

Dr. Stefan Pürner,*
Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche
Zusammenarbeit e.v. (IRZ) Bonn, Deutschland

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrpfni1674221P

UDK: 347.72.037(436)

Рад примљен: 30.09.2016.
Рад прихваћен: 25.10.2016.

KONTROLLE: WARUM, WANN UND WIE? EINIGE GRUNDLEGENDE PRINZIPIEN, DARGESTELLT AM BEISPIEL EINE GEWERBEUNTERSAGUNG NACH § 35 DER DEUTSCHEN GEWERBEORDNUNG

Abstrakt: Der Beitrag behandelt Fragen im Zusammenhang mit der staatlichen Kontrolle und der Reaktion auf dabei festgestellte Regelverstöße am Beispiel des § 35 der deutschen Gewerbeordnung. Diese Vorschrift ist die zentrale Normen des deutschen Rechts, auf deren Grundlage unternehmerische Tätigkeit verboten werden kann.

Einleitend wird unter anderem auf die Rolle der Rechtsprechung allgemein, aber auch im Zusammenhang mit der Überprüfung staatlicher Kontrollmaßnahmen, eingegangen. Dabei stimmt der Autor der Auffassung zu, dass in kontinentaleuropäischen Systemen die Rechtsprechung keine Rechtsquelle ist. Dies darf jedoch nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass die Rechtsprechung nicht zur Rechtsfortbildung berufen und auch verpflichtet wäre.

Diese eingehenden Ausführungen sind von Bedeutung, da sich der anschließend vorgestellte § 35 Gewerbeordnung im Laufe der Rechtsentwicklung erheblich geändert hat. Während die Vorschrift ursprünglich eine kasuistische Aufzählung von Einzelfällen enthielt, arbeitet sie heute mit einer Generalklausel. Danach ist der Begriff der (in der Vorschrift nicht näher definierten) „Unzuverlässigkeit“ das maßgebliche Tatbestandselement für das Verbot der Ausübung eines Gewerbes. Dementsprechend hat sich die Aufgabe der Gerichte bei der Behandlung entsprechender Fälle wesentlich geändert. Der Autor stellt dar, dass dies auch gerechtfertigt ist, da der Gesetzgeber kaum alle Fälle, die sich in der Praxis eignen können, voraussehen kann.

* puerner@irz.de

Besonders stellte er heraus, dass sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden hat, - anders als manche Rechte in Transformationsstaaten - den Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freizustellen. Anschließend werden anhand verschiedenster Gerichtsentscheidungen Einzelfragen im Zusammenhang mit einer Untersagung nach § 35 deutsche Gewerbeordnung dargestellt. Dadurch wird aufgezeigt, in welcher Weise die deutschen Gerichte den unbestimmten Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“ mit Leben füllen. Dabei wird insbesondere herausgestellt, dass es sich bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit um eine Prognoseentscheidung, nicht aber um eine Sanktion für früheres Verhalten, handelt. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass die Unzuverlässigkeit immer bezogen auf das jeweilige Gewerbe festgestellt werden muss.

Schlüsselworte: *Deutsches Recht, Verbot der Gewerbeausübung, Aufgabe der Rechtsprechung, Rechtsfortbildung, Kontrolle bei Gründung und Führung eines Unternehmens.*

1. Einleitung

1.1. Allgemeines zum Begriff der „Kontrolle“ im Recht

Zentraler Begriff im Titel dieser juristischen Konferenz ist der Begriff der Kontrolle. Dieser ist kein eindeutig definierter Rechtsbegriff. Deshalb sollen der Behandlung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gewerbeuntersagung (die meist das Resultat von entsprechenden Kontrollen der unternehmerischen Tätigkeit ist) einige grundsätzliche Überlegungen zum Begriff und zur Berichtigung von Kontrolle im Recht, vorangestellt werden.

Setzt man sich mit dem Wort „Kontrolle“ und seiner Herkunft auseinander, dann stößt man auf eine Bedeutungsverschiebung. Heute verstehen wir dieses Wort nämlich meist im Sinne von „Aufsicht“, also etwas, das sich in einem Verhältnis von Über- und Unterordnung ereignet. Tatsächlich geht er aber auf „*contra rolatus*“ zurück (KirchhofRdNr. 224). Dies bedeutet „Gegen- Aufzeichnung“. Es wird also ein Vergleich zwischen Soll und Ist erstellt. Ein solcher ist aber auch ohne hierarchisches Verhältnis möglich. In diese Richtung deutet auch das verwandte Lehnwort aus dem Englischen „Controlling“, das ebenso einen internen Mechanismus kennzeichnet. Der deutsche Autor P. Kirchhof spricht im Zusammenhang mit innerstaatlicher Kontrolle von (Originalbegriff in der Übersetzung in Fußnote oder in Klammer) „*staatlicher Selbstvergewisserung*“. Der Staat kontrolliert - oder bietet Möglichkeiten zur Kontrolle auch seines eigenen Handelns an - „weil er wissen möchte, „wo er steht“ bzw. ob und wie sein Recht umgesetzt wird. Die verschiedenen Kontrollmechanismen kann man in demokratische Kontrolle über

Parlamente und Parteien und rechtsstaatliche Kontrolle unterteilen (Kirchhof RdNr. 224). Die rechtsstaatliche Kontrolle kann man demselben Autor zufolge wiederum in Kontrolle durch Amtswalter als Selbstkontrolle und in Kontrolle durch Gerichte als Fremdkontrolle einteilen (Kirchhof, aaO).

1.2. Die Rolle der Gerichte (und Richter) als Organ der Kontrolle der Rechtsanwendung, aber auch der Fortentwicklung des Rechtes

Mit dem letztgenannten Punkt, nämlich der Kontrolle durch Gerichte, verbunden ist die Frage nach der Aufgabe der Rechtsprechung und damit auch dem Selbstverständnis der Richter. Diese ist für das Funktionieren dieser Kontrolle entscheidend. Dem Verfasser ist bekannt, dass in Serbien und darüber hinaus viele über diese Fragen diskutiert wird. Angesprochen werden dabei Fragen der richterlichen Selbstverwaltung, aber auch des Verhaltens der Richter in der Öffentlichkeit und im politischen Leben.

Zu diesem Komplex gehört jedoch auch die Frage nach den Kompetenzen des Richters bei der Anwendung des Gesetzes. Diesbezüglich wird oft vorgetragen, dass in kontinentalen Rechtssystemen die Rechtsprechung keine Rechtsquelle sei. Dies ist theoretisch sicher richtig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Gerichtsentscheidungen, vor allem solche höhere Gerichte, im kontinentalen Recht keine über die Entscheidung des Einzelfalles hinausgehende Wirkung hätten. Sie mögen nicht bindend sein, eine Leitfunktion für die Praxis haben sie doch alle Mal.

Mitunter erweckt die diesbezügliche Diskussion zumindest für Außenstehende auch den Eindruck, dass man wegen der (angeblich) „minderen“ Rolle der Richter in Kontinentaleuropa diese nicht zur *Rechtsfortbildung* berufen sieht. Diesen Eindruck gewinnt man zumindest dann, wenn in Diskussionen Richter auch in Bereichen, die auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen nicht ausdrücklich durch Gesetz geregelt sind, nach expliziten Vorschriften im Sinne einer Handlungsanweisung für die Falllösung verlangen.

In diesem Zusammenhang (und auch im Zusammenhang mit den nachfolgenden Ausführungen) ist die Definition der Rechtsprechung, die sich in dem bereits angesprochenen Werk von P. Kirchhof (Kirchhof, RdNr. 238) findet, von Interesse:

(Hinweis für den Übersetzer: nachfolgendes Originalzitat bitte bei der Übersetzung in die Fußnote nehmen) *“Rechtsprechung ist nicht bloßes Nachsprechen, sondern wertendes Nachdenken von Vorgeschriebenem. Die Rechtsprechung hat... zu entscheiden, wenn die Beteiligten eine sie betreffende Rechtsfrage nicht oder nicht einvernehmlich aus einer Vorschrift beantworten können. Der Richter hat den abstrakten, auf Dauer geltenden Rechtssatz in konkrete, individuelle Verbindlichkeit umzusetzen und so der*

gesetzlichen Regelung durch schöpferischen Akt Individualität, Spezialität, Gegenwartsnähe und fallgerechte Sachgerechtigkeit zu geben. Richterliche Kontrolle führt umso mehr auch zur Rechtsfortbildung, je weniger die gegenwärtigen Anfragen an das Gesetz aus dem traditionellen Verständnis beantwortet werden können....“

Diese Definition sollte dazu anregen, künftig bei Diskussionen über die Rolle der Richter genauestens zwischen einer, dem kontinentaleuropäischen Recht fremden Konzept von der Rechtsprechung als Rechtsquelle auf der einen Seite, und der richterlichen Rechtsfortbildung auf der anderen Seite zu unterscheiden. Letztere ist zentrale Aufgabe der Richter in kontinentaleuropäischen Systemen. Wer als Richter nach dem Gesetzgeber ruft, weil er sich beispielsweise scheut, einen Fall über Gesetzes- oder Rechtsanalogie zu lösen, begeht eine Rechtsverweigerung. Die nachfolgenden Ausführungen werden zeigen, dass eine lebensnahe Auslegung der Vorschriften über die Gewerbeuntersagung in Deutschland ohne richterliche Rechtsfortbildung nicht möglich gewesen wäre. Sie wollen deshalb auch einen Beitrag zur Diskussion über die Aufgaben (und Pflichten) von Richtern in einem kontinentaleuropäischen System liefern.

1.3. Grenzen für, aber auch Anforderungen an Kontrolle

Kontrolle darf nie Selbstzweck sein. Sie muss immer einen gewissen legitimen Ziel dienen. Deshalb muss der Staat bei der Einführung von Kontrollmechanismen bedächtig vorgehen. Kontrolle bedarf immer einer Rechtfertigung.

Dies ist die eine Seite der Medaille. Die andere ist, dass der Staat auch nicht zu beliebig sein darf. Der Staat hat gewisse öffentliche Aufgaben, zu denen auch Schutzfunktionen gehören. Diese kann er aber nur wahrnehmen, wenn er kontrolliert. Insbesondere hat der Staat die Aufgabe, das von ihm gesetzte Recht in der Gesellschaft zur Wirkung zu bringen (Kirchhof, aaO). Dies kann er jedoch nur, wenn er kontrolliert, inwieweit dieses Recht auch tatsächlich angewandt wird. Hierbei wird man bezüglich der Art und der Schwere der Eingriffe, mit denen der Staat dieses Ziel verfolgt und nach der Art und den Zielen der Rechtsvorschriften, deren Anwendung der Staat beaufsichtigt, unterscheiden müssen. Je wichtiger diese Ziele sind, desto schwerwiegender dürfen Kontrollmaßnahmen sein. Darüber hinaus darf Kontrolle nicht isoliert von den Sanktionen für Fehlverhalten, das dabei festgestellt wird, gesehen werden. Kontrolle an sich kann eine Grundrechtsverletzung für den Betroffenen darstellen, beispielweise wenn in seinen persönlichen Geheimnisbereich eingegriffen wird. Für die Fehlervermeidung und – beseitigung bedeutet sie jedoch für sich genommen gar nichts. Kontrolle ist diesbezüglich nur dann effektiv, wenn sie dazu bei trägt, festge-

stelltes Fehlverhalten in Zukunft auch zu vermeiden. Kontrolle muss deshalb auch mit nachfolgender Aktion verbunden sein.

1.4. Mögliche Folgen einer Kontrolle: (Vergangenheitsbezogene) Sanktion oder (zukunftsbezogene) Prävention

Allerdings ist bezüglich dieser Aktionen genau zu unterscheiden zwischen Sanktion und der Korrektur von Fehlverhalten einerseits und Prävention andererseits. Beides ist gegen Regelverstöße gerichtet, Sanktion und Korrektur sind jedoch vergangenheitsbezogen, Prävention zukunftsbezogen. Ein Staat, der ohne ausreichenden Anlass dort, wo vergangenheitsbezogene Korrekturen oder Sanktionen ausreichend wären, überflüssiger Weise zu dem Mittel einer zukunftsbezogenen Maßnahme greift, die eigentlich keine Prävention, sondern eine Sanktion darstellt, verhält sich nicht rechtsstaatlich. Dadurch wird nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip (vgl. zu diesem z.B. Wienbracke, S. 148ff oder Lübke-Wolff, S. 12–17) - aus dem auch die Erforderlichkeit und Geeignetheit von Maßnahmen zur Erreichung eines bestimmten Ziele folgt, verletzt.

2. Der Entzug der Gewerbeerlaubnis nach § 35 der deutschen Gewerbeordnung (GewO)

Diese theoretische Unterscheidung lässt sich am besten an staatlichen Eingriffen in die Gewerbefreiheit Privater nach einer Kontrolle, bei der die Verletzung zwingenden Rechts durch diese Privaten bei der Ausübung des Gewerbes festgestellt wurde, darstellen. Deshalb soll dies nachfolgend am Beispiel der Vorschrift des § 35 der deutschen Gewerbeordnung durchgeführt werden. § 35 der deutschen Gewerbeordnung ist die zentrale Normen, auf deren Grundlage in Deutschland die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten untersagt werden kann (Brüning, Überblick zu § 35 GewO).

2.1. Der Wortlaut des § 35 GewO im historischen Wandel

Diese Vorschrift hat historisch einen Wandel durchlebt, der selbst viele deutsche Juristen, die sie nur in ihrer heutigen Form kennen, überraschen würde. Dieser Wandel kann mit „Von der Kasuistik hin zum unbestimmten Rechtsbegriff“ überschrieben werden. Dadurch hat sich auch die Rolle der Rechtsprechung, also der Kontrolle der Gewerbeaufsichtsbehörden bei der Anwendung der § 35 GewO geändert.

2.1.1. § 35 GewO 1869

Die zentrale Vorschrift zur Untersagung unternehmerischer Tätigkeit findet sich seit dem Jahr 1869 in der Gewerbeordnung (die damals noch ein Gesetz des Norddeutschen Bundes war) Damals fanden sich in diesem Paragraphen Regelungen wie die folgenden:

Die Erteilung von Tanz-, Turn und Schwimmunterricht als Gewerbe darf denjenigen untersagt werden, welche wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft sind.

Der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgerät oder Metallbruch (Trödel), . . ., ferner das Geschäft eines Pfandleiher kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigentum bestraft worden ist.

Der Gesetzgeber regelte also für bestimmte, genau bezeichnete Gewerbe (unternehmerische Tätigkeiten) die Gründe, warum eine solche Tätigkeit für die Zukunft untersagt werden konnte. Auf der Tatbestandsseite formulierte man sehr kasuistisch, ganz so als ob man sämtliche Formen des Fehlverhaltens, die ein Gewerbetreibender begehen kann, und die so schwerwiegend sind, dass man ihm das Gewerbe untersagen muss, voraussehen könnte. Man kann also von einer „geschlossenen Norm“ auf der Tatbestandsseite sprechen.

Auf der Rechtsfolgenseite werden dagegen Begriffe wie „darf untersagt werden“ und „kann ... untersagt werden“ gebraucht. Die Vorschrift liest sich also wie eine Ermessensvorschrift Auf der Rechtsfolgenseite formulierte man also ergebnisoffen.

2.1.2. § 35 GewO 2016 (in dieser Fassung seit 1974)

Fast 150 Jahre später liest sich § 35 Gewerbeordnung, der nun auch eine Überschrift – nämlich „Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit“ besitzt wie folgt:

*Die Ausübung eines Gewerbes **ist** von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die **Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden oder eine mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbes dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. (Hervorhebungen durch den Verfasser)*

Die heutige Formulierung, die aus dem Jahre 1974 stammt, ist das Ergebnis einer langen Rechtsentwicklungen mit verschiedenen Zwischenstufen.

2.1.3. § 35 GewO 1960 bis 1974

Diese kann hier nicht im einzelnen dargestellt werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen werden, dass es von 1960 bis 1974 (Marcks RdNr. 3) nicht ausreichte, dass „die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist“, sondern zusätzlich gefordert wurde, dass die Unzuverlässigkeit „eine Gefährdung... mit sich bringt“. Auf den Unterschied zwischen beiden Formulierungen wird später noch zurückzukommen sein.

2.2. Die Unterschiede zwischen § 35 GewO 1869 und 1974 (= die im Jahr 2016 noch geltende Fassung)

Vergleicht man die Gesetzesformulierungen aus dem Jahr 1869 und 1974 dann fällt folgendes auf:

2.2.1. Änderungen auf der Tatbestandsseite

Der Gesetzgeber hat sich auf der Tatbestandsseite vollständig von seinem kasuistischen Ansatz verabschiedet. Er spricht nun allgemein von „Gewerbe“ und nennt nicht mehr einzelne Arten davon. Damit entfällt auch die Formulierung jeweils eigener Untersagungsgründe für diese spezifisch benannten Gewerbe. Stattdessen wird ein einziger, auf alle Gewerbe anwendbarer Versagungsgrund, nämlich die „Unzuverlässigkeit“, normiert. Dieser Begriff ist jedoch kein „hartes Tatbestandsmerkmal“, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff.

Der Gesetzgeber hat damit einen großen - und vernünftigen - Schritt getan: Er hat anerkannt, dass er nicht allwissend ist und notgedrungen der Rechtspraxis und der Rechtsprechung, die mehr Einblicke in die konkreten Einzelfall haben, die Entscheidung im Einzelfall überlassen muss. Dazu hat er sich des mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffes bedient. Dies ist freilich nicht ohne Kritik geblieben (Marcks, RdNr. 2) erscheint aber in Anbetracht der nicht vorhersehbaren Vielgestaltigkeit des praktischen Lebens sachgerechter. Die Rolle der Verwaltungsbehörde (also des Organs, das den Bürger bei der Ausübung seines Gewerbes kontrolliert), und der Gerichte (also des Organes, das die betreffende Behörde bezüglich der Anwendung dieser Vorschrift kontrolliert), wird dadurch aber komplexer. Manche würden eventuell auch sagen: Die Entscheidung wird vom Gesetzgeber auf den Richter verlagert, womit die Entscheidung weniger demokratisch legitimiert ist, als bei einer kasuistischen Vorschrift, bei der die Tatbestandsseite relativ eindeutig ist.

2.2.2. Änderungen auf der Rechtsfolgenseite

Auf der Rechtsfolgenseite dagegen formuliert er nun eindeutig eine zwingende Vorschrift. Dies erscheint auch angebracht, da es schließlich um den Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten. Dies sind wichtige Schutzgüter, die sich dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, nicht gegen die betroffenen einzelne Interessen des Gewerbetreibenden abwägen lassen.

2.3. Der heutige § 35 GewO und seine Anwendung

§ 35 Gewerbeordnung und seine Anwendung in der Praxis eignen sich hervorragend, um grundlegende Dinge darüber, wie der Staat auf bedenkliche Ergebnisse von Kontrollen im Bereich der unternehmerischen Tätigkeit reagieren soll - und wohl auch muss - darzustellen. Die Materie eignet sich auch dazu, die Unterschiede zwischen *notwendiger* Reaktion und *Überreaktion* des Staates darzustellen.

2.3.1. Zeitpunkt der staatlichen Kontrolle unternehmerischer Tätigkeit

Bezüglich des Zeitpunktes, wann jemand, der eine unternehmerische Tätigkeit aufnehmen möchte, staatlich kontrolliert werden sollte, gibt es verschiedene Ansätze.

Autoritäre Systeme wie die früheren sozialistischen Systeme, neigen dazu, an Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit umfangreiche Anforderungen aufzustellen und diese bis ins einzelnen zu kontrollieren. Manche Relikte dieser Denkungsart finden sich noch heute in den Rechtssystemen der Transformationsstaaten. Zu nennen sind hier beispielsweise Regelungen, durch die für verschiedene unternehmerische Tätigkeiten im einzelnen der Raumbedarf, die Einrichtung der Geschäftsräume und teilweise auch die Anzahl der Beschäftigten vorgeschrieben wird, ohne dass dafür zwingenden Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr erforderlich werden. (Ein Beispiel dafür sind – zumindest nach Ansicht des Autors dieses Beitrages - Art. 2 und Art. 3 Abs.2. Pravilnika o uslovima za obavljanje sportskih aktivnosti i delatnosti, „Službeni glasnik RS“, broj 30 od 18. VI 1999.).

Das Common Law hat demgegenüber einen sehr liberalen Ansatz. Verkürzt dargestellt könnte man sagen, dass im wesentlichen der Markt das entscheidende Korrektiv ist. Wer im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeiten keine Qualität liefert, wird wirtschaftlich erfolglos bleiben und deshalb vom Markt verschwinden.

Andere Rechtssysteme, wie beispielsweise das deutsche, vertreten einen Ansatz zwischen diesen beiden. Grundsätzlich ist dort die unternehmerische Tätigkeit frei. Jedoch gibt es Vorschriften durch die zur Aufnahme bestimmter Tätigkeiten, auch solche, die nicht mit der Gefahr für Leib, Leben und Vermögen anderer verbunden sind, zusätzliche Voraussetzungen verlangt werden, die zumindest nach Meinung einiger übertrieben sind. Der Meisterzwang nach der deutschen Handwerksordnung ist ein solches Beispiel (Vgl. dazu Stüben sowie – sehr kritisch –, Stieben). In diesem Spannungsfeld wird § 35 Gewerbeordnung als notwendiges Korrelat zur Gewerbefreiheit gesehen (Marcks, RdNr. 15). In der Begründung zum Entwurf des vierten Änderungsgesetzes der Gewerbeordnung (zitiert nach Marcks, RdNr. 15) heißt es, dass die Einführung einer allgemeinen und bundeseinheitlichen Regelung für die Untersagung der Ausübung

*„dem Gedanken Rechnung tragen soll, dass, entsprechend der wirtschaftspolitischen Linie der Bundesregierung, der **Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freigestellt sein sollte**, dass aber andererseits der Staat zum Eingreifen befugt sein muss, wenn ein Gewerbetreibender dass ihm gewährte Recht der freien gewerblichen Betätigung missbraucht“* (Hervorhebung durch den Verfasser)

Im Ergebnis heißt dies, dass Gewerbetreibende grundsätzlich einen Vertrauensvorschuss genießen. Eine vorherige Kontrolle der Eignung sollte, außer natürlich in Betätigungsfeldern, in denen bei ungenügender Qualifikation große Gefahr für wichtige Rechtsgüter bestehen, nicht stattfinden. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 35 Gewerbeordnung also grundsätzlich entschieden für:

- einen Vertrauensvorschuss gegenüber den Gewerbetreibenden
- eine Ex-post, statt eine Ex-ante Kontrolle und
- den Verzicht auf kleinliche Regelungen zur Betriebs- und Personalausstattung, in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Gewerbetreibenden eingreifen.

2.3.2. Unbestimmter Rechtsbegriff statt Kasuistik und Regelbeispiele

Dadurch, dass ausschließlich der Begriff der Unzuverlässigkeit genannt wird, hat sich der deutsche Gesetzgeber nicht nur von seiner früheren „vorausschauenden“ Kasuistik verabschiedet, sondern auch darauf verzichtet, beispielhafte Regeltatbestände zu nennen (Dies war im Gesetzgebungsverfahren strittig, vergleiche dazu Marcks RdNr 23).

Er hat sich durch die Einführung eines unbestimmten Rechtsbegriffes auch dazu durchgerungen, die weitere Rechtsentwicklung und die Konkretisierung der

Anwendungsfälle der behördlichen Praxis und deren nachfolgende Kontrolle durch die Rechtsprechung anzuvertrauen. Damit hat er nach den Gewerbetreibenden auch den Behörden und der Rechtsprechung einen Vertrauensvorschuss gewährt. Diese ist umso größer, als im bundesdeutschen System - im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung - wohl zu Recht - die Möglichkeit einer späteren verodostojnotumacenje eines Gesetzes strikt abgelehnt wird. Mit anderen Worten: Der deutsche Gesetzgeber hat sich durch diese Regelungstechnik auf seine Rolle als derjenige, der den Rahmen vorgibt, beschränkt - und sich nicht die Stellung eines antizipierten Einzelfallentscheiders angemäßt.

2.4. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unzuverlässigkeit

2.4.1. Von der Rechtsprechung entwickelte Definition

Zentraler Begriff des § 35 Gewerbeordnung ist derjenige der Unzuverlässigkeit. Als unbestimmter Rechtsbegriff musste er erst von der Verwaltungspraxis und dann von der Rechtsprechung näher definiert werden. Dies ist mittlerweile erfolgt. Heute ist es gesicherte ständige Rechtsprechung, dass unzuverlässig ist, wer „nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß, d.h. entsprechend der gesetzlichen Vorschriften und unter Beachtung der guten Sitten ausüben wird“ (Brüning, S. 19 mit Hinweis auf verschiedenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes)

2.4.2. Prognoseentscheidung, nicht Unwertsurteil wegen Vergangenen

Daraus folgt ein weiterer, sehr wichtiger Gesichtspunkt: Da das voraussichtliche Verhalten in der Zukunft ausschlaggebend ist, ist die Feststellung der Unzuverlässigkeit eine Prognoseentscheidung. Der Umstand, dass sich jemand in der Vergangenheit als unzuverlässig erwiesen hat, alleine rechtfertigt deshalb nicht die Gewerbeuntersagung, die im übrigen immer ultimaratio ist (Markcs, RdN. 18) und im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehen muss, nicht.

Ein Beispiel hierfür: Auch die Verletzung steuerlicher Pflichten stellt eine Unzuverlässigkeit dauern. Ein Steuerpflichtiger, der in der Vergangenheit keine Steuererklärungen abgegeben hat, aber angesichts der drohenden Gewerbeuntersagung einen Steuerberater beauftragt, der sämtliche ausstehenden Steuererklärungen eingereicht hat, ist dann, wenn er auch die angefallenen Steuerschulden beglichen hat, ist nicht mehr unzuverlässig. Schließlich hat er durch sein Verhalten gezeigt, dass er bereit und in der Lage ist, zukünftig seine diesbezüglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Und nur hierauf kommt es bei der zu treffenden Prognoseentscheidung an. Dafür gibt es auch rechtssystematische Gründe: Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Gewerbeordnung ist ein Instrument

und der präventiven Verhinderung von Gefahren, keines der repressiven nachträgliche Sanktionierung von Fehlverhalten.

Wegen dies unterschiedlichen Anknüpfungspunktes es zu einer Untersagung eines Gewerbes nach § 35 Gewerbeordnung auch wieder ein Verschulden im Sinne eines moralischen oder ethnischen Vorwurfs noch einen Charaktermangel erforderlich. (Brüning aaO, unter Hinweise auf verschiedene Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts)

2.4.3. Keine allgemeines, sondern detailliert auf das jeweilige Gewerbe bezogene Prognoseentscheidung

Die Unzuverlässigkeit muss sich gerade auf das Gewerbe, das untersagt werden soll, beziehen. Es handelt sich also um eine gewerbebezogene Unzuverlässigkeit. Zur Illustration kann ein vielleicht etwas skurriler Fall aus der deutschen Gerichtspraxis dienen. Entschieden wird er vom Verwaltungsgericht Freiburg (VG Freiburg, Urteil vom 20.10.2009 3 K 838/08). Dabei war einem Gewerbetreibenden das *legale* Anbieten von *Pferdewetten* untersagt worden, da er auch *unerlaubt sonstige Sportwetten* angeboten hatte. Das Verwaltungsgericht kam zu der Auffassung, dass es diesem Fall an der gewerbebezogenen Unzuverlässigkeit fehlt, da es nicht davon überzeugt war, dass der Betreffende beim allein maßgeblichen Anbieten von Pferdewetten die Rechtsvorschriften nicht beachten würde. (Damit erklärte es das illegale Anbieten von Sportwetten nicht für rechtlich unerheblich. Es brachte lediglich zum Ausdruck, dass es nicht seine Aufgabe in diesem Verfahren war, dieses zu sanktionieren.)

Sicher kann man zu diesem Fall unterschiedlicher Meinung sein. Er zeigt jedoch deutlich, wie detailliert die deutsche Rechtsprechung bei der Beurteilung der Unzuverlässigkeit zwischen unbeachtlichem und gewerberelevantem Fehlverhalten unterscheidet. Weitere, vielleicht leichter nachvollziehbar der Fälle sind derjenige, dass die Unzuverlässigkeit für den Betrieb einer Buchhandlung oder eines Warenhauses nicht automatisch auch die Unzuverlässigkeit für den Betrieb eines Zeitungs- oder Zeitschriftenkiosks bedeutet. (Bundesverwaltungsgerichts, Beschluss vom 31.8. 1970, veröffentlicht in DÖV 19 70,825, vergleiche dazu auch Marcks 30) Schließlich stellt die Führung eines Zeitungskioskes geringere Anforderungen an den Gewerbetreibenden als diejenige eines Buchladens oder Warenhauses. Anders formuliert: Wer beim Betrieb eines Warenhauses den Überblick verliert, kann durchaus in der Lage sein, einen wesentlich kleineren Zeitschriftenkiosk zu führen. Wegen fehlender Gewerbebezogenheit wurde auch der Entzug der Gewerbeerlaubnis für einen Einzelhändler, der mit Getränken handelte, aufgrund von Verkehrsstraftaten vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Entscheidung vom 26.9.1973, Gewearchiv 19 74,135) für

unwirksam angesehen. Der hessische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 19. 2. 1982, NJW 19 82,2 1459) ging sogar soweit, dass er mehrere, mit dem Privat PKW begangene Trunkenheitsdelikte nicht als ausreichend für die Entziehung der Erlaubnis zum Straßenverkehrsgewerbe ansah. Seiner Meinung nach sei aufgrund dieses privaten Verhaltens nicht ohne weiteres zu befürchten, dass der Gewerbetreibende mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch in seinem Gewerbe Vorschriften verletzt (Marcks 31).

Sicher muss man nicht all diesen Entscheidungen zustimmen. Deutlich dürfte aber geworden sein, dass es sich bei der Entscheidung, ob Unzuverlässigkeit vorliegt oder nicht, um eine Rechts- und nicht um eine Ermessensentscheidung handelt. Sie ist also vom Gericht in vollem Umfang überprüfbar (Marcks 24). Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist final- und zweckorientiert und muss deshalb gewerbebezogen ausgelegt werden. § 35 ist eine wertneutrale Regelung und keine Strafvorschrift (Beschluss des hessischen Verwaltungsgerichtshof und 28019 80, Gewerbearchiv 1991)

2.4.4. Verhältnismäßigkeit und Verhalten Dritter

Einige der eben genannten Entscheidungen mögen überraschen. Sie zeigen dadurch jedoch, wie konsequent die deutsche Rechtsprechung das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Überprüfung von Fällen einer Gewerbeuntersagung durch Behörden prüft. Dieses Prinzip kommt auch zum Tragen, wenn die Zurechnung der Unzuverlässigkeit von dritten Personen zum Gewerbetreibenden zu überprüfen ist. Diese Frage stellt sich typischerweise, wenn der Stellvertreter eines Gewerbetreibenden sich unzuverlässig verhält. Grundsätzlich ist eine solche Unzuverlässigkeit dem Gewerbetreibenden zurechnen, ohne dass es darauf ankommt, ob er in eigener Person zuverlässig ist oder nicht (Ennuschat 88). Deshalb kann ein Gewerbebetreibender, dessen Stellvertreter unzuverlässig ist, einer Untersagungsverfügung nach § 35 nicht mit dem Hinweis auf seine eigene Zuverlässigkeit entkommen.

Jedoch kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Frage zum Tragen, welchen genauen Inhalt die Verfügung haben darf. In den beschriebenen Fällen wird nämlich meist eine Teiluntersagung, mit der dem Gewerbetreibenden verboten wird, die unzuverlässige Person als Stellvertreter zu bestellen, als milderes Mittel genügen.

Ähnliche Fragen stellen sich bei der Unzuverlässigkeit nur einzelner von mehreren Gesellschaftern, die gemeinsam ein Gewerbe betreiben. In diesen Fällen ist die Untersagungsverfügung nur an den Gesellschafter zu richten, der tatsächlich unzuverlässig ist, nicht jedoch gegen die anderen Gesellschafter. Für diese hat

die Untersagung jedoch die Wirkung, dass sie den unzuverlässigen Mitgesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen müssen. (Ennuschat, RdNr. 299)

3. Fazit

In der vorliegenden Arbeit konnte § 35 nur in einigen Segmenten beleuchtet werden. Unabhängig davon sollten einige Grundsätze, die in Deutschland im Zusammenhang mit der Kontrolle der Gewerbeausübung bzw. insbesondere mit der, einer solchen Kontrolle nachfolgenden Prüfungen der Frage einer Gewerbeuntersagung angewandt werden, deutlich geworden sein: Diesbezüglich kann von soll folgendes hervorgehoben werden:

- Der deutsche Gesetzgeber hat seine Herangehensweise an diese Frage mehrfach geändert.
- Je demokratischer und rechtsstaatlicher das Land wurde, desto weniger versuchte der Gesetzgeber die sich in der Praxis möglicherweise stellenden Fragen vorab durch kasuistische Regelungen zu entscheiden.
- Durch seine Entscheidung für einen unbestimmten Rechtsbegriff verlagerte der Gesetzgeber (nach Auffassung des Verfassers: richtigerweise) die Kompetenz zur Entscheidung von Einzelfällen auf die Gerichte, anstatt sich dem Irrglauben des Gesetzgebers des norddeutschen Bundes von 1869 hinzugeben, er selbst können schon alle in der Praxis möglichen Fälle voraussehen.
- Eine Gewerbeuntersagung ist nur möglich, wenn sehr strenge Anforderungen erfüllt sind. Diese leiten sich im Wesentlichen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ab.
- Dies führt zu einer Reihe von Einschränkungen für Behörden, die über eine Gewerbeuntersagung zu entscheiden haben.
 - » Zum einen ist die Entscheidung über eine Gewerbeuntersagung keine Ermessensentscheidung, sondern eine Rechtsfrage, die dementsprechend voll umfänglich von den zuständigen Gerichten überprüft werden können.
 - » Zum anderen ist die Frage der Unzulässigkeit wertneutrale auf die Zukunft bezogen zu entscheiden. Die Vorschrift des § 35 der deutschen Gewerbeordnung ist präventiv und darf deshalb nicht als repressive Sanktionsnorm für früheres Verhaltens missbraucht werden.

Literature

Briefs, U. (2002). *Deutsche Rückständigkeit. Alles verboten – Die deutsche Handwerksordnung gehört abgeschafft*, in: Stefan Bollmann (Hrsg.): *Patient Deutschland. Eine Therapie*. München.

Stüben, I. (2006). *Das Deutsche Handwerk – Der große Befähigungsnachweis (Meisterbrief) als Kriterium des Marktzutritts*, Hamburg.

Kirchhof, P. (2007). „Mittel Staatlichen Handelns, in Isensee / Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen.*., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage.

Zeitschriftenbeiträge

Lübbe-Wolff. (2014). Gertrude *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court*. In: *Human Rights Law Journal*. S. 12–17.

Wienbracke, M. (2016). *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. In: *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*. 2013, S. 148–155 im Internet unter http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2013_2_681.pdf (zuletzt abgerufen am 7.10.2016)

Kommentare

Brüning, Ch. (2016). in Johann Christian Pielow (Hrsg.) *Gewerbeordnung*, München.

Ennuschat, J. (2011). in Ennuschat, Jörg/Wank, Rolf, *Gewerbeordnung (GewO). Kommentarmit Arbeitsschutz-, Arbeitszeit- und Ladenschlussrecht*, 8. Auflage, München.

Marcks, P. (2016). in Landmann / Rohmer (Hrsg.) *Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften: GewO, Band I: Gewerbeordnung – Kommentar*, München.

Gesetze

Gewerbeordnung 1869 vom 21. Juni 1869 (zitiert nach https://www.jurion.de/Gesetze/GewO_1869)

Gewerbeordnung zuletzt geändert 30.6.2016

Dr. Stefan Pürner,

Attorney-at-law,

Head of Section at the German Foundation for International Legal Cooperation

(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ),

Bonn, Germany

CONTROL: WHY, WHEN AND HOW? SOME GENERAL PRINCIPLES OF STATE CONTROL PRESENTED ON THE EXAMPLE OF DISQUALIFICATION FROM PERFORMING COMMERCIAL ACTIVITIES PURSUANT TO § 35 OF THE GERMAN TRADE, COMMERCE AND INDUSTRY REGULATION ACT

Summary

This paper deals with issues relating to state control and state reaction to breaches of the rules discovered, using the example of Section 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act (§ 35 Gewerbeordnung, GewO). This provision is the central norm in German law, on the basis of which entrepreneurial activities can be prohibited.

In the introduction, the author provides an overview of different forms of control and discusses the role of the courts in general, but also in the context of reviewing the control measures taken by the state. The author agrees that jurisprudence (case law) is not a source of law in the countries of the European-Continental legal system. However, this should not lead to the wrong conclusion that the courts are neither qualified nor obliged to develop the law.

After the introductory remarks, the author discusses the provisions contained in § 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act (Gewerbeordnung). This example is of particular interest as it demonstrates various general principles of state control over private activities. While the provision originally contained a casuistic enumeration of individual cases, it nowadays uses a blanket clause. Accordingly, the concept of Unzuverlässigkeit (“unreliability”, which is not defined in more detail) is the definitional element for a disqualification from the practice of commercial activities. Hence, the courts’ task in dealing with the respective cases has significantly changed, as the control process involves consideration of both public and private interests, as well as striking a fair balance between the opposing public and private interests. The author points out that this is also justified as the legislator can hardly foresee all cases to which the provision might appear in practice.

In particular, the author points out that the German legislator, unlike the legislators in some transformation states, has opted for having as few restrictions as possible at the beginning of a commercial activity. In the second part, specific issues relating to a disqualification pursuant to Section 35 of the German Trade, Commerce and

Industry Regulation Act are presented based on various court decisions. This is to show how the German courts interpret the indefinite legal term of “unreliability”. It is highlighted that the determination of unreliability is a predictive decision rather than a sanctioning of conduct in the past. Moreover, it is pointed out that unreliability always has to be determined in relation to the respective trade.

Key words: *German law, disqualification from the practice of commercial activities, development of law by courts, control during the foundation and management of an enterprise.*