine Unzurechnung nach Abs. 7a ausgesprochen werden, s. Rdn. 191ff.). Dieselben Überlegungen gelten, wenn der Gewerbetreibende einem unzuverlässigen Dritten einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung eingeräumt und sich dadurch selbst als unzuverlässig erwiesen hat (§. Rdn. 69). Bei einem Strohmannverhältnis ist der den Strohmann vorschickende eigenständige Gewerbetreibende verantwortlich, so dass die Unzurechnung gegen ihn zu richten ist. Da sich der Strohmann jedoch zumindest nach außen als Gewerbetreibender geriert, muss er zusätzlich auch eine gegen ihn gerichtete Unzurechnung in Kauf nehmen (§. Rdn. 72).

2. Tatsächlich Betroffene

In tatsächlicher Hinsicht hat die Gewerbeunternehmung allerdings Auswirkungen, die weit über die Interessensphäre des eigentlich betroffenen Gewerbetreibenden hinausgehen. Zu denken ist z. B. an die durch eine Vollunternehmung betroffenen Familienangehörigen, deren Lebensunterhalt möglicherweise nicht mehr sichergestellt ist, an Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz verlieren, an Mitgesellschafter, die sich von dem unzuverlässigen Partner trennen müssen (Rdn. 64), an Geschäftspartner des Gewerbetreibenden, deren Produkte und Leistungen nicht mehr abgenommen und Fordernungen möglicherweise nicht mehr beglichen werden. Diese Folgen müssen sicherlich bei der Prüfung, ob die Unzurechnung überhaupt erforderlich ist und ob sie dem Grundzweck der Verhaltensmäßigkeit Rechnung trägt (Rdn. 77ff.), berücksichtigt werden. Sobald die Einschuldung jedoch erfüllt ist, müssen die Betroffenen diese Konsequenzen in Kauf nehmen. Ihnen steht daher kein Anfechtungsrecht in anhängigen Verfahren oder eine Klagebefugnis zu, da sie nicht verfahrensbeteiligt (§ 13 VwVfGG), sondern nur reflexweise betroffen sind (so auch *Friedl/Högl*, Rdn. 154 zu § 35 und *Wagner/Wask*, Rdn. 133 zu § 35). So hat das OVG Lüneburg in seinem Urteil vom 12. 1984 (GewA 1985, 95) zu Recht ausgeführt, § 35 GewO sei keine Schutzvorschrift für Verursacher des Gewerbetreibenden und andere Dritte. Eine Klage gegen die zuständige Behörde auf Verpflichtung zur Gewerbeunternehmung ist deshalb mangels Klagebefugnis unzulässig (ähnlich Hess. VGH, Beschl. vom 19. 1990, GewA 1991, 28).

Abweichend hiervon wollen *Tetinger/Wank* (§ 35 Rdn. 127) und *Schäfer*, Gewerbeunternehmung bei Aktengeheimhaltung. Die Korruptionskankade bei Großkonzernen aus dem Blickwinkel des § 35 GewO (GewA 2005, 445, 452), den Beschlüssen des Betriebes ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einsicht in der Behörde zugestehen, da dieser Personenkreis hinreichend individualisierbar und sein Recht auf betriebliche Mitbestimmung verletzt sei (§. Rdn. 76). Dies begegnet Bedenken. Die Unzurechnung setzt zwar u. a. eine Rechtsgütergefährdung der im Betrieb Beschäftigten voraus, wozu auch die Verletzung der betrieblichen Selbstbestimmung rechnen (§. Rdn. 76), daraus kann aber nicht ein eigenes Recht auf Tätigwerden der Behörde hergeleitet werden. Wie *Kopp/Schneke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2005, § 42 Rdn. 59 ausführen, macht § 42 Abs. 2 VwGO bei Verpflichtungsklagen die Geldandmachung einer Verletzung eigener Rechte, also nicht lediglich ideeller, wirtschaftlicher u. a. Interessen, des Klägers durch die Ablehnung bzw. Unterlassung des begehrten Verwaltungsgeschäftes zu einer Zulassungsvoraussetzung der Klage, um sog. Popularklagen auszuschließen. Eigene Rechte einzelner Arbeitnehmer sind hier jedoch nicht verletzt, sondern allenfalls das Recht der Arbeitnehmerchaft des betreffenden Betriebes insgesamt, den Betriebsrat vor unzulässigen Einflussnahmen der Betriebsleitung zu schützen. Nur am Rande soll darauf hingewiesen werden, dass bei einer Befähigung der o. a. Meinung ein entsprechendes Recht auch den Betroffenen aus einer Rechtmäßigkeitserfordernis der Allgemeintheit dem anderen Kreis von Schutzsubjekten des § 35 Abs. 1 Satz 1, zugesprochen werden müsste, was aber nicht in diesem Zusammenhang soll auf die von *Rud* in seinem Aufsatz „Mittelungsrechte der Gewerbebehörde gegenüber Dritten“ (GewA 1998, 224ff., 275ff.) aufgeworfenen Fragen hingewiesen werden, ob die Gewerbebehörde zur Geheimhaltung von Daten verpflichtet ist oder unter bestimmten Umständen Mittelungsrechte gegenüber Dritten, z. B. den Geschäftspartnern des Gewerbetreibenden verfahren gegenüber Dritten, z. B. den Geschäftspartnern des Gewerbetreibenden oder sogar der Allgemeintheit hat und ob diese etwa reflexartige Rechte gegenüber der Behörde geltend machen können. Der Autor zeigt dabei mit großer Sorgfalt die Rechtsgrundlagen für die konträren Rechtspositionen des Gewerbetreibenden und der Dritten auf und befasst sich dabei insbesondere auch mit drohenden Regressforderungen beider Parteien gegen die Behörde bei Verletzung der Geheimhaltungspflicht einseitig und der Mitteilungspflicht andererseits. In seiner Zusammenfassung (GewA 1998, 281) kommt er zu dem Ergebnis, dass die Auskunftspflicht gegenüber Gewerbeunternehmensverfahren regelmäßig eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht darstellt, die einen Amtshaftungsanspruch des Gewerbetreibenden nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG zur Folge hat (Nr. 1). Demgegenüber kommen Auskunfts- oder Amtshaftungsansprüche Dritter nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht (Nr. 2). Demartige Ausnahmefälle werden von ihm im Anschluss daran aufgezählt. Dieser engsten Betrachtungsweise ist aus Gründen der Rechtssicherheit zuzustimmen.

Etwas anderes wird allerdings von Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich sog. **Drittbetroffener** von Unzurechnungsfähigkeiten vertreten, also bezüglich des gesetzlichen Verhältnisses der juristischen Person, Betriebleiters, einflussnehmenden Dritten, wegen deren Verhalten dem Gewerbetreibenden im Rahmen einer Teilunternehmung die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses angebahnt wird (§. *Prohler/Kornmann*, Rdn. 65 zu § 35, *Friedl/Högl*, Rdn. 154 zu § 35, *Tetinger/Wank*, Rdn. 134 zu § 35, VG Köln, Beschl. v. 29. 9. 1980, GewA 1981, 230, OVG Koblenz, Ur. v. 7. 10.