




Vorgehen bei Unzuverlässigkeit gesetzlicher Vertreter juristischer Personen

von
Dipl.-Verw. Frank Schuster
Sachbearbeiter Gewerberecht - Kreisausschuss des Lahn-Dill-Kreises, Wetzlar
frank.schuster@lahn-dill-kreis.de
Tel. 06441/407-2430


Folie 1 LDK
08.10.2014



Rechtsgrundlagen I

„Die Ausübung eines Gewerbes **ist** von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die **Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden oder einer **mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe** dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.“
(§ 35 Abs. 1 Satz 1 GewO)


Folie 2 LDK
08.10.2014



Rechtsgrundlagen II

„Die Untersagung kann auch auf die **Tätigkeit als Vertretungsberechtigter** eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeiten oder Gewerbe unzuverlässig ist.“ (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GewO)

Folie 3 LDK
08.10.2014



Rechtsgrundlagen III

§ 35 Abs. 1 - Satz 1
Untersagung gegen **Gewerbetreibende** wenn

- a. Gewerbetreibende selbst oder
- b. mit der Leitung beauftragte Personen unzuverlässig sind.

§ 35 Abs. 1 Satz 2
Den unzuverlässigen **Gewerbetreibenden** kann auch untersagt werden, als

- a. Vertretungsberechtigte von Gewerbetreibenden oder
- b. als Betriebsleiter tätig zu werden.

Folie 4 LDK
08.10.2014

Rechtsgrundlagen IV

Ergo: Unzuverlässigen Betriebsleitern und Vertretungsberechtigten konnte das Gewerbe nicht untersagt werden, weil sie keine Gewerbetreibende sind.

Einführung des Abs. 7a im Jahr 1986

„Die Untersagung kann auch gegen Vertretungsberechtigte oder mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragte Personen ausgesprochen werden. Das Untersagungsverfahren gegen diese Personen kann unabhängig von dem Verlauf des Untersagungsverfahrens gegen den Gewerbetreibenden fortgesetzt werden.“

Grundsätzliches zur Gewerbeuntersagung I

Die Gewerbeuntersagung stellt ein Korrelat zur Gewerbefreiheit dar. Der Staat soll zum Eingreifen befugt sein, wenn ein Gewerbetreibender das ihm gewährte Recht der freien gewerblichen Betätigung missbraucht, sich also als unzuverlässig erweist.

Der Begriff der **Unzuverlässigkeit** zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Gewerberecht und die gewerblichen Nebengesetze, wie z.B. das Gaststättenrecht. Nach Maßgabe dieser Vorschriften wären spezialgesetzliche Erlaubnisse bei Unzuverlässigkeit zu versagen, zurückzunehmen oder zu widerrufen.

Grundsätzliches zur Gewerbeuntersagung II

Charakter der Gewerbeuntersagung

Die Gewerbeuntersagung ist keine strafende Maßnahme, sondern dient der Beseitigung einer Störung, die der Gewerbetreibende zu verantworten hat. (vergl. Scheidler in GewArch 2005 S. 445 ff)

Insofern stellt die Gewerbeuntersagung auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz **ne bis in idem** dar.

Grundsätzliches zur Gewerbeuntersagung III

Praxis-Tipps

Kritik: Die Frage, ob Unzuverlässigkeit vorliegt, wird sehr oft noch vor Abschluss einer umfassenden Prüfung gestellt.

Lösung: Erlangt die Behörde Kenntnis von Sachverhalten, die für sich alleine genommen oder zusammen mit anderen geeignet sein könnten, die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden darzutun, führt sie eine umfassende Zuverlässigkeitsprüfung vAw durch.

Grundsätzliches zur Gewerbeuntersagung IV

Förmliche Anträge einer Behörde, z.B. des Finanzamtes oder eines Gläubigers sind dazu nicht erforderlich. Angehört werden sollten:

- Das Finanzamt,
- die Sozialversicherungsträger,
- das (zentrale) Vollstreckungsgericht,
- das Insolvenzgericht oder alternativ unter www.insolvenzbekanntmachungen.de,
- die Polizei und ...
- soweit der Betrieb besonderen beruflichen Anforderungen unterliegt auch diese Behörde (z.B. Veterinäramt), die betroffene Kammer (IHK oder HWK).

Grundsätzliches zur Gewerbeuntersagung V

Erst nach abgeschlossener Zuverlässigkeitsprüfung ergibt sich ein **Gesamtbild**. Dieses Gesamtbild ist Grundlage für die die anzustellende wertende Prognose und damit die gewerberechtliche Entscheidung.

Anforderungen an die Entscheidung:

- Bezug der Tatsachen zum ausgeübten Gewerbe erforderlich.
- Es gibt allerdings auch gewerbeübergreifende Unzuverlässigkeitstatsachen (z.B. Steuerschulden)

Grundsätzliches zur Gewerbeuntersagung VI

- Es ist eine wertende Prognoseentscheidung zu treffen, die vollumfänglich verwaltungsgerichtlicher Überprüfung unterliegt.
- Die Prognose muss sich auf beweisbare Tatsachen stützen.
- Feste Gewissheit späterer Pflichtverletzung nicht erforderlich.
- Je gewichtiger die bedrohten Schutzgüter desto niedriger ist das erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaß.
- Der Verwaltungsakt Gewerbeuntersagung muss natürlich auch verwaltungsrechtlichen Grundsätzen genügen also verhältnismäßig und damit notwendig, geeignet und erforderlich sein.

Grundsätzliches zur Gewerbeuntersagung VII

- Die GU setzt eine Rechtsgütergefährdung voraus – dazu gehört auch das Vermögen der öffentlichen Hand. Oder anders:
Die Untersagung muss zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich sein.
(vergl. Scheidler im GewArch 2005, S. 445)

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor? I

Das ist im Gesetz nicht geregelt. Es existiert allerdings umfangreiche und auch höchstrichterliche Rechtsprechung, in der die gesetzlichen Vorgaben konkretisiert wurden. Die jur. Software LEXsoft von Wolters Kluwer weist zum § 35 GewO **432 Urteile** von Verwaltungsgerichten aller Instanzen aus. In Stichworten nachfolgend einige Unzuverlässigkeitsgründe:

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor? II

- Straftaten und (mehrfache) Ordnungswidrigkeiten.
Achtung: Gewebebezug beachten!
 - Verurteilung nicht erforderlich, denn es wird die Tat und nicht die Verurteilung an sich berücksichtigt.
- Mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
- Steuerschulden und andere rückständige öffentlich-rechtliche Abgaben
- Verletzung steuerrechtlicher Erklärungspflichten
- Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften
- Strohmannverhältnisse / Einfluss unzuverlässiger Dritter

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor? III

Beachte:

Die Gewerbeuntersagung stellt die ultima ratio dar. Zuvor muss Bußgeldern und Vollstreckungsmaßnahmen „Gelegenheit gegeben werden“ zu wirken und den Betroffenen zur Besserung anzuhalten.

Praxis-Tipp:

Die zuständige Behörde sollte bei gewerberechtl. Verstößen regelmäßig Owi.-Verf. durchführen, da die (gehäuften) Verstöße andernfalls nicht oder nur eingeschränkt zu Lasten des Betroffenen im GU.-Verf. gewertet werden können.

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor? IV

„Es ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seit langem geklärt, dass derjenige Gewerbetreibende unzuverlässig ist, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt. Die Annahme der Unzuverlässigkeit kann aus einer lang andauernden wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit abzuleiten sein, die infolge des Fehlens von Geldmitteln eine ordnungsgemäße Betriebsführung im allgemeinen und die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten im besonderen verhindert, ohne dass Anzeichen für eine Besserung erkennbar sind. ...“

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor? V

Steuerrückstände sind nur dann geeignet, einen Gewerbetreibenden als unzuverlässig erscheinen zu lassen, wenn sie sowohl ihrer absoluten Höhe nach als auch im Verhältnis zur Gesamtbelastung des Gewerbetreibenden von Gewicht sind; auch die Zeitdauer, während derer der Gewerbetreibende seinen steuerlichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, ist von Bedeutung. Steuerrückstände, die zur Annahme der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit führen können, sind solche nicht gezahlten Steuern, die der Steuerschuldner von Rechts wegen bereits hätte zahlen müssen. ...

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor? VI

Die Steuern bedürfen, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, der Festsetzung durch Steuerbescheid. Dies gilt auch für ... Fälle, in denen die Besteuerungsgrundlagen ... nicht exakt ermittelt, sondern geschätzt werden. ... Gewerbeaufsichtsbehörden und die Verwaltungsgerichte sind nicht verpflichtet, die Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzungen zu prüfen und in diesem Zusammenhang ggf. weitere Ermittlungen vorzunehmen.

(BVerwG, Beschl. v. 12. März 1997, Az.: 1 B 72.97)

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor? VII

Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit erfordert kein Verschulden des Gewerbetreibenden. Es ist überhaupt belanglos, welche Ursachen zu der Überschuldung und der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit des Klägers geführt haben. Im Interesse eines ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehrs muss von einem Gewerbetreibenden erwartet werden, dass er bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursachen seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Gewerbebetrieb aufgibt. ...

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor? VIII

Diese - durch die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung begründete - Erwartung ist der eigentliche Grund, den wirtschaftlich leistungsunfähigen Gewerbetreibenden als unzuverlässig zu bewerten. Dieser Grund entfällt nur dann, wenn der Gewerbetreibende zahlungswillig ist und trotz seiner Schulden nach einem sinnvollen und erfolgversprechenden Sanierungskonzept arbeitet.“

(BVerwG Urt. v. 2. Februar 1982, 1 C 146.80)

GU-Verf. Vertretungsberechtigte jur. Personen

Mag der Vollzug des § 35 und der im Großen und Ganzen korrespondierenden Bestimmungen in den Nebengesetzen bei einem Einzelunternehmer noch klar sein, so ergeben sich zusätzliche Schwierigkeiten, wenn

- Personengesellschaften (KG, OHG, GbR),
 - Kapitalgesellschaften (UG, GmbH) oder
 - Personen, die zur Vertretung von Kapitalgesellschaften berufen sind,
- das Merkmal der Unzuverlässigkeit erfüllen.

Exkurs Personengesellschaften I

- Personengesellschaften können nicht selbst ein Gewerbe anmelden und ausüben.
- Das hat durch die persönlich haftenden Gesellschafter zu erfolgen.
- Gegen die pHG sind dann auch die Maßnahmen zu richten.

Bei der KG wäre das Gewerbeuntersagungsverfahren also ggf. den Komplementär zu richten (und ausnahmsweise gegen den Kommanditisten, soweit der Geschäftsführungsbefugnis besitzt.)

Exkurs Personengesellschaften II

Handelt es sich um eine Personengesellschaft mit mehreren pHG, sind die Maßnahmen nur gegen die unzuverlässigen zu richten. Von daher muss geklärt werden, ob der unzuverlässige pHG ausgeschieden ist. Andernfalls müssen Maßnahmen gg. alle pHG geprüft werden.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen I

- Juristische Personen (jP) sind selbst Gewerbetreibende und nicht etwa die GF der GmbH, der Vorstand der AG oder der director der Ltd.
- Hier kann die GU gegen die jP als auch gegen die vertretungsberechtigte Person (Abs. 7a) gerichtet werden oder aber nur gegen eine der beiden Personen.
- Grundsätzlich ist der jP das Fehlverhalten der sie vertretenden nat. Personen zuzurechnen. (Bundestags-Drucksache 3/318, S. 18)

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen II

Umstritten ist es bis heute, ob jur. Personen selbst unzuverlässig sein können. Daran bestehen Zweifel weil erstgenannte nur durch nat. Personen ...

- Handlungen und Taten und
- Unterlassungen und Duldungen begehen können. (Marcks in Landmann/Rohmer GewO § 35 Rn. 65)

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen III

Die Einleitung des Gewerbeuntersagungsverfahrens gegen Vertretungsberechtigte/Betriebsleiter ist akzessorisch zur Einleitung gg. die Gewerbetreibenden.

(Marcks in Landmann/Rohmer GewO § 35 Rn. 191) Rechtsauffassung umstritten, durch Wortwahl des Gesetzes aber wohl gedeckt. Daher:

Praxis-Tipp

Gleichzeitige Einleitung beider Verfahren.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen IV

Beispiel A: Die insolvente GmbH

Über das Vermögen einer GmbH mit horrenden Steuerschulden ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden.

Folge: § 12 GewO entfaltet seine Schutzwirkung. Alleine auf die wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit darf die Untersagung also nicht mehr nicht gestützt werden.

Aber: § 12 entfaltet keine Schutzwirkung gegenüber dem GF

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen V

These: Gegen den GF könnte dementsprechend eine GU ausgesprochen werden.

Praxis-Tipps:

1. In solchen Fällen kann das Insolvenzgutachten eine wichtige Erkenntnisquelle sein.
2. In einem GU-Verf. Ggf. die Fa. dürfen lediglich Steuerschulden berücksichtigt werden, die nicht zur Insolvenztabelle angemeldet worden sind und nach der Eröffnung des Verfahrens aufgelaufen sind bzw. die auf Bemessungsgrundlagen fußen, die erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens angefallen sind.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen VI

Überlegungen dazu:

Hat der GF die Gesellschafter über die steuerliche und wirtschaftliche Schieflage informiert und die Einstellung des Geschäftsbetriebes oder zumindest eine grundlegende Umstrukturierung empfohlen und wurden diese verweigert, könnte man ihn noch für zuverlässig halten. Andernfalls aber nicht.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen VII

Aber:

Der im § 12 GewO zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers könnte missachtet werden, wenn die Firma selbst geschützt ist aber dem Gesellschafter-GF die Gewerbeausübung untersagt wird. Diese Missachtung läge insbesondere dann vor, wenn der GF gleichzeitig einziger Gesellschafter der Fa. wäre. Dann liefe die Untersagung ggü. dem GF nämlich de facto auch auf die Untersagung auch für die Fa. hinaus.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen VIII

Beispiel B: Der chaotische GF

Eine Kapitalgesellschaft gibt über Jahre hinweg regelmäßig Steuererklärungen verspätet ab. Immer wieder werden Säumniszuschläge festgesetzt und Vollstreckungsmaßnahmen vom FA durchgeführt. Ähnliches spielt sich im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen ab. Am Ende gehen die ausstehenden Beträge aber immer ein.

These: Hier könnte die isolierte GU gg. den GF sinnvoll sein. Alleine durch die Abberufung des (überforderten GF) bestehen gute Aussichten rechtmäßige Zustände herzustellen.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen IX

Beispiel C: Der Strohmann-GF

Recherchen ergeben, dass der GF A. einer GmbH nur vorgeschoben ist. Bis hin zum Tagesgeschäft trifft der alleinige Gesellschafter B. die Entscheidungen. Der aber ist amtsbekannt unzuverlässig.

These:

GF A. ist unzuverlässig, weil er den Einfluss eines unzuverlässigen Dritten – des Alleingesellschafters B. – nicht ausschließen will oder dazu nicht in der Lage ist.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen X

Da aufgrund der Herrschaftsverhältnisse – der B. dominiert die Firma – mildere Mittel als eine Untersagung keinen Erfolg versprechen, wäre auch der Fa. die Gewerbeausübung zu untersagen.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn ein totaler Bruch mit den bisherigen Herrschaftsverhältnissen glaubhaft nachgewiesen wäre.

Auch eine Untersagung gegen den B. wäre möglich und u.U. angezeigt.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen XI

Grund: Es ist sicherlich nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen nur Personen in die Gültigkeitsrahmen des § 35 GewO einzubeziehen, die lediglich pro forma zur Vertretung berufen sind, sondern auch die, die eine jur. Person tatsächlich vertreten.

Auch hier gilt: Der Nachweis ist nicht allein mit den üblichen Behördenanhörungen zu klären. Hier müssen Lieferanten, Verpächter, ggf. Arbeitnehmer, Kunden usw. befragt werden.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen XII

Beispiel D: Der Rechtsformenwechsel

Der sich in ungeordneten Vermögensverhältnissen befindliche Gewerbetreibende C. gründet als Gesellschafter-GF eine UG und führt das gleiche Gewerbe jetzt als jur. Person fort.

Überlegungen:

Lt. Landmann-Rohmer (Rn. 65 zu § 35 GewO) rechtfertigt die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Vertretungsberechtigten keinesfalls die GU ggü. der jur. Person, die sich in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen befindet.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen XIII

Fraglich ist hier aber, welche Fallkonstellation dieser Literaturmeinung zu Grund gelegen hat. Zweifellos sind die privaten Verhältnisse unbeachtlich, wenn eine privatinsolvente Person zum GF einer „fremden“ jur. Person berufen wird, wenn er diese Fa. nicht beherrscht und keine Gesellschaftsanteile hält und bisher keine Beziehungen zur Firma und den Gesellschaftern bestanden haben.

Der Ausgangsfall liegt aber völlig anders, denn hier wird ein bereits faktisch in unzuverlässigem Rahmen betriebenes Gewerbe lediglich in anderer Rechtsform ansonsten aber unverändert fortgeführt.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen XIV

These:

Das Gewerbe ist zu untersagen, wenn ein Gewerbetreibender (und eine zu Vertretung berufene Person) nicht die Gewähr für einen künftig ordnungsgemäßen Gewerbebetrieb bieten. Diese Voraussetzungen erfüllen Fa. und GF in vorliegendem Fall nicht. Deswegen kommt die Untersagung sehr wohl in Betracht. Hierbei sind gründliche verwaltungsrechtliche Ermittlungen notwendig, denn es müsste nachgewiesen, dass das Geschäft unverändert fortgeführt wird.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen XV

Wenn die wirtschaftliche Schieflage z.B. durch den Ausfall eines großen Gläubigers verursacht wurde und ergibt sich weiterhin, dass weitere – diesmal aber auskömmliche – Aufträge abgearbeitet werden, müsste es möglich sein, von der GU abzusehen.

► Zahlungsvereinbarung mit dem Finanzamt

Ergibt sich jedoch, dass das Geschäftsmodell stetig keine die Kosten deckenden Umsätze generiert, wäre die Untersagung gg. die Fa. als auch gg. den GF auszusprechen.

Gewerbeuntersagung bei jur. Personen XV

Beispiel E: Der AG-Vorstand schmiert den Betriebsrat

- Strafbewehrter Verstoß ggf. d. BetrVG
- Verletztes Rechtsgut: Betriebliche Mitbestimmung
- Untersagung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO ggf. die AG in Form einer Teiluntersagung dergestalt, dass der auffällige Vorstand zu entlassen ist.
- Nach § 35 Abs. 7a auch eine Untersagung ggü. dem betr. Vorstand möglich, um zu verhindern, dass er bei einer anderen jP erneut Vorstand o. Geschäftsführer wird.
- Volluntersagung gg. AG unverhältnismäßig ► Arbeitsplätze

Schluss

Ende
und Danke
für Ihre/Eure Aufmerksamkeit