

## Leitsätze:

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden und der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Bescheids mit seinem Zugang (insoweit Fortführung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts).
2. Werden nach dem Wirksamwerden der Gewerbeuntersagung und innerhalb der „Abwicklungsfrist“ und in offener Rechtsbehelfsfrist insolvenzrechtliche vorläufige Sicherungsmaßnahmen angeordnet oder ein Insolvenzverfahren eröffnet, so hat dies keinen Einfluss auf diesen Beurteilungszeitpunkt.

### Hinweis:

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof äußert sich mit diesem Urteil zu der Frage, ob die Sperrwirkung des § 12 GewO auch greift, wenn die Voraussetzungen des § 12 GewO nach Erlass, aber vor Eintritt der Bestandskraft einer Gewerbeuntersagung eintreten.

Nach § 12 GewO ist eine „Anwendung“ solcher Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes wegen ungeordneter Vermögensverhältnisse ermöglichen, während der in § 12 GewO genannten Zeiträume untersagt. Ob die Vorschrift zur Anwendung kommt, richtet sich nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden und der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist insoweit der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Untersagungsbescheids, d.h. seiner Bekanntgabe, maßgeblich. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat nunmehr entschieden, dass dieser Zeitpunkt auch zugrunde zu legen ist, wenn nach Erlass, aber vor Eintritt der Bestandskraft insolvenzrechtliche Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden oder ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage (vgl. hierzu bereits HessVGH, U.v. 21.11.2002 – 8 UE 3195/01 – GewArch 2004, 162; OVG NRW, U.v. 12.4.2011 – 4 A 1449/08 – NVwZ-RR 2011, 553; B.v. 19.5.2011 – 4 B 1707/10 – GewArch 2011, 314) wurde gegen das Urteil die Revision zugelassen.

22 BV 13.260  
RN 5 K 12.26

*Großes Staats-  
wappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\* ,

\*\*\*\*\* \* , \*\*\*\*\* \*\* \*\* ,

- \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*.

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* & \*\*\*\*\* ,

\*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\*\_\*\*\*. \*\* , \*\*\*\*\* \*\* \*\* ,

gegen

**Freistaat Bayern,**

vertreten durch:

Landesanwaltschaft Bayern,

Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

Gewerbeuntersagung;

hier: Berufung des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts  
Regensburg vom 22. November 2012,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schenk,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Demling,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Ertl

ohne mündliche Verhandlung am **27. Januar 2014**  
folgendes

### **Urteil:**

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand:**

- 1 1. Der Kläger wendet sich gegen eine erweiterte Gewerbeuntersagung. Am 13. Februar 2003 meldete er in der Gemeinde M\*\*\*\*\* das Gewerbe „Handelsvertreter für Bauelemente“ und am 14. September 2009 in der Gemeinde T\*\*\*\*\* rückwirkend zum 1. Juli 2009 die selbständige Tätigkeit „Handel und Montage von Bauelementen“ an. Weil der Kläger seine Betriebsverlegung pflichtwidrig nicht gemäß § 14 GewO angezeigt habe, meldete die Gemeinde M\*\*\*\*\* zum 2. Februar 2010 das bei ihr gemeldete Gewerbe des Klägers von Amts wegen ab. Am 1. Juli 2010 wurde der Kläger von der Gemeinde T\*\*\*\*\* von Amts wegen als Einwohner abgemeldet, weil er sich – wie man festgestellt habe – nicht in seiner Wohnung aufhalte; auch sein in T\*\*\*\*\* angemeldetes Gewerbe wurde Anfang September 2010 rückwirkend zum 1. Juli 2010 von Amts wegen abgemeldet.
- 2 Einer Mitteilung der AOK vom 23. März 2010 an das Landratsamt Rottal-Inn zufolge schuldete der Kläger noch Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile) für die Monate Mai und Juni 2009 und hatte im Dezember 2009 die eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO a.F. abgegeben. Am 28. Juni 2010 unterrichtete das Finanzamt E\*\*\*\*\* das Landratsamt von Steuerrückständen des

Klägers in Höhe von ca. 5.000 €. Auf Anhörung zur beabsichtigten erweiterten Gewerbeuntersagung äußerte sich der Kläger am 13. Juli 2010 gegenüber dem Landratsamt und schilderte seine schwierige finanzielle Lage, worauf man ihm riet, zur Vermeidung eines Bescheids bis zum 30. Juli 2010 seinen Gewerbebetrieb wegen Unrentabilität aufzugeben oder eine Insolvenz anzustreben; die Frist wurde mit einer weiteren Anhörung verlängert bis zum 30. August 2010. Am 13. August 2010 hatte die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See bereits die Einleitung eines Insolvenzverfahrens über das Unternehmen des Klägers beantragt.

- 3 Mit Bescheid vom 17. September 2010 untersagte das Landratsamt – unter Anordnung der sofortigen Vollziehung (Nr. 2 des Bescheids) und Androhung eines Zwangsgelds (Nr. 3 des Bescheids) – die Ausübung des zuletzt gemeldeten Gewerbes „Handel und Montage von Bauelementen“, die Gewerbeausübung generell sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden und die Tätigkeit als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person zum 21. Oktober 2010 und ordnete an, innerhalb dieser Frist sei die gewerbliche Tätigkeit einzustellen (Nr. 1 des Bescheids). Zur Begründung wurde ausgeführt, der Kläger sei unzuverlässig im Sinn des § 35 Abs. 1 GewO, weil er wegen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht die Gewähr für eine ordnungsgemäße Betriebsführung biete. Der Bescheid wurde dem Kläger am 21. September 2010 zugestellt.
- 4 Mit Beschluss vom 23. September 2010 ordnete das Amtsgericht Landshut - Insolvenzgericht - zur Sicherung des Schuldnervermögens vor nachteiligen Veränderungen die vorläufige Insolvenzverwaltung an, bestellte einen vorläufigen Insolvenzverwalter und ordnete zudem an, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 Alt. 2 InsO). Am 11. Oktober 2010 beantragte der Kläger auch selbst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Nachdem im Auftrag des Insolvenzgerichts am 26. Oktober 2010 ein Sachverständigengutachten zur Vermögenslage des Klägers erstellt worden war, beschloss das Insolvenzgericht am 11. November 2010 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.
- 5 Am 18. Oktober 2010 erhob der Kläger gegen den Gewerbeuntersagungsbescheid des Landratsamts vom 17. September 2010 Anfechtungsklage und beantragte, deren aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO anzuordnen bzw. wiederherzustellen. Diesen Antrag lehnte das Bayerische Verwaltungsgericht Regensburg mit

Beschluss vom 10. Dezember 2010 ab. Die Beschwerde des Klägers führte zur Aufhebung des Beschlusses vom 10. Dezember 2010 und zur Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage durch Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 14. Februar 2011 – 22 CS 11.34.

6

Mit Urteil vom 22. November 2012 – RN 5 K 12.26 – wies das Verwaltungsgericht die Klage gegen den Bescheid vom 17. September 2010 ab.

7 Der Kläger hat die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt und beantragt,

8 das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg vom 22. November 2012 und den Bescheid des Landratsamts Rottal-Inn vom 17. September 2010 aufzuheben.

9 Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu einem Zeitpunkt, in dem eine Gewerbeuntersagung verfügt, aber noch nicht bestandskräftig geworden sei, erfordere nach dem Sinn und Zweck von § 12 GewO eine neue, das Insolvenzverfahren berücksichtigende Rechtmäßigkeitsbeurteilung der Gewerbeuntersagung. Die Untersagungs Vorschriften der Gewerbeordnung bezweckten u.a. den Schutz der Allgemeinheit vor überschuldeten und infolgedessen als unzuverlässig geltenden Gewerbetreibenden. Das streng formell geregelte Insolvenzverfahren führe jedoch dazu, dass die finanziellen Verhältnisse eines Schuldners geordnet, ihm selbst mit der Restschuldbefreiung und dem Wegfall finanzieller Altlasten ein Neuanfang ermöglicht und zugleich die finanziellen Risiken für Vertragspartner beseitigt würden. Wenn also aus den erheblichen finanziellen Verbindlichkeiten eines Gewerbetreibenden dessen Unzuverlässigkeit abgeleitet werde, so müsse das Entfallen der Verbindlichkeiten zum Wegfall der Unzuverlässigkeit führen. Die Möglichkeit eines „Neuanfangs“ müsse einem Gewerbetreibenden vor allem deshalb zugestanden werden, weil die aus der Vermögenslage folgende gewerberechtliche Unzuverlässigkeit auch dann angenommen werde, wenn – wie vorliegend – der Gewerbetreibenden unverschuldet in die Notlage geraten sei. Ebenso wie der Schuldner während des Insolvenzverfahrens vor dem Zugriff der Gläubiger bis zur Entscheidung über eine Restschuldbefreiung vorläufig geschützt sei, müsse er auch vor staatlichen Eingriffen wie der Gewerbeuntersagung geschützt sein. Hinzu komme vorliegend, dass dem Kläger mit dem angegriffenen Bescheid die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit nicht sofort verboten, sondern

ihm eine Auslauffrist gewährt worden sei. Insofern unterscheide sich der Fall entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts erheblich von der Konstellation, dass die Behörde dem Gewerbetreibenden nur noch die Abwicklung seines – aufgrund der Gewerbeuntersagung an sich schon illegalen – Gewerbes ermöglichen wolle und deshalb von einer Vollstreckung absehe. Vorliegend habe der Kläger aufgrund der ihm gewährten Auslauffrist noch bis zum 21. Oktober 2010 seinen Geschäftsbetrieb ohne Einschränkung weiterführen und sogar neue Verträge abschließen dürfen; die Behörde habe – anders als in der zuvor beschriebenen Konstellation – eine sofortige Gewerbeuntersagung zum Schutz der Allgemeinheit nicht für notwendig befunden. Der Kläger habe daher im Zeitpunkt der ersten insolvenzrechtlichen Sicherungsanordnung ein von der Rechtsordnung weiterhin anerkanntes Gewerbe ausgeübt. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts sei die Anwendung von § 12 GewO auch auf solche Gewerbe geboten, die der Insolvenzverwalter wieder freigegeben habe. Der sich aufgrund des Insolvenzverfahrens ergebende völlig neue Lebenssachverhalt gebiete es somit, den Zeitpunkt für die Beurteilung der Sperrwirkung des § 12 GewO zu verschieben.

- 10 Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Maßgeblich für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage sei der Zeitpunkt des Bescheidserlasses (17.9.2010); in diesem Zeitpunkt sei der Kläger als gewerberechtlich unzuverlässig anzusehen gewesen, die erweiterte Gewerbeuntersagung sei nicht zu beanstanden.
- 11 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und auf die beigezogenen Verwaltungsverfahrensakten Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 12 Die zulässige Berufung, über die nach entsprechendem Verzicht der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann (§ 101 Abs. 2 VwGO), ist unbegründet. Die erweiterte Gewerbeuntersagung im angefochtenen Bescheid des Landratsamts Rottal-Inn vom 17. September 2010 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO); das Verwaltungsgericht hat die Anfechtungsklage des Klägers zu Recht abgewiesen.
- 13 1. Dass über das Vermögen des Klägers ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, hindert eine gerichtliche Entscheidung nicht. Der Prozess ist dadurch nicht nach

§ 240 Satz 1 ZPO i.V.m. § 173 VwGO unterbrochen worden, weil vorliegend der Streitgegenstand nicht – wie dies § 240 ZPO voraussetzt – "die Insolvenzmasse betrifft". Die (erweiterte) Gewerbeuntersagung ist keine Regelung, die sich auf Vermögenswerte des Gewerbetreibenden bezieht. Sie knüpft vielmehr an in seiner Person liegende Unzuverlässigkeitstatbestände an und entzieht ihm die Befugnis, bestimmten beruflichen Tätigkeiten nachzugehen. Dieses personenbezogene Recht fällt nicht in die Insolvenzmasse (BayVGH, B.v. 16.8.2012 – 22 ZB 12.949 – juris, m.w.N.).

- 14 2. Die Tatbestandsvoraussetzungen einer Gewerbeuntersagung sowie der erweiterten Gewerbeuntersagung waren vorliegend im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Bescheids mit seinem Zugang (Art. 43 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG), der für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblich ist (dazu unter 3), erfüllt.
- 15 2.1. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebs beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben wird. Überschuldung und wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit begründen grundsätzlich die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden (vgl. BVerwG, U.v. 5.8.1965 – I C 69.62 - BVerwGE 22, 16). Grundsätzlich unerheblich ist, ob den Gewerbetreibenden ein Verschulden an seiner Situation trifft und welche Ursachen zu einer Überschuldung oder wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit geführt haben (vgl. BVerwG, U.v. 2.2.1982 – I C 146.80 – BVerwGE 65, 1/4 m.w.N.; BayVGH, B.v. 8.7.2013 – 22 C 13.1163 – und vom 27.6.2012 – 22 ZB 12.605 – NVwZ-RR 2012, 803 jeweils m.w.N.). Im Interesse eines ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehrs muss von einem Gewerbetreibenden erwartet werden, dass er bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursachen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Gewerbebetrieb aufgibt. Dieser Grund entfällt nur dann, wenn der Gewerbetreibende zahlungswillig ist und trotz seiner Schulden nach einem sinnvollen und erfolgversprechenden Sanierungskonzept arbeitet (vgl. BVerwG, U.v. 2.2.1982 – I C 146.80 – BVerwGE 65, 1/4 m.w.N.).

Vorliegend hatte der Kläger im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheids am 17. September 2010 Steuerrückstände von 5.013 €, er schuldete zudem seit über einem Jahr der AOK Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 845 €. Diese Beträge sind – absolut betrachtet – zwar niedrig. Hinzu kommt aber, dass der Kläger am 21. Dezember 2009 die eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO a.F. abgegeben hat, wobei sich dem Protokoll hierzu (Bl. 23 der Verwaltungsverfahrensakte) Schulden des Klägers von mehr als 12.000 € entnehmen lassen, und der Kläger selbst gegenüber dem Beklagten vorgetragen hat, mittellos zu sein. Insgesamt liegen damit Tatsachen vor, die auf - relativ zu Einkommen und Vermögen - erhebliche Schulden, eine mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und eine ausweglose wirtschaftliche Krise des Klägers schließen lassen. Bestätigt wird diese Einschätzung im Nachhinein durch das am 26. Oktober 2010 im Auftrag des Insolvenzgerichts erstattete Sachverständigengutachten, wonach der Kläger zahlungsunfähig sei. Dass der Kläger irgendein Konzept zum Abbau seiner Schulden entwickelt hätte, ist nicht erkennbar. Der Kläger hat im Berufungsverfahren gegen diese vom Verwaltungsgericht vorgenommene Bewertung nichts vorgetragen.

- 17 2.2. Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO kann die Untersagung auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs 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 (sog. „erweiterte Gewerbeuntersagung“). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs (BVerwG, U.v. 2.2.1982 – 1 C 17/79 – BVerwGE 65, 9/11; BayVGH, B.v. 28.8.2013 – 22 ZB 13.1419 - und B.v. 1.6.2012 – 22 B 09.2785) müssen zum Erlass einer erweiterten Gewerbeuntersagung zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Es müssen erstens Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf die „Ausweichtätigkeit“ dartun („gewerbeübergreifende Unzuverlässigkeit“). Eine solche ist bei steuerlichen Pflichtverletzungen und bei ungeordneten Vermögensverhältnissen gegeben. Zweitens muss die erweiterte Gewerbeuntersagung erforderlich sein, weil eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für ein Ausweichen des Gewerbetreibenden vorliegt. Dabei folgt die Wahrscheinlichkeit der anderweitigen Gewerbeausübung schon daraus, dass der Gewerbetreibende trotz Unzuverlässigkeit an seiner gewerblichen Tätigkeit festgehalten hat, wodurch er regelmäßig seinen Willen bekundet hat, sich auf jeden Fall gewerblich zu betätigen. Einer besonderen Recht-

fertigung im Verhältnis zur Untersagung des ausgeübten Gewerbes bedarf eine erweiterte Gewerbeuntersagung auch dann nicht, wenn – wie vorliegend – die Steuer-schulden vergleichsweise niedrig sind (vgl. BayVGH, B.v. 30.4.2013 – 22 B 13.448 - juris); es bleibt auch in einem solchen Fall dabei, dass die erweiterte Gewerbeunter-sagung unter dem Gesichtspunkt wahrscheinlicher anderweitiger Gewerbeausübung schon dann zulässig ist, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, die es aus-schließen, dass der Gewerbetreibende das andere Gewerbe in Zukunft ausübt, eine anderweitige Gewerbeausübung nach Lage der Dinge also ausscheidet (BVerwG, U.v. 2.2.1982 – 1 C 17/79 – BVerwGE 65, 9/11; BVerwG, B.v. 11.9.1992 – 1 B 131.92 – GewArch 1995, 116; BayVGH, B.v. 17.4.2012 – 22 ZB 11.2845 – juris Rn. 33; BayVGH, U.v. 1.6.2011 – 22 B 09.2785 – juris Rn. 14). Für solche besonde-ren Umstände gab es vorliegend im Zeitpunkt des Bescheidserlasses keine Anhalts-punkte. Die Richtigkeit dieser Einschätzung wird im Nachhinein bestätigt durch den Vortrag des Klägers im Klageverfahren, wonach er – sinngemäß – aufgrund seines Alters und des zeitlichen Abstands zur letztmaligen Arbeit in seinem erlernten Beruf auf ein selbständig ausgeübtes Gewerbe angewiesen sei.

- 18 Die Ermessenserwägungen des Landratsamts im angefochtenen Bescheid, die bei einer erweiterten Gewerbeuntersagung – im Gegensatz zur „gebundenen“ Gewerbeuntersagung – erforderlich sind, halten vorliegend der gerichtlichen Prüfung stand.
- 19 3. An der Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Bescheidserlasses für die Beurteilung der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit des Klägers und der Rechtmäßigkeit der (erweiterten) Gewerbeuntersagung ändert sich vorliegend nichts dadurch, dass über das Vermögen des Klägers die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet wurde (Beschluss vom 23.9.2010), nachdem der Bescheid (am 21.9.2010) bereits wirksam, aber noch nicht bestandskräftig geworden und auch die im Bescheid gewährte Frist noch nicht abgelaufen war, bis zu der die gewerbliche Betätigung eingestellt werden musste, und dass das Insolvenzgericht am 11. November 2010 die Eröffnung des In-solvenzverfahrens beschlossen hat. Die von § 12 GewO grundsätzlich ausgelöste Sperrwirkung ist vorliegend auf diesen Beurteilungszeitpunkt ohne Einfluss.
- 20 3.1. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 12 GewO waren vorliegend gegeben. § 12 GewO bestimmt: „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 InsO angeordnet sind, und während der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 InsO) keine Anwendung in Bezug auf das Gewerbe, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wurde“. Die Sperrwirkung des § 12 GewO erfordert, wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem den vorliegenden Kläger betreffenden Beschluss vom 14. Februar 2011 – 22 CS 11.34 – ZInsO 2011, 1846 ausgeführt hat, zunächst, dass die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nicht (auch) auf anderen Gründen als auf „ungeordneten Vermögensverhältnissen“ im Sinn des § 12 GewO beruht. Diese Voraussetzung ist beim Kläger erfüllt. Seine beträchtlichen Verbindlichkeiten in Höhe von mehr als 60.000 EUR (vgl. die Vermögensübersicht als Anlage zum Insolvenzgutachten vom 26.10.2010) sprechen dafür, dass die Pflichtverletzungen und Zahlungsrückstände ganz überwiegend mit seiner sich auch aus anderen Umständen ergebenden wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit zusammenhängen. Jedenfalls sind keine gegenteiligen Anhaltspunkte bekannt geworden. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts im Klageverfahren – denen keiner der Beteiligten entgegen getreten ist – ist weiterhin mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch davon auszugehen, dass der Kläger sowohl im Zeitpunkt des Fremdinsolvenzantrags vom 13. August 2010 als auch im Zeitpunkt der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung gemäß § 21 InsO (23.9.2010) das untersagte Gewerbe tatsächlich ausgeübt hat.

- 21 3.2. Die vorliegend entscheidungserhebliche Frage, ob sich der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Bescheidserlass (wobei unter „Erlass“ der Zugang des Bescheids zu verstehen ist, vgl. Art. 43 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG) verschiebt, ist – mit der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung – zu verneinen.
- 22 3.2.1. Gegen eine Verschiebung des Beurteilungszeitpunkts lässt sich der Wortlaut des § 12 Satz 1 GewO anführen, wonach eine „Anwendung“ solcher Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes wegen ungeordneter Vermögensverhältnisse ermöglichen, während der in § 12 GewO genannten Zeiträume untersagt ist. Insoweit hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof (U.v. 21.11.2002 – 8 UE 3195/01 – GewArch 2004, 162 Rn. 27 f.) ausgeführt, aus der Formulierung, wonach Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes ermöglichen, während eines Insolvenzverfahrens "keine Anwendung ... finden", ergebe sich, dass wäh-

rend eines schon laufenden Insolvenzverfahrens insbesondere keine Gewerbeuntersagung verfügt werden dürfe. Das Anwendungsverbot nach § 12 GewO greife daher nicht ein, wenn die die Untersagung des Gewerbes betreffende Vorschrift bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. vor der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO "angewendet" worden sei. Weiter folge hieraus, dass § 12 GewO den nach ständiger Rechtsprechung maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung nicht verschiebe, so dass eine in diesem Zeitpunkt rechtmäßige Gewerbeuntersagung nicht durch die spätere Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO oder die spätere Einleitung eines Insolvenzverfahrens rechtswidrig werde. Vielmehr bleibe es auch in einem solchen Fall dabei, dass es für die materielle Beurteilung der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit des Betroffenen und für die Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ankomme. Dieser Argumentation ist grundsätzlich zuzustimmen.

- 23 3.2.2. Für diese Ansicht spricht ferner die im materiellen Recht angelegte systematische Trennung zwischen Untersagungs- und Wiedergestattungsverfahren, wonach gemäß dem Regelungszusammenhang von § 35 Abs. 1 und 6 GewO spätere Änderungen der Verhältnisse im Rahmen des Antrags auf Wiedergestattung geltend zu machen sind (OVG NRW, U.v. 12.4.2011 – 4 A 1449/08 - NVwZ-RR 2011, 553 Rn. 44 ff. m.w.N.; Fortführung mit B.v. 19.5.2011 – 4 B 1707/10 – GewArch 2011, 314). § 12 GewO ändert an dieser grundsätzlichen systematischen Trennung nichts.
- 24 3.2.3. Auch die teleologische Auslegung der einschlägigen Vorschriften gebietet es nicht, dass sich an der Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Bescheidserlasses dadurch etwas ändert, dass nach Erlass der Gewerbeuntersagung insolvenzrechtliche Maßnahmen im Sinn des § 12 GewO ergriffen werden; der Zweck des § 12 GewO erfordert nicht, vom Zeitpunkt des Bescheidserlasses als maßgeblichem Beurteilungszeitpunkt abzuweichen.
- 25 3.2.3.1. Der Gesetzgeber verfolgt mit § 12 GewO das Ziel, die Sanierungschancen des insolventen Unternehmens zu erhalten, dem Insolvenzverfahren im Verhältnis zum gewerberechtlichen Untersagungsverfahren die absolute Priorität zuzuweisen

und damit sicherzustellen, dass keine dem Insolvenzverfahren zuwiderlaufenden Entscheidungen getroffen werden.

- 26 Nach Ansicht des nordrhein-westfälischen Oberverwaltungsgerichts genügt dafür eine Ausdehnung der Sperrwirkung auf das Verwaltungsvollstreckungsverfahren; während der in § 12 GewO genannten Zeitabschnitte dürften daher nach seiner Ansicht keine Maßnahmen zur Vollziehung einer solchen Gewerbeuntersagung getroffen werden, die schon vor den insolvenzrechtlichen Verfügungen im Sinn des § 12 GewO ergangen sei (OVG NRW, U.v. 12.4.2011, a.a.O., Rn. 44 ff., insb. Rn. 50 bis 53, m.w.N.; Fortführung mit B.v. 19.5.2011 – 4 B 1707/10 – GewArch 2011, 314).
- 27 Allerdings könnte – worauf Vertreter der Gegenansicht hinweisen - eine Ausdehnung der Sperrwirkung auf die Phase der Verwaltungsvollstreckung dazu führen, dass gegen einen nicht rechtstreuen Gewerbetreibenden, der eine vor dem Ergehen insolvenzrechtlicher Maßnahmen im Sinn des § 12 GewO sofort vollziehbar oder bestandskräftig gewordene Gewerbeuntersagung beharrlich missachtet, keine Zwangsmaßnahmen (z.B. in dem vom NdsOVG mit Beschluss vom 8.12.2008 – 7 ME 144/08 - GewArch 2009, 162 entschiedenen Fall: Festsetzung eines Zwangsgelds) ergriffen werden könnten. Ein solches Ergebnis sei zu vermeiden, so dass Maßnahmen zur Vollstreckung einer Gewerbeuntersagung nicht als „Anwendung von Untersagungsvorschriften“ angesehen werden dürften und somit eine sofort vollziehbare oder bestandskräftige Gewerbeuntersagung ungeachtet eines inzwischen eingeleiteten Insolvenzverfahrens zwangsweise durchgesetzt werden könnte, weil die „Anwendung“ der Untersagungsvorschriften bereits abgeschlossen sei (NdsOVG, B.v. 8.12.2008, a.a.O., Rn. 4 unter Hinweis auf Hahn, GewArch 2000, 361 und Landmann/Rohmer, GewO, § 12 Rn. 14; Krumm, GewArch 2010, 465).
- 28 3.2.3.2. Die Bedenken gegen eine Ausdehnung der gesetzlichen Sperrwirkung gemäß § 12 GewO auf jegliche Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen sind nicht von der Hand zu weisen. Die Ablehnung einer solchen auch das Verwaltungsvollstreckungsverfahren erfassenden Sperrwirkung bedeutet aber nicht, dass als einzige Möglichkeit zur angemessenen Berücksichtigung der mit einem Insolvenzverfahren verfolgten Ziele die Verlegung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts auf einen Zeitpunkt nach Erlass der Gewerbeuntersagung bliebe. Vielmehr kann der vom Gesetzgeber verfolgte Schutzzweck auch auf andere Weise während des Stadiums der Vollstreckung einer sofort vollziehbaren oder bestandskräftigen Gewerbeuntersa-

gung erreicht werden. Denn nach den einschlägigen Verwaltungsvollstreckungsgesetzen muss die zuständige Behörde vor der Anwendung eines jeden Zwangsmittels eine gesonderte Entscheidung über das „Ob“ und das „Wie“ der Vollstreckung treffen. Dies ergibt sich aus dem bundesrechtlich wie landesrechtlich für Zwangsmittel zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen geltenden Gebot der Verhältnismäßigkeit (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1 und 2 VwVG bzw. die der bundesrechtlichen Regelung nachgebildeten landesrechtlichen Vorschriften, z.B. Art. 29 Abs. 3 Satz 1 und 2 BayVwZVG). Ausdruck dieses Verhältnismäßigkeitsgebots sind auch Art. 37 Abs. 4 Satz 1 BayVwZVG bzw. § 15 Abs. 3 VwVG (Einstellung der Vollstreckung, sobald der Pflichtige seiner Verpflichtung nachkommt bzw. der Vollstreckungszweck erreicht ist). Dabei könnte auch eine möglicherweise erforderliche Differenzierung erfolgen zwischen einerseits demjenigen Gewerbetreibenden, der eine für sofort vollziehbar erklärte Gewerbeuntersagung einfach missachtet hat und nur aus diesem Grund im Zeitpunkt der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (in das er sich möglicherweise sogar durch eigenen Insolvenzantrag „geflüchtet“ hat) ein Gewerbe zwar tatsächlich, aber rechtswidrig ausübt, und andererseits demjenigen, der während einer ihm eingeräumten Abwicklungsfrist oder deswegen, weil der Sofortvollzug nicht angeordnet wurde, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Gewerbe rechtmäßig betreibt. Hierbei könnte z.B. berücksichtigt werden, ob ein verwirktes Zwangsgeld von einem nicht „rechtstreu“ Gewerbetreibenden beigetrieben werden oder ob von einer solchen Maßnahme im Interesse eines erfolgreichen Insolvenzverfahrens Abstand genommen werden soll.

- 29 Die Vollstreckungsvorschriften ermöglichen also eine Handhabung, die dem mit § 12 GewO bezweckten Schutz sowohl des zu sanierenden insolventen Gewerbebetriebs als auch der Gläubiger und des Geschäftsverkehrs angemessen Rechnung trägt.
- 30 3.2.4. Auch das Anliegen, dem Gewerbetreibenden mit der Durchführung eines Insolvenzverfahrens die Chance zu einem „Neuanfang“ zu geben, rechtfertigt nicht, den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung seiner gewerberechtlichen Zuverlässigkeit und der Rechtmäßigkeit der vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. vor vorläufigen Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO ergangenen Gewerbeuntersagung zu verschieben. Vielmehr ist insofern ein Antrag auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung das richtige Instrument. Insoweit ist zu bedenken, dass das „Wartjahr“ gemäß § 35 Abs. 6 Satz 2 GewO nicht zwingend ist, sondern dass das Gesetz

die Wiederaufnahme des Gewerbes vor Ablauf eines Jahres nach Durchführung der Untersagung dann ermöglicht, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

- 31 4. Gegen die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung und der Kostenentscheidung im angefochtenen Bescheid bestehen keine Bedenken.
- 32 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 167 Abs. 2 VwGO, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Die Zulassung der Revision ergibt sich aus § 132 Abs. 2 VwGO.

### **Rechtsmittelbelehrung**

- 33 Nach § 139 VwGO kann die Revision innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) eingelegt werden. Die Revision muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. Sie ist spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist beim Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig (Postfachanschrift: Postfach 10 08 54, 04008 Leipzig), einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.
- 34 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

35 Dr. Schenk Demling Ertl

36 **Beschluss:**

37 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.000 € festgesetzt.

38 **Gründe:**

39 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 54.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2004 (NVwZ 2004, 1327), dessen Empfehlungen der Senat folgt.

40 Dr. Schenk Demling Ertl