

## **Unzuverlässigkeit im Gewerberecht im Insolvenzfall - Untersagung nach § 35 GewO und Wiedergestattung im Spannungsfeld von ordnungsrechtlichem Schutzgebot und Reintegrationsanspruch des Gewerbetreibenden -**

1	Einleitung.....	1
2	Unzuverlässigkeit i.S.d. § 35 GewO .....	2
3	Unzuverlässigkeitsprognose und Insolvenz.....	5
4	Die (nicht unproblematischen) Rahmenvorgaben des BVerwG für die Wiedergestattungsprognose im Insolvenzfall .....	9
5	Fazit .....	17
	Literatur .....	17

### **1 Einleitung**

Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit ist ein zentraler Begriff der Überwachung des stehenden Gewerbes durch eine Untersagungsverfügung nach § 35 I GewO. Seine Konturen sind durch die Rechtsprechung hinreichend geklärt. Und doch gibt es – gerade an der Schnittstelle des gewerberechtlichen zum insolvenzrechtlichen Instrumentarium miteinander Bereiche, in denen der insolvenzrechtliche Schutzgedanke in ein Spannungsverhältnis zum ordnungsrechtlichen Gebot, die Integrität der gewerblichen Betätigung zu sichern, tritt. § 12 GewO bewirkt im Grundsatz eine Art „Schutzschirm“, der das in Insolvenz befindliche Unternehmen dem ordnungsrechtlichen Zugriff des Gewerberechts entzieht. Allerdings gilt dies nicht, wenn das gewerberechtliche Untersagungsverfahren bereits behördlich – je nach Bundesland durch Untersagungsbescheid oder den nachfolgenden Widerspruchsbescheid – abgeschlossen ist. Da gerade diese Fallkonstellation in

---

<sup>1</sup> Der Erstautor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Leipzig ([www.goetze.net](http://www.goetze.net)); er ist zugleich Lehrbeauftragter an der Universität Leipzig und der Hochschule Harz. Die Zweitautorin ist Rechtsanwältin, die Drittautorin wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Kanzlei des Erstautors.

der Praxis nicht selten vorkommt, soll im Rahmen dieses Beitrages – ausgehend von einer Analyse des Begriffs der Unzuverlässigkeit i.S.d. § 35 GewO (sogleich 2.) – die Leitentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.04.2015<sup>2</sup> zum Verhältnis des § 12 GewO zu § 35 GewO analysiert werden (nachfolgend 3.). Mit den vom *Bundesverwaltungsgericht* für die Wiedergestattungsprognose im Insolvenzfall gegebenen Grundannahmen ist ein Orientierungsrahmen eröffnet, der in der Vollzugspraxis allerdings bei genauer Betrachtung einige Fragen offen lässt und - jedenfalls - unter sorgfältiger Beachtung grundrechtlicher Vorgaben auszufüllen ist (unten 4.).

## 2 Unzuverlässigkeit i.S.d. § 35 GewO

Unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er das von ihm betriebene Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß betreiben wird<sup>3</sup>. Die zuständige Behörde prüft also, ob ein Gewerbetreibender auf Grund von konkreten Tatsachen in Zukunft eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auf gewerblichem Gebiet darstellen wird. Wie auch sonst im Ordnungsrecht ist ein Verschulden des Adressaten nicht erforderlich.<sup>4</sup>

Bei der Bewertung der Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden handelt es sich um eine Prognoseentscheidung (in Zukunft) auf Grundlage bisher bekannt gewordener Tatsachen. Trotz dieses Prognosecharakters hat die Behörde keinen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Anwendung und Auslegung des Begriffs der Unzuverlässigkeit.<sup>5</sup> Ob Unzuverlässigkeit vorliegt, kann mithin vom Gericht in vollem Umfang überprüft werden.<sup>6</sup> Wichtig für eine ordnungsgemäße Untersagungsverfügung ist, dass sie sich auf konkrete Tatsachen stützt, die darüber hinaus einen Bezug zu dem jeweils konkret ausgeübten Gewerbe haben.<sup>7</sup>

Anerkannt sind hierbei insbesondere die folgenden Fallgruppen:

---

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az. 8 C 6/14, BVerwGE 152, 39 – 49 (= NVwZ 2015, 1544 ff.).

<sup>3</sup> BVerwGE 22, 286 (296); lesenswert zur Frage, ob auch die berufliche Integrität des beauftragten Personals für die gewerberechtliche Zuverlässigkeit gefordert werden kann WIEBAUER 2010, S. 377.

<sup>4</sup> Die Gewerbeuntersagung soll ausschließlich Gefahren für die Allgemeinheit abwehren. Die maßgeblichen Tatsachen müssen dem Gewerbetreibenden aber im ordnungsrechtlichen Sinne objektiv-kausal zuzurechnen sein, ENUSCHAT in T/W/E, § 35 Rn. 34 nach SCHAEFFER 1982, S. 106.

<sup>5</sup> MARCKS in LR, GewO, § 35 Rn. 29; vgl. KOPP/SCHENKE, § 114 Rn. 28; VGH Kassel NVwZ-RR 1991, S. 146.

<sup>6</sup> ENUSCHAT in T/W/E, § 35 Rn. 27.

<sup>7</sup> Zur Berücksichtigung außerberuflicher politischer Aktivitäten soweit vom Gewerbetreibenden öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden: BVerwG, GewArch 2013, 320, mit krit. Anmerkung MILGRAMM 2014, S. 68.

- Fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: Ist erkennbar, dass der Gewerbetreibende auch mittelfristig kaum wirtschaftlich leistungsfähig sein wird, so begründet dies seine Unzuverlässigkeit. Denn es wird angenommen, dass ein vernünftig urteilender und um eine ordnungsgemäße Betriebsführung bemühter Gewerbetreibender in diesem Fall sein Gewerbe einstellen würde, um seine Geschäftspartner nicht durch seine drohende Insolvenz zu gefährden.
- Nichtabführung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen: Die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird sich regelmäßig in der Nichtabführung von Steuern niederschlagen. Dies ist der in der Praxis auch am häufigsten anzutreffende Grund für eine Gewerbeuntersagung. Die Steuerrückstände müssen dabei ihrer Höhe nach und im Verhältnis zur steuerlichen Gesamtbelastung des Unternehmens von einigem Gewicht sein. Dabei ist auch die Zeitdauer, während derer den steuerlichen Verpflichtungen nicht nachgekommen wurde, von Bedeutung.<sup>8</sup> Ordnungsrechtlich gesehen, ist in diesem Fall das Schutzgut „Vermögen der öffentlichen Hand“ betroffen, das durch das Unvermögen des Gewerbetreibenden zur Begleichung der Steuerschuld erheblichen Gefahren ausgesetzt ist.<sup>9</sup>
- Begehung einschlägiger Straftaten/Ordnungswidrigkeiten: Das Begehen von Straftaten begründet nicht *per se* die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Straftaten in einem spezifischen Zusammenhang mit dem ausgeübten Gewerbe stehen, ob also gerade Kunden oder Geschäftspartner des Gewerbes bedroht sein könnten.<sup>10</sup> Zu unterscheiden ist ferner, ob die Straftaten im Rahmen der Gewerbeausübung oder im privaten Bereich begangen worden sind. Je länger die Straftaten zurückliegen, desto weniger dürfen sie bei der Beurteilung der Unzuverlässigkeit ins Gewicht fallen (Grundsatz der abnehmenden Aussagekraft). Wurden sie z.B. gänzlich aus dem Bundeszentralregister gelöscht (§ 51 BZRG), so kann die Behörde hierauf keine Untersagungsverfügung mehr stützen. Stets eine gravierende gewerberechtliche Pflichtverletzung ist beispielsweise das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelten (§ 266a StGB).
- Fehlende Sachkunde: Die fehlende Sachkunde eines Gewerbetreibenden kann nur dann Anlass einer Untersagungsverfügung sein, wenn diese gesetzliche Zulassungsvoraussetzung ist<sup>11</sup>. Und auch hier ist ein Sachkundenachweis eher selten, da eine solche – subjektive Berufszulassungsschranke – nur zum Schutz von besonders

---

<sup>8</sup> BRÜNING in Pielow, § 35 Rn. 23b; OVG Sachsen, Beschluss vom 08.03.2011 – Az. 3 B 354/10.

<sup>9</sup> Dazu HessVGH GewArch 1976, 92.

<sup>10</sup> Vgl. etwa VG Hamburg, Urt. v. 28.5.2015 – 5 K 859/15 -, juris: Straftaten eines Taxiunternehmers gegenüber Fahrgästen; OVG Münster, GewArch 2016, S. 388 f. Körperverletzungsdelikt eines Türstehers (Bewachungsgewerbe, § 34a GewO) gegenüber einem Gast.

<sup>11</sup> Zum Themenfeld „Eignung als persönliche Voraussetzung“ im ordnungsrechtlichen Kontext jüngst MÜLLER/REBLER, NVwZ 2017, S. 440.

wichtigen Gemeinschaftsgütern zulässig ist<sup>12</sup>. Im Übrigen wird davon ausgegangen, dass unfähige Gewerbetreibende schon durch die allgemeinen Marktprozesse von allein ausscheiden.

Die Gewerbeuntersagung ist ein besonders schwerer Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit des Einzelnen (Art. 12 GG). § 35 I 1 Hs. 2 GewO verlangt deshalb, dass die Gewerbeuntersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Die vollständige Gewerbeuntersagung muss daher *ultima ratio* bleiben. Mildere Mittel sind z.B. Abmahnungen, Auflagen oder Teiluntersagungen. Die Gewerbeuntersagung ist auch nicht mehr erforderlich, wenn das Gewerbe bereits zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung dauerhaft aufgegeben worden ist.<sup>13</sup>

Die Untersagung der Gewerbeausübung ist ein gebundener Verwaltungsakt, er *muss* also ergehen, wenn alle Voraussetzungen des § 35 I GewO vorliegen. Rechtsfolge ist, dass der Adressat den (persönlichen) Betrieb seines Gewerbes einstellen muss. Häufig werden Gewerbeuntersagungen mit der Anordnung ihrer sofortigen Vollziehung versehen. Den hohen Anforderungen an deren Begründung werden die Behörden dabei nicht immer gerecht.<sup>14</sup>

Das Verfahren der Gewerbeuntersagung und hiergegen eingelegte Rechtsmittel können mehrere Monate in Anspruch nehmen. Relevant wird dann häufig die Frage, wie sich zwischenzeitlich eingetretene Änderungen im Hinblick auf die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auswirken. Insofern wird gerade im Rahmen des § 35 I GewO das allgemeine verwaltungsprozessuale Problem des „maßgeblichen Zeitpunktes“ für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer angefochtenen belastenden Verfügung relevant. Im Grundsatz ist hierfür das materielle Recht maßgeblich, das für schon ergangene Verwaltungsakte insofern regelmäßig auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung abstellt. Demnach wären spätere Veränderungen zu Gunsten des Klägers unbeachtlich, die Untersagung also rechtmäßig.

Zu beachten ist aber, dass es sich bei der Gewerbeuntersagung um einen sog. Dauerverwaltungsakt handelt, also einen Verwaltungsakt, der sich nicht in einer einmaligen Anordnung erschöpft, sondern sich ständig aktualisiert (dem Adressat wird dauerhaft die Ausübung des Gewerbes untersagt). Bei Dauerverwaltungsakten lässt sich gut vertreten, dass - ausnahmsweise - auch spätere Veränderungen der Sach- und Rechtslage maßgeb-

---

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 13, S. 97 (117); BVerfGE 54, S. 301 (303).

<sup>13</sup> OVG Sachsen, Urt. v. 21.10.2013 – 3 A 639/12 -, auch zur Reichweite und Zulässigkeit einer erweiterten Gewerbeuntersagung.

<sup>14</sup> Hierzu DIETZ 2014, S. 225.

lich sind, da die Voraussetzungen eines Dauerverwaltungsaktes für die gesamte Dauer seiner Wirksamkeit vorliegen müssen.<sup>15</sup>

Allerdings ist hier eine gewerberechtliche Besonderheit zu beachten, die letztlich wieder zu einer Gegen Ausnahme führt. Gemäß § 35 VI GewO ist die Wiedergestattung der Gewerbeausübung von einem vorherigen schriftlichen Antrag an die Behörde abhängig. Hieraus lässt sich schließen, dass der maßgebliche Zeitpunkt doch derjenige der letzten Behördenentscheidung sein soll.<sup>16</sup> Wurde dem Gewerbetreibenden die Ausübung seines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit untersagt, so muss er zunächst gemäß § 35 VI 1 GewO einen Antrag auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung stellen und nachweisen, dass die Versagungsgründe in seiner Person nun nicht mehr vorliegen.<sup>17</sup> Gemäß § 35 VI 2 GewO ist dabei grundsätzlich eine Karenzfrist von 1 Jahr einzuhalten, die voraussetzt, dass die Untersagung im Vollzug ist. Die Wiedergestattung *kann* gemäß § 35 VI 2 GewO vor Ablauf eines Jahres nur dann erfolgen, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.<sup>18</sup> Im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Gewerbefreiheit (Art. 12 I GG) ist § 35 VI 2 GewO aber verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass eine Wiedergestattung in diesen Fällen erfolgen *muss*.

### **3 Unzuverlässigkeitsprognose und Insolvenz**

Dem grundlegenden Urteil des BVerwG vom 15.04.2015<sup>19</sup> lag eine Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO gegen einen Gewerbetreibenden zu Grunde, der Handel und Montage von Bauelementen betrieb. Begründet wurde die Untersagung mit der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden wegen hoher Steuerrückstände und der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen. Die gegen die Untersagungsverfügung fristwährend erhobene Klage wurde abgewiesen. Die Besonderheit des Falles lag allerdings darin, dass erst *nach Abschluss des Verfahrens* das Insolvenzverfahren gegen den Unternehmer eröffnet wurde. Es handelte sich also nicht um die Fallgruppe, in der *vor der letzten Verwaltungsentscheidung* über die Gewerbeuntersagung die Voraussetzungen des § 12 GewO eingetreten sind.

Zunächst galt es in prozessualer Hinsicht zu klären, ob die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Unterbrechung des gerichtlichen Verfahrens bezüglich der Gewerbeuntersagungsverfügung bewirkte. Eine Verfahrensunterbrechung gemäß § 173 Satz 1 VwGO

---

<sup>15</sup> So auch noch das BVerwG in BVerwGE 22, 16 (18 ff.), 202 (205 ff.).

<sup>16</sup> Vgl. OVG Sachsen, Urt. v. 21.10.2013 – 3 A 639/12 – und BVerwG, Urt. v. 15.4.2015 - 8 C 6.14 -, GewArch 2015, S. 366 ff., ebenso OVG Sachsen, Beschl. v. 30.3.2015 - 3 A 334/13 -, SächsVBl. 2015, S. 220.

<sup>17</sup> Hierzu KRAMER 2010, S. 273 ff; BayVGH, GewArch 2012, S. 165; NdsOVG, GewArch 2012, S. 166f.; dazu auch SCHEIDLER 2015, S. 107 f.; für den Fall der Wiedergestattung nach Restschuldbefreiung gemäß § 301 InsO OVG Magdeburg, Beschl. v. 27.12.2013, NZI 2014, S. 175.

<sup>18</sup> Vgl. WITTMANN 2012, S. 338 ff; OVG Münster, GewArch 2016, S. 244.

<sup>19</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az.: 8 C 6/14, dazu oben Fn. 2, Rn. 12.

i.V.m. § 240 Satz 1 ZPO tritt kraft Gesetzes dann ein, wenn der Streitgegenstand „die Insolvenzmasse betrifft“. Die vorliegend angefochtene Gewerbeuntersagung knüpfte jedoch an „in der Person des Klägers liegende Unzuverlässigkeitstatbestände an und [entzog] ihm als Person die Befugnis, bestimmten beruflichen Tätigkeiten nachzugehen.“<sup>20</sup> Sie betraf damit ausschließlich das berufliche Betätigungsrecht des Gewerbetreibenden. Mithin verneinte das BVerwG die Zugehörigkeit dieses ausschließlich personenbezogenen Rechts zur Insolvenzmasse, welche gemäß der Legaldefinition in § 35 Abs. 1 InsO alleine aus dem zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehörenden und dem während des Verfahrens erlangten Vermögen des Schuldners besteht. In der Konsequenz untersteht das Betätigungsrecht auch nicht der Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters.

Nach dieser prozessrechtlichen Vorklärung war auf materieller Ebene zu fragen, ob sich im vorliegenden Fall die Schutzwirkung des § 12 GewO zugunsten des Klägers auswirkt.

§ 12 Satz 1 GewO regelt folgendes:

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

Anders ausgedrückt: § 12 GewO sperrt die Anwendbarkeit des § 35 GewO. Hierdurch soll eine Vereitelung der möglichen Sanierung des insolventen Unternehmens – ein Ziel des Insolvenzverfahrens – durch die Gewerbeuntersagung vermieden werden.<sup>21</sup> Des Weiteren sichert die Sperrwirkung des § 12 GewO die Aufstellung und Durchführung eines Insolvenzplanes nach §§ 217 ff. InsO, bei dem die wirtschaftliche Kraft des Gewerbes genutzt werden soll. Eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO kann mithin nur ausgesprochen werden, wenn § 12 GewO dem nicht entgegen steht.

Dies ist regelmäßig bei einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor Abschluss des behördlichen Verfahrens zur Gewerbeuntersagung zu bejahen. Ebenso sind Widerspruchsverfahren bezüglich noch nicht bestandskräftiger Untersagungsbescheide bis zum Ab-

---

<sup>20</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az.: 8 C 6/14, Rn. 12.

<sup>21</sup> BT-Drs. 12/3803 S. 103 f, vgl. hierzu auch DEISEROTH in jurisPR-BVerwG 20/2015 Anm. 4.

schluss des Insolvenzverfahrens auszusetzen.<sup>22</sup> Für die durch den BVerwG entschiedene Konstellation, bei der das Insolvenzverfahren *erst nach Abschluss* des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens eröffnet worden ist, war die Wirkung des § 12 GewO umstritten und höchstrichterlich noch nicht bewältigt.<sup>23</sup>

Die Kernfrage lautet: Welcher Zeitpunkt ist maßgebend für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung und vermag § 12 GewO an diesem Beurteilungszeitpunkt etwas zu ändern? Das BVerwG traf hierzu (auch im 2. Leitsatz seiner Entscheidung) eine klare Aussage:

„Der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO maßgebliche Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung gilt auch für den Anwendungsbereich des § 12 Satz 1 GewO.“

Ausgehend von seiner traditionellen – oben referierten – Sichtweise zum maßgebenden Zeitpunkt bei der Gewerbeuntersagung, führt das Gericht zunächst aus, dass in der GewO eine systematische Trennung zwischen Untersagungs- und Wiedergestattungsverfahren angelegt sei. Der Regelzusammenhang von § 35 Abs. 1 und Abs. 6 GewO spreche dafür, nach Abschluss des behördlichen Untersagungsverfahrens eintretende Änderungen der Verhältnisse – exklusiv - in die Entscheidung über einen Antrag auf Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 GewO einzustellen.<sup>24</sup> Diese Trennung zwischen Untersagungs- und Wiedergestattungsverfahren bleibe von § 12 GewO unberührt. Gleiches gelte für den Anwendungsbereich des § 35 Abs. 6 GewO, der gerade nicht die „Untersagung eines Gewerbes (...) ermöglicht“ und somit keine Vorschrift im Sinne des § 12 Satz 1 GewO ist.

Zudem diene das an die Behörden gerichtete Verbot, Untersagungsverfügungen wegen ungeordneter Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden zu erlassen, während parallel zum Gewerbeuntersagungsverfahren ein Insolvenzverfahren läuft, dem Ziel des § 12 Satz 1 GewO, die Möglichkeit einer Sanierung des insolventen Unternehmens offenzuhalten. Dieses Ziel erfordere jedoch nicht, dass ein erst nach Abschluss des Gewerbeuntersagungsverfahrens eröffnetes Insolvenzverfahren unter Durchbrechung der Trennung von Untersagungs- und Wiedergestattungsverfahren die nachträgliche Rechtswidrigkeit einer auf ungeordnete Vermögensverhältnisse gestützten Untersagung auslöse.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> HOFFMANN in Pielow, § 12 Rn. 64 nach ANTONI, NZI 2003, 246 (249); MARCKS in LR, § 12 Rn. 15.

<sup>23</sup> Zum Themenkomplex zuvor bereits OVG Rh-Pf, GewArch 2011, S. 37, VG München, GewArch 2010, S. 491; und OVG Sachsen, Beschl. v. 30.3.2015 – 3 A 334/13 -, SächsVBl. 2015, S. 220 ff.; vgl. auch KRUMM 2010, S. 465 ff.

<sup>24</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az.: 8 C 6/14, Rn. 23.

<sup>25</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az.: 8 C 6/14, Rn. 25.

Für das BVerwG war letztlich entscheidend, dass § 12 Satz 1 GewO nach seiner Auslegung kein Verbot der Vollstreckung von Gewerbeuntersagungen wegen wirtschaftlicher Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden beinhalte. Er wandte sich damit dezidiert gegen die teilweise in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur vertretene Lesart dieser Vorschrift, wonach Maßnahmen zur Vollziehung einer bereits ausgesprochenen Gewerbeuntersagung in den von § 12 Satz 1 GewO genannten Zeitabschnitten nicht getroffen werden dürften.<sup>26</sup>

Die von der Gegenmeinung vorgetragene „vollzugshemmende Wirkung“ des § 12 Satz 1 GewO verstößt nach Auffassung des BVerwG gegen den klaren Wortlaut der Vorschrift.<sup>27</sup> Vollstreckungsrechtliche Vorschriften „ermöglichten“ nicht die Gewerbeuntersagung im Sinne des § 12 Satz 1 GewO, sondern dienten ausschließlich deren Vollzug. Auch berge die Interpretation der Norm als Vollstreckungsverbot – nach Auffassung des BVerwG – die Gefahr, dass Gewerbetreibende, die Adressat einer vor Beginn der in § 12 Satz 1 GewO bezeichneten Zeiträume ergangenen sofort vollziehbaren oder bestandskräftig gewordenen Untersagungsverfügung sind, diese missachten um sich und das Gewerbe „in die Insolvenz zu retten“.

Dieses Verständnis des § 12 Satz 1 GewO durch das BVerwG überzeugt auf Grund der engen Auslegung am Wortlaut der Norm. Dennoch darf sie nicht dazu führen, dass der Sinn und Zweck des § 12 Satz 1 GewO unterlaufen wird. Die Sicherung der mit der Durchführung eines Insolvenzverfahrens eröffneten Chance zu einem Neuanfang ist insbesondere ein Argument, auf das sich die Gegenmeinung bei Ihrer Auslegung des § 12 Satz 1 GewO stützte.<sup>28</sup> Dieses Problem erkannte auch das BVerwG und würdigte den Normzweck des § 12 GewO, indem es ihn in das Wiedergestattungsverfahren projizierte:

---

<sup>26</sup> HOFFMANN in Pielow, § 12 Rn. 64; VGH Kassel NVwZ 2003, S. 626; OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2015, S. 776; HAHN 2000, S. 365; ENNUSCHAT in T/W/E § 12 Rn. 15; einschränkend KRUMM 2010, S. 465, der § 12 Satz 1 GewO in zwei Fallgestaltungen eine Verschiebung des maßgeblichen Zeitpunktes zuerkennt: Zum einen, wenn im Zeitpunkt der ersten insolvenzgerichtlichen Sicherungsmaßnahme eine rechtswirksame Untersagungsverfügung besteht, dem Gewerbetreibenden aber noch eine laufende Frist für eine geordnete Abwicklung seines Gewerbes eingeräumt wurde. Zweitens, wenn die Untersagungsverfügung nicht für sofort vollziehbar erklärt worden ist bzw. das Gericht die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO wiederhergestellt hat. In diesen beiden Fällen würde (noch) ein von der Rechtsordnung weiterhin anerkanntes Gewerbe zulässig ausgeübt; dem Folgend auch OVG Münster, Beschl. v. 19. 5. 2011 – 4 B 1707/10 vgl. zu dem Streitstand auch DEISEROTH, jurisPR-BVerwG 20/2015 Anm. 4.

<sup>27</sup> Insbesondere die obergerichtliche Rechtsprechung hatte betont, dass § 12 Satz 1 GewO nicht zur Verschiebung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes führe. Der Eintritt in die von § 12 Satz 1 GewO genannten Zeiträume könne aber die Notwendigkeit auslösen, von einer weiteren Vollstreckung der Gewerbeuntersagung abzusehen; vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.11.2009 - OVG 1 S 19.09; OVG Münster, Urt. v. 12.04.2011 - 4 A 1449/08 - NVwZ-RR 2011, S. 553 m.w.N.

<sup>28</sup> Vgl. VGH München, Urt. v. 27.01.2014 - 22 BV 13.260 - ZInsO 2014, S. 725.



„Dem Ziel des § 12 Satz 1 GewO [...] kann jedoch auch unter Wahrung der im Gesetz angelegten Trennung von Gewerbeuntersagungs- und Wiedergestattungsverfahren Rechnung getragen werden. [...] Soweit die Untersagung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auf dessen ungeordneten Vermögensverhältnissen beruht, kann jedoch ein nach Abschluss des Gewerbeuntersagungsverfahrens eröffnetes Insolvenzverfahren die Grundlage für eine Wiedergestattung der Gewerbeausübung nach § 35 Abs. 6 GewO bieten.“<sup>29</sup>

Mithin bewirkt ein erst *nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens* eröffnetes Insolvenzverfahren nicht die Rechtswidrigkeit einer Gewerbeuntersagung wegen einer auf ungeordneten Vermögensverhältnissen beruhenden Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden und ist somit für die Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung unbeachtlich. Jedoch könne – so das BVerwG - eine Änderung oder Verbesserung der Vermögenslage im Wiedergestattungsverfahren gemäß § 35 Abs. 6 GewO geltend gemacht werden.

#### **4 Die (nicht unproblematischen) Rahmenvorgaben des BVerwG für die Wiedergestattungsprognose im Insolvenzfall**

Mit dem referierten Grundsatzurteil vom 15.04.2015<sup>30</sup> verlagert das BVerwG die Beurteilung der gewerberechlichen Unzuverlässigkeit für Fälle, in denen § 12 GewO (noch) nicht angewendet werden kann<sup>31</sup>, in das Wiedergestattungsverfahren nach § 35 Abs. 6 GewO. Es wertet in der Konsequenz das Wiedergestattungsverfahren nach § 35 Abs. 6 GewO erheblich auf. Dieses ist nach der dogmatischen Weichenstellung des BVerwG das Verfahren, in dem auch die Belange des von § 12 GewO geschützten Gewerbetreibenden „eingespielt“ werden müssen. Hier geht es – mit umgekehrten Vorzeichen – wiederum um die Anforderungen an eine Prognose<sup>32</sup>, nämlich der Re-Integrierbarkeit des vormals unzuverlässigen Gewerbetreibenden. Das wirft die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen ein nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens eröffnetes Insolvenzverfahren zu einer Wiedergestattung der Gewerbeausübung führen kann. Die Leitscheidung des BVerwG beschreibt für die Wiedergestattungsprognose unter den Bedingungen einer Insolvenz eine erste, wenn auch noch sehr grobe Matrix:

Ausgehend vom Gesetzeswortlaut des § 35 Abs. 6 GewO, ist eine Wiedergestattung nur auf Antrag und grundsätzlich erst nach einem Jahr nach Durchführung der Untersagung möglich.<sup>33</sup> Vor Ablauf eines Jahres kann die Wiederaufnahme nur gestattet werden,

---

<sup>29</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az.: 8 C 6/14, Rn. 26; Ausführlich unter 4.

<sup>30</sup> BVerwGE 152, S. 39 ff. (= NVwZ 2015, S. 1544 ff.).

<sup>31</sup> Dies betrifft Fälle, in denen im Zeitpunkt der Gewerbeuntersagung ein Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet ist, Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO Insolvenzordnung angeordnet sind bzw. die Insolvenzplanerfüllung überwacht wird (§ 260 InsO), vgl. insoweit den Wortlaut von § 12 GewO.

<sup>32</sup> Vgl. den Wortlaut „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen; s.a. RUTHIG/STORR, § 3 Rn. 292.

<sup>33</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt ist hierbei entweder die tatsächliche Einstellung des Betriebes oder die Abgabe der Betriebsführung an einen Stellvertreter nach § 35 Abs. 2 GewO; ENNUSCHAT in T/W/E, § 35, Rn. 209.

wenn hierfür besondere Gründe vorliegen. Insoweit muss der Antragsteller die Gewähr dafür bieten, dass er das Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß ausüben wird.<sup>34</sup> D.h. er muss willens und in der Lage sein, die im öffentlichen Interesse zu fordernde einwandfreie Führung des Gewerbes zu gewährleisten.<sup>35</sup>

Die Gewähr für eine einwandfreie Führung des Gewerbes, mithin die Grundlage für ein Wiedergestattungsverfahren kann dabei - so das BVerwG ausdrücklich<sup>36</sup> - gerade auch ein nach Abschluss des Untersagungsverfahrens *eröffnetes Insolvenzverfahren* darstellen, wenn die Untersagung auf ungeordneten Vermögensverhältnissen beruhte.<sup>37</sup> Ein im Zeitpunkt des Wiedergestattungsantrags eröffnetes Insolvenzverfahren allein<sup>38</sup> sei aber nicht ausreichend. Dieses bilde lediglich die Basis für eine Wiedergestattung. Erforderlich sei hingegen die Prognose, dass der Gewerbetreibende künftig wirtschaftlich hinreichend leistungsfähig sein wird, um das Gewerbe ordnungsgemäß ausüben zu können.<sup>39</sup> Dabei sei eine in diesem Sinne positive Prognose anzunehmen, wenn *eine begründete Aussicht auf eine Sanierung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden* infolge der im Insolvenzverfahren durchzuführenden Maßnahmen bestehe. Für eine Wiedergestattung lägen die Voraussetzungen dann in aller Regel vor. Umgekehrt würde *bei negativ zu bewertenden Sanierungschancen* eine Wiedergestattung regelmäßig nicht in Betracht kommen. Bei *offenem Sanierungserfolg*, insbesondere zu Beginn des Insolvenzverfahrens, soll unter Berücksichtigung des in § 12 GewO zum Ausdruck kommenden öffentlichen Interesses (und zwar: eine Sanierung eines insolventen Unternehmens nicht zu vereiteln) über geeignete Nebenbestimmungen (§ 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG) die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden gesichert werden. Insofern sei der weitere Bestand der Wiedergestattung vom Ergebnis des Insolvenzverfahrens abhängig zu machen.

Mit den vorstehenden Maßgaben stellt das BVerwG also für den Fall einer Insolvenzeröffnung nach Abschluss des Untersagungsverfahrens die Weichen für eine Wiedergestattung gemäß § 35 Abs. 6 GewO, konkrete Richtmarken ließ es aber - wohl auch deshalb, weil sich der Anlass für die vertiefende Konturierung seiner Maßstabsüberlegungen in der konkreten Fallgestaltung nicht klar ergab - vermissen. Dies führt unter Einbeziehung einer insolvenzfachlichen Perspektive aus unserer Sicht aber zu verschiedenen Problemstellungen. Ohne, dass hier dem Anspruch auf Vollständigkeit Genüge getan werden kann, sollen hier zur Veranschaulichung zwei dieser Problemkreise angerissen werden. Dabei betrifft ein erster Problemkreis die vom BVerwG für die künftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Rahmen der Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 S. 1 GewO gefor-

---

<sup>34</sup> BRÜNING in Pielow, § 35 Rn. 75.

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az.: 8 C 6/14.

<sup>37</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az.: 8 C 6/14, Rn. 26.

<sup>38</sup> Anders als im Falle einer Anwendung von § 12 GewO.

<sup>39</sup> BVerwG, Urt. v. 15.04.2015 – Az.: 8 C 6/14, Rn. 26.

derte positive Sanierungsprognose und ein zweiter das in § 12 GewO verankerte öffentliche Interesse, die Sanierung eines insolventen Gewerbes nicht zu vereiteln.

#### 4.1 Positive Sanierungsprognose im Wiedergestattungsverfahren nach § 35 Abs. 6 GewO

Die positive Sanierungsprognose für die auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bezogene dauerhafte Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden beschreibt das BVerwG als Erfordernis einer *begründeten Aussicht auf eine Sanierung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden*. Problematisch hieran ist aber, dass es für den Rechtsanwender trotz dieser höchstrichterlichen Rahmenvorgabe vor allem unter Beachtung der Einheit der Rechtsordnung (momentan noch) unklar bleibt, wann diese Voraussetzung erfüllt ist und wann daher das bereits untersagte Gewerbe im hiernach eintretenden Insolvenzfall wieder zu gestatten ist.

Nähert man sich der höchstrichterlichen Vorgabe mit einem Blick in die Insolvenzordnung (im Folgenden: InsO), erscheint es durchaus naheliegend, sich an den §§ 156 ff. InsO zu orientieren. Denn nach diesen Regelungen ist der Insolvenzverwalter im Berichtstermin gegenüber dem aufsichtführenden Insolvenzgericht gehalten, über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und ihre Ursachen zu berichten und insbesondere Aussagen zu Sanierungsaussichten des schuldnerischen Unternehmens<sup>40</sup> zu treffen. Inwiefern Sanierungsaussichten bestehen, konzentriert sich dabei im Wesentlichen auf die Erörterung, ob eine fortführende oder übertragende Sanierung als Alternative zur Liquidation gegeben ist<sup>41</sup>. Bejahendenfalls hat der Insolvenzverwalter einen Sanierungsplan vorzulegen<sup>42</sup>, der auf Grundlage eines Sanierungskonzepts eine systematisch geordnete und plausible Beschreibung der Wege enthält, wie das Unternehmen gesunden soll.<sup>43</sup> Auch hier wird eine Prognoseentscheidung getroffen.<sup>44</sup>

Auf den ersten Blick erscheint daher die Vorgabe des BVerwG, dass eine Wiedergestattung des Gewerbes im Insolvenzverfahren regelmäßig bejaht werden kann, wenn eine *begründete Aussicht auf eine Sanierung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden* besteht, für alle Beteiligten – zumindest, wenn man sich „entlang“ bzw. „mit den“ §§ 156 ff. InsO bewegt - hinreichend praktikabel. Bei näherer Betrachtung wird aber deutlich, dass gleichwohl Unsicherheiten verbleiben. Zum einen ist die Orientierung an den §§ 156 ff. InsO zwar naheliegend, aber höchstrichterlich nicht vorgegeben

---

<sup>40</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 156, Rn. 9; DECKER in HambKomm, § 156, Rn. 1; vgl. auch den Wortlaut „Er hat darzulegen, ob Aussichten bestehen, das Unternehmen des Schuldners im Ganzen oder in Teilen zu erhalten, welche Möglichkeiten für einen Insolvenzplan bestehen und welche Auswirkungen jeweils für die Befriedigung der Gläubiger eintreten würden.“

<sup>41</sup> DECKER in HambKomm, § 156, Rn. 6.

<sup>42</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 156, Rn. 9.

<sup>43</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 156, Rn. 9; DECKER in HambKomm, § 156, Rn. 6.

<sup>44</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 156, Rn. 9; DECKER in HambKomm, § 156, Rn. 6.

und zum anderen darf bei Heranziehung dieser Vorschriften keine pauschale Handhabung durch die Vollzugsbehörden erfolgen.

So ist insoweit zu berücksichtigen, dass ein - auf den Gewerbetreibenden bezogenes - *sanierungsfähiges* Unternehmen im Falle der übertragenden Sanierung auf einen Dritten<sup>45</sup> gar nicht mehr existiert<sup>46</sup> und daher in diesem Falle wohl auch eine begründete Aussicht auf Sanierung der Vermögensverhältnisse *des Gewerbetreibenden* schwerlich gegeben sein dürfte. In der Konsequenz müssten daher die Fälle der übertragenden Sanierung auf einen Dritten im Rahmen der Wiedergestattungsprognose also von vorherein außer Betracht bleiben. Hierüber<sup>47</sup> vermag auch eine erteilte Restschuldbefreiung<sup>48</sup>, § 287 ff. InsO, nicht hinwegzuhelfen. Zwar bestätigt die mit gerichtlichem Beschluss nach § 300 InsO erteilte Restschuldbefreiung die Redlichkeit des Schuldners, der sich gegenüber seinen Gläubigern nichts hat zu Schulden kommen lassen<sup>49</sup>, sodass damit auch davon auszugehen sein dürfte, dass der Gewerbetreibende zukünftig die Gewähr sanierter Vermögensverhältnisse bietet. Allerdings wird die Entscheidung über die Erteilung der Restschuldbefreiung grundsätzlich<sup>50</sup> erst sechs Jahre (sog. Abtretungsfrist)<sup>51</sup> nach *Beendigung des Insolvenzverfahrens*<sup>52</sup> getroffen. Eine relativ sichere Aussage über die Redlichkeit bzw. eine begründete Aussicht auf die Sanierung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden liegt damit im Zeitpunkt des Insolvenzverfahrens und damit für die Entscheidung über eine Wiedergestattung des Gewerbes folglich nicht vor<sup>53</sup>.

---

<sup>45</sup> Die übertragende Sanierung ist dabei in Form eines „Share Deal“ (Veräußerung der Geschäftsanteile) oder als „Asset Deal“ (Veräußerung der einzelnen zu dem Unternehmen gehörenden Bestandteile und Zubehör) möglich, vgl. ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 7; DECKER in HambKomm, § 157, Rn. 8.

<sup>46</sup> Insoweit wird bei der übertragenden Sanierung zwar das wirtschaftliche Unternehmen (ggf. auch in seinem ursprünglichen Geschäftsgegenstand und dem vormals dazu vom Schuldner angemeldeten Gewerbe) „saniert“, im Insolvenzverfahren des Gewerbetreibenden verbleibt hingegen die nur noch aus Passiva (d.h. den Schulden und vorherigen Verträgen des insolventen Unternehmens) bestehende „Unternehmenshülle“. Allein diese wird dann im Insolvenzverfahren abgewickelt, vgl. ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 7; DECKER in HambKomm, § 157, Rn. 8.

<sup>47</sup> Und letztlich auch nicht zur allgemeinen Konturierung der „begründeten Aussicht auf eine Sanierung der Vermögensverhältnisse“.

<sup>48</sup> Ist der Schuldner eine natürliche Person, so wird er nach Maßgabe der §§ 287 bis 303 von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit, vgl. § 286 InsO.

<sup>49</sup> STERNAL in Uhlenbruck, § 290 Rn. 2.

<sup>50</sup> Ausnahmsweise kann die Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 InsO auch früher gewährt werden, etwa nach drei oder fünf Jahren (§ 300 Abs. 1 Nr. 2, 3 InsO).

<sup>51</sup> Vgl. § 287 Abs. 2 InsO; diese Vorschrift gilt gemäß Art 103a InsO für ab dem 1.12.2001 eröffnete Insolvenzverfahren.

<sup>52</sup> Und wenn (im Antragswege geltend gemachte) Versagungsgründe nicht gegeben sind, vgl. § 300 Abs. 3 InsO.

<sup>53</sup> Dem kann letztlich auch nicht dadurch begegnet werden, dass hier am Ergebnis des Insolvenzverfahrens (was hierunter konkret zu verstehen ist, bleibt ungewiss) ausgerichtete geeignete Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG erlassen werden. Denn die Restschuldbefreiungsphase (Dauer der Abtretungsfrist nach § 287 Abs. 2 InsO) bildet ein eigenes, sich erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (§ 200 bzw. § 207 InsO) an dieses anschließendes Verfahren.

Den (auch) im Rahmen von §§ 156 ff. InsO bestehenden Unsicherheiten dürfte daher am ehesten begegnet werden können, indem Anhaltspunkte für „eine begründete Aussicht auf eine Sanierung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden“ aus der Fallgruppe der Fortführung des Schuldnerunternehmens (fortführende Sanierung) abgeleitet werden. In diesem Falle wird das schuldnerische Unternehmen oder Teile hiervon<sup>54</sup> auf der Grundlage eines Sanierungskonzepts im Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter (zeitweise oder dauerhaft)<sup>55</sup> fortgeführt. Dabei erscheint aber wiederum eher die Variante der dauerhaften Unternehmensfortführung<sup>56</sup> als geeignet, die vom BVerwG geforderte begründete Sanierungsaussicht auszufüllen und zu konkretisieren. Die zeitweise Fortführung dient nämlich oft nur der Fertigstellung von Halbfertigerzeugnissen (Ausproduktion) und laufender Aufträge des Schuldners. Nur im Falle der dauerhaften Betriebsfortführung, dürfte daher das Ziel gegeben sein, das Unternehmen zu sanieren<sup>57</sup>, mithin eine mehr oder weniger tragfähige Grundlage gegeben sein, die überhaupt die begründete Aussicht auf eine Sanierung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden“ zulässt und daher als Entscheidungsgrundlage für die Wiedergestattung dienen kann.

Zu bedenken gilt aber auch insoweit, dass trotz einer - auf einem plausiblen und geordneten Sanierungskonzept basierenden - positiven Sanierungsprognose des Unternehmens durch den Insolvenzverwalter und dessen Empfehlung für eine Fortführung des Unternehmens (§ 156 Abs. 1 InsO), die Entscheidung über eine tatsächliche (zunächst vorläufige)<sup>58</sup> Fortführung gemäß § 157 InsO<sup>59</sup> letztlich bei der Gläubigerversammlung liegt. Diese ist daher an die Empfehlung des Insolvenzverwalters nicht gebunden ist<sup>60</sup> und kann eine fortführende Sanierung auch ablehnen. Zu klären bliebe daher ebenfalls, ob für eine Wiedergestattung des Gewerbes bereits die positive Sanierungsprognose des Insolvenzverwalters mit der Empfehlung an die Gläubigerversammlung, das Unternehmen fortzuführen, ausreicht (wofür unseres Erachtens einiges spricht) oder ob es hier auf den tatsächlichen Beschluss der Gläubigerversammlung ankommt.

Insgesamt muss daher zu diesem Komplex festgehalten werden, dass es unter Einbeziehung einer auf die insolvenzrechtlichen Verfahrensvorschriften gestützten Sicht, insbe-

---

<sup>54</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 10; DERSELBE. in Uhlenbruck, § 156, Rn. 9.

<sup>55</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 10.

<sup>56</sup> Die damit verbundenen Risiken sind dann nur über § 157 S. 3 InsO zu beherrschen, vgl. ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 10.

<sup>57</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 10.

<sup>58</sup> Diese kann im Verlauf des Verfahrens je nach Verwertungsart in gestreckter Liquidation, übertragender Sanierung oder Reorganisation enden, vgl. ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 2.

<sup>59</sup> Vgl. den Wortlaut von § 157 InsO: „Die Gläubigerversammlung beschließt im Berichtstermin, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll. Sie kann den Verwalter beauftragen, einen Insolvenzplan auszuarbeiten, und ihm das Ziel des Plans vorgeben. Sie kann ihre Entscheidungen in späteren Terminen ändern.“

<sup>60</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 1 u. 3. „Grundsatz der Gläubigerautonomie“; so auch DECKER in HambKomm, § 157, Rn. 3.

sondere im Falle der (dauerhaften) Fortführung des Unternehmens zwar Anhaltspunkte gibt, über die eine Konkretisierung der bundesverwaltungsgerichtlichen Rahmenvorgabe und damit deren praktische Handhabung gelingen kann, im Detail aber wesentliche (und nicht auf die hier dargestellten beschränkte) Anwendungsunsicherheiten<sup>61</sup> bestehen, die wohl erst durch weitere Vorgaben der Rechtsprechung beseitigt werden können.

#### 4.2. Das öffentliche Interesse, die Sanierung eines insolventen Gewerbes nicht zu vereiteln

Unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerwG und ihrer potenziellen Auswirkungen ist unseres Erachtens zweifelhaft und damit problematisch, ob die dort vorgenommene Projektion der Beurteilung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit in das Wiedergestattungsverfahren nach § 35 Abs. 6 GewO für Fälle, in denen § 12 GewO (noch) nicht angewendet werden kann, dem öffentlichen Interesse, die Sanierung eines insolventen Gewerbes nicht zu vereiteln, gerecht wird.

Insoweit ist im Ausgangspunkt zunächst festzuhalten, dass die zuvor dargestellte Beschlussfassung der Gläubigerversammlung nach § 157 InsO<sup>62</sup>, insbesondere zur Fortführung des Unternehmens (fortführenden Sanierung), in vielen Fällen nur noch ihren Zweck erfüllen kann, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt des Berichtstermins ganz oder teilweise noch funktionstüchtig ist.<sup>63</sup> Ist das Gewerbe in diesem Zeitpunkt also schon untersagt, dürfte es an dieser Funktionstüchtigkeit gerade fehlen. Dies korrespondiert auch mit dem Umstand, dass eine Unternehmensfortführung im Insolvenzverfahren nur möglich ist, wenn dem Gewerbetreibenden nicht die Gewerbeerlaubnis entzogen wurde<sup>64</sup>. Steht der Insolvenzverwalter in einem eröffneten Insolvenzverfahren also vor der Entscheidung, ob eine Fortführung des Unternehmens, mithin eine Sanierung ganz oder in Teilen aussichtsreich ist, hält ihn das untersagte (ggf. durchaus aber sanierungsfähige) Gewerbe bereits formal davon ab, das Unternehmen fortzuführen zu können bzw. eine entsprechende Empfehlung hierzu an die Gläubigerversammlung zu geben.

---

<sup>61</sup> Weitere Unsicherheiten dürften wohl auch dann auftreten, wenn der Insolvenzverwalter die selbständige Tätigkeit aus der Insolvenzmasse *freigegeben* hat, da mit dieser Erklärung auf der einen Seite das (stillgelegte) Unternehmen abgewickelt wird, gleichzeitig aber der Geschäftsbetrieb ohne den Insolvenzverwalter unter der Prämisse, keine neuen Schulden aufzubauen, eigenverantwortlich weitergeführt werden kann. Im Weiteren stellt sich auch die Frage, wie im Kontext der Vorgaben des BVerwG in seinem Urteil vom 15. April 2015 mit der *Vorbereitung einer Sanierung nach § 270 b InsO* (sog. Schutzschirmverfahren) als eigenständiges Sanierungsverfahren umzugehen sein wird, da insoweit ein Insolvenzverfahren ggf. zwar beantragt, aber nicht eröffnet ist. Gleiches gilt für den Fall, dass eine *Fortführungsentscheidung* zur Erhaltung des Unternehmens noch *im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens* (nämlich in Insolvenzantragsverfahren) ergehen muss, vgl. inhaltlich weiterführend insbesondere zu den letzten beiden Aspekten, ZIPPERER in Uhlenbruck, § 270 b, Rn. 6 und ders.in Uhlenbruck, § 156, Rn. 1.

<sup>62</sup> Vgl. zu den tatsächlichen und rechtlichen Grenzen der Beschlussfassung, auch unter dem Gesichtspunkt des § 12 GewO, DECKER in HambKomm, § 157, Rn. 12.

<sup>63</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 2.

<sup>64</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 18.

Dass durch die Gewerbeuntersagung also eine Sanierung des insolventen Unternehmens vereitelt wird, liegt auf der Hand. Denn es wird – anders als im Falle einer Anwendbarkeit von § 12 GewO - eben nicht sichergestellt, dass keine dem Insolvenzrechts zuwiderlaufenden Entscheidungen über den Fortbestand des Gewerbes<sup>65</sup> getroffen werden.

Zwar bleibt dem Insolvenzverwalter wohl noch der Weg, seine Empfehlung zur Unternehmensfortführung im Verwalterbericht unter den Vorbehalt, einer vom Schuldner zu beantragenden und von der Behörde zu erteilenden Wiedergestattung des Gewerbes zu stellen<sup>66</sup>. Insoweit sollte aber nicht außer Betracht gelassen werden, dass die Betriebsfortführung in der Insolvenzpraxis sowohl für den Insolvenzverwalter als auch für die Gläubigerversammlung eine von zahlreichen Risiken und Störpotential<sup>67</sup> geprägte Gratwanderung darstellt und daher über die sofortige Stilllegung des Unternehmens gelegentlich der sicherste Weg<sup>68</sup> beschritten wird. Die erst noch wieder zu gestattende Gewerbeausübung stellt daher in diesem Kontext eine nicht unerhebliche Hürde für die fortführende Sanierung des Unternehmens dar, mit der eine solche - sowohl formal als auch durch ihre subjektive Wirkung auf die Entscheidung der Gläubigerversammlung - stehen und fallen kann. Dies gilt umso mehr, da auch damit gerechnet werden muss, dass zur Durchsetzung der Wiedergestattung erst noch Rechtsmittel (wenn auch zur Beschleunigung im Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO) in Anspruch genommen werden müssen, die ein zusätzliches Hindernis für die Gläubigerversammlung darstellen kann, eine fortführende Unternehmenssanierung zu beschließen.

Allein aufgrund des hier aufgezeigten Hindernischarakters des erst noch einzuleitenden Wiedergestattungsverfahrens bei grundsätzlich vorhandenen Sanierungschancen ist das öffentliche Interesse, die Sanierung eines insolventen Unternehmens nicht zu vereiteln, aus Sicht der *Verfasser* daher bei Verlagerung der Beurteilung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit in das Wiedergestattungsverfahren (bei fehlender Anwendbarkeit von § 12 GewO) nicht gewahrt. Dies dürfte vor allem auch deshalb gelten, weil an den Gewerbetreibenden bei der Wiedergestattung im Vergleich zu § 12 GewO zusätzliche Anforderungen gestellt werden. Erfordert § 12 GewO seinem Wortlaut nach nur die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder nach § 21 der Insolvenzordnung angeordnete Sicherungsmaßnahmen oder die Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 der Insolvenzordnung), wird für die Wiedergestattung neben der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zusätzlich noch die begründete Aussicht auf Sanierung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden gefordert.

Die nur unzureichende Wahrung des öffentlichen Interesses wird – anders als das BVerwG meint - auch nicht dadurch „aufgefangen“, dass eine Wiedergestattung „aus

---

<sup>65</sup> Ebd.

<sup>66</sup> In diesem Sinne ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 1 u. 17 f..

<sup>67</sup> ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 11.

<sup>68</sup> Ebd.

besonderen Gründen“ gemäß § 35 Abs. 6 S. 2 GewO auch vorzeitig (d.h. ohne Einhaltung der einjährigen Wartefrist nach § 35 Abs. 6 S. 1 GewO) möglich sein kann. Denn diese Möglichkeit erfordert gleichermaßen wie § 35 Abs. 6 S. 1 GewO eine - im Vergleich zu § 12 GewO – zusätzliche Voraussetzung<sup>69</sup>, die aus Sicht der Verfasser dem in § 12 GewO verankerten Schutzgedanken nicht gerecht wird. Es leuchtet nämlich vor allem mit Blick auf die Umfänglichkeit des Schutzgedankens und dessen ausdrücklichen Ziel - keine dem Insolvenzrechts zuwiderlaufenden Entscheidungen über den Fortbestand des Gewerbes zuzulassen und damit größtmöglicher Sanierungschancen zu gewährleisten - nicht ein, dass der Zeitpunkt, in dem ein Insolvenzverfahren eröffnet wird – abgesehen von der Verfahrensart (Untersagungsverfahren nach § 35 Abs. 1 GewO bzw. Wiedergestattungsverfahren nach § 35 Abs. 6 GewO) unterschiedliche Auswirkungen auf die an eine Gewerbeausübung gestellten Anforderungen und damit letztlich auf die Aussichten einer erfolgreichen Sanierung hat.

Zudem verhindert die Möglichkeit nach § 35 Abs. 6 S. 2 GewO nicht nachhaltig, dass sich eine Gläubigerversammlung – trotz Sanierungschancen und eines möglich erscheinenden Sanierungserfolgs – nur deshalb gegen eine Fortführung des Unternehmens entscheidet, weil die Gewerbeausübung erst noch (ggf. sogar unter Zuhilfenahme von Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO), wenn auch vor Ablauf der Wartefrist nach § 35 Abs. 6 S. 1 GewO, wiedergestattet werden muss.

All diesen Problemen kann – wenn überhaupt – nur dadurch begegnet werden, dass die zuständige Gewerbeaufsichtsbehörde die Wiedergestattungsprognose *grundrechtsgeleitet* durchführt, nämlich im Lichte des Art. 12 GG und dessen einfachrechtlicher Konkretisierung durch die Wertung des § 12 GewO. Im Falle der Insolvenz nach Abschluss des gewerberechtlichen Verwaltungsverfahrens (§ 35 GewO) ist deshalb zu empfehlen, sich daran zu orientieren, ob das Unternehmen des Gewerbetreibenden unter Sanierungsmaßnahmen (dauerhaft) fortgeführt werden kann. Es sollte daher von der prognostizierenden Behörde der direkte Kontakt zum Insolvenzverwalter gesucht und dessen Einschätzung zu den Sanierungsaussichten (in Form des Verwalterberichts und dem zugrundeliegenden Sanierungskonzept bzw. soweit dieser/dieses noch nicht vorliegt, auch in Form des im Insolvenzantragsverfahrens erstellten Gutachten) abgefragt werden, um diese im Sinne der Wertung des § 12 GewO zu beurteilen. Für die vom BVerwG gebildete Fallgruppe der positiven Sanierungsprognose dürfte darüber hinaus insbesondere erforderlich sein, dass sich die Gewerbeaufsichtsbehörde mit dem - eine sanierende Fortführung empfehlenden - Insolvenzverwalter abstimmt und dem Schuldner ggf. eine (nebenbestimmungsfreie) Wiedergestattung des Gewerbes nach § 36 Abs. 6 Satz 2 GewO zusichert<sup>70</sup>. Soweit sie selbst Gläubigerin im Insolvenzverfahren ist, dürfte zudem gefordert werden, dass

---

<sup>69</sup> Und zwar: die begründete Aussicht auf Sanierung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden.

<sup>70</sup> Stimmt die Gläubigerversammlung einer Fortführung des Unternehmens dennoch nicht zu, dürfte dann ein Fall von § 38 Abs. 3 VwVfG gegeben sein, in dem die Behörde an ihre Zusicherung nicht mehr gebunden ist.



sie im Termin zur Gläubigerversammlung anwesend ist und für eine Unternehmensfortführung stimmt<sup>71</sup>. Für die Fallgruppe des offenen Sanierungserfolgs müsste sich die Behörde ebenfalls mit dem Insolvenzverwalter abstimmen und im Gleichlauf mit dessen Einschätzung sodann entweder die nebenbestimmungsfreie Wiedergestattung nach § 36 Abs. 6 Satz 2 GewO zusichern oder aber die Wiedergestattung nach § 36 Abs. 6 Satz 2 GewO unter die auflösende Bedingung (§ 36 Abs. Nr. 2 VwVfG) der von der Gläubigerversammlung beschlossenen Stilllegung des Unternehmens bzw. unter den Vorbehalt des Widerrufs (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG) im Falle der Stilllegungsentscheidung stellen.

## **5 Fazit**

Mit seinem Urteil vom 15. April 2015 stellt das BVerwG klar, dass auch für den Anwendungsbereich des § 12 Satz 1 GewO die letzte Verwaltungsentscheidung maßgeblicher Zeitpunkt ist. § 12 Satz 1 GewO bewirkt auch kein Vollstreckungsverbot einer Gewerbeuntersagung. Dennoch bleibt ein nach Abschluss des Verfahrens eröffnetes Insolvenzverfahren nicht ohne Auswirkung für die ergangene Gewerbeuntersagung. Das Insolvenzverfahren kann in diesem Fall die Grundlage für eine Wiedergestattung der Gewerbeausübung nach § 35 Abs. 6 GewO schaffen.

Dennoch bleiben Zweifel, ob der vom BVerwG gewiesene Weg in die Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 GewO nicht in Wahrheit der Weg in eine „Sackgasse“ ist. Mit Blick auf den vom Insolvenzrecht geforderten und in § 12 Satz 1 GewO im öffentlichen Wirtschaftsrecht besonders verankerten Schutz des Gewerbetreibenden muss die Prognose grundrechtsgeleitet erfolgen, mithin zumindest in den Fällen, in denen der Sanierungserfolg anhand sachlicher Erwägungen hinreichend wahrscheinlich ist, im Zweifel die Wiedergestattung – auch deutlich vor Ablauf der Jahresfrist - erfolgen. Notfalls flankiert mit geeigneten Nebenbestimmungen oder über eine Zusicherung verbindlich in Aussicht gestellt.

## **Literatur**

ANTONI, Peter: Gewerbeuntersagung und Insolvenzverfahren, NZI 2003 S. 246 – 252.

DIETZ, Andreas: Abwägungslinien bei sofort vollziehbaren Gewerbeuntersagungen GewArch 2014, S. 225 – 232.

HAHN, Dittmar: Einige Rechtsprobleme des Par. 12 GewoO, GewArch 2000 S. 361 – 366.

---

<sup>71</sup> Die Gläubigerversammlung ist grds. bereits beschlussfähig, wenn nur ein Gläubiger erschienen ist, vgl. hierzu auch ZIPPERER in Uhlenbruck, § 157, Rn. 1.

KOPP, Ferdinand O./ SCHENKE, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsgerichtsordnung. München 2014.

KRAMER, Michael: Problematik der Wiedergestattung eines Gewerbes nach erfolgter Gewerbeuntersagung, GewArch 2010, S. 273 – 280.

KRUMM, Marcel: Die Auslegung des § 12 GewO zwischen Sonderinteresse und gemeinwohlorientierter Gefahrenabwehr GewArch 2010 S. 465 - 473

MARCKS, Peter in: LANDMANN/ ROHMER Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften – Kommentar (I). München 2016.

MILLGRAMM, Karl-Heinz: Grundrechtsgefährdung durch Schornsteinfegen, DVBl. 2014 S. 968 – 976.

PIELOW, Johann-Christian: Gewerbeordnung – Kommentar. München 2016.

RUTHIG, Josef/ STORR, Stefan: Öffentliches Wirtschaftsrecht. Heidelberg 2015.

SCHAEFFER, Klaus: Der Begriff der Unzuverlässigkeit in § 35 Abs. 1 GewO, WiVerw 1982 S. 100 – 116.

SCHEIDLER, Alfred: Aktuelle Rechtsprechung zur Gewerbeuntersagung, GewArch 2015 S. 102 – 108.

SCHMIDT, Andreas: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, Köln 2017

TETTINGER, Peter J./ WANK, Rolf/ ENNUSCHAT, Jörg: Gewerbeordnung – Kommentar. München 2011.

UHLENBRUCK, Wilhelm/ HIRTE, Heribert/ VALLENDER, Heinz: Insolvenzordnung, Kommentar, München 2015.

WIEBAUER, Bernd: Berufliche Integrität und gewerberechtliche Zuverlässigkeit, GewArch 2010 S. 377 – 383.

WIEMERS, Matthias: Keine Unterbrechung des gerichtlichen Gewerbeuntersagungsverfahrens durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens, NVwZ 2015 S. 1544 – 1548.

WITTMANN, Philipp: § 35 Abs. 6 S. 2 GewO – Eine Denkpause für die Gewerbefreiheit? GewArch 2012 S. 338 – 346.