Oberverwaltungsgericht NRW, 4 A 1115/10

Datum:	08.12.2011
Gericht:	Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper:	4. Senat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 A 1115/10
ECLI:	ECLI:DE:OVGNRW:2011:1208.4A1115.10.00

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird geändert.

Die Beklagte wird unter Aufhebung ihres Bescheides vom 21. Januar 2009 verpflichtet, dem Kläger die unter dem 17. Oktober 2008 be¬an¬tragte Erlaubnis zur Vermittlung von Versiche¬run¬gen nach § 34 d Abs. 1 GewO zu erteilen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens beider Instanzen.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreck¬bar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicher¬heit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand: 1

Der Kläger begehrt die (Wieder-) Erteilung einer Erlaubnis als Versicherungsvermittler nach § 34 d Abs. 1 Satz 1 GewO. 2

3

Der Kläger war seit 1997 als Versicherungsvermittler tätig. Vom 1. Oktober 1997 bis zum 30. November 2006 war er bei der Stadt S. mit dem Gewerbe "Vermittlung von Versicherungen und Bausparverträgen" angemeldet. Zum 7. Januar 2008 meldete er dieses Gewerbe erneut an. Vom 1. Januar 2008 bis zum 13. Oktober 2008 war er durch die I. - N. -Versicherungs-AG als gebundener Vermittler angemeldet. Zum 21. Juli 2008 begann er eine Tätigkeit als Versicherungsvertreter für die A. -Versicherung. Am 13. Dezember 2008 meldete er sein Gewerbe ab.

Am 16. April 2007 stellte der Kläger einen Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Bevor über den Antrag entschieden wurde, gab er am 24. April 2007 aufgrund von Forderungen in Höhe von 537,87 Euro und 492,48 Euro die eidesstattliche Versicherung ab (AG S. , 9 M 613 und 614/07) und wurde daraufhin in das Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichts S. eingetragen. 4

Mit Beschluss vom 4. Mai 2007 eröffnete das Amtsgericht S. das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers. Mit Beschluss vom 6. Mai 2007 kündigte es dem Kläger die Restschuldbefreiung an. Der Beginn der sechs-jährigen Wohlverhaltensphase wurde auf den 4. Mai 2007 festgesetzt. Mit Beschluss vom 5. Juni 2007 hob das Amtsgericht S. das Insolvenzverfahren mangels Masse ohne Schlussverteilung nach § 200 InsO auf. 5

Unter dem 17. Oktober 2008 stellte der Kläger bei der Beklagten einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 34 d Abs. 1 GewO. 6

Den Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 21. Januar 2009 ab. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger lebe in ungeordneten Vermögensverhältnissen im Sinne des § 34 d Abs. 2 Nr. 2 GewO, weil über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden und er zudem in das Schuldnerverzeichnis nach § 915 ZPO eingetragen sei. Eine analoge Anwendung von § 12 GewO komme nicht in Betracht, da der Kläger sein Gewerbe zum Zeitpunkt des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ausgeübt habe. 7

Gegen den Bescheid vom 21. Januar 2009 hat der Kläger am 19. Februar 2009 Klage auf Erteilung der begehrten Erlaubnis erhoben. Bereits die Ankündigung der Restschuldbefreiung nach der Wohlverhaltensphase führe zu geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen im Sinne von § 34 d Abs. 2 GewO. Gerade zum Zweck des erfolgreichen Abschlusses dieser Phase müsse ihm gestattet werden, sein Gewerbe wieder auszuüben. Mit gesteigerten Gefahren für die Kunden sei dies nicht verbunden. 8

Der Kläger hat beantragt, 9

> den Bescheid der Beklagten vom 21. Januar 2009 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, ihm die Erlaubnis zur Ausübung der Versicherungsvermittlung gem. § 34 d Abs. 1 GewO zu erteilen. 10

Die Beklagte hat beantragt, 11

> die Klage abzuweisen. 12

Geordnete Vermögensverhältnisse lägen weiterhin nicht vor. Die Restschuldbefreiung sei nicht erteilt, sondern lediglich angekündigt worden. Zudem sei der Antrag des Klägers auch wegen persönlicher Unzuverlässigkeit abzulehnen, da er ohne die erforderliche Erlaubnis mindestens sechs Monate als Versicherungsvertreter tätig gewesen sei. 13

14

Mit dem angefochtenen Urteil vom 14. April 2010, dem Kläger zugestellt am 28. April 2010, hat das Verwaltungsgericht Münster die Klage abgewiesen. Trotz des Beschlusses des Insolvenzgerichts vom 6. Mai 2007 lebe der Kläger weiterhin in ungeordneten Vermögensverhältnissen im Sinne des § 34 d Abs. 2 Nr. 2 GewO. Die angekündigte Restschuldbefreiung stelle nicht mehr als eine Möglichkeit für den Kläger dar, nach Ablauf von sechs Jahren bei Einhaltung aller seiner Obliegenheiten schuldenfrei gestellt zu werden. Wenn er das erforderliche Wohlverhalten nicht nachweise, könne ihm die Restschuldbefreiung jedoch auch versagt werden. Daher könne erst nach Erteilung der Restschuldbefreiung wieder von geordneten Vermögensverhältnissen gesprochen werden. Anderes ergebe sich auch nicht aus den vom Kläger zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, wonach einem Rechtsanwalt schon in der Wohlverhaltensphase die Ausübung seines Berufs wieder zu gestatten sei. Die Erwägungen seien wegen der unterschiedlichen Ausgangslage nicht auf den Fall eines Gewerbetreibenden nach der Gewerbeordnung übertragbar. Auch die Wertung des § 12 GewO komme dem Kläger nicht zugute, weil er zum Zeitpunkt des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens das von ihm beabsichtigte Gewerbe nicht ausgeübt habe. Angesichts dessen könne dahinstehen, ob der Kläger auch persönlich unzuverlässig sei, falls er ohne die erforderliche Erlaubnis einige Monate als Versicherungsvermittler tätig gewesen sei.

Am 21. Mai 2010 hat der Kläger für das Berufungsverfahren Prozesskostenhilfe beantragt und diesem Antrag einen als solchen überschriebenen, nicht unterzeichneten Entwurf einer Berufungsbegründungsschrift beigefügt. 15

Am 28. Mai 2010 hat der Kläger die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts eingelegt. 16

Mit Beschluss vom 30. Juni 2010 hat der Senat dem Kläger antragsgemäß Prozesskostenhilfe bewilligt. 17

Am 1. Juli 2010 hat der Kläger einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist gestellt und zugleich die Berufung begründet. Die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist sei unverschuldet, da eine mittellose Partei bis zur Bewilligung der Prozesskostenhilfe warten dürfe, ehe sie die kostenauslösende Begründungsschrift einreiche. Ferner habe der damalige Berichterstatter des Senats auf Nachfrage in einem am 28. Juni 2011 geführten Telefonat versichert, eines Antrages auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bedürfe es nicht, weil ein Antrag auf Wiedereinsetzung nach erfolgter Bewilligung der Prozesskostenhilfe ausreiche, um die Frist zur Berufungsbegründung zu wahren. 18

In der Sache habe das Verwaltungsgericht übersehen, dass § 34 d Abs. 2 GewO lediglich einen Regelversagungsgrund normiere und der Beklagten Ermessen einräume, das sie hier nicht ausgeübt habe. Ungeordnete Vermögensverhältnisse lägen nur in der Regel vor, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gewerbetreibenden eröffnet worden sei. Er, der Kläger könne sich jedoch auf eine Ausnahme von dieser Regel berufen, da durch die gerichtliche Ankündigung der Restschuldbefreiung schon jetzt keine ungeordneten Vermögensverhältnisse mehr bestünden. Dass hierfür bereits die Wohlverhaltensphase ausreiche, zeigten die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Wiederzulassung eines Rechtsanwalts. Dies sei nicht mit gesteigerten Gefahren verbunden, weil auch er, der Kläger, selbst daran interessiert sei, nicht die Restschuldbefreiung zu riskieren, und somit seine Obliegenheiten nicht verletzen werde. Schließlich sei er auch nicht persönlich unzuverlässig. Die angeblich ungenehmigte Tätigkeit stelle allenfalls eine Ordnungswidrigkeit dar, die von § 34 d Abs. 2 Nr. 1 GewO nicht erfasst werde. Unabhängig davon sei er nicht ohne Erlaubnis 19

als Versicherungsvermittler tätig geworden. Er sei nach der Gewerbeabmeldung am 13. Oktober 2008 erst für die Firma A. tätig geworden, nachdem eine Mitarbeiterin der Beklagten telefonisch bestätigt habe, dass es ausreiche, wenn er den Antrag bis zum 31. Dezember 2008 stelle. Schließlich greife zu seinen Gunsten die Übergangsregelung des § 156 Abs. 1 GewO ein.

Der Kläger beantragt, 20

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Münster vom 14. April 2010 den Bescheid der Beklagten vom 21. Januar 2009 aufzuheben und sie zu verpflichten, ihm die Erlaubnis zur Ausübung der Versicherungsvermittlung gemäß § 34 d Abs. 1 GewO zu erteilen. 21

Die Beklagte beantragt, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Die Berufung sei unzulässig, da die Berufungsbegründungsschrift erst am 1. Juli 2010 und damit verfristet eingegangen sei. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand könne den dem Kläger nicht gewährt werden. Der Kläger habe bereits mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe eine vollständige Berufungsbegründungsschrift eingereicht. Deshalb sei die Mittellosigkeit für die Fristversäumung offenbar nicht kausal geworden. Das Einreichen der Berufungsbegründung, wenn auch als Entwurf gekennzeichnet, zusammen mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe lasse darauf schließen, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers auch ohne die Bewilligung von Prozesskostenhilfe bereit gewesen sei, die Berufung zu begründen. 24

Die Berufung wäre auch unbegründet. Eine Ausnahme von der Regelvermutung der ungeordneten Vermögensverhältnisse durch Eröffnung eines Insolvenzverfahrens liege nicht allein deshalb vor, weil der Kläger sich in der Wohlverhaltensphase befinde. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum anwaltlichen Berufsrecht sei hier schon deshalb nicht einschlägig, weil die Betroffenen jener Verfahren – anders als der Kläger – nicht in ein Schuldnerregister eingetragen gewesen seien. Der Kläger sei zudem persönlich unzuverlässig. Er habe vom 21. Juli 2008 bis Februar 2009 das Gewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis ausgeübt. Die Übergangsregelung des § 156 GewO greife nicht zu seinen Gunsten ein, weil er nicht am 1. Januar 2007 tätig gewesen sei und es somit keinen "Übergang" gegeben habe. Dass dies nur eine Ordnungswidrigkeit und keine Straftat begründe, sei unerheblich. Der Gesetzgeber habe in § 34 d Abs. 2 Nr. 1 GewO lediglich Mindestanforderungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1, erster Unterabsatz, S. 2 der Richtlinie 2002/92/EG erfüllt. Dem Wortlaut der Norm sei nicht zu entnehmen, dass die Unzuverlässigkeit nur angenommen werden könne, wenn ein vermögensrechtlicher Straftatbestand verwirklicht sei. 25

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen. 26

Entscheidungsgründe: 27

Der Senat kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil die Beteiligten auf ihre Durchführung verzichtet haben, § 101 Abs. 2 VwGO. 28

Die Berufung hat Erfolg. 29

Die Klage ist zulässig und begründet. 30

Dem Kläger ist auf seinen Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, da die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist unverschuldet war. Der Kläger war ohne Verschulden während der noch offenen Frist gehindert, die Prozesshandlung vorzunehmen. Ein solcher Hinderungsgrund ist nicht nur ein Ereignis, das die Fristwahrung schlechthin unmöglich macht, sondern auch alles, was die dafür erforderlichen Maßnahmen seitens des Betroffenen unzumutbar erscheinen lässt. Ein Hinderungsgrund kann auch der Umstand sein, dass über einen – wie hier - rechtzeitig gestellten Antrag auf Prozesskostenhilfe noch nicht entschieden worden ist. Denn dem mittellosen Kläger ist grundsätzlich einzuräumen, dass er die Entscheidung des Gerichts bezüglich der Bewilligung von Prozesskostenhilfe abwartet, um dann - noch vor Einreichung der Berufungsbegründungsschrift – das Kostenrisiko abzuwägen. Insoweit ist es auch nicht erforderlich, dass die Prozesskostenhilfe so früh beantragt wird, dass mit einer Entscheidung vor Ablauf der Frist gerechnet werden kann. 31

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. März 2010 – 1 BvR 290 und 291/10 -, NJW 2010, 2567; Kopp/ Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 60 Rn. 15 m.w.N. 32

In diesem Sinne trifft den mittellosen Kläger kein Verschuldensvorwurf. Dies ergibt sich bereits aus der nach Fristablauf erfolgten Bewilligung von Prozesskostenhilfe. Dem steht auch nicht entgegen, dass er mit seinem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe – aber noch vor Einlegung der Berufung - den Entwurf einer Berufungsbegründungsschrift vorgelegt hat. Dies schließt die erforderliche Kausalität der Mittellosigkeit des Klägers für die Fristversäumung nicht aus. Allein aus dem beigefügten Entwurf kann nämlich nicht auf die Bereitschaft des Prozessbevollmächtigten geschlossen werden, das Rechtsmittel auch ohne Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu begründen. 33

Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 11. März 2010 – 1 BvR 290 und 291/10 -, NJW 2010, 2567; a. A. offenbar BGH, Beschluss vom 6. Mai 2008 – 6 ZB 16/07 -. 34

Denn der nicht unterzeichnete Entwurf diente ersichtlich dazu, die für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erforderlichen hinreichenden Erfolgsaussichten des Berufungsverfahrens darzulegen. Um die faktische Begründung einer Berufung konnte es hingegen schon deshalb nicht gehen, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht eingelegt worden war. Zudem hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers in dem Telefongespräch mit dem damaligen Berichterstatter des Senats deutlich gemacht, dass aus seiner Sicht die Berufung nur begründet werden sollte, falls die beantragte Prozesskostenhilfe auch bewilligt würde. 35

Unabhängig davon kann dem Kläger angesichts der in diesem Gespräch gegebenen Auskunft, ein zum damaligen Zeitpunkt möglicher Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist sei nicht erforderlich, nicht angelastet werden, einen solchen Antrag nicht gestellt und damit zur Fristversäumung ebenfalls beigetragen zu haben. Einem entsprechenden Antrag wäre voraussichtlich auch stattgegeben worden. 36

Die Berufung ist begründet. 37

Der ablehnende Bescheid der Beklagten vom 19. Januar 2009 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Erlaubnis nach § 34 d Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 GewO. Versagensgründe nach § 34 d Abs. 2 GewO liegen nicht vor. 38

39

1. Der Kläger ist zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht unzuverlässig im Sinne von § 34 d Abs. 2 Nr. 1 GewO. Danach ist die Erlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt; die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt in der Regel nicht, wer in den letzten 5 Jahren wegen eines Verbrechens oder wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betruges, Untreue, Urkundenfälschung, Hehlerei, Wuchers oder einer Insolvenzstraftat rechtskräftig verurteilt worden ist.

Dazu OVG I. , Urteil vom 18. Dezember 1984 - Bf 6 40/84 -, GewArch 1985, 266 40

Dies ist beim Kläger nicht der Fall. Der vorliegende BZRG-Auszug weist keine Einträge auf. Auch aus der möglicherweise ohne Erlaubnis betriebenen Vermittlungstätigkeit im Zeitraum von Juli 2008 bis Februar 2009 ergibt sich kein Versagungsgrund nach § 34 d Abs. 2 Nr. 1 GewO. Der Kläger hat keines der dort genannten Regelbeispiele erfüllt. Vergleichbare Umstände, die befürchten ließen, dass er sein Gewerbe nicht ordnungsgemäß ausüben wird, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Die möglicherweise ungenehmigte gewerbliche Tätigkeit des Klägers kann seine persönliche Unzuverlässigkeit nicht begründen, unabhängig von der damit nicht zu entscheidenden Frage, ob er tatsächlich unerlaubt tätig geworden ist. Denn ein solcher Sachverhalt stellte ggf. lediglich eine Ordnungswidrigkeit nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 lit. j GewO dar. Eine Ordnungswidrigkeit ist jedoch in ihrem Unrechtsgehalt nicht mit den in § 34 d Abs. 2 Nr. 1 GewO normierten Regelbeispielen vergleichbar, die durchweg Straftaten voraussetzen. Sie entspricht damit nicht nach Ausmaß und Gewicht den normierten Regelbeispielen. Dies zeigt nicht zuletzt ein Vergleich mit § 35 Absatz 1 Satz 1 GewO, bei dem ebenfalls das gleich lautende Tatbestandsmerkmal der Unzuverlässigkeit regelmäßig nicht durch eine einmalige Ordnungswidrigkeit erfüllt ist. Unabhängig davon muss nach § 34 d Abs. 2 Nr. 1 GewO eine Straftat nicht nur 41

vgl. nur Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn. 43 m. w. N. 42

vorliegen, sondern auch ein rechtskräftiges Urteil ergangen sein. Dass hier eine unterstellte Ordnungswidrigkeit geahndet worden wäre, ist weder geltend gemacht noch ersichtlich. 43

2. Der Kläger ist auch nicht deshalb gewerberechtlich unzuverlässig, weil er im Sinne von § 34 d Abs. 2 Nr. 2 GewO in ungeordneten Vermögensverhältnissen lebt. Dies ist in der Regel der Fall, wenn über das Vermögen des Antragstellers das Insolvenzverfahren eröffnet worden oder er in das vom Insolvenzgericht oder vom Vollstreckungsgericht zu führende Verzeichnis (§ 26 Abs. 2 InsO, § 915 ZPO) eingetragen ist. 44

Soweit sich die Beklagte auf die Eintragung des Klägers in das Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichts S. aufgrund zweier am 24. April 2007 abgegebener eidesstattlicher Versicherungen beruft, kann dies die Ablehnung zum maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nicht rechtfertigen. Denn diese Eintragung ist gemäß § 915 a Abs. 1 ZPO zwischenzeitlich erloschen. 45

Die Ablehnung der beantragten Erlaubnis lässt sich auch nicht mit dem vom Kläger durchlaufenen Insolvenzverfahren begründen. 46

a) Es spricht bereits vieles für die Auffassung des Klägers, dass in der vorliegenden Fallkonstellation die in § 34 d Abs. 2 Nr. 2 GewO genannten Regelbeispiele keine Anwendung finden. Denn das eröffnete Insolvenzverfahren gegen ihn würde zwischenzeitlich aufgehoben bzw. eingestellt. 47

48

b) Dies kann hier jedoch offen bleiben, da eine Regelvermutung oder eine vergleichbare Vermutung wegen der Ankündigung der Restschuldbefreiung nicht (mehr) greift. Im Regelfall ist damit nämlich – d.h. schon mit der Ankündigung der später erfolgenden Restschuldbefreiung - ein Zustand geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse erreicht.

BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 - AnwZ (D) 40/04 -, NJW 2005, 1271, Beschluss vom 7. März 2005 - AnwZ (B) 7/04 -, NJW 2004, 1944; BFH, Beschluss vom 23. März 2007 – 7 B 290/06 -, juris; vgl. auch FG Rh.-Pf., Urteil vom 16. Dezember 2008 - 2 K 2084/08 -, juris; offengelassen von OVG NRW, Beschluss vom 2. Juni 2004 - 4 A 223/04 -, NVwZ-RR 2004, 746 f., Beschluss vom 16. Dezember 2009 - 4 E 1183/09 -; unklar, allerdings für den tatsächlich ("notarähnlich") und rechtlich ("nicht in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen befindet" statt "ungeordnete wirtschaftliche Verhältnisse vorliegen") anderes gelagerten Fall des Wirtschaftsprüfers, BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 6 C 15.04 -, NJW 2005, 3795, 3797: "Denn die Restschuldbefreiung ist während des laufenden Insolvenzverfahrens nur eine abstrakte Möglichkeit der Schuldenbefreiung, die sich erst durch Beendigung des Insolvenzverfahrens und Ankündigung der Restschuldbefreiung durch entsprechenden Beschluss des Insolvenzgerichts nach § 291 Abs. 1 InsO zu einer konkreten Aussicht verdichtet. Führt ein Insolvenzverfahren allerdings zu einer Restschuldbefreiung, kann ein Zustand geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse wieder erreicht sein". 49

Allerdings steht allein die Durchführung eines Insolvenzverfahrens mit der späteren Möglichkeit einer Restschuldbefreiung noch nicht der Annahme ungeordneter Vermögensverhältnisse entgegen. Denn die Restschuldbefreiung ist während des laufenden Insolvenzverfahrens nur eine abstrakte Möglichkeit der Schuldenbefreiung. Im Einzelfall ist durchaus fraglich, ob es nach dessen Abschluss zu einer Restschuldbefreiung – oder ihrer Ankündigung - kommen wird. 50

BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 6 C 15.04 , NJW 2005, 3795, 3797; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 - AnwZ (D) 40/04 -, NJW 2005, 1271, Beschluss vom 7. März 2005 AnwZ (B) 7/04 -, NJW 2004, 1944; OVG NRW, Beschluss vom 2. Juni 2004 - 4 A 223/04 - NVwZ-RR 2004, 746. 51

Dies ändert sich jedoch dann, wenn dem Schuldner mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens – wie hier – die Restschuldbefreiung gemäß § 291 InsO angekündigt wird. Damit verdichtet sich die abstrakte Möglichkeit der Schuldbefreiung zu einer konkreten Aussicht. 52

BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 6 C 15.04 , NJW 2005, 3790, 3797; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 - AnwZ (D) 40/04 -, NJW 2005, 1271; Beschluss vom 7. März 2005 AnwZ (B) 7/04 -, NJW 204, 1944 53

Zwar bestehen die Schulden, deretwegen das Insolvenzverfahren eröffnet und durchgeführt worden ist, solange fort, bis das Insolvenzgericht am Ende der Wohlverhaltensphase - Laufzeit der Abtretung nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO - die Restschuldbefreiung bewilligt hat (§ 300 Abs. 1 InsO). Indes hat sich die Restschuldbefreiung, die während des Insolvenzverfahrens lediglich eine abstrakte Möglichkeit darstellte, nach dessen Beendigung und nach der Ankündigung der Restschuldbefreiung durch den Beschluss des Insolvenzgerichts zu einer konkreten Aussicht verdichtet. Der Schuldner darf nunmehr davon ausgehen, dass er am Ende der Wohlverhaltensphase die Restschuldbefreiung erlangen wird, falls er den Obliegenheiten nach § 295 InsO nachkommt und die Voraussetzungen einer Versagung nach § 297 oder § 298 InsO nicht vorliegen. 54

55

BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 - AnwZ (B) 40/04 -, NJW 2005, 1271.

Zugleich ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass nicht mehr von ungeordneten Vermögensverhältnissen gesprochen werden kann, wenn die Gläubiger einem vom Schuldner vorgelegten Schuldenbereinigungsplan zugestimmt oder deren Zustimmung vom Insolvenzgericht ersetzt worden ist. Gleiches gilt für den Fall, dass sich der Betroffene in Vergleichs- und Ratenzahlungsvereinbarungen mit seinen Gläubigern zur ratenweise Tilgung seiner Verbindlichkeiten verpflichtet hat, diesen Ratenzahlungen nachkommt und währenddessen keine Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihn eingeleitet werden (können). 56

BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 - AnwZ (B) 40/04 -, NJW 2005, 1271 f. 57

Liegen mithin verbindliche Vereinbarungen vor, die eine Rückführung der Schulden ohne Vollstreckungsmaßnahmen erwarten lassen, kann je nach Höhe und Dauer der Verpflichtungen und ihrer Relation zu den Einnahmen die Wiedererlangung geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse anzunehmen sein. 58

BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 59

- 6 C 16.04 -, NJW 2005, 3795, 3797. 60

Während der Wohlverhaltensphase sind die Vermögensverhältnisse des Schuldners in vergleichbarer Weise geordnet. Der Beschluss über die Ankündigung der Restschuldbefreiung (§ 291 InsO) ist als Ordnungsfaktor nicht geringer zu schätzen als ein Schuldenbereinigungsplan oder eine außergerichtliche Tilgungsvereinbarung. 61

BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 - AnwZ (B) 40/04 -, NJW 2005, 1272 f. 62

Insbesondere steht es in diesen Fällen nicht im Belieben eines einzelnen Gläubigers, jederzeit seine weiterhin bestehenden Forderungen durchzusetzen. Ein Druckmittel, das die bestehende wirtschaftliche Zwangslage vergrößern könnte, existiert insoweit nicht. Denn nach § 294 Abs. 1 InsO haben während der laufenden Wohlverhaltensphase einzelne Gläubiger nicht die Möglichkeit, zu Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu greifen. Insoweit wirkt der Einzelvollstreckungsschutz aus dem Insolvenzverfahren fort. 63

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 6 C 64

16.04 -, NJW 2005, 3795, 3797; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 - AnwZ (B) 40/04 -, 65
NJW 2005, 1271 f.

Der Annahme geordneter Vermögensverhältnisse lässt sich auch nicht entgegen halten, hierzu gehöre grundsätzlich, dass die Gläubiger aufgrund des Sanierungskonzeptes jedenfalls in absehbarer Zeit befriedigt werden. 66

BGH, Beschluss vom 13. März 2000 – AnwZ (B) 28/99 -, NJW-RR 2000, 1228. 67

Dies ist im Verfahren der Restschuldbefreiung typischerweise - und so auch hier - zwar nicht der Fall. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass ein Schuldner, der ein Insolvenzverfahren und anschließend mit Erfolg ein Restschuldbefreiungsverfahren durchlaufen hat, keine Verbindlichkeiten mehr hat, auch ohne dass die Gläubiger befriedigt worden wären. Dies genügt zur (Wieder-)Herstellung geordneter Vermögensverhältnisse. Anderenfalls könnte der Schuldner gerade wegen der stattgefundenen Restschuldbefreiung nie mehr in finanziell geordneten Verhältnissen leben. 68

Vgl. BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 69

AnwZ (B) 40/04 -, NJW 2005, 1272 f. 70

Damit trifft sich die Frage, ob auf Grund einer angekündigten Restschuldbefreiung geordnete Vermögensverhältnisse bestehen, mit derjenigen, ob im Sinne des nach allgemeinen Regeln ausreichenden gewerberechtlichen Sanierungskonzeptes Anzeichen für eine Besserung bestehen. Dies ist regelmäßig bereits mit der Ankündigung wegen der o.g. konkreten Möglichkeit der Restschuldbefreiung der Fall. Hier kommt hinzu – ohne dass es darauf aber noch entscheidend ankäme –, dass seit Ankündigung der Restschuldbefreiung bereits mehr als 4 Jahre vergangen sind und sich die konkrete Möglichkeit der Schuldenbefreiung sogar unmittelbar abzeichnet. Sollte das Verfahren seinen "normalen" Fortgang nehmen, wird der Kläger von seinen Verbindlichkeiten in einem überschaubaren Zeitraum von etwa eineinhalb Jahren befreit sein. 71

Zudem wäre es mit dem das neue Insolvenzrecht maßgeblich prägenden Gedanken, dass dem Schuldner mit dem Durchlaufen eines Insolvenzverfahrens eine Perspektive auf eine dauerhaft gesicherte wirtschaftliche Existenz gegeben werden soll, schlecht vereinbar, ihm eine solche Existenz ausgerechnet während der Wohlverhaltensphase vorzuenthalten. Diese dient einmal dazu, die Insolvenzgläubiger soweit zu befriedigen, als es dem Schuldner möglich und zumutbar ist, und zum anderen dazu, den Schuldner im Wirtschaftsleben wieder Fuß fassen zu lassen. Beiden Interessen entspricht es, wenn der Schuldner in seinem "erlernten" Beruf vollwertig tätig werden darf und somit die Erwerbsmöglichkeiten, die dieser Beruf bietet, in vollem Umfang ausschöpfen kann. 72

Vgl. BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004 73

AnwZ (B) 40/04 -, NJW 2005, 1272 f. 74

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Erfordernis geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse sich letztlich als subjektive Berufszulassungsschranke auswirkt. Wegen der Intensität dieses Eingriffs in die Berufsfreiheit sind hieran grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Bei Auslegung des Begriffes darf nicht über das hinaus gegangen werden, was zur Sicherung des Wohls der Allgemeinheit erforderlich ist. 75

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 76

- 6 C 16.04 -, NJW 2005, 3795, 3797. 77

Der von § 34 d Abs. 2 Nr. 2 GewO bezweckte Schutz des Wirtschaftsverkehrs erfordert jedoch gerade in der Wohlverhaltensphase kein Verbot der gewerblichen Tätigkeit. Die Interessen des Geschäftsverkehrs werden jedenfalls nicht stärker beeinträchtigt als dies ohnehin der Fall sein könnte. Führt der Schuldner den pfändbaren Teil der von ihm verdienten Provisionen nicht an den Treuhänder ab, werden dadurch nicht die Interessen der Kunden, sondern allenfalls die der Insolvenzgläubiger berührt. Diese sind jedoch hinreichend dadurch geschützt, dass der Schuldner durch die Nichtabführung die Versagung der Restschuldbefreiung riskiert. Die Gefahr, dass der auf seine unpfändbaren Einkünfte angewiesene Versicherungsvertreter die Interessen seiner Kunden zu Gunsten seiner eigenen Gewinnmaximierung aus den Augen verlieren könnte, ist während der Wohlverhaltensphase jedenfalls nicht höher als im allgemeinen Wirtschaftsverkehr. Ein solches Interesse - etwa um seinen eigenen Lebensstandard zu heben oder neu entstandene Verbindlichkeiten zu tilgen - dürfte im Gegenteil eher geringer sein als bei anderen 78

Versicherungsvermittlern, da er diesen Mehrerwerb gerade nicht zu eigenen Zwecken einsetzen darf und bei einem Verstoß das Wiederaufleben der typischerweise hohen Altschulden als Sanktion droht. Jedenfalls ist eine objektive Gefahrerhöhung nicht zu erkennen.

Vgl. dazu auch BGH Beschluss vom 7. Dezember 2004 AnwZ (B) 40/04 -, NJW 2005, 1272 f.

Hinzu kommt, dass der Schuldner in der laufenden Wohlverhaltensphase weiterhin unter einer - wenn auch eingeschränkten - Kontrolle des gerichtlich bestellten Treuhänders und des Insolvenzgerichts steht (§§ 292 – insbesondere Abs. 2, 3 -, 295 InsO). Zudem wäre mit der Erteilung der Erlaubnis auch nicht ein dauerhafter, unwiderruflicher Verzicht auf gewerbeaufsichtsrechtliche Maßnahmen für die Dauer der Wohlverhaltensphase verbunden. Denn in dieser Phase kann das Insolvenzgericht jederzeit einschreiten, wenn der Schuldner seine Verpflichtungen nicht erfüllt (§§ 296-298, 299 InsO). In einem solchen Fall hätte sich die konkrete Aussicht auf Schuldenfreiheit nicht realisiert. Die Gläubiger könnten unmittelbar zu Einzelvollstreckungsmaßnahmen wegen der noch nicht erloschenen Altverbindlichkeiten greifen. Der Beklagten bliebe es dann unbenommen, die zwischenzeitlich erteilte Erlaubnis mit Blick auf die (wieder) eingetretenen ungeordneten Vermögensverhältnisse zu widerrufen. 80

3. Aus der Tatsache, dass die Wohlverhaltensphase in § 12 GewO nicht erwähnt wird ergibt sich schon deshalb nichts anderes, weil diese Vorschrift nur im Gewerbeuntersagungs- und Erlaubnisentziehungsverfahren gilt. Eine analoge Anwendung der Norm auf das Erteilungsverfahren scheitert daran, dass weder eine planwidrige Regelungslücke noch eine vergleichbare Interessenkonstellation vorliegt, die Voraussetzung für einen Lückenschluss im Wege einer Analogie wären. Der Wortlaut von § 12 GewO wurde vom Gesetzgeber bewusst nur auf den Bereich des Untersagungs- oder Aufhebungsverfahrens zugeschnitten. 81

Vgl. BT-Drs. 12/3803 S. 104. 82

Wollte man diese Norm auch auf denjenigen anwenden, der erst noch eine Erlaubnis begehrt, sich also im Erteilungsverfahren befindet, könnte man kaum von diesem fordern, dass er das Gewerbe schon zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens betreibt. Denn eine solche Tätigkeit ohne die entsprechende Erlaubnis ist ihm verboten. Würde man § 12 GewO sodann ohne das Erfordernis dieser Voraussetzung des betriebenen Gewerbes anwenden, entfernte man sich weit vom Willen des Gesetzgebers. Wo kein Gewerbe ausgeübt wird, d.h. es kein Unternehmen gibt, kann § 12 GewO nicht eingreifen. 83

Da § 12 GewO dem Ziel dient, vor allem im Interesse der (Befriedigung der) Insolvenzgläubiger eine Unternehmensfortführung zu ermöglichen, 84

vgl. nur Krumm, GewArch 2010, 465, 466 f. m.w.N., 85

ist auch die geregelte Interessenlage eine andere als in der vorliegenden Konstellation. Die Wohlverhaltensphase dient nicht vorrangig dem Interesse der Insolvenzgläubiger, sondern zumindest in gleicher Weise dem des Insolvenzschuldners. Sie soll ihm – unter Wahrung der Interessen der Insolvenzgläubiger und des übrigen Rechtsverkehrs - einen neuen Start ermöglichen. 86

Der Antrag auf Erteilung der Erlaubnis ist daher nach Maßgabe der jeweils einschlägigen Erteilungsnorm zu prüfen. Diese Vorschriften sind auf die Situation der Neuerteilung der Erlaubnis zugeschnitten und enthalten mit dem Tatbestandsmerkmal der ungeordneten Vermögensverhältnisse, die eigenständig zu prüfen sind, die erforderlichen Voraussetzungen 87

bereits selbst.

Vgl. Schulze-Werner, in: Friauf, Gewerbeordnung, Kommentar, 2003, § 34 d Rn. 32; Hahn, GewArch 2000, 361, 362. 88

Unabhängig davon ergibt sich aus der Rechtsprechung des Senats, dass auch Untersagungsverfügungen während der Wohlverhaltensphase nicht auf die Verbindlichkeiten gestützt werden können, die Gegenstand des vorausgegangenen Insolvenzverfahrens waren. 89

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. Mai 2011 - 4 B 1707/10 -, GewArch 2011, 314. 90

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 91

Die Revision wird zugelassen, weil die Rechtssache im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO grundsätzliche Bedeutung hat. 92

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE