

Ausnahmen im Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

des Fachbereichs Rechtswissenschaften

der Universität Osnabrück

vorgelegt von

Andreas Bierich

aus

Northeim

Osnabrück, 2009

Berichterstatter:

Prof. Dr. Joachim Erdmann

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 2009

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich mich bei allen bedanken, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt haben.

Für die Betreuung der Arbeit bedanke ich mich bei Prof. Dr. Joachim Erdmann, der mir jederzeit als Ansprechpartner mit wertvollen Hinweisen zur Verfügung stand. Herrn Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling möchte ich für die Zweitberichterstattung danken.

Für die Durchsicht der Arbeit bedanke ich mich bei Frau Rechtsanwältin Cornelia Höltkemeier. Herrn Dirk Müller danke ich für die Computerbetreuung. Mein Dank gilt auch der Kreishandwerkerschaft Braunschweig und ihren Mitarbeitern, die mein Vorhaben positiv begleitet haben.

Meiner Frau Ulrike und meinen Söhnen Moritz Nikolaus und Oskar Jon danke ich für das Verständnis und die Geduld, die sie meiner Arbeit entgegengebracht haben.

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern Heinz und Lieselotte Bierich, die mir durch die Finanzierung und Unterstützung meines Studiums diese Promotion erst ermöglicht haben.

Inhaltsverzeichnis

Ausnahmen im Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung

Einleitung	1
1. Kapitel: Der „Große Befähigungsnachweis“ und Ausnahmeregelungen davon in der jüngeren Geschichte des Handwerksrechts	3
1. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung in der nationalsozialistischen Zeit	3
2. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung nach 1945 in den Besatzungszonen und Berlin	6
I. Die Britische Zone	6
II. Die Französische Zone	7
III. Die Amerikanische Zone	8
IV. Die Sowjetische Zone	9
V. Die Rechtsentwicklung in Berlin	9
3. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung in der DDR	10
4. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik	11
I. Die Entstehung der Handwerksordnung	11
II. Die „Handwerkerentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts	14
III. Die Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 1965	14
IV. Die Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 1994	15
V. Die Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 1998	16
VI. Die Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 2003/2004	16
VII. Die Änderung der Handwerksordnung durch das Berufsbildungsreformgesetz	19
VIII. Die Änderungen durch das Zweite Mittelstands-Entlastungsgesetz	20
2. Kapitel: Die Eintragungsvoraussetzungen in die Handwerksrolle	21
1. Abschnitt: Allgemeines	21
I. Die Definition des zulassungspflichtigen Handwerksbetriebes	21
1. Betrieb eines Gewerbes der Anlage A	22
2. Das handwerksmäßige Betreiben	26

3. Die Anlage A	26
II. Die Handwerksrolle	26
1. Definition der Handwerksrolle	27
2. Rechtscharakter der Handwerksrolle, Zuständigkeit	27
3. Die Rechtsnatur der Eintragung in die Handwerksrolle	28
4. Die konstitutive Wirkung der Eintragung	28
5. Zeitliche und räumliche Wirkung der Eintragung	29
2. Abschnitt: Die einzelnen Voraussetzungen für die Eintragung	30
I. Die Eintragungsvoraussetzungen des § 7 HwO	30
1. Die Eintragung einer natürlichen oder juristischen Person mit einem Betriebsleiter gemäß § 7 Abs. 1 HwO	32
2. Die Ablegung der Meisterprüfung als Eintragungsvoraussetzung gemäß § 7 Abs. 1 a HwO	34
3. Andere Prüfungen gemäß § 7 Abs. 2 HwO als Eintragungsgrund	35
3.1. Deutsche Abschlüsse	35
3.2. Ausländische Abschlüsse	38
4. Eintragung von Angehörigen der EU- und EWR-Vertragsstaaten gemäß § 7 Abs. 2 a HwO	38
5. Die Ausnahmegewilligung als Eintragungsgrund gemäß § 7 Abs. 3 HwO	39
6. Die Eintragung mit einer Ausübungsberechtigung in die Handwerksrolle gemäß § 7 Abs. 7 HwO	39
7. Die Eintragung von Vertriebenen und Spätaussiedlern gemäß § 7 Abs. 9 HwO	39
II. Die Eintragung aufgrund anderer Rechtsnormen	40
1. Die Eintragung gemäß § 119 HwO	40
2. Die Eintragung gemäß § 71 BVFG	41
3. Kapitel: Die Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO	42
1. Abschnitt: Der Gegenstand der Ausnahmegewilligung	42
2. Abschnitt: Das Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung	43
I. Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes	43
II. Rechtscharakter der Ausnahmegewilligung	43

III. Die für die Erteilung zuständige Verwaltungsbehörde	44
1. Die sachliche Zuständigkeit	44
1.1. Die Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO	44
1.2. Die Zuständigkeit anderer Behörden gemäß § 8 Abs. 3 Satz 4 und 5 HwO	45
1.3. Die Zuständigkeit anderer Behörden gemäß § 124 b Satz 1 1. Alt. HwO	46
1.4. Die Zuständigkeit der Handwerkskammern gemäß § 124 b Satz 1 2. Alt. HwO	48
2. Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde	49
2.1. Zuständigkeit nach Beruf	49
2.2. Zuständigkeit nach gewöhnlichem Aufenthalt	50
IV. Der Antrag auf Erteilung der Ausnahmegewilligung	50
1. Das Antragserfordernis	50
2. Die Antragsberechtigung	51
3. Die Form des Antrages	52
4. Wiederholte Antragstellung	53
V. Umfang der amtswegigen Prüfung	53
1. Das Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen	54
2. Eintragung in die Handwerksrolle aufgrund anderer Rechtsvorschriften	54
3. Handwerksmäßigkeit der angestrebten Tätigkeit	55
3.1. Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994	55
3.2. Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994	55
4. Eintragungsfähigkeit des Betriebes des Antragstellers	56
5. Der Untersuchungsgrundsatz	57
5.1. Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994	57
5.2. Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994	58
VI. Die Anhörung Dritter nach § 8 Abs. 3 HwO	58
1. Die Anhörung der Handwerkskammer gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO	59
1.1. örtliche Zuständigkeit	60
1.2. Anhörung als zwingende Verfahrensvorschrift	60
1.3. Form, Zeitpunkt und Inhalt der Anhörung	60
1.4. Bindungswirkung und Rechtscharakter der Stellungnahme der Handwerkskammer für die Verwaltungsbehörde	61
2. Die Verfahrensbeteiligung der Innung oder Berufsvereinigung	62
2.1. Die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Verfahrensbeteiligung	62
2.1.1. Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994	62
2.1.2. Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994	63
2.3. Die Verfahrensbeteiligung der Innung	64
2.3.1. Die fachlich zuständige Innung	65

2.3.2. Die örtlich zuständige Innung	65
2.3.3. Bindungswirkung und Rechtsnatur der Stellungnahme	65
2.4. Die Verfahrensbeteiligung der Berufsvereinigung	66
2.4.1. Definition der Berufsvereinigung	66
2.4.1.1. Die Kreishandwerkerschaft	67
2.4.1.2. Die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen	68
2.4.1.3. Die Industrie- und Handelskammer und die Landwirtschaftskammer	68
2.4.1.4. Die Ingenieurkammer und die Architektenkammer	69
2.4.2. Die fachlich zuständige Berufsvereinigung	69
2.4.3. Die örtlich zuständige Berufsvereinigung	69
2.4.4. Bindungswirkung und Rechtscharakter der Stellungnahme	70
VII. Das Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers	70
1. Beabsichtigte Ausübung einer nicht eintragungspflichtigen Tätigkeit	71
1.1. Die Ansicht der Rechtsprechung	71
1.2. Die Ansicht der Literatur	71
1.3. Diskussion	72
2. Nichterforderlichkeit der Ausnahmbewilligung für die Eintragung in die Handwerksrolle	72
3. Selbstständige Ausübung des Handwerks in Nebentätigkeit und nicht für längere Zeit	73
4. Unselbstständige Ausübung eines Handwerks	74
4.1. Die Ansicht der Rechtsprechung	74
4.2. Die Ansicht der Literatur	75
4.3. Diskussion	76
5. Beabsichtigte Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, die die Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle verlangt	77
6. Wiederholte Antragstellung und Wiederaufgreifen des Verfahrens	78
6.1. Wiederholte Antragstellung	78
6.2. Wiederaufgreifen des Verfahren	79
3. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen zur Erteilung der Ausnahmbewilligung	80
I. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmbewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO	80
1. Das Erfordernis des kumulativen Vorliegens beider Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO	80
2. Die Prüfungsreihenfolge der Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmbewilligung	82

2.1. Die Meinung der Rechtsprechung	82
2.2. Die Meinung der Literatur	84
2.3. Diskussion	86
3. Das Vorliegen eines Ausnahmefalls	86
3.1. Der Charakter des § 8 HwO als Ausnahmeregelung	87
3.1.1. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961	87
3.1.2. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	88
3.1.3. Die Meinung der Literatur	90
3.1.4. Diskussion	91
3.2. Der Begriff der unzumutbaren Belastung	92
3.2.1. Die Belastungen	92
3.2.1.1. Die formelle Art der Meisterprüfung als Belastung	92
3.2.1.2. Die Zulassungsvoraussetzungen für die Meisterprüfung als Belastung	93
3.2.1.3. Der Zeit- und Geldaufwand für die Meisterprüfung als Belastung	94
3.2.1.3.1. Der zeitliche Aufwand als Belastung	94
3.2.1.3.2. Die finanziellen Aufwendungen als Belastung	95
3.2.1.4. Zeit- und Geldaufwand für Meisterkurse als Belastung	96
3.2.2. Die Unzumutbarkeit der Belastung	98
3.2.2.1. Die Definition der Unzumutbarkeit	98
3.2.2.2. Die personenbezogene Betrachtung	99
3.2.2.3. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Zumutbarkeit	100
3.2.2.3.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994	100
3.2.2.3.1.1. Die Meinung der Rechtsprechung	100
3.2.2.3.1.2. Die Meinung der Literatur	103
3.2.2.4.2. Der Zeitpunkt der Unzumutbarkeit nach der HwO-Novelle 1994	103
3.2.2.4.2.1. Die Meinung der Rechtsprechung	104
3.2.2.4.2.2. Die Meinung der Literatur	107
3.2.2.4.2.3. Diskussion	108
3.3. Die einzelnen Ausnahmegründe	110
3.3.1. Das Lebensalter als Ausnahmegrund	111
3.3.1.1. Die Grundaussage des Bundesverfassungsgerichts	111
3.3.1.2. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994	112
3.3.1.2.1. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	112
3.3.1.2.2. Die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte	112
3.3.1.2.3. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	114
3.3.1.2.4. Die Meinung der Literatur	116
3.3.1.3. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994	117

3.3.1.3.1. Die Meinung der Rechtsprechung	117
3.3.1.3.1.1. Das Lebensalter als Ausnahmegrund	117
3.3.1.3.1.2. Die Altersgrenze	119
3.3.1.3.2. Die Meinung der Literatur	119
3.3.1.3.2.1. Das Lebensalter als Ausnahmegrund	119
3.3.1.3.2.2. Die Altersgrenze	121
3.3.1.3.2.2.1. Die Altersgrenze im Regelfall	121
3.3.1.3.2.2.2. Die Altersgrenze bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen	122
3.3.1.4. Diskussion	124
3.3.2. Anderer beruflicher Werdegang als Ausnahmegrund	125
3.3.2.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994	126
3.3.2.2. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994	127
3.3.3. Die langjährige selbstständige und unselbstständige Tätigkeit als Ausnahmegrund	128
3.3.4. Gesundheitliche Gründe als Ausnahmegrund	130
3.3.4.1. Die gesundheitlichen Gründe und die unzumutbare Belastung	130
3.3.4.2. Der Zeitpunkt der Unzumutbarkeit in Krankheitsfällen	132
3.3.4.3. Einzelfälle	133
3.3.4.3.1. Prüfungsangst	133
3.3.4.3.2. Schwerbehinderung	134
3.3.4.3.3. Erkrankung von Familienangehörigen	134
3.3.5. Wirtschaftliche und familiäre Schwierigkeiten des Antragstellers als Ausnahmefall	135
3.3.5.1. Der erforderliche Zeitaufwand als unzumutbare Belastung	135
3.3.5.2. Wirtschaftliche Schwierigkeiten als unzumutbare Belastung	138
3.3.5.3. Unterhaltsverpflichtungen als unzumutbare Belastung	141
3.3.5.3.1. Die Meinung der Rechtsprechung	141
3.3.5.3.2. Die Meinung der Literatur	143
3.3.5.3.3. Diskussion	145
3.3.6. Der illegale Betriebsbeginn als Ausnahmegrund	145
3.3.6.1. Der illegale Betriebsbeginn und die gesetzwidrige Fortführung eines Betriebes	146
3.3.6.2. Wirtschaftliche Schwierigkeiten, drohende Schließung des Handwerksbetriebes	147
3.3.6.3. Das Nachholen der Meisterprüfung	149
3.3.6.4. Dauerhafte unerlaubte selbstständige Ausübung eines Handwerks	149
3.3.6.5. Vertrauensschutz	150
3.3.7. Die Betriebsübernahme als Ausnahmefall	151
3.3.7.1. Definition der Betriebsübernahme	152
3.3.7.2. Die unzumutbare Belastung	152

3.3.8. Arbeitslosigkeit als Ausnahmegrund	156
3.3.8.1. Die Meinung der Rechtsprechung	157
3.3.8.2. Die Meinung der Literatur	158
3.3.8.3. Diskussion	160
3.3.9. Outsourcing als Ausnahmegrund	161
3.3.9.1. Definition und Arten des Outsourcing	161
3.3.9.2. Die unzumutbare Belastung bei Outsourcing	162
3.3.9.3. Diskussion	163
3.3.10. Die Schaffung von Arbeitsplätzen als Ausnahmegrund	164
3.3.11. Die Konjunkturlage und Marktchancen als Ausnahmegrund	164
3.3.11.1. Die Konjunkturlage	164
3.3.11.2. Marktchancen	165
3.3.11.3. Ergebnis	165
3.3.12. Die Kundenwünsche als Ausnahmegrund	166
3.3.13. Höheres Ausbildungsniveau im Allgemeinen als Ausnahmegrund	167
3.3.14. Die Meisterprüfung in einem anderen Handwerk als Ausnahmegrund	169
3.3.15. Die Industriemeisterprüfung und andere Prüfungen als Ausnahmegrund	172
3.3.15.1. Prüfungen aufgrund einer Rechtsverordnung als Ausnahmegrund	173
3.3.15.1.1. Prüfungen nach § 42 HwO	175
3.3.15.1.2. Prüfungen nach § 53 BBiG	175
3.3.15.1.3. Ergebnis	176
3.3.15.2. Prüfung aufgrund einer Rechtsvorschrift, wobei die Prüfung „in etwa“ dem Niveau der in 3.3.15.1. genannten Prüfungen entspricht	176
3.3.15.3. Gleichwertige Prüfungen nach § 7 Abs. 2 HwO ohne Berufspraxis als Ausnahmegrund	178
3.3.15.4. Abschlussprüfung nach § 2 der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei der Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk	179
3.3.16. Die Ablegung einer Meisterprüfung im Ausland als Ausnahmegrund	180
3.3.17. Die Ausländereigenschaft als Ausnahmegrund	181
3.3.17.1. Die Ausländereigenschaft selbst als Ausnahmegrund	181
3.3.17.2. Sprachschwierigkeiten	182
3.3.17.3. Mangelnde Möglichkeit der Absolvierung des handwerklichen Ausbildungsgangs und der Meisterprüfung in Deutschland	183
3.3.18. Die Vertriebeneneigenschaft und politische Verfolgung als Ausnahmegrund	184
3.3.19. Frühere befristete Ausnahmebewilligungen als Ausnahmegrund	185
3.3.19.1. Die Meinung der Rechtsprechung	186

3.3.19.2. Die Meinung der Literatur	188
3.3.19.3. Die Meinung der Rechtsprechung und Literatur zur erneuten Befristung unter bestimmten Umständen	189
3.3.19.4. Diskussion	190
3.3.20. Sehr lange Wartezeiten für die Ablegung der Meisterprüfung und auf Kurse zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung als Ausnahmegrund	192
3.3.21. Die Gesamtbetrachtung aller Umstände als Ausnahmegrund	193
3.3.22. Das vorausgegangene Versagen in der Meisterprüfung und der Ausnahmefall	195
3.3.22.1. Der endgültige Ausschluss von weiteren Prüfungsversuchen	195
3.3.22.1.1. Der endgültige Ausschluss von weiteren Prüfungsversuchen selbst als Ausnahmegrund	195
3.3.22.1.2. Der endgültige Ausschluss von weiteren Prüfungsversuchen und die unzumutbare Belastung aus anderen Gründen	196
3.3.22.1.2.1. Vor dem endgültigen Scheitern entstandene unzumutbare Belastungen	196
3.3.22.1.2.2. Nach dem endgültigen Scheitern entstandene unzumutbare Belastungen	197
3.3.22.1.2.2.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 2004	198
3.3.22.1.2.2.2. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 2004	200
3.3.22.2. Das vorangegangene Versagen in der Meisterprüfung und das Vorliegen eines Ausnahmefalls	201
3.3.22.2.1. Grundsätzlich kein Ausnahmefall bei vorangegangenem Versagen in der Meisterprüfung	201
3.3.22.2.2. Kein Ausnahmegrund nur bei unmittelbar vorhergegangenem Versagen in der Meisterprüfung	202
3.3.22.2.3. Ausnahmefall trotz vorhergegangenen Versagens in der Meisterprüfung	203
3.3.22.2.4. Diskussion	203
4. Der Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO	205
4.1. Der Begriff der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten	205
4.1.1. Der Inhalt des Befähigungsnachweises im Vergleich zur Meisterprüfung	206
4.1.1.1. Die fachpraktischen Kenntnisse	207
4.1.1.2. Die fachtheoretischen Kenntnisse	207
4.1.1.3. Die kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse	208
4.1.1.3.1. Die Meinung der Rechtsprechung	208
4.1.1.3.2. Die Meinung der Literatur	209
4.1.1.3.3. Diskussion	210
4.1.1.4. Die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse	211
4.1.1.4.1. Kein Nachweis berufs- und arbeitspädagogischer Kenntnisse	211

4.1.1.4.2. Nachweis der berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse erforderlich	212
4.1.1.4.3. Diskussion	212
4.1.1.5. Zwischenergebnis	213
4.1.2. Der Umfang des Befähigungsnachweises im Vergleich zur Meisterprüfung	213
4.1.2.1. Kein Unterschied zwischen meisterlichen und notwendigen Kenntnissen und Fertigkeiten	213
4.1.2.2. „In etwa“ gleiche Befähigung auf dem Gebiet der praktischen handwerklichen Betätigung	216
4.1.2.3. „In etwa“ gleiche Befähigung auf allen Nachweisgebieten	216
4.1.2.4. Diskussion	218
4.1.3. Ergebnis	218
4.1.4. Die unterschiedlichen Anforderungen an den Nachweis der Befähigung in den einzelnen Handwerken, insbesondere in den „gefährgeneigten Handwerken“	219
4.1.4.1. Der Begriff des „gefährgeneigten Handwerks“	219
4.1.4.2. Keine unterschiedlichen Anforderungen	221
4.1.4.3. Besondere Anforderungen	222
4.1.4.4. Diskussion	223
4.1.5. Das Abstellen auf den Einzelfall beim Befähigungsnachweis	224
4.2. Die Beweismittel	227
4.2.1. Die Wertigkeit der Beweismittel	229
4.2.1.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994	229
4.2.1.1.1. Die Meinung der Rechtsprechung	229
4.2.1.1.2. Die Meinung der Literatur	230
4.2.1.2. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994	231
4.2.2. Langjährige Berufstätigkeit als Kenntnis- und Fertigkeitennachweis	232
4.2.2.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994	232
4.2.2.2. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994	236
4.2.2.3. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 2004	239
4.2.2.4. Diskussion	240
4.2.3. Unerlaubte Handwerksausübung als Kenntnis- und Fertigkeitennachweis	242
4.2.3.1. Die Meinung der Rechtsprechung	242
4.2.3.2. Die Meinung der Literatur	243
4.2.3.3. Diskussion	245
4.2.4. Auskünfte von Kunden	246
4.2.4.1. Befähigungsnachweis „in der Regel“ nicht allein durch Kundenauskünfte	246
4.2.4.2. Kein Befähigungsnachweis durch Kundenauskünfte	249
4.2.4.3. Diskussion	250

4.2.5. Bescheinigungen von Arbeitgebern	250
4.2.5.1. Die Meinung der Rechtsprechung	250
4.2.5.2. Die Meinung der Literatur	251
4.2.5.3. Diskussion	252
4.2.6. Auskünfte von anderer Stelle als Befähigungsnachweis	252
4.2.7. Andere Prüfungen als Befähigungsnachweis	254
4.2.7.1. Andere Prüfungen im Allgemeinen	254
4.2.7.2. Die Meisterprüfung in einem anderen Handwerk	257
4.2.8. Die Eignungsfeststellung	258
4.2.8.1. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Eignungsfeststellung	258
4.2.8.2. Der Grundsatz der „zwanglosen Form“ der Eignungsfeststellung	259
4.2.8.3. Die sachverständigen Prüfer	261
4.2.8.3.1. Die objektive Art und Weise der Überprüfung	261
4.2.8.3.2. Die Auswahl der Prüfer	264
4.2.8.3.3. Die Zahl der sachverständigen Prüfer	265
4.2.8.3.4. Die Zahl der zu überprüfenden Berufsbewerber	265
4.2.8.3.5. Dauer und Ort der Überprüfung	266
4.2.8.4. Das Rechtsverhältnis zwischen den Sachverständigen und dem Berufsbewerber	266
4.2.8.5. Die Bindungswirkung der Eignungsfeststellung	267
4.2.8.6. Der Rechtscharakter des Gutachtens	267
4.2.8.7. Der Ablauf der Eignungsfeststellung	268
4.2.8.7.1. Inhalt und Umfang der Eignungsfeststellung	269
4.2.8.7.2. Die Durchführung der Eignungsfeststellung	270
4.2.8.7.3. Die Überprüfung der fachpraktischen Kenntnisse	272
4.2.8.7.4. Die Überprüfung der fachtheoretischen Kenntnisse	273
4.2.8.7.5. Die Überprüfung der betriebswirtschaftlich, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse	274
4.2.8.7.6. Die Anwesenheit Dritter bei der Eignungsfeststellung	275
4.2.8.7.7. Das Gutachten als Ergebnis der Eignungsfeststellung	275
4.2.8.7.8. Das Versagen in der Eignungsfeststellung	276
4.2.8.7.9. Die Wiederholung der Eignungsfeststellung	277
4.2.8.7.10. Die Verweigerung der Eignungsfeststellung durch den Berufsbewerber	280
4.2.9. Das vorherige Versagen des Antragstellers in der Meisterprüfung	281
II. Die Voraussetzungen des § 8 HwO für die Erteilung einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO	281
1. Der Begriff der „wesentlichen Tätigkeiten“	282
1.1. Der klar abgrenzbare Teil der Tätigkeiten eines Handwerks	282

1.2. Die Frage der Deckungsgleichheit des „wesentlichen Teils“ der Tätigkeiten in § 8 Abs. 2 HwO mit den „wesentlichen Tätigkeiten“ des § 1 Abs. 2 HwO	283
2. Die Voraussetzung des „fachlich und wirtschaftlich sinnvollen Teils“ eines Handwerks für die Erteilung der Ausnahmegewilligung	284
3. Der Ausnahmegrund bei Erteilung einer Teilausnahmegewilligung	286
3.1. Die Mindermeinung in Rechtsprechung und Literatur	286
3.2. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur	287
3.2.1. Die Meinung der Rechtsprechung	287
3.2.2. Die Meinung der Literatur	288
3.3 Diskussion	291
4. Das Anstreben einer Spezialtätigkeit als Ausnahmegrund	292
4.1. Die herrschende Meinung	293
4.1.1. Die Meinung der Rechtsprechung	293
4.1.2. Die Meinung der Literatur	295
4.2. Die Mindermeinung	296
4.3. Diskussion	296
5. Die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten gemäß § 8 Abs. 2 HwO	298
5.1. Der Inhalt des Befähigungsnachweises	299
5.1.1. Die fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse	299
5.1.2. Die kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse	299
5.1.3. Die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse	300
5.1.4. Zwischenergebnis	300
5.2. Der Umfang des Befähigungsnachweises	300
5.3. Ergebnis	301
III. Die Frage der Erforderlichkeit weiterer Voraussetzungen	301
1. Zusätzliche Voraussetzungen in der Handwerksordnung	301
2. Die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Antragstellers als zusätzliche Voraussetzung	302
3. Zusätzliche ausländerrechtliche Voraussetzungen	307
4. Abschnitt: Die Nebenbestimmungen zur Ausnahmegewilligung	308
I. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Auflagen	309
II. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Bedingungen	312
III. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Befristung	313
1. Die Voraussetzungen zur Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung	314
1.1. Das Vorliegen eines Ausnahmefalls	314
1.1.1. Die Meinung der Rechtsprechung	314

1.1.2. Die Meinung der Literatur	316
1.1.3. Diskussion	318
1.2. Der Nachweis der Befähigung	319
1.2.1. Die Meinung der Rechtsprechung	319
1.2.2. Die Meinung der Literatur	321
1.2.3. Diskussion	322
2. Die Länge der Befristung	323
3. Der Ablauf der Befristung	325
4. Der Anwendungsbereich der befristeten Ausnahmegewilligung	325
4.1. Betriebsübernahme, lange Wartezeiten auf Meisterkurse und Meisterprüfung	326
4.2. Die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung in „Prüfungsfällen“	327
4.2.1. Befristung in „Prüfungsfällen“ unzulässig	327
4.2.2. Befristung in „Prüfungsfällen“ zulässig	328
4.2.3. Diskussion	329
5. Die Befristung und das Verlangen nach Ablegung der Meisterprüfung	330
5.1. Die Zulässigkeit des Verlangens der Ablegung der Meisterprüfung nach Ablauf der Befristung	330
5.2. Der Rechtscharakter der Forderung nach Ablegung der Meisterprüfung nach Ablauf der Befristung	333
IV. Weitere Nebenbestimmungen zulässig?	336
5. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung	336
I. Ermessensentscheidung oder Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO	336
1. Der Rechtsanspruch auf Erteilung der unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO	336
2. Rechtsanspruch oder Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde auf Erteilung der unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO unter Nebenbestimmungen gemäß § 8 Abs. 2 HwO	337
2.1. Gebundene Entscheidung	337
2.2. Ermessen	338
2.3. Diskussion	339
3. Rechtsanspruch oder Ermessen der Verwaltungsbehörde auf Erteilung einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO	339
II. Die Frage des Beurteilungsspielraums der Behörde	341
1. Beurteilungsspielraum bezüglich des Ausnahmefalls	342
2. Beurteilungsspielraum hinsichtlich der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten	342

III. Die Beweislast	344
6. Abschnitt: Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung einer Ausnahmebewilligung	346
1. Der Rechtsschutz bei Versagung einer Ausnahmebewilligung	346
1.1. Der Rechtsschutz des Antragstellers	346
1.2. Der Rechtsschutz der Handwerkskammer	349
1.3. Rechtsschutz der Innung oder Berufsvereinigung	350
1.4. Die Beiladung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren	350
2. Der Rechtsschutz bei Erteilung der Ausnahmebewilligung	351
3. Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsprozess	352
4. Die Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsordnung	353
4. Kapitel: Die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO	354
1. Abschnitt: Der Gegenstand der Ausübungsberechtigung	357
2. Abschnitt: Das Verfahren zur Erteilung der Ausübungsberechtigung	357
I. Der Rechtscharakter der Ausübungsberechtigung	357
II. Die für die Erteilung sachlich und örtlich zuständige Behörde	358
III. Der Antrag auf Erteilung der Ausübungsberechtigung	359
IV. Umfang der amtswegigen Prüfung	361
V. Der Untersuchungsgrundsatz	361
VI. Die Anhörung der Handwerkskammer und Verfahrensbeteiligung der Innung oder Berufsvereinigung	361
VII. Sachbescheinigungsinteresse	362
3. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung	363
I. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a Abs. 1 HwO	363
1. Der Ausnahmegrund	364
1.1. Der Ausnahmegrund kraft Gesetzes	364
1.2. Das Betreiben eines Handwerks nach § 1 HwO	364
1.3. Die Frage des Zusammenhangs zwischen dem Ausgangshandwerk und dem anderen Handwerk bei Erteilung einer Ausübungsberechtigung	365

2. Der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten	368
2.1. Der Begriff der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten	368
2.1.1. Der Inhalt des Befähigungsnachweises	368
2.1.2. Der Umfang der nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten	369
2.1.3. Ergebnis	370
2.2. Höhere Anforderungen für Inhaber einer Ausnahmegewilligung und für Gefahrenhandwerke	371
2.3. Erleichterungen an den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten für den eingetragenen Handwerker	371
2.4. Die Beweismittel	373
2.4.1. Langjährige Berufstätigkeit als Kenntnis- und Fertigkeitennachweis	374
2.4.2. Unerlaubte Handwerksausübung als Kenntnis- und Fertigkeitennachweis	375
2.4.3. Bescheinigungen von Arbeitgebern und Auskünfte von Kunden	375
2.4.4. Der Besuch von Vorbereitungslehrgängen als Befähigungsnachweis	376
2.4.5. Andere Prüfungen als Befähigungsnachweis	377
2.4.6. Die Eignungsfeststellung	378
II. Die Voraussetzungen des § 7 a HwO für die Erteilung einer beschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a Abs. 1 HwO	378
1. Der Begriff der „wesentlichen Tätigkeiten“ in § 7 a Abs. 1 HwO	378
2. Der fachlich und wirtschaftlich sinnvolle Teil eines Handwerks als zusätzliche Voraussetzung?	379
2.1. Erforderlichkeit des fachlich und wirtschaftlich sinnvollen Teils eines Handwerks	380
2.2. Keine Erforderlichkeit des fachlich und wirtschaftlich sinnvollen Teils eines Handwerks	380
2.3. Diskussion	380
3. Der Ausnahmegrund kraft Gesetzes	381
4. Inhalt und Umfang der Befähigung bei Erteilung einer Teilausübungsberechtigung	381
III. Die Frage der Erforderlichkeit weiterer Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung	382
4. Abschnitt: Die Nebenbestimmungen zur Ausübungsberechtigung	382
5. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung	383
I. Rechtsanspruch auf Erteilung der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO oder Ermessen	383

II. Der Beurteilungsspielraum	384
III. Die Beweislast	385
6. Abschnitt: Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung einer Ausübungsberechtigung	385
Exkurs: Die Bestandskraft der Ausübungsberechtigung	385
5. Kapitel: Die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO	387
1. Abschnitt: Der Gegenstand der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO	389
2. Abschnitt: Das Verfahren zur Erteilung der Ausübungsberechtigung	391
I. Verwaltungsverfahren und Rechtscharakter der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO	391
II. Die für die Erteilung sachlich und örtlich zuständige Behörde	391
III. Der Antrag auf Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO	392
IV. Umfang der amtswegigen Prüfung	394
V. Der Untersuchungsgrundsatz	394
VI. Die Anhörung der Handwerkskammer und Verfahrensbeteiligung der Innung oder Berufsvereinigung	395
VII. Das Sachbescheidungsinteresse	396
3. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO	397
I. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO	397
1. Der Ausnahmegrund	397
1.1. Der Ausnahmegrund kraft Gesetzes	397
1.2. Die Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO	398
1.2.1. Die einschlägige Ausbildung	398
1.2.1.1. Bestehen einer einschlägigen Gesellenprüfung	398
1.2.1.2. Bestehen einer Gesellenprüfung in einem verwandten Handwerk	399
1.2.1.3. Bestehen einer der einschlägigen Gesellenprüfung entsprechenden Abschlussprüfung	400
1.2.2. Einschlägige Berufserfahrung mit leitender Tätigkeit	400
1.2.2.1. Die einschlägige Berufserfahrung	401

1.2.2.1.1. Tätigkeit im Anschluss an die Gesellenprüfung oder Abschlussprüfung	401
1.2.2.1.2. Auswirkung von Unterbrechungen der Tätigkeit	403
1.2.2.1.3. Teilzeitbeschäftigung zulässig?	404
1.2.2.2. Die leitende Tätigkeit in einem Betrieb oder wesentlichen Betriebsteil	406
1.2.2.2.1. Betrieb oder wesentlicher Betriebsteil	406
1.2.2.2.2. Die Definition der leitenden Tätigkeit	408
1.2.2.2.3. Die Aufgabenbereiche der leitenden Tätigkeit	409
1.2.2.2.4. Kriterien für die Leitungsfunktion	413
1.2.2.2.4.1. Personalverantwortung	413
1.2.2.2.4.2. Bedeutsames Aufgabengebiet	413
1.2.2.2.4.3. Stellung im Betrieb	414
1.2.2.2.4.4. Rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis	415
1.2.2.2.4.5. Selbstständige Tätigkeit des Antragstellers	415
1.2.2.2.4.6. Tätigkeit in einem Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks mit strenger Meisterpräsenz	416
1.2.2.2.4.7. Tätigkeit in einem Kleinbetrieb, im Reisegewerbe und im Nebenbetrieb	416
1.2.2.2.4.8. Leitende Tätigkeit und unerlaubte Handwerksausübung	418
1.2.3. Das Erfordernis der wesentlichen Tätigkeit eines zulassungspflichtigen Handwerks	419
1.3. Die Beweismittel für die Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO	420
1.3.1. Der Nachweis der einschlägigen Ausbildung	421
1.3.2. Der Nachweis der einschlägigen Berufserfahrung mit leitender Tätigkeit	421
1.3.2.1. Arbeitszeugnisse und Stellenbeschreibungen	422
1.3.2.2. Andere Beweismittel	424
2. Die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten	426
2.1. Der Inhalt und der Umfang des Befähigungsnachweises	426
2.1.1. Der Inhalt des Befähigungsnachweises	426
2.1.2. Der Umfang des Befähigungsnachweises	428
2.1.3. Ergebnis	429
2.2. Die Beweismittel	429
2.2.1. Die Beweismittel für die Kenntnisse und Fertigkeiten in Fachpraxis und –theorie	430
2.2.2. Die Beweismittel für den Nachweis der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse	432
2.2.2.1. Der Nachweis durch die Berufserfahrung	433
2.2.2.2. Der ausnahmsweise zu erbringende Nachweis	434
2.3. Das endgültige Versagen des Antragstellers in der Meisterprüfung	435
3. Keine weiteren Voraussetzungen	436

II. Keine beschränkte Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO	436
4. Abschnitt: Keine Nebenbestimmungen	437
5. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung	438
6. Abschnitt: Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO	438
6. Kapitel: Die Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO	439
1. Abschnitt: Europäisches Recht und deutsches Handwerksrecht	439
I. Das europäische Recht	439
II. Die Umsetzung der Richtlinien in das deutsche Recht	445
III. Keine Inländerdiskriminierung durch § 9 Abs. 1 HwO und die EU/EWR HwV	447
IV. Die Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfällen	449
2. Abschnitt: Der Gegenstand der Ausnahmegewilligung	452
3. Abschnitt: Das Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung	454
I. Der Rechtscharakter der Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO	454
II. Die für die Erteilung sachlich und örtlich zuständige Behörde	454
III. Der Antrag auf Erteilung	455
IV. Umfang der amtswegigen Prüfung	457
V. Das Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers	458
VI. Die Anhörung Dritter	458
VII. Bearbeitungsdauer	459
4. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO	460
I. Die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO	461
1. Der Ausnahmegrund	461
2. Der Nachweis der Befähigung	461
2.1. Die Anerkennung auf Grundlage praktischer Berufserfahrungen gemäß § 2 EU/EWR HwV	462
2.1.1. Die fünf Anerkennungsalternativen zu den praktischen Berufserfahrungen	462

2.1.2. Die ausgeübte Tätigkeit als wesentliche Tätigkeit des Gewerbes der Anlage A zur Handwerksordnung	466
2.1.3. Die „ununterbrochene Tätigkeit“	466
2.1.3.1. Das Erfordernis der Tätigkeit in einem „einzigem“ Mitgliedstaat oder Vertragsstaat	467
2.1.3.2. Das Erfordernis der ausschließlichen Tätigkeit in einem bestimmten Handwerk	468
2.1.3.3. Die Frage der Berücksichtigung handwerklicher Tätigkeit in Deutschland	469
2.1.3.4. Legale Tätigkeit	470
2.2. Die Anerkennung von Ausbildungs- und Befähigungsnachweisen	470
2.2.1. Subsidiarität der Anerkennung beruflicher Qualifizierungen	471
2.2.2. Die Anerkennung gemäß § 3 EU/EWR HwV	471
2.2.3. Gleichgestellte Ausbildungen nach § 4 EU/EWR HwV	473
2.2.4. Ausgleichsmaßnahmen nach § 5 EU/EWR HwV	474
3. Die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Antragstellers als weitere Voraussetzung	477
4. Die Beweismittel	477
4.1. Der Nachweis der praktischen Berufserfahrung	478
4.1. Der Nachweis der geleisteten Ausbildung	479
II. Die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 HwO für die Erteilung einer beschränkten Ausnahmebewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO	481
5. Abschnitt: Die Nebenbestimmungen	481
6. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung	481
7. Abschnitt: Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung der Ausnahmebewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO	482
7. Kapitel: Das Anzeigeverfahren gemäß § 9 Abs. 1 HwO	483
1. Abschnitt: Die Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	483
2. Abschnitt: Der Gegenstand des Anzeigeverfahrens gemäß § 9 Abs. 1 HwO	486
3. Abschnitt: Das Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO	486
I. Anwendbarkeit des VwVfG	486

II. Die für die Erteilung sachlich und örtlich zuständige Behörde	487
III. Die Anzeige bei der zuständigen Behörde und die Bearbeitungsdauer	488
IV. Umfang der amtswegigen Prüfung	488
V. Die Anhörung und Unterrichtungspflicht Dritter	489
4. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Dienstleistungserbringung	489
I. Die Voraussetzungen in § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV	490
1. Vorübergehende und gelegentliche Erbringung von Dienstleistungen	490
2. Rechtmäßige Niederlassung im Herkunftsstaat, vergleichbare Tätigkeit	490
II. Die Voraussetzungen in § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV	490
III. Die Beweismittel	491
VI. Der Beginn der Dienstleistungserbringung	492
5. Abschnitt: Die Beschränkung der Dienstleistungserbringung in den Fällen des § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV	493
6. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung	493
7. Abschnitt: Der Rechtsschutz	493
8. Kapitel: Der Vergleich der Rechtsstellung des Inhabers einer Ausnahme- Bewilligung und Ausübungsberechtigung im Vergleich zu der des aufgrund einer Meisterprüfung eingetragenen Handwerkers	494
1. Abschnitt: Die Führung des Meistertitels	494
2. Abschnitt: Die Berechtigung zur selbstständigen Handwerksausübung	494
3. Abschnitt: Die Berechtigung zum Einstellen und Ausbilden von Lehrlingen (Auszubildenden)	495
I. Die Berechtigung zum Einstellen von Lehrlingen (Auszubildenden)	496
II. Die Berechtigung zur Ausbildung von Lehrlingen (Auszubildenden)	496
4. Abschnitt: Die Mitgliedschaft in Gesellen- und in Meisterprüfungsausschüssen	497

5. Abschnitt: Mitgliedschaft und Interessenvertretung durch Organisationen des Handwerks	498
I. Die Handwerksinnung	498
II. Die Kreishandwerkerschaft und die Handwerkskammer	500
Schlussbemerkung	503
Anhang A: Die Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk	505
1. Abschnitt: Die rechtlichen Grundlagen für die Meisterprüfung	505
I. Die gesetzlichen Grundlagen	505
II. Die Rechtsverordnungen	506
1. Die Meisterprüfungsverfahrensordnung und die Meisterprüfungsordnungen	506
2. Die Verordnungen über die Meisterprüfungsberufsbilder A und über die Prüfungs- anforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung	507
3. Die Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk	507
4. Der Grundsatz der „handlungsorientierten Prüfung“	508
2. Abschnitt: Der Gegenstand der Meisterprüfung	509
3. Abschnitt: Der Inhalt und Umfang des Befähigungsnachweises	509
I. Der Inhalt des Befähigungsnachweises	509
1. Die praktische Prüfung (Teil I) und die fachtheoretische Prüfung (Teil II)	510
2. Die Prüfungsanforderungen in der Allgemeinheit (Teil III und IV)	512
II. Der Umfang des Befähigungsnachweises	513
4. Abschnitt: Die Zulassungsvoraussetzungen zur Meisterprüfung	514
5. Abschnitt: Die Befreiung von Teilen der Meisterprüfung	515
6. Abschnitt: Der Meisterprüfungsausschuss	517
7. Abschnitt: Der Ablauf der Meisterprüfung	519

8. Abschnitt: Die Kosten der Meistervorbereitung und Meisterprüfung	521
I. Die Meistervorbereitungslehrgänge	522
II. Die Meisterprüfung	522
III. Das „Meister-BAföG“	523
Anhang B: Statistik zum Ausnahmerecht im Handwerkskammerbezirk Braunschweig	525
Statistik 1: Neueintragen in die Handwerksrolle	526
Statistik 2: Ausnahmegewilligungen nach § 8 Abs. 1 HwO und § 8 Abs. 2 HwO	527
Statistik 3: Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO und § 7 b HwO	529
Statistik 4: Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO und Bescheinigung nach § 9 Abs. 2 HwO	530
Literaturverzeichnis	531
Abkürzungsverzeichnis	546

Einleitung

Dem deutschen Handwerk kommt im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik Deutschland eine besondere ökonomische Bedeutung zu. Am 31. Dezember 2007 bestanden nach Angaben des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks 603.767 Betriebe eines zulassungspflichtigen Handwerks.¹ Das Gesetz zur Ordnung des Handwerks, die Handwerksordnung, bestimmt in seinem § 1 Abs. 1 Satz 1, dass der Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet ist.² Die Eintragung in die Handwerksrolle setzt den Nachweis der Befähigung für die selbstständige Handwerksausübung voraus. Die Meisterprüfung, der „Große Befähigungsnachweis“, ist der „Königsweg“ zum Nachweis der Befähigung. Neben der Meisterprüfung regelt die Handwerksordnung eine Reihe weiterer Eintragungsvoraussetzungen. Einen breiten Raum nehmen dabei verschiedene Ausnahmetatbestände ein. Dazu zählen die Ausnahmegewilligungen nach § 8 HwO beziehungsweise § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO und die Ausübungsberechtigungen nach § 7 a HwO beziehungsweise § 7 b HwO. Darüber hinaus regelt § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO das für die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen insbesondere durch Staatsangehörige der Europäischen Union geltende Anzeigeverfahren.

Die Zahl der Ausnahmetatbestände, die neben die Meisterprüfung als Eintragungsvoraussetzung treten, ist seit der Entstehung der Handwerksordnung stetig angestiegen. Bezeichnenderweise war Gegenstand jeder Novellierung der Handwerksordnung das System der Ausnahmetatbestände. Stets wurde dabei eine ausführliche und oftmals emotionale Diskussion in Politik und Handwerk geführt; das Ausnahmerecht der Handwerksordnung ist daher sowohl ein handwerksrechtlicher als auch ein handwerkspolitischer Dauerbrenner.

Die vorliegende Arbeit hat sich angesichts der Bedeutung dieser Thematik für das gesamte Handwerksrecht zum Ziel gesetzt, das System der Ausnahmetatbestände umfassend darzustellen. Nach einem kurzen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Meisterprüfung als Eintragungsvoraussetzung in die Handwerksrolle und Ausnahmen davon werden die heutigen verschiedenen Eintragungsvoraussetzungen in die Handwerksrolle erläutert. Der Schwerpunkt der Arbeit ist den Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO gewidmet. Darüber hinaus werden die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO sowie für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO und § 7 b HwO dargestellt. Die einschneidenden Änderungen der Handwerksordnung durch ihre Novellierung in den Jahren 2003 und

¹ Zentralverband des Deutschen Handwerks: Zahlen & Fakten 2008. Berlin 2008.

² Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung vom 24. September 1998 (BGBl. I S. 3074), zuletzt geändert Art. 6 G v. 21.12. 2008 (BGBl. I S. 2917).

2004 sind dabei von besonderer Bedeutung. Erläutert wird ebenfalls das Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO. Abschließend wird die Rechtsstellung des mit der Meisterprüfung in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerkers mit der des Inhabers einer Ausnahmbewilligung und Ausübungsberechtigung verglichen.

Im Anhang werden die Anforderungen für die Ablegung der Meisterprüfung erläutert; darüber hinaus wird durch verschiedene Statistiken die zahlenmäßige Entwicklung der erteilten Bewilligungen bei der Berufszulassung in Ausnahmefällen im Handwerkskammerbezirk Braunschweig dargestellt. Dabei wird auch die Zahl der Eintragungen in die Handwerksrolle aufgrund einer Meisterprüfung der aufgrund eines Ausnahmetatbestandes gegenübergestellt.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende März 2009 berücksichtigt.

1. Kapitel: Der „Große Befähigungsnachweis“ und seine Ausnahmeregelungen in der jüngeren Geschichte des Handwerksrechts

Der Gedanke der Befähigung und die von ihrem Nachweis abhängige Erlaubnis zur Ausübung eines Handwerks ist nicht neu. Zwar proklamierte § 1 der am 21. Juni 1869 verkündeten Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund den Grundsatz der Gewerbefreiheit, der mit geringfügigen Ausnahmen auch für die Aufnahme eines selbstständigen handwerklichen Gewerbebetriebes galt.³ Aber schon die Gewerbenovelle vom 30. Mai 1908 führte den sogenannten „Kleinen Befähigungsnachweis“ ein. Danach waren zum Anleiten von Lehrlingen in Handwerksbetrieben nur noch Personen berechtigt, die eine Meisterprüfung bestanden haben.⁴ Ein selbstständiges Handwerksrecht außerhalb der Gewerbeordnung existierte allerdings nicht.

1. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung in der nationalsozialistischen Zeit

Eine erste umfassende Zulassungsregelung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks fällt in die Zeit des Nationalsozialismus. Durch das Gesetz über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 29. November 1933⁵ erfolgte eine Neuordnung des handwerklichen Berufsstandes⁶; zur Durchführung des Gesetzes ergingen in den Jahren 1934 und 1935 drei Verordnungen.

Die Dritte Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks brachte im Handwerksrecht eine grundlegende Neuerung durch die Einführung des „Großen Befähigungsnachweises“.⁷ § 1 Abs. 1 3. HVO regelte, dass der selbstständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen gestattet ist. Gesetzgeberisches Ziel für dessen Einführung war die Sicherung des Leistungsprinzips im Handwerk.⁸ Alle Gewerbe, die handwerksmäßig betrieben werden konnten, waren in dem Verzeichnis aufgeführt, das der Reichswirtschaftsminister auf Rechtsgrundlage des § 1 der Ersten Verordnung über den vorläufigen Aufbau des

³ Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 (BGBl. S. 245).

⁴ Gesetz, betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung vom 30. Mai 1908 (RGBl. S. 356).

⁵ Gesetz über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 29. November 1933 (RGBl. I S. 1015).

⁶ Ausführlich Meyer, Helmut: Die nationalsozialistischen Grundlagen der Handwerksgesetzgebung im Dritten Reich. Dissertation Erlangen 1939.

⁷ Dritte Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 (RGBl. I S. 15), geändert durch Verordnung zur Abänderung der Dritten Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 22. Januar 1936 (RGBl. I S. 42).

⁸ Hartmann, Karl: Neues Handwerksrecht II–III. Handbuch. 2. Auflage. Berlin 1936. Band II. Erläuterungen zur Dritten Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks. Vorbemerkung, 24; ausführlich Schüler, Felix: Meistertitel und Handwerkskarte. Berlin. Ohne Datum. 10, 11.

deutschen Handwerks⁹ aufgestellt und durch Bekanntmachung am 30. Juni 1934¹⁰ veröffentlicht hatte. Dieses Gewerbeverzeichnis zählte in 72 Positionen 227 Gewerbe auf.

Maßgebliche Vorschrift für die Eintragung in die Handwerksrolle war § 3 3. HVO. In die Handwerksrolle wurde gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 3. HVO nur eingetragen, wer die Meisterprüfung für das von ihm betriebene oder für ein diesem verwandtes Handwerk bestanden hatte oder die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen in einem dieser Handwerke besaß; bestimmte Prüfungen wurden nach § 3 Abs. 1 Satz 2 3. HVO der Meisterprüfung gleichgestellt. Für juristische Personen galt das Vorrecht des sogenannten Betriebsleiter-Privilegs aus § 5 Abs. 1 3. HVO; diese wurden in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die Eintragungsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 3. HVO erfüllte.

In besonderen Fällen konnte gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 3. HVO die zuständige Verwaltungsbehörde nach Anhörung der Handwerkskammer Ausnahmen von der Vorschrift des § 3 Abs. 1 3. HVO bewilligen. Dies sollte nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes insbesondere für Personen gelten, die in einem Industriebetrieb eine Ausbildung als Facharbeiter erhalten hatten und fünf Jahre als solche tätig gewesen waren. Mit der Formulierung „in besonderen Fällen“ sollte ausgedrückt werden, dass es sich um vom Regelfall abweichende Sachverhalte handeln musste. Ein solcher konnte angenommen werden, wenn der Antragsteller die Gewähr für eine einwandfreie, eine „zunftgerechte“ Führung seines Handwerksbetriebes bot und die Versagung der Eintragung in die Handwerksrolle eine ganz besondere und nach dem Zweck der Regelung des § 3 Abs. 1 3. HVO nicht beabsichtigte Härte bedeutet hätte, was sorgsam zu prüfen war.¹¹ So konnte die Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn ein ursprünglich industrieller Betrieb wegen einer durch die Wirtschaftslage bedingten Änderung seiner Struktur auf Dauer zu einem nunmehr eintragungspflichtigen Handwerksbetrieb umgestellt werden musste. Besondere Regelungen gab es für Körperbehinderte und blinde Handwerker. Als „Kann-Vorschrift“ stand die Erteilung der Ausnahmegewilligung allerdings im Ermessen der Verwaltungsbehörde.

Stets war aber zu prüfen, ob den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls nicht durch die Erteilung einer befristeten oder bedingten Ausnahmegewilligung Rechnung getragen werden konnte. Denn die Ausnahmegewilligung konnte gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 3. HVO auch befristet oder unter einer Bedingung erteilt werden; nicht zulässig war dagegen die Erteilung

⁹ Erste Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 15. Juni 1934 (RGBl. I S. 493).

¹⁰ Verzeichnis der Gewerbe, die handwerksmäßig betrieben werden können, vom 30. Juni 1934, geändert durch erneute Bekanntmachung vom 6. Dezember 1934, Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger Nr. 287 vom 8. Dezember 1934; später erfolgten weitere Änderungen und Ergänzungen.

¹¹ Hartmann, Neues Handwerksrecht II–III, Teil II, § 3 3. HVO, Anmerkung 9; ausdrücklich auch RWM, Erlass v. 10. Mai 1939, III WO 6590/39, zitiert nach Hartmann, Karl. Philipp, Franz: Handwerksordnung. Kommentar. Darmstadt/Berlin 1954. § 7 Rn 4 b Nr. 2.

einer Ausnahmegewilligung auf Widerruf.¹² So konnte vom Antragsteller die bestimmte Tätigkeitsdauer in einem Handwerksbetrieb oder der Nachweis der Unterrichtsteilnahme an einer Fachschule verlangt werden. Die Forderung nach der Ablegung der Meisterprüfung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt war zulässig; ebenso bestand die Möglichkeit, die Erteilung der Ausnahmegewilligung von der Einstellung eines qualifizierten Werkmeisters abhängig zu machen. Obwohl nicht ausdrücklich erwähnt, konnten dem Antragsteller auch Auflagen gemacht werden, wobei diese mit der Zweckbestimmung der Vorschrift im Zusammenhang stehen mussten.¹³ Auch die Entscheidung über die Erteilung einer befristeten oder bedingten Ausnahmegewilligung stand, wie die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung, im Ermessen der Verwaltungsbehörde.

Neben dem Vorliegen eines sozialen Grundes, also eines Ausnahmegrundes, war ein Nachweis der Sachkunde keine Voraussetzung für die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 3 Abs. 2 3. HVO.¹⁴

Zwingend vorgeschrieben vor der Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde war die Anhörung der Handwerkskammer; jedoch war jene nicht an das Gutachten der Kammer gebunden.¹⁵

Die für die Erteilung der Ausnahmegewilligung zuständige höhere Verwaltungsbehörde wurde durch die oberste Landesbehörde bestimmt; in den einzelnen Ländern bestanden bezüglich der Zuständigkeit erhebliche Unterschiede.¹⁶ Im Wege einer Verwaltungsvereinfachung erfolgte durch Artikel II § 2 der Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiet des Handwerksrechts vom 17. Oktober 1939 die Übertragung der Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung auf die Handwerkskammern.¹⁷ Durch die Gauwirtschaftskammer-Verordnung vom 20. April 1942 wurden die Gauwirtschaftskammern zum Rechtsnachfolger der Handwerkskammern bestimmt und übernahmen deren Aufgaben, also auch die Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 3 Abs. 2 3. HVO.¹⁸

¹² Hartmann, Neues Handwerksrecht II–III, Teil II, § 3 3. HVO Anmerkung 9, 10.

¹³ Vgl. Schwaab, Hermann: Handwerksrolle und großer Befähigungsnachweis. Dissertation Würzburg 1936. 63.

¹⁴ Hartmann/Philipp, HwO, § 7 Rn 4 b Nr. 1; a. A. diesbezüglich OVG Münster, Urteil v. 08.08. 1951, MDR 1953, 124, 125, das in erster Linie auf das Vorhandensein des fachlichen handwerklichen Könnens und Wissens abstellt.

¹⁵ Schüler, Meistertitel und Handwerkskarte, 43.

¹⁶ Vgl. das Verzeichnis der zur Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 3 Abs. 2 der Dritten Handwerksverordnung zuständigen Landesbehörden, abgedruckt in Hartmann, Neues Handwerksrecht II–III, Teil II, Erläuterungen zur 3. HVO, Anhang e.

¹⁷ Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiet des Handwerksrechts vom 17. Oktober 1939 (RGBl. I S. 2046).

¹⁸ Gauwirtschaftskammer-Verordnung vom 20. April 1942 (RGBl. I S. 189).

2. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung nach 1945 in den Besatzungszonen und Berlin

Nach dem Ende des 2. Weltkrieges im Jahr 1945 ging die bis dahin bestehende Einheitlichkeit des Handwerksrechts im früheren Reichsgebiet verloren; eine starke Rechtszersplitterung trat durch die Zonen- und Ländergesetzgebung sowie durch die Direktiven der amerikanischen Militärregierung ein. Insbesondere die Voraussetzung für die Berechtigung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks, der Große Befähigungsnachweis, war davon betroffen.

Eine gesetzliche Neuregelung erfolgte für die Länder der Britischen Zone; in der Französischen Zone für das Land Rheinland-Pfalz sowie das frühere Land Württemberg-Hohenzollern. Dagegen wurden nach 1945 in den Ländern der Amerikanischen Zone keine gesetzlichen Änderungen des Handwerksrechts vorgenommen. Das bisherige Handwerksrecht fand weiter Anwendung, soweit es nicht durch die Direktiven der Militärregierung außer Kraft gesetzt worden war; in der Sowjetischen Zone gab es zunächst eine ähnliche Entwicklung.

I. Die Britische Zone

In der Britischen Zone, die die Länder Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Niedersachsen und die Stadt Hamburg umfasste, wurde der durch § 3 Abs. 2 3. HVO eingeführte Große Befähigungsnachweis beibehalten. Die Verordnung des Zentralamtes für Wirtschaft in der Britischen Zone über den Aufbau des Handwerks vom 6. Dezember 1946 bestimmte als Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe die Eintragung in die Handwerksrolle.¹⁹ Ausdrücklich wurde in § 27 VO des Zentralamtes für Wirtschaft geregelt, dass sich die Berechtigung zum selbstständigen Betrieb eines Handwerks nach den Bestimmungen der 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks und den zu ihrer Durchführung, Abänderungen und Ergänzung ergangenen Verordnungen, Ausführungsbestimmungen, Anordnungen und Erlassen richten sollte. Eintragungsvoraussetzung war damit in der Regel die abgelegte Meisterprüfung oder die Berechtigung zur Lehrlingsanleitung. Im Ausnahmefall konnte die Eintragung mit einer Ausnahmebewilligung erfolgen.²⁰ Zuständig für deren Erteilung waren, nach Auflösung der Gauwirtschaftskammern, die Handwerkskammern; das Zentralamt konnte Richtlinien darüber erlassen, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen von den Erfordernissen für die

¹⁹ In Kraft gesetzt durch Veröffentlichung in den Gesetz- und Verordnungsblättern der Länder; vgl. GVBl. für das Land Nordrhein-Westfalen 1947 S. 21; ABl. für Niedersachsen 1947 S. 7; ABl. Schleswig-Holstein 1947 S. 13; Amtlicher Anzeiger, Beiblatt zum Hamburgischen GVBl. 1947 S. 12.

²⁰ Vgl. dazu BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 96; BVerwG, Urteil v. 09.02. 1962, GewArch 1962, 175; OVG Lüneburg, Beschluss v. 06.06. 1959, DVBl. 1951, 452; OVG Münster, Urteil v. 08.08. 1951, MDR 1953, 124; OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 01.02. 1954, GewArch 1956/1957, 43, 44.

Eintragung bewilligt werden konnten. Das Gewerbeverzeichnis vom 30. Juni 1934 fand weiterhin Anwendung.

Zusätzlich bedurfte in Niedersachsen jedermann gemäß § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Zulassung und Schließung von Gewerbebetrieben vom 29. Oktober 1948 der Erlaubnis, einen selbstständigen Gewerbebetrieb zu errichten, zu übernehmen oder in das Land Niedersachsen zu verlegen. § 3 Abs. 3 des Gewerbezulassungsgesetzes verwies für den Nachweis der erforderlichen Sachkunde auf die Bestimmungen der Dritten Verordnung über vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks.²¹

II. Die Französische Zone

In der Französischen Zone, bestehend aus den Ländern Rheinland-Pfalz, Württemberg-Hohenzollern und Baden, gab es keine einheitliche Regelung, obwohl sich deren Handwerksrecht am engsten an das vor 1945 geltende Zulassungsrecht zur selbstständigen Handwerksausübung anlehnte.

Im Land Rheinland-Pfalz erfolgte eine neue gesetzliche Regelung durch das Landesgesetz über die Neufassung des Handwerksrechts vom 2. September 1949.²² In Anlehnung an die Regelung des § 1 Abs. 1 3. HVO bestimmte § 1 Abs. 1 HwO Rheinland-Pfalz, dass die selbstständige Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in die Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen gestattet ist. Auch die Regelung des § 3 3. HVO zum Großen Befähigungsnachweis und zur Ausnahmebewilligung wurde in § 3 Abs. 1 und 2 HwO Rheinland-Pfalz übernommen.²³ Zuständig für die Erteilung der Ausnahmebewilligung war die Handwerkskammer, gegen deren Entscheidung die Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde zulässig war.

Die Handwerksordnung des früheren Landes Württemberg-Hohenzollern vom 5. November 1946²⁴ traf inhaltlich gleiche Regelungen.²⁵ Die Badische Handwerksordnung vom 21. November 1949, die mit den beiden genannten Handwerksordnungen im Wesentlichen übereinstimmte, wurde von der französischen Militärregierung nicht genehmigt und ist nicht in Kraft getreten;²⁶ hier blieb es bei der Geltung der 3. Handwerksverordnung.

²¹ Gesetz über die Zulassung und Schließung von Gewerbebetrieben (Gewerbezulassungsgesetz) vom 29. Oktober 1948 (Nds.GVBl. S. 188).

²² Landesgesetz über die Neufassung des Handwerksrechts (Handwerksordnung) vom 2. September 1949 (GVBl. der Landesregierung Rheinland-Pfalz I S. 379).

²³ Vgl. LVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 18.03. 1951, DVBl. 1951, 453.

²⁴ Rechtsanordnung zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 5. November 1946 ABl. des Staatssekretariats für das französisch besetzte Gebiet Württemberg und Hohenzollern S. 1.

²⁵ Vgl. BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, GewArch 1959/1960, 138, 139; BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 252; OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 01.02. 1954, GewArch 1956/1957, 43, 44.

²⁶ Vgl. Hartmann/Philipp, HwO, Die Entwicklung des Handwerksrechts seit der Einführung der Gewerbeordnung, 8.

III. Die Amerikanische Zone

In den Ländern der Amerikanischen Zone, den Ländern Bayern, Württemberg-Baden, Hessen sowie der Stadt Bremen, bestand eine gegenüber der in der Britischen und Französischen Zone bestehenden Rechtslage abweichende Regelung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks. Zwar war das vor 1945 geltende Handwerksrecht weder aufgehoben noch durch ein Gesetz oder eine Verordnung ersetzt worden. Die amerikanische Militärregierung hatte bis zum Frühjahr 1946 die Zulassung zunächst selbst in der Hand; mit der Direktive vom 25. März 1946 wies sie dann die Ministerpräsidenten der drei Länder ihrer Zone an, unter Beachtung der Entnazifizierungsbestimmungen die Verwaltung der Gewerbekontrolle wieder selbst zu übernehmen. Die anschließend von den drei Ländern im Länderrat in Stuttgart ausgearbeiteten Lizenzierungsgesetze unterstellten die Errichtung jedes gewerblichen Unternehmens einer besonderen Erlaubnis. Voraussetzung war unter anderem ein volkswirtschaftliches Bedürfnis für die Errichtung eines Unternehmens und die erforderliche sachliche und persönliche Eignung der für die Leitung bestimmten Person.²⁷

Der sogenannte OMGUS²⁸-Befehl der amerikanischen Militärregierung über die Einführung der Gewerbefreiheit vom 29. November 1948 brachte einschneidende Änderungen: Die schrankenlose Gewerbefreiheit wurde in der amerikanischen Besatzungszone eingeführt; die bestehenden Lizenzierungsgesetze wurden aufgehoben und das Verlangen nach dem Großen Befähigungsnachweis als Voraussetzung für die selbstständige Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe untersagt.²⁹ Die Direktive der amerikanischen Militärregierung vom 28. März 1949 ergänzte den OMGUS-Befehl; danach waren weder die Ablegung einer Meisterprüfung noch der Besitz eines Meisterbriefes Bedingung für die Erlangung einer Lizenz.³⁰ Für verschiedene gewerbliche Tätigkeiten einschließlich einiger Handwerkstätigkeiten, bei deren Ausübung nach Meinung der amerikanischen Militärregierung die Belange der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit und Wohlfahrt berührt werden konnten, durfte von den verantwortlichen Personen und Unternehmen eine Lizenzierung gefordert werden; ein entsprechender Katalog war der Direktive beigelegt. In diesen Fällen durfte die Zulassung von einer erforderlichen Sachkundeprüfung abhängig gemacht werden. Diese durfte bezüglich der handwerklichen Tätigkeiten aber nicht eine „umfrisierte Meisterprüfung“ sein; nicht alles das durfte geprüft werden, was in der Meisterprüfung verlangt wurde. Mittelbar kam der Meisterprüfung beim Sachkundenachweis aber doch eine Bedeutung zu; durch sie war der

²⁷ Ausführlich Schwindt, Hanns: Kommentar zur Handwerksordnung. Bad Wörishofen 1954. A. Einleitung, 25, 26.

²⁸ Office of Military Government for Germany (US).

²⁹ Ausführlich Reuss, Wilhelm: Die Gewerbefreiheit. Stuttgart 1949. 26; Haußleitner, Otto: Probleme der neuen Handwerksordnung. DVBl. 1953, 558–562. 559 ff.

³⁰ Ausdrücklich Schreiben der Militärregierung für Deutschland an die Dienststellen der Militärregierungen vom 28. März 1948 betr.: Lizenzierung, abgedruckt in Reuss, Gewerbefreiheit, Anlage 11; die Anordnungen waren an die Direktoren der Militärregierungen gerichtet, die wiederum „Anweisungen“ in ihrem Zuständigkeitsbereich

Nachweis geführt.³¹ Bezüglich der Frage, für welche handwerklichen Berufe der Sachkundennachweis zu erbringen war, bestanden in den Ländern der Amerikanischen Zonen unterschiedliche Regelungen.³²

IV. Die Sowjetische Zone

Auch in der Sowjetischen Zone wurde die Eintragung in die Handwerksrolle als Voraussetzung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks nach den in § 3 3. HVO genannten Voraussetzungen weiterhin verlangt. Der Befehl Nr. 160 des Obersten Chefs der Sowjetischen Militär-Administration vom 27. Mai 1946 über die Zulassung von Handwerksgenossenschaften regelte in § 3 Satz 1 der als Anlage beigefügten Mustersatzung, dass aufnahmefähig nur in die Handwerksrolle eingetragene natürliche oder juristische Personen sind.

V. Die Rechtsentwicklung in Berlin

In Berlin hing die Eröffnung eines selbstständigen Handwerksbetriebes von dem Bestehen einer Meisterprüfung oder der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung ab. Das Gesetz über die Gewerbefreiheit vom 21. Oktober 1949³³ in der Fassung des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über die Gewerbefreiheit vom 19. Dezember 1950³⁴ bestimmte in § 1, dass zum Betrieb eines Gewerbes im Gebiet von Groß-Berlin jedermann zum Betrieb zuzulassen ist. § 3 des Gesetzes über die Gewerbefreiheit forderte jedoch den Nachweis der Sachkunde; bezüglich des Nachweises gingen besondere Bestimmungen den allgemeinen Bestimmungen vor. Als besondere Bestimmung für das Handwerk fand § 3 3. HVO weiterhin Anwendung; der Nachweis der Sachkunde konnte durch den „Großen Befähigungsnachweis“ oder durch die Ausnahmegenehmigung erbracht werden.³⁵

Die weitere Rechtsentwicklung in West-Berlin und Ost-Berlin verlief unterschiedlich; insoweit ist auf die folgenden Ausführungen zum Handwerksrecht in der DDR und der Bundesrepublik zu verweisen.

erließen; vgl. dazu Küffner, Gerhard: Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung. Dissertation Erlangen 1977. 300 Fn 1; vgl. auch Anlage 4 in Reuss, Gewerberecht; Schwindt, HwO, A. Einleitung, 27.

³¹ Reuss, Gewerbefreiheit, 28, 29.

³² Sehr ausführlich Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 300 ff.; vgl. auch BVerwG, Urteil v. 14.05. 1963, GewArch 1963, 232, 233; Haußleitner, Probleme der neuen Handwerksordnung, DVBl. 1953, 558–562, 559.

³³ Gesetz über die Gewerbefreiheit vom 21. Oktober 1949 (VOBl. I S. 417).

³⁴ Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über die Gewerbefreiheit vom 19. Dezember 1950 (VOBl. I S. 656).

³⁵ Vgl. BVerwG, Urteil v. 24.04. 1969, GewArch 1969, 256, 257; Hartmann/Philipp, HwO, Die Entwicklung des Handwerksrechts seit Einführung der Gewerbeordnung, 8.

3. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung in der DDR

Grundlage für die Ausübung des Handwerks in der DDR war das Gesetz zur Förderung des Handwerks vom 9. August 1950³⁶ in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes zur Förderung des Handwerks vom 12. März 1958³⁷; zu dem Gesetz wurden einschlägige Durchführungsbestimmungen erlassen. § 14 HandwG umschrieb Handwerksbetriebe unter anderem als Betriebe, in denen eine Tätigkeit ausgeübt wird, die im Verzeichnis der Handwerksberufe enthalten ist und deren Inhaber nach den Bestimmungen dieses Gesetzes und den dazu erlassenen Durchführungsbestimmungen in die Handwerksrolle eingetragen sind. In Handwerksbetrieben durften grundsätzlich nicht mehr als zehn Personen beschäftigt werden.³⁸ Die 8. Durchführungsbestimmung zum Gesetz zur Förderung des Handwerks vom 27. November 1957 enthielt das Verzeichnis der Berufe beziehungsweise Tätigkeiten, die handwerksmäßig selbstständig betrieben werden konnten.³⁹ Unter fortlaufenden Nummern wurden 157 Handwerksberufe genannt, wobei das Verzeichnis die handwerklichen Tätigkeiten stark differenzierte. Der Inhaber eines Handwerksbetriebes musste grundsätzlich durch die Ablegung der Meisterprüfung den Befähigungsnachweis erbracht haben, §§ 2, 3 Abs. 2 HandwG. Ausnahmegenehmigungen konnten mit der ausdrücklichen Auflage, spätestens innerhalb eines Jahres nach Eröffnung des Betriebes die Meisterprüfung abzulegen, gemäß § 3 Abs. 3 HandwG erteilt werden. Einzelheiten, etwa bezüglich der Voraussetzungen und Zuständigkeiten, regelte die Zweite Durchführungsbestimmung zum Gesetz zur Förderung des Handwerks vom 27. Juni 1951;⁴⁰ so mussten die fachlichen Voraussetzungen nachgewiesen werden. Neben der Ausnahmegenehmigung stand die Befreiung von der Meisterprüfung gemäß § 3 Abs. 4 HandwG; begünstigter Personenkreis waren Personen, die mindestens 50 Jahre alt waren mit mindestens 20-jähriger Fachtätigkeit. Eingeschränkt wurde diese Regelung durch § 2 Abs. 5 der 2. Durchführungsbestimmung zum HandwG, wonach eine Befreiung für bestimmte Gesundheitshandwerke und andere Gefahrenhandwerke nicht zulässig war.

Durch Verordnung vom 1. März 1951 galt das Gesetz zur Förderung des Handwerks auch in Ost-Berlin.

³⁶ Gesetz zur Förderung des Handwerks vom 9. August 1950 (GBl. S. 827).

³⁷ Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Förderung des Handwerks vom 12. März 1958 (GBl. I S. 261).

³⁸ Ausführlich Knoblich, Peter: Die Ordnung des Handwerks in beiden deutschen Staaten. Dissertation Würzburg 1976. 255, 256.

³⁹ 8. Durchführungsbestimmung zum Gesetz zur Förderung des Handwerks vom 27. November 1957 (GBl. I Nr. 78 S. 651) in der Fassung der 9. Durchführungsbestimmung vom 26. April 1958 (GBl. I Nr. 32 S. 407).

4. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik

Nach der Gründung der Bundesrepublik und dem Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949 bestand die Notwendigkeit, die starke Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Handwerksrechts zu beseitigen. Diese spiegelte sich insbesondere im Verhältnis der Regelungen in der Britischen und Französischen Zone zu denen in der Amerikanischen Zone wider. Das Handwerk drängte daher auf eine bundeseinheitliche Handwerksordnung.

I. Die Entstehung der Handwerksordnung

Um eine bundeseinheitliche Regelung des Handwerksrechts zu erreichen und nicht zuletzt den Großen Befähigungsnachweis wieder für das ganze Bundesgebiet einzuführen, also auch in der Amerikanischen Zone, wurde am 6. Oktober 1950 ein Initiativantrag der Koalitionsparteien über den Erlass eines Gesetzes zur Handwerksordnung in den Bundestag eingebracht.⁴¹ Einer der wesentlichen Punkte dieser neuen Handwerksordnung war die einheitliche Wiedereinführung des Großen Befähigungsnachweises als Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe in § 29 des Entwurfes. Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung als Eintragungsvoraussetzung in die Handwerksrolle wurde ebenfalls in das Gesetz aufgenommen. Diese sollte gemäß § 30 des Entwurfes in besonderen Fällen durch die höhere Verwaltungsbehörde nach Anhörung der Handwerkskammer bewilligt werden. Der Bundesminister für Wirtschaft sollte gemäß § 1 Abs. 2 des Entwurfes ermächtigt werden, in Benehmen mit den Landeswirtschaftsministerien Bestimmungen darüber zu erlassen, welche Gewerbe handwerksmäßig betrieben werden konnten und welche Handwerke als verwandte Handwerke gelten sollten.

Nach der ersten Lesung des Gesetzentwurfes im Bundestag wurde der Entwurf mit der Zustimmung aller Parteien an den Ausschuss für Wirtschaftspolitik überwiesen. Mit der Bearbeitung der Gesetzesvorlage beauftragte der Ausschuss die von ihm gebildete Unterkommision „Handwerksordnung“, die in 53 Sitzungen die Empfehlungen an den Ausschuss für Wirtschaftspolitik vorbereitete. Bevor sich die Unterkommision in ihrer ersten Sitzung mit dem Gesetzentwurf befasste, setzte sie sich mit der Frage auseinander, inwieweit sich die deutsche Gesetzgebung auf dem Gebiet des Handwerk mit den zur damaligen Zeit noch geltenden alliierten Bestimmungen vereinbaren ließ. Dabei ging es insbesondere um den Großen Befähigungsnachweis, der im Widerspruch zu den amerikanischen Bestimmungen stand. Denn die Militärregierung betrachtete die Meisterprüfung als Voraussetzung der selbststän-

⁴⁰ Zweite Durchführungsbestimmung zum Gesetz zur Förderung des Handwerks vom 27. Juni 1951 (GBl. S. 649).

⁴¹ Antrag der Fraktionen der CDU/CSU, FDP und DP, Entwurf eines Gesetzes für die Handwerksordnung, BT-Drucksache Nr. 1428.

digen Handwerksausübung als Einschränkung der Gewerbefreiheit. Fragen der Gewerbefreiheit aber wurden bei den amerikanischen Alliierten als Bestandteil der Dekartellierung angesehen; in diesen Fällen war die Bundesregierung verpflichtet, die Gesetze zur Ratifizierung vorzulegen.

Darüber hinaus musste der Große Befähigungsnachweis, um ihn zur tragenden Säule der neuen Handwerksordnung machen zu können, mit dem Artikel 12 Abs. 1 GG vereinbar sein. Die Berufsausübung konnte entsprechend Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 GG nur dann geregelt werden, falls es das öffentliche Interesse erforderte. In den Beratungen kam die Unterkommission zu dem Ergebnis, dass es nur noch einen Befähigungsnachweis geben sollte, der zum selbstständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe, zur Führung des Meistertitels in Verbindung mit dem Handwerk, in dem die Prüfung abgelegt wurde, und zum Halten und Anleiten von Lehrlingen in Handwerksbetrieben berechtigen sollte. Eine Unterscheidung zwischen einem Großen und einem Kleinen Befähigungsnachweis, wie ihn die Dritte Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 getroffen hatte, sollte in der neuen Handwerksordnung nicht mehr enthalten sein.⁴²

Regelfall für die Erteilung des Befähigungsnachweises sollte die Meisterprüfung sein. Während der Beratungen wurde auch die Frage der Aufnahme einer Regelung bezüglich der Erteilung des Befähigungsnachweises in Ausnahmefällen aufgeworfen.⁴³ Erörtert wurden diesbezüglich die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung; es wurde diskutiert, ob bestimmte Personengruppen, für die diese Ausnahme in erster Linie geschaffen werden sollte, im Gesetzestext ausdrücklich erwähnt werden sollten. Auch die Frage der Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung wurde diskutiert; ebenso die Frage, ob die Ausnahmegewilligung nicht nur das Recht zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks, sondern auch das Recht, Lehrlinge zu halten und anzuleiten, verschaffen sollte.

Welche Gewerbe handwerksmäßig betrieben werden konnten, sollte nach Willen der Unterkommission durch den Gesetzgeber durch eine Positivliste festgelegt werden, die der Handwerksordnung als Anlage angefügt werden sollte; umfassen sollte sie, in sieben Gruppen aufgeteilt, 93 Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden konnten.

Nach weiteren fünf Sitzungen des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, in denen dieser die Empfehlungen der Unterkommission „Handwerksordnung“ beriet, wurde der Gesetzentwurf zur Ordnung des Handwerks in der 258. Sitzung des Deutschen Bundestages am 26. März

⁴² v. Turegg, Kurt Egon: Der Befähigungsnachweis im Handwerk. NJW 1954, 96–98. 96.

⁴³ Ausführlich dazu Schwannecke, Holger.: Die Deutsche Handwerksordnung. Loseblattsammlung. Stand 42. Lieferung Dezember 2008. Berlin 2008. Einleitung, 11 ff.

1953 mit den Stimmen der Abgeordneten aller Parteien - mit Ausnahme der Kommunistischen Partei - in drei Lesungen nach geringfügigen Änderungen verabschiedet.⁴⁴ Der Bundesrat stimmte am 24. April 1953 einstimmig dem Gesetzentwurf zu.

Das neue Gesetz zur Ordnung des Handwerks, die Handwerksordnung, bestimmte in § 1 Abs. 1 HwO 1953, dass der selbstständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen oder juristischen Personen gestattet ist. Handwerksbetrieb im Sinne der Handwerksordnung war nach § 1 Abs. 2 HwO 1953 der Gewerbebetrieb, der handwerksmäßig betrieben wird und zu einem in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten Gewerbe gehört. Regelmäßige Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle war gemäß § 7 Abs. 1 HwO 1953 die in dem zu betreibenden Handwerk abgelegte Meisterprüfung. Eine Eintragung konnte gemäß § 7 Abs. 2 HwO 1953 auch in Ausnahmefällen ohne Ablegung der Meisterprüfung erfolgen; weitere Regelungen bezüglich des Verfahrens, der Nebenbestimmungen und des Rechtsschutzes betreffend die Ausnahmebewilligung enthielt § 8 HwO 1953. Das Betriebsleiter-Privileg sollte für juristische Personen sowie für handwerkliche Nebenbetriebe bestimmter gewerblicher Betriebe gelten, § 7 Abs. 2 und 3 HwO 1953.

Aufgrund des geltenden Besatzungsrechtes, insbesondere der Direktiven der amerikanischen Militärregierung über die Einführung der Gewerbefreiheit, bedurfte die Handwerksordnung zur Inkraftsetzung der Zustimmung der Hohen Alliierten Kommission. Zwar hatte die Bundesregierung auf eine formale Vorlage des Gesetzes verzichtet; durch einen deutschen Gesetzgebungsakt konnten die Direktiven der amerikanischen Militärregierung aber nicht außer Kraft gesetzt werden. Nach einem Briefwechsel zwischen Bundeskanzler Adenauer und dem Hohen Kommissar der Vereinigten Staaten für Deutschland⁴⁵ erteilte dieser die Zustimmung am 9. September 1953⁴⁶. Die Handwerksordnung wurde am 17. September 1953 verkündet, am 23. September 1953 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und trat am 24. September 1953 in Kraft. § 124 HwO 1953 enthielt eine Berlin-Klausel, wonach die Handwerksordnung mit einer geringfügigen Einschränkung auch im Land Berlin gilt. Das Berliner Abgeordnetenhaus hat die Übernahme der Handwerksordnung am 21. Mai 1953 beschlossen; das Gesetz zur Übernahme des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks wurde am 28. September 1953 verkündet und ist mit Wirkung vom 24. September 1953 in Kraft getreten.⁴⁷

⁴⁴ Handwerksordnung (Gesetzentwurf zur Ordnung des Handwerks), BT-Drucksache 4172; vgl. auch Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu BT-Drucksache 4172.

⁴⁵ Abgedruckt in Schwannecke, HwO, Einleitung, 45 ff.

⁴⁶ Vgl. BVerwG, Beschluss v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 250.

II. Die „Handwerkerentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts

Maßgeblich für die Zustimmung der Hohen Alliierten Kommission war die Zusicherung von Bundeskanzler Adenauer in dem Schriftwechsel mit dem Hohen Kommissar, dass das Bundesverfassungsgericht die Frage der Vereinbarkeit der Handwerksordnung mit dem Grundgesetz behandeln werde, sobald ihm ein entsprechender Fall zur Entscheidung vorliegt.⁴⁸

In seinem Beschluss vom 17. Juli 1961 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Bestimmungen des Großen Befähigungsnachweises als Voraussetzung zum Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe mit dem Grundgesetz vereinbar sind.⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht definiert auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach den §§ 7 Abs. 2 und 8 HwO 1953. Diese soll den Zweck haben, die Freiheitsbeschränkung des Einzelnen, die in dem Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises liegt, zu mildern. Ohne Zweifel ist der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961 die Grundsatzentscheidung zum Handwerksrecht.⁵⁰

Die Entscheidung hat gemäß § 31 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG⁵¹ Gesetzeskraft; sie wurde durch den Bundesminister der Justiz am 2. Oktober 1961 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht.⁵²

III. Die Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 1965

Zwölf Jahre nach Inkrafttreten der Handwerksordnung erfolgte im Jahr 1965 die erste Novellierung der Handwerksordnung.⁵³ Am 16. September 1965 trat das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, die sogenannte Handwerksnovelle, in Kraft.⁵⁴

⁴⁷ Gesetz zur Übernahme des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 28. September 1953 (GVBl. S. 1164).

⁴⁸ Abgedruckt in Schwannecke, HwO, Einleitung, 46 ff.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss v. 17. Juli 1961, BVerfG 13, 97; ebenso zuvor OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 01.02. 1954, GewArch 1956/1957, 43; Hamburgisches OVG, Urteil v. 26.01. 1955, GewArch 1956/1957, 45; dagegen OVG Lüneburg, Beschluss v. 19.01. 1955, GewArch 1955/1956, 15; vgl. auch Handwerksrechts-Institut München e. V.: Handwerksordnung und Grundgesetz. Drei Rechtsgutachten. München 1954; Maunz, Theodor: Handwerksberuf und Grundgesetz. GewArch 1955/1956, 101–106.

⁵⁰ Vgl. Reuß, Wilhelm: Das Bundesverfassungsgericht zur Handwerksordnung. DVBl. 1961, 865–871; Kollner, Werner: Befähigungsnachweis im Handwerk mit dem Grundgesetz vereinbar. GewArch 1961, 193–196; Britsch, ohne Vorname: Zur Frage der Auswirkungen der Handwerksentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. GewArch 1962, 1–3; Webers, Gerhard: Das Handwerk im Spiegel des Grundgesetzes – Die Handwerksordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. WiVerw 2001, 260–276.

⁵¹ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz-BVerfGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 5 G v. 5.2. 2009 (BGBl. I S. 160).

⁵² Bundesminister der Justiz vom 2. Oktober 1961, Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu §§ 1 und 7 Abs. 1 und 2 der Handwerksordnung (BGBl. I 1853).

⁵³ Vgl. dazu Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen (18. Ausschuss), BT-Drucksache IV/2335; Honig, Gerhard: Die neue Handwerksordnung. GewArch 1966, 25–30; Nauermann, Carl: Übersicht über die wesentlichsten Änderungen der Handwerksordnung. DB 1965, 1084–1086; Siebert, Albrecht: Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung. BB 1965, 1090–1093.

⁵⁴ Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1254); zitiert HwO-Novelle 1965.

Im Gesetz wurde zunächst durch § 1 Abs. 2 HwO 1965 klargestellt, dass ein Handwerk auch dann vorliegt, wenn es nicht vollständig, sondern nur in seinen wesentlichen Tätigkeiten ausgeübt wird.

Die Bestimmungen über die Ausnahmegewilligung, die nach der Novellierung die Vorschrift des § 8 HwO 1965 zusammenfasst, wurden ebenfalls ergänzt und erweitert. Der neue § 8 Abs. 1 HwO 1965 entsprach § 7 Abs. 2 HwO 1953; eingefügt in das Gesetz wurde zur Klarstellung eine Legaldefinition des Ausnahmefalls, § 8 Abs. 1 Satz 2 1965. Eine entscheidende Neuerung war die Möglichkeit der Erteilung einer auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkten Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO 1965. Die in der Handwerksordnung in § 8 Abs. 2 HwO 1953 genannten zulässigen Nebenbestimmungen wurden um die Auflage erweitert. Weitere Änderungen gab es bezüglich der Anhörung Dritter und des diesbezüglichen Verfahrens. Der neue § 9 HwO 1965 regelte die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für Angehörige der EWG-Mitgliedstaaten; aufgrund einer Verordnungsermächtigung in dieser Vorschrift wurde im Jahr 1966 die „Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle“ vom 04. August 1966 erlassen.⁵⁵

Die Anlage A zur Handwerksordnung 1965 umfasste nach einer Änderung nunmehr 125 Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden konnten.

IV. Die Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 1994

Eine weitere Novellierung der Handwerksordnung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, anderer handwerksrechtlicher Vorschriften und des Berufsbildungsgesetzes vom 20. Dezember 1993⁵⁶, das am 1. Januar 1994 in Kraft trat.⁵⁷

Kern der HwO-Novelle 1994 war, im Interesse der Verbraucher und der Handwerker die Möglichkeiten zur „Leistung aus einer Hand“ zu verbessern. Unter Beibehaltung des Großen Befähigungsnachweises sollte der Zugang zur Handwerksausübung erleichtert werden. Als neues Rechtsinstrument wurde die Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO 1994 in das Gesetz eingefügt. Eine einschneidende Änderung brachte der neue § 8 Abs. 1 HwO 1994 bezüglich des Zeitpunkts der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung durch den Antragsteller; Neuregelungen gab es auch zum Nachweis der notwendigen Kenntnisse und

⁵⁵ VO Handwerk EWG v. 04.08. 1966 (BGBl. I S. 469).

⁵⁶ Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, anderer handwerksrechtlicher Vorschriften und des Berufsbildungsgesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2256); zitiert HwO-Novelle 1994.

⁵⁷ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P. vom 20.10. 1993, BT-Drucksache 12/5918, zitiert Begründung HwO-Novelle 1994; Erdmann, Joachim: Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht. NdsVBl. 1995, 270–274; Schwappach, Jürgen: Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen

Fertigkeiten nach § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO 1994 sowie der Beteiligung der Innung oder Berufsvereinigung nach § 8 Abs. 3 HwO 1994.

Im Rahmen der HwO-Novelle 1994 erfolgte eine erhebliche Reduzierung der Anlage A; diese enthielt nunmehr nur noch 94 Gewerbe, die weiterhin in sieben Berufsgruppen aufgeteilt waren.

V. Die Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 1998

Schon vier Jahre später, im Jahr 1998, wurde die Handwerksordnung erneut novelliert. Am 1. April 1998 trat das Zweite Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften in Kraft.⁵⁸ Die Novelle ging zurück auf einen Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P.⁵⁹

Schwerpunkt der Novellierung war die Überarbeitung der Anlage A zur Handwerksordnung.⁶⁰ Gleichzeitig wurden Vorschriften über die Berechtigung zum selbstständigen Betrieb eines Handwerks geändert. Die Definition des Begriffs des Handwerksbetriebs in § 1 Abs. 2 HwO erfuhr eine sprachliche Änderung. Die Vorschrift der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO wurde bezüglich der Nebenbestimmungen erweitert; gleiches gilt für die Vorschrift des § 8 HwO, die in ihrem Abs. 1 die Ablegung bestimmter Prüfungen als Ausnahmegrund anerkannte.

VI. Die Novellierung der Handwerksordnung 2003/2004

Ende 2003 und Anfang 2004 erfolgte die bisher umfassendste Novellierung der Handwerksordnung. Am 30. Dezember 2003 trat das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen, die sogenannte „Kleine HwO-Novelle“, in Kraft;⁶¹ 48 Stunden später, am 1. Januar 2004, das Dritte Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, die „Große HwO-Novelle“.⁶²

Die erneute Novellierung der Handwerksordnung ging zurück auf eine Gesetzesinitiative der Bundesregierung. Bereits angekündigt im Rahmen der Regierungserklärung von Bundes-

der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO. GewArch 1994, 308–312; Schwappach, Jürgen: Die neue Handwerksordnung. GewArch 1993, 441–445.

⁵⁸ Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften (BGBl. I S. 596); zitiert HwO-Novelle 1998.

⁵⁹ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 13/9388, zitiert Begründung HwO-Novelle 1998.

⁶⁰ Ausführlich Schwannecke, Holger. Heck, Hans-Joachim: Die neue Handwerksordnung. GewArch 1998, 305–317; Kolb, Heinrich L.: Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften. GewArch 1998, 217–223.

⁶¹ Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen vom 24.12. 2003 (BGBl. I S. 2933); zitiert Kleine HwO-Novelle 2004.

⁶² Drittes Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24.12. 2003 (BGBl. I S. 2934); zitiert HwO-Novelle 2004.

kanzler Schröder vom 14. März 2003, sollten durch zwei getrennte Gesetzentwürfe im Handwerk mehr Existenzgründungen und die Entstehung von mehr Beschäftigung erreicht werden. Durch die Aufspaltung der Novellierung in zwei Gesetze, bei denen eines nicht der Zustimmung des Bundesrates bedurfte, wollte die Bundesregierung vermeiden, dass die unionsgeführten Länder im Bundesrat das Gesetzesvorhaben insgesamt verhinderten.⁶³

Ziel des Entwurfes zur Kleinen HwO-Novelle⁶⁴, die nach Meinung der Bundesregierung nicht der Zustimmung des Bundesrates bedurfte,⁶⁵ war eine Klarstellung, welche Tätigkeiten nicht zum Kernbereich eines Handwerks gehören sollten, also keine wesentlichen Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO sind. Das Gesetz sollte flankierende Funktion zu den „Hartz-Gesetzen“ über Reformen am Arbeitsmarkt haben und möglichst zeitnah in Kraft treten.

Ein wesentlicher Eckpunkt des Entwurfes zur Großen HwO-Novelle 2004 war die Begrenzung der Meisterpflicht auf 29 Gefahrenhandwerke,⁶⁶ die übrigen 65 Handwerke der Anlage A zur Handwerksordnung 1998 sollten in eine neue Anlage B 1 als „zulassungsfreie Handwerke“ überführt werden. Eine sogenannte „Altgesellenregelung“ als neues Rechtsinstitut in Form einer Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO sollte Gesellen nach langjähriger Tätigkeit das Recht auf selbstständige Ausübung ihres Handwerks gewähren. Weiter sah der Gesetzentwurf Änderungen des § 8 HwO vor sowie als weiteres neues Rechtsinstitut die Bescheinigung gemäß § 9 Abs. 2 HwO. Diese sollte für lediglich grenzüberschreitende Handwerkstätigkeiten von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder anderer Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraums eine Regelung zur Zulassung zur Handwerksausübung treffen.

Die Bundestagsfraktionen der CDU/CSU und der FDP sprachen sich, wenn auch in bestimmten Punkten voneinander abweichend, in eigenen Anträgen dagegen für die Beibehaltung des Großen Befähigungsnachweises, die Aufnahme zusätzlicher Kriterien für die Anlage A sowie eine weniger einschneidende Altgesellenregelung aus.⁶⁷

Nach Meinung des Bundesrates, dem der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stellungnahme zugeleitet wurde, zielte dieser auf eine Aushöhlung des Großen Befähigungsnachwei-

⁶³ Vgl. Kormann, Joachim. Hüpers, Frank: Das neue Handwerksrecht. München 2004. 14, 15.

⁶⁴ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen, BT-Drucksache 15/1089; zitiert Begründung Kleine HwO-Novelle 2004.

⁶⁵ Schulze, Roland: Erleichterung von Existenzgründungen und Förderung von Kleinunternehmen im Bereich einfacher Tätigkeiten. GewArch 2003, 283–288. 283.

⁶⁶ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung sowie anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 15/1206; zitiert Text/Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004; inhaltlich identisch war der Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung sowie anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 15/1481; zitiert Text/Begründung Entwurf Bundesregierung HwO-Novelle 2004.

ses ab, insbesondere durch die Reduzierung der Anlage A auf 29 Gewerke.⁶⁸ Die Beschränkung des Großen Befähigungsnachweises auf die sogenannten Gefahrenhandwerke bedeute einen Paradigmenwechsel; die Handwerksordnung würde den allgemeinen Gefahrenabwehrovorschriften zugeordnet und wäre keine spezifische Regelung mehr für den Wirtschaftsbe-
reich Handwerk. Als maßgebliche Kriterien für die Anlage A seien zusätzlich der Verbraucherschutz sowie die Ausbildungsleistung des jeweiligen Handwerks zu berücksichtigen. Die vorgesehene Regelung für die sogenannten Altgesellen sei wegen des gänzlichen Verzichts auf den Befähigungsnachweis nicht vertretbar.

Die Bundesregierung wies diese Kritik an ihrem Gesetzesvorhaben zurück;⁶⁹ der Bundestag nahm am 27. November 2003 den Gesetzentwurf der Regierungsfractionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN an.⁷⁰ Am 28. November 2003 beschloss der Bundesrat die Anrufung des Vermittlungsausschusses.⁷¹

Der Gegenentwurf des Bundesrates, verabschiedet am 17. Oktober 2003 mit der Mehrheit der unionsgeführten Länder, unterschied sich in einigen Punkten wesentlich von den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und Regierungsfractionen.⁷² So sollten Kriterien für die Eingruppierung eines Handwerks in die Anlage A der Beitrag zur Ausbildungsleistung, Leistungsfähigkeit und Leistungsstand sowie Verbraucherschutz, Umweltschutz und Gefahrenabwehr sein. Eine sofortige Reduzierung der Anlage A war im Gesetzentwurf des Bundesrates nicht enthalten. Die Altgesellenregelung sollte in die Vorschrift zur Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO eingefügt werden; für handwerkliche Tätigkeiten auf der Grundlage gemeinschaftsrechtlicher Regelungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr war die Einführung der neuen Instruments der EU-Handwerksbescheinigung nach § 9 HwO vorgesehen. Die Möglichkeit der Übertragung der Zuständigkeit für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen nach § 8 HwO, der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO und der EU-Handwerksbescheinigung nach § 9 HwO sollte bezüglich der Handwerkskammern erweitert werden. Der Gesetzentwurf des Bundesrates wurde von der Bundesregierung abgelehnt.⁷³

⁶⁷ Antrag der Abgeordneten Hinsen, Wöhr, Laumann u. a. und der Fraktion der CDU/CSU, „Handwerk mit Zukunft“, BT-Drucksache 15/1107; Antrag der Abgeordneten Brüderle, Brunkhorst, Burgbacher u. a., „Meisterbrief erhalten und Handwerksordnung zukunftsfest machen“, BT-Drucksache 15/1108.

⁶⁸ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Anlage 2 zu BT-Drucksache 15/1481.

⁶⁹ Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Anlage 3 zu BT-Drucksache 15/1481.

⁷⁰ Vgl. BT-Drucksache 15/2120.

⁷¹ Vgl. BR-Drucksache 872/03.

⁷² Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung und Zukunftssicherung des Handwerks, BT-Drucksache 15/2138; zitiert Text/Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004; dieser ging zurück auf einen Gesetzesantrag des Freistaates Bayern, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung und Zukunftssicherung des Handwerks, BR-Drucksache 466/03; zitiert Text/Begründung Entwurf Freistaat Bayern HwO-Novelle 2004; ausführlich dazu und zu den kleineren Änderungen Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 17, 18.

Ergebnis des Vermittlungsverfahrens, dessen Gegenstand sowohl die Kleine HwO-Novelle als auch die Große HwO-Novelle waren, war die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 16. Dezember 2003 an den Bundestag. Einer der wesentlichen Punkte hinsichtlich der Großen Novelle war der Verbleib von 41 Handwerken in der Anlage A; 53 nunmehr zulassungsfreie Handwerke wurden in die neue Anlage B Abschnitt 1 verschoben. Die in der Anlage A verbliebenen Handwerke sind entweder gefahrgeneigt oder erbringen eine besondere Ausbildungsleistung; teilweise vereinigen sie beide Kriterien. Die Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO enthält als neue Vorschrift eine Regelung für Gesellen, die sich nach mehrjähriger Berufserfahrung unter bestimmten Voraussetzungen selbstständig machen können. Als zentrale Regelung zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung durch EU- und EWR-Ausländer wurde § 9 Abs. 2 HwO, der die Erteilung einer sogenannten „Bescheinigung“ für diese Fälle regelt, in das Gesetz aufgenommen.⁷⁴ Sonderregelungen für die Ausübung „einfacher Tätigkeiten“, wie sie die Kleine HwO-Novelle vorsah, wurden in § 1 Abs. 2 HwO eingefügt, wobei deren Zulässigkeit in bestimmter Hinsicht begrenzt ist.

Die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu beiden HwO-Novellen⁷⁵ wurde vom Bundestag am 19. Dezember 2003 angenommen; am selben Tag stimmte der Bundesrat beiden Gesetzen zu.⁷⁶

VII. Die Änderung der Handwerksordnung durch das Berufsbildungsreformgesetz

Eine weitere wesentliche Änderung der Handwerksordnung erfolgte durch Artikel 2 des Gesetzes zur Reform der beruflichen Bildung vom 23. März 2005.⁷⁷ Kernstück des Gesetzes war die Neufassung des Berufsbildungsgesetzes; dadurch bedingt mussten die Ausbildungsregelungen der Handwerksordnung entsprechend angepasst werden, um gleiche rechtliche Rahmenbedingungen für die Berufsbildung im Handwerk und im Anwendungsbereich des Berufsbildungsgesetzes zu erhalten. Nicht angeglichen wurden allerdings handwerksspezifische Regelungen.⁷⁸

Auch die Vorschrift des § 8 HwO 2004 musste den neuen Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes angepasst werden. Die Angaben zu den in § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 2004 ge-

⁷³ Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung und Zukunftssicherung des Handwerks, BT-Drucksache 15/2138, Anlage 2.

⁷⁴ Ausführlich zur Novelle Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht; Schwannecke, Holger. Heck, Hans-Joachim: Die Handwerksordnungsnovelle 2004. GewArch 2004, 393–399; Müller, Martin: Die Novellierung der Handwerksordnung 2004. NVwZ 2004, 403–412.

⁷⁵ Der Vermittlungsausschuss hatte beschlossen, dass im Deutschen Bundestag über die Änderungen gemeinsam abzustimmen ist, vgl. BT-Drucksache 15/2246.

⁷⁶ BR-Drucksache 946/03 und BR-Drucksache 947/03.

⁷⁷ Gesetz zur Reform der beruflichen Bildung (Berufsbildungsreformgesetz-BerBiRefG) vom 23. März 2005 (BGBl. I S. 931), zuletzt geändert durch Art 232 V v. 31.10. 2006 (BGBl. I 2407).

nannten Prüfungen, die einen Ausnahmegrund darstellen, wurden durch neue Angaben ersetzt. Zum einen handelt es sich dabei um lediglich redaktionelle Änderungen; zum anderen wurden zuvor bestehende Sondervorschriften im Berufsbildungsgesetz bezüglich bestimmter Prüfungen in neue Vorschriften integriert, was ebenfalls Änderungen bedingte.⁷⁹

VIII. Die Änderungen durch das Zweite Mittelstands-Entlastungsgesetz

Mit dem „Zweiten Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft“ vom 7. September 2007⁸⁰ erfolgte durch Art. 9 a die letzte Änderung im Ausnahmbewilligungsrecht der Handwerksordnung. Diese war nicht zuletzt deshalb erforderlich, um europarechtliche Vorgaben zur Anerkennung von Berufsqualifikationen in nationales Recht umzusetzen. Die Verordnungsermächtigung in § 9 Abs. 1 HwO wurde neu gefasst; dabei betrifft der neue § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO die EU-Niederlassungsfreiheit und die EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit, § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HwO die EU-Dienstleistungsfreiheit. Die Regelung in dem bisherigen § 9 Abs. 2 HwO, der die Erteilung der „Bescheinigung“ in Dienstleistungsfällen betraf, war damit gegenstandslos und wurde aufgehoben. Darüber hinaus werden in dem neuen § 22 b Abs. 2 Nr. 2 c HwO die Voraussetzungen der Ausbildungsbefugnis von Inhabern einer Ausnahmbewilligung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO geregelt.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat bereits am 20. Dezember 2007 von seiner Verordnungsermächtigung aus § 9 Abs. 1 HwO Gebrauch gemacht und die neue „Verordnung über die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks“⁸¹ verkündet. Die neue EU/EWR HwV differenziert dabei zwischen zwei zentralen Bereichen: Zum einen werden die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO geregelt. Zum anderen wird die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO erfasst. Auch in der EU/EWR HwV haben europarechtliche Vorgaben betreffend die Anerkennung von Berufsqualifikationen sowie die Intention des europäischen Gesetzgebers, den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr zu erleichtern, entscheidenden Niederschlag gefunden.

⁷⁸ Vgl. Begründung Gesetzentwurf der Bundesregierung, Gesetz zur Reform der beruflichen Bildung (Berufsbildungsreformgesetz-BerBiRefG), BT-Drucksache 15/3980, 63.

⁷⁹ Begründung Gesetzentwurf der Bundesregierung Berufsbildungsreformgesetz, BT-Drucksache 15/3980, 63.

⁸⁰ Zweites Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft“ vom 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246).

⁸¹ Verordnung über die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks (EU/EWR – Handwerk-Verordnung- EU/EWR HwV) vom 20. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3075).

2. Kapitel: Die Eintragungsvoraussetzungen in die Handwerksrolle

Die Berechtigung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks ist vom formalen Akt der Handwerksrolleneintragung abhängig. Die Handwerksordnung enthält die maßgeblichen Vorschriften zur Handwerksrolle und bestimmt die einzelnen Eintragungsvoraussetzungen. Zudem ist die Eintragung in die Handwerksrolle davon abhängig, ob es sich bei dem Gewerbebetrieb um einen Handwerksbetrieb im Sinne der Handwerksordnung handelt.

1. Abschnitt: Allgemeines

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO ist der selbstständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet.⁸² Der Begriff „Betrieb“ wird dabei im Sinne von „Betreiben“ verwendet, also die Ausübung eines Handwerks als Tätigkeit,⁸³ im Gegensatz zum sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes. Somit ist die Berechtigung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks von der Eintragung in die Handwerksrolle abhängig, wobei diese eine Gewerbeerlaubnis darstellt.⁸⁴

Da die Vorschriften der Handwerksordnung nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO nur für das stehende Gewerbe gelten, finden sie nicht auf das Reisegewerbe im Sinne des § 55 Abs. 1 GewO Anwendung.⁸⁵

I. Die Definition des zulassungspflichtigen Handwerksbetriebes

Die Definition des zulassungspflichtigen Handwerksbetriebes liefert § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO: Danach ist ein Gewerbebetrieb dann ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfasst, das in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind, also wesentliche Tätigkeiten. Diese Aussage des § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO fasst der Begriff „Vorbehaltsbereich“ zusammen; die Vorbehaltsbereiche bilden

⁸² Zur Unterscheidung zwischen zulassungspflichtigem und zulassungsfreiem Handwerk siehe 1. Kapitel 4. Abschnitt VI.

⁸³ OVG Hamburg, Urteil v. 19.12. 1990, GewArch 1990, 408, 409; Mallmann, Otto: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht. GewArch 1996, 89–96. 89; Detterbeck, Steffen: Das Recht des Handwerks. Kommentar. 4. Auflage. München 2008. § 1 Rn 23.

⁸⁴ Stober, Rolf: Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht. 14. Auflage. Stuttgart 2007. 134; Czybulka, Detlef: Gewerbenebenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht. In: Schmidt, Rainer: Öffentliches Wirtschaftsrecht. Besonderer Teil. I. Berlin 1995. 115–218. 121.

⁸⁵ Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Art. 92 G v. 17.12. 2008 (BGBl. I S. 2586); zur Abgrenzung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe vgl. Honig, Gerhart: Handwerksordnung. Kommentar. 4. Auflage. München 2008. § 1 Rn 22 ff; Tettinger, Peter. Wank, Rolf: Gewerbeordnung. Kommentar. 7. Auflage. München 2004. § 55 Rn 1.

den Kern des wirtschaftlichen Interesses an einer exklusiven Ausübung von Tätigkeiten.⁸⁶ Die beiden Merkmale des Handwerksbetriebes, die Handwerksmäßigkeit und die Handwerksfähigkeit, sind daher von maßgeblicher Bedeutung für das gesamte Handwerksrecht. Dies muss insbesondere deshalb gelten, weil es weder in der Handwerksordnung noch an anderer Stelle eine eindeutige Definition des Begriffs „Handwerk“ gibt; der Gesetzgeber hat sogar bewusst auf eine Definition verzichtet.⁸⁷

1. Betrieb eines Gewerbes der Anlage A

Ein Handwerksbetrieb im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO kann nur der Betrieb eines in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten zulassungspflichtigen Handwerks sein. Die Anlage A, die sogenannte Positivliste, umfasst nach der HwO-Novelle 2004 nunmehr 41 zulassungspflichtige Handwerke. Die Frage, ob es sich bei der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit um die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks handelt, lässt sich anhand der Positivliste meist ohne Schwierigkeiten beantworten. Abgrenzungsschwierigkeiten können allerdings dann entstehen, wenn zweifelhaft ist, ob die Gewerbeausübung bereits den Grad der „wesentlichen Tätigkeit“ erreicht hat. Durch eine Erweiterung des § 1 Abs. 2 HwO im Rahmen der HwO-Novelle 2004 durch den neuen § 1 Abs. 2 Satz 2 HwO werden die nicht wesentlichen Tätigkeiten von den wesentlichen Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO abgegrenzt.

Weder in der Handwerksordnung noch an anderer Stelle fand sich bis zur HwO-Novelle 2004 eine Definition des Begriffs „wesentliche Tätigkeiten“. Die Frage, welche Tätigkeiten für ein Handwerk wesentlich sind und damit unter dem Zulassungsvorbehalt der Handwerksordnung stehen, führte in der Verwaltungspraxis oft zu beträchtlichen Auslegungsschwierigkeiten, aus denen nicht selten Rechtsstreitigkeiten resultierten.

Um für Existenzgründer größere Rechtssicherheit zu schaffen und Abgrenzungsstreitigkeiten zwischen Handwerkern sowie Handwerkern und Nichthandwerkern weiter zu reduzieren, hatte der Gesetzgeber zunächst im Rahmen der HwO-Novelle 1998 die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO 1994 durch den Klammerbegriff „wesentliche Tätigkeiten“ ergänzt, wobei es sich dabei um eine sprachliche, nicht aber eine inhaltliche Änderung handelte. Der Gesetzgeber wollte durch diese sprachliche Anpassung die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur sogenannten „Kernbereichstheorie“ aufgreifen und deutlicher zum Ausdruck bringen.⁸⁸

⁸⁶ Fehling, Friedrich: Neuere Entwicklungen bei den Rechtsverordnungen für Meisterprüfungen im Handwerk. GewArch 2003, 41–46. 41.

⁸⁷ Ausdrücklich Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/3461, 3, 4.

⁸⁸ Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 20; Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 306; Kolb, Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, GewArch 1998, 217–223, 218; Honig, HwO, 4. A., § 1 Rn 47.

Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht nur die Ausübung „wesentlicher Tätigkeiten eines Handwerksberufes“ unter dem Zulassungsvorbehalt der Handwerksordnung, wobei diese nicht nur fachlich zu dem betreffenden Handwerk gehören, sondern gerade den Kernbereich dieses Handwerks ausmachen und ihm sein essenzielles Gepräge geben müssen.⁸⁹ Dagegen können Arbeitsvorgänge, die aus der Sicht eines vollhandwerklich arbeitenden Betriebes als untergeordnet erscheinen, also lediglich einen Randbereich des betreffenden Handwerks erfassen, die Annahme eines handwerklichen Betriebes nicht rechtfertigen. Arbeitsvorgänge, die – ihre einwandfreie Ausführung vorausgesetzt – wegen ihres geringen Schwierigkeitsgrades keine qualifizierten Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern, sondern deren einwandfreie Ausführung lediglich eine kurze Anlernzeit notwendig macht, sind danach keine wesentlichen Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO.⁹⁰ Eine kurze Anlernzeit definiert das Gericht bei einem durchschnittlich begabten Berufsanfänger als einen Zeitraum von zwei bis drei Monaten. Nicht wesentlich sind auch die Tätigkeiten, die zwar anspruchsvoll, aber im Rahmen des Gesamtbildes des betreffenden Handwerks nebensächlich sind und deswegen nicht die Kenntnisse und Fertigkeiten verlangen, auf welche die einschlägige handwerkliche Ausbildung hauptsächlich ausgerichtet ist.⁹¹ Damit ist ein Gewerbebetrieb nicht bereits deshalb Handwerksbetrieb, wenn in ihm Tätigkeiten eines in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten und damit handwerksfähigen Gewerbes ausgeführt werden.⁹²

Bei der Frage, ob im konkreten Fall eine Tätigkeit dem jeweiligen Handwerk vorbehalten ist, wurden seit jeher von Behörden und Gerichten auf die auf Grundlage des § 45 Abs. 1 HwO erlassenen Berufsbilder in den Meisterprüfungsverordnungen für das betreffende Handwerk Bezug genommen. Diese detaillierten und ausführlichen prüfungsbezogenen Berufsbilder beschreiben durch Aufzählung von Tätigkeiten, Kenntnissen und Fertigkeiten die Qualifikation, über die ein Handwerker verfügen muss, um sein Gewerbe „meisterhaft“ auszuüben. Eine Aufzählung von Tätigkeiten wird aber künftig in den neuen Berufsbildern nicht mehr erfolgen, da diese nach Änderung des § 45 Abs. 1 HwO keine Tätigkeiten mehr enthalten.⁹³

Allerdings weist das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass die Inhalte von Meisterprüfungsverordnungen zur Auslegung von Gewerbebezeichnungen

⁸⁹ BVerwG, Urteil v. 23.06. 1983, GewArch 1984, 96, 97 ; BVerwG, Urteil v. 25.02. 1992, GewArch 1992, 386.

⁹⁰ Ebenso Nds. OVG, Beschluss v. 30.06. 2003, GewArch 2003, 487, 488; VG Braunschweig, Urteil v. 29.03. 1999, GewArch 1999, 338; LG Kiel, Beschluss v. 12.02. 2001, GewArch 2001, 206, 207.

⁹¹ So ausdrücklich BVerwG, Urteil v. 25.02. 1992, GewArch 1992, 306.

⁹² BVerwG, Urteil v. 11.12. 1990, GewArch 1991, 231, 232; OLG Celle, Beschluss v. 19.07. 2002, GewArch 2002, 431; OLG Stuttgart, Urteil v. 25.01. 1991, GewArch 1991, 141, 142; Bay. VGH, Urteil v. 21.07. 1988, GewArch 1988, 331, 332; Detterbeck, HwO, 4. A., § 1 Rn 66; Erdmann, Joachim: Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit. Kommentar. Stuttgart 1996, § 1 Rn 152 ff.

⁹³ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 35; Honig, HwO, 4. A., § 1 Rn 56, § 45 Rn 4.

und der von ihnen erfassten Vorbehaltsbereiche nur „mit herangezogen“ werden dürfen.⁹⁴ Das Vorgesagte folgt daraus, dass die Berufsbilder als Prüfungsgrundlage gedacht sind. Die Berufsbilder enthalten einerseits „wesentliche“ Tätigkeiten des betreffenden Handwerks, aber auch anderer Handwerke. Andererseits umfassen die Berufsbilder einfache Tätigkeiten, anspruchsvolle Tätigkeiten, die nicht zum Kernbereich dieses Handwerks gehören und Tätigkeiten von zulassungsfreien Handwerken und handwerksähnlichen Gewerben. Da die Berufsbilder alle diese Elemente und damit Überschneidungen mit anderen Handwerken und mit nichthandwerklichen Gewerben enthalten, sind sie für die Abgrenzung und Bestimmung von Handwerksberufen ihrem erklärten Zweck nach, nämlich als Grundlage für ein geordnetes und einheitliches Meisterprüfungswesen, nur bedingt tauglich. Allerdings können die Berufsbilder, wenn man sie nicht schematisch, sondern wertend bezüglich der jeweiligen Tätigkeit in qualitativem Sinne anwendet, eine wichtige, letztlich unverzichtbare Entscheidungshilfe darstellen.⁹⁵

Der Gesetzgeber hat zur Klarstellung der Bedeutung der Berufsbilder in Bezug auf die Vorbehaltsbereiche im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO im Rahmen der HwO-Novelle 1998 den in § 45 Nr. 1 HwO 1994 enthaltenen Begriff „Berufsbild“ geändert in „Meisterprüfungsberufsbild“.⁹⁶ Begründet wurde die Änderung mit der Feststellung, Behörden, Gerichte und Handwerksorganisationen würden die Berufsbilder im Hinblick auf die Bedeutung „wesentlicher“ Tätigkeiten überbewerten.⁹⁷

Im Rahmen der Novellierung der Handwerksordnung 2004 hat es der Gesetzgeber erneut für erforderlich gehalten, durch eine gesetzliche Klarstellung zu § 1 Abs. 2 HwO die Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kernbereichstheorie in der Praxis zu erreichen und Rechtssicherheit zu schaffen.⁹⁸ Ziel des Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung

⁹⁴ BVerwG, Urteil v. 25.02. 1969, GewArch 1969, 107, 108; BVerwG, Urteil v. 23.06. 1983, GewArch 1984, 96, 97; BVerwG, Urteil v. 11.12. 1990, GewArch 1991, 231, 232; BVerwG, Urteil v. 25.02. 1992, GewArch 1992, 386, 387; BVerwG, Urteil v. 21.12. 1993, GewArch 1994, 199; BVerwG, Beschluss v. 22.10. 1997, GewArch 1998, 125; ebenso Bay. VGH, Urteil v. 21.07. 1988, GewArch 1988, 331, 332; Bay. VGH, Beschluss v. 10.04. 2006, GewArch 2007, 125; VG Göttingen, Urteil v. 05.07. 1994, GewArch 1994, 423, 424; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 1 Rn 56; Fröhler, Ludwig. Mörtel, Georg: Die „Berufsbildlehre“ des Bundesverfassungsgerichts. GewArch 1978, 249–259. 256, 257; Mörtel, Georg: Die Berufsbilder nach § 25 und § 45 der Handwerksordnung. WiVerw 1980, 88–124. 120, 121; unklar Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. A., 128.

⁹⁵ Vgl. Detterbeck, HwO, 4. A., § 45 Rn 13 ff.; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“. BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2001. GewArch 2001, 123–125, 123.

⁹⁶ Vgl. zum Begriff „Meisterprüfungsberufsbild A“ i.S.d. § 45 Nr. 1 HwO Dietrich, in: Schwannecke, HwO, § 45 Rn 1, 2.

⁹⁷ Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 21; Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 35; ebenso Kolb, Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, GewArch 1998, 217–223, 219; Fehling, Neuere Entwicklungen bei den Rechtsverordnungen für Meisterprüfungen im Handwerk, 41–46, 41, 42; kritisch mit überzeugenden Argumenten Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 309; vgl. auch Jahn, Ralf: Die Handwerksnovelle zum Akustik- und Trockenbau. GewArch 2000, 465–470. 466.

⁹⁸ Begründung Regierungsfractionen Kleine HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1089, 6; Schulze, Erleichterung von Existenzgründungen und Förderung von Kleinunternehmen im Bereich einfacher Tätigkeiten, GewArch 2003, 283–288, 283; Bundesminister Clement: Mehr Wachstum und Innovation im Handwerk. BMWi-Tagesnachrichten Nr. 11339 v. 04.06. 2003. GewArch 2003, 288–289. 289.

und zur Förderung von Kleinunternehmen war damit nicht, eine neue erleichterte materiellrechtliche Zugangsregelung zur Ausübung eines Handwerks zu schaffen.⁹⁹

Mit einer Umschreibung der „nicht wesentlichen Tätigkeiten“ in § 1 Abs. 2 HwO erfolgt nunmehr eine beispielhafte Negativabgrenzung gegenüber der für die Bejahung des Handwerksbetriebes auch weiterhin ausreichenden Ausübung wesentlicher Tätigkeiten, während der Begriff des Handwerks bislang positiv umschrieben war.¹⁰⁰

Der neu eingefügte Satz 2 in § 1 Abs. 2 HwO nennt dazu drei Fallkonstellationen, bei deren Vorliegen „insbesondere“ keine wesentliche Tätigkeiten ausgeübt werden.¹⁰¹ Keine wesentlichen Tätigkeiten sind zunächst solche, die in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten erlernt werden können, § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 HwO. Gleiches gilt, wenn diese Tätigkeiten eine längere Anlernzeit verlangen, aber für das Gesamtbild des betreffenden zulassungspflichtigen Handwerks nebensächlich sind und deswegen nicht die Fertigkeiten und Kenntnisse erfordern, auf die die Ausbildung in diesem Handwerk hauptsächlich ausgerichtet ist, § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 HwO. Schließlich sind die Tätigkeiten nicht wesentlich, die nicht aus einem zulassungspflichtigen Handwerk entstanden sind, § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 HwO. Durch die Beifügung des Wortes „insbesondere“ wird klargestellt, dass die Aufzählung nicht abschließend ist, sondern darüber hinaus weitere Konstellationen denkbar sind, handwerkliche Tätigkeiten als nicht wesentlich zu bewerten.¹⁰²

Allerdings gilt ein Kumulierungsverbot, um zu verhindern, dass mehrere für sich unwesentliche Tätigkeiten zu einer wesentlichen Vollhandwerkstätigkeit anwachsen: Die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Satz 3 HwO bestimmt, dass die Ausübung mehrerer Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 HwO nur dann zulässig ist, wenn eine Gesamtbetrachtung nicht ergibt, dass sie für ein bestimmtes zulassungspflichtiges Handwerk wesentlich sind.

Weiterhin gilt, auch nach der HwO-Novelle 2004, dass die Meisterprüfungsberufsbilder zur Beantwortung der Frage, ob es sich bei einer Tätigkeit um eine wesentliche Tätigkeit eines Gewerbes der Anlage A handelt, mit herangezogen werden dürfen.¹⁰³

Keine Gewerbeausübung im Sinne des § 1 Abs. 1 HwO ist die freie künstlerische Betätigung.¹⁰⁴ Gleiches gilt, wenn die Tätigkeit der Urproduktion zuzurechnen ist; in der Praxis ist

⁹⁹ Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142. 138.

¹⁰⁰ Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 403; LG Mainz, Urteil v. 31.01. 2006, GewArch 2007, 123, 124; VG Regensburg, Urteil v. 06.06. 2005, AZ.: RO 5 K 04.1797, S. 8 des Urteilabdrucks.

¹⁰¹ Ausführlich Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 26 ff.; Kormann, Joachim. Wolf, Ulrike: Ausbildungsordnung und Ausbildungsberufsbild. München 2003/2004. 41 ff; dazu auch LG Itzehoe, Urteil v. 25.09. 2007, GewArch 2008, 40, 41; VG Lüneburg, Urteil v. 17.10. 2007, GewArch 2008, 42, 43.

¹⁰² Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 1 Rn 49; kritisch Baumeister, Peter: Handwerksrechtliche Zulassungspflicht für „gefährgeneigte“ Minderhandwerke oder Neben- und Hilfsbetriebe? GewArch 2007, 310-319.313, 320; Stober erwartet weitere Abgrenzungstreitigkeiten aufgrund der Interpretierungsbedürftigkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 1 Abs. 2 HwO, vgl. Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. A., 128, 129.

hier insbesondere eine Abgrenzung zwischen Gewerbe und Landwirtschaft vorzunehmen.¹⁰⁵ Negatives Begriffsmerkmal ist auch, dass die Tätigkeit nicht den freien Berufen zuzurechnen ist. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Abgrenzung von Handwerk und privater Vermögensverwaltung.¹⁰⁶

2. Das handwerksmäßige Betreiben

Nicht jede Ausübung einer bestimmten Tätigkeit, die als zulassungspflichtiges Handwerk ausgeübt werden kann, bedingt gleichzeitig dessen handwerksmäßiges Betreiben im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO. Entscheidend ist vielmehr, ob dies in einer handwerksmäßigen Betriebsform geschieht; insoweit ist der Handwerksbetrieb vom Industriebetrieb abzugrenzen.¹⁰⁷

3. Die Anlage A

Die Anlage A ist offizieller Bestandteil der Handwerksordnung und kann damit nur vom Gesetzgeber verändert werden. Sie enthält traditionell eine Aufzählung der Handwerke, für deren Ausübung es einer Eintragung in die Handwerksrolle aufgrund einer Meisterprüfung oder eines anderen Eintragungsgrundes bedarf. Nach der Neustrukturierung der Anlage A durch die HwO-Novelle 2004 umfasst sie 41 Handwerke. Dabei hat der Gesetzgeber zwei gleichberechtigte Zuordnungskriterien zugrunde gelegt: Das Kriterium der Gefahrgeneigntheit eines Gewerbes und das Kriterium der Ausbildungsleistung eines Gewerbes im Interesse der Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft.¹⁰⁸

II. Die Handwerksrolle

Der Voraussetzung für eine selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks, die Eintragung in die Handwerksrolle, kommt für das gesamte Recht der Handwerksausübung entscheidende Bedeutung zu. Die Handwerksordnung selbst regelt in ihrem

¹⁰³ Vgl. BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 490; VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 2005, 157, 158.

¹⁰⁴ Vgl. zur Abgrenzung Roemer-Blum, Dieter-Johannes: Die Abgrenzung zwischen Handwerk und Kunst. GewArch 1986, 9–14; Rüth, Herbert: Kunsthandwerk – Handwerk oder Kunst?, GewArch 1995, 363–367; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 1 Rn 16; vgl. auch BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 489.

¹⁰⁵ Vgl. Honig, Gerhart: Landwirtschaft und Handwerksordnung. GewArch 1996, 314–318.

¹⁰⁶ Vgl. Bay. ObLG, Beschluss v. 15.04. 1999, GewArch 1999, 296, 297; Czybulka, Detlef: Die Entwicklung des Handwerksrechts 1995–2001. GewArch 2003, 164–172. 168.

¹⁰⁷ BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488; BVerwG, Beschluss v. 25.07. 2002, GewArch 2003, 79; VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 16.12. 2005, GewArch 2006, 126, 127; dazu Kormann, Joachim. Liegmann, Jörg: Zur Abgrenzung des Vollhandwerks. Band I: Eine Bestandsaufnahme. München 2005. 19 ff.; Hageböiling, Lothar: Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie. Dissertation Braunschweig 1983; Hageböiling, Lothar: Handwerksbegriff und struktureller Wandel. GewArch 1984, 209–216; Schwarz, Paul: Der Handwerksbegriff heute. GewArch 1988, 1–7; Leisner, Walter: Der Verfassungsschutz des Handwerks und die Abgrenzung Handwerk – Industrie. GewArch 1997, 393–400.

¹⁰⁸ S. o. I. Kapitel 4. Abschnitt V.

Ersten Teil, 2. Abschnitt mit den §§ 6 bis 17 die Voraussetzungen für die Eintragung und Löschung in die Handwerksrolle sowie Zuständigkeiten und Verfahren.

1. Definition der Handwerksrolle

Die Handwerksordnung definiert den Begriff der Handwerksrolle in § 6 Abs. 1: Danach ist die Handwerksrolle ein Verzeichnis, in welches die Inhaber von Betrieben zulassungspflichtiger Handwerke mit dem von ihnen zu betreibenden Handwerk oder bei Ausübung mehrerer Handwerke mit diesen Handwerken einzutragen sind. Eingeführt wurde die Handwerksrolle durch die Handwerksnovelle zur Änderung der Gewerbeordnung vom 11. Februar 1929.¹⁰⁹ Dabei kam ihr zunächst eine zum Teil andere rechtliche Bedeutung als heute zu. Die Eintragung in die Handwerksrolle war lediglich Voraussetzung für die Mitgliedschaft bei den Zwangsinnungen, nicht hingegen Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe. Auch nach Erlass der Ersten Handwerksverordnung vom 15. Juni 1934 war die Rolleneintragung nur für die Pflichtmitgliedschaft bei der Handwerksinnung von Bedeutung.¹¹⁰ Erst seit dem Inkrafttreten der Dritten Handwerksverordnung vom 18. Januar 1935 ist die Eintragung in die Handwerksrolle grundlegende Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines Handwerks.¹¹¹

2. Rechtscharakter der Handwerksrolle, Zuständigkeit

Die Handwerksrolle ist in ihrer heutigen Funktion ein mit öffentlichem Glauben ausgestattetes Register; sie ist dazu bestimmt, für und gegen jedermann Beweis für die Richtigkeit der darin bezeugten Tatsachen zu erbringen.¹¹²

Die Handwerksordnung regelt in § 6 Abs. 1 die ausschließliche Zuständigkeit der Handwerkskammer zur Führung der Handwerksrolle. Dabei handelt es sich um eine Pflichtaufgabe der Handwerkskammer, die ihr gemäß § 91 Abs. 1 Nr. 3 HwO ausdrücklich zugewiesen ist. Die maßgeblichen Bestimmungen über die Art und Weise der Führung der Handwerksrolle sind seit der HwO-Novelle 1998 im Gesetz selbst enthalten; die Verordnung über die Einrichtung der Handwerksrolle und den Wortlaut der Handwerkskarte vom 02. März 1967¹¹³ wurde aufgehoben.¹¹⁴ Die Handwerkskammer führt gemäß § 6 Abs. 1 HwO die

¹⁰⁹ Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung (Handwerks-Novelle) vom 11. Februar 1929 (RGBl. I S. 21).

¹¹⁰ Erste Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 15. Juni 1934 (RGBl. I S. 493).

¹¹¹ Dritte Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 (RGBl. I S. 15).

¹¹² BVerwG, Urteil v. 25.09. 1969, abgedruckt in: Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, dargestellt an Hand der Rechtsprechung, 206.

¹¹³ Verordnung über die Einrichtung der Handwerksrolle und den Wortlaut der Handwerkskarte vom 2. März 1967 (BGBl. I S. 274).

Handwerksrolle nach Maßgabe der Anlage D Abschnitt I zur Handwerksordnung. Die Anlage D regelt enumerativ die Art der personenbezogenen Daten in der Handwerksrolle, in dem Verzeichnis der Inhaber von Betrieben in zulassungsfreien Handwerken oder handwerksähnlichen Gewerben und in der Lehrlingsrolle. Damit hat der Gesetzgeber den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in dem sogenannten Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1981¹¹⁵ bezüglich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung entwickelt hat, Rechnung getragen.¹¹⁶

3. Die Rechtsnatur der Eintragung in die Handwerksrolle

Die Handwerksrolleneintragung gemäß § 6 HwO beziehungsweise die nach § 11 HwO vorherige Mitteilung der beabsichtigten Eintragung in die Handwerksrolle ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung.¹¹⁷ Bei der rechtlichen Beurteilung der Handwerksrolleneintragung bei Rechtsstreitigkeiten kommt es auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung an.¹¹⁸ Ist die Rechtmäßigkeit der Handwerksrolleneintragung in einem revisionsgerichtlichen Verfahren zu beurteilen, kommt es auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz an.

Bei der Handwerksrolleneintragung handelt es sich nicht um einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt. Zwar erfolgt die Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 10 Abs. 1 1. Alt. HwO „auf Antrag“. Allerdings kann die Eintragung in die Handwerksrolle auch von Amts wegen erfolgen, § 10 Abs. 1 2. Alt. HwO. Somit ist der Eintragungsantrag keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Eintragung in die Handwerksrolle. Von einem sogenannten mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt kann aber nur dann gesprochen werden, wenn der Antrag auf Erlass des Verwaltungsaktes eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des behördlichen Handelns bildet. Das Fehlen der Mitwirkung, nämlich des Antrages des Betroffenen, hat in diesen Fällen die Nichtigkeit oder zumindest Anfechtbarkeit des verwaltenden Handelns zur Folge.¹¹⁹

4. Die konstitutive Wirkung der Eintragung

Erst die Eintragung in die Handwerksrolle gestattet den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, § 1 Abs. 1 HwO. Der Eintragung kommt somit eine rechtsbe-

¹¹⁴ Art. 4 Abs. 1 HwO-Novelle 1998; vgl. auch Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 33, 34.

¹¹⁵ BVerfG, Urteil v. 15.12. 1981, BVerfGE 65, 1.

¹¹⁶ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 16.

¹¹⁷ Detterbeck, HwO, 4. A., § 6 Rn 7.

¹¹⁸ OVG Münster, Urteil v. 15.10. 1958, OVGE 14, 127, 138.

¹¹⁹ Fröhler, Ludwig: Zur Eintragung in die Handwerksrolle. München 1969. 32.

gründende, sogenannte konstitutive Wirkung zu.¹²⁰ Ob die Eintragung aufgrund der bestandenen Meisterprüfung oder der erteilten Ausnahmegewilligung erfolgt, ist für deren konstitutive Wirkung nicht von Bedeutung.¹²¹

5. Zeitliche und räumliche Wirkung der Eintragung

Die Berechtigung zur Ausübung eines Handwerks ist gemäß § 1 Abs. 1 HwO erst mit der Eintragung in die Handwerksrolle zulässig. Mit der Eintragung in die Handwerksrolle sind verschiedene Rechte und Pflichten verbunden.¹²² So gehören grundsätzlich die in die Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften ausnahmslos und zwingend kraft Gesetzes der Handwerkskammer an. Die Handwerksordnung macht in § 96 und § 97 das aktive und passive Wahlrecht zur Vertretung des selbstständigen Handwerks von der Handwerksrolleneintragung abhängig. Die Eintragung in die Handwerksrolle kann daher keine rückwirkende Kraft haben; der Gesetzgeber hat eine rückwirkende Eintragung in die Handwerksrolle nach dem Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich nicht zugelassen. Auch im Wege der Auslegung läßt sich eine derartige Möglichkeit nicht rechtfertigen.¹²³ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob bei der Eintragung auf den Eingang des Antrages oder auf den Tag der Entscheidung der Handwerkskammer abzustellen ist. Für den Zeitpunkt der Eintragung ist hier grundsätzlich das Datum der Antragsstellung maßgebend.¹²⁴ Der abweichenden Ansicht von Fröhler, der die Rückwirkung auf den Tag der Antragstellung für als grundsätzlich unzulässig ansieht, kann aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts des Gesetzes nicht gefolgt werden.

Die räumliche Wirkung der Eintragung in die Handwerksrolle ergibt sich aus § 6 Abs. 1 HwO. Danach führt jede Handwerkskammer ein Verzeichnis der selbstständigen Handwerker ihres Bezirks. Diese Regelung besagt, dass die Handwerksrolleneintragung zur Ausübung des Handwerks als stehendes Gewerbe nur innerhalb des Kammerbezirks berechtigt, in dem die Eintragung erfolgt.¹²⁵ Wird ein Handwerk als stehendes Gewerbe von einem Handwerker in mehreren Bezirken von Handwerkskammern ausgeübt, bedarf es jeweils

¹²⁰ Ausdrücklich Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 4172, 6; ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschluss v. 09.11. 1987, GewArch 1988, 163, 164; OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 29.10. 1987, GewArch 1988, 22, 24; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 6 Rn 7; Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 33; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 6 Rn 16.

¹²¹ Vgl. Perkuhn, Fritz: Aktuelle Probleme der Handwerksordnung. GewArch 1967, 52–57, 56.

¹²² Ausführlich s. u. 8. Kapitel.

¹²³ Ausdrücklich BVerwG, Beschluss v. 28.02. 1969, GewArch 1969, 161; ebenso Perkuhn, Aktuelle Probleme der Handwerksordnung, GewArch 1967, 52–57, 52; vgl. Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 6 Rn 13; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 6 Rn 8.

¹²⁴ BVerwG, Beschluss v. 28.02. 1969, GewArch 1969, 161; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 6 Rn 8; a. A. Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 37.

¹²⁵ Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 38.

einer Eintragung in die Handwerksrolle. Gleiches gilt, wenn eine Zweigniederlassung unterhalten wird.¹²⁶

2. Abschnitt: Die einzelnen Voraussetzungen für die Eintragung

Die einzelnen Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle sind zum einen in § 7 HwO geregelt. Zum anderen ist die Eintragung auch aufgrund anderer Rechtsnormen in bestimmten Fällen möglich.

I. Die Eintragungsvoraussetzungen des § 7 HwO

Zentrale Norm für die Eintragung in die Handwerksrolle ist § 7 HwO, der das Vorliegen persönlicher Eintragungsvoraussetzungen verlangt. Allerdings hat die Neuregelung des § 7 HwO im Zuge der „Großen Novelle“ zur Handwerksordnung 2004 zu einem Systemwechsel im Handwerksrecht geführt:

Grundsätzlich durfte zuvor nur derjenige selbstständig ein Handwerk betreiben, der die Meisterprüfung in dem von ihm zu betreibenden Handwerk oder in einem diesem verwandten Handwerk bestanden hatte. Dies ergab sich aus § 1 Abs. 1 HwO 1998 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 HwO 1998. Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung wurde somit von dem Prinzip des „handwerklichen Befähigungsnachweises“ beherrscht. Ein weiteres Prinzip des Berufszulassungsrechts der Handwerksordnung war der Nachweis der handwerklichen Befähigung durch den Inhaber des Handwerksbetriebes in seiner Person. Dieser sogenannte „Inhaber-Befähigungsnachweis“ bedeutete, dass grundsätzlich der in der Handwerksrolle Eingetragene und der Inhaber des Betriebes identisch sein mussten. Diesem auch als „Inhaberprinzip“ bezeichneten Grundsatz lag der Gedanke zugrunde, dass beim Handwerk Kapital und Arbeit in einer Hand vereinigt bleiben sollten.¹²⁷ Nach der geschichtlich gewordenen Struktur des Handwerksstandes, so das Bundesverfassungsgericht,¹²⁸ kam der Ausübung eines Handwerks im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und in eigener Verantwortung ein besonderes, und zwar gerade das den „Handwerker“ in den Augen der Öffentlichkeit eigentlich kennzeichnendes soziales Gewicht zu.

Allerdings hat der Gesetzgeber bereits vor der Novelle 2004 die beiden genannten Grundsätze zur Eintragung in die Handwerksrolle mehrfach durchbrochen. Hier ist zum einen die Erbringung des Nachweises der handwerklichen Befähigung außerhalb des Meisterprüfungsverfahrens, also die Eintragung in die Handwerksrolle ohne formellen handwerklichen

¹²⁶ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 1 Rn 77; Detterbeck, HwO, 4. A., § 6 Rn 9.

¹²⁷ Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 8; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 Rn 1.

Befähigungsnachweis zu nennen. Dies sind beispielsweise die Prüfungen, die der Meisterprüfung gleichwertig sind und als Eintragungsvoraussetzung anerkannt sind, § 7 Abs. 2 Satz 1 HwO 1998. Zum anderen wurde das Inhaberprinzip durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Betriebsleiterprivilegs, teilweise unter bestimmten Voraussetzungen, gelockert, etwa bei juristischen Personen gemäß § 7 Abs. 4 HwO 1998, bei handwerklichen Nebenbetrieben gemäß § 7 Abs. 5 HwO 1998 und Zweitbetrieben gemäß § 7 Abs. 6 HwO 1998 sowie bei der Betriebsfortführung nach dem Tode des Inhabers gemäß § 7 Abs. 7 HwO 1998 in Verbindung mit § 4 HwO 1998.

Mit der Neufassung der Vorschrift des § 7 HwO wurde das bis dahin geltende Inhaberprinzip aufgehoben.¹²⁹ Die Entwicklung des Handwerks, des Gewährleistungsrechts und des Verbraucherrechts machten, so der Gesetzgeber, das Leitbild des durch einen handwerklich befähigten Inhaber geführten Betriebs entbehrlich. Es sei deshalb geboten, die Gründung, Führung und Übernahme eines Handwerksbetriebs durch einen Betriebsleiter rechtsformneutral zuzulassen. Damit entfalle die bisherige sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung von Kapitalgesellschaften gegenüber Personengesellschaften und natürlichen Personen; dies gebiete der Grundsatz der Gleichbehandlung.¹³⁰

Die Bedeutung des Betriebsleiters ist, so zu Recht Schwannecke/Heck¹³¹, mit der Aufgabe des Inhaberprinzips erheblich gewachsen. Zwar ist die Rechtsbeziehung zwischen Inhaber und Betriebsleiter privatrechtlicher Natur und der Vertragsfreiheit der Beteiligten überlassen. Dies gilt grundsätzlich auch für den Umfang und Inhalt der Tätigkeit des Betriebsleiters. Allerdings wird die diesbezügliche Vertragsfreiheit von der von der Handwerksordnung vorausgesetzten Funktion des Betriebsleiters begrenzt:¹³² Dieser muss den Betrieb zumindest technisch leiten und die tatsächliche Verantwortung für die handwerklichen Arbeiten im Betrieb tragen, wie es bei einem das zulassungspflichtige Handwerk selbstständig betreibenden Handwerksmeister der Fall ist. Zwar muss der Betriebsleiter nicht ständig in dem von ihm geleiteten Betrieb anwesend sein. Jedoch muss gewährleistet sein, dass er jederzeit während der gewöhnlichen Arbeitszeit lenkend und korrigierend eingreifen kann.¹³³ Der Betriebsleiter muss also den ihm obliegenden Leitungs- und Überwachungsaufgaben nachkommen und damit auf den tatsächlichen Betriebsablauf maßgeblichen persönlichen Einfluss

¹²⁸ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 158.

¹²⁹ Die Absätze 4, 5, 6 und 8 des § 7 HwO 1998 wurden im Wege der HwO-Novelle 2004 gestrichen.

¹³⁰ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 26; Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 14, 15; zustimmend Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 130, 131; Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. A., 135; Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 409, 410; Detterbeck, HwO, 4. A., § 1 Rn 6.

¹³¹ Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 131.

¹³² BVerwG, Urteil v. 16.04. 1991, GewArch 1991, 352, 353; Honig, Gerhart: Nicht-Meister als Inhaber eines Handwerksbetriebes. WiVerw 1980, 124–139. 135; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 Rn 19.

¹³³ BVerwG, Urteil v. 16.04. 1991, GewArch 1991, 352, 353; BVerwG, Urteil v. 08.11. 1996, BVerwGE 102, 204, 208, 209; VG Kassel, Urteil v. 04.08. 1976, GewArch 1977, 58, 59.

nehmen, um für die „meisterhafte“ Ausführung der handwerklichen Arbeiten zu sorgen.¹³⁴ Daraus folgt, dass er nicht nur gegenüber den handwerklich beschäftigten Betriebsangehörigen zum Vorgesetzten bestellt und ihnen gegenüber fachlich weisungsbefugt sein muss; ist der Betriebsleiter beispielsweise bei einer juristischen Person beschäftigt, muss ihm auch gegenüber den im Betrieb mitarbeitenden Gesellschaftern und Geschäftsführern ein fachliches Weisungsrecht zustehen.¹³⁵ Anderenfalls weist die Leitungsgewalt des Betriebsleiters nicht die Qualität auf, die die Handwerksordnung als Voraussetzung für einen Betriebsleiter deshalb verlangt, um den hohen Qualitätsstandard des Handwerks zu sichern. Im Ergebnis bedeutet die Stellung eines Betriebsleiters im Sinne des § 7 HwO rechtlich und tatsächlich eine umfassende fachtechnische Betriebsleitung. Alle Entscheidungen auf fachlicher Ebene, die bei einem von einem selbstständigen Handwerksmeister geleiteten Betrieb gewöhnlich dem Inhaber vorbehalten sind, müssen vom Betriebsleiter getroffen werden und getroffen werden können.¹³⁶

Besonders hohe Anforderungen an die Präsenz des Betriebsleiters werden bei den Gefahrenhandwerken, insbesondere bei den dazu zählenden Gesundheitshandwerken, gestellt. Hier spricht man von den Handwerken mit „strenger Meisterpräsenz“; teilweise wird für jede Betriebsstätte die ständige Anwesenheit des Betriebsleiters verlangt.¹³⁷

1. Die Eintragung einer natürlichen oder juristischen Person mit einem Betriebsleiter gemäß § 7 Abs. 1 HwO

Der neue § 7 Abs. 1 1. Alternative HwO bestimmt nunmehr, dass eine natürliche oder juristische Person oder eine Personengesellschaft als Inhaber eines Betriebes eines zulassungspflichtigen Handwerks in die Handwerksrolle eingetragen wird, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle mit dem zu betreibenden Handwerk erfüllt.

Die Eintragung in die Handwerksrolle ist, so § 7 Abs. 1 Satz 1 2. Alternative HwO, auch dann möglich, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle in einem mit dem zu betreibenden Handwerk verwandten Handwerk erfüllt.

Der Begriff des verwandten Handwerks wurde durch das Änderungsgesetz 1965 in die Handwerksordnung eingeführt. Dieser Begriff war bereits in § 3 Abs. 1 Satz 1 3. HVO enthalten; bei der Verabschiedung der Handwerksordnung im Jahre 1953 hatte der Gesetzgeber

¹³⁴ Vgl. Nds. OVG, Urteil v. 21.12. 1992, GewArch 1994, 67, 68; Nds. OVG, Beschluss v. 26.05. 1993, GewArch 1994, 172.

¹³⁵ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.06. 1993, GewArch 1993, 483, 484.

¹³⁶ Bay. VGH, Beschluss v. 28.11. 1996, GewArch 1997, 75; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn 33 ff.

¹³⁷ Ausführlich Schmitz, Klaus: Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1992, 88–99. 93; Nds. OVG, Urteil v. 21.12. 1992, GewArch 1994, 67, 68; OVG Rhein.-Pfalz, Urteil v. 29.01. 1992, GewArch

zunächst von der Aufnahme einer Regelung über verwandte Handwerke in das Gesetz abgesehen.¹³⁸ Die Handwerksordnung definiert in § 7 Abs. 1 Satz 2 den Begriff des verwandten zulassungspflichtigen Handwerks: Es handelt sich dabei um zulassungspflichtige Handwerke, die sich so nahe stehen, dass die Beherrschung des einen zulassungspflichtigen Handwerks die fachgerechte Ausübung wesentlicher Tätigkeiten des anderen zulassungspflichtigen Handwerks ermöglicht. Wann dies der Fall ist, wird gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 HwO durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates festgelegt. Vor der HwO-Novelle 2004 listete die Verordnung über verwandte Handwerke vom 18. Dezember 1968 27 verwandte Handwerke auf.¹³⁹ Die neue Verordnung über verwandte Handwerke umfasst nunmehr insgesamt sechzehn Verwandtschaften.¹⁴⁰ Die Aufzählung in der Verordnung ist abschließend; die Handwerkskammern können nicht selbst weitere Handwerke als verwandt behandeln.¹⁴¹

Bezüglich der Eintragung von juristischen Personen gilt weiterhin, dass diese Vorschrift auf juristische Personen des privaten Rechts wie auch auf juristische Personen des öffentlichen Rechts¹⁴² Anwendung findet.¹⁴³

Welche Personengesellschaften eintragungsfähig sind, regelt § 1 Abs. 1 Satz 2 HwO: Danach sind Personengesellschaften im Sinne der Handwerksordnung zum einen Personenhandelsgesellschaften, also die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, und zum anderen Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts.

Auch auf handwerkliche Nebenbetriebe im Sinne der §§ 3, 2 Nr. 2 und 3 HwO findet die neue Vorschrift des § 7 Abs. 1 HwO Anwendung. Gesetzgeberisches Ziel der Bestimmungen in der Handwerksordnung über die Nebenbetriebe ist die Gleichbehandlung aller handwerklich Tätigen durch das Gesetz. Die entsprechenden Betriebe der öffentlichen Hand, der Industrie, des Handels, der Landwirtschaft oder sonstiger Wirtschafts- und Berufszweige sind deshalb für den Fall des Wettbewerbs mit Handwerksbetrieben wie diese zu behandeln und

1994, 66; VG Stuttgart, Beschluss v. 19.01. 2001, GewArch 2001, 299; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 Rn 39; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 Rn 21; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn 38 ff.

¹³⁸ Ausdrücklich Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 4172, 6.

¹³⁹ Verordnung über verwandte Handwerke vom 18. Dezember 1968 (BGBl. I S. 1355), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 2 HwO-Änderungsgesetz vom 25.03. 1998 (BGBl. I S. 596).

¹⁴⁰ Verordnung über verwandte Handwerke vom 18. Dezember 1968 (BGBl. I S. 1355), zuletzt geändert durch Art. 8 Abs. 1 HandwerksrechtsÄndG v. 24.12. 2003 (BGBl. I S. 2934) und Art. 3 VO v. 22.6. 2004 (BGBl. I S. 1314).

¹⁴¹ BVerwG, Beschluss v. 26.10. 1993, GewArch 1994, 115; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 Rn 15.

¹⁴² Zur Geltung der HwO für den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts vgl. § 2 Abs. 1 HwO.

¹⁴³ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 12.11. 1985, GewArch 1986, 237, 238; Czybulka, Gewerberecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, I, 115–218, 146; Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 10.

müssen die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen.¹⁴⁴ Deshalb bestimmt die Handwerksordnung in § 2 Nr. 1 und 2, dass auf handwerkliche Nebenbetriebe, die mit einem Versorgungs- oder sonstigen Betrieb einer in § 2 Abs. 1 Nr. 1 HwO bezeichneten öffentlichen Stellen oder mit einem Unternehmen des Handwerks, der Industrie, des Handels, der Landwirtschaft oder sonstiger Wirtschafts- und Berufszweige verbunden sind, die Vorschriften der Handwerksordnung für selbstständige Handwerker Anwendung finden. Somit werden insbesondere die handwerklichen Nebenbetriebe aus dem ganzen weiten Bereich der Privatwirtschaft der Handwerksordnung unterstellt.¹⁴⁵

Gemäß § 3 Abs. 1 HwO liegt ein handwerklicher Nebenbetrieb im Sinne des § 2 Nr. 2 und 3 HwO vor, wenn in ihm Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden, es sei denn, dass eine solche Tätigkeit nur in unerheblichem Umfang ausgeübt wird, oder dass es sich um einen Hilfsbetrieb handelt.¹⁴⁶

Auch die Fälle, in denen ein in die Handwerksrolle eingetragener Handwerksbetrieb mit einem anderen, damit wirtschaftlich im Zusammenhang stehenden Gewerbe der Anlage A in die Handwerksrolle eingetragen werden will, also einen Zweitbetrieb eröffnen will, werden nunmehr von § 7 Abs. 1 HwO erfasst.

Gleiches gilt in den Fällen, in denen der Inhaber eines Betriebes verstirbt und der Betrieb fortgeführt werden soll, § 4 HwO. Auch hier findet die neue Vorschrift des § 7 Abs. 1 HwO, also das Betriebsleiterprinzip, Anwendung. In diesem Zusammenhang wurde die Beschränkung in § 4 HwO 1998 auf ausgewählte Fälle der Rechtsnachfolge aufgehoben. Unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, ist nunmehr durch den Rechtsnachfolger oder den sonst verfügbaren Nachfolger des eingetragenen Inhabers ein Betriebsleiter zu bestellen, § 4 Abs. 1 HwO.

2. Die Ablegung der Meisterprüfung als Eintragungsvoraussetzung gemäß § 7 Abs. 1 a HwO

Die neu geschaffene Vorschrift des § 7 Abs. 1 a 1. Alternative HwO, in die der bisherige § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO 1998 überführt wurde, bestimmt, dass in die Handwerksrolle einzutragen ist, wer in dem von ihm zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat. Damit bleibt die Ablegung der Meisterprüfung in dem zulassungspflichtigen

¹⁴⁴ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 4172, 8; BVerwG, Urteil v. 22.02.1994, Buchholz 451.45 § 19 HwO Nr. 1, 3, 5; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 2 Rn 1.

¹⁴⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 2 Rn 5.

¹⁴⁶ Vgl. dazu Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. A., 132, 133, 134.

tigen Handwerk, das der Handwerker betreiben will, weiterhin grundsätzlich Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle.¹⁴⁷

Die Handwerksordnung selbst regelt die handwerkliche Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk in ihrem Dritten Teil, Erster Abschnitt. Aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 HwO folgt, dass die Meisterprüfung nur in einem einzelnen zulassungspflichtigen Handwerk, das in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführt ist, abgelegt werden kann. Damit steht fest, dass die Ablegung von Meisterprüfungen in einem Teilbereich eines zulassungspflichtigen Handwerks nicht möglich ist. Der Befähigungsnachweis besteht darin, dass gemäß § 45 Abs. 2 HwO durch die Meisterprüfung festzustellen ist, ob der Prüfling befähigt ist, ein zulassungspflichtiges Handwerk meisterhaft auszuüben und selbstständig zu führen sowie Lehrlinge ordnungsgemäß auszubilden.

Nach § 7 Abs. 1 a 2. Alternative HwO ist eine Eintragung in die Handwerksrolle auch dann möglich, wenn die Meisterprüfung in einem mit dem zu betreibenden Handwerk verwandten zulassungspflichtigen Handwerk abgelegt wurde.

3. Andere Prüfungen gemäß § 7 Abs. 2 HwO als Eintragungsgrund

Möglichkeit der Anerkennung anderer Prüfungen wurde erstmals durch die HwO-Novelle 1965 für Personen, die einen anderen Ausbildungsweg als den des Handwerks gegangen sind, eröffnet. Durch die Einfügung einer entsprechenden Vorschrift in § 7 HwO sollte unter anderem ein stärkeres Heranführen von Ingenieuren an das Handwerk gefördert werden.¹⁴⁸ Auch ausländische Abschlüsse ersetzen unter bestimmten Voraussetzungen die Ablegung der Meisterprüfung.

3.1. Deutsche Abschlüsse

Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 HwO 1998 wurde in die Handwerksrolle eingetragen, wer eine andere, der Meisterprüfung mindestens gleichwertige andere deutsche Prüfung abgelegt hatte und zusätzlich eine entsprechende Gesellen- oder Facharbeiterprüfung oder eine mindestens dreijährige zusätzliche praktische Tätigkeit in den betreffenden oder einem verwandten Handwerk nachweisen konnte. Die Bestimmung anderer Prüfungen als gleichwertig erfolgte durch das Bundesministerium für Wirtschaft durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates, § 7 Abs. 2 Satz 4 HwO 1998. Die Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im

¹⁴⁷ Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 405.

¹⁴⁸ Musielak, Hans-Joachim. Deterbeck, Steffen: Das Recht des Handwerks. 3. A.. München 1995. § 7 Rn 4.

Handwerk vom 02. November 1982, die sogenannte Ingenieur-Verordnung, regelte, welche Prüfungen als gleichwertig anerkannt wurden.¹⁴⁹ Als gleichwertig anerkannt wurden Diplomprüfungen und Abschlussprüfungen an Deutschen Hochschulen gemäß § 1 der Ingenieur-Verordnung, Abschlussprüfungen an Deutschen staatlichen oder staatlich anerkannten Technikerschulen/Fachschulen oder vor staatlichen Prüfungsausschüssen gemäß § 2 der Ingenieur-Verordnung, und Abschlussprüfungen an deutschen staatlichen oder staatlich anerkannten Unterrichtsanstalten oder an Ausbildungseinrichtungen der Bundeswehr gemäß § 3 der Ingenieur-Verordnung. Ergänzende Regelungen trafen fünf Anlagen zu den §§ 1 bis 3 der Ingenieur-Verordnung mit umfangreichen Entsprechungslisten.

Nach dem jetzt neu gefassten § 7 Abs. 2 Satz 1 HwO sind Ingenieure, Absolventen von technischen Hochschulen und von staatlichen oder staatlich anerkannten Fachschulen für Technik und für Gestaltung mit dem zulassungspflichtigen Handwerk einzutragen, dem der Studien- oder der Schulschwerpunkt ihrer Prüfung entspricht. Der Gesetzgeber hat damit die Gleichwertigkeit der genannten Prüfungen mit der Meisterprüfung in der Handwerksordnung selbst ausdrücklich klargestellt und dabei das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Artikel 12 GG im Blick gehabt; ein entsprechender Prüfungsabschluss gewährt einen direkten Eintragsanspruch.¹⁵⁰ Das Vorgesagte gilt auch für Personen, die eine andere, der Meisterprüfung für die Ausübung des betreffenden zulassungspflichtigen Handwerks mindestens gleichwertige deutsche staatliche Prüfung oder staatlich anerkannte Prüfung erfolgreich abgelegt haben, § 7 Abs. 2 Satz 2 HwO. Auch Prüfungen auf Grund einer nach § 42 HwO oder nach § 53 BBiG erlassenen Rechtsverordnung können bei Gleichwertigkeit die Meisterprüfung ersetzen, so der neue § 7 Abs. 2 Satz 3 HwO.

Durch die Neuregelung in § 7 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 HwO wird klargestellt, dass es sich bei der mindestens gleichwertigen Prüfung um eine staatliche oder staatlich anerkannte Prüfung handeln muss.

Neu ist auch, dass auf die weitere Voraussetzung des § 7 Abs. 2 Satz 1 HwO 1998, nämlich das Erfordernis einer entsprechenden Gesellen- oder Facharbeiterprüfung oder einer mindestens dreijährigen praktischen Tätigkeit, verzichtet wird.¹⁵¹

Welche in Studien- oder Schulschwerpunkten abgelegten Prüfungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO Meisterprüfungen in zulassungspflichtigen Handwerken entsprechen, wird durch eine neue Eintragsverordnung geregelt. In Anlehnung an das System der Anerkennungsrichtlinien der Europäischen Union bezüglich der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifi-

¹⁴⁹ Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk vom 02. November 1982 (BGBl. I S. 1475).

¹⁵⁰ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 27; Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 405; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 135.

kationen¹⁵² wurde die Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005 mit abstrakten Vergleichbarkeitskriterien konzipiert.¹⁵³ Sowohl Abschlussprüfungen an Hochschulen und an solchen Bildungseinrichtungen, die nach Landesrecht dem tertiären Bereich zugeordnet sind als auch Abschlussprüfungen an staatlichen oder staatlich anerkannten Fachschulen können nach Maßgabe bestimmter in der Verordnung genannten Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle in zulassungspflichtigen Handwerken anerkannt werden.

Die Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk¹⁵⁴ ist mit Erlass der neuen Verordnung außer Kraft getreten; allerdings gelten Prüfungen, die aufgrund der Verordnung vom 02. November 1982 anerkannt sind, entsprechend der ausdrücklichen Übergangsregelung in § 5 der Verordnung vom 29. Juni 2005 weiterhin als anerkannt.

Zuständig für den Erlass dieser Rechtsverordnung ist gemäß § 7 Abs. 2 Satz 6 HwO das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung ist Einvernehmen herzustellen; der Bundesrat muss zustimmen.

Die Handwerkskammern entscheiden gemäß § 7 Abs. 2 Satz 5 HwO weiterhin, ob die in der Vorschrift des § 7 Abs. 2 HwO genannten Voraussetzungen, unter denen die Eintragung in die Handwerksrolle möglich ist, erfüllt sind. An die Rechtsverordnungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sind allerdings die Handwerkskammern weiter gebunden.

Als gleichwertig anerkannt werden ebenfalls die Abschlüsse der Meister der volkseigenen Industrie der ehemaligen DDR. Durch eine entsprechende Verordnung werden diese als gleichwertig anerkannt, soweit diese auf dem Gebiet der früheren DDR bis zum 31. Dezember 1991 erlangt wurden.¹⁵⁵ Die genannte Verordnung beruht auf der Ermächtigungsgrundlage des § 7 Abs. 2 HwO in Verbindung mit Anlage I Kapitel V Sachgebiet B Abschnitt III Nr. 1 Buchstabe n des Gesetzes vom 23. September 1990.¹⁵⁶

¹⁵¹ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 27.

¹⁵² Vgl. dazu 6. Kapitel 1. Abschnitt I.

¹⁵³ Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005 (BGBl. I S. 1935).

¹⁵⁴ Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk vom 02.11. 1982 (BGBl. 1982 I S. 1475).

¹⁵⁵ Verordnung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen von Meistern der volkseigenen Industrie als Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 06. Dezember 1991 (BGBl. I S. 2162), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 4 HwO-Novelle 1998.

¹⁵⁶ Gesetz zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Einheit Deutschlands – Einigungsvertragsgesetz – und der Vereinbarung vom 18. Dezember 1990 vom 23. September 1990 (BGBl. 1990 II S. 885, 999).

3.2. Ausländische Abschlüsse

Das Erfordernis der Gleichbehandlung von deutschen Hochschuldiplomen^{157 158} mit bestimmten Diplomen aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, aus einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und aus der Schweiz stellt die Regelung in § 7 Abs. 2 Satz 4 HwO sicher. Die im Zuge des Zweiten Mittelstands-Entlastungsgesetzes neugefasste Vorschrift setzt damit die Richtlinie 2005/ 36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen um. Der Gesetzgeber hielt dabei eine Umsetzung unmittelbar durch Ergänzung von § 7 Abs. 2 Satz 4 HwO anstatt durch Änderung der EU/EWR-Handwerk-VO für erforderlich, weil die Anerkennung von ausländischen Hochschuldiplomen in den systematischen Zusammenhang von § 7 Abs. 2 HwO gehört.¹⁵⁹

4. Eintragung von Angehörigen der EU- und EWR-Vertragsstaaten gemäß § 7 Abs. 2 a HwO

In die Handwerksrolle ist gemäß § 7 Abs. 2 a HwO einzutragen, wer in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum eine der Meisterprüfung für die Ausübung des zu betreibenden Handwerks oder wesentlicher Tätigkeiten dieses Gewerbes gleichwertige Berechtigung zur Ausübung eines Gewerbes erworben hat.

Die genannte Vorschrift wurde durch die HwO-Novelle 1998 eingefügt. Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung dem europäischen Gedanken im Sinne des Binnenmarktes und zusammenwachsender Märkte in Europa Rechnung getragen.¹⁶⁰ Insoweit wird der bereits beschrittene Weg der gegenseitigen Anerkennung auf der Grundlage bilateraler Vereinbarungen fortgesetzt.¹⁶¹ So wurde bereits im Wege der Gleichstellung österreichischer Meisterprüfungen und französischer Meisterprüfungen ausländischen Handwerkern der Zugang zur Eintragung in die Handwerksrolle eröffnet.¹⁶² Die Novelle zur HwO 1998 ist diesbezüglich weitreichender, da sie nicht nur von Meisterprüfungen, sondern von gleichwertigen Prüfungen spricht.

¹⁵⁷ Vgl. Jahn, Ralf: Die Änderungen im Kammerrecht durch das Zweite Mittelstands-Entlastungsgesetz. GewArch 2007, 353-361. 357, 358.

¹⁵⁸ Richtlinie 2005/ 36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. EU L 255 vom 30.09. 2005 S. 22).

¹⁵⁹ Art. 9 a des Zweiten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft“ vom 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246); vgl. zum Gesetzentwurf Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drucksache 16/5522, 43, 44 .

¹⁶⁰ Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 18.

¹⁶¹ Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 306.

¹⁶² Verordnung zur Gleichstellung österreichischer Meisterprüfungszeugnisse mit Meisterprüfungszeugnissen im Handwerk vom 31.01 1997 (BGBl. I S. 142); Verordnung zur Gleichstellung französischer Meisterprüfungszeugnisse mit Meisterprüfungszeugnissen im Handwerk vom 22.12. 1997 (BGBl. I S. 3324).

Die Feststellung der Voraussetzungen für die Gleichwertigkeit ist dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zugewiesen, das mittels Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates über die Gleichwertigkeit als Eintragungsvoraussetzung bestimmt.

5. Die Ausnahmegewilligung als Eintragungsgrund gemäß § 7 Abs. 3 HwO

Gemäß § 7 Abs. 3 HwO wird in die Handwerksrolle ferner eingetragen, wer eine Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO oder 9 Abs. 1 HwO für das zu betreibende zulassungspflichtige Handwerk oder für ein diesem verwandtes zulassungspflichtiges Handwerk besitzt.

6. Die Eintragung mit einer Ausübungsberechtigung in die Handwerksrolle gemäß § 7 Abs. 7 HwO

Die Handwerksrolleneintragung erfolgt gemäß § 7 Abs. 7 HwO dann, wenn der Handwerker für das zu betreibende Gewerbe oder für ein mit diesem verwandtes Gewerbe eine Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO oder § 7 b HwO besitzt.

7. Die Eintragung von Vertriebenen und Spätaussiedlern gemäß § 7 Abs. 9 HwO

Haben Vertriebene und Spätaussiedler vor dem erstmaligen Verlassen ihrer Herkunftsgebiete eine der Meisterprüfung gleichwertige Prüfung im Ausland bestanden, sind sie in die Handwerksrolle einzutragen, § 7 Abs. 9 Satz 1 HwO.¹⁶³ Ihnen gleichgestellt sind gemäß § 7 Abs. 9 Satz 2 HwO Vertriebene, die am 02. Oktober 1990 ihren ständigen Aufenthalt in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebietes hatten.

Die Voraussetzungen, nach denen Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge in die Handwerksrolle gemäß § 7 Abs. 7 HwO 1965 eingetragen wurden, hat der Gesetzgeber durch die HwO-Novelle 1994 an das Gesetz zur Bereinigung von Kriegsfolgengesetzen¹⁶⁴ angepasst, durch das zum 2. Januar 1993 der vom Bundesvertriebenengesetz begünstigte Personenkreis neu geregelt wurde.¹⁶⁵ Allerdings bestimmt das Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge in seiner Neufassung in § 100 Abs. 1, dass für Vertriebene, Heimatvertriebene, Sowjetzonenflüchtlinge und Spätaussiedler die Vorschriften des Bundesvertriebenengesetzes alter Fassung¹⁶⁶ weiterhin zur Anwendung gelangen.¹⁶⁷

¹⁶³ Dazu ausführlich Büttner, Erhard: Die Eintragung von Vertriebenen und Heimatvertriebenen, Sowjetzonenflüchtlingen, Aussiedlern und heimatlosen Ausländern in die Handwerksrolle. GewArch 1966, 265–269.

¹⁶⁴ Gesetz zur Bereinigung von Kriegsfolgengesetzen (Kriegsfolgenbereinigungsgesetz-KfbG) vom 21. Dezember 1992 (BGBl. I S. 2094).

¹⁶⁵ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 17.

¹⁶⁶ Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz-BVFG) vom 03. September 1971 (BGBl. 1971 I. S. 1566).

II. Die Eintragung aufgrund anderer Rechtsnormen

Neben der Eintragung aufgrund des § 7 HwO ist eine Eintragung in die Handwerksrolle zum einen aufgrund der Besitzstandsregelungen des § 119 HwO möglich. Zum anderen kann eine Eintragung gemäß § 71 BVFG erfolgen. Auch hier hat die Handwerksrolleneintragung konstitutive und nicht etwa nur deklaratorische Wirkung.¹⁶⁸

2. Die Eintragung gemäß § 119 HwO

Die Handwerksordnung will sicherstellen, dass eine bestehende Berechtigung, ein Handwerk selbstständig zu betreiben, gewahrt bleibt. Der Grundgedanke des § 119 HwO, der ausführliche Regelungen trifft, ist die Wahrung des tatsächlichen Besitzstandes für den Gewerbetreibenden; die Gewerbeberechtigung des Gewerbetreibenden soll durch ein neu in Kraft tretendes Gesetz nicht beeinträchtigt werden.¹⁶⁹ Allerdings ist stets Voraussetzung, dass das betreffende Handwerk auch tatsächlich berechtigt als stehendes Gewerbe ausgeübt wurde.¹⁷⁰

Liegen im Einzelfall die Voraussetzungen des § 119 HwO vor, besteht ein Rechtsanspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle.¹⁷¹ Die Privilegierung durch die Vorschrift kommt seit der HwO-Novelle 1998 auch juristischen Personen und Personengesellschaften direkt und unmittelbar zugute und nicht nur mittelbar über den Betriebsleiter.¹⁷²

In der Praxis ist die Vorschrift insbesondere dann von Bedeutung, wenn ein Gewerbe neu in die Anlage A aufgenommen wird wie etwa das Gerüstbauerhandwerk im Rahmen der HwO-Novelle 1998¹⁷³ oder einzelne Gewerbe der Anlage A zusammengefasst werden.

¹⁶⁷ Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz-BVFG), neu gefasst durch Bek. v. 10.8. 2007 (BGBl. I S. 2840), geändert durch Art. 19 Abs. 1 G v. 12.12. 2007 (BGBl. I S. 2840); ausführlich dazu auch Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 Rn 49; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn 84 ff.; vgl. auch von Schenckendorff, Max: Vertriebenen- und Flüchtlingsrecht. Kommentar. Loseblattsammlung. Stand 83. Ergänzungslieferung Dezember 2008. Regensburg/Berlin 2008. § 100 BVFG, Anm. 1 a.

¹⁶⁸ Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 33; Detterbeck, HwO, 4. A., § 119 Rn 1,11; Honig, Gerhart: Probleme um § 119 HwO. GewArch 1966, 243–247. 244; a. A. Bay. ObLG, Beschluss v. 24.08. 1965, GewArch 1966, 89, 90; die letztzitierte Meinung ablehnend Dannbeck, ohne Vorname: Anmerkung zu Bay. ObLG, Beschluss vom 24.08. 1965. GewArch 1966, 90.

¹⁶⁹ Vgl. ausführlich Honig, Probleme um § 119 HwO, GewArch 1966, 243–247, 243.

¹⁷⁰ Vgl. BVerwG, Beschluss v. 08.09. 1972, GewArch 1973, 41; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 119 Rn 4; Detterbeck, HwO, 4. A., § 119, Rn 2.

¹⁷¹ Vgl. zur Abgrenzung zum Verfahren nach § 8 HwO OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1975, 268.

¹⁷² Vgl. Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 23; Honig, Gerhart: Handwerksordnung. Kommentar. 2. Auflage. München 1999. § 119 Rn 9.

¹⁷³ Vgl. Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317. 314, 315.

2. Die Eintragung gemäß § 71 BVFG

Für Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge enthält das Bundesvertriebenengesetz Vorrechte beziehungsweise Erleichterungen für die Voraussetzungen zur Eintragung in die Handwerksrolle. Können diese glaubhaft machen, dass sie vor der Vertreibung ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betrieben oder die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen besessen haben, sind sie auf Antrag in die Handwerksrolle der zuständigen Handwerkskammer einzutragen, § 71 BVFG.¹⁷⁴ Damit besteht auf diese Eintragung ein Rechtsanspruch, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Vgl. zu den Voraussetzungen VG Stuttgart, Gerichtsbescheid v. 09. 07. 1991, GewArch 1992, 67.

¹⁷⁵ Vgl. Ehrenforth, Werner: Bundesvertriebenengesetz. Kommentar. Berlin/Frankfurt am Main 1959. § 71 Rn 1, 2; Strassmann, Walter. Nitsche, ohne Vorname: Bundesvertriebenengesetz. Kommentar. 2. Auflage. München/Berlin 1958. § 71, Anmerkung Nr. 4.

3. Kapitel: Die Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO

Die Modalitäten der Erteilung einer Ausnahmegewilligung, also auch ihre Voraussetzungen, regelt § 8 HwO. In Ausnahmefällen, so die Grundaussage in § 8 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz HwO, ist eine Bewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle, eine Ausnahmegewilligung, zu erteilen, wenn die zur selbstständigen Ausübung des von dem Antragsteller zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen sind. Durch die Vorschrift des § 8 HwO wird demjenigen, der nicht im Besitz der Meisterprüfung oder einer anderen Prüfung im Sinne des § 7 Abs. 2 HwO ist, die Möglichkeit zur selbstständigen handwerklichen Betätigung eröffnet.

Die Ausnahmegewilligung weist eine mehr als 70-jährige Geschichte auf; bereits die Dritte Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 sah in § 3 Abs. 2 Satz 1 die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vor. Seit Entstehung der Handwerksordnung enthält diese eine Regelung bezüglich der Erteilung einer Ausnahmegewilligung. § 8 HwO ist, auch nach der HwO-Novelle 2004, weiterhin die zentrale Norm in der Handwerksordnung für Ausnahmetatbestände, die die selbstständige Ausübung eines Handwerks betreffen. Dies wird dadurch deutlich, dass die Vorschriften der §§ 7 a, 7 b und 9 Abs. 1 und 2 HwO, die ebenfalls Ausnahmetatbestände enthalten, auf bestimmte Regelungen in § 8 HwO verweisen; der Anwendungsbereich der Ausnahmegewilligung wird durch die genannten anderen Vorschriften auch nicht eingeschränkt.¹⁷⁶

1. Abschnitt: Der Gegenstand der Ausnahmegewilligung

Eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO kann nur für die selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks erteilt werden. Das ergibt sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die Ausübung eines zulassungsfreien Handwerks¹⁷⁷ oder eines handwerksähnlichen Gewerbes¹⁷⁸ ist dagegen nicht möglich. Das ergibt sich daraus, dass für deren selbstständigen Betrieb kein Befähigungsnachweis erforderlich ist. Vielmehr ist der Beginn des Betriebes bei der zuständigen Handwerkskammer lediglich unverzüglich anzuzeigen, § 18 Abs. 1 Satz 1 HwO.

Mangels einer entsprechenden Einschränkung kann die Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO für alle in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten Gewerbe, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können, erteilt werden. Dies gilt insbesondere für das Schornsteinfegerhandwerk, die Nummer 12 der Anlage A. Gleiches gilt für die ver-

¹⁷⁶ So auch Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“: BMWi, Bekanntmachung v. 30.09. 1994. GewArch 1994, 381–385. 385.

¹⁷⁷ Zur Definition vgl. § 18 Abs. 2 Satz 1 HwO.

schiedenen Gesundheitshandwerke, also die Gewerbe des Augenoptikers, Hörgeräteakustikers, Orthopädietechnikers, Orthopädieschuhmachers und Zahntechnikers, die Nummern 33, 34, 35, 36, 37 der Anlage A.¹⁷⁹

2. Abschnitt: Das Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung

Die maßgebliche Vorschrift für das Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung ist § 8 Abs. 3 HwO. In dieser Norm wird die Zuständigkeit für deren Erteilung und die Verfahrensbeteiligung Dritter geregelt. Ergänzend sind weitere Vorschriften der Handwerksordnung sowie anderer Gesetze heranzuziehen.

I. Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes

Für das Ausnahmegewilligungsverfahren sind ergänzend die Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder heranzuziehen. Zwar handelt es sich bei der Handwerksordnung um Bundesrecht. Der Bund hat insoweit von seiner konkurrierenden Gesetzgebung gemäß Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Gebrauch gemacht. Allerdings weist § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO die Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung der höheren Verwaltungsbehörde, also einer Landesbehörde, zu. Wird aber eine Landesbehörde tätig, ist nach dem Behördenprinzip des § 1 Abs. 3 VwVfG des Bundes das Verwaltungsverfahrensgesetz des jeweiligen Bundeslandes einschlägig.¹⁸⁰ Es kommt daher nicht darauf an, ob Bundes- oder Landesrecht ausgeführt wird.¹⁸¹

II. Rechtscharakter der Ausnahmegewilligung

Bei der Ausnahmegewilligung handelt es sich, auch nach einhelliger Meinung in Literatur¹⁸² und Rechtsprechung¹⁸³, um einen Verwaltungsakt.

¹⁷⁸ Zur Definition vgl. § 18 Abs. 2 Satz 2 HwO.

¹⁷⁹ Anders aber die diesbezüglichen Regelungen zu § 7 b HwO und § 9 Abs. 1 und 2 HwO i. V. m. § 2 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV; vgl. 5. Kapitel 1. Abschnitt; 6. Kapitel 2. Abschnitt und 7. Kapitel 2. Abschnitt.

¹⁸⁰ Kopp, O. Ferdinand. Ramsauer, Ulrich: Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. 10. Auflage. München 2008. § 1 Rn 39, 40; Meyer, in: Knack, Joachim: Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. 8. Auflage. Köln/Berlin/Bonn/München 2004. § 1 Rn 39.

¹⁸¹ Das Land Niedersachsen nimmt in § 1 Abs. 1 Satz 1 des Niedersächsischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (Niedersächsisches Verwaltungsverfahrensgesetz (NVwVfG) vom 03. Dezember 1976 (Nds. GVBl. S. 311)), zuletzt geändert durch Art. 1 des G v. 16. Dezember 2004 (Nds. GVBl. S. 634) auf die einzelnen Bestimmungen des VwVfG des Bundes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Art. 10 G v. 17.12. 2008 (BGBl. I S. 2586) Bezug, die dadurch als Landesrecht gelten. Es werden daher die Vorschriften des VwVfG des Bundes zitiert.

¹⁸² Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 76; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 107.

Die Ausnahmegewilligung hat rechtsbegründende Wirkung, denn sie berechtigt ihren Inhaber zur selbstständigen Ausübung des Handwerks, für das sie erteilt ist. Daher hat die Ausnahmegewilligung den Charakter eines statusverleihenden Verwaltungsakts mit konstitutiver Wirkung.¹⁸⁴

Dabei kommt der Ausnahmegewilligung eine Doppelwirkung zu:¹⁸⁵ Ihr Inhaber wird gemäß § 7 Abs. 3 HwO in die Handwerksrolle eingetragen. Sie stellt somit für ihn einen begünstigenden Verwaltungsakt dar. Demgegenüber ist die Handwerkskammer, die gemäß § 6 Abs. 1 HwO die Handwerksrolle führt, zur Eintragung des Inhabers einer Ausnahmegewilligung verpflichtet. Für sie stellt sich somit die Ausnahmegewilligung als belastender Verwaltungsakt dar.¹⁸⁶

III. Die für die Erteilung zuständige Verwaltungsbehörde

Bei der Frage, welche Behörde für die Erteilung der Ausnahmegewilligung zuständig ist, wird zwischen der sachlichen Zuständigkeit einerseits und der örtlichen Zuständigkeit andererseits unterschieden.

1. Die sachliche Zuständigkeit

Bis zur HwO-Novelle 2004 war § 8 Abs. 3 HwO die alleinige Norm, die die sachliche Zuständigkeit, also die Frage, welche Behörde über die Erteilung der Ausnahmegewilligung entscheidet, regelte. Im Zuge der HwO-Novelle 2004 wurde als neue Vorschrift § 124 b HwO in das Gesetz eingefügt, die den Kreis der möglichen sachlich zuständigen Stellen maßgeblich erweitert. Nicht nur Verwaltungsbehörden können nunmehr sachlich zuständig sein, sondern auch Handwerkskammern.

1.1. Die Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO

Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO wird die Ausnahmegewilligung von der höheren Verwaltungsbehörde erteilt. Die höhere Verwaltungsbehörde wird durch das jeweilige Landesrecht bestimmt. Dies ist in der Regel die Bezirksregierung, in Stadtstaaten der Senator für Wirtschaft.

¹⁸³ BVerwG, Urteil v. 25.02. 1992, GewArch 1992, 242; BVerwG, Beschluss v. 08.02. 1995, GewArch 1995, 247; OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309; Bay. VGH, Urteil v. 27.10. 1983, GewArch 1984, 125.

¹⁸⁴ Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 52; BVerwG, Beschluss v. 08.02. 1995, GewArch 1995, 247.

¹⁸⁵ OVG Lüneburg, Beschluss v. 27.06. 1963, GewArch 1963, 276; Heck, Hans-Joachim: Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks. GewArch 1995, 217–231. 230; vgl. auch Perkuhn, Aktuelle Probleme der Handwerksordnung, GewArch 1967, 52–57, 56.

1.2. Die Zuständigkeit anderer Behörden gemäß § 8 Abs. 3 Satz 4 und 5 HwO

Abweichend von § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO besteht für die Länder die Möglichkeit, andere Zuständigkeiten zu bestimmen. Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 4 HwO sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass abweichend von § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO anstelle der höheren Verwaltungsbehörde eine andere Behörde zuständig ist. Diese Ermächtigung kann auf oberste Landesbehörden übertragen werden, § 8 Abs. 3 Satz 5 HwO. Diese Vorschriften wurden im Jahr 1975 durch Artikel 17 Nr. 2 des Gesetzes zur Erleichterung der Verwaltungsreform in den Ländern¹⁸⁷ in die Handwerksordnung eingefügt.

Das Land Rheinland-Pfalz hatte von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht. Hier waren seit 1976 gemäß § 2 der Landesverordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach der Handwerksordnung vom 22. Juli 1976 die zuständigen Behörden zur Erteilung der Ausnahmegewilligung die Kreisverwaltungen und - in kreisfreien Städten - die Stadtverwaltungen.¹⁸⁸ Diese entschieden als untere Behörden der allgemeinen Landesverwaltung.¹⁸⁹

Streitig war vor der HwO-Novelle 2004, ob die in § 8 Abs. 3 Satz 4 HwO 1998 enthaltene Ermächtigung zur Zuständigkeitsübertragung auch eine solche auf die Handwerkskammern zuließ. Diese Meinung wurde vom Land Schleswig-Holstein vertreten; dieses hatte bereits vor der HwO-Novelle 2004 die sachliche Zuständigkeit auf die Handwerkskammern übertragen.¹⁹⁰ Nach der Gegenmeinung der Bundesregierung ließ § 8 Abs. 3 Satz 4 HwO 1998 diese Regelung nicht zu, da die Handwerkskammern keine Behörden im Sinne dieser Vorschrift sind.¹⁹¹ Für letztgenannte Ansicht spricht, dass die neue Vorschrift des § 124 b Satz 1 HwO nunmehr ausdrücklich regelt, dass die Zuständigkeit für Verfahren nach § 8 HwO auf die Handwerkskammern übertragen werden kann; anderenfalls wäre die Vorschrift überflüssig. Allerdings kann dieser Meinungsstreit dahinstehen, da nach der HwO-Novelle 2004 das

¹⁸⁶ So auch Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 74.

¹⁸⁷ Gesetz zur Erleichterung der Verwaltungsreform in den Ländern (Zuständigkeitslockerungsgesetz) vom 10. März 1975 (BGBl. I S. 685).

¹⁸⁸ Landesverordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach der Handwerksordnung vom 22. Juli 1976 (GVBl. Rheinland-Pfalz 1976 S. 212), zuletzt geändert durch Verordnung vom 20. Dezember 2004 (GVBl. Rheinland-Pfalz 2005 S. 4).

¹⁸⁹ Das Land Rheinland-Pfalz hat nach der HwO-Novelle 2004 zum 01.10. 2005 die Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligungen auf die Handwerkskammern gemäß § 124 b Satz 1 2. Alt. HwO übertragen; vgl. Vierte Landesverordnung zur Änderung der Landesverordnung über Zuständigkeiten nach der Handwerksordnung und dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vom 21. Juli 2005 (GVBl. Rheinland-Pfalz S. 355).

¹⁹⁰ Vgl. Landesverordnung über die zuständigen Behörden nach den §§ 7 a und 8 der Handwerksordnung und den §§ 1 und 3 der EWG/EWR-Handwerk-Verordnung sowie zur Änderung von Zuständigkeitsverordnungen nach dem Gaststättengesetz und dem Blindenwarenvertriebsgesetz vom 11. Dezember 2000 (GVObI. Schl.-H. 2001 S. 452).

¹⁹¹ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung HwO-Novelle 2004, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zu BT-Drucksache 15/1481, 23; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 77.

Land Schleswig-Holstein die zitierte Landesverordnung seit dem 24. Februar 2004 außer Kraft gesetzt und durch eine neue Landesverordnung ersetzt hat.¹⁹²

1.3. Die Zuständigkeit anderer Behörden gemäß § 124 b Satz 1 1. Alt. HwO

Die neue Vorschrift des § 124 b Satz 1 HwO regelt zunächst die Ermächtigung der Landesregierungen, durch Rechtsverordnung die nach der Handwerksordnung den höheren Verwaltungsbehörden oder den sonstigen nach Landesrecht zuständigen Behörden übertragene Zuständigkeit nach § 8 HwO auf andere Behörden zu übertragen. Damit wiederholt die Vorschrift lediglich die bereits in § 8 Abs. 3 Satz 4 und 5 HwO enthaltene abweichende Zuständigkeitsregelung und bringt insoweit nichts Neues.¹⁹³

1.4. Die Zuständigkeit der Handwerkskammern gemäß § 124 b Satz 1 2. Alt. HwO

Neu ist dagegen seit der HwO-Novelle 2004, dass § 124 b Satz 1 2. Alt. HwO nunmehr auch die Übertragung der sachlichen Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO auf die Handwerkskammern ausdrücklich für zulässig erklärt.¹⁹⁴ Der diesbezügliche Meinungsstreit, ob also die Möglichkeit der Zuständigkeitsübertragung auf die Handwerkskammern aus bestimmten Gründen grundsätzlich auszuschließen ist, wurde damit entschieden.

Schon vor der HwO-Novelle 2004 wurde die Ansicht vertreten, dass es sinnvoll wäre, die Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung auf die Handwerkskammern zu übertragen. Fröhler begründete diese Ansicht damit, dass bei der rechtlichen Beurteilung der Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung ausschließlich Gesichtspunkte handwerkstechnischer, handwerkswirtschaftlicher, aber auch berufsständischer Art ausschlaggebend sind. Solche Beurteilungen vermöge die staatliche höhere Verwaltungsbehörde aufgrund eigener Sachkenntnis in aller Regel nicht vorzunehmen. Es erscheine, auch unter dem Gesichtspunkt der instanzmäßigen und funktionellen Gleichheit der höheren Verwaltungsbehörden und der Handwerkskammern jeweils im Bereich der unmittelbaren und mittelbaren Staatsverwaltung, sehr wohl vertretbar, rein fachlich orientierte Entscheidungen der für Handwerksfragen zuständigen Sonderbehörde, nämlich der Handwerkskammer, zu überlassen. Dies müsse umso mehr gelten, da die Handwerkskammer, nachdem ihr die Führung der Handwerksrolle anvertraut worden ist, über die persönlichen und sachlichen Eintra-

¹⁹² S. u. 3. Kapitel 2. Abschnitt III. 1.4.

¹⁹³ Ebenso Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 59.

¹⁹⁴ Gleiches gilt für die Zuständigkeit zur Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 9 HwO sowie die Ausübungsberechtigungen nach § 7 a HwO und § 7 b HwO.

gungsvoraussetzungen entscheidet.¹⁹⁵ Auch Hammen befürwortete eine Übertragung der Zuständigkeit auf die Handwerkskammern. Diese würden größere Erfahrung und Fachkompetenz im Bereich des Handwerksrechts besitzen; eine Pflichtaufgabe der Handwerkskammer sei ja auch die Einrichtung und Führung der Handwerksrolle.¹⁹⁶

Der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004 sah dagegen keine Änderungen im Bereich der Zuständigkeit für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vor. Im Rahmen der Begründung zur neuen Vorschrift des § 7 b HwO wird ausgeführt, warum eine Übertragung der Zuständigkeit auf die Handwerkskammern bezüglich der Erteilung von Ausnahmegewilligungen abgelehnt wird: Interessenkonflikte der Handwerkskammern könnten dazu führen, dass Ausnahmegewilligungen erschwert, verzögert oder verstärkt abgelehnt würden.¹⁹⁷ Auch die Monopolkommission erwartete keine neutralen Beurteilungen der Handwerkskammern im Ausnahmegewilligungsverfahren, da ihnen § 91 Abs. 1 Nr. 1 HwO aufträgt, die gemeinsamen gewerblichen Interessen des Handwerks zu fördern. Die Mitglieder der Handwerkskammern hätten aber ein materielles Interesse an einer restriktiven Handhabung.¹⁹⁸ Daraus könnten, so der Entwurf der Regierungsfractionen, verfassungsrechtliche Risiken für den Großen Befähigungsnachweis erwachsen, da eine solche Praxis im Gegensatz zur gebotenen Großzügigkeit stehen würde. Zudem würden im Falle des Verzichts auf eine Fachaufsicht verfassungsrechtliche Risiken aus Artikel 20 Abs. 2 Satz GG bezüglich der demokratischen Legitimation der Verwaltung durch Weisungsgebundenheit gegenüber der Regierung für den Vollzug der Gesetze erwachsen. Die Ausnahmegewilligung würde „Selbstverwaltungsangelegenheit der Handwerkskammern“.¹⁹⁹ Aus diesem Grunde habe der Gesetzgeber seit jeher eine solche Übertragung mit der Begründung abgelehnt, dass durch die Übertragung der Zuständigkeit für Entscheidungen über Ausnahmegewilligungen in jedem Falle konkurrenzliche Gesichtspunkte ausgeschaltet sind. Dabei beruft sich die Begründung der Regierungsfractionen ausdrücklich auf die damalige Gesetzesbegründung zur Handwerksordnung 1953.²⁰⁰ Den Gesetzesmaterialien zur Handwerksordnung 1953 lässt sich aber dieser Wille des Gesetzgebers nicht entnehmen.²⁰¹ Der Schriftliche Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik führt dazu lediglich aus: „In § 8 (HwO) wird festgestellt, dass die Ausnahmegewilligung nur durch die höhere Verwaltungsbehörde erteilt wird.“²⁰² Allerdings sprachen sich in den Beratungen der Unterkommission „Handwerksordnung“ die Ver-

¹⁹⁵ Fröhler, Ludwig: Anregungen für eine Novelle zur Handwerksordnung. München 1962. 47, 48, 49.

¹⁹⁶ Hammen, Heinz: Verwaltungsvereinfachung im Handwerk durch Übertragung staatlicher Aufgaben auf die Handwerkskammern. GewArch 1995, 405–414. 406, 407.

¹⁹⁷ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28; vgl. auch Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004 zu § 9 HwO, BT-Drucksache 15/1206, 30, 31.

¹⁹⁸ Vgl. Monopolkommission: Reform der Handwerksordnung. Sondergutachten gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB. Bonn 2001. 5.

¹⁹⁹ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

²⁰⁰ Ausführlich dazu auch Gesetzentwurf der Bundesregierung HwO-Novelle 2004, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zu BT-Drucksache 15/1481, 23.

²⁰¹ Ebenso Hammen, Verwaltungsvereinfachung im Handwerk durch Übertragung staatlicher Aufgaben auf die Handwerkskammern, GewArch 1995, 405–414, 406.

treter des Bundesministeriums für Wirtschaft und der SPD gegen eine Delegation der Zuständigkeit auf die Handwerkskammern aus, „da es aus politisch-taktischen Gründen nicht zu vertreten sei, dass Interessenvertreter über die Zulassung zum Gewerbe entscheiden“.²⁰³

In der Literatur fand der im Gesetzentwurf der Bundesregierung vertretene Standpunkt keine Zustimmung. Die Zuweisung der Zuständigkeit, insbesondere auch für das neue Rechtsinstitut der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO, an die höhere Verwaltungsbehörde mit einem bloßen Anhörungsrecht der Handwerkskammer bezeichnet Müller als systemfremd und als Ausdruck eines gesetzgeberischen Misstrauens gegenüber den Kammern. Vielmehr gebe es keinen durchgreifenden Grund gegen eine umfassendere Zuständigkeitsverlagerung auf diese.²⁰⁴

Dagegen befürwortete der Gesetzesantrag des Freistaates Bayern die Übertragung der Zuständigkeit auf die Handwerkskammern und damit auf die Selbstverwaltung im Handwerk. Das gegenwärtig mehrstufig abzuwickelnde Verwaltungsverfahren könne dadurch gestrafft, für den Betroffenen vereinfacht und mit einer deutlichen Kostenentlastung durchgeführt werden. Zwar sei die Entscheidung nominell noch den höheren Verwaltungsbehörden beziehungsweise Kreisverwaltungen übertragen. Die Einbeziehung der Handwerkskammern sei, im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Anhörung, in der Verwaltungspraxis aber so weit ausgedehnt worden, dass über die Anhörung hinaus alle wesentlichen Schritte des Verwaltungsverfahrens durch die Handwerkskammern vorbereitet würden. Es sei vor diesem Hintergrund nur konsequent, den gesamten Aufgabenbereich auf die Handwerkskammern zu übertragen.²⁰⁵

Dieser Vorschlag wurde wiederum von der Bundesregierung abgelehnt.²⁰⁶ Die Handwerkskammer sei grundsätzlich keine Behörde nach § 8 HwO, sondern nur dann und nur insoweit, als ihr eine bestimmte staatliche Aufgabe übertragen worden ist und sie in dieser Funktion tätig wird. Dies sei im Rahmen der staatlichen Aufgabe der Entscheidung über Ausnahmewilligungsanträge nicht der Fall. Hier wirke die Handwerkskammer in ihrer gesetzlichen Funktion als „Beteiligte“ im Rahmen ihrer Anhörung an der Entscheidung der Behörde mit.

²⁰² Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 1/4172, 7.

²⁰³ 9. Protokoll Unterkommission „Handwerksordnung“ v. 20.11. 1951, 2; 10. Protokoll Unterkommission „Handwerksordnung“ v. 23.11. 1951, 2; vgl. auch Buschatzki, Wolf-Dieter: Die Zulassung zum selbstständigen Betrieb eines Handwerks. Dissertation Würzburg 1955. 64, 64.

²⁰⁴ Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410, 411; ebenso Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. A., 123; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 77; vgl. Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 124 b Rn 3.

²⁰⁵ Begründung Antrag Freistaat Bayern HwO-Novelle 2004, BR-Drucksache 466/03, 30; ebenso Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 22.

²⁰⁶ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung HwO-Novelle 2004, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 3 zu BT-Drucksache 15/1481, 23.

Die im Vermittlungsausschuss erzielte Einigung läßt nunmehr in § 124 b Satz 1 1. Alt. HwO die Übertragung der Zuständigkeit für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen auf die Handwerkskammern zu.

Den im Regierungsentwurf geäußerten Bedenken bezüglich eines Verzichts auf die Fachaufsicht bei Zuständigkeitsübertragung auf die Handwerkskammern wird durch § 124 b Satz 2 HwO Rechnung getragen. Danach umfasst die Staatsaufsicht nach § 115 Abs. 1 HwO auch die Fachaufsicht, wenn von der Zuständigkeitsregelung in § 124 b Satz 1 HwO Gebrauch gemacht wird. Damit sind die Handwerkskammern, wenn ihnen die Zuständigkeit übertragen worden ist, weisungsunterworfen.²⁰⁷

Die Landesregierungen der einzelnen Bundesländer haben nach und nach von ihrer Ermächtigungsgrundlage Gebrauch gemacht und die sachliche Zuständigkeit auf die Handwerkskammern übertragen.²⁰⁸ Das Land Nordrhein-Westfalen hat die Übertragung der Zuständigkeit allerdings bis zum 31. Dezember 2009 befristet.²⁰⁹

2. Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde

Die Handwerksordnung, insbesondere § 8 HwO, enthält keine Regelung darüber, welche höhere Verwaltungsbehörde oder andere Behörde für die Erteilung der Ausnahmegewilligung örtlich zuständig ist.

Daher richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach den jeweiligen Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder.

2.1. Zuständigkeit nach Beruf

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG ist in Angelegenheiten, die sich auf den Betrieb als Unternehmen oder einer seiner Betriebsstätten, auf die Ausübung eines Berufes oder auf eine andere dauernde Tätigkeit beziehen, die Behörde örtlich zuständig, in deren Bezirk das Unternehmen oder die Betriebsstätte betrieben oder der Beruf oder die Tätigkeit ausgeübt wird oder werden soll. Die Ausübung eines Handwerks ist die Ausübung eines Berufes; die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG ist somit einschlägig.²¹⁰ Danach ist die Behörde örtlich zuständig, in deren Verwaltungsbezirk der Antragsteller das Handwerk, für dessen Ausübung er eine Ausnahmegewilligung beantragt hat, ausüben will.

²⁰⁷ Vgl. dazu Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 115 Rn 4; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 124 b Rn 8.

²⁰⁸ Vgl. die Übersicht der landesgesetzlichen Regelungen zur Zuständigkeitsübertragung nach § 124 b HwO bei Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 124 b Rn 6.

²⁰⁹ Vgl. Verordnung über Zuständigkeiten nach der Handwerksordnung und der EU-EWR-Handwerk-Verordnung vom 12. Mai 2006 (GVBl. NW 2006 S. 212).

2.2. Zuständigkeit nach gewöhnlichem Aufenthalt

Abweichend davon wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass in Ausnahmefällen auch gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG die für den Wohnsitz des Antragstellers zuständige höhere Verwaltungsbehörde zuständig sein kann.²¹¹ Der Ansicht, dass sich die örtliche Zuständigkeit in Ausnahmefällen auch aus dem Wohnsitz des Antragstellers als Anknüpfungspunkt ergeben kann, ist hier zu folgen. Denn es sind durchaus Fälle denkbar, bei denen noch nicht endgültig feststeht, in welchem Bezirk einer Verwaltungsbehörde der Antragsteller seinen Beruf ausüben will.

Im Regelfall ist daher als Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde die Zuständigkeit nach Berufstätigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG an vorderster Stelle zu prüfen, in besonderen Fällen die Zuständigkeit nach Wohnsitz aus § 3 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG.

IV. Der Antrag auf Erteilung der Ausnahmegewilligung

Der Beginn eines Verwaltungsverfahrens wird in § 22 VwVfG geregelt. Danach entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßen Ermessen, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt, § 22 Satz 1 VwVfG. Allerdings werden diese Verfahrensgrundsätze durch § 22 Satz 2 VwVfG eingeschränkt. Insbesondere bestimmt § 22 Satz 2 Nr. 2 VwVfG, dass § 22 Satz 1 VwVfG dann nicht gilt, wenn die Behörde auf Grund von Rechtsvorschriften nur auf Antrag tätig werden darf und ein solcher nicht vorliegt. Eine solche Einschränkung ergibt sich aus bezüglich der Ausnahmegewilligung aus § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO.

1. Das Antragserfordernis

Die Erteilung der Ausnahmegewilligung durch die Verwaltungsbehörde wird gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO nur auf Antrag erteilt.

Dem Antrag im Ausnahmegewilligungsverfahren kommt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, wie sich aus § 22 Satz 2 VwVfG ergibt, eine zweifache Funktion zu: Zum einen hat der Antrag Impulsfunktion, da die Behörde aufgrund einer Rechtsvorschrift, § 8 Abs. 1 HwO, tätig werden muss, § 22 Satz 2 2. Alt. VwVfG. Zum anderen entfaltet der Antrag Sperrfunktion, da das Antragserfordernis den Sinn hat, dass die Behörde nur auf Antrag tätig werden darf, § 22 Nr. 2 VwVfG.²¹² Die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen ist damit ausgeschlos-

²¹⁰ Fröhler, Ludwig. Stolz, Jürgen: Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung. München 1978. 16.

²¹¹ Ohne Begründung Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 60; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 110.

²¹² Brühl, Raimund: Entscheiden im Verwaltungsverfahren. Darmstadt 1990. 13.

sen.²¹³ Damit ist im Ausnahmbewilligungsverfahren der Antrag nicht von Amts wegen ersetzbar.²¹⁴

2. Die Antragsberechtigung

Antragsberechtigt sind nur natürliche Personen. Denn allein ein Berufsbewerber in Person kann über die in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO geforderten notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten und über berufliche Erfahrungen und Tätigkeiten verfügen,²¹⁵ nicht hingegen eine juristische Person.

Dabei knüpft § 8 HwO, ebenso wie die §§ 1 und 7 HwO, in seinen Tatbestandsmerkmalen nicht an die Staatsangehörigkeit des Antragstellers an. Daher sind nicht nur deutsche Staatsangehörige, sondern auch die ausländischer Staaten antragsberechtigt; diese genießen handwerksrechtlich keine Sonderstellung.²¹⁶

Eine Einschränkung bezüglich der Antragsberechtigung könnte sich allerdings für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sowie der Schweizer Eidgenossenschaft aufgrund ihrer Sonderrechte ergeben. Denn diese erhalten bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Ausnahmbewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO. Diese Regelung könnte als *lex specialis* der Regelung des § 8 HwO vorgehen.

Gegen eine solche Annahme spricht aber der Wortlaut des § 9 Abs. 1 HwO. Aus der Formulierung „außer in den Fällen des § 8 Abs. 1 (HwO)“ in § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO ergibt sich, dass die Vorschriften des § 8 HwO und § 9 HwO nebeneinander gelten. Daher kann ein ausländischer Staatsbürger, der bezüglich einer Ausnahmbewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO antragsberechtigt ist, auch einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmbewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO stellen. Zudem sind auch deutsche Staatsbürger im Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO antragsberechtigt. Im Ergebnis gelten beide Vorschriften nebeneinander.²¹⁷

Fraglich ist dagegen, ob der Berufsbewerber, der bereits ein Handwerk im Sinne des § 1 HwO betreibt, antragsberechtigt ist. Denn die Vorschrift des § 7 a HwO, die einen Unterfall der Ausnahmbewilligung nach § 8 HwO darstellt, regelt die Erteilung einer Ausübungsbe-

²¹³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 22 Rn 22.

²¹⁴ Bay. VGH, Beschluss v. 23.09.1980, GewArch 1981, 14, 15.

²¹⁵ BVerfG, Beschluss v. 17.07.1961, BVerfGE 13, 97, 120; BVerwG, Beschluss v. 12.04.1991, AZ: 1B 34.91, S. 3 des Urteilsabdrucks; BVerwG, Urteil v. 08.11.1996, BVerwGE 102, 204, 210; Honig, Gerhart: Die neue Handwerksordnung – Unstimmigkeiten. GewArch 1994, 227; Diefenbach, Wilhelm: Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs v. 03.10.2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern. GewArch 2001, 305–310, 306; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“. BMWi, Bekanntmachung v. 30.06.1994, GewArch 1994, 381–385, 382.

²¹⁶ Vgl. Jeder, Petra: Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand. Pfaffenweiler 1992, 81; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 1.

²¹⁷ OVG Bremen, Urteil v. 12.06.1992, GewArch 1993, 26, 27; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 24; Deterbeck, HwO, 4. A., § 9 Rn 10; vgl. im Ergebnis auch VG Saarland, Urteil v. 17.10.1990, GewArch 1992, 64; VG Stuttgart, Urteil v. 29.11.1991, GewArch 1992, 425, 426; VG Stade, Urteil v. 31.08.1998, GewArch 1999, 120.

rechtiung für den Berufsbewerber, der bereits ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt. Durch sie soll allen eingetragenen Handwerkern, die ihr Handwerk tatsächlich ausüben, ohne Rückgriff auf eine Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO ermöglicht werden, ein anderes Handwerk auszuüben, soweit die erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse nachgewiesen sind.²¹⁸ Damit ist § 7 a HwO lex specialis gegenüber § 8 HwO; der Weg für den bereits ein Handwerk nach § 1 HwO betreibenden Berufsbewerber führt mangels Antragsberechtigung damit über § 7 a HwO.²¹⁹

3. Die Form des Antrages

Über die Form des Antrages trifft die Handwerksordnung, insbesondere § 8 HwO, keine Regelung. Auch die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das allgemeine Verwaltungsverfahren treffen keine besonderen Bestimmungen über die Antragstellung, die damit im Allgemeinen formfrei ist.²²⁰

Ein Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung kann daher schriftlich, mündlich, telefonisch oder unter Umständen sogar durch konkludentes Verhalten gestellt werden.

Bei der Stellung des Antrages durch den Berufsbewerber hat die zuständige Verwaltungsbehörde gemäß § 25 Satz 1 VwVfG im Rahmen der ihr obliegenden Betreuungs- und Fürsorgepflicht auf die Berichtigung von Anträgen hinzuwirken, wenn diese unrichtig abgegeben oder gestellt worden sind. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn sich, etwa durch die HwO-Novelle 1998, handwerksrechtliche Gesetzesregelungen ändern, zum Beispiel die Anlage A durch Zusammenlegung von Handwerken.²²¹ Hier hat die Behörde auf die Stellung von sachdienlichen Anträgen hinzuwirken. In Anlehnung an die auch im Verwaltungsrecht geltenden Bestimmungen der Auslegung von Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB²²² ist hier ein Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung in dem zusammengelegten Handwerk umzudeuten in einen Antrag, der im Sinne des § 8 Abs. 2 HwO auf die Tätigkeit des Antragshandwerks beziehungsweise „Ausgangshandwerks“ beschränkt wird.²²³

In der Praxis erfolgt die Antragstellung im Ausnahmegewilligungsverfahren durch Verwendung eines bestimmten Formblatts. Dies widerspricht nicht dem Grundsatz der Formfreiheit bei der Antragstellung; dieser ergibt sich aus § 10 VwVfG, der die Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens regelt. Denn mit Hilfe der Formulare soll der der behördlichen Ent-

²¹⁸ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18.

²¹⁹ Zu Recht VG Lüneburg, Urteil v. 17. 06. 2003, Juris-Dokument Nr. NWRE010030300, 2.

²²⁰ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 22 Rn 30, 31; Clausen, in: Knack, VwVfG, § 22 Rn 13.

²²¹ Vgl. Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 15, 14.

²²² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. März 2002 (BGBl. I S. 42, ber. BGBl. I S. 2909 und BGBl. I 2003 S. 738), zuletzt geändert durch Art. 50 G v. 17.12. 2008 (BGBl. I S. 2586).

²²³ Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 307.

scheidung zugrundeliegende Sachverhalt dem Gesetz entsprechend aufgeklärt, eine rasche und gleichmäßige Entscheidungsfindung ermöglicht und das Interesse des Bürgers nach Transparenz und Gleichbehandlung gewahrt werden.²²⁴ Der Behörde steht es daher frei, die Antragstellung unter Verwendung eines bestimmten Formblatts zu verlangen, wenn sie die Formblätter kostenlos zur Verfügung stellt und deren Verwendung die Antragstellung nicht unzumutbar erschwert.²²⁵

Antragsformulare sind sowohl bei den zuständigen Verwaltungsbehörden und den Handwerkskammern erhältlich.

4. Wiederholte Antragstellung

Eine wiederholte Antragstellung ist - zumindest theoretisch - beliebig oft möglich.²²⁶ Ob der jeweilige Antrag allerdings mangels Sachbescheidungsinteresses als unzulässig abzuweisen ist, richtet sich nach dem vom Antragsteller vorgetragenen Sachverhalt.²²⁷

Ein Antrag auf „Erneuerung“ oder „Verlängerung“ einer befristeten Ausnahmegewilligung stellt sich als Antrag auf Erteilung einer erneuten Ausnahmegewilligung dar.²²⁸ Beantragt der Berufsbewerber unmissverständlich eine unbeschränkte Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO, muss sich die zuständige Behörde darüber keine Gedanken machen, ob ihm auch mit einer nach § 8 Abs. 2 HwO unter Auflagen oder Bedingungen erteilten oder beschränkten Ausnahmegewilligung gedient ist. Diesbezüglich ist ein entsprechender Hinweis des Berufsbewerbers erforderlich.²²⁹

V. Umfang der amtswegigen Prüfung

Entscheidungsgrundlage für die im Ausnahmegewilligungsverfahren zuständige verfahrensführende Behörde ist das Gesamtergebnis des Verfahrens. Aus dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ergibt sich ein öffentliches Interesse an der Gesetzeskonformität dieser Entscheidung und der sachlichen Richtigkeit des Verwaltungshandels. Es ist daher von Bedeutung, welche Tatsachen für die Entscheidung maßgeblich sind und von wem sie zu beschaffen sind.

²²⁴ Brinckmann, Hans. Grimmer, Hans. Höhmann, Anne. Kuhlmann, Stefan. Schäfer, Wolfgang: Formulare im Verwaltungsverfahren. Darmstadt 1986. 238.

²²⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 22 Rn 34; Clausen, in: Knack, VwVfG, § 22 Rn 15.

²²⁶ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8, Rn 109; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 21; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 57.

²²⁷ S. u. 3. Kapitel 2. Abschnitt VII 5.1.

²²⁸ Bay. VGH, Urteil v. 28.02. 1963, GewArch 1963, 210, 210; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 107.

²²⁹ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 387.

1. Das Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen

Vor der Entscheidung über die Erteilung der Ausnahmegewilligung ist es Aufgabe der Verwaltungsbehörde zu prüfen, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen für ihre Erteilung vorliegen. Dabei hat sich diese Prüfung insbesondere auf die Voraussetzungen des § 8 HwO zu erstrecken.

2. Eintragung in die Handwerksrolle aufgrund anderer Rechtsvorschriften

Neben den in § 7 HwO normierten Voraussetzungen zur Eintragung in die Handwerksrolle gelten noch andere Vorschriften, die Rechtsgrundlage für die Eintragung in die Handwerksrolle sein können: § 10 BVFG und die Übergangsvorschrift des § 119 HwO.²³⁰

Rechtsprechung und Literatur vertreten einheitlich die Auffassung, dass es Aufgabe der mit dem Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung befassten Verwaltungsbehörde ist, eine diesbezügliche Prüfung vorzunehmen. Dem in vielen Fällen rechtsunkundigen Antragsteller müsse Gelegenheit gegeben werden, die Eintragung in die Handwerksrolle auf dem für ihn einfachsten Weg zu erreichen. Es sei daher selbstverständliche Pflicht der Behörde, zunächst zu prüfen, ob der Antragsteller nicht etwa ohne weiteres einen Rechtsanspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle hat, die ihm den Weg über die Ausnahmegewilligung erspart.²³¹

Dieser Auffassung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die Vorschrift des § 25 VwVfG als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips erlegt der Behörde die Verpflichtung auf, die Verwirklichung der den am Verwaltungsverfahren Beteiligten zustehenden Rechte nicht daran scheitern zu lassen, dass diese über Unkenntnis, Unerfahrenheit oder Unbeholfenheit im Umgang mit Behörden verfügen. Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren sind daher auf Formfehler und Unzulänglichkeiten der von ihnen gestellten Anträge hinzuweisen. Im Interesse einer zweckmäßigen Rechtsverfolgung sollten notwendige Ergänzungen, Berichtigungen und Klarstellungen, falls erforderlich, durch die Behörde angeregt und die Betroffenen falls nötig entsprechend belehrt werden. Die Verwaltungsbehörde hat daher den Antragsteller auf einen Rechtsanspruch auf Eintragung nach anderen Vorschriften in die Handwerksrolle hinzuweisen und ihm Gelegenheit zu geben, einen entsprechenden Antrag bei der zuständigen Handwerkskammer zu stellen.

²³⁰ S. o. 2. Kapitel 2. Abschnitt II.

²³¹ BVerwG, Urteil v. 14.05. 1963, GewArch 1963, 232; ebenso BVerwG, Urteil v. 12.02. 1965, GewArch 1965, 165; OVG Münster, Urteil v. 22.03. 1962, GewArch 1962, 133, 134; Hess. VGH, Urteil v. 17.07. 1973, GewArch 1973, 300; Kröger, Günter: Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts. GewArch 1967, 145–152. 151; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 69; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 61; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 217.

3. Handwerksmäßigkeit der angestrebten Tätigkeit

Mit seinem Antrag verfolgt der Antragsteller das Ziel, für die Ausübung eines der in der Anlage A zur HwO aufgeführten 41 Handwerke eine Ausnahmegewilligung zu erhalten.

Daher ist auch die Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob die Tätigkeit, für die die Ausnahmegewilligung beantragt ist, handwerksmäßig betrieben wird und ob sie vollständig oder im Wesentlichen Tätigkeiten eines Gewerbes umfasst, das in der Anlage A aufgeführt ist.

3.1. Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994

Rechtsprechung²³² und Literatur²³³ vertreten dazu einheitlich die Auffassung, dass es Pflicht der höheren Verwaltungsbehörde ist, der Frage nachzugehen, ob ein Berufsbewerber für die von ihm beabsichtigte Berufsausübung überhaupt einer Eintragung in die Handwerksrolle bedarf, ob also die angestrebte Tätigkeit den Vorschriften der Handwerksordnung unterliegt. Dies entspreche der allen Behörden obliegenden Verpflichtung, rechtsunkundige Antragsteller im Rahmen ihrer Zuständigkeit aufzuklären.²³⁴ Wenn die Verwaltungsbehörde vorweg zu prüfen hat, ob eine Eintragung in die Handwerksrolle aufgrund sonstiger gesetzlicher Vorschriften möglich ist, entspreche es der Logik, dass diese umso mehr der Frage nachzugehen hat, ob ein Berufsbewerber für die von ihm beabsichtigte Berufsausübung überhaupt einer Eintragung in die Handwerksrolle bedarf. Dies geschehe nicht zuletzt in dessen eigenem Interesse.²³⁵

Damit ist, entgegen der Meinung von Böttcher,²³⁶ die Frage der Eintragungspflicht im Verfahren nach § 8 HwO vor der HwO-Novelle 1994 sehr wohl relevant, wobei aber nur die Tätigkeit als solche angesprochen ist, nicht aber die Eintragungspflicht eines bestimmten Betriebes.

3.2. Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994

Die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO regelt nunmehr, dass die Ausnahmegewilligung von der höheren Verwaltungsbehörde nach Anhörung der Handwerkskammer zu den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HwO erteilt wird. Durch die Einfügung der Worte „zu den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HwO“ in die Neufassung der genannten Vorschrift wird der

²³² BVerwG, Urteil v. 12.02. 1965, GewArch 1965, 165, 166; BVerwG, Urteil v. 13.11. 1980, GewArch 1981, 166, 167; vgl. auch OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1975, 267, 268.

²³³ Honig, Gerhart: Handwerksordnung. Kommentar. 1. Auflage. München 1993. § 8 Rn 62; Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 151; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle in der Rechtsprechung, 18; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 218.

²³⁴ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 151.

²³⁵ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 218, 219.

²³⁶ Böttcher, Dirk: Zur Passivlegitimation der Handwerkskammern. GewArch 2004, 466–468. 467.

Gegenstand dieser Anhörung konkretisiert.²³⁷ Es wird klargestellt, dass es allein der zuständigen Behörde obliegt zu entscheiden, ob die in Frage stehende Tätigkeit handwerksmäßig betrieben wird und vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe umfasst, das in der Anlage A aufgeführt ist.²³⁸

Nicht zugestimmt werden kann daher dem Verwaltungsgericht Hamburg, das der Handwerkskammer eine „Vorfragenkompetenz“ bezüglich der Frage, ob eine angestrebte Tätigkeit eintragungspflichtig ist oder nicht, zubilligen will.²³⁹ Dies will das Gericht aus der Tatsache herleiten, dass die Handwerkskammer gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HwO anzuhören ist. Gegenstand der Anhörung, und das verkennt das Gericht, ist aber nicht die Frage, ob ein bestimmter Gewerbebetrieb ein Handwerksbetrieb im Sinne der Handwerksordnung ist, sondern ob die angestrebte Tätigkeit als solche der Handwerksordnung unterfällt.

4. Eintragungsfähigkeit des Betriebes des Antragstellers

Von der Frage des handwerksmäßigen Betriebens einer Tätigkeit ist die Frage zu unterscheiden, ob die Verwaltungsbehörde auch zu prüfen hat, ob der Antragsteller tatsächlich ein Handwerk betreibt oder betreiben will und damit in die Handwerksrolle eingetragen werden kann.

Dazu vertritt das Bundesverwaltungsgericht schon vor der HwO-Novelle 1994 in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass bei Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO 1965 grundsätzlich nicht durch die Verwaltungsbehörde zu prüfen ist, ob der Bewerber mit seinem Betrieb in die Handwerksrolle eingetragen werden kann.²⁴⁰ Denn die Entscheidung darüber, ob ein Gewerbebetrieb ein Handwerksbetrieb im Sinne der Handwerksordnung ist und ob der Betriebsinhaber deswegen in die Handwerksrolle einzutragen ist, obliegt der Handwerkskammer als der für die Führung der Handwerksrolle zuständigen Behörde. Allein sie habe die rechtlichen und tatsächlichen Eintragungsvoraussetzungen zu prüfen. Insbesondere werde die Ausnahmegewilligung für die Ausübung eines bestimmten Handwerks und nicht für die von dem Antragsteller gerade ausgeübte Tätigkeit erteilt.²⁴¹ Die weitere Rechtsprechung²⁴² und die Literatur²⁴³ sind dieser Rechtsprechung gefolgt. Dabei weist

²³⁷ Diefenbach, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 01.10. 2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern, GewArch 2001, 305–310, 307.

²³⁸ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 385; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 71; Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 230.

²³⁹ VG Hamburg, Beschluss v. 16.04. 2004, GewArch 2004, 307, 308.

²⁴⁰ BVerwG, Urteil v. 13.11. 1980, GewArch 1981, 166, 167; ebenso BVerwG, Beschluss v. 28.01. 1982, GewArch 1982, 203.

²⁴¹ Ausdrücklich BVerwG, Urteil v. 13.11. 1980, GewArch 1981, 166, 167.

²⁴² Hess. VGH, Urteil v. 14.02. 1983, GewArch 1983, 162.

Küffner darauf hin, dass die Verwaltungsbehörde bei der abschließenden Prüfung der Notwendigkeit der Eintragung in die Handwerksrolle vom Tatsächlichen her überfordert wäre; es seien diesbezüglich umfangreiche Ermittlungen notwendig, mit denen der Gesetzgeber das Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung wohl nicht belasten wollte.²⁴⁴

Durch die Neufassung des § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO durch die HwO-Novelle 1994 ist nunmehr klargestellt, dass die Verwaltungsbehörde die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HwO prüft. Wie bereits ausgeführt, ist Gegenstand diese Prüfung aber nur die in Rede stehende Tätigkeit als solche. Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit, ob also ein bestimmter Betrieb als Handwerksbetrieb im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO anzusehen ist, trifft allein wie bisher die Handwerkskammer im Rahmen der ihr nach § 7 HwO obliegenden Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle.²⁴⁵

Daher bleibt es bei der schon vor der HwO-Novelle 1994 geltenden Rechtslage, dass die Verwaltungsbehörde im Ausnahmegewilligungsverfahren nicht zu prüfen hat, ob der Antragsteller mit seinem Betrieb in die Handwerksrolle eingetragen werden kann.

5. Der Untersuchungsgrundsatz

Die im Verwaltungsverfahren zum Erlass eines Verwaltungsaktes zuständige Behörde ist nach § 24 VwVfG zur Ermittlung des für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet. Durch diesen sogenannten Untersuchungsgrundsatz ist der Behörde dem Grundsatz nach die volle Verantwortung für die vollständige und richtige Ermittlung des Sachverhalts übertragen. Diese Regelung ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.²⁴⁶

Allerdings steht § 24 VwVfG gemäß § 1 Abs. 1 letzter Halbsatz, Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz VwVfG unter dem Vorbehalt inhaltsgleicher oder entgegenstehender Bestimmungen anderer Rechtsvorschriften des Bundes. Insbesondere für Antragsverfahren sind vielfach durch Rechtsvorschrift besondere Darlegungs-, Vorlage- und Nachweispflichten vorgeschrieben.

5.1. Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994

Die Ausnahmegewilligung war nach § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO 1965 zu erteilen, wenn „der Antragsteller die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweist“. Aufgrund dieses

²⁴³ Honig, HwO, 1. A., § 8, Rn 62; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 218; Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 151.

²⁴⁴ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 218, 219.

²⁴⁵ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 70; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 10, 61; VG Hamburg, Beschluss v. 16.04. 2004, GewArch 2004, 307.

gesetzlichen Vorbehalts in der Handwerksordnung 1965 galt der Untersuchungsgrundsatz aus § 24 VwVfG nicht im Ausnahmegewilligungsverfahren.²⁴⁷

5.2. Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994

Nach dem neu gefassten § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO ist die Ausnahmegewilligung zu erteilen, wenn „die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen sind“. Durch diese Angleichung an den im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz hat nunmehr die Verwaltungsbehörde auch im Ausnahmegewilligungsverfahren den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln.²⁴⁸ Dadurch sollen Nachteile für den Antragsteller vermieden werden.²⁴⁹

VI. Die Anhörung Dritter nach § 8 Abs. 3 HwO

Vor Erlass eines Verwaltungsaktes ist es den zuständigen Verwaltungsbehörden an verschiedener Stelle zur Pflicht gemacht, andere Behörden und Einrichtungen am Verfahren durch eine Anhörung zu beteiligen, ihr also Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. So bestimmt § 35 Abs. 4 Satz 1 GewO, dass vor einer Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit unter anderem die zuständige Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer angehört werden soll.

Die Beteiligung einer in ihren Interessen betroffenen Behörde im Verwaltungsverfahren dient regelmäßig der Optimierung der Sachentscheidung durch die federführende Behörde. Gleichzeitig wird spezifischer fachlicher Sachverstand durch die in ihren Rechten betroffene Behörde eingebracht.²⁵⁰

Auch im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO ist eine Verfahrensbeteiligung Dritter gesetzlich geregelt, nämlich die Anhörung der Handwerkskammer, § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO, und der fachlich zuständigen Innung oder Berufsvereinigung, § 8 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 HwO.

²⁴⁶ Brühl, Entscheiden im Verwaltungsverfahren, 38; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 2.

²⁴⁷ Dieckmann, Gerrit: Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw. 1986, 138–153. 147, FN 41; OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, 26, 27; im Ergebnis VG Augsburg, Urteil v. 24.05. 1966, GewArch 1967, 34, 35.

²⁴⁸ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 23; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 17; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 30.

²⁴⁹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 385; Czybulka, Detlef: Die handwerksrechtlichen Änderungen des Gesetzes vom 20.12. 1993. NVwZ 1994, 953–956. 954; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 17.

²⁵⁰ Siegel, Thorsten: Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange. Berlin 2001. 66, 67; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn 3.

Nicht einheitlich sind allerdings die Voraussetzungen der Verfahrensbeteiligung der genannten Dritten geregelt.

1. Die Anhörung der Handwerkskammer gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO

Die Handwerkskammer ist vor der Erteilung der Ausnahmegewilligung anzuhören, § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO, und zwar sowohl zu den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 und Abs. 2 HwO sowie des § 1 Abs. 2 HwO. Somit wird ihr die Möglichkeit gegeben, zu der Erteilung der Ausnahmegewilligung an den Antragsteller eine Stellungnahme abzugeben. Dabei hat die Handwerkskammer sowohl die Gründe, die für als auch die, die gegen eine Erteilung der Ausnahmegewilligung sprechen, darzulegen.

Sinn und Zweck der Verfahrensbeteiligung der Handwerkskammer durch ihre Anhörung ist das Interesse an einer vollständigen Sachaufklärung, also an einer richtigen Sachentscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde. Dabei hat der Gesetzgeber, indem er die Beteiligung der Kammer gesetzlich geregelt hat, aber auch gewollt, dass diese ihren rechtlichen, wirtschafts- und handwerkspolitischen Vorstellungen Ausdruck verleiht. Der Verwaltungsbehörde soll also nicht nur ihre Entscheidungsfindung erleichtert werden, sondern die berechtigten Interessen des Handwerks sollen hier ebenfalls einfließen.

Dabei ist die Verpflichtung der Handwerkskammer, im Interesse der Allgemeinheit darauf zu achten, dass Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks gewährleistet ist, Handwerksbetriebe also nur von ausreichend Befähigten geleitet werden, von besonderer Bedeutung. Die Handwerkskammer, der die Vertretung der Interessen des Handwerks in § 90 Abs. 1 HwO gesetzlich zugewiesen ist, ist aufgrund ihrer Fachkompetenz und Sachnähe zu einer zutreffenden diesbezüglichen Beurteilung in der Lage.

Im Ergebnis dient die Verfahrensbeteiligung der Handwerkskammer sowohl dem Interesse der Allgemeinheit als auch dem Interesse des Handwerks in seiner Gesamtheit.

Das Vorstehende gilt aber nur dann, wenn die höhere Verwaltungsbehörde oder andere Verwaltungsbehörden für die Erteilung der Ausnahmegewilligung zuständig sind. Ist der Handwerkskammer gemäß § 124 b Satz 1 2. Alt. HwO die sachliche Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO übertragen worden, ist für deren zusätzliche Anhörung kein Raum; diese Verfahrenstufe entfällt somit. Derzeit haben alle Bundesländer die Zuständigkeit auf die Handwerkskammern übertragen; für die praktische Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO ist daher aktuell kein Raum. Die Grundsätze des Anhörungsverfahrens sind allerdings für die Anhörung Dritter nach § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO von Bedeutung.

1.1. örtliche Zuständigkeit

Über die Bestimmung der örtlich zuständigen Handwerkskammer im Ausnahmegewilligungsverfahren enthält § 8 HwO, insbesondere § 8 Abs. 3 HwO, keine Bestimmungen.

Regelungen zur örtlichen Zuständigkeit der Handwerkskammer finden sich allerdings im Hinblick auf die Eintragung in die Handwerksrolle in § 6 HwO. Gemäß § 6 Abs. 1 HwO führt die Handwerkskammer die Handwerksrolle, in die die Inhaber von Betrieben zulassungspflichtiger Handwerke ihres Bezirks mit dem von ihnen zu betreibenden Handwerk oder bei Ausübung mehrerer Handwerke mit diesen Handwerken einzutragen sind.

Diese Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit nach dem Handwerkskammerbezirk, in dem der Antragsteller selbstständig oder als Betriebsleiter tätig werden will, ist auch im Ausnahmegewilligungsverfahren als Kriterium heranzuziehen.²⁵¹

Die örtliche Zuständigkeit der Handwerkskammer bestimmt sich somit entsprechend § 6 Abs. 1 HwO nach dem Ort der angestrebten Tätigkeit. Steht dieser noch nicht endgültig fest, ist ausnahmsweise der Wohnort des Antragstellers als Kriterium heranzuziehen.

1.2. Anhörung als zwingende Verfahrensvorschrift

Durch die Formulierung „ist anzuhören“ schreibt die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO nach ihrem eindeutigen Wortlaut die Anhörung der Handwerkskammer zwingend vor.²⁵² Insoweit kommt der Verwaltungsbehörde kein Ermessen zu. Allerdings besteht die Anhörungspflicht nur darin, der Handwerkskammer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Äußert sich die Kammer hingegen nicht, kann die Entscheidung der Verwaltungsbehörde gleichwohl ergehen.²⁵³

1.3. Form, Zeitpunkt und Inhalt der Anhörung

Die Handwerksordnung schreibt, insbesondere in § 8 HwO als spezialgesetzlicher Regelung, eine bestimmte Form der Anhörung im Ausnahmegewilligungsverfahren nicht vor. Auch § 28 VwVfG trifft insoweit keine Regelung, die Anhörung ist somit formfrei. Damit steht es im Ermessen der Verwaltungsbehörde, ob sie die Anhörung schriftlich, mündlich, unter Umständen auch fernmündlich durchführt.²⁵⁴

²⁵¹ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 64; vgl. auch Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 110 und Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 16, die bezüglich der örtlichen Zuständigkeit an den im Rahmen der HwO-Novelle 2004 entfallenen § 6 Abs. 2 HwO 1998 anknüpfen.

²⁵² Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 65; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 110, 111; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 74.

²⁵³ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 265.

²⁵⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn 39; Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens, Paul, Bonk, Heinz Joachim, Sachs, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. 7. Auflage. München 2008. § 28 Rn 46.

Der Handwerkskammer ist Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Gegenstand der Anhörung sind also alle Tatsachen und rechtlichen Gesichtspunkte, die für die Erteilung oder Versagung der beantragten Ausnahmegewilligung wesentlich sind oder sein können. Sinnvoll, aber nicht vorgeschrieben ist es, wenn die Verwaltungsbehörde der Kammer den Antrag, die verfügbaren Unterlagen zu seiner Beurteilung und das Ergebnis von Ermittlungen und Prüfungen mitteilt.²⁵⁵

Es versteht sich, dass die Anhörung vor Erlass des Verwaltungsaktes, also der Entscheidung über den Ausnahmegewilligungsantrag, erfolgen muss. Dabei muss die Frist zur Äußerung angemessen sein. Insoweit besteht keine gesetzliche Mindestfrist. Was im Einzelfall als Frist angemessen ist, hängt von den jeweiligen Umständen ab.

1.4. Bindungswirkung und Rechtscharakter der Stellungnahme der Handwerkskammer für die Verwaltungsbehörde

Die Verwaltungsbehörde ist an die Stellungnahme der Handwerkskammer nicht gebunden, da das Gesetz in § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO ausdrücklich nur von einer Anhörung spricht, während der Verwaltungsbehörde die Entscheidung über die Ausnahmegewilligung zugewiesen ist.²⁵⁶ Die Formulierung „Anhörung“ legt im Verwaltungsverfahren regelmäßig eine lediglich beratende Mitwirkungsbefugnis der zu beteiligenden Behörde fest.²⁵⁷ Die Entscheidung der zuständigen Behörde ist damit nicht konsensabhängig, erfordert also keine Willensübereinstimmung mit der zu beteiligenden Behörde.²⁵⁸ Die Anhörungspflicht der Handwerkskammer im Ausnahmegewilligungsverfahren besteht daher als bloßes Beteiligungsrecht und dient lediglich der Informationsgewinnung.²⁵⁹ Die Verwaltungsbehörde kann somit durchaus zu einer von der Stellungnahme der Handwerkskammer abweichenden Entscheidung gelangen. Die Stellungnahme der Handwerkskammer entfaltet keine konstitutive Wirkung, sondern ist lediglich von verwaltungsinterner Natur.²⁶⁰ Daraus folgt, dass die Anhörung mangels Außenwirkung kein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG ist.²⁶¹

Allerdings besitzt die Handwerkskammer gegenüber der Verwaltungsbehörde in Fragen des Handwerksrechts regelmäßig die größere Erfahrung und Sachkenntnis. Dies gilt insbesondere für Fragen, die mit der Führung der Handwerksrolle zusammenhängen. Die Verwaltungsbehörde wird die Stellungnahme der Handwerkskammer daher bei ihrer Entscheidung sorg-

²⁵⁵ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 261.

²⁵⁶ Bund-Länder-Ausschuss Handwerksrecht, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 385.

²⁵⁷ Brühl, Entscheiden im Verwaltungsverfahren, 30.

²⁵⁸ Siegel, Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange, 75, 78.

²⁵⁹ Böttcher, Zur Passivlegitimation der Handwerkskammern, GewArch 2004, 466–468, 467.

²⁶⁰ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 265.

²⁶¹ Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 77.

fällig prüfen. Wenn auch die Behörde überwiegend den Kammerstellungen folgt,²⁶² heißt das aber nicht, die Verwaltungsbehörde würde den von der Handwerkskammer unterbreiteten Entscheidungsvorschlag lediglich „absegnen“.²⁶³

2. Die Verfahrensbeteiligung der Innung oder Berufsvereinigung

Neben der Anhörung der Handwerkskammer im Ausnahmegewilligungsverfahren ist unter bestimmten Voraussetzungen, die in § 8 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 HwO genannt werden, auch die fachlich zuständige Innung oder Berufsvereinigung zu beteiligen, indem die Handwerkskammer deren Stellungnahme einholt.

Vor der HwO-Novelle 1965 erfolgte die Anhörung noch direkt durch die Verwaltungsbehörde.²⁶⁴ Seither holt die Handwerkskammer aus verwaltungsökonomischen Gründen die Stellungnahme ein.²⁶⁵

Während § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO 1965 begrifflich nur die Beteiligung einer „Berufsvereinigung“ regelte, wird nunmehr seit der HwO-Novelle 1994 in § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO die Innung neben der Berufsvereinigung ausdrücklich genannt. Dabei handelt es sich aber lediglich um eine redaktionelle Änderung, die der bis dahin geltenden Verwaltungspraxis entsprach, die Innung als Berufsvereinigung einzuordnen.

2.1. Die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Verfahrensbeteiligung

Unter welchen grundsätzlichen Voraussetzungen die Innung oder die Berufsvereinigung überhaupt zu beteiligen sind, ist in § 8 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 HwO geregelt.

Im Zuge der HwO-Novelle 1994 wurden diese Beteiligungsrechte allerdings einer einschneidenden Änderung unterworfen.

2.1.1. Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994

§ 8 Abs. 1 Satz 2 HwO 1965 bestimmte, dass die Handwerkskammer die Berufsvereinigung, die der Antragsteller benennt, zu hören hat. Die Beteiligung einer Berufsvereinigung durfte daher nach herrschender Meinung in der damaligen Literatur nur dann erfolgen, wenn der Antragsteller eine solche auch tatsächlich benannte.²⁶⁶ Der Antragsteller musste sich daher

²⁶² Vgl. Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 22; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 77.

²⁶³ So aber Hammen, Verwaltungsvereinfachung im Handwerk durch Übertragung staatlicher Aufgaben auf die Handwerkskammern, GewArch 1995, 405–414, 406.

²⁶⁴ Vgl. OVG NW, Urteil v. 17.04. 1957, GewArch 1957/1958, 85.

²⁶⁵ Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/3461, 10.

²⁶⁶ Honig, HwO, 1. A., § 8 Rn 69; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 17.

ausdrücklich mit der Beteiligung einer Berufsvereinigung einverstanden erklären.²⁶⁷ Die Beteiligung einer Berufsvereinigung ohne Einwilligung oder gegen den Willen des Antragstellers sei mangels gesetzlicher Grundlage und wegen des Rechts des Antragstellers auf Schutz seiner Persönlichkeitssphäre, also des Rechts auf „informelle Selbstbestimmung“, nicht zulässig, so Geisendörfer.

Allerdings wurde es in diesen Fällen für zulässig erachtet, dass die Handwerkskammer bei der Berufsvereinigung entsprechende Informationen einholt.²⁶⁸ Diese konnten zwar nicht formell als Stellungnahme der Berufsvereinigung vorgelegt werden, aber in die Stellungnahme einfließen. Nur wenn der Antragsteller der Anhörung einer bestimmten Berufsvereinigung ausdrücklich widerspricht, sei dieses Verfahren ausgeschlossen.²⁶⁹

Die damalige Rechtsprechung vertrat hingegen die Auffassung, dass es sich bei der Anhörung der Berufsvereinigung um eine Schutzvorschrift zugunsten des Antragstellers handelt, die insoweit disponibel ist. Verzichtet der Antragsteller auf eine Anhörung, könne diese unterbleiben.²⁷⁰ Somit konnte nach dieser Rechtsprechung eine Anhörung einer Berufsvereinigung auch dann erfolgen, wenn der Antragsteller eine solche nicht benannte. Die Mindermeinung in der damaligen Literatur folgte dieser Rechtsprechung.²⁷¹

2.1.2. Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994

Der Gesetzgeber hat durch die HwO-Novelle 1994 § 8 Abs. 3 HwO einer Änderung unterzogen und die Beteiligungsrechte der Innung beziehungsweise der Berufsvereinigung neu geregelt.

Der Gesetzgeber zielte in der Novellierung des § 8 Abs. 3 HwO darauf ab, diese wie andere Vorschriften in der Handwerksordnung auch den datenschutzrechtlichen Anforderungen des Urteils des Bundesverfassungsgericht vom 15. Dezember 1983²⁷², dem sogenannten „Volkszählungsurteil“, anzupassen und das hiernach geltende informelle Selbstbestimmungsrecht zu gewährleisten.²⁷³

Durch die Neufassung von § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO ist nunmehr klargestellt, dass die Handwerkskammer zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme im Ausnahmewilligungsverfahren eine Innung oder Berufsvereinigung nur dann beteiligen und um eine Stellungnahme ersu-

²⁶⁷ Geisendörfer, Ulrich: Die Ausnahmewilligung, handwerksrechtliches Existenzgründungsinstrument in den neuen Bundesländern. GewArch 1991, 121–124, 123.

²⁶⁸ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 17.

²⁶⁹ Honig, HwO, I. A., § 8 Rn 69.

²⁷⁰ VG Freiburg, Urteil v. 07.12. 1976, GewArch 1977, 163.

²⁷¹ Ritgen, Wolfgang: Die Ausnahmewilligung im Handwerksrecht. BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966. 11; Kröger, Die Ausnahmewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150.

²⁷² BVerfG, Urteil v. 15.12. 1983, BVerfGE 65, 1.

²⁷³ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18.

chen darf, wenn der Antragsteller vorher ausdrücklich zugestimmt hat. Die Handwerkskammer ist darüber hinaus nach § 8 Abs. 3 Satz 3 HwO verpflichtet, eine Stellungnahme einzuholen, wenn der Antragsteller es verlangt.²⁷⁴ Dabei muss von dem Antragsteller verlangt werden, dass er die Innung oder Berufsvereinigung korrekt benennt. So kann ein früherer Obermeister nicht benannt werden, da dieser keine Berufsvereinigung ist.²⁷⁵

Allerdings wird in einem Teil der Literatur in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass, von der Neufassung des § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO unberührt, die für Ausnahmegewilligungen zuständigen Behörden befugt sind, Innungen auf der Grundlage des Amtsermittlungsgrundsatzes zu beteiligen.²⁷⁶ Die entsprechenden Informationen könnten wie bisher zwar nicht als Innungsstellungnahme vorgelegt werden, aber in die Stellungnahme der Handwerkskammer einfließen.²⁷⁷

Dem kann insoweit zugestimmt werden, als die Verwaltungsbehörde zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme zum Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung berechtigt ist, sich von sachkundiger Seite - so von der Innung oder Berufsvereinigung - Informationen einzuholen. Keinesfalls dürfen dabei aber personenbezogene Daten des Antragstellers weitergegeben werden. Denn bei § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO handelt es sich um eine spezialgesetzliche Regelung, die aufgrund der Vorbehaltsregelung des § 1 Abs. 1 letzter Halbsatz, Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz VwVfG den Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG insoweit einschränkt.

Widerspricht dagegen der Antragsteller ausdrücklich der Anhörung einer bestimmten Innung oder Berufsvereinigung, verbietet sich aus datenschutzrechtlichen Gründen auch das Einholen von Informationen.²⁷⁸

2.3. Die Verfahrensbeteiligung der Innung

Die Innung ist eine berufsständische Selbstverwaltungseinrichtung des Handwerks. Die Vorschrift des § 52 Abs. 1 Satz 1 HwO bestimmt, dass selbstständige Handwerker des gleichen Handwerks oder solcher Handwerke, die sich fachlich oder wirtschaftlich nahe stehen, zur Förderung ihrer gemeinsamen gewerblichen Interessen innerhalb eines bestimmten Bezirks

²⁷⁴ Bund-Länder-Ausschuss Handwerksrecht, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 385; Seidl, Franz-Peter: Datenschutz im Handwerksrecht. WiVerw 1994, 55–81. 66; Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 230; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 74, 76.

²⁷⁵ VG Augsburg, Urteil v. 24.05. 1966, GewArch 1967, 34, 35.

²⁷⁶ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 385; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 274; Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 220; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 112.

²⁷⁷ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 68.

²⁷⁸ Zu Recht Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 68.

zu einer Handwerksinnung zusammentreten können. Die Innung ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, § 53 Satz 1 HwO.

2.3.1. Die fachlich zuständige Innung

Die Handwerkskammer kann eine Stellungnahme nur von der fachlich zuständigen Innung einholen, § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO. Fachlich zuständig ist die Innung, die für das Gewerk gebildet ist, das der Antragsteller ausüben will.²⁷⁹

2.3.2. Die örtlich zuständige Innung

Welche Innung als örtlich zuständige Innung im Ausnahmegewilligungsverfahren zu beteiligen ist, ist in § 8 HwO nicht geregelt.

In der Literatur wird daher die Ansicht vertreten, dass der Antragsteller bei der Auswahl der Berufsvereinigung wohl an sachlichen Zuständigkeiten, nicht aber an örtliche oder vereinigungsinterne Zuständigkeiten gebunden ist.²⁸⁰ Allerdings geht die Handwerksordnung in § 52 von dem Grundgedanken aus, dass sich die interessenvertretende und verwaltende Tätigkeit der Handwerksinnung auf einen bestimmten räumlichen Bezirk, den sogenannten Innungsbezirk zu beschränken hat.²⁸¹

Die Innung kann daher nur dann örtlich zuständig und zur Abgabe einer Stellungnahme berechtigt sein, wenn der Antragsteller an einem Ort in ihrem Innungsbezirk eine handwerkliche Tätigkeit anstrebt. Etwas Abweichendes kann sich nur dann ergeben, wenn der Ort der Tätigkeit noch nicht endgültig feststeht.

2.3.3. Bindungswirkung und Rechtsnatur der Stellungnahme

Ebenso wie die Stellungnahme der Handwerkskammer entfaltet die der Innung keine Bindungswirkung für die zuständige Verwaltungsbehörde. Insoweit kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Anhörung der Handwerkskammer verwiesen werden.

Auch die Stellungnahme der Innung ist kein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG, da sie keine unmittelbare Außenwirkung entfaltet, sondern nur der Vorbereitung der Entscheidung der Verwaltungsbehörde dient.²⁸²

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Handwerksinnung gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 8 HwO über Angelegenheiten der in ihr vertretenen Handwerke den Behörden Gutachten

²⁷⁹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 113.

²⁸⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 17.

²⁸¹ Vgl. Fröhler, Ludwig: Das Recht der Handwerksinnung. München 1959. 34.

²⁸² Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 54 Rn 29; Müller, Gerhard, in: Schwannecke, HwO, § 54 Rn 18.

und Auskünfte zu erstatten hat. Dabei handelt es sich um eine der Innung als Körperschaft des öffentlichen Rechts auferlegten Pflichtaufgabe.²⁸³ Diese stellt eine spezialgesetzliche Normierung der allgemeinen Rechts- und Amtshilfepflicht der Behörde nach Artikel 36 GG und §§ 4 ff. VwVfG dar, die auch gegenüber der Handwerkskammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts besteht.

Die Innung ist daher zur Abgabe einer Stellungnahme verpflichtet, wenn sie vom Antragsteller im Ausnahmegewilligungsverfahren benannt wird. Dabei hat die Innung als Körperschaft des öffentlichen Rechts die Stellungnahme in voller Objektivität zu erteilen.²⁸⁴ Dagegen erwartet die Monopolkommission keine neutralen Beurteilungen der Innungen und auch Berufsvereinigungen im Ausnahmegewilligungsverfahren, da diese gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 1 HwO beziehungsweise § 81 Abs. 1 Nr. 1 HwO und § 87 Nr. 1 HwO die Aufgabe hätten, die gemeinsamen gewerblichen Interessen des Handwerks zu fördern. Die Mitglieder der Innungen oder Berufsvereinigungen hätten, wie die Mitglieder der Handwerkskammern, ein materielles Interesse an einer restriktiven Handhabung.²⁸⁵ Diese Meinung wird jedoch durch die Monopolkommission in ihrem Gutachten in keinsten Weise belegt; vielmehr stellt sie eine bloße Behauptung dar. Allein aus der Tatsache der gesetzlichen Aufgabe der Vertretung der gemeinsamen gewerblichen Interessen zu folgern, dass eine Körperschaft des öffentlichen Rechts die ihr obliegenden Pflichten verletzt, ist als zu weitgehend abzulehnen.

2.4. Die Verfahrensbeteiligung der Berufsvereinigung

Alternativ zur Innung gibt § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO dem Antragsteller die Möglichkeit zur Benennung einer Berufsvereinigung.

2.4.1. Definition der Berufsvereinigung

Kennzeichnend für eine Berufsvereinigung ist die Förderung der beruflichen Interessen ihrer Mitglieder.²⁸⁶ Allerdings muss dies ohne Berücksichtigung der sozialen Stellung der Berufsangehörigen erfolgen; die Interessen des gesamten Berufes müssen gefördert werden.²⁸⁷

Ob eine Vereinigung im Einzelfall diese Voraussetzungen erfüllt, richtet sich nach ihren jeweiligen Aufgaben und Zielen. Diese können sich aus unterschiedlichen Rechtsquellen ergeben, zum Beispiel aus einer gesetzlichen Bestimmung oder aus einer Satzung.

²⁸³ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 54 Rn 1.

²⁸⁴ Fröhler, Das Recht der Handwerksinnung, 113.

²⁸⁵ Monopolkommission, Reform der Handwerksordnung, Sondergutachten gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, 5.

²⁸⁶ Tilch, Horst. Arloth, Frank: Deutsches Rechts-Lexikon. Band 3. 3. Auflage. München 2001. 4891.

Nachfolgend sollen beispielhaft ausgewählte juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts auf ihre Eigenschaft als Berufsvereinigung im Sinne der Handwerksordnung untersucht werden.

2.4.1.1. Die Kreishandwerkerschaft

Die Kreishandwerkerschaft hat gemäß § 87 Nr. 1 HwO die Aufgabe, die Gesamtinteressen des selbstständigen Handwerks sowie die gemeinsamen Interessen der Handwerksinnungen ihres Bezirks wahrzunehmen. Sie ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, §§ 89 Abs. 1 Nr. 1, 53 HwO.

Gegen die Einordnung der Kreishandwerkerschaft als Berufsvereinigung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO könnte sprechen, dass sie bei ihrer Interessenvertretung die soziale Stellung der Berufsangehörigen, nämlich der Selbstständigen, berücksichtigt. Denn die Beschränkung der Interessenvertretung der Kreishandwerkerschaft auf „Selbstständige“ hat zur Folge, dass sie nicht die „besonderen“ Interessen der Gesellen, Lehrlinge und übrigen Arbeitnehmer wahrnehmen darf.²⁸⁸ Allerdings ist die Kreishandwerkerschaft trotz dieser Beschränkung auf einen auf gesetzlicher Vorschrift beruhender Zusammenschluss von Innungen keine Vereinigung von Arbeitgebern im Sinne des §§ 10, 11 ArbGG.²⁸⁹

Für ihren Charakter als Berufsvereinigung spricht, dass die Kreishandwerkerschaft auch die gemeinsamen Interessen der Handwerksinnungen wahrzunehmen hat. Zudem ist der Kreishandwerkerschaft durch § 87 Nr. 4 HwO die Aufgabe zugewiesen, die Behörden bei den das selbstständige Handwerk ihres Bezirkes berührenden Maßnahmen zu unterstützen und ihnen Anregungen, Auskünfte und Gutachten zu erteilen. Dabei handelt es sich um eine Pflichtaufgabe, die eine Erscheinungsform der allgemeinen Rechts- und Amtshilfepflicht der Behörden darstellt.²⁹⁰ Bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde im Ausnahmegewilligungsverfahren werden naturgemäß die Interessen des selbstständigen Handwerks berührt.²⁹¹ Wird also gegenüber der Verwaltungsbehörde die Kreishandwerkerschaft vom Antragsteller als zu hörende Berufsvereinigung benannt, ist diese folglich am Verfahren zu beteiligen und hat nach Aufforderung durch die Verwaltungsbehörde im Wege der Amtshilfe ein Gutachten zum Antrag des Gewerbetreibenden zu erstatten.

²⁸⁷ Grundlegend Eyermann, Erich. Fröhler, Ludwig: Handwerksordnung. Kommentar. 1. Auflage. München/Berlin 1953. § 8 Anm. I 3; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 74; Honig, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1966, 25–30, 27.

²⁸⁸ Brandt, in: Schwannecke, HwO, § 87 Rn 3.

²⁸⁹ Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (B/853, 1036), zuletzt geändert durch Art. 4f G v. 21.12. 2008 (BGBl. I S. 2940); vgl. BAG, Urteil v. 08.12. 1960, GewArch 1961, 83.

²⁹⁰ Detterbeck, HwO, 4. A., § 87 Rn 2.

²⁹¹ OVG NW, Urteil v. 17.04. 1957, GewArch 1957/1958, 85, 86.

Im Ergebnis ist die Kreishandwerkerschaft eine Berufsvereinigung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO.²⁹²

2.4.1.2. Die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen

Reine Arbeitgeberorganisationen sind dagegen keine Berufsvereinigungen im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO. Gleiches gilt für Arbeitnehmerorganisationen, zum Beispiel Gewerkschaften,²⁹³ da sie in erster Linie, ebenso wie Arbeitgeberorganisationen, fachliche Interessen wahrnehmen.

2.4.1.3. Die Industrie- und Handelskammer und die Landwirtschaftskammer

Die Industrie- und Handelskammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts hat gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirkes wahrzunehmen.²⁹⁴ Somit fehlt es an der Voraussetzung der „Förderung der Interessen des gesamten Berufes“, die für eine Berufsvereinigung kennzeichnend ist.²⁹⁵

Darüber hinaus ist die Industrie- und Handelskammer gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 IHKG nur dann zuständig, soweit nicht die Zuständigkeit der Organisationen des Handwerks nach Maßgabe der Handwerksordnung gegeben ist.²⁹⁶ Ihr fehlt insoweit die fachliche Nähe zum Handwerk.²⁹⁷

Die Industrie- und Handelskammer, die von aus der Industrie kommenden Berufsbewerbern gelegentlich benannt werden, ist daher keine Berufsvereinigungen im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO.

Gleiches gilt für die Landwirtschaftskammer. Diese hat als Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß § 2 Abs. 1 des Gesetzes über Landwirtschaftskammern die Aufgabe, die Interessen der Landwirtschaft und der Gesamtheit der in der Landwirtschaft tätigen Personen in fachlicher Hinsicht zu fördern und ihre fachlichen Belange wahrzunehmen.²⁹⁸ Auch bei ihr

²⁹² Im Ergebnis ebenso Geisendörfer, Die Ausnahmebewilligung, handwerksrechtliches Existenzgründungsinstrument in den neuen Bundesländern, GewArch 1991, 121–124, 123; ebenso Monopolkommission, Reform der Handwerksordnung, Sondergutachten gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 5.

²⁹³ VG Augsburg, Urteil v. 20.12. 1957, abgedruckt in: Aberle, Hans-Jürgen: Taschenlexikon Handwerksrechtlicher Entscheidungen (THwE). Loseblattsammlung. 4. Auflage 1992. Stand 18. Ergänzungslieferung Juni 2002. Berlin 2002; zitiert THwE. 218; Heck, Die Ausnahmebewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 230.

²⁹⁴ Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern (IHKG) vom 18. Dezember 1956 (BGBl. I S. 920), zuletzt geändert durch Art. 7 G v. 11.12. 2008 (BGBl. I S. 2418).

²⁹⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 67.

²⁹⁶ Ausführlich Frenzel, Gerhard. Jäkel, Ernst. Junge, Werner. Hinz, Hans-Werner. Möllering, Jürgen: Industrie- und Handelskammergesetz. Kommentar. 6. Auflage. Köln 1999. § 2 Rn 118.

²⁹⁷ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 113.

²⁹⁸ Gesetz über Landwirtschaftskammern (LwKG) in der Fassung vom 10.02. 2003 (Nds. GVBl. S. 61, ber. S. 176), geändert durch G v. 16.11. 2007 (Nds. GVBl. S. 637).

fehlt es insoweit an der Voraussetzung der „Förderung der Interessen des gesamten Berufes“. Zudem fehlt auch ihr die fachliche Nähe zum Handwerk.²⁹⁹

Landwirtschaftliche Direktvermarkter, für die die Ausnahmegewilligung von Bedeutung sein kann,³⁰⁰ können daher nicht die Landwirtschaftskammer als zuständige Berufsvereinigung benennen.

2.4.1.4. Die Ingenieurkammer und die Architektenkammer

Die Architektenkammer als berufsständische Interessenvertretung der Architekten hat gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 des Niedersächsischen Architektengesetzes die Aufgabe, die beruflichen Belange der Gesamtheit der Kammermitglieder zu wahren und das Ansehen des Berufsstandes zu wahren und zu fördern.³⁰¹ Sie erfüllt die genannten Voraussetzungen und ist daher als Berufsvereinigung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO einzuordnen.

Gleiches gilt für die Ingenieurkammer, der durch § 19 Abs. 1 Nr. 2 des Niedersächsischen Ingenieurgesetzes identische Aufgaben zugewiesen sind.³⁰²

2.4.2. Die fachlich zuständige Berufsvereinigung

Die vom Antragsteller benannte Berufsvereinigung muss, wie auch die Innung, für das Gewerbe gebildet sein, dessen Ausübung der Bewerber anstrebt. Diese fachliche Zuständigkeit ist im jeweiligen Einzelfall dem einschlägigen Gesetz oder der Satzung der Berufsvereinigung zu entnehmen.

2.4.3. Die örtlich zuständige Berufsvereinigung

Ebenfalls wie die Innung muss die Berufsvereinigung auch örtlich zuständig sein. Abweichend davon wird in der Literatur die Ansicht vertreten, der Antragsteller sei bei der Auswahl der Berufsvereinigung zwar an sachliche Zuständigkeiten, nicht aber an örtliche Zuständigkeiten gebunden. Der Antragsteller genieße diesbezüglich weitgehende Freiheit, da sonst diese allein in seinem Interesse erlassene Vorschrift ihren Zweck verfehlen würde.³⁰³

²⁹⁹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 113.

³⁰⁰ Honig, Landwirtschaft und Handwerksordnung, GewArch 1996, 314–318, 317.

³⁰¹ Niedersächsisches Architektengesetz (NArchG) in der Fassung vom 26.03. 2003 (Nds. GVBl. S. 177), zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 10.12. 2008 (Nds. GVBl. S. 370).

³⁰² Niedersächsisches Ingenieurgesetz (NInG) vom 30.03. 1971 (Nds. GVBl. S. 137), zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 10.12. 2008 (Nds. GVBl. S. 370).

³⁰³ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in der Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 17.

Diese Auffassung kann nicht überzeugen. Denn zur sachgerechten Aufgabenerledigung durch die im Ausnahmegewilligungsverfahren benannte Berufsvereinigung ist regelmäßig auch eine besondere Ortskenntnis erforderlich. Davon geht § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO auch aus, wenn ausdrücklich von der „zuständigen“ Berufsvereinigung gesprochen wird.

Daraus folgt, dass bei gegliederten Verbänden grundsätzlich die unterste Stufe zu hören ist. Nur im Sonderfall kommt eine Anhörung der Landes- oder Bundesverbandsstufe in Frage. Dies kann dann der Fall sein, wenn die unterste Stufe der Berufsvereinigung zur fachlichen und rechtlichen Beurteilung des Einzelfalls nicht in der Lage ist.³⁰⁴

2.4.4. Bindungswirkung und Rechtscharakter der Stellungnahme

Zur Bindungswirkung gelten die Ausführungen bezüglich der Stellungnahme der Innung entsprechend. Gleiches gilt für die Rechtsnatur der Stellungnahme der Berufsvereinigung, soweit die Berufsvereinigung überhaupt eine Behörde ist.

VII. Das Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers

Die öffentliche Verwaltung soll aus verfahrensökonomischen Gründen vor sinnloser Inanspruchnahme bewahrt werden. Entsprechend dem für Rechtsbehelfsverfahren entwickelten allgemeinen Rechtsschutzinteresse ist im Antragsverfahren vor Behörden ein Antrag nur dann zulässig, wenn der Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse, ein Sachbescheidungsinteresse an der von ihm beantragten Amtshandlung hat. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung wird im Verwaltungsverfahrensgesetz zwar nicht ausdrücklich genannt, gilt aber als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze auch im Verwaltungsverfahren.³⁰⁵

Da es sich bei dem Ausnahmegewilligungsverfahren um ein Verwaltungsverfahren handelt, gilt auch hier das Erfordernis des Sachbescheidungsinteresses. Der Antragsteller, der eine Ausnahmegewilligung begehrt, muss daher ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Sachentscheidung der Verwaltungsbehörde über seinen Antrag haben.³⁰⁶

Fehlt dem Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse für seinen Antrag, ist die Behörde zwar nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt, den Antrag als unzulässig abweisen.³⁰⁷ Das Vorgesagte gilt auch für einen offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Antrag. Die Behörde darf diesen nicht einfach unbeachtet lassen, sondern muss über ihn - auch wenn wegen des fehlenden Rechtsschutzinteresses eine weitere Sachprüfung unterbleibt - entscheiden.³⁰⁸

³⁰⁴ Vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 67.

³⁰⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 22 Rn 56; Brühl, Entscheiden im Verwaltungsverfahren, 19.

³⁰⁶ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in der Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 18.

³⁰⁷ Diefenbach, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10. 2000 und die Registrierung von Handwerkern, GewArch 2001, 305–310, 307; a. A. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 22 Rn 56, die sogar von einer Verpflichtung der Behörde zur Abweisung des Antrages als unzulässig ausgehen.

³⁰⁸ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 22, 57 ; vgl. auch Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 57.

1. Beabsichtigte Ausübung einer nicht eintragungspflichtigen Tätigkeit

Die Verwaltungsbehörde entscheidet im Ausnahmegewilligungsverfahren gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO auch darüber, ob die in Frage stehende Tätigkeit handwerksmäßig betrieben wird und vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe umfasst, das in der Anlage A aufgeführt ist.³⁰⁹ Stellt die Verwaltungsbehörde hingegen fest, dass die vom Antragsteller angestrebte Tätigkeit keinem der in der Anlage A aufgeführten Gewerke zugeordnet werden kann, steht das Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers in Frage.

1.1. Die Ansicht der Rechtsprechung

Nach Auffassung der Rechtsprechung scheidet die Erteilung einer Ausnahmegewilligung dann aus, wenn es sich bei der angestrebten Tätigkeit nicht um ein eintragungsfähiges Handwerk handelt.³¹⁰ Der Inhalt einer Ausnahmegewilligung könne nicht über das nach § 7 Abs. 3 HwO mögliche Maß hinausreichen, also über die Eintragungsfähigkeit „des zu betreibenden Handwerks“.³¹¹ Insoweit fehle es an dem Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers.

1.2. Die Ansicht der Literatur

Auch die Literatur verneint einhellig das Sachbescheidungsinteresse dann, wenn die Tätigkeit, die der Antragsteller betreiben will, auch ohne Eintragung in die Handwerksrolle ausgeübt werden kann.³¹² Die Ausnahmegewilligung sei geschaffen worden, um Personen, die keine Meisterprüfung abgelegt haben, die Möglichkeit zu eröffnen, trotzdem ein Handwerk zu betreiben, das nur nach Eintragung in die Handwerksrolle betrieben werden darf. Benötigt aber der Antragsteller keine Eintragung zur Ausübung der angestrebten Tätigkeit, fehle das Sachbescheidungsinteresse.³¹³ So fehle einem Antragsteller dann das schutzwürdige Interesse, wenn es sich bei der angestrebten Tätigkeit um eine handwerksähnliche im Sinne des § 18 Abs. 2 Satz 2 HwO handelt, da diese nicht eintragungsfähig ist.³¹⁴

³⁰⁹ S. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt V 3.

³¹⁰ Bay. VGH, Urteil v. 06.06. 1963, GewArch 1964, 85, 86; OVG Lüneburg, Urteil v. 17.02. 1988, AZ: 8 OVG A 15/87, S. 6 des Urteilsabdrucks; ebenso im Ergebnis BVerwG, Urteil v. 12.02. 1965, GewArch 1965, 165, 166; BVerwG, Urteil v. 13.11. 1980, GewArch 1981, 166, 167.

³¹¹ Ausdrücklich Bay. VGH, Urteil v. 06.06. 1963, GewArch 1964, 85, 87.

³¹² Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 108; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 61; Stolz, Jürgen: Die Erteilung der Ausnahmegewilligung in der Rechtsprechung. GewArch 1979, 8–12. 9; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 153; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 217.

³¹³ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 18.

³¹⁴ Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 4.

1.3. Diskussion

Der Rechtsprechung und Literatur ist zu folgen.

Im Antragsverfahren fehlt dem Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse dann, wenn die begehrte Verwaltungsentscheidung für ihn nach objektiver Rechtslage unnötig ist. Wird die angestrebte Tätigkeit aber nicht von der Handwerksordnung erfaßt, wird die Ausnahmebewilligung auch nicht vom Antragsteller zur Verwirklichung eines Rechts, nämlich zur Eintragung in die Handwerksrolle benötigt. Das erforderliche Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers ist daher nicht gegeben.

Die Verwaltungsbehörde wird im Rahmen der Prüfung des Sachbescheidungsinteresses beim Antragsteller erfragen, für welche konkrete Tätigkeit er die Ausnahmebewilligung begehrt. Im Rahmen seiner sich aus § 26 Abs. 2 Satz 1 VwVfG ergebenden Mitwirkungspflicht wird der Antragsteller insbesondere darüber Angaben machen müssen, ob und in welcher Art und Weise er als Einzelhandwerker oder in welchem Betrieb er als Betriebsleiter tätig werden will. Wenn auch bei der Prüfung des Sachbescheidungsinteresses durch die Verwaltungsbehörde diese Fragen nicht bis ins Letzte aufzuklären sind, muss der Antragsteller doch einigermaßen plausibel machen, dass er eine Ausnahmebewilligung benötigt. Anderenfalls kann der Antrag als unzulässig abgelehnt werden.

2. Nichterforderlichkeit der Ausnahmebewilligung für die Eintragung in die Handwerksrolle

Neben den in § 7 HwO aufgezählten Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle gilt noch eine Reihe von anderen Vorschriften, die Rechtsgrundlage für die Eintragung in die Handwerksrolle sind.³¹⁵

Im Ausnahmebewilligungsverfahren prüft die Verwaltungsbehörde zunächst, ob der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf Eintragung nach diesen Vorschriften hat und weist ihn auf diesen Anspruch hin.

Die herrschende Meinung in der Literatur vertritt in derartigen Fällen die Auffassung, dass dem Antragsteller das Sachbescheidungsinteresse fehlt, da er der Ausnahmebewilligung nicht zur Eintragung in die Handwerksrolle bedarf.³¹⁶ Erst wenn die Handwerkskammer die

³¹⁵ Siehe 2. Kapitel 2. Abschnitt II.

³¹⁶ Dieckmann, Die Ausnahmebewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 153; Ritgen, Die Ausnahmebewilligung im Handwerksrecht, 5; einschränkend Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 152.

Eintragung entgegen der Ansicht der Verwaltungsbehörde ablehnt, bestehe ein schutzwürdiges Interesse des Antragstellers an einer Bescheidung durch die Verwaltungsbehörde.³¹⁷

Zur Begründung verweist die genannte Literatur dabei auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,³¹⁸ wonach die Behörde im Ausnahmegewilligungsverfahren gegebenenfalls vorweg zu prüfen hat, ob eine Eintragung in die Handwerksrolle auch ohne eine solche Bewilligung möglich ist.

Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass der Antragsteller verpflichtet ist, diesen Weg - trotz eines entsprechenden Hinweises - zu gehen und bei der Handwerkskammer entsprechende Anträge zur Eintragung in die Handwerksrolle nach anderen Vorschriften zu stellen.³¹⁹ Denn diese Vorschriften stehen nicht zur Eintragung in die Handwerksrolle mit einer Ausnahmegewilligung im Verhältnis der Spezialität, Subsidiarität oder anderer Präklusion zueinander. Vielmehr enthalten diese Vorschriften ausschließlich eine Vergünstigung, die dem Begünstigten aber nicht Ansprüche abschneiden können, deren Rechtssubjekt jedermann sein kann.³²⁰

Der Antragsteller kann also in derartigen Fällen nicht das schutzwürdige Interesse an einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde über seinen Antrag abgesprochen werden.

3. Selbstständige Ausübung des Handwerks in Nebentätigkeit und nicht für längere Zeit

Nicht einheitlich wird die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses behandelt, wenn der Antragsteller das zu betreibende Handwerk als Zweitberuf oder nicht auf Dauer betreiben will.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof sieht den Sinn der Institution Ausnahmegewilligung darin, dem Berufsbewerber die „Betätigung im Handwerk als Lebensberuf“ zu ermöglichen, nicht aber „im Nebenberuf“ für eine bestimmte Zeit. Ein Ausnahmetatbestand sei daher nicht gegeben, wenn der Berufsbewerber mit nebenberuflichen Einkünften aus dem Handwerk den Ausbau seines Einzelhandelsgeschäftes finanzieren will.³²¹

³¹⁷ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 108; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 19, 20; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 217, 218.

³¹⁸ BVerwG, Urteil v. 14.05. 1963, GewArch 1963, 232; vgl. auch BVerwG, Urteil v. 12.02. 1965, GewArch 1965, 165.

³¹⁹ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 151.

³²⁰ Tietgen, Walter: Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 14.05. 1963. DVBl. 1963, 780–782, 781.

³²¹ Bay. VGH, Urteil v. 14.05. 1964, GewArch 1964, 229, 230.

Das Bundesverwaltungsgericht hat allerdings diese Entscheidung zu Recht aufgehoben. Richtig sei zunächst, dass eine solche Berufstätigkeit auf eine gewisse Dauer berechnet sein muss. Dafür sei aber nicht erforderlich, dass der Antragsteller diese bis zum Ende seiner Erwerbsfähigkeit zu betreiben gedenkt. Darüber hinaus widerspreche es dem Grundrecht der Berufsfreiheit in Artikel 12 Abs. 1 GG, einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung bereits aus dem Grunde abzulehnen, wenn der Antragsteller das auszuübende Handwerk nicht als alleinigen Beruf auszuüben beabsichtigt. Denn die Freiheit der Berufswahl umfasse nicht nur die Entscheidung über den Eintritt in einen Beruf, sondern auch die Entscheidung darüber, ob und wie lange jemand, der einen bestimmten Beruf ergriffen hat, weiter in ihm verbleiben will und ob und wann er ihn aufgeben will.³²²

4. Unselbstständige Ausübung eines Handwerks

Grundsätzlich ist das Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers dann zu bejahen, wenn er eine selbstständige Berufsausübung anstrebt. Strittig ist aber, ob das schutzwürdige Interesse des Bewerbers auch dann vorliegt, wenn er nur eine unselbstständige Tätigkeit anstrebt.

Dies kann zum einen die Tätigkeit als Betriebsleiter im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO sein. Zum anderen kann der Antragsteller die Ausübung einer Tätigkeit beabsichtigen, die die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle verlangt. Denn neben der Handwerksordnung setzen spezielle gewerberechtliche Nebengesetze zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten handwerksrechtliche Qualifikationen voraus.

4.1. Die Ansicht der Rechtsprechung

Die ältere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verneinte zunächst ein Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers dann, wenn dieser keine selbstständige Tätigkeit anstrebt. Zur Begründung verwies das Gericht auf die Systematik der Handwerksordnung. Aus der Tatsache, dass § 8 HwO im Ersten Teil der Handwerksordnung mit der Überschrift „Ausübung eines Handwerks“³²³ steht, sei zu folgern, dass damit nach § 1 Abs. 1 HwO nur der selbstständige Betrieb einen Handwerks gemeint sein könne, für das die Ausnahmebewilligung an den Bewerber erteilt werde.³²⁴ Das Bundesverwaltungsgericht wies mit dieser Begründung den Antrag eines Berufsbewerbers ab, der als hauptberuflich tätige sachkundige

³²² BVerwG, Urteil v. 28.05. 1965, GewArch 1965, 228, 229; ebenso Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 45; Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 49.

³²³ Seit der HwO-Novelle 2004 „Ausübung eines Handwerks und eines handwerksähnlichen Gewerbes“.

³²⁴ BVerwG, Urteil v. 19.10. 1971, GewArch 1972, 72; BVerwG, Urteil v. 13.11. 1980, GewArch 1981, 166, 167; ebenso Hess. VGH, Urteil v. 14.02. 1983, GewArch 1983, 162; Dohrn, Max-Jürgen: Der selbstständige Augenoptiker. 2. Auflage. Heidelberg 1979. 17.

Person im Sinne des § 10 der damals noch in Kraft stehenden Hackfleisch-Verordnung³²⁵ bei der Herstellung, Behandlung und Inverkehrbringen von Hackfleisch unselbstständig tätig werden wollte und die Ausnahmegewilligung für diese Tätigkeit benötigte. Denn als sachkundige Person im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 HFIV galten gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HFIV auch Personen, die die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO im Fleischerhandwerk erfüllen.

Ein Teil der Rechtsprechung schließt sich der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts für den Fall nicht an, wenn der Antragsteller in einem Handwerksbetrieb als Betriebsleiter tätig werden will.³²⁶ Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts sei zu eng, da gemäß § 7 HwO nicht nur Personen mit Meisterprüfung und gleichwertiger Prüfung in die Handwerksrolle eingetragen werden.³²⁷ Beispielhaft werden juristische Personen und Personengesellschaften genannt, die dann Anspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle haben, wenn der Betriebsleiter eine Ausnahmegewilligung für das zu betreibende Handwerk besitzt. Dieser Betriebsleiter sei aber nicht selbstständiger Handwerker. Würde man der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts folgen, würden sich die vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmen vom Inhaberprinzip nicht verwirklichen lassen.³²⁸

Das Bundesverwaltungsgericht ist später zu Recht von seiner früheren Meinung abgerückt und erkennt ein Rechtsschutzinteresse des Antragstellers nunmehr auch dann an, wenn dieser für eine juristische Person als Betriebsleiter tätig werden will.³²⁹

4.2. Die Ansicht der Literatur

Die Literatur bejaht ein schutzwürdiges Interesse des Antragstellers auch dann, wenn er zwar die unselbstständige Ausübung eines Handwerks anstrebt, die beantragte Ausnahmegewilligung aber die rechtliche Voraussetzung für die Ausübung dieser unselbstständigen Tätigkeit ist.³³⁰ Dies folge aus der Systematik des § 7 HwO, der nicht nur selbstständigen Handwerkern die Eintragung in die Handwerksrolle ermögliche, sondern zum Beispiel auch juristischen Personen, wenn der unselbstständige Betriebsleiter eine Ausnahmegewilligung besitzt.

³²⁵ Verordnung über Hackfleisch, Schabefleisch und anderes zerkleinertes rohes Fleisch (Hackfleisch-Verordnung-HFIV) vom 10. Mai 1976 (BGBl I S. 1186), zuletzt geändert durch Art. 3 V v. 18.5. 2005 (BGBl I S. 1401); außerkraftgetreten am 15 August 2007 durch Art. 23 Nr. 2 VO v. 8.8. 2007 (BGBl. I S. 1816, 1897).

³²⁶ OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1975, 267, 268; OVG Münster, Beschluss v. 10.08. 1987, THwE, 279, 280; VG Münster, Urteil v. 09.11. 1982, THwE, 275.

³²⁷ Siehe dazu im Einzelnen 2. Kapitel.

³²⁸ OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1975, 267, 268.

³²⁹ BVerwG, Urteil v. 08.11. 1996, BVerwGE 102, 204, 207.

³³⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 20; Dannbeck, Siegmund: Ausnahmegewilligung nur zur Eintragung in die Handwerksrolle? GewArch 1973, 228–229. 228; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 153; Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der

Wenn der Gesetzgeber aber ausdrücklich diese Möglichkeit eröffnet, könne dem Antragsteller, der eine solche Tätigkeit anstrebt, nicht das schutzwürdige Interesse an deren Erhalt abgesprochen werden,³³¹ auch wenn § 7 Abs. 3 HwO davon ausgeht, dass in der Regel die Bewerber um Ausnahmegewilligungen den selbstständigen Betrieb eines Handwerks als natürliche Person aufnehmen wollen.³³²

Auch dann, wenn der Antragsteller beispielsweise unselbstständig als Aufsichtsperson bei der Hackfleischherstellung tätig werden wolle, habe er ein rechtliches Interesse an der Sachbescheidung.³³³

4.3. Diskussion

Der Gesetzeswortlaut des § 7 Abs. 1 HwO bestätigt die von Teilen der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung, wonach auch bei der beabsichtigten Ausübung einer unselbstständigen Tätigkeit ein Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers besteht. Danach wird eine natürliche oder juristische Person in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt. Das rechtliche Interesse des Antragstellers muss daher auch dann bejaht werden, wenn der Antragsteller diese ausdrücklich in der Handwerksordnung genannte berufliche Tätigkeit anstrebt. Die in den zitierten Entscheidungen vertretene gegenteilige frühere Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts widerspricht der Gesetzessystematik der Handwerksordnung; ihr kann daher nicht gefolgt werden. Dies muss insbesondere nach der HwO-Novelle 2004 gelten; das Betriebsleitersystem erstreckt sich nunmehr auch auf natürliche Personen und Personengesellschaften.

Spielt die Ausnahmegewilligung bei einer unselbstständigen Tätigkeit, die der Antragsteller ausüben beabsichtigt, gesetzlich eine Rolle, kann auch hier das Sachbescheidungsinteresse nicht verneint werden. Als Beispiel ist hier die beabsichtigte Tätigkeit des Antragstellers als unselbstständiger Büchsenmacher zu nennen. Den nach § 22 Abs. 1 Satz 1 WaffG³³⁴ erforderlichen Fachkundenachweis muss gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WaffG derjenige nicht erbringen, der die Voraussetzungen für die Eintragung eines Büchsenmacherbetriebes in die Handwerksrolle erfüllt. Dazu zählt auch die Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO.³³⁵

Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 151; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 70; unklar Böttcher, Zur Passivlegitimation der Handwerkskammern, GewArch 2004, 466–468, 467.

³³¹ Dannbeck, Ausnahmegewilligung nur zur Eintragung in die Handwerksrolle?, GewArch 1973, 228–229, 229; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 220 ff.

³³² Diefenbach, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10. 2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern, 305–310, 306.

³³³ Ausdrücklich Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 221.

³³⁴ Waffengesetz (WaffG) vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970), zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 26.3. 2008 (BGBl. I S. 426).

³³⁵ Ausdrücklich Apel, Erich. Bushart, Christoph: Waffenrecht. Band 2: Waffengesetz. Kommentar. 3. Auflage. Stuttgart 2004. § 22 Rn 5.

Anders ist das schutzwürdige Interesse des Antragstellers zu beurteilen, wenn dieser die Ausnahmegewilligung nur deshalb benötigt, um mit ihr als besonderem Befähigungsnachweis in Handwerk oder Industrie eine meistergleiche Stellung zu erreichen. Denn in diesen Fällen wird ja die Ausnahmegewilligung nicht zur Ausübung dieser Tätigkeit benötigt. Dem Antragsteller fehlt daher in diesen Fällen das Sachbescheidungsinteresse.

5. Beabsichtigte Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, die die Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle verlangt

Neben der Handwerksordnung können auch spezielle gewerberechtliche Nebengesetze zur selbstständigen Ausübung bestimmter Tätigkeiten handwerksrechtliche Qualifikationen voraussetzen. Strebt ein Antragsteller eine solche selbstständige Tätigkeit an, für deren Ausübung die Eintragungsvoraussetzungen in die Handwerksrolle verlangt werden, kann ihm das Sachbescheidungsinteresse nicht abgesprochen werden.

In der Vergangenheit wurde diesbezüglich beispielhaft das Friseurhandwerk genannt, welches nur von denen selbstständig ausgeübt werden darf, die in die Handwerksrolle eingetragen sind. Allerdings erfasst die Handwerksordnung nur die Ausübung des Friseurhandwerks als stehendes Gewerbe, nicht aber im Reisegewerbe.³³⁶

Aus Gründen des Gesundheitsschutzes verbot aber § 56 Abs. 1 Nr. 5 GewO die Ausübung des Friseurhandwerks im Reisegewerbe durch Personen, die die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle nicht erfüllten. Auch mit einer Ausnahmegewilligung, mit der der Inhaber gemäß § 7 Abs. 3 HwO in die Handwerksrolle eingetragen wird, war die Ausübung des Friseurhandwerks im Reisegewerbe nach § 56 Abs. 1 Nr. 5 GewO zulässig.³³⁷ Im Rahmen der HwO-Novelle 2004 wurde allerdings § 56 Abs. 1 Nr. 5 GewO aufgehoben; ein Befähigungsnachweis als Voraussetzung für die Ausübung des Friseurhandwerks im Reisegewerbe ist daher nicht mehr erforderlich.³³⁸

In diesem Zusammenhang ist auch auf eine besondere Regelung im Waffengesetz hinzuweisen. Derjenige, der gemäß § 21 Abs. 1 WaffG eine Waffenherstellungserlaubnis beantragt, muss für diese erlaubnispflichtige Tätigkeit bei handwerksmäßiger Betriebsweise die erforderlichen Voraussetzungen nach der Handwerksordnung erfüllen, § 21 Abs. 3 Nr. 2 WaffG;

³³⁶ Honig, Gerhart: „Reisegewerbe“ und Scheinarbeitnehmer. GewArch 1991, 10–15. 13.

³³⁷ Schönleitner, in: Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften. Kommentar. Loseblattsammlung. Band I – Gewerbeordnung. Stand 53. Ergänzungslieferung Januar 2009. München 2009. § 56 Rn 97; Diefenbach, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10. 2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern, GewArch 2001, 305–310, 306.

³³⁸ Artikel 4 Nr. 1 HwO-Novelle 2004; zu den Gründen vgl. Schönleitner, in: Landmann/Rohmer, Band I – GewO, § 56 Rn 98.

anderenfalls ist die Erlaubnis zu versagen. Die Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO ist hier als Eintragungsvoraussetzung relevant.³³⁹

6. Wiederholte Antragstellung und Wiederaufgreifen des Verfahrens

Das Sachbescheidungsinteresse eines Antragstellers, der zum wiederholten Male einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung stellt, kann nur unter bestimmten Voraussetzungen bejaht werden. Da die öffentliche Verwaltung vor sinnloser Inanspruchnahme bewahrt werden soll, fehlt ein schutzwürdiges Interesse des Bürgers an einer Entscheidung dann, wenn sich die Inanspruchnahme der Behörde als objektiv rechtsmissbräuchlich darstellt. Dies gilt auch dann, wenn über das Begehren bereits durch bestandskräftig gewordene Entscheidung in der Sache entschieden ist.³⁴⁰

6.1. Wiederholte Antragstellung

Im Ausnahmegewilligungsverfahren fehlt bei wiederholter Antragstellung das Sachbescheidungsinteresse dann, wenn sich nach der Unanfechtbarkeit der Entscheidung keine Veränderungen in den tatsächlichen Voraussetzungen des Antragstellers ergeben haben. In diesen Fällen ist der Antrag als unzulässig abzuweisen, da die Antragstellung rechtsmissbräuchlich ist und somit das Sachbescheidungsinteresse fehlt.³⁴¹

Anders ist die Zulässigkeit des erneuten Antrages zu beurteilen, wenn sich der Antrag auf eine andere Sach- und Rechtslage stützt. Denn die bindende Entscheidung bezieht sich auf einen anderen Sachverhalt, über den gerade nicht rechtskräftig entschieden ist.³⁴²

Hat also der Antragsteller zur Begründung seines erneuten Antrages beispielsweise vorgebracht, er habe sich zwischenzeitlich die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten angeeignet, kann ihm ein Sachbescheidungsinteresse nicht abgesprochen werden.³⁴³ Denn auch die Änderung subjektiver Tatbestandselemente wie Kenntnisse und Fertigkeiten kann eine tatsächliche Änderung der Sachlage herbeiführen.³⁴⁴

Ein erneuter Antrag ist auch zulässig, wenn der Antragsteller vorträgt, die Rechtslage habe sich dadurch geändert, dass ihm die Meisterprüfung aus bestimmten Gründen inzwischen nicht mehr zumutbar ist. Dies kann sich auch aus einer Änderung der rechtlichen Bestim-

³³⁹ Vgl. Apel/Bushart, Waffenrecht, Band 2: Waffengesetz, § 21 Rn 45.

³⁴⁰ Brühl, Entscheiden im Verwaltungsverfahren, 19.

³⁴¹ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 21; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 100; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 57.

³⁴² BVerwG, Urteil v. 27.05. 1960, DÖV 1960, 838.

³⁴³ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 21; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 57.

³⁴⁴ OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309, 310.

mungen, die die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung regeln, ergeben.³⁴⁵

6.2. Wiederaufgreifen des Verfahrens

Dem Antragsteller steht neben der erneuten Antragstellung die Möglichkeit offen, nach Unanfechtbarkeit der Entscheidung über einen früheren Antrag bei der Verwaltungsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen das Wiederaufgreifen des Verfahrens zu beantragen, § 51 VwVfG.

Das Wiederaufgreifen des Verfahrens auf Antrag des Betroffenen ist gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VwVfG dann zulässig, wenn sich die der Entscheidung zugrunde liegende Sach- und Rechtslage nachträglich zugunsten des Betroffenen geändert hat oder zum Vorteil des Betroffenen neue Beweismittel vorliegen.

So liegen die Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß § 51 VwVfG vor, wenn der Antragsteller seine Kenntnisse und Fertigkeiten nach Nichtbestehen einer Eignungsfeststellung erweitert hat.³⁴⁶ Gleiches gilt, wenn ein Antrag nach altem Recht negativ entschieden wurde, sich die der Entscheidung zugrunde liegende Sach- und Rechtslage aber zugunsten des Antragstellers nach neuem Recht verändert hat.³⁴⁷

³⁴⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 57; im Ergebnis Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 109.

³⁴⁶ OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309, 310.

³⁴⁷ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 385; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 91.

3. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen zur Erteilung der Ausnahmegewilligung

Die maßgebliche Vorschrift, die die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung regelt, ist § 8 HwO. Darüber hinaus ist denkbar, dass neben die in dieser Vorschrift normierten Voraussetzungen weitere treten, die für die Erteilung der Ausnahmegewilligung erforderlich sind. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO und einer beschränkten Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO.

I. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO

Die Handwerksordnung nennt in § 8 Abs. 1 zwei Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung.

Zum einen sind durch den Antragsteller die zur selbstständigen Ausführung des zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen; der sogenannte Befähigungsnachweis ist zu erbringen. Zum anderen muss die Ablegung einer Meisterprüfung für den Antragsteller eine unzumutbare Belastung bedeuten; der sogenannte Ausnahmefall muss vorliegen.

Beide in § 8 Abs. 1 HwO genannten tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe.³⁴⁸

1. Das Erfordernis des kumulativen Vorliegens beider Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO

Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich bereits in seinem Urteil vom 05. Mai 1959 mit der Frage auseinander, welche Voraussetzungen die Handwerksordnung in § 7 Abs. 2 HwO 1953 an die Erteilung einer Ausnahmegewilligung knüpft.³⁴⁹ Dabei verweist das Gericht auf die parlamentarischen Beratungen zur Handwerksordnung im Jahr 1953, bei denen das Erfordernis des Befähigungsnachweises von Vertretern aller Parteien als notwendige Grundlage für die selbstständige Ausübung eines Handwerks anerkannt worden ist. Regelmäßiger Weg zum Führen des Befähigungsnachweises durch den Berufsbewerber sei die erfolgreiche Ablegung der Meisterprüfung. Der Wortlaut der Vorschrift des § 7 Abs. 2 HwO 1953 mache deutlich, dass neben dem Nachweis der zur selbstständigen Ausübung des erwählten Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten besondere Umstände vorliegen müssen, die

³⁴⁸ Vgl. Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 118.

³⁴⁹ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 289.

es rechtfertigten, ausnahmsweise von der Ablegung der Meisterprüfung abzusehen. Die entgegenstehende Meinung von Eyermann/Fröhler, wonach auch derjenige, der auf andere Weise den Befähigungsnachweis führt, in gleicher Weise einen Rechtsanspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle haben soll wie der Inhaber der Meisterprüfung,³⁵⁰ würde zur Aushöhlung des § 7 Abs. 1 HwO 1953 führen. Kaum jemand würde sich bereit finden, Zeit und Mühe zur Ablegung der Meisterprüfung aufzuwenden, wenn die Eintragung auch ohne eine solche Prüfung möglich ist, wenn also nur der Nachweis der Befähigung erforderlich ist.

Diese Meinung vertritt das Bundesverwaltungsgericht bis heute. Nach seiner ständigen Rechtsprechung ist somit nach wie vor für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung stets sowohl das Vorliegen eines Ausnahmefalls als auch der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten Voraussetzung.³⁵¹

Allerdings könnte man dabei daran denken, dass möglicherweise dann kein Ausnahmefall vorliegt, wenn der Antragsteller nach seinem eigenen Vorbringen bereits über die erforderlichen Kenntnisse verfügt. Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu ausdrücklich klar, dass eine solche Vorstellung dem Gesetz nicht zugrunde liege. Denn würden genügende Kenntnisse und Fertigkeiten der Annahme eines Ausnahmefalls entgegenstehen, käme eine Ausnahmegewilligung niemals in Betracht. Zudem deckten die in der praktischen Berufsausübung erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten in der Regel nicht das gesamte prüfungsrelevante Spektrum ab.³⁵²

Die ober- und unterinstanzliche Rechtsprechung ist dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich gefolgt. Bei der Feststellung der Kenntnisse und Fertigkeiten und der Prüfung des Vorliegens eines Ausnahmefalls handele es sich um eigenständige Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung, § 8 Abs. 1 HwO.³⁵³ Diese Tatbestandsvoraussetzungen seien nicht alternativ zu verstehen, sondern müssten beide kumulativ vorliegen.³⁵⁴

Auch in der Literatur ist man sich heute grundsätzlich einig, dass beide genannten Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um der Verwaltungsbehörde die Erteilung einer Ausnahmegewilligung zu ermöglichen.³⁵⁵

³⁵⁰ Eyermann/Fröhler, HwO, 1. A., § 7 Anm II.

³⁵¹ Statt aller BVerwG, Urteil v. 21.06. 2001, GewArch 2001, 479, 481; BVerwG, Urteil v. 25.02. 1992, GwArch 1992, 242, 243; BVerwG, Urteil v. 10.10. 1972, GewArch 1973, 46.

³⁵² BVerwG, Urteil v. 21.06. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

³⁵³ Statt aller VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385.

³⁵⁴ VG Trier, Urteil v. 19.02. 1988, GewArch 1989, 27.

³⁵⁵ Statt aller Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 2, 4; Faber, Joachim: Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung. GewArch 1987, 6–12, 7; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 8; Stork, in: Schwannecke, HwO, HwO, § 8 Rn 19; Kröger, Die Ausnahmegewilligung zu Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 146; Webers, Das Handwerk im Spiegel des Grundgesetzes, WiVerw 2001, 260–276, 265; Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 47; Sydow, Maren: Die Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“ zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21. November 2000 („Leipziger Beschlüsse“) und ihre Auswirkungen in der Praxis. GewArch 2002, 458–460, 458.

In der Literatur geäußerte Zweifel, ob neben der fachlichen Befähigung noch weitere Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung erforderlich sind, insbesondere das Vorliegen eines Ausnahmefalls, seien durch die Neufassung des § 8 HwO im Rahmen der HwO-Novelle 1965 beseitigt worden.³⁵⁶ Danach sei die frühere Auffassung von Eyermann/Fröhler, wonach als einzige Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung der Befähigungsnachweis gefordert werden darf,³⁵⁷ als überholt anzusehen.

Im Ergebnis müssen sowohl nach der einschlägigen Rechtsprechung als auch nach Auffassung der Literatur die beiden Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO kumulativ vorliegen und nicht etwa alternativ. Dieses ergibt sich eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut der genannten Vorschrift.

Trotz dieses einhelligen Votums bestehen allerdings zum Erfordernis des Vorliegens eines Ausnahmefalls im Falle der Beschränkung der Ausnahmegewilligung auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten, § 8 Abs. 2 HwO³⁵⁸ und im Falle der Befristung der Ausnahmegewilligung, § 8 Abs. 2 HwO³⁵⁹ unterschiedliche Auffassungen.

2. Die Prüfungsreihenfolge der Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung

Die Frage der Wertigkeit der zwei Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO und eine sich daraus ergebende mögliche Prüfungsreihenfolge sind in der Rechtsprechung und Literatur wiederholt erörtert worden. Nicht einheitlich wird dabei die Frage behandelt, ob sich die beiden Tatbestandsmerkmale in ihrer rechtlichen Bedeutung unterscheiden oder ihnen das gleiche Gewicht zukommt.

2.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Prüfungsreihenfolge ist nicht einheitlich, wobei sich diese in drei Zeitabschnitte einteilen lässt.

Die erste und grundlegende Entscheidung des Gerichts misst beiden Tatbestandsvoraussetzungen, also dem Befähigungsnachweis und dem Ausnahmegrund, gleiches Gewicht bei.³⁶⁰

³⁵⁶ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 139; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 13.

³⁵⁷ Eyermann/Fröhler, HwO, 1. A., § 7 Anm. II.

³⁵⁸ 3. Kapitel 3. Abschnitt II. 3.

³⁵⁹ 3. Kapitel 4. Abschnitt III.

³⁶⁰ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 289, 290.

Mit zwei Urteilen vom 14. August 1959 bestätigt das Bundesverwaltungsgericht seine diesbezügliche Rechtsprechung.³⁶¹

Später hingegen betont das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 26. Januar 1962, dass bei der Beurteilung, ob eine Ausnahmegewilligung zu erteilen ist, die Frage des Befähigungsnachweises stets im Vordergrund zu stehen hat und deshalb an erster Stelle zu prüfen ist.³⁶² Dabei nimmt das Bundesverwaltungsgericht zur Begründung Bezug auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961, wonach nur eine großzügige Handhabung bei der Prüfung, ob ein Ausnahmefall gegeben ist, dem Schutz des Einzelnen dienenden Sinn des Artikel 12 Abs. 2 GG gerecht wird.³⁶³ Deshalb könne nicht an der Auffassung festgehalten werden, dass die beiden Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung, also der Befähigungsnachweis und das Vorliegen eines Ausnahmefalls, etwa das gleiche Gewicht hätten.³⁶⁴

Allerdings stellt das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 28. Mai 1965 klar, dass mit der Entscheidung vom 26. Januar 1962 nur richtungsweisend zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass dem Erfordernis des Befähigungsnachweises eine besondere Bedeutung zukommt, weil er in jedem Fall die unabdingbare Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle ist und die insoweit zu stellenden Anforderungen auch aus sozialen Gründen nicht herabgesetzt werden dürfen.³⁶⁵ Demgegenüber sei bei der Prüfung der Frage, ob ein Ausnahmefall anzunehmen ist, ein weniger strenger Maßstab anzulegen. Daraus sei aber nicht zu folgern, dass dann, wenn das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls auch bei großzügiger Beurteilung dieser Frage zu verneinen ist, die Ausnahmegewilligung lediglich mit dieser Begründung versagt wird und eine Prüfung der fachlichen Qualifikation, weil sie dann entbehrlich sei, unterbleiben kann. Auch unter Verweis auf die Prozesswirtschaftlichkeit hält das Bundesverwaltungsgericht an dieser Rechtsprechung bis heute fest.³⁶⁶

³⁶¹ BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, GewArch 1959/1960, 138; BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, GewArch 1959/1960, 139, 140.

³⁶² BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 98.

³⁶³ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 159.

³⁶⁴ Diese Meinung ausdrücklich ablehnend OVG Münster, Urteil v. 26.02. 1964, GewArch 1964, 226, 227.

³⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 28.05. 1965, GewArch 1965, 228.

³⁶⁶ BVerwG, Urteil v. 24.04. 1969, GewArch 1969, 256; BVerwG, Beschluss v. 10.10. 1972, GewArch 1973, 46; ebenso VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68; OVG Lüneburg, Beschluss v. 31.10. 1966, GewArch 1967, 170, 171; Bay. VGH, Urteil v. 14.05. 1964, GewArch 1964, 229; OVG Münster, Urteil v. 26.02. 1964, GewArch 1964, 226, 227; VG Trier, Urteil v. 19.02. 1988, GewArch 1989, 27.

2.2. Die Meinung der Literatur

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur stehen beide Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung gleichberechtigt nebeneinander.³⁶⁷

Mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, insbesondere zur Prüfungsreihenfolge bei den Anspruchsvoraussetzungen für die Ausnahmegewilligung, setzt sich Deppenbrock auseinander.³⁶⁸ Er führt aus, dass das Gericht mit seiner Entscheidung vom 26. Januar 1962³⁶⁹ zum Teil von den Verwaltungsbehörden insoweit missverstanden wurde, dass auch in den Fällen, in denen bereits ein Ausnahmetatbestand zweifelsfrei nicht vorliegt, durch die Verwaltungsbehörden doch immer zunächst die fachliche Qualifikation des Bewerbers zu prüfen ist. Zwar müsse nach dieser Rechtsprechung bei der Erteilung der Ausnahmegewilligung der fachlichen Qualifikation der Sache nach eine größere Bedeutung beigemessen werden als dem weit auszulegenden „Ausnahmefall“. Hingegen sei hiermit nichts zur Prüfungsreihenfolge der beiden Tatbestandsmerkmale gesagt worden. Diese richte sich vielmehr nach den allgemeinen Regeln der Rechtsanwendung, wonach es dann, wenn zwei Tatbestandsmerkmale erst zusammen eine Rechtsfolge rechtfertigen, gleich bleibt, welches Tatbestandsmerkmal zuerst geprüft wird.

Auch Kröger kommt zu diesem Ergebnis, wobei er allerdings die Meinung vertritt, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 26. Januar 1962³⁷⁰ die Prüfung des Befähigungsnachweises im Verwaltungsverfahren stets an erster Stelle verlangt hat.³⁷¹ Allerdings habe das Gericht mit seiner Entscheidung vom 28. Mai 1965³⁷² diese Auffassung zu Recht berichtigt. Denn aus prozessökonomischen Gründen sei es nicht vertretbar, dem Antragsteller einen schwierigen und unter Umständen kostspieligen Kenntnissnachweis zuzumuten, um dann gleichwohl den Antrag mit der Begründung abzulehnen, es sei kein Ausnahmefall gegeben. Zudem könne, wenn ein Anspruch an zwei selbstständige Voraussetzungen geknüpft ist, nicht die Prüfung einer der Voraussetzungen stets an erster Stelle verlangt werden. Im Ergebnis handele es sich um zwei Anspruchsvoraussetzungen mit grundsätzlich gleicher Bedeutung, wobei aus Gründen der Prozessökonomie regelmäßig vor Eintritt in eine Beweisaufnahme die Prüfung der Voraussetzungen zur Annahme des Ausnahmefalls im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO zu erfolgen hat.³⁷³

³⁶⁷ Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 218; Czybulka, Gewerberecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, I, 115–218, 139; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 139; Dohrn, Der selbstständige Augenoptiker, 20.

³⁶⁸ Deppenbrock, Johannes: Zur Ausnahmegewilligung für die Eintragung in die Handwerksrolle. BB 1962, 1063–1066, 1064.

³⁶⁹ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 98.

³⁷⁰ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 98.

³⁷¹ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zu Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 146, 147.

³⁷² BVerwG, Urteil v. 28.05. 1965, GewArch 1965, 228.

³⁷³ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zu Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 146, 147.

Die Gleichrangigkeit beider Voraussetzungen der Ausnahmegewilligung betont Fröhler,³⁷⁴ wobei verfahrensrechtlich nicht die Prüfung beider Voraussetzungen in jedem Fall geboten ist. Neben prozessökonomischen Erwägungen führt Fröhler auch psychologische Erwägungen an, die das Unterbleiben des Befähigungsnachweises rechtfertigen, wenn feststeht, dass ein Ausnahmefall nicht vorliegt. Es erscheine rein psychologisch verfehlt, umständliche Beweiserhebungen wie einen Eignungstest mit einem etwa positiven Ausgang für den Antragsteller durchzuführen, wenn das Vorliegen eines Ausnahmefalls offensichtlich zu verneinen ist.

Auf die bewährten Grundprinzipien der traditionellen Urteilsaufbaulehre bezieht sich Dannbeck, wenn er bei der Frage der Prüfungsreihenfolge der Anspruchsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO nicht auf rein abstrakte Gesichtspunkte, sondern auf die konkrete Prozesslage, das heißt auf die Eigenart des jeweiligen Sach- und Streitstandes abstellt. Wenn danach die Bejahung oder Verneinung eines Klaganspruchs von mehreren Voraussetzungen abhängt, genüge die Entscheidung über eine dieser Voraussetzungen, sofern deren Vorliegen oder Nichtvorliegen eindeutig feststeht. Bezogen auf das Ausnahmegewilligungsverfahren könne der Befähigungsnachweis unterbleiben, wenn nach der konkreten Sachlage ein Ausnahmefall offensichtlich nicht gegeben ist. Entsprechendes gelte, wenn die Frage des Fähigkeitsnachweises offensichtlich zu verneinen ist.³⁷⁵

Honig/Knörr folgen im Ergebnis der Meinung, wonach die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung gleichberechtigt nebeneinander stehen. Vermittelnd stellen diese aber heraus, dass der Befähigungsnachweis in jedem Fall im Vordergrund steht.³⁷⁶

Dagegen ist nach Meinung von Faber eine Prüfungsreihenfolge einzuhalten, die dem Befähigungsnachweis eindeutig den Vorrang vor dem Ausnahmefall gibt. Dieses stehe zum einen im Einklang mit der Systematik des § 8 Abs. 1 HwO, die dem Fähigkeitsnachweis eindeutig den Vorrang vor dem Ausnahmefall einräumt. Zum anderen ergebe sich dieser Vorrang aus der Gewichtung zwischen beiden Tatbestandsmerkmalen, die zur Sicherung des handwerklichen Standards dem Fähigkeitsnachweis die sachliche Priorität zuweist. Allerdings sei diese Aussage nur von theoretischer Natur, räumt Faber ein. Denn in den meisten Fällen sei der Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung bereits deshalb zurückzuweisen, weil offensichtlich kein Ausnahmefall vorliegt.³⁷⁷

³⁷⁴ Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 49, 50.

³⁷⁵ Dannbeck, ohne Vorname: Anmerkung zu OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964. GewArch 1965, 104–105.

³⁷⁶ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 2, 7; Honig, Gerhart: Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle. BB 1994, 1442–1445. 1443.

³⁷⁷ Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 7, 8.

Folglich kann, so die Auffassung der Literatur, auf die Überprüfung der fachlichen Befähigung des Antragstellers bei der Entscheidung über eine Ausnahmegewilligung dann verzichtet werden, wenn es sich nach dem feststehenden Sachverhalt offensichtlich nicht um einen Ausnahmefall handelt.³⁷⁸

2.3. Diskussion

Der Gesetzgeber hat in § 8 Abs. 1 HwO klargestellt, dass für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sowohl der Befähigungsnachweis als auch das Vorliegen eines Ausnahmegrundes erforderlich sind. Eine unterschiedliche Gewichtung der beiden Voraussetzungen lässt sich weder dem Gesetzestext selbst noch der Begründung zur HwO-Novelle 1965³⁷⁹ entnehmen. Ist ein Anspruch an zwei selbstständige Voraussetzungen geknüpft, kann nicht verlangt werden, dass die eine Voraussetzung stets an erster Stelle zu prüfen ist. Die entgegengesetzte Meinung kann daher nicht überzeugen.

Insbesondere ist sowohl aus verwaltungsökonomischen Gründen und vor allem im Interesse des Antragstellers selbst durch die Verwaltungsbehörde zuerst die Voraussetzung zu prüfen, die möglicherweise vom Antragsteller nicht erfüllt wird. Damit kann auch die Prüfung des Antrages in kürzerer Zeit und mit weniger Verwaltungsaufwand durchgeführt werden. Dem Antragsteller bleiben durch diese Verwaltungspraxis Aufwendungen, sei es zeitlicher oder finanzieller Art, erspart.

3. Das Vorliegen eines Ausnahmefalls

Der Gesetzgeber hat mit der Neufassung des § 8 HwO im Rahmen der HwO-Novelle 1965 eine Legaldefinition des Ausnahmefalls in die Handwerksordnung eingefügt. Danach liegt gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO ein Ausnahmefall vor, wenn die Ablegung der Meisterprüfung zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Mit der Abfassung dieser Legaldefinition in § 8 Abs. 1 HwO hat der Gesetzgeber der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961³⁸⁰ Rechnung getragen, wann im Hinblick auf den in der Entscheidung dargestellten verfassungsrechtlichen Zusammenhang die Annahme von Ausnahmefällen geboten ist.³⁸¹

³⁷⁸ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 20; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 21, 22.

³⁷⁹ Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/2335, 10.

³⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 17.07. 1962, GewArch 1961, 157.

³⁸¹ OVG Bremen, Beschluss v. 16.08. 1988, GewArch 1988, 382, 383; ebenso Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 47; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 29.

3.1. Der Charakter des § 8 HwO als Ausnahmeregelung

Rechtsprechung und Literatur haben sich bei der Beurteilung von Lebenssachverhalten als Ausnahmefall an den vom Bundesverfassungsgericht in seiner Handwerksentscheidung entwickelten Leitgedanken zum Vorliegen eines Ausnahmefalls orientiert. Die wesentlichen Grundaussagen dieser Entscheidung und die sich daraus ergebenden Auslegungsgrundsätze haben bis heute nicht ihre Gültigkeit verloren; vielmehr orientiert sich die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts, und die Literatur weiterhin an ihnen.³⁸²

3.1.1. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961

Das Bundesverfassungsgericht führt in dieser Entscheidung aus, dass Ausnahmefälle mindestens dann anzunehmen sind, wenn es eine übermäßige, nicht zumutbare Belastung darstellen würde, einem Berufsbewerber auf den Nachweis seiner fachlichen Befähigung durch Ablegung der Meisterprüfung zu verweisen.³⁸³ Nur eine Verwaltungspraxis, die bestimmte, die Ablegung der Meisterprüfung besonders erschwerende Umstände hinreichend berücksichtigt, sei an Artikel 12 Abs. 1 GG orientiert und werde seinem Schutzgedanken gerecht. Das Gericht führt weiter aus, dass die Entstehungsgeschichte der Handwerksordnung darauf hindeutet, dass von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden soll. Eine großzügige Praxis käme jedenfalls dem Ziele der Handwerksordnung entgegen, die Schicht leistungsfähiger selbstständiger Handwerkerexistenzen zu vergrößern. Eine weite Auslegung des Begriffs des Ausnahmefalls laufe dem Streben des Gesetzes, den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks zu erhalten und zu fördern, nicht zuwider, weil ein Berufsbewerber in jedem Fall die zur selbstständigen Ausübung seines Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen muss.

Diese Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht mit Kammerbeschluss vom 04. April 1990³⁸⁴ bestätigt und auf die Maßstäbe verwiesen, die das Gericht in seiner Entscheidung vom 17. Juli 1961 anhand des Artikel 12 Abs. 1 GG entwickelt hat. In dem zu entscheidenden Fall wurde eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, mit der der Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des § 8 Abs. 1 HwO, die für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung einen Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten fordert, geltend machte.

In seinen späteren Kammerbeschlüssen vom 31. März 2000, vom 27. September 2000 und vom 07. April 2003 weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass es über die maßgeb-

³⁸² Vgl. Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 2, 3; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 11.

³⁸³ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 159.

³⁸⁴ BVerfG, Kammerbeschluss v. 04.04. 1990, GewArch 1991, 137.

lichen verfassungsrechtlichen Fragen zum Befähigungsnachweis für das Handwerk bereits entschieden hat.³⁸⁵

Allerdings äußert das Bundesverfassungsgericht in seinem Kammerbeschluss vom 05. Dezember 2005 Zweifel, ob mit Blick auf die Veränderung der wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände die bis Ende des Jahres 2003 geltenden Regelungen über die Ausgestaltung des Meisterzwangs dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch gerecht wurden. Zur Begründung führt das Gericht die wachsende Konkurrenz deutscher Handwerker mit Handwerkern aus anderen EU-Staaten an sowie die Abkehr des Gesetzgebers im Rahmen der HwO-Novelle 2004 von der Vorstellung, nur Handwerker mit bestandener Meisterprüfung seien zur Ausbildung in der Lage. Der Gesetzgeber habe sich den Zweifeln zur Verfassungsmäßigkeit der Berufszugangsregelungen in der Handwerksordnung 1998 nicht verschlossen und den Zugang zur selbstständigen Tätigkeit im Handwerk für berufserfahrene Gesellen im Zuge der HwO-Novelle 2004 erleichtert.³⁸⁶ Gleichzeitig erinnert das Bundesverfassungsgericht daran, dass nach dem Willen des Gesetzgebers von der Erteilung einer Ausnahmegewilligung „nicht engherzig“ Gebrauch gemacht werden soll; die Praxis mache - soweit ersichtlich - von dieser Möglichkeit nur zurückhaltend Gebrauch. Im Ergebnis aber lässt das Bundesverfassungsgericht die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Berufszugangsregelungen in der Handwerksordnung 1998 offen.

Damit kommt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961 gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG weiterhin Bindungswirkung zu; diese erstreckt sich auf die tragenden Entscheidungsgründe.³⁸⁷ Durch die HwO-Novelle 2004 hat sich diesbezüglich keine Änderung ergeben.³⁸⁸

3.1.2. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Das Bundesverwaltungsgericht greift mit Urteil vom 26. Januar 1962 die Grundgedanken des Bundesverfassungsgerichtes auf und bringt zum Ausdruck, dass bei der Erteilung der Ausnahmegewilligung großzügig zu verfahren ist. Allerdings sei der Regelfall die Eintragung in die Handwerksrolle mit Ablegung der Meisterprüfung.³⁸⁹

³⁸⁵ BVerfG, Kammerbeschluss v. 31.03. 2000, GewArch 2000, 240, 241; BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.09. 2000, GewArch 2000, 480; BVerfG, Kammerbeschluss v. 07.04. 2003, GewArch 2003, 243.

³⁸⁶ BVerfG, Kammerbeschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 72, 73; ebenso BVerfG, Beschluss v. 26.03. 2007, GewArch 2007, 255, 256; vgl. dazu Leisner, Walter Georg: Der Meistertitel im Handwerk-(weiter) ein Zwang?-Europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme. GewArch 2006, 393-395; Dürr, Wolfram: Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk. GewArch 2007, 18-24. 18; Monopolkommission: 16. Hauptgutachten 2004/2005. BT-Drucksache 16/2460. 90,91.

³⁸⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480; BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 489; Nds. OVG, Beschluss v. 30.06. 2003, GewArch 2003, 487, 488; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 22; Hahn, Dittmar: Das Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ab 2004. GewArch 2005, 393-408. 399.

³⁸⁸ Ausdrücklich BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 489.

³⁸⁹ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 98.

In seinen Entscheidungen vom 23. Juni 1990, vom 08. Dezember 1992 und vom 29. August 2001 urteilt das Bundesverwaltungsgericht, dass von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht „engherzig“ Gebrauch gemacht werden soll.³⁹⁰ Das Verlangen nach dem verfassungskonformen „Großen Befähigungsnachweis“ als Voraussetzung für die selbstständige Ausübung eines Handwerks, der einen empfindlichen Eingriff in die Freiheit der selbstständigen Berufsausübung darstellt, setze eine grundrechtsfreundliche, großzügige Auslegung und Anwendung der Ausnahmetatbestände voraus. Allerdings ändere dies aber nichts daran, dass der regelmäßige Weg zur Eintragung in die Handwerksrolle über die Meisterprüfung führt und somit nur im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände die Eintragung über § 8 HwO in Betracht kommt. Insbesondere sei die Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO keine gleichwertige Alternative zum Meisterbrief, sondern eine Ausnahme von der Regel.³⁹¹

Daher kommt, so das Verwaltungsgericht Arnberg, bei der Eintragung in die Handwerksrolle demjenigen, der in dem zu betreibenden Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat, nach dem Willen des Gesetzgebers der absolute Vorrang zu. Danach stehe dem Handwerker keine Möglichkeit zu, alternativ zwischen diesen beiden Eintragungsvoraussetzungen zu wählen. Nach der Systematik des Gesetzes müsse die Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 Abs. 1 HwO denjenigen Fällen vorbehalten bleiben, in denen außergewöhnliche und gewichtige Tatsachen dazu führen, dass dem Eintragungsbewerber im Einzelfall die Ablegung der Meisterprüfung nicht zugemutet werden kann.³⁹² Dabei findet die Anerkennung von Ausnahmefällen ihre Grenze in einer erheblichen Entwertung der Meisterprüfung.³⁹³

Bei der Anwendung des § 8 HwO ist, so das Verwaltungsgericht Trier, auch das Gleichheitsgebot aus Artikel 3 des Grundgesetzes zu beachten. Im Lichte dieses Grundrechts sei zu verhindern, dass eine Degradierung der Meisterprüfung als der vom Gesetzgeber vorgesehene Regelform des Befähigungsnachweises eintritt.³⁹⁴ Das Gebot der Gleichbehandlung wird, so das Verwaltungsgericht Köln, hingegen verletzt, wenn ein zu großzügiger Maßstab bei der Beurteilung des Ausnahmefalls angelegt und einzelnen Bewerbern ohne triftigen Grund Befreiung von dem vorgeschriebenen und sachlich gerechtfertigten Ausbildungsgang gewährt wird.³⁹⁵ Denn es sei nicht Sinn der Ausnahmeregelung des § 8 HwO, jedem Bewerber

³⁹⁰ BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386; BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165; BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480.

³⁹¹ BVerwG, Beschluss v. 16.05. 1984, NVwZ 1984, 586; ebenso OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 04.06. 1980, GewArch 1981, 352; Bay. VGH, Beschluss v. 12.07. 2001, GewArch 2001, 422; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 22, 23; VG Trier, Urteil v. 19.02. 1998, GewArch 1989, 27; VG Stuttgart, Urteil v. 06.12. 2002, GewArch 2004, 35.

³⁹² VG Arnberg, Urteil v. 25.10. 1979, GewArch 1980, 385.

³⁹³ OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 8 des Urteilsabdrucks.

³⁹⁴ VG Trier, Urteil v. 19.02. 1988, GewArch 1989, 27.

³⁹⁵ VG Köln, Urteil v. 26.06. 1980, THwE, 271.

ber, der - aus welchen Gründen auch immer - die Ablegung der Meisterprüfung unterlassen hat, im Wege der Ausnahmegewilligung den Zugang zu dem betreffenden Handwerks zu öffnen.³⁹⁶

An den dargelegten Grundsätzen habe auch die HwO-Novelle 2004 nichts geändert. Weiterhin führe der normale Weg zur Eintragung in die Handwerksrolle über die Meisterprüfung; nur im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände könne die Eintragung über § 8 HwO vorgenommen werden.³⁹⁷

3.1.3. Die Meinung der Literatur

Die Literatur orientiert sich ebenfalls an dem Leitgedanken der Handwerker-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts; teilweise wird dabei nach der HwO-Novelle 2004 der Charakter der Ausnahmegewilligung anders beurteilt.

Dabei war sich die Literatur zunächst einig, dass die Anlegung eines nicht restriktiven Maßstabes bei der Prüfung des Vorliegens eines Ausnahmefalls nichts an dem Charakter des § 8 HwO als Ausnahmetatbestand ändert,³⁹⁸ die Ausnahmegewilligung also eine Ausnahme von der Regel bleiben muss.³⁹⁹ Daraus ergebe sich, dass der in § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO genannte Ausnahmefall nicht einer unter vielen ist.⁴⁰⁰ Die gebotene Großzügigkeit bei der Handhabung des § 8 solle zwar allen unzumutbaren Härten entgegenwirken, die durch eine starre Beachtung der auf die Meisterprüfung beschränkten Zulassungsvoraussetzungen der Handwerksordnung entstehen können. Andererseits dürfe die Ausnahmegewilligung aber nicht dazu benutzt werden, der gesetzlichen Forderung, nämlich der Ablegung der Meisterprüfung, ohne zwingende Notwendigkeit auszuweichen.⁴⁰¹ Anderenfalls könnte die Ausnahme zur Regel werden; der Sinn des Gesetzes, also aus rechtspolitischen Gründen nur ausnahmsweise auf die Ablegung der Meisterprüfung zu verzichten, würde in sein Gegenteil verkehrt.⁴⁰²

Ebenso wie auch von den Verwaltungsgerichten wird von der Literatur eine freie Wahlmöglichkeit zwischen einem Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen nach § 7 HwO, also

³⁹⁶ VG Köln, Urteil v. 09.11. 1978, THwE, 266.

³⁹⁷ Bay. VGH, Beschluss v. 10.04. 2006, GewArch 2007, 125; Nds. OVG, Beschluss v. 30.09. 2004, AZ.: 8 ME 77/04, S. 6 des Urteilabdrucks; VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 2005, 157, 159; VG Ansbach, Urteil v. 30.06. 2005, AZ.: AN 4 K 05.00636, S. 7 des Urteilabdrucks.

³⁹⁸ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 15; Früh, Gudrun: Die Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht und das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Erleichterung des Gewerbezugangs. GewArch 2001, 58–60. 59.

³⁹⁹ So auch nach der HwO-Novelle 2004 Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 21.

⁴⁰⁰ Dohrn, Der selbstständige Augenoptiker, 19.

⁴⁰¹ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 2.

⁴⁰² Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 196, 197.

zwischen Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung, abgelehnt.⁴⁰³ Denn eine Befreiung von dem Erfordernis der Meisterprüfung ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung verstoße gegen den Gleichheitssatz; es dürfe keine Beliebigkeit der Meisterprüfungserfordernisse geben.⁴⁰⁴

Teilweise wird nach der HwO-Novelle 2004 in der Literatur die Meinung vertreten, dass durch die Reduzierung der zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A sowie der Möglichkeit der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO der bisherigen Entscheidungspraxis nach § 8 HwO die Geschäftsgrundlage entzogen worden ist. Die verfassungsrechtliche Legitimation des Großen Befähigungsnachweises, so Kormann/Hüpers,⁴⁰⁵ bedürfe nicht mehr der Absicherung durch eine weitherzige Ausnahmegewilligungspraxis. Insbesondere dürfte die neue Vorschrift des § 7 b HwO in der Praxis, so Müller,⁴⁰⁶ zu einer Umkehr des Grundsatz-Ausnahme-Verhältnisses zwischen der für den Meister-Status bislang obligatorischen Meisterprüfung und der nunmehr eröffneten Altgesellenregelung führen. Nach Meinung von Honig/Knörr ist hier der Ausnahmecharakter verloren gegangen, was rechtsdogmatisch bedenklich ist; die Ausnahme wurde zur alternativen Regel.⁴⁰⁷

3.1.4. Diskussion

Die Vorschrift des § 8 HwO hat weiterhin Ausnahmecharakter. Der regelmäßige Weg zur Eintragung in die Handwerksrolle über die Meisterprüfung ist unabdingbares Erfordernis für den Zugang zum Handwerk. Nur wenn in der Person des Antragstellers besondere Gründe vorhanden sind, die für ihn die Ablegung der Meisterprüfung als eine besonderen Härte erscheinen lassen, kann dies zum Verzicht auf den Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung führen. Eine Wahlmöglichkeit zwischen Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung gibt es nicht: Die Systematik des Gesetzes bringt deutlich zum Ausdruck, dass die Ausnahmegewilligung keine Alternative zur Meisterprüfung ist. Zudem würden diejenigen, von denen die Ablegung der Meisterprüfung verlangt wird, gegenüber den Berufsbewerbern um eine Ausnahmegewilligung unangemessen benachteiligt, wenn man das Ausnahmegewilligungsverfahren als Alternativverfahren zum Meisterprüfungsverfahren verstehen würde.

Würde man Kormann/Hüpers folgen, würde dies die Abkehr von einem der tragenden Gründe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961, nämlich dem nicht

⁴⁰³ Czybulka, Detlef: Die Entwicklung des Handwerksrechts. NVwZ 1991, 230–238. 236.

⁴⁰⁴ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

⁴⁰⁵ Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 78.

⁴⁰⁶ Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410; vgl. auch Stober, Rolf: Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung. GewArch 2003, 393–399. 395.

⁴⁰⁷ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 b Rn 2.

engherzigen Gebrauch bei der Erteilung der Ausnahmegewilligung, bedeuten. Dies setzt aber voraus, dass die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG entfallen ist; diese kann auch dann entfallen, wenn eine wesentliche Änderung der Lebensverhältnisse eingetreten ist.⁴⁰⁸ Wie bereits ausgeführt, besteht die Bindungswirkung der „Handwerkerentscheidung“ fort. Durch die HwO-Novelle 2004 hat sich an dem grundlegenden Regelungssystem der Handwerksordnung, wonach das Verhältnis zwischen Befähigungsnachweis und Ausnahmegewilligung durch das Regel-Ausnahme-Prinzip bestimmt wird, nichts geändert. Die Vorschrift des § 8 HwO wurde hinsichtlich ihres Verständnisses durch die im Rahmen der HwO-Novelle 2004 erfolgten Gesetzesänderungen nicht berührt; auch weiterhin steht die selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks nicht jedem frei.⁴⁰⁹ Daran ändert auch nichts, dass mit der neuen Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO eine besondere Form der Ausnahmegewilligung eingeführt wurde, die hinsichtlich der Modalitäten bei dem Nachweis der Befähigung zu Kritik Anlass bietet.⁴¹⁰

3.2. Der Begriff der unzumutbaren Belastung

Die gesetzliche Legaldefinition des Ausnahmefalls in § 8 Abs. 1 HwO setzt für den Antragsteller ein Mehr an Belastung durch Ablegung der Meisterprüfung voraus, die ihm nicht zugemutet werden kann. Da hinsichtlich der nachzuweisenden Befähigung zwischen der Meisterprüfung und der Ausnahmegewilligung - abgesehen von den berufserzieherischen Kenntnissen eines Handwerksmeisters - kein wesentlicher Unterschied besteht,⁴¹¹ kann die Belastung des Antragstellers daher nur in der Art und Weise gefunden werden, in der ein Prüfling in der Meisterprüfung seine Befähigung nachweisen muss.⁴¹²

3.2.1. Die Belastungen

Als Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO sind folglich die Bedingungen und Umstände denkbar, unter denen sich ein Prüfling der Meisterprüfung stellt.⁴¹³

3.2.1.1. Die formelle Art der Meisterprüfung als Belastung

Der Nachweis der fachlichen Qualifikation in der formellen Art, die sich in dem Ablauf der Meisterprüfung widerspiegelt,⁴¹⁴ stellt für den Antragsteller eine Belastung dar.

⁴⁰⁸ Vgl. Heusch, in: Umbach, Dieter C., Clemens, Thomas, Dollinger, Franz-Wilhelm: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch. 2. Auflage. Heidelberg 2005. § 31 Rn 49.

⁴⁰⁹ Im Ergebnis BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 489; vgl. auch VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 22; BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480.

⁴¹⁰ Ausführlich s. u. 5. Kapitel.

⁴¹¹ Ausführlich dazu 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.

⁴¹² OVG Brandenburg, Beschluss v. 19.01. 1999, GewArch 1999, 165; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 30; Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1065.

⁴¹³ Vgl. dazu Anhang A.

Der Ablauf des Meisterprüfungsverfahrens ist durch die Handwerksordnung sowie durch die sie ergänzenden Rechtsnormen ausführlich geregelt. Der Meisterprüfling muss sich über einen längeren Zeitraum einer Prüfungssituation stellen, die für ihn durch die äußere Form der Prüfung eine psychologische Erschwerung bedeutet. Dabei muss er sich die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten, die ihm in der Meisterprüfung abverlangt werden, aneignen. Zudem kommt für den Kandidaten als weitere Erschwerung der schlagwortartig recht häufig als Prüfungsballast bezeichnete Examensstoff hinzu, der prüfungsüblich ist und auch nicht durch das ernstliche Bemühen der Prüfer, praxisnah und wirklichkeitsbezogen zu prüfen, beseitigt wird. Gemeint sind damit solche Fragen, deren Beantwortung nur durch besondere Vorbereitung möglich ist, das vorausgesetzte Wissen allerdings in der Praxis sehr schnell – weil entbehrlich – verloren geht.⁴¹⁵ Schließlich muss sich der Kandidat einer Meisterprüfungskommission stellen und seine meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen. Er muss schriftliche Aufsichtsarbeiten anfertigen und sich einer mündlichen Prüfung und einer praktischen Unterweisung stellen. Darüber hinaus muss er eine Meisterprüfungsarbeit fertigen beziehungsweise eine Projektarbeit erledigen und eine Arbeitsprobe ablegen beziehungsweise eine Situationsaufgabe bearbeiten. Für diese Anforderungen rein prüfungstechnischer Art und deren Bewältigung sind ebenfalls gewisse Vorbereitungen erforderlich.⁴¹⁶

Damit bringt die Meisterprüfung hinsichtlich der unmittelbaren Vorbereitung auf sie und durch die Förmlichkeit der Prüfungssituation für den Antragsteller eine Belastung mit sich;⁴¹⁷ gegenüber der Prüfung der Befähigung nach § 8 HwO bedeutet sie für den Antragsteller ein Mehr an Belastung.⁴¹⁸ Die Belastung ergibt sich dabei nicht aufgrund von höheren fachlichen Anforderungen als in der Meisterprüfung, sondern resultiert aus der anderen Durchführungsart der Prüfung und ihrem größeren Umfang. Gerade in dem unterschiedlichen Prüfungsrahmen und der unterschiedlichen Prüfungsintensität liegt die Belastung.⁴¹⁹

3.2.1.2. Die Zulassungsvoraussetzungen für die Meisterprüfung als Belastung

Eine Belastung, insbesondere für laubbahnfremde Bewerber, sind die Zulassungsvoraussetzungen für die Meisterprüfung. Der in der Handwerksordnung normierte handwerkliche

⁴¹⁴ Vgl. Deppenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1065.

⁴¹⁵ Dettnerbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 30.

⁴¹⁶ Fröhler, Ludwig: Anmerkung zu VG München, Urteil v. 06.10. 1969. GewArch 1961, 58.

⁴¹⁷ BVerwG, Kammerbeschluss. v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 72; VG Stuttgart, Urteil v. 06.12. 2002, GewArch 2004, 35.

⁴¹⁸ OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165; VG Freiburg, Urteil v. 07.12. 1976, GewArch 1977, 163, 164.

⁴¹⁹ Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegenehmigung nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, GewArch 1979, 8–12, 10.

Ausbildungsgang stellt eine Zulassungsbeschränkung⁴²⁰ und damit eine Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO für den Antragsteller dar.⁴²¹ Der Gesetzgeber hat allerdings im Rahmen der HwO-Novelle 2004 die Zulassungsvoraussetzungen gelockert, was die Belastung für den laufbahnfremden Bewerber mildert.

Zudem kann die Handwerkskammer auf Antrag den Bewerber zur Meisterprüfung im Einzelfall von bestimmten Zulassungsvoraussetzungen befreien, wenn er nicht den gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen genügt, § 49 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bis 3 HwO. Der Antragsteller kann daher die Belastung durch die Zulassungsvoraussetzungen für die Meisterprüfung vermeiden, wenn er bei der zuständigen Handwerkskammer einen entsprechenden Antrag auf Befreiung stellt. Vor diesem Hintergrund ist eine Belastung des Bewerbers um eine Ausnahmegewilligung durch die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen zur Meisterprüfung insoweit erst dann gegeben, wenn einem Antrag auf ausnahmsweise Zulassung nicht entsprochen wurde.⁴²²

3.2.1.3. Der Zeit- und Geldaufwand für die Meisterprüfung als Belastung

Für die Vorbereitung auf die Meisterprüfung und die Prüfung selbst muss der Bewerber ein gewisses Maß an Zeit aufwenden. Gleichmaßen sind im bestimmten Maße finanzielle Mittel durch den Bewerber aufzubringen.

3.2.1.3.1. Der zeitliche Aufwand als Belastung

Die Vorbereitung auf die Meisterprüfung bedeutet für den Bewerber eine erhebliche zeitliche Belastung.⁴²³ Dabei handelt es sich um eine typische Belastung, die normalerweise mit der Vorbereitung und Ablegung der Meisterprüfung unmittelbar verbunden ist.⁴²⁴ Der Zeitaufwand dient gerade dazu, um sich auf die speziellen Prüfungsanforderungen vorzubereiten und sich die berufserzieherischen Kenntnisse anzueignen.⁴²⁵ Denn die in der praktischen

⁴²⁰ VG Stuttgart, Urteil v. 29.11. 1991, GewArch 1992, 425, 426.

⁴²¹ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 139; Deterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 31; BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481; OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165.

⁴²² VG Neustadt a. d. Weinstrasse, Beschluss v. 05.09. 1994, GewArch 1996, 112, 113; VG Oldenburg, Gerichtsbescheid v. 23.06. 1986, GewArch 1986, 378, 379; OVG Berlin, Urteil v. 20.01. 1965, GewArch 1966, 64, 65; Deterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 31.

⁴²³ BVerfG, Kammerbeschluss. v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 72; Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384; OVG Bremen, Beschluss v. 16.08. 1988, GewArch 1988, 382, 384.

⁴²⁴ OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 76.

⁴²⁵ Deterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 35; Bay. VGH, Beschluss v. 30.03. 1976, GewArch 1976, 198, 199; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 39; VG Frankfurt a. M., Urteil v. 31.02. 1975, GewArch 1975, 231, 232.

Berufsausübung erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten decken in der Regel das gesamte prüfungsrelevante Spektrum gerade nicht ab.⁴²⁶

3.2.1.3.2. Die finanziellen Aufwendungen als Belastung

Mit der Ablegung der Meisterprüfung sind regelmäßig erhöhte finanzielle Aufwendungen verbunden. Dabei sind sowohl die mit der Prüfung unmittelbar in Zusammenhang stehenden Kosten wie Prüfungsgebühren als auch die finanziellen Aufwendungen für die Anfertigung des Meisterstücks oder der Meisterprüfungsarbeit zu berücksichtigen.

Die von der Handwerkskammer zu erhebenden Prüfungsgebühren stellen für den Meisterprüfling eine Belastung dar,⁴²⁷ soweit sie nicht durch die Handwerkskammer erlassen worden sind oder gefördert wurden.⁴²⁸

Auch die Anfertigung der Meisterprüfungsarbeit oder die Erstellung der Projektarbeit kann für den Gesellen ein ins Gewicht fallendes finanzielles Opfer bedeuten, zumal dann, wenn diese nach Abschluss der Meisterprüfung weder privat genutzt noch veräußert werden kann und nur noch Erinnerungswert besitzt. Damit stellen auch diese finanziellen Aufwendungen eine Belastung dar.

Die mit der Ablegung der Meisterprüfung in Zusammenhang stehenden Kosten sind allerdings Fortbildungskosten, die gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG⁴²⁹ in der tatsächlichen Höhe als Werbungskosten zu berücksichtigen sind,⁴³⁰ womit die Belastung auch hier gemildert wird.

Im Ergebnis sind finanzielle Aufwendungen des Bewerbers für die Meisterprüfung, also sowohl bezüglich der Prüfungsgebühren als auch bezüglich der Kosten für das Meisterstück oder die Meisterprüfungsarbeit als Belastung einzuordnen.⁴³¹

⁴²⁶ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

⁴²⁷ BVerwG, Urteil v. 29.09. 2001, GewArch 2001, 479, 481; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 06.07. 1962, GewArch 1962, 271; OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 76; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 34.

⁴²⁸ S. dazu Anhang A 8. Abschnitt II.

⁴²⁹ Einkommensteuergesetz (EStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 2002 (BGBl. I S. 160, ber. BGBl. I 2003 S. 179), zuletzt geändert durch Art. 15 Ab. 80 G. v. 5.2. 2009 (BGBl. I S. 706).

⁴³⁰ App, Michael: Steuerliche Berücksichtigung der Aufwendungen für die Anfertigung eines Meisterstücks im Handwerk. GewArch 1991, 93; BFH, Urteil v. 15.12. 1989, DB 1990, 1382.

⁴³¹ BVerfG, Kammerbeschluss. v. 05.12.2005, GewArch 2006, 71, 72; ebenso VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120; Bay. VGH, Beschluss v. 30.03. 1976, GewArch 1976, 198, 199; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 141; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 61.

3.2.1.4. Zeit- und Geldaufwand für Meisterkurse als Belastung

Der Besuch von Meisterkursen stellt eine übliche und allgemein für erforderlich gehaltene Vorbereitung auf die Meisterprüfung dar.⁴³² Strittig ist allerdings, ob der damit verbundene Zeit- und Geldaufwand überhaupt als eine Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO einzuordnen ist, da Meisterkurse keine Zulassungsvoraussetzung für die Meisterprüfung sind.⁴³³

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Handwerkerentscheidung vom 17. Juli 1961 geurteilt, dass ein Ausnahmefall darin liegen kann, dass ein Berufsbewerber für den Unterhalt von Angehörigen aufkommen muss und deswegen nicht imstande ist, den Zeit- und Geldaufwand für den Besuch von Meisterkursen zu tragen. Demzufolge stelle dieser Zeit- und Geldaufwand eine Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO dar.⁴³⁴

Das Bundesverwaltungsgericht will dies bezüglich des Geldaufwandes nur für die Fälle gelten lassen, in denen die dem Prüfling entstehenden Kosten nicht durch das „Meister-BAFöG“⁴³⁵ aufgefangen werden können.⁴³⁶

Abweichend zu dieser Meinung stellt ein Teil der Rechtsprechung und Literatur darauf ab, dass Meistervorbereitungskurse keine Zulassungsvoraussetzung zur Meisterprüfung sind und folgert, dass mit den Kursen keine Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO verbunden sein kann.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg stellt klar, dass die Vorbereitung auf die Meisterprüfung nur dann eine erhebliche wirtschaftliche Belastung bedeutet, wenn sie im Wege des Vollzeitbesuchs von Meisterkursen oder auf ähnlichem Wege unternommen wird. Eine derartige Prüfungsvorbereitung möge sinnvoll sein, sei aber weder notwendig noch vorgeschrieben. Dabei verweist das Gericht in seinem Urteil vom 15. Januar 1988 auf die Auffassung, nach der es zumutbar ist, den Prüfungsbewerber auf das Selbststudium unter Beibehaltung der Berufstätigkeit zu verweisen, lässt diese Frage im Ergebnis allerdings offen.⁴³⁷

Die Kosten für einen Meisterkurs ordnet das Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen als eine typische Belastung ein. Allerdings dränge sich die Frage auf, ob sich der Bewerber nicht ohne den Besuch eines Meisterprüfungskurses in den privaten Studien auf die Meister-

⁴³² Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 35.

⁴³³ S. u. Anhang A 4. Abschnitt.

⁴³⁴ BVerfG, Urteil v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160; ebenso Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 41; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 63.

⁴³⁵ Dazu Anhang A Abschnitt III.

⁴³⁶ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

⁴³⁷ VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 18.12. 1978, GewArch 1979, 126, 127; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 15.01. 1988, GewArch 1988, 303, 304.

prüfung vorbereiten und sich als Externer der Prüfung unterziehen kann. Dies könnte im Ergebnis gegen die Annahme einer Belastung für den Antragsteller sprechen, wobei das Gericht diese Frage allerdings offen lässt.⁴³⁸ Auch Dieckmann lässt dahinstehen, ob Aufwendungen für einen Meisterkurs als Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO zu berücksichtigen sind. Er verweist lediglich darauf, dass zum einen Vorbereitungskurse weitgehend berufsbegleitend angeboten werden und zum anderen auch die Möglichkeit besteht, sich das für die Meisterprüfung notwendige Wissen im Selbststudium anzueignen.⁴³⁹

Detterbeck räumt ebenfalls ein, dass die Aufwendungen für den Besuch eines Meisterkurses durchaus eine fühlbare Belastung darstellen können, allerdings nicht im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO. Denn die reine Examensvorbereitung, die als Belastung anzuerkennen sei, könne - vor allem wenn die für einen Meisterprüfungskurs erforderlichen Geldmittel und die notwendige Zeit fehlen - in privaten Studien geschehen. Somit sei der Besuch eines Meisterprüfungskurses nicht als unabdingbare Voraussetzung für das Bestehen der Meisterprüfung anerkannt worden, so nützlich er auch sonst sein mag. Wenn sich jemand aber aufgrund seiner persönlichen Entscheidung mittels Fachkursen auf die Prüfung vorbereiten will, könne er sich nicht auf die daraus entstehenden Belastungen zur Begründung eines Ausnahmefalles berufen. Die Handwerkerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961⁴⁴⁰, die sich mit dieser Frage auseinandergesetzt hat, hätte die erst später geschaffene Möglichkeit geldlicher Beihilfen wie durch das „Meister-BAFöG“ nicht berücksichtigen können.⁴⁴¹

Eindeutiger formuliert seinen Standpunkt das Verwaltungsgericht Oldenburg, wenn es ausführt, dass die Aufwendungen für Meisterkurse grundsätzlich keine Belastungen im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO darstellen. Der freiwillige Besuch von Meisterprüfungskursen, der der Vorbereitung auf den materiellen Inhalt der Meisterprüfung dient, könne keine im Rahmen von § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO zu beachtende Belastung darstellen. Zum einen sei der Besuch dieser Kurse nicht vorgeschrieben. Zum anderen müsse der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung auch über die für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vorausgesetzten Kenntnisse und Fertigkeiten verfügen. Wenn er aber über diese Kenntnisse verfügt, benötige er keinen Meistervorbereitungskurs und könne dementsprechend auch nicht belastet werden.⁴⁴²

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ ordnet im Ergebnis zumindest zeitliche Aufwendungen für Meisterkurse als Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO ein,

⁴³⁸ OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 76, 77.

⁴³⁹ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 141.

⁴⁴⁰ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157.

⁴⁴¹ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 35, 43.

⁴⁴² VG Oldenburg, Gerichtsbescheid v. 23.06. 1986, GewArch 1986, 378, 379.

wenn er ausführt, dass unzumutbar lange Wartezeiten für Kurse zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung einen Ausnahmefall darstellen.⁴⁴³

Im Ergebnis ist der Auffassung zu folgen, die zeitliche und finanzielle Belastungen durch den Besuch von Meisterkursen als Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO einordnet. Zwar stellen Meisterkurse keine Zulassungsvoraussetzung für die Meisterprüfung dar. Allerdings muss es dem Prüfling freigestellt sein, ob er sich durch heimische Studien oder durch Meisterkurse auf die Prüfung vorbereiten will. Zudem würde es eine ungerechtfertigte Bevorzugung derer bedeuten, die aufgrund ihrer finanziellen Situation Vorbereitungskurse zu finanzieren oder finanzielle Einbußen durch Besuch von Vollzeitkursen hinzunehmen in der Lage sind. Die entgegenstehende Meinung ist zu eng und daher abzulehnen.

Der Argumentation, dass derjenige, der sich auf eine Belastung durch Meisterkurse beruft, gleichzeitig zu erkennen gibt, nicht über die erforderlichen meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten zu verfügen, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Denn die Vorbereitungskurse dienen dem Prüfling schließlich auch dazu, sich die berufserzieherischen Kenntnisse anzueignen und dem Prüfling die speziellen Prüfungsanforderungen vorzustellen. Denn allein durch die berufliche Tätigkeit wird in der Regel nicht das gesamte prüfungsrelevante Wissen, also die vollumfänglichen meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten, vermittelt.

Damit sind daher zeitliche und finanzielle Aufwendungen für den Besuch von Meisterkursen eine Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO.

3.2.2. Die Unzumutbarkeit der Belastung

Allein das Vorliegen einer Belastung rechtfertigt es nicht, zu Gunsten des Antragstellers einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO anzunehmen. Vielmehr liegt nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO ein Ausnahmefall nur dann vor, wenn die Belastung des Antragstellers durch die Ablegung der Meisterprüfung für diesen unzumutbar ist.

3.2.2.1. Die Definition der Unzumutbarkeit

Das Bundesverfassungsgericht nimmt in seiner „Handwerkerentscheidung“ einen Ausnahmefall mindestens dann an, wenn es eine übermäßige, nicht zumutbare Belastung darstellt, einen Berufsbewerber auf den Nachweis seiner fachlichen Befähigung durch Ablegung der Meisterprüfung zu verweisen.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 17.12. 1987, GewArch 1988, 59–61, 60; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

⁴⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 159.

Die Belastung muss somit von einigem Gewicht sein, also deutlich höher sein als in der Vielzahl der Fälle. Dabei bemisst sich die Frage der Zumutbarkeit nach geltendem Recht.⁴⁴⁵ Es müssen im Einzelfall besonders erschwerende Umstände gegeben sein, die zusätzlich zu der bereits in der Zulassungsbeschränkung liegenden Härte einen Tatbestand schaffen, der es ausnahmsweise erlaubt, den Nachweis der handwerklichen Befähigung nicht durch die Meisterprüfung, sondern auf andere Art und Weise zu erbringen.⁴⁴⁶ Bei der Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO ist folglich eine Gegenüberstellung der Voraussetzungen des Normalfalls der Meisterprüfung und des Sonderfalls einer durch eine solche Prüfung eintretenden unzumutbaren Belastung erforderlich.⁴⁴⁷

3.2.2.2. Die personenbezogene Betrachtung

Der Gesetzgeber hat bei der Konzeption der Handwerksordnung zunächst bewusst davon abgesehen, in die maßgebliche Vorschrift zur Erteilung der Ausnahmegewilligung eine Postivliste der Ausnahmegründe aufzunehmen. Zwar werden in § 8 Abs. 1 HwO seit der HwO-Novelle 1998 bestimmte Prüfungen als Ausnahmegrund anerkannt.⁴⁴⁸ Dennoch beurteilt sich die Frage, ob ein Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO vorliegt, weitgehend nach den Umständen des Einzelfalls.⁴⁴⁹

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO muss die Unzumutbarkeit speziell in der Person des Antragstellers begründet sein. Daher ist bei der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen eines Ausnahmefalls eine personenbezogene Betrachtungsweise, die also stets auf den individuellen Antragsteller gerichtet ist, erforderlich.⁴⁵⁰ Andere, nicht in der Person des Antragstellers liegende Gründe müssen daher grundsätzlich außer Betracht bleiben. Vielmehr können von vornherein nur Umstände berücksichtigt werden, die einen unmittelbaren Bezug zur Meisterprüfung haben. Damit genügt nicht jeder subjektive Umstand im Lebensreich des Antragstellers, um den Ausnahmefall zu begründen.⁴⁵¹ Eine andere Betrachtungsweise wäre aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO nicht gesetzeskonform.

⁴⁴⁵ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481; so auch BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165, 166.

⁴⁴⁶ VG Stuttgart, Urteil v. 29.11. 1991, GewArch 1992, 425, 426; ebenso VG Stuttgart, Urteil v. 06.12. 2002, GewArch 2004, 35; Bay. VGH, Urteil v. 19.10. 1987, THwE, 291, 292; VG Freiburg, Urteil v. 17.12. 1976, GewArch, 163; VG Karlsruhe, Urteil v. 21.10. 1997, GewArch 1978, 130, 131; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 in der Rechtsprechung, 24.

⁴⁴⁷ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

⁴⁴⁸ S. u. 3. Kapitel 3. Abschnitt 3.3.15.

⁴⁴⁹ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479; BVerwG, Beschluss v. 16.05. 1984, NVwZ 1984, 586.

⁴⁵⁰ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69; Nds. OVG, Urteil v. 29.04. 1994, AZ: 8 L 4749/93, S. 7 des Urteilsabdrucks; VG Stuttgart, Urteil v. 06.12. 2002, GewArch 2004, 35; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 140; Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 222.

⁴⁵¹ Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 7.

In diesem Zusammenhang sind insbesondere von Antragstellern als Ausnahmegrund angeführte Argumente wie Wegfall der Vollbeschäftigung, Schaffung von Arbeitsplätzen, günstige Konjunkturlage und Kundenwünsche darauf zu untersuchen, ob hinsichtlich der Unzumutbarkeit das Erfordernis der Personenbezogenheit bei der Prüfung des Ausnahmefalls erfüllt ist. Gleiches gilt auch für die geplante Betriebsübernahme als Ausnahmegrund.

3.2.2.3. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Zumutbarkeit

Bei der Beurteilung der Frage, ob für den Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung eine unzumutbare Härte darstellen würde, kommt der Frage des maßgeblichen Zeitpunktes für die Unzumutbarkeit entscheidende Bedeutung zu. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass von der Erteilung der Ausnahmegenehmigung nach der „Handwerkerentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts⁴⁵² nicht „engherzig“ Gebrauch werden soll. Im Mittelpunkt der Diskussion steht hier daher stets die Frage, ob der Bewerber seine frühere getroffene Entscheidung gegen das Durchlaufen der Ausbildung im Handwerk revidieren kann oder seine gesamte Lebensplanung bei der Beurteilung der Zumutbarkeit zu berücksichtigen ist.

3.2.2.3.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994

Rechtsprechung und Literatur haben die Frage, ob bei der Prüfung der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung stets der gesamte berufliche Lebensweg des Antragstellers zu berücksichtigen sei, kontrovers behandelt.

3.2.2.3.1.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich in einer ersten Entscheidung vom 08. Juni 1962 nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgericht vom 17. Juli 1961⁴⁵³ mit dem maßgebenden Zeitpunkt für die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller. Das Gericht führt dabei aus, dass es dahingestellt bleiben kann, ob triftige Gründe in der Person des Klägers vorgelegen hätten, die der Ablegung der Gesellen- und der Meisterprüfung bereits vor Beginn des letzten Krieges entgegengestanden. Das Berufungsgericht habe darüber zu befinden gehabt, ob nach der zur Zeit seiner Entscheidung bestehenden Sachlage ein Ausnahmefall als gegeben zu erachten war. Mit dieser Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht somit auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag des Bewerbers als maßgeblichen Zeitpunkt für die Unzumutbarkeit abgestellt.⁴⁵⁴

⁴⁵² BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160.

⁴⁵³ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157.

⁴⁵⁴ BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 252, 253.

In der weiteren Rechtsprechung ist das Bundesverwaltungsgericht von dieser Entscheidung abgerückt. In seinem Urteil vom 24. April 1969 führt das Bundesverwaltungsgericht aus: „Die Ablegung der Meisterprüfung bedeutet für den Kläger bei Beginn seiner selbstständigen Berufsausübung, bei Erlass des angegriffenen Entscheides und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht keine unzumutbare Belastung“.⁴⁵⁵ Maßgeblich für die Frage der Unzumutbarkeit ist danach somit auch, ob dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung in der Zeit vor Antragstellung zuzumuten war.

Mit Beschluss vom 23. Februar 1970 hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt.⁴⁵⁶ Die Frage, ob die Annahme eines Ausnahmefalls im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO von dem Verhalten des Antragstellers in der Zeit vor seiner selbstständigen Berufstätigkeit oder im Zeitpunkt der Antragstellung abhängt, sei durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. April 1969⁴⁵⁷ geklärt. Bis zum Jahre 1993 hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsauffassung weiter vertreten.⁴⁵⁸

Das Bundesverfassungsgericht wiederum hat in seinem Kammerbeschluss vom 04. April 1990 diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt.⁴⁵⁹ Die gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Februar 1988⁴⁶⁰ gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hatte. Bei der Prüfung eines Ausnahmefalls im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO sei, so das Bundesverfassungsgericht, entscheidend, ob der Antragsteller es schuldhaft versäumt hat, die Meisterprüfung in einer Zeit abzulegen, in der dies für ihn zumutbar war. Die Richter des zweitinstanzlichen Gerichts hätten ab Anfang der sechziger Jahre diese Frage bejaht; dem Antragsteller sei damit die Möglichkeit genommen, sich in späteren Jahren mit Erfolg auf eine inzwischen eingetretene Unzumutbarkeit zu berufen.⁴⁶¹

Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Unzumutbarkeit ist dagegen nicht einheitlich.

Mit Urteil vom 06. Juli 1962 hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg erstmals nach der „Handwerkerentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts zum Zeitpunkt der Unzumutbarkeit Stellung bezogen. Ob es gerechtfertigt ist, eine Ausnahme von der Regel zuzulassen, ließe sich nur dann in einer dem Sinn des Gesetzes entsprechenden Weise beurteilen,

⁴⁵⁵ BVerwG, Urteil v. 24.04. 1969, GewArch 1969, 256, 257.

⁴⁵⁶ BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970, GewArch 1971, 164, 165.

⁴⁵⁷ BVerwG, Urteil v. 24.04. 1969, GewArch 1969, 256.

⁴⁵⁸ BVerwG, Beschluss v. 15.02. 1988, GewArch 1989, 272; BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386; BVerwG, Urteil v. 25.02. 1992, GewArch 1992, 242.

⁴⁵⁹ BVerfG, Kammerbeschluss v. 04.04. 1990, GewArch 1991, 173.

⁴⁶⁰ BVerwG, Beschluss v. 15.02. 1988, GewArch 1989, 272.

wenn man sich dabei den gesamten beruflichen Werdegang des Bewerbers vor Augen hält und dabei auch berücksichtigt, aus welchen Gründen der Betreffende die Meisterprüfung nicht abgelegt hat oder nicht ablegen konnte. Auch wenn man entsprechend der vom Bundesverfassungsgericht hierzu aufgestellten Grundsätze bei der Prüfung der Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegt, nicht engherzig, sondern großzügig verfährt, ändere dies doch nichts an dem Charakter der Ausnahmegewilligung als eine Ausnahme von der Regel.⁴⁶² An dieser Rechtsprechung hat der Verwaltungsgerichtshof in der Folgezeit festgehalten. Dabei sei spätestens auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der Berufsbewerber die Meisterprüfung hätte ablegen können oder sich zur Selbstständigkeit entschlossen hat.⁴⁶³

Bei der Prüfung der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung stellt das Oberverwaltungsgericht Lüneburg ebenfalls nicht nur auf die gegenwärtige Situation des Antragstellers, sondern ebenfalls auf seinen gesamten beruflichen Werdegang ab. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, aus welchen Gründen er die Meisterprüfung in der Vergangenheit nicht ablegen konnte oder deren Ablegung schuldhaft versäumt hat.⁴⁶⁴ Der Hessische Verwaltungsgerichtshof, der Bayerische Verwaltungsgerichtshof und das Oberverwaltungsgericht Koblenz folgen dieser Rechtsprechung.⁴⁶⁵

Dagegen vertritt das Oberverwaltungsgericht Bremen eine andere Meinung und lehnt die oben dargestellte Rechtsprechung ausdrücklich ab. Das Bundesverfassungsgericht habe eine großzügige Praxis bei der Annahme von Ausnahmefällen bejaht. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung bezweifelt das Oberverwaltungsgericht Bremen, ob den Gründen, die einen Bewerber in der Vergangenheit davon abgehalten hätten, die Meisterprüfung abzulegen, so weitreichende, die Freiheit der Berufswahl ausschließende Bedeutung beigemessen werden darf, wie es durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und anderer Oberverwaltungsgerichte geschieht. Frühere Entscheidungen des Berufsbewerbers, die Meisterprüfung nicht abzulegen, seien in „Wahrnehmung der Berufsfreiheit“ getroffen worden. Die Prüfung der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller auch für die Vergangenheit entbehre im Lichte des Grundrechts der Berufsfreiheit schon im Ansatz der rechtlichen Grundlage.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ BVerfG, Kammerbeschluss v. 04.04. 1990, GewArch 1991, 173.

⁴⁶² VGH Bad.-Württ., Urteil v. 06.07. 1962, GewArch 1962, 271.

⁴⁶³ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 28.06. 1972, GewArch 1972, 160; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 15.04. 1981, THwE, 272; VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 11.10. 1984, THwE, 276; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 26.09. 1984, THwE, 291; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.02. 1986, GewArch 1986, 375.

⁴⁶⁴ OVG Lüneburg, Urteil v. 27.11. 1974, GewArch 1975, 193; OVG Lüneburg, Urteil v. 26.10. 1978, THwE, 265; OVG Lüneburg, Urteil v. 26.11. 1987, THwE, 280; OVG Lüneburg, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382.

⁴⁶⁵ Hess. VGH, Urteil v. 02.09. 1975, GewArch 1976, 195; Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1984, GewArch 1985, 387; Bay. VGH, Beschluss v. 30.06. 1976, GewArch 1976, 198; OVG Koblenz, Urteil v. 07.11. 1979, THwE, 269.

⁴⁶⁶ OVG Bremen, Beschluss v. 16.08. 1988, GewArch 1988, 382.

3.2.2.3.1.2. Die Meinung der Literatur

Die herrschende Meinung in der Literatur ist der späteren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Zeitpunkt der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung gefolgt. Bei der anzustellenden Bewertung, den Antragsteller von dem gesetzlich nominierten Ausbildungsgang zu befreien, sei nicht allein auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen. Vielmehr seien der gesamte berufliche Werdegang und die Gründe zu berücksichtigen, aus denen in der Vergangenheit die Ablegung der Meisterprüfung unterblieben ist.⁴⁶⁷ Eine abweichende Handhabung liefe darauf hinaus, dass die Ausnahmegewilligung „ersessen“ werden könnte. Dies liege nicht im Sinne der gesetzlichen Regelung.⁴⁶⁸ Honig unterstreicht, dass sich niemand mit Erfolg auf „unbillige Härten“ berufen kann, wenn er wertvolle Jahre ungenutzt hat verstreichen lassen, und wenn nun etwas von ihm gefordert wird, was das Gesetz von jedem verlangt, der sich handwerklich betätigen will.⁴⁶⁹ Kröger führt aus, dass ansonsten die Ausnahme zur Regel werden würde; der Sinn des Gesetzes würde in sein Gegenteil verkehrt.⁴⁷⁰

Demgegenüber lehnt Czybulka die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur als zu restriktiv ab. Die Einbeziehung der gesamten Lebensplanung des Antragstellers in die Beurteilung sei bei Auslegung des § 8 Abs. 1 HwO weder vom Wortlaut zwingend noch grundrechtsfreundlich. Das Bundesverfassungsgericht hätte in seinem Kammerbeschluss vom 04. April 1990⁴⁷¹ deutlicher an das Grundrecht der Berufsfreiheit erinnern müssen.⁴⁷²

3.2.2.4.2. Der Zeitpunkt der Unzumutbarkeit nach der HwO-Novelle 1994

Der Gesetzgeber hat mit der HwO-Novelle 1994 das Ausnahmegewilligungsverfahren zu Gunsten der Antragsteller präzisiert, um dem Zugang zur Handwerksausübung zu erleichtern.⁴⁷³ Dabei erschien dem Gesetzgeber die Verwaltungspraxis bei der Prüfung des Vorliegens eines Ausnahmefalls als „zu weitgehend“. In der Praxis werde ein Ausnahmefall verneint, wenn der berufliche Werdegang und vor allem der Grund berücksichtigt wird, warum die Meisterprüfung bisher nicht abgelegt worden ist und der Antragsteller dies zu vertreten hat. Vielmehr, so ausdrücklich die Amtliche Begründung, müsse es dem Antragsteller ermöglicht werden, seine frühere Berufsentscheidung zu Gunsten des Handwerks zu revidie-

⁴⁶⁷ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 140.

⁴⁶⁸ Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 8.

⁴⁶⁹ Honig, HwO, Kommentar, 1. A., § 8 Rn 25.

⁴⁷⁰ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 147.

⁴⁷¹ BVerfG, Kammerbeschluss v. 04.04. 1990, GewArch 1991, 137.

⁴⁷² Czybulka, Gewerbenebenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, I, 115–218, 139; Czybulka, Detlef: Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990–1994. NVwZ 1995, 538–547. 543.

⁴⁷³ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18.

ren. Daher solle künftig darauf abgestellt werden, ob seit Antragstellung Gründe eingetreten sind, die eine besondere aus dem Rahmen fallende Belastung darstellen und dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar machen.

Nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO liegt nunmehr ein Ausnahmefall vor, wenn die Ablegung der Meisterprüfung zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach für den Antragsteller eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ hat mit Bekanntmachung vom 30. Juni 1994 zur künftigen handwerksrechtlichen Handhabung für den Vollzug der Handwerksordnung und die Praxis Stellung genommen.⁴⁷⁴ Bei der Prüfung von Anträgen müsse von der bisherigen Leitvorstellung der Praxis abgegangen werden, nach der die Erteilung einer Ausnahmegewilligung insbesondere dann ausgeschlossen ist, wenn sich aus dem beruflichen Werdegang des Antragstellers ergibt, dass der Grund, weshalb er die Meisterprüfung nicht früher abgelegt hat, auf einem von ihm zu vertretenden Umstand beruht. Vielmehr dürften dem Antragsteller entgegen der bisherigen Praxis Versäumnisse aus früheren Jahren nicht mehr vorgehalten werden. Es dürfe nicht mehr geprüft und berücksichtigt werden, ob es auf einem von dem Antragsteller zu vertretenden Verhalten, also auf einem von ihm verschuldeten Umstand beruht, wenn er die Meisterprüfung nicht zu einem früheren Zeitpunkt abgelegt hat, zudem ihm dies ohne besondere, aus dem Rahmen fallende Belastung möglich gewesen ist. Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ führt weiter aus, dass Sachverhalte, die für oder gegen einen Ausnahmegrund sprechen, in einem Gesamtzusammenhang zu bewerten sind, der die gesamte wirtschaftliche und soziale Situation des Antragstellers umfasst. Bei der Prüfung und Entscheidung über das Vorliegen einer unzumutbaren Belastung sei insbesondere auch der berufliche Werdegang des Antragstellers zu berücksichtigen.

Damit, so der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ in seiner Bekanntmachung vom 21. November 2000, ist durch die geänderte Fassung des § 8 Abs. 1 HwO, der den Ausnahmefall in der dargelegten Weise präzisiert, eine „Vergangenheitsforschung“ ausgeschlossen.⁴⁷⁵

3.2.2.4.2.1. Die Meinung der Rechtsprechung

In einer ersten Entscheidung hat das Verwaltungsgericht Stade durch Gerichtsbescheid vom 11. Januar 1994 zur Handhabung des neuen § 8 HwO, insbesondere zum Zeitpunkt der Unzumutbarkeit, Stellung genommen. Danach führe der regelmäßige Weg zur Eintragung in die Handwerksrolle über die Meisterprüfung. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände komme

⁴⁷⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 384.

⁴⁷⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 124.

die Eintragung nach § 8 HwO in Betracht. Daran ändere auch die höchstrichterliche Rechtsprechung, nach der von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werde, nichts. Es sei daher maßgeblich, ob es der Antragsteller zu vertreten hat, dass er nicht zu einem früheren Zeitpunkt die entscheidungsmaßgebliche Meisterprüfung absolviert hat. Diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze seien auch nach Inkrafttreten der Novelle zur Handwerksordnung 1994 zu beachten.⁴⁷⁶

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 18. Juli 1994 den Gerichtsbescheid des Verwaltungsgerichts Stade vom 11. Januar 1994 aufgehoben. Das Oberverwaltungsgericht führt aus, dass § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO nunmehr die Prüfung der Unzumutbarkeit der Prüfungsablegung auf den Zeitpunkt der Antragstellung und danach reduziert. Danach komme es auf die zurechenbare Unterlassung der Ausbildung und der Meisterprüfung in jungen Jahren nicht mehr an. Der gesetzgeberische Wille stelle jetzt allein darauf ab, ob seit Abgabe der Antrages nach § 8 Abs. 1 HwO bis in die Gegenwart hinein Gründe eingetreten sind, die eine besondere aus dem Rahmen fallende Belastung darstellen und dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung nunmehr unzumutbar machen. Diese von der bisherigen Leitvorstellung der Praxis abweichende gesetzgeberische Intention habe das Verwaltungsgericht verkannt.⁴⁷⁷

Nach der Neufassung des Gesetzes kommt es, so das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 22. Dezember 1995, grundsätzlich nicht mehr darauf an, ob der Antragsteller es in vorwerfbarer Weise unterlassen hat, die Meisterprüfung zu einem früheren Zeitpunkt abzulegen. Der Gesetzgeber sei im Rahmen der ihm auch unter dem Blickwinkel des Artikels 3 Abs. 1 GG zustehenden weiten Gestaltungsfreiheit nicht gehindert gewesen, den Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 1 HwO neu auszuformen, um den Zugang zur selbstständigen Handwerksausübung ohne vorherige Meisterprüfung zu erleichtern. Es verbiete sich daher, auf ein vorangegangenes etwaiges Fehlverhalten des Antragstellers und die Zumutbarkeit der Meisterprüfung in früheren Jahren abzustellen. Eine Einschränkung, so das Gericht, könne sich insoweit im Einzelfall nur dann ergeben, wenn sich der Antragsteller rechtsmissbräuchlich beispielsweise auf sein fortgeschrittenes Lebensalter beruft. Dies könne sich damit als Verstoß gegen den auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellen.⁴⁷⁸ In einer späteren Entscheidung hat das Gericht diese Meinung bekräftigt.⁴⁷⁹ Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, der dieser Meinung folgt, stellt darauf ab, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO im

⁴⁷⁶ VG Stade, Gerichtsbescheid v. 11.01. 1994, THwE, 1115.

⁴⁷⁷ Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75; ebenso Nds. OVG, Urteil v. 29.04. 1994, AZ: 8 L 4749/93, S. 11 des Urteilsabdrucks.

⁴⁷⁸ OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287.

Rahmen der HwO-Novelle 1994 lediglich spätere Entscheidungen für das Handwerk erleichtern wollte. Ansonsten sei an einer personenbezogenen, alle Umstände des Einzelfalls umfassenden Beurteilung festzuhalten. Danach erscheine es als geboten, einen Handwerker, dessen berufliche Laufbahn schon seit geraumer Zeit offensichtlich auf die selbstständige Ausübung eines Handwerks ausgerichtet ist, im Rahmen des § 8 Abs. 1 HwO an früheren Entscheidungen festzuhalten, um so zu verhindern, dass die Ausnahmegewilligung zum „Ersitzungstatbestand“ wird.⁴⁸⁰

Das Verwaltungsgericht Stade gibt mit Urteil vom 31. August 1998 seine frühere Auffassung auf und folgt nunmehr der angeführten Rechtsprechung.⁴⁸¹ Das Verwaltungsgericht Hamburg vertritt mit Urteil vom 27. März 2000 die Ansicht, dass ein Ausnahmefall vorliegt, wenn für den Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach eine unzumutbare Belastung bedeutet. Dabei sei immer der gesamte berufliche Werdegang des Antragstellers zu berücksichtigen.⁴⁸² Insoweit berücksichtigt das Verwaltungsgericht Hamburg in einer weiteren Entscheidung zu Gunsten der Antragstellerin, dass ihr die Nichtablegung der Meisterprüfung aus verschiedenen Gründen, nämlich ihren persönlichen Lebensumständen, nicht vorgeworfen werden konnte. Damit will das Verwaltungsgericht Hamburg im Ergebnis bei der Frage der Unzumutbarkeit auch Umstände vor Antragstellung berücksichtigen, allerdings nur zu Gunsten des Antragstellers.⁴⁸³

Das Verwaltungsgericht Wiesbaden hat in seinem Urteil vom 27. Oktober 1998 über die Unzumutbarkeit der Meisterprüfung für einen Antragsteller zu entscheiden, dem durch befristete Ausnahmegewilligungen über fast zehn Jahre die Möglichkeit gegeben wurde, die Meisterprüfung abzulegen. Das Gericht führt aus, dass angesichts dieses langen Zeitraumes nicht davon auszugehen ist, dass die Ablegung der Meisterprüfung für den Kläger in der Vergangenheit als auch zum jetzigen Zeitpunkt unzumutbar ist. Der Kläger sei ganz offensichtlich bestrebt, die Ablegung zu vermeiden. Die Annahme der Unzumutbarkeit der Meisterprüfung sei vor diesen Hintergrund unbillig und rechtsmissbräuchlich.⁴⁸⁴

Mit Urteil vom 29. August 2001 befasst sich erstmals nach der HwO-Novelle 1994 auch das Bundesverwaltungsgericht mit dem maßgeblichen Zeitpunkt der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung. Danach könne die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, nach der Ausnahmefälle mit der Begründung verneint worden sind, der betreffende

⁴⁷⁹ OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 76; ebenso OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 8 des Urteilsabdrucks.

⁴⁸⁰ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25.

⁴⁸¹ VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120.

⁴⁸² VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 11 des Urteilsabdrucks.

⁴⁸³ VG Hamburg, Urteil v. 15.03. 2000, AZ: 3 VG 4718/99, S. 9 des Urteilsabdrucks.

⁴⁸⁴ VG Wiesbaden, Urteil v. 27.10. 1998, AZ: 5 E 147/96 (2), S. 9, 10 des Urteilsabdrucks.

Bewerber habe aus nicht gerechtfertigten Gründen in früherer Zeit die Meisterprüfung versäumt, nicht mehr ohne weiteres Geltung beanspruchen. Das Gericht nimmt dabei Bezug auf das in der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf enthaltene Ziel, wonach künftig darauf abgestellt werden soll, ob seit Antragstellung Gründe eingetreten sind, die eine besondere, aus dem Rahmen fallende Belastung darstellen und dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar machen. Dieses gesetzgeberische Ziel habe auch in der Formulierung des Gesetzes, namentlich in § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO, seinen Ausdruck gefunden; diesem müsse die Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift Rechnung tragen.⁴⁸⁵

3.2.2.4.2.2. Die Meinung der Literatur

In der Literatur hat die durch die HwO-Novelle 1994 erfolgte neue Legaldefinition des Ausnahmefalls in § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO eine lebhafte Diskussion ausgelöst. Erdmann bezeichnet diese Neuregelung als die wohl in der Praxis einschneidendste Neuerung im Bereich des Handwerksrechts. Zu Recht zitiert er Julius von Kirchmann mit den Worten: „Drei berichtende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“⁴⁸⁶

Ausdrücklich stellt Erdmann fest, dass mit dem nunmehrigen Abstellen auf den Zeitpunkt der Antragstellung oder danach der bisherigen Judikatur und Praxis, die darauf abstellt hat, ob der Antragsteller zuvor wertvolle Jahre in Bezug auf die Erlangung des Großen Befähigungsnachweises ungenutzt habe verstreichen lassen, der Boden entzogen ist. Allerdings dürfe es keine Beliebigkeit der Meisterprüfungserfordernisse geben; die Handhabung auch des neuen § 8 HwO dürfe nicht zu einer Umgehung der grundsätzlich verlangten Meisterprüfung führen.

Zum gleichen Ergebnis gelangen Honig/Knörr. Der Gesetzgeber habe zur Ermöglichung größerer beruflicher Flexibilität in seiner Begründung ausdrücklich die bisherige Praxis und Rechtsprechung verworfen, einem Antragsteller frühere Versäumnisse anzulasten. Ein Ausnahmegrund entfalle nicht deswegen, weil die Meisterprüfung früher hätte abgelegt werden können. Vielmehr habe die Novelle 1994 klargestellt, dass es auf den Ausnahmegrund im Zeitpunkt der Antragstellung ankommt.⁴⁸⁷

Czybulka, der die vorherige Rechtsprechung und Praxis als wenig grundrechtsfreundlich kritisierte, unterstreicht, dass nach der Begründung des Gesetzesentwurfes diese derzeitige

⁴⁸⁵ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480.

⁴⁸⁶ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

⁴⁸⁷ Honig/Knörr, HwO, 4. A. § 8 Rn 28; Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1444.

Praxis und Rechtsprechung als zu weitgehend revidiert wurde. Es bleibe abzuwarten, wie sich die Neuregelung in der Praxis einspielen werde.⁴⁸⁸

Zu einem anderen Ergebnis gelangen Musielak/Detterbeck und Heck.⁴⁸⁹ Dem Antragsteller könne nach dem neugefassten Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO nicht mehr prinzipiell vorgehalten werden, er habe das Fehlen einer Meisterprüfung zu vertreten, weil er die für ihn in der Vergangenheit bestehende Möglichkeit zur Ablegung der Meisterprüfung aus Nachlässigkeit versäumt hat. Dazu formuliert Heck vermittelnd, dass die Abkehr von der sogenannten Lebensführungsschuld nicht zu einem Missbrauch der Vorschrift ausarten darf; § 8 HwO stelle keinen Ersatztatbestand dar. Der gesamte berufliche Werdegang sei in jedem Fall angemessen zu berücksichtigen, nicht aber unter dem Blickwinkel des Verschuldens beziehungsweise Vertretenmüssens, nicht mehr im Sinne einer Ausschlussfunktion.⁴⁹⁰ Wesentlich enger führen Musielak/Detterbeck aus, das auf das Kriterium des Verschuldens beziehungsweise des Vertretenmüssens keineswegs nunmehr völlig verzichtet werden muss. Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle und die für die selbstständige Ausübung eines Handwerks sei nach Struktur und Systematik der Handwerksordnung grundsätzlich das Bestehen der Meisterprüfung. Diese Grundentscheidung des Gesetzgebers dürfe nicht durch eine ihr zuwiderlaufende Auslegung und Anwendung von Ausnahmetatbeständen konterkariert oder ausgehöhlt werden. Eine ungerechtfertigte Bevorzugung derjenigen, die wertvolle Jahre ungenutzt verstreichen lassen und sich nun auf unbillige Härten berufen, wenn von ihnen das gefordert wird, was das Gesetz von jedem verlangt, der sich handwerklich betätigen will, widerspreche dem Willen des Gesetzgebers. Denn bei einer Gesamtabwägung aller Umstände bei der gebotenen personenbezogenen Einzelfallbetrachtung sei das Verschulden beziehungsweise das Vertretenmüssen einzubeziehen. Lediglich die Ausschlussfunktion der bisherigen Praxis bezüglich des Kriteriums des Verschuldens beziehungsweise Vertretenmüssens sei nicht mehr gegeben.⁴⁹¹

3.2.2.4.2.3. Diskussion

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 17. Juli 1961 klargestellt, dass das Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises mit dem Grundgesetz vereinbar ist.⁴⁹² Der von der Handwerksordnung als subjektive Voraussetzung für die Zulassung zur selbstständigen Berufsausübung geforderte Nachweis des fachlichen Könnens ist die mildeste, den Berufsanwärter am wenigsten belastende Form der Beschränkung der freien Berufswahl. Aller-

⁴⁸⁸ Czybulka, Gewerberecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, I, 115–218, 140.

⁴⁸⁹ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 39; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 54, 55.

⁴⁹⁰ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 54, 55.

⁴⁹¹ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 39; a. A. aber Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 38.

⁴⁹² BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157.

dings ist nur eine Verwaltungspraxis, die bei der Entscheidung über Ausnahmegewilligungsanträge die die Ablegung der Meisterprüfung im Einzelfall besonders erschwerenden Umstände hinreichend berücksichtigt, an Artikel 12 Abs. 1 GG orientiert und wird seinem Schutzgedanken gerecht.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage der Unzumutbarkeit der Belastung des Antragstellers durch die Ablegung der Meisterprüfung zu beurteilen. Eine restriktive, also eine „zu engherzige“ Behandlung von Ausnahmeanträgen führt zu einem Eingriff in die verfassungsmäßig garantierte Berufsfreiheit und in die grundgesetzlich geschützte freie Entfaltung der Persönlichkeit.

Der Gesetzgeber hat daher zu Recht die Abkehr von der sogenannten Lebensführungsschuld vollzogen, wobei er ausdrücklich am Großen Befähigungsnachweis festhält.⁴⁹³ Die teilweise vertretene Ansicht, dass bei der Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO weiterhin der Ausnahmegrund dann entfällt, wenn ein Berufsbewerber die Meisterprüfung in der Vergangenheit schuldhaft versäumt hat, wenn auch diesem Verhalten keine Ausschlussfunktion zukommen soll, widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes und damit dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.⁴⁹⁴ Allerdings können zu Gunsten des Antragstellers Umstände berücksichtigt werden, die ihn in der Vergangenheit ohne Verschulden gehindert haben, die Meisterprüfung abzulegen. Denn der Gesetzgeber wollte mit der Abkehr von der sogenannten Lebensführungsschuld nur erreichen, dass dem Antragsteller stets das schuldhafte Versäumen der Meisterprüfung in der Vergangenheit vorgehalten werden kann.

Allerdings ist zu bedenken, dass der Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, auch im öffentlichen Recht Anwendung findet. Hat sich der Antragsteller über Jahre geweigert, die Meisterprüfung abzulegen, obwohl ihm, etwa durch Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO, dazu die Möglichkeit durch die Verwaltungsbehörde gegeben wurde, ist ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht dazu geeignet, die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung zu begründen. Denn auch Großzügigkeit hat ihre Grenze, insbesondere im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz des Artikels 3 GG.

⁴⁹³ HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 1.

⁴⁹⁴ Vgl. Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5818, 18; ebenso Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 384; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 124; BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480; kritisch Dürr, Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk, GewArch 2007, 18-24, 18.

3.3. Die einzelnen Ausnahmegründe

Die Bewerber um eine Ausnahmegewilligung berufen sich im Ausnahmegewilligungsverfahren auf verschiedenste Ausnahmesituationen, die ihnen die Ablegung der Meisterprüfung als unzumutbar erscheinen lassen. Allerdings genügt nicht jeder subjektive Tatbestand im Lebensbereich der Antragsteller zur Begründung eines Ausnahmefalls im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO.

Bei den Beratungen zur Handwerksordnung hat der Gesetzgeber Überlegungen angestellt, ob in den den Ausnahmegrund betreffenden Vorschriften zur Ausnahmegewilligung ein Katalog der Fälle aufgezählt werden sollte, die unter diese Bestimmungen fallen sollten. Im Ergebnis wurde allerdings auf einen solchen Katalog verzichtet, weil man sich im für die Beratungen zuständigen Ausschuss für Wirtschaftspolitik einig war, dass eine erschöpfende Aufzählung nicht möglich wäre. In der Berichterstattung wurde deshalb festgehalten, an welche Gruppen man im Allgemeinen gedacht hatte.⁴⁹⁵

Allerdings hat der Gesetzgeber im Rahmen der HwO-Novelle 1998 die Vorschrift des § 8 Abs. 1 HwO geändert; der neue § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 1998 nannte an dieser Stelle bestimmte Prüfungen, die als Ausnahmegrund anzuerkennen waren. Im Zuge der Änderung der Handwerksordnung durch das Berufsbildungsreformgesetz im Jahr 2005 wurde § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 2004 bezüglich der als Ausnahmegrund anzuerkennenden Prüfungen an die Neuregelungen im Berufsbildungsrecht angeglichen.

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ stellt in seinen sogenannten „Leipziger Beschlüssen“ eine „Regelliste“ von Ausnahmetatbeständen auf, die die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar machen im Sinne des § 8 HwO.⁴⁹⁶ Darüber hinaus ist in den Beschlüssen eine „Generalklausel“ für sonstige Fälle enthalten. Zu jedem angeführten Ausnahmetatbestand erfolgt ein Hinweis, ob die Ausnahmegewilligung befristet oder unbefristet zu erteilen ist.⁴⁹⁷ Die „Leipziger Beschlüsse“ stellen allerdings keine abschließende Aufzählung der möglichen Ausnahmegründe dar.⁴⁹⁸

Wie unmittelbares Recht sind die „Leipziger Beschlüsse“ nicht anzuwenden, da dem Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ keinerlei eigene Rechtsetzungskompetenz zukommt;⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 4172, 7; vgl. auch: Die Entwicklung des deutschen Handwerksrechts, in: Schwannecke, HwO, 18; Kraemer, Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung nach der Handwerksordnung, DVBl. 1961, 194–198, 196; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 04.03. 1955, GewArch 1957/1958, 203, 205; OVG Koblenz, Urteil v. 03.12. 1957, GewArch 1957/1958, 184, 185; OVG Münster, Urteil v. 09.04. 1958, GewArch 1959/1960, 14, 15; Bay. VGH, Urteil v. 28.02. 1963, GewArch 1963, 210.

⁴⁹⁶ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125.

⁴⁹⁷ Vgl. Sydow, Die Beschlüsse des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21. November 2000 („Leipziger Beschlüsse“) und ihre Auswirkungen in der Praxis, GewArch 2002, 458–460, 458.

⁴⁹⁸ Zu Recht VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 2005, 157, 159.

⁴⁹⁹ Ausdrücklich Bay. VGH, Beschluss v. 16.07. 2002, GewArch 2002, 431; ebenso Dürr, Wolfram: Gedanken zu den „Leipziger Beschlüssen“ zu § 8 HwO. GewArch 2002, 451–453, 451; Sydow, Die Beschlüsse des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21. November 2000 („Leipzi-

bei diesem Gremium handelt es sich um eine nicht in der Handwerksordnung vorgesehene informelle Zusammenkunft der Handwerksrechtsreferenten der Bundes- und Landeswirtschaftsministerien beziehungsweise Senatsbehörden für Wirtschaft, der regelmäßig zu handwerksrechtlichen Fragen Stellung nimmt.⁵⁰⁰ Die Beschlüsse dieses Gremiums haben damit keinen normativen Charakter, sondern sollen der Vereinheitlichung der Rechtsanwendungspraxis beim Vollzug der Handwerksordnung dienen.⁵⁰¹

Erst durch entsprechende Anwendungserlasse der jeweiligen obersten Landesbehörden erlangen die Beschlüsse behördeninterne Verbindlichkeit als norminterpretierende und ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften, wobei sie ihrem Inhalt nach den durch die Handwerksordnung vorgegebenen Rahmen einhalten müssen.⁵⁰²

3.3.1. Das Lebensalter als Ausnahmegrund

Die Bedeutung des Lebensalters des Antragstellers im Ausnahmegewilligungsverfahren wird in Rechtsprechung und Literatur nicht ganz einheitlich gesehen.

Während nach Meinung von Fröhler/Stolz der Frage der Bedeutung des Alters „eine - nur selten gerechtfertigte - große Rolle“ beigemessen wird,⁵⁰³ weist dagegen Erdmann dem Lebensalter als Ausnahmegrund nach der HwO-Novelle 1994 „eine gewachsene Bedeutung“ zu,⁵⁰⁴ während Honig sogar von „einer erheblichen Bedeutung“⁵⁰⁵ spricht. Der letztgenannten Ansicht muss, insbesondere vor dem Hintergrund der HwO-Novelle 1994, besondere Beachtung geschenkt werden.

3.3.1.1. Die Grundaussage des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht sieht in seinem Beschluss vom 17. Juli 1961 das vorgerückte Alter eines Berufsanwärters als einen Grund an, der es rechtfertigt, von der Meisterprüfung abzusehen.⁵⁰⁶ Die Verwaltungspraxis werde dem Schutzgedanken des Artikel 12 Abs. 1 GG

ger Beschlüsse“) und ihre Auswirkungen in der Praxis, GewArch 2002, 458–460, 460; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133; Schulze, Erleichterung von Existenzgründungen und Förderung von Kleinunternehmen im Bereich einfacher Tätigkeiten, GewArch 2003, 283–288, 283; Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 22.

⁵⁰⁰ Vgl. auch Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“: BMWi, Bekanntmachung v. 17.12. 1987, GewArch 1988, 59–61; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385.

⁵⁰¹ So auch der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 123; ebenso Heck, Hans-Joachim: Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 277.

⁵⁰² Bay. VGH, Beschluss v. 16.07. 2002, GewArch 2002, 431, 432.

⁵⁰³ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 29.

⁵⁰⁴ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

⁵⁰⁵ Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1444.

⁵⁰⁶ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160.

nur dann gerecht, wenn bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften derartige, die Ablegung der Meisterprüfung besonders erschwerende Umstände, also wie das Lebensalter, hinreichend berücksichtigt werden.

3.3.1.2. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994

Die Rechtsprechung und Literatur haben sich mit der Frage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen das Lebensalter einen selbstständigen Ausnahmegrund darstellt und zur Höhe der Altersgrenze, bei deren Erreichen die Ablegung der Meisterprüfung nicht mehr zuzumuten ist, vielfach auseinandergesetzt.

3.3.1.2.1. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt in ständiger Rechtsprechung das vorgerückte Alter eines Berufsanwärters als einen Grund für die Annahme eines Ausnahmefalls an.⁵⁰⁷ Allerdings solle dies nicht bedeuten, dass stets dann, wenn sich ein Antragsteller im vorgerückten Alter befindet, ein Ausnahmefall anzunehmen ist. Beruht die Nichtablegung der Meisterprüfung zu einem Zeitpunkt, zu dem dies dem Antragsteller ohne besondere, aus dem Rahmen fallende Belastung möglich gewesen wäre, auf einem von ihm zu vertretenden Umstand, könne die besondere Belastung durch die Meisterprüfung nicht als unzumutbar gewertet werden.⁵⁰⁸ Anderenfalls, so das Bundesverwaltungsgericht, würde die Meisterprüfung als grundsätzliche Voraussetzung für die selbstständige Ausübung eines Handwerks eine erhebliche Entwertung erfahren.

Die Altersgrenze, ab der die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller regelmäßig nicht mehr zumutbar ist, sieht das Bundesverwaltungsgericht ab einem Alter von etwa 48 bis 50 Jahren als überschritten an.⁵⁰⁹ Das Lebensalter des Antragstellers von 38 Jahren lasse hingegen nicht erkennen, dass das Ablegen der Meisterprüfung für ihn unzumutbar sei.⁵¹⁰

3.3.1.2.2. Die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte

Zur Frage des Lebensalters des Antragstellers als Ausnahmegrund ist die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung insoweit einheitlich, als die Unzumutbarkeit der Ablegung der

⁵⁰⁷ BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 252, 253; BVerwG, Urteil v. 12.02. 1965, GewArch 1965, 165, 166; BVerwG, Beschluss v. 15.12. 1988, GewArch 1989, 272; BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386, 387; BVerwG, Urteil v. 25.02. 1992, GewArch 1992, 242, 243; BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165.

⁵⁰⁸ BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386, 387; Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165.

⁵⁰⁹ BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165; BVerwG, Urteil v. 12.02. 1965, GewArch, 1965, 165, 166; BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 252, 253.

⁵¹⁰ BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386, 387.

Meisterprüfung bei Erreichen einer bestimmten Altersgrenze bejaht wird. Hingegen wird die Frage der Bedeutung der Zumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller in früheren Jahren nicht einheitlich behandelt.

Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass das Lebensalter einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 HwO darstellt.⁵¹¹ Allerdings sei bei der Beurteilung eines Ausnahmefalls nicht nur die derzeitige Situation des Antragstellers, sondern sein gesamter bisheriger Berufsweg in die Beurteilung einzubeziehen.⁵¹² Das Verlangen der Ablegung der Meisterprüfung sei für den Antragsteller grundsätzlich nur dann unzumutbar, wenn aufgrund außergewöhnlicher und unverschuldeter Lebensumstände die Ablegung der Meisterprüfung zunächst unterblieben ist. Dies könne allerdings dann nicht gelten, wenn der Antragsteller die Meisterprüfung bis zu einem bestimmten Lebensjahr schuldhaft hinausgezögert hat.⁵¹³

Die Altersgrenze zieht das Oberverwaltungsgericht Lüneburg in ständiger Rechtsprechung bei einem Lebensalter von etwa 50 Jahren.⁵¹⁴ Grundsätzlich könne jedoch eine altersmäßige Zumutbarkeitsgrenze nicht eine starre Grenze bilden, sondern nur einen ungefähren Anhaltspunkt, der gemeinsam mit den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls zu würdigen ist.⁵¹⁵

Dem Gesichtspunkt des Lebensalters kommt auch nach der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs⁵¹⁶ und des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen⁵¹⁷ nur dann entscheidendes Gewicht zu, wenn der Antragsteller in jüngerem Lebensalter die Meisterprüfung aus Gründen nicht abgelegt hat, die von ihm nicht zu vertreten sind. Bei einem Lebensalter von 45 Jahren⁵¹⁸ und 43 Jahren⁵¹⁹ sei die Ablegung einer Meisterprüfung durchaus zumutbar, nicht dagegen bei einem Lebensalter von 52 Jahren⁵²⁰.

Aus welchen Gründen der Antragsteller bisher die Meisterprüfung nicht abgelegt hat, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg für die Frage der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung wegen vorgerückten Alters des Antragstellers von maßgeblicher Bedeutung. Denn sonst hätte es jeder Handwerksgehilfe und

⁵¹¹ OVG Lüneburg, Urteil v. 27.11. 1974, GewArch 1975, 193; OVG Lüneburg, Urteil v. 26.10. 1978, THwE, 265; OVG Lüneburg, Urteil v. 28.04. 1982, THwE, 273, 274; OVG Lüneburg, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384.

⁵¹² OVG Lüneburg, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384.

⁵¹³ OVG Lüneburg, Urteil v. 28.04. 1982, THwE, 273, 274.

⁵¹⁴ OVG Lüneburg, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384.

⁵¹⁵ OVG Lüneburg, Urteil v. 26.10. 1978, THwE, 265.

⁵¹⁶ Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1984, GewArch 1985, 387; Hess. VGH, Urteil v. 31.10. 1989, GewArch 1990, 173, 174.

⁵¹⁷ OVG NW, Urteil v. 10.05. 1977, THwE, 263.

⁵¹⁸ Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1984, GewArch 1985, 387, 388.

⁵¹⁹ Hess. VGH, Urteil v. 14.02. 1983, GewArch 1983, 162, 163.

ungelernter Arbeiter in der Hand, sich durch bestimmte Handlungen in eine Lage zu bringen, die ihm die Ablegung der Meisterprüfung erheblich erschwert und zur Berufung auf einen Ausnahmefall führt.⁵²¹ Dies gelte auch für einen Antragsteller, der inzwischen das fünfzigste Lebensjahr überschritten hat.⁵²² Jedem Handwerker, der einen selbstständigen Handwerksbetrieb eröffnen will, sei es überlassen, frei zu entscheiden, wann er sich der Prüfung unterziehen will. Verzögert hingegen der Bewerber die Ablegung der Prüfung, deren Bestehen mit zunehmendem Alter schwieriger wird, so habe er die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten selbst zu vertreten.⁵²³

Anderenfalls, so der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, kämen alle Bewerber ab einem bestimmten Lebensalter in den Genuss der Ausnahmegewilligung.⁵²⁴

Teilweise zu einem anderen Ergebnis kommt das Oberverwaltungsgericht Bremen in seinem Beschluss vom 16. August 1988. Man könne dem Antragsteller, der eine bestimmte Altersgrenze überschritten hat, nur dann die Gründe für die Nichtablegung der Meisterprüfung in der Vergangenheit vorhalten, wenn er sich gleichsam sehenden Auges auf die gegenwärtige Situation hat zutreiben lassen, womöglich in der Hoffnung, sich die Meisterprüfung ersparen zu können. Vor dem Hintergrund einer vom Bundesverfassungsgericht geforderten großzügigen Praxis sei es zu weitreichend, grundsätzlich Bewerbern, die sich auf ihr vorgerücktes Alter berufen, die Zumutbarkeit in früheren Jahren vorzuhalten.⁵²⁵

3.3.1.2.3. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Übereinstimmend urteilen die Verwaltungsgerichte in der Frage des Lebensalters als Ausnahmegrund, während zur Höhe der Altersgrenze verschiedene Auffassungen bestehen.

Die Verwaltungsgerichte Arnsberg und Ansbach erkennen das Lebensalter als Ausnahmegrund in ständiger Rechtsprechung als Ausnahmegrund an.⁵²⁶ Allerdings könne sich derjenige Handwerker, der es unterlässt, sich auf eine für ihn absehbare Entwicklung einzustellen, später nicht darauf berufen, ihm sei die Ablegung der Meisterprüfung nun nicht mehr zuzumuten.⁵²⁷ Anderenfalls könne jeder ältere Handwerksgeselle Anspruch auf Erteilung der

⁵²⁰ OVG Münster, Urteil v. 18.11. 1969, GewArch 1970, 166, 167.

⁵²¹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.02. 1986, GewArch 1986, 375.

⁵²² VGH Bad.-Württ., Urteil v. 15.01. 1988, GewArch 1988, 303; ebenso OVG Koblenz, Beschluss v. 18.10. 1985, THwE, 277.

⁵²³ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 24.03. 1982, GewArch 1982, 378.

⁵²⁴ Bay. VGH, Beschluss v. 30.03. 1976, GewArch 1976, 198.

⁵²⁵ OVG Bremen, Beschluss v. 16.08. 1988, GewArch 1988, 382.

⁵²⁶ VG Arnsberg, Urteil v. 25.10. 1979, GewArch 1980, 129; VG Arnsberg, Urteil v. 04.02. 1982, THwE, 273; VGH Arnsberg, Urteil v. 26.11. 1987, GewArch 1989, 299; VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 230.

⁵²⁷ VG Arnsberg, Urteil v. 26.11. 1987, GewArch 1989, 299; ebenso VG Oldenburg, Urteil v. 26.05. 1987, THwE, 279; VG Minden, Urteil v. 08.02. 1979, THwE, 267.

Ausnahmebewilligung erheben.⁵²⁸ Dabei sei die Ablegung der Meisterprüfung regelmäßig noch bis zu einem Lebensalter von mindestens 50 Jahren zumutbar.

Auch nach Meinung des Verwaltungsgerichts Stuttgart stellt ein vorgerücktes Lebensalter nur dann einen Ausnahmegrund dar, wenn der Berufsbewerber im jüngeren Lebensalter die Prüfung aus Gründen nicht abgelegt hat, die von ihm nicht zu vertreten sind.⁵²⁹ Nicht einheitlich urteilt das Gericht zur Altersgrenze. Während das Verwaltungsgericht Stuttgart zunächst die altermäßige Zumutbarkeitsgrenze jedenfalls nicht unter dem fünfzigsten Lebensjahr ansetzt, wobei aber selbst ein höheres Lebensalter nicht ohne weiteres einen Ausnahmegrund darstellen soll,⁵³⁰ will das Gericht in einer weiteren Entscheidung bei einem Lebensalter von etwa 45 Jahren die Altersgrenze ziehen.⁵³¹

Zur Frage der Höhe der Altersgrenze nehmen auch andere Verwaltungsgerichte Stellung. Das Verwaltungsgericht Köln hält bei einem Antragsteller im Alter von 38 Jahren⁵³² und im Alter von 44 Jahren⁵³³ die Ablegung der Meisterprüfung ohne weiteres für zumutbar, wenn der Antragsteller seit vielen Jahren die Möglichkeit gehabt hat, sich auf die Meisterprüfung vorzubereiten.

Das Verwaltungsgericht Kassel führt aus, dass selbst ein Alter von 50 Jahren nicht immer dazu führen muss, die Ablegung einer Meisterprüfung für unzumutbar anzusehen.⁵³⁴

Während das Verwaltungsgericht Darmstadt die Ablegung der Meisterprüfung grundsätzlich noch bis zu einem Alter von 50 Jahren für zumutbar hält,⁵³⁵ nimmt das Verwaltungsgericht München regelmäßig zwar einen Ausnahmefall an, wenn der Antragsteller das fünfzigste Lebensjahr erreicht hat.⁵³⁶ Das Verwaltungsgericht München lässt dabei allerdings offen, ob allein das Alter ohne das Hinzutreten der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung in der Vergangenheit einen Ausnahmegrund rechtfertigt.

Im Ergebnis bejaht die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung das fortgeschrittene Lebensalter als Ausnahmegrund. Dies soll aber auch nur dann gelten, wenn die Ablegung der Meisterprüfung bis zum Erreichen eines bestimmten Alters aus Gründen unterblieben ist, die der Bewerber nicht zu vertreten hat.⁵³⁷ Die Altersgrenze zieht die Rechtsprechung regelmäßig bei Erreichen eines Lebensalters von 50 Jahren. Die Altersgrenze ist in jedem Fall dann noch

⁵²⁸ VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 230.

⁵²⁹ VG Stuttgart, Urteil v. 08.11. 1985, THwE, 278; VG Stuttgart, Gerichtsbescheid v. 13.03. 1979, THwE, 290; VG Stuttgart, Urteil v. 08.02. 1980, THwE, 270; VG Stuttgart, Urteil v. 29.11. 1991, GewArch 1992, 425, 426.

⁵³⁰ VG Stuttgart, Gerichtsbescheid v. 13.03. 1979, THwE, 290.

⁵³¹ VG Stuttgart, Urteil v. 30.04. 1985, THwE, 276, 277.

⁵³² VG Köln, Urteil v. 30.12. 1969, GewArch 1973, 70.

⁵³³ VG Köln, Urteil v. 24.07. 1980, THwE, 271.

⁵³⁴ VG Kassel, Urteil v. 13.07. 1970, GewArch 1971, 13.

⁵³⁵ VG Darmstadt, Urteil v. 16.03. 1979, THwE, 268.

⁵³⁶ VG München, Urteil v. 05.12. 1989, GewArch 1990, 248, 249.

⁵³⁷ Zusammenfassend VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1990, GewArch 1992, 64, 65.

nicht erreicht, wenn sich der Berufsbewerber in einem Lebensalter befindet, in dem eine erfolgreiche Anpassung an die Besonderheiten einer Meisterprüfung, insbesondere bezüglich des Prüfungsverfahrens, erwartet werden kann.⁵³⁸

3.3.1.2.4. Die Meinung der Literatur

Das vorgerückte Alter eines Berufsanwärters kann nach Auffassung von Küffner nur dann einen Ausnahmegrund bilden, von der Meisterprüfung abzusehen, wenn der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung in jungen Jahren nicht die Möglichkeit gehabt hat, die Meisterprüfung abzulegen oder/und dies nur aus triftigen Gründen unterlassen hat. Unbestritten könne nicht Sinn dieser gesetzlichen Regelung sein, dass die Ausnahmegewilligung allein durch die Erreichung eines vorgerückten Lebensalters „ersessen“ wird. Ansonsten könne sich jeder ältere Bewerber hierauf beziehen; die Ausnahmegewilligung werde zur Regel. Nur mit dieser Einschränkung könne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07. Juli 1961⁵³⁹ zugestimmt werden.⁵⁴⁰

Auch Kröger unterstreicht, dass insbesondere jene Antragsteller, die sich zur Begründung ihres Antrages auf ihr Alter berufen, nur dann übermäßig belastet sind, wenn bei Würdigung des gesamten beruflichen Werdegangs die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller auch in der Vergangenheit nicht zumutbar war.⁵⁴¹

Im Ergebnis ist sich die Literatur einig, dass der Frage, ob die Ablegung der Meisterprüfung dem Antragsteller aufgrund seines Alters nicht mehr zugemutet werden kann, nur dann für die Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung eine maßgebliche Bedeutung zukommt, wenn feststeht, dass die Ablegung der Meisterprüfung dem Antragsteller in früheren Jahren unzumutbar gewesen ist.

Die Zumutbarkeitsgrenze für das fortgeschrittene Alter des Antragstellers bildet nach einhelliger Meinung in der Literatur das Lebensalter von 50 Jahren,⁵⁴² wobei diese Altersgrenze allerdings nicht starr ist.

⁵³⁸ VG Berlin, Urteil v. 10.01. 1973, GewArch 1974, 159, 160.

⁵³⁹ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157.

⁵⁴⁰ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 199.

⁵⁴¹ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 147; ebenso Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts, NVwZ 1991, 230–238, 236; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 140, 141; Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, GewArch 1979, 8–12, 10; Honig, HwO, 1. A., § 8 Rn 32; Mallmann, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht, GewArch 1996, 89–96, 93; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 29.

⁵⁴² Honig, HwO, 1. A., § 8 Rn 32; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 140; Schmitz, Das Recht des Handwerkers, 2. A., 37.

3.3.1.3. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994

Nach der Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO ist die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller nunmehr dann unzumutbar, wenn zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach besondere Gründe vorliegen. Diese Gesetzesänderung lässt die Beantwortung der Frage, ob grundsätzlich und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen das Lebensalter einen Ausnahmegrund darstellt, in neuem Licht erscheinen.

3.3.1.3.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Nach Meinung der neueren Rechtsprechung kann an der bisherigen Rechtsauffassung zum fortgeschrittenen Lebensalter als möglichem Ausnahmegrund nach Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO nicht mehr festgehalten werden.

3.3.1.3.1.1. Das Lebensalter als Ausnahmegrund

Das höhere Alter des Antragstellers stellt nach der absolut herrschenden Meinung in der Rechtsprechung nunmehr zum einen im Rahmen der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO regelmäßig einen eigenständigen Grund für die Annahme eines Ausnahmefalls dar.⁵⁴³ Zum anderen komme es für die Annahme eines Ausnahmefalls nach dieser Rechtsprechung nicht mehr darauf an, ob der Antragsteller in zurechenbarer Weise in jungen Jahren die Ablegung der Meisterprüfung unterlassen hat. Der bisherigen Rechtsauffassung, den lebensälteren Berufsbewerber weiterhin auf die Versäumnisse in der Vergangenheit zu verweisen, solle gerade durch die Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO entgegengetreten werden.⁵⁴⁴ Demnach müssten bei einem deutlich vorgerückten Alter des Antragstellers keine zusätzlichen Gesichtspunkte aus dessen früheren Berufsleben vorliegen, um einen Ausnahmefall zu begründen.⁵⁴⁵ Die Prüfung der Zumutbarkeit reduziere sich vielmehr auf den Zeitpunkt der Antragstellung oder danach, sodass es nunmehr auf die Zumutbarkeit in jungen Jahren nicht mehr ankommt.⁵⁴⁶

Ausdrücklich tritt auch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen einer dahingehenden Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO entgegen, weiterhin den lebensälteren Berufsbewerber auf die Versäumnisse in der Vergangenheit zu verweisen.⁵⁴⁷ Diese Auslegung könne

⁵⁴³ Nds. OVG, Urteil v. 29.04. 1994, AZ: 8 L 4749/93, S. 11 des Urteilsabdrucks; Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 77; OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287; OVG Saarland, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 8 des Urteilsabdrucks.

⁵⁴⁴ OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287.

⁵⁴⁵ Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 77.

⁵⁴⁶ OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 8 des Urteilsabdrucks; Nds. OVG, Urteil v. 29.04. 1994, AZ: L 4749/93, S. 11 des Urteilsabdrucks.

⁵⁴⁷ OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287.

insbesondere nicht damit begründet werden, dass die Grundentscheidung der Handwerksordnung, die Eintragung in die Handwerksrolle grundsätzlich vom Bestehen der Meisterprüfung abhängig zu machen, nicht ausgehöhlt werden darf und der Gleichheitssatz des Artikels 3 Abs. 1 GG eine ungerechtfertigte Bevorzugung derjenigen verbietet, die wertvolle Jahre ungenutzt verstreichen lassen, um sich später auf unbillige Härten zu berufen. Der gesetzgeberische Wille, der in der Neufassung des § 8 HwO klar zum Ausdruck gekommen ist, verbiete es, bei lebensälteren Antragstellern auf ein vorangegangenes etwaiges Fehlverhalten und die Zumutbarkeit der Meisterprüfung in früheren Jahren abzustellen.

Einschränkend führt das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 22. Dezember 1995 aus, dass das fortgeschrittene Lebensalter allein dann nicht zur Annahme eines Ausnahmefalls ausreicht, wenn sich die Berufung darauf aus besonderen Gründen als rechtsmissbräuchlich darstellt.⁵⁴⁸ In dem zu entscheidenden Fall wurde dem Kläger vorgeworfen, er sei jahrelang „in Schwarzarbeit“ tätig gewesen und habe lediglich zugewartet, bis die Altersgrenze überschritten war. Diesen Vorwurf hält das Gericht für nicht so schwer, als dass in Bezug auf die begehrte Ausnahmegewilligung von einem treuwidrigen Verhalten des Klägers gesprochen werden kann. Gleichfalls als nicht treuwidrig erachtet das Gericht die Tatsache, dass dem Kläger bereits sieben Jahre zuvor die Ausnahmegewilligung versagt worden war. Zum gleichen Ergebnis kommt das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 18. Juli 1994, wenn es bei der Beurteilung des fortgeschrittenen Lebensalters des Antragstellers nicht zu dessen Lasten darauf abstellt, dass der Antragsteller in der Vergangenheit eintragungspflichtige Arbeiten in einem Handwerk unbefugt ausgeführt hatte.⁵⁴⁹ Dies muss nach Meinung des Verwaltungsgerichts Hamburg insbesondere dann gelten, wenn der Antragsteller in dem Glauben gewesen ist, die ausgeführten Arbeiten unterfielen nicht der Eintragungspflicht in die Handwerksrolle.⁵⁵⁰

Das Sächsische Oberverwaltungsgericht erkennt das Alter als selbstständigen Ausnahmegrund grundsätzlich an, stellt jedoch bei der Frage der Zumutbarkeit in bestimmten Fällen auf das Verhalten des Antragstellers in der Vergangenheit ab.⁵⁵¹ Im zu entscheidenden Fall hatte sich der Antragsteller nicht nur im Jahre 1993 erfolglos einer Meisterprüfung unterzogen, sondern mit Schreiben vom 01. März 1995 der Handwerkskammer mitgeteilt, dass er noch an einem Meisterprüfungskurs teilnimmt und sich dann erneut der Meisterprüfung stellen wird. Durch diese vom Berufsbewerber im Jahre 1995 erklärte Bereitschaft habe er aber zu erkennen gegeben, dass die Ablegung einer förmlichen Meisterprüfung für ihn trotz seines fortgeschrittenen Alters nicht unzumutbar ist.

⁵⁴⁸ OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288.

⁵⁴⁹ Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 77.

⁵⁵⁰ VG Hamburg, Urteil v. 15.03. 2000, AZ: 3 VG 4718/99, S. 8 des Urteilsabdrucks.

3.3.1.3.1.2. Die Altersgrenze

Die Altersgrenze, ab deren Überschreitung dem Antragsteller im Ausnahmebewilligungsverfahren die Ablegung der Meisterprüfung regelmäßig nicht mehr zuzumuten ist, zieht das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht in Fortsetzung seiner Rechtsprechung vor der HwO-Novelle 1994 bei einem Lebensalter von etwa 50 Jahren.⁵⁵²

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen⁵⁵³ und das Oberverwaltungsgericht Saarland⁵⁵⁴ ziehen die Altersgrenze bei Überschreiten des Lebensalters von ungefähr 48 bis 50 Jahren.

Einem 55-jährigen Handwerksmeister kann nach Meinung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts eine förmliche Meisterprüfung nicht mehr zugemutet werden,⁵⁵⁵ während das Verwaltungsgericht Hamburg bei einem 45-jährigen Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung noch ohne weiteres für zumutbar hält; regelmäßig wird ein Mindestalter von 48 Jahren zu fordern sein.⁵⁵⁶ Allerdings könnten, so das Verwaltungsgericht Hamburg, besondere Umstände ausnahmsweise zu einer abweichenden Beurteilung zwingen. Allein die Nähe einer 44-jährigen Antragstellerin an der Altersgrenze von 48 bis 50 Jahren rechtfertigt für sich genommen allerdings nicht die Annahme eines Ausnahmefalls.⁵⁵⁷

3.3.1.3.2. Die Meinung der Literatur

Auch die Literatur berücksichtigt die durch die HwO-Novelle 1994 eingetretene Änderung bezüglich des Zeitpunkts der Unzumutbarkeit und diskutiert deren Auswirkung auf das Lebensalter als Ausnahmegrund.

3.3.1.3.2.1. Das Lebensalter als Ausnahmegrund

Nach einem Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ kommt dem Alter des Antragstellers nach der HwO-Novelle 1994 eine gesteigerte Bedeutung zu, weil „verschuldete Umstände“ der Vergangenheit nunmehr bei Prüfung des Lebensalters als Ausnahmegrund außer Betracht zu bleiben haben.⁵⁵⁸ Ausdrücklich widerspricht der Ausschuss der Leitvorstellung der bisherigen Praxis, dass das Alter nur dann einen Ausnahmefall begrün-

⁵⁵¹ Sächs. OVG, Beschluss v. 14.03. 1997, GewArch 1997, 254, 255.

⁵⁵² Nds. OVG, Urteil v. 29.04. 1994, AZ: 8 L 4749/93, S. 9 des Urteilsabdrucks; Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75,76.

⁵⁵³ OVG NW, Urteil v. 19.05. 1994, AZ: 23 A 1180/92, S. 8 des Urteilsabdrucks; ebenso OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287; OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 77.

⁵⁵⁴ OVG Saarland, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 8 des Urteilsabdrucks.

⁵⁵⁵ Sächs. OVG, Beschluss v. 14.03. 1997, GewArch 1997, 254, 255.

⁵⁵⁶ VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 12 des Urteilsabdrucks.

⁵⁵⁷ VG Hamburg, Urteil v. 15.03. 2000, AZ: 3 VG 4718/99, S. 8 des Urteilsabdrucks.

den kann, wenn dem Antragsteller nicht bereits zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt die Ablegung der Meisterprüfung zugemutet werden konnte. Dabei bekräftigt der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ ausdrücklich seine Meinung, dass das fortgeschrittene Lebensalter einen selbstständigen Ausnahmefall darstellt.⁵⁵⁹

Honig stimmt mit dieser Meinung überein. Das fortgeschrittene Alter des Antragstellers bilde einen dauernden Ausnahmegrund, wobei entscheidend ist, ob seit der Antragstellung Gründe eingetreten sind, die für den Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung als unzumutbar erscheinen lassen. Die frühere einhellige Auffassung, dass sich niemand auf sein Alter berufen kann, wenn er die Meisterprüfung schon früher im Leben hätte ablegen können, sei dem Gesetzgeber als zu weitgehend erschienen.⁵⁶⁰

Teilweise zu einem anderen Ergebnis gelangt Erdmann. Zwar sei bei der Frage des Lebensalters als Ausnahmegrund der bisherige Hinderungsgrund, ob die Meisterprüfung in der Vergangenheit verschuldet nicht abgelegt wurde, angesichts der Neufassung des § 8 HwO nicht mehr maßgeblich. Da die Novellierung jedoch bewusst darauf verzichtet habe, Altgesellen nach einer langjährigen praktischen Tätigkeit die Ausübung des Handwerks ohne Meisterprüfung zu gewähren, soll sich in Fällen des Rechtsmissbrauchs derjenige handwerklich Tätige, der sich über Jahre eines Scheinbetriebsleiters bedient hat und nachweislich massiv gegen die Handwerksordnung verstoßen hat, nicht auf das Alter als Ausnahmegrund berufen können. Ausdrücklich kritisiert Erdmann das Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts⁵⁶¹, das hier gleichwohl das Lebensalter als Ausnahmegrund anerkannt hat. Dieses Verständnis widerspricht, so Erdmann, den Zielsetzungen der Novellierung der Handwerksordnung.⁵⁶²

Auch Heck will rechtsmissbräuchliches Verhalten des Antragstellers zu dessen Lasten berücksichtigen.⁵⁶³ Das offensichtliche Zuwarten des Antragstellers, um die Fünfzig-Jahre-Grenze zu überschreiten, um sich dann auf sein fortgeschrittenes Alter als Ausnahmegrund zu berufen, sei trotz des neuen Wortlauts des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO rechtsmissbräuchlich und könne keine Ausnahmesituation begründen. Der § 8 HwO stelle keinen „Ersitzungsstatbestand“ dar, der bereits durch das Zuwarten bis zu einem gewissen fortgeschrittenen Alter

⁵⁵⁸ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 384.

⁵⁵⁹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

⁵⁶⁰ Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1444; ebenso Webers, Das Handwerk im Spiegel des Grundgesetzes – Die Handwerksordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, WiVerw 2001, 260–276, 265.

⁵⁶¹ Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 76.

⁵⁶² Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

⁵⁶³ Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 223; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 58.

erfüllt sei. Der gesamte berufliche Werdegang sei zwar nicht mehr unter dem Blickwinkel des Verschuldens beziehungsweise Vertretenmüssens im Sinne einer Ausschlussfunktion, aber in jedem Fall angemessen zu berücksichtigen. Allerdings erkennt Heck im Ergebnis an, dass die bislang erfolgte Einschränkung beim Lebensalter als Ausnahmegrund, nach der es darauf ankam, ob die Meisterprüfung in der Vergangenheit unverschuldet nicht abgelegt wurde, aufgrund der Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO neu überdacht werden muss. Der Berufsbewerber aber, der eine befristete Ausnahmegewilligung ohne jede Initiative zur Ablegung der Meisterprüfung hat verstreichen lassen, könne sich hingegen bei Überschreiten der Altersgrenze nicht auf einen Ausnahmefall berufen. Gleiches soll für den Berufsbewerber gelten, der vor Erreichen der Altersgrenze mehrere Jahre versucht habe, eine Ausnahmegewilligung zu erhalten.⁵⁶⁴

Wesentlich schärfer formulieren Musielak/Detterbeck: Der Umstand, dass ein Antragsteller bereits das Alter überschritten hat, in dem gewöhnlich die Meisterprüfung abgelegt wird, schaffe allein noch keinen Ausnahmefall. Das „Vertretenmüssen“ des Antragstellers bei Nichtablegung der Meisterprüfung müsse weiter berücksichtigt werden, da sich ansonsten jeder ältere Handwerker, der bisher aus Nachlässigkeit die Meisterprüfung versäumt hat, auf einen Ausnahmegrund berufen kann. Das vorgerückte Alter eines Bewerbers könne nur dann einen Ausnahmefall begründen, wenn bestimmte Voraussetzungen hinzuträten. Solche Umstände seien danach die unerwartete Möglichkeit für einen Gesellen im fortgeschrittenen Alter, sich selbstständig zu machen oder der späte Entschluss zur selbstständigen Handwerksausübung aus triftigen Gründen.⁵⁶⁵

3.3.1.3.2.2. Die Altersgrenze

Bei der Frage des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze stellt die Literatur einerseits auf den Regelfall ab. Andererseits soll es unter bestimmten Voraussetzungen angezeigt sein, die Altersgrenze nach unten abzusenken.

3.3.1.3.2.2.1. Die Altersgrenze im Regelfall

Während Honig die Zumutbarkeitsgrenze zunächst bei einem Lebensalter von 50 Jahren zieht,⁵⁶⁶ wobei diese Grenze allerdings nicht starr sein soll, reicht nach Auffassung von Heck mitunter bereits das Alter von 48 Jahren.⁵⁶⁷ Erdmann mutet Antragstellern, die 50 Jahre und

⁵⁶⁴ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 288.

⁵⁶⁵ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 40.

⁵⁶⁶ Honig, Gerhart: Handwerksordnung. Kommentar. 3. Auflage. München 2004. § 8 Rn 34.

⁵⁶⁷ Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 223.

älter sind, regelmäßig eine förmliche Meisterprüfung nicht mehr zu.⁵⁶⁸ Czybulka erscheint die Ablegung der Meisterprüfung regelmäßig bei einem Alter von 48 bis 50 Jahren als nicht mehr zumutbar.⁵⁶⁹

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ hält zunächst die Ablegung der Meisterprüfung in der Regel für unzumutbar, wenn der Antragsteller das fünfzigste Lebensjahr vollendet hat.⁵⁷⁰ Nach einem neueren Beschluss ist, so der Ausschuss, nunmehr bei einem Lebensalter von „etwa“ 47 Jahren ein Ausnahmefall anzunehmen, der die Ablegung der Meisterprüfung als unzumutbar erscheinen lässt.⁵⁷¹

Dazu wird, so erläutert Heck, aufgrund der Formulierung „Lebensalter von etwa 47 Jahren“ die Auffassung vertreten, dass auch bei 46½ beziehungsweise 46 Jahren ein Ausnahmegrund angenommen werden kann. Bei einem Alter von 45 Jahren solle allerdings schon ein besonderer zusätzlicher Grund vorliegen.⁵⁷²

3.3.1.3.2.2.2. Die Altersgrenze bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen

Diskutiert wird, ob dann, wenn im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, ein Absenken der Altersgrenze gerechtfertigt ist. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass durch die HwO-Novelle 2004 für qualifizierte Gesellen die Anspruchsnorm des § 7 b HwO zur Eintragung in die Handwerksrolle eingeführt wurde.

Unter bestimmten Voraussetzungen soll zunächst die Altersgrenze von etwa 47 Jahren nach Meinung des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ angemessen verkürzt werden. Bei Inhabern einer Gesellen- oder gleichwertigen Abschlussprüfung, die langjährig, also 20 Jahre, in dem betreffenden oder einem diesem verwandten Handwerk tätig waren, sei die Altersgrenze von 47 Lebensjahren dann angemessen zu verkürzen, wenn diese in der Vergangenheit Aufgaben in herausgehobener, verantwortlicher oder leitender Stellung wahrgenommen haben. Durch das Wort „oder“ werde sichergestellt, dass diese Voraussetzungen alternativ, also nicht kumulativ vorliegen müssen.⁵⁷³

Bei den angeführten Kriterien handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Aus-

⁵⁶⁸ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus Niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

⁵⁶⁹ Czybulka, Gewerbenebenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, I, 115–218, 141.

⁵⁷⁰ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 384.

⁵⁷¹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125; ebenso nunmehr Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 34.

⁵⁷² Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 288.

legung bedürfen. So wird die Stellung des Berufsbewerbers dann herausgehoben sein, wenn er im Betrieb eine bestimmte Funktion bekleidet, etwa die eines Niederlassungs- oder Werkstattleiters oder Poliers; auch die Eingruppierung in eine bestimmte Tarifgruppe deutet auf die herausgehobene Stellung hin. Die Übertragung einer bedeutenden Sachverantwortung ohne Entscheidungskompetenz ist dagegen nicht ausreichend. Eine verantwortliche Stellung ist dann anzunehmen, wenn in eigener Verantwortung technische Arbeiten, beispielsweise auf Baustellen, ohne die Möglichkeit der Einflussnahme von Dritten durchgeführt werden und die anfallenden handwerklichen Arbeiten überwacht werden wie von einem Handwerksmeister, der den Betrieb persönlich führt. Dabei muss der Antragsteller auch für bestimmte Arbeitsergebnisse verantwortlich sein; reine Personalverantwortung ist nicht ausreichend. Eine leitende Tätigkeit muss sich sowohl auf die fachlich-technischen Betriebsbelange als auch auf die damit zusammenhängenden betriebswirtschaftlichen und/oder rechtlichen Betriebsbelange erstrecken. Auch hier muss eine Eigenverantwortlichkeit und Weisungsfreiheit gegeben sein; die reine Umsetzung unternehmerischer Entscheidungen ist keine Leitungsaufgabe.

Nach richtiger Meinung von Heck bedeutet „herausgehobene, verantwortliche oder leitende Stellung“ im Ergebnis, dass es sich um eine abgrenzbare selbstverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit handelt, die de facto der Stellung eines Betriebsleiters im handwerklichen Sinne nahe kommt.⁵⁷⁴ Bei den übertragenen Aufgaben wird es sich um solche handeln müssen, die für den Bestand und die Entwicklung des Betriebes von Bedeutung sind. Dabei müssen diese Aufgaben an den Arbeitnehmer dauerhaft übertragen worden sein. Heck führt in diesem Zusammenhang zur Altersgrenze aus, dass eine angemessene Reduzierung nicht - wie vereinzelt angedacht - bei einer endgültigen Untergrenze von zum Beispiel 42 Jahren enden soll. Im Ausnahmewilligungsverfahren sei vielmehr eine dem Antragsteller am ehesten gerecht werdende Einzelfallentscheidung zu treffen. Diese Privilegierung betrifft allerdings nur den Ausnahmegrund; die erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse sind darüber hinaus nachzuweisen. Auch das Bundesverfassungsgericht bestätigt in seinem Kammerbeschluss vom 05. Dezember 2005, dass mit der Erleichterung der Voraussetzungen für die Berufszulassung berufserfahrener Gesellen durch die „Leipziger Beschlüsse“ keine Änderung hinsichtlich des Maßstabes und des Nachweises der erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse verbunden ist.⁵⁷⁵

Die dargestellte Meinung, nach der unter bestimmten Voraussetzungen ein „Abschlag“ auf die Altersgrenze erfolgen soll, ist allerdings nach der HwO-Novelle 2004 teilweise überholt.

⁵⁷³ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125; ebenso Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133.

⁵⁷⁴ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277-290, 289.

⁵⁷⁵ BVerfG, Kammerbeschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 73.

Der Gesetzgeber bezeichnet die in den „Leipziger Beschlüssen“ enthaltenen diesbezüglichen Erfordernisse als nicht mehr sachgerecht.⁵⁷⁶ Die neue sogenannte „Altgesellenregelung“ des § 7 b HwO regelt nunmehr die Eintragung von qualifizierten Gesellen in die Handwerksrolle.⁵⁷⁷ Vorausgesetzt wird insbesondere neben der Ablegung der Gesellenprüfung in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk eine sechsjährige fachlich einschlägige Berufstätigkeit, davon vier Jahre in leitender Stellung. Das Schornstiefegerhandwerk sowie die Gesundheitswerke des Augenoptikers, des Hörgeräteakustikers, des Orthopädietechnikers, des Orthopädienschuhmachers und des Zahntechnikers können allerdings nicht Gegenstand der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO sein.

Nicht gesetzlich geregelt sind damit zum einen die Fälle, in denen der Antragsteller leitende Tätigkeiten in einem Betrieb ausgeübt hat, ohne eine Gesellen- oder gleichwertige Abschlussprüfung abgelegt zu haben. Zum anderen sind die Berufsbewerber angesprochen, deren zulassungspflichtiges Handwerk nicht Gegenstand der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO sein kann. Damit finden die „Leipziger Beschlüsse“ auf diesen Personenkreis bezüglich des Ausnahmefalls weiterhin Anwendung.⁵⁷⁸

3.3.1.4. Diskussion

Hat der Antragsteller ein bestimmtes Lebensalter erreicht, kann ihm die Ablegung der Meisterprüfung nicht mehr zugemutet werden. Insoweit stellt das Lebensalter einen selbstständigen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO dar. Dies gebietet der verfassungsrechtlich gebotene Grundsatz, dass bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen durch die Verwaltungsbehörde nicht engherzig gehandelt werden soll.

Durch die HwO-Novelle 1994 und die damit verbundene Änderung des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO ist zudem klargestellt, dass dem Antragsteller nicht mehr vorgeworfen werden kann, er habe in der Vergangenheit schuldhaft versäumt, die Meisterprüfung abzulegen. Eine entgegenstehende Verwaltungspraxis wäre mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Die abweichende Meinung von Musielak/Detterbeck, die weiterhin das Vertretenmüssen des Antragstellers bei Nichtablegung der Meisterprüfung zu dessen Lasten berücksichtigen wollen, findet im Wortlaut des Gesetzes sowie in der Gesetzesbegründung keine Stütze. Anders allerdings ist rechtsmissbräuchliches Verhalten des Antragstellers zu bewerten. Hat der Antragsteller über Jahre versucht, die Ablegung der Meisterprüfung zu vermeiden, kann dieses Verhalten dem Antragsteller als rechtsmissbräuchlich vorgeworfen und zu seinen Lasten berücksichtigt werden. Allein die Tatsache, dass der Antragsteller vorher Inhaber einer be-

⁵⁷⁶ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 2; vgl. dazu kritisch Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410.

⁵⁷⁷ Ausführlich s. u. 5. Kapitel.

⁵⁷⁸ Ausdrücklich Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29.

fristeten Ausnahmegewilligung war oder schlechthin bis zur Erreichung einer bestimmten Altersgrenze zugewartet hat, dürfte die Schwelle des Rechtsmissbrauchs nicht erreichen. Etwas anderes muss jedoch dann gelten, wenn der Antragsteller jahrelang unerlaubt Handwerksarbeiten ausgeführt hat. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, der auch im öffentlichen Recht Anwendung findet, ist in diesen Fällen das Lebensalter nicht als Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO anzuerkennen.

Die Frage, bei Erreichen welcher Altersgrenze die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller unzumutbar ist, ist stets im Einzelfall zu entscheiden. Die Altersgrenze, ab der vom Antragsteller nicht mehr erwartet werden kann, dass er sich einer Meisterprüfung stellt und den Besonderheiten einer Meisterprüfung anpasst, dürfte bei einem Lebensalter von etwa 48 Jahren liegen. Bei der gebotenen Einzelfallbetrachtung kann diese Altersgrenze sowohl nach oben, hier etwa 50 Jahre, als auch nach unten, hier etwa 47 Jahre, abweichen. Bei der gebotenen Einzelentscheidung ist auch das Hinzutreten besonderer Umstände angemessen zu berücksichtigen. Wenn der Antragsteller in der Vergangenheit über einen längeren Zeitraum Funktionen in einem Unternehmen bekleidet und ausgeführt hat, die der Stellung eines Betriebsleiters entsprechen, ohne dass die weiteren Voraussetzungen des § 7 b HwO vorliegen, ist bei der gebotenen großzügigen Betrachtungsweise eine Absenkung der Altersgrenze gerechtfertigt. Allerdings hat auch diese Großzügigkeit ihre Grenzen; eine Absenkung der Altersgrenze unter das vierzigste Lebensjahr ist auch in besonderen Fällen zu weitgehend und nicht mit dem Gesetz vereinbar.

3.3.2. Anderer beruflicher Werdegang als Ausnahmegrund

Der Gesetzgeber nennt bereits bei den Gesetzesberatungen zu § 8 HwO im Jahr 1953 als zu berücksichtigende Gruppe diejenigen, die einen anderen Ausbildungsgang als Lehrzeit, Gesellenprüfung und Gesellenzeit hinter sich gebracht haben.⁵⁷⁹ In seiner „Handwerkerentscheidung“ erkennt das Bundesverfassungsgericht das Alter eines Berufsanwärters als einen Grund an, auf die Meisterprüfung zu verzichten, zumal dann, wenn er „einen anderen Ausbildungsgang durchlaufen hat, als ihn die Handwerksordnung vorsieht“.⁵⁸⁰

Folgt man dieser Meinung, stellt sich allerdings die Frage, ob dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung in der Vergangenheit zumutbar war und dieses zu seinen Lasten berücksichtigt werden muss.

⁵⁷⁹ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 4172, 7.

⁵⁸⁰ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160; ebenso Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1063; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 197; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 7, 8.

3.3.2.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994

Das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht vertritt den Standpunkt, dass der Verzicht des Antragstellers auf die Ablegung der Meisterprüfung bei der Planung seines Berufsweges nicht die Annahme deren Unzumutbarkeit rechtfertigt.⁵⁸¹ Diese persönliche Entscheidung müsse sich der Antragsteller zurechnen lassen; es dürfe keine unangemessene Bevorzugung gegenüber denjenigen Handwerkern eintreten, die sich der Meisterprüfung gestellt haben. Im Ergebnis folgt das Gericht somit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, nach der nicht nur auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Antragstellung, sondern auch auf den gesamten beruflichen Werdegang des Antragstellers abzustellen ist.⁵⁸² Hat der Antragsteller es somit in früheren Jahren versäumt, die Meisterprüfung abzulegen und ist dieser Umstand von ihm zu vertreten, liege ein Ausnahmefall nicht vor. Dies gelte auch in den Fällen, in denen der Antragsteller nicht den im Handwerk üblichen Ausbildungsgang durchlaufen hat.⁵⁸³

Demzufolge bilde die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller keine unzumutbare Belastung, wenn er nur durch die Verbüßung von hohen Haftstrafen gehindert gewesen ist, schon früher ein Handwerk zu erlernen.⁵⁸⁴ Auch die Nichtwahrnehmung von gesetzlichen Förderungsmöglichkeiten, die einem Berufssoldaten als Berufsförderung in Form einer Fachausbildung auf Kosten des Bundes hätten gewährt werden können, sei als ein schuldhaftes Versäumnis anzusehen, sich auf die Meisterprüfung vorzubereiten.⁵⁸⁵

Kritisch zu dieser herrschenden Meinung in der Rechtsprechung äußert sich das Obergerverwaltungsgericht Bremen.⁵⁸⁶ Der mit der Forderung nach Ablegung der Meisterprüfung angestrebte Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit werde nicht in Frage gestellt, wenn man auch solchen Bewerbern den Zugang zu dem Beruf eröffnet, die es in früheren Jahren versäumt haben, die Meisterprüfung abzulegen. Mit Rücksicht auf die Freiheit der Berufswahl und den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit müsse die Berufszulassung auch ohne Meisterprüfung möglich bleiben. Die frühere Entscheidung in Wahrnehmung der Berufsfreiheit für einen anderen Berufsweg sei im Lichte des Grundrechts der Berufsfreiheit zu betrachten. Eine Betrachtungsweise der „Versäumung“ oder gar „schuldhaften Versäumung“ der Weiterqualifikation im Handwerk entbehre schon im Ansatz jeder rechtlichen Grundlage.

⁵⁸¹ Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382.

⁵⁸² BVerwG, Beschluss v. 15.12. 1988, GewArch 1989, 272.

⁵⁸³ BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386, 387; Hess. VGH, Urteil v. 02.09. 1975, GewArch 1976, 195; im Ergebnis ebenso Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 8.

⁵⁸⁴ Vgl. OVG Lüneburg, Urteil v. 08.03. 1968, GewArch 1969, 41; ebenso Honig, HwO, 1. A., § 8 Rn 25.

⁵⁸⁵ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 15.01. 1988, GewArch 1988, 303, 304.

Auch Czybulka hält diese restriktive Auslegung des § 8 Abs. 1 HwO für nicht grundrechtsfreundlich.⁵⁸⁷ Frühere Berufswahlentscheidungen zu Gunsten anderer Berufe dürften demnach nicht dem Antragsteller vorgehalten werden.⁵⁸⁸ Das Verwaltungsgericht Braunschweig und das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz stimmen darin überein, dass Antragstellern, die ursprünglich das Handwerk unselbstständig betreiben wollten, zugestanden werden muss, dass sie ihren Lebensplan ändern, wenn die Umstände das ergeben. Allerdings müssten diese Umstände unvorhersehbar sein. Unter dem Gesichtspunkt des Ausnahmefalls dürfe aber in jedem Fall nur solchen Gründen Anerkennung zuteil werden, mit denen einem nach den Zielen der Handwerksordnung förderungswürdiges berufliches Streben zum Ausdruck kommt.⁵⁸⁹ Ein förderungswürdiger Anlass für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung könne, wenn der Bewerber aus aner kennenswerten Gründen und nicht aus bloßer Nachlässigkeit zunächst den Weg einer unselbstständigen Tätigkeit im Handwerk oder Industrie eingeschlagen hat, vorliegen.⁵⁹⁰ Dies soll nach Meinung des Verwaltungsgerichts Augsburg insbesondere dann gelten, wenn der Antragsteller aufgrund seines beruflichen Werdegangs nicht nur keinen Anlass zur Ablegung der Meisterprüfung hatte, sondern ihm die Möglichkeit hierzu nur im bedingten Maße offen gestanden hat.⁵⁹¹ In dem zu entscheidenden Fall war der Antragsteller 30 Jahre als Kälteanlagenbauer abhängig beschäftigt. Das Kälteanlagenbauer-Handwerk wurde erst durch eine Ergänzung der Anlage A zur Handwerksordnung zum eigenständigen Handwerk. Zuvor hatte diese Tätigkeit als Teilgebiet des Mechaniker-Handwerks nach Überzeugung des Gerichts nur eine untergeordnete, zum Teil gerade vernachlässigte Rolle gespielt. Dieses lasse die Nichtablegung der Meisterprüfung durch den Antragsteller in früheren Jahren in einem milderen Licht erscheinen.⁵⁹²

3.3.2.2. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994

Der Antragsteller soll nach dem Willen des Gesetzgebers nunmehr die Möglichkeit erhalten, sich nachträglich, also entgegen seiner früheren Berufsplanung, zu Gunsten des Handwerks zu entscheiden.⁵⁹³ Versäumnisse aus früheren Jahren können dem Antragsteller nunmehr

⁵⁸⁶ OVG Bremen, Beschluss v. 16.08. 1988, GewArch 1988, 382, 383.

⁵⁸⁷ Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990 bis 1994, GewArch 1995, 538–547, 543.

⁵⁸⁸ Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts, NVwZ 1991, 230–238, 236.

⁵⁸⁹ VG Braunschweig, Urteil v. 19.12. 1963, GewArch 1964, 252; OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964, GewArch 1965, 13, 14; ebenso Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 27.

⁵⁹⁰ Vgl. OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964, GewArch 1965, 13, 14; ebenso Stolz, Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, GewArch 1979, 8–12, 10.

⁵⁹¹ VG Augsburg, Urteil vom 28.05. 1986, GewArch 1986, 376, 377, 378; vgl. auch VG Gelsenkirchen, Urteil v. 16.09. 1965, THwE, 254.

⁵⁹² Verordnung zur Änderung der Anlage A zur Handwerksordnung und der Verordnung über verwandte Handwerke vom 10. Juli 1978 (BGBl I S. 984).

⁵⁹³ Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 217; Czybulka, Die handwerksrechtlichen Änderungen des Gesetzes v. 20.12. 1993, NVwZ 1994, 953–956, 954.

nicht mehr vorgehalten werden.⁵⁹⁴ Eine Vergangenheitsforschung ist nach der geänderten Fassung des § 8 Abs. 1 HwO ausdrücklich ausgeschlossen.⁵⁹⁵

Zu Recht urteilt daher das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, dass schon bisher das vorgerückte Alter eines Berufsanwärters einen Ausnahmegrund gebildet hat, von der Meisterprüfung abzusehen, zumal dann, wenn er einen anderen Ausbildungsgang durchlaufen hat, als ihn die Handwerksordnung vorsieht. Nach Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO komme es nunmehr auf die Zumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung in jungen Jahren nicht mehr an.⁵⁹⁶

Im Ergebnis kann es einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO darstellen, wenn sich der Antragsteller aus anerkennungswürdigen Gründen nunmehr für eine selbstständige Tätigkeit im Handwerk entscheidet. Allein das Vorhaben des Antragstellers, sich selbstständig zu machen, kann dagegen keinen solchen anerkennenswerten und schützenswerten Grund darstellen. Denn anderenfalls könnte sich jeder Antragsteller auf diesen Ausnahmegrund berufen; die Erteilung der Ausnahmegewilligung wäre nicht die Ausnahme, sondern die Regel. Dies würde aber dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung der Ausnahmegewilligung widersprechen, wonach deren Erteilung wirklichen Ausnahmefällen vorbehalten sein soll.

3.3.3. Die langjährige selbstständige und unselbstständige Tätigkeit als Ausnahmegrund

Durch eine faktische selbstständige Tätigkeitsaufnahme kann die Meisterprüfung nicht umgangen werden. Deshalb reicht eine längere selbstständige Tätigkeit in dem betreffenden Handwerk, zumindest bis zur HwO-Novelle 2004, nicht aus, um einen das Absehen von der Meisterprüfung rechtfertigenden Ausnahmefall zu begründen.⁵⁹⁷ Insbesondere gilt dies in den Fällen, in denen die Betriebstätigkeit illegal aufgenommen wurde.⁵⁹⁸ Selbst eine langjährige - offenbar beanstandungsfreie - Ausführung von Handwerksarbeiten vermag daher nicht die Annahme eines Ausnahmefalls rechtfertigen; diese Tatsache kann erst Bedeutung im Rahmen des Fachkundenachweises nach § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO erlangen.⁵⁹⁹

⁵⁹⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 384.

⁵⁹⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 124.

⁵⁹⁶ OVG des Saarlandes, Urteil vom 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 8 des Urteilsabdrucks.

⁵⁹⁷ OVG Lüneburg, Urteil v. 30.01. 1980, GewArch 1982, 113, 134.

⁵⁹⁸ S. u. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 3.3.6.

⁵⁹⁹ Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 76; vgl. auch BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 251, 252.

Gleiches gilt, allerdings nur bis zur HwO-Novelle 2004, uneingeschränkt für den Bewerber, der als unselbstständig beschäftigter Handwerksgehilfe tätig und darin auch erfolgreich ist. Jedoch rechtfertigt dieser berufliche Erfolg es nicht, ihn aus den Anforderungen an einen selbstständigen Handwerksbetrieb zu entlassen, sobald er sich für eine selbstständige handwerkliche Tätigkeit entschlossen hat.⁶⁰⁰ Denn der Weg zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks führt in der Regel über die Ablegung der Meisterprüfung. Allein eine langjährige Tätigkeit im Handwerk kann daher nicht zur Anerkennung eines Ausnahmefalles im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO führen.⁶⁰¹ Der genannte Grundsatz findet auch auf einen Antragsteller Anwendung, der als langjähriger „Betriebsleiter“ den väterlichen Betrieb selbstständig geleitet hat. Es ist dabei fehl am Platze, wenn der Antragsteller deshalb meinen sollte, er sei sich als jahrelanger Betriebsleiter „zu gut“ dafür, sich zusammen mit meist jüngeren, unselbstständigen Friseurgehilfen zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung gewissermaßen nochmals auf die Schulbank zu setzen.⁶⁰²

Demgegenüber wurde von der Deregulierungskommission im Jahre 1991 vorgeschlagen, dass die Gesellenprüfung und eine fünfjährige praktische Tätigkeit zur Berechtigung der selbstständigen Ausübung eines Handwerks ausreichen soll.⁶⁰³ Der Gesetzgeber hat zunächst bei der HwO-Novelle 1994 allerdings bewusst darauf verzichtet, „Altgesellen“ nach einer langjährigen praktischen Tätigkeit die Ausübung eines Handwerks ohne Meisterprüfung zu gewähren.⁶⁰⁴

Die spezielle Regelung für „qualifizierte Gesellen“, die mit § 7 b HwO in die Handwerksordnung im Rahmen der HwO-Novelle 2004 eingefügt wurde, hat nunmehr für eine Klarstellung gesorgt. Nunmehr stellt die sechsjährige unselbstständige und auch selbstständige Tätigkeit eines Antragstellers, der die Gesellenprüfung in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk, in einem mit diesem zulassungspflichtigen verwandten Handwerk oder eine Abschlussprüfung in einem dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk entsprechenden anerkannten Ausbildungsberuf bestanden hat, eine besondere Anspruchsnorm in Form einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO dar.⁶⁰⁵ Dagegen sah der Gesetzentwurf des Bundesrates vor, eine entsprechende Regelung als Ausnahmetatbestand im Rahmen des § 8 Abs. 1 HwO auszugestalten, um nicht zuletzt eine Einzelfallprüfung bezüg-

⁶⁰⁰ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69.

⁶⁰¹ VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1990, GewArch 1992, 64, 65.

⁶⁰² VG Kassel, Urteil v. 13.07. 1970, GewArch 1971, 13.

⁶⁰³ Deregulierungskommission: Zweiter Bericht der Deregulierungskommission. Kürzere Fassung. GewArch 1991, 256–259, 296–299, 298; Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 441.

⁶⁰⁴ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273, 274.

⁶⁰⁵ Ausführlich dazu s. u. 5. Kapitel.

lich der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zu ermöglichen.⁶⁰⁶ Jedoch konnte sich der Bundesrat mit diesem Vorschlag nicht durchsetzen.

Allerdings wird in § 7 b HwO unter anderem zusätzlich zwingend vorausgesetzt, dass der Antragssteller vier Jahre von den sechs Gesellenjahren eine leitende Tätigkeit ausgeübt hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist damit der Ausnahmegrund kraft Gesetzes nach § 7 b HwO gegeben. Daraus folgt jedoch auch, dass der Gesetzgeber nur unter den in § 7 b HwO genannten Voraussetzungen eine langjährige Gesellentätigkeit des Antragstellers als Ausnahmegrund anerkennt. Hat dieser hingegen keine leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b HwO bekleidet, stellt die langjährige Tätigkeit allein, auch nach der HwO-Novelle 2004, weiterhin keinen Ausnahmegrund dar.

3.3.4. Gesundheitliche Gründe als Ausnahmegrund

Nicht selten berufen sich Bewerber um eine Ausnahmegewilligung darauf, dass ihnen, bedingt durch gesundheitliche Behinderungen, also Krankheiten, die Ablegung der Meisterprüfung nicht zumutbar ist.

3.3.4.1. Die gesundheitlichen Gründe und die unzumutbare Belastung

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Beschluss vom 15. Dezember 1988 gesundheitliche Gründe als unzumutbare Belastung für den Antragsteller anerkannt, eine Meisterprüfung nicht mehr abzulegen.⁶⁰⁷ Das Gericht hat damit die frühere oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bestätigt, die auch schon in der Vergangenheit Krankheit als Ausnahmefall grundsätzlich anerkannt hatte. So hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz einen bei den Kämpfen in Stalingrad erlittenen seelischen Schock und eine daraus folgende Sprachstörung als Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO eingeordnet.⁶⁰⁸ Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg verlangt, dass die Krankheit die Ablegung der Meisterprüfung unmöglich machen oder wesentlich erschweren muss, um sie als Ausnahmegrund anzuerkennen.⁶⁰⁹ In konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einem weiteren Urteil die Meinung vertreten, dass ein Antragsteller nicht wegen eines Sprachfehlers von vornherein vom Erfordernis der Meisterprüfung dispensiert werden darf.⁶¹⁰ Ein Sprachfehler könne sich nur in der mündlichen Prüfung auswirken, wo darauf die gebührende Rücksicht zu nehmen ist. Nur wenn der An-

⁶⁰⁶ Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 14, 15, 16; vgl. auch Antrag Freistaat Bayern HwO-Novelle 2004, BR-Drucksache 466/03, 4, 30; zustimmend Traublinger, Heinrich: Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform? GewArch 2003, 353–358, 358; vgl. auch Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410.

⁶⁰⁷ BVerwG, Beschluss v. 15.12. 1988, GewArch 1989, 272.

⁶⁰⁸ OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 17.03. 1982, GewArch 1982, 203, 204.

⁶⁰⁹ VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 18.12. 1978, GewArch 1979, 126, 127.

⁶¹⁰ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 24.03. 1982, GewArch 1982, 378.

tragsteller allein wegen seines Sprachfehlers in der mündlichen Prüfung versagen und deshalb die Prüfung insgesamt nicht bestehen sollte, käme die Anerkennung eines Ausnahmefalls in Betracht. Das Gericht verlangt damit im Ergebnis zunächst einen erfolglosen Prüfungsversuch.

Die Krankheit eines Antragstellers begründet auch nach Meinung der Literatur in bestimmten Fällen die Unzumutbarkeit der Ablegung einer Meisterprüfung.⁶¹¹ Gemeint seien die Fälle, in denen ein Antragsteller durch Krankheit oder körperliche Behinderung am Abschluss seines beruflichen Werdegangs durch die Meisterprüfung gehindert wird. Einschlägige Erkrankungen hingegen, die dem Antragsteller die tatsächliche Ausübung des Handwerks, für das er die Ausnahmegewilligung begehrt, unmöglich machen, sollen nicht darunter fallen;⁶¹² insoweit fehle es in diesen Fällen dem Antragsteller am erforderlichen Rechtsschutzinteresse.

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ bejaht einen Ausnahmefall bei erheblicher, nicht nur vorübergehender gesundheitlicher Beeinträchtigung oder körperlicher Behinderung, wenn die daraus resultierende Belastung nicht durch eine spezielle, den Umständen des Einzelfalls gerecht werdende Gestaltung des Prüfungsverfahrens ausgeschlossen werden kann oder ausgeschlossen worden ist.⁶¹³ Die in Rechtsprechung und Literatur zur Krankheit als Ausnahmefall vertretene Meinung wird damit bestätigt.

Im Ergebnis erscheint es bei der gebotenen grundrechtsfreundlichen Auslegung der Handwerksordnung grundsätzlich für angebracht, die Krankheit des Antragstellers als Ausnahmegrund anzuerkennen. Allerdings ist stets auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Hier ist zu prüfen, ob die bestehende Erkrankung dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung gänzlich unmöglich macht oder nicht eine besondere Gestaltung des Prüfungsverfahrens die Prüfung doch ermöglicht.

Zwecks der besonderen Gestaltung des Meisterprüfungsverfahrens in Krankheitsfällen ist es dem Prüfling möglich, bereits bei Anmeldung zur Prüfung auf eventuelle körperliche Behinderungen hinzuweisen, damit den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung getragen werden kann. Sollte der Antragsteller körperliche Leistungen im Prüfungsverfahren zu erbringen haben, zu denen er krankheitsbedingt nicht imstande ist, können dem Antragsteller sogar

⁶¹¹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 59; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 40; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 35.

⁶¹² Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 285.

⁶¹³ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

Helfer gestellt werden.⁶¹⁴

Steht fest, etwa durch ein amtsärztliches Attest, dass die bestehende Erkrankung dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung unmöglich macht, ist ein Ausnahmefall anzunehmen. Nicht gefolgt werden kann der Meinung, die zunächst einen erfolglosen Prüfungsversuch verlangt, um gesundheitliche Gründe als Ausnahmefall anzuerkennen. Es ist, wie oben ausgeführt, bereits vorab zu prüfen, ob für den Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar ist.

3.3.4.2. Der Zeitpunkt der Unzumutbarkeit in Krankheitsfällen

In seinem Beschluss vom 15. Dezember 1988 hat das Bundesverwaltungsgericht auch in Krankheitsfällen darauf abgestellt, ob es dem Antragsteller in der Vergangenheit, also möglicherweise vor Eintritt der Krankheit, zumutbar war, die Meisterprüfung abzulegen.⁶¹⁵ Diese Entscheidung wurde vom Bundesverfassungsgericht bestätigt. Auf die rechtliche Würdigung ärztlicher Bescheinigungen kam es danach deshalb nicht an, weil es dem Antragsteller vor seiner Erkrankung durchaus zumutbar gewesen sei, die Meisterprüfung abzulegen. Der Antragsteller könne sich daher nicht mit Erfolg auf eine inzwischen eingetretene Unzumutbarkeit berufen; die Gerichte hätten sich damit die Prüfung der Nachweise über den Gesundheitszustand des Antragstellers nach Beginn seiner Erkrankung ersparen können.⁶¹⁶ Auch nach Meinung des Verwaltungsgerichts Köln macht eine gegenwärtige Krankheit die Meisterprüfung nur dann unzumutbar, wenn die Vorbereitung und Ablegung der Meisterprüfung nicht vor Beginn ernsthafter Erkrankung hätte erwartet werden können.⁶¹⁷

Nach der HwO-Novelle 1994 sind allerdings bei der Prüfung der Unzumutbarkeit nur solche Gründe zu berücksichtigen, die zum Zeitpunkt der Antragstellung vorgelegen haben oder danach eingetreten sind. Danach kann einem Antragsteller nach Meinung von Stork entgegen der bisherigen Praxis nicht mehr vorgehalten werden, dass er es vor Eintritt der Erkrankung in früheren Jahren schuldhaft versäumt hat, die Meisterprüfung abzulegen.⁶¹⁸

Demgegenüber vertreten Musielak/Detterbeck den Standpunkt, dass ein Antragsteller nicht mit Erfolg auf einen Ausnahmefall hinweisen kann, wenn er so lange die Ablegung der Meisterprüfung schuldhaft verzögert hat, bis ihn eine Krankheit prüfungsuntauglich gemacht hat, wenn also vor Beginn der Krankheit die Ablegung der Prüfung von ihm hätte erwartet werden können.⁶¹⁹

⁶¹⁴ Vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 35; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 08.01. 1970, GewArch 1970, 200, 201.

⁶¹⁵ BVerwG, Beschluss v. 15.12. 1988, GewArch 1989, 272.

⁶¹⁶ BVerfG, Kammerbeschluss v. 04.04. 1990, GewArch 1991, 137.

⁶¹⁷ VG Köln, Urteil v. 03.08. 1972, GewArch 1973, 68, 69; VG Köln, Urteil v. 01.09. 1964, GewArch 1965, 171.

⁶¹⁸ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 59.

⁶¹⁹ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 46.

Dieser Meinung kann aufgrund des ausdrücklich entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers, eine „Vergangenheitsforschung“ auszuschließen, nicht gefolgt werden. Umstände, die vor Zeitpunkt der Antragstellung vorgelegen haben, dürfen vielmehr für die Entscheidung, ob dem Antragsteller die Meisterprüfung zumutbar ist, nicht mehr berücksichtigt werden.⁶²⁰ Das Vorgesagte muss auch für die Fälle gelten, in denen es dem Antragsteller aus Krankheitsgründen nicht möglich ist, die Meisterprüfung abzulegen.

3.3.4.3. Einzelfälle

In der Verwaltungspraxis haben sich bestimmte, die Krankheit als Ausnahmegrund betreffende Fallgruppen herausgebildet.

3.3.4.3.1. Prüfungsangst

Grundsätzlich kann die Prüfungsabneigung eines Antragstellers keinen Ausnahmegrund rechtfertigen. Diese ist deshalb unbeachtlich, weil sich alle Bewerber der seelischen Prüfungsbelastung stellen müssen.⁶²¹ Dies gilt auch dann, wenn normale Prüfungsängste von einem Arzt durch ärztliche Atteste bestätigt wurden.⁶²² Das Vorbringen des Antragstellers, er sei „nervlich“ nicht in der Lage, die Meisterprüfung zu bewältigen, kann ebenfalls nicht die Annahme eines Ausnahmegrundes rechtfertigen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die nervliche Belastung über ein normales Maß hinaus in einen Krankheitszustand erwachsen ist.⁶²³

Auch Prüfungsängste, die ihren Grund in mangelnden Kenntnissen haben, bedingen nicht die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller; vielmehr ist eine Prüfungspsychose unbeachtlich.⁶²⁴

Im Ergebnis bilden somit weder die normalen Prüfungsängste noch Prüfungspsychosen einen Ausnahmegrund. Etwas kann im Einzelfall dann gelten, wenn sie das Stadium einer Krankheit erreicht haben.

⁶²⁰ So ausdrücklich Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 124.

⁶²¹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.07. 1982, THwE, 274; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.02. 1986, GewArch 1986, 375, 376; ebenso Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 HwO Rn 60; Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 285.

⁶²² Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1444.

⁶²³ VG Köln, Urteil v. 03.08. 1972, GewArch 1973, 68, 69; VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 230; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 60.

⁶²⁴ Vgl. dazu BVerwG, Urteil v. 06.07. 1979, Buchholz 421. Prüfungswesen Nr. 116; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.02. 1986, GewArch 1986, 375, 376.

3.3.4.3.2. Schwerbehinderung

Gesundheitliche Beeinträchtigungen liegen insbesondere bei Schwerbehinderten vor. Gemäß § 2 Abs. 1 SGB IX sind schwerbehindert Menschen mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 %. Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50 %, aber wenigstens 30 % können gemäß § 2 Abs. 3 SGB IX unter bestimmten Voraussetzungen gleichgestellt werden. Das Sozialgesetzbuch definiert in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX eine Behinderung: Danach sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.⁶²⁵

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ erkennt eine Schwerbehinderung als Ausnahmefall an.⁶²⁶ Dieses ist grundsätzlich angesichts der verfassungsrechtlich gebotenen großzügigen Betrachtungsweise bei der Handhabung des § 8 HwO durchaus vertretbar, wobei allerdings stets die Umstände des Einzelfalls zu prüfen sind. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, dass die Belastung nicht durch eine spezielle Gestaltung des Prüfungsverfahrens ausgeschlossen werden kann oder ausgeschlossen worden ist. Denn § 14 Abs. 4 MPVerfVO verlangt zunächst die Berücksichtigung besonderer Belange Behinderter bei der Meisterprüfung; die durch die Behinderung entstehenden Nachteile sind auszugleichen.⁶²⁷ Dies kann geschehen durch die Gestaltung der Prüfungsfragen oder durch technische Erleichterungen.⁶²⁸ Erst wenn diese Möglichkeiten ausgeschöpft sind, ist ein Ausnahmefall anzunehmen.

3.3.4.3.3. Erkrankung von Familienangehörigen

Bei der gebotenen personenbezogenen Betrachtungsweise bei Prüfung der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung ist allein auf die besondere Situation und damit auf eine Erkrankung in der Person des Antragstellers abzustellen, nicht hingegen auf die Erkrankung anderer Personen.⁶²⁹ Damit kann die Erkrankung von Familienangehörigen allenfalls eine familiäre Belastung darstellen, die unter Umständen geeignet sein kann, die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller als unzumutbar erscheinen zu lassen.⁶³⁰

⁶²⁵ Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1046), zuletzt geändert durch Art. 5 G v. 22.12. 2008 (BGBl. I S. 2959).

⁶²⁶ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 27.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

⁶²⁷ Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk (Meisterprüfungsverfahrensverordnung-MPVerfVO) vom 17.12. 2001 (BGBl. I S. 4154).

⁶²⁸ Vgl. BMWi: Erläuterungen zu der Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk. BAnz v. 24.10. 2002, Nr. 199, 23 970–23972. 23 972.

⁶²⁹ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 35; vgl. auch Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 60.

⁶³⁰ Im Ergebnis ebenso Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125; zustimmend Honig, HwO, 3. A., § 8 Rn 29.

3.3.5. Wirtschaftliche und familiäre Schwierigkeiten des Antragstellers als Ausnahmefall

Die Ablegung der Meisterprüfung bringt für den Bewerber Belastungen sowohl in zeitlicher als auch in finanzieller Hinsicht mit sich.⁶³¹ Antragsteller im Ausnahmegewilligungsverfahren berufen sich in diesem Zusammenhang darauf, dass ihnen diese Belastungen nicht zumutbar sind im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO. Häufig werden dabei die Schlagworte „Zeitmangel, Geldmangel, Arbeitsüberlastung“ gebraucht. Über die Behandlung dieser Anträge bestehen in Rechtsprechung und Literatur in Teilbereichen unterschiedliche Meinungen.

3.3.5.1. Der erforderliche Zeitaufwand als unzumutbare Belastung

Sowohl die Vorbereitung auf die Meisterprüfung als auch das Prüfungsverfahren selbst erfordern vom Meisterprüfling einen nicht unerheblichen Zeitaufwand. Strittig ist, ob dieser erforderliche Zeitaufwand als unzumutbare Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO anzuerkennen ist.

Jeder Handwerker, der die Meisterprüfung ablegen will, muss die mit der Vorbereitung auf die Meisterprüfung verbundenen zeitlichen und beruflichen Belastungen aufbringen. Von dem Antragsteller, der eine Ausnahmegewilligung begehrt, wird aber nicht mehr abverlangt als von jedem künftigen Handwerksmeister, der sich aus persönlicher Neigung oder wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit entschließt, ein Handwerk selbstständig zu betreiben. Daher bedingen die genannten Belastungen keinen Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO.⁶³²

Vielmehr ist jedem handwerklich Tätigen zuzumuten, sich während der Vorbereitung auf die Meisterprüfung, aber auch während der Vorbereitung auf die sonstigen Voraussetzungen zur Ablegung der Meisterprüfung, wie zum Beispiel der Gesellenprüfung, Beschränkungen persönlicher oder betrieblicher Art aufzuerlegen. Denn es ist die eigene und freie Entscheidung des Antragstellers, ob er zeitliche Einbußen hinnehmen will, um das gesteckte Ziel, nämlich

⁶³¹ S. dazu Anhang A 7. Abschnitt, 8. Abschnitt.

⁶³² BVerwG, Beschluss v. 24.03. 1983, AZ: 5 B 107.81, S. 2 des Urteilsabdrucks; Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 284, 385; Bay. VGH, Beschluss v. 30.03. 1976, GewArch 1976, 198, 199; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69; VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120; VG Oldenburg, Gerichtsbescheid v. 23.06. 1986, GewArch 1986, 378, 379; VG Köln, Urteil v. 09.11. 1978, THwE, 266; VG Köln, Urteil v. 24.07. 1980, THwE, 271; VG Köln, Urteil v. 11.06. 1981, THwE, 272, 273; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 39; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 61, 62; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 141.

die Ablegung der Meisterprüfung, zu erreichen.⁶³³ Das gilt auch hinsichtlich des Besuchs von Meistervorbereitungslehrgängen, die zudem auch berufsbegleitend angeboten werden.⁶³⁴

Zumutbar für den Antragsteller ist - falls dies überhaupt notwendig - sogar die Einschränkung seines Betriebes für die Dauer der Vorbereitung auf die Meisterprüfung oder die Beschäftigung einer Ersatzkraft.⁶³⁵ Selbst die Gefahr des Erliegens eines bisher unzulässigen Handwerksbetriebes infolge der Inanspruchnahme des Inhabers durch die Prüfungsvorbereitungen oder die Prüfung selbst kann nicht als unzumutbare Belastung im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO angesehen werden.⁶³⁶

Zudem kann die Abwesenheit des Antragstellers vom Betrieb während des Prüfungsverfahrens auch in einem weitgehend auf persönlichem Vertrauen beruhenden Handwerk nicht zum Erliegen des Betriebes führen. Wie auch bei Zeiten der Abwesenheit von ähnlicher Dauer, beispielhaft Krankheit oder Urlaub, besteht hier die Möglichkeit, dies durch die Anwesenheit anderer in dem Betrieb mitarbeitenden Familienmitgliedern oder eines angestellten Meisters auszugleichen.⁶³⁷

Ist der Antragsteller als Arbeitnehmer in einem Betrieb tätig, stellt ein zeitlicher Ausfall des Antragstellers in seinem Betrieb und die damit verbundenen Organisationsschwierigkeiten für den Antragsteller selbst keine unzumutbare Belastung im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO dar und ist damit im Zusammenhang mit dem Ausnahmegewilligungsverfahren ohne Bedeutung. Denn hier fehlt es an der erforderlichen Personenbezogenheit der Belastung. Zudem gilt auch hier, dass Fehlzeiten im Wege einer entsprechenden betrieblichen Disposition, wie auch im Falle des Urlaubs des Antragstellers, aufgefangen werden können.⁶³⁸

Etwas anderes zur zeitlichen Belastung durch den erforderlichen Zeitaufwand auf die Meisterprüfung kann allerdings dann gelten, wenn der Antragsteller aus bestimmten Gründen stärker belastet ist als andere Berufsbewerber. Schon vor der HwO-Novelle 1994, nach der das Alter einen selbstständigen Ausnahmegrund darstellt, hat das Oberverwaltungsgericht Bremen entschieden, dass einem fast 60-jährigen Antragsteller, neben seiner Erwerbstätigkeit als selbstständiger Unternehmer, die mit einer Meisterprüfung üblicherweise verbundenen erheblichen Belastung, insbesondere in zeitlicher Hinsicht, nicht mehr zugemutet wer-

⁶³³ Hess. VGH, Urteil v. 11.12. 1973, DÖV 1974, 677; VG Frankfurt a. M., Urteil v. 21.02. 1975, GewArch 1975, 231, 232.

⁶³⁴ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 141.

⁶³⁵ VG Frankfurt a. M., Urteil v. 21.02. 1995, GewArch 1975, 231, 232; VG Frankfurt a. M., Urteil v. 30.01. 1981, GewArch 1982, 60; VG Karlsruhe, Urteil v. 21.10. 1977, GewArch 1978, 130, 131; VG Köln, Urteil v. 03.08. 1972, GewArch 1973, 68, 69; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 61, 62.

⁶³⁶ VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 18.12. 1978, GewArch 1979, 126, 127.

⁶³⁷ Bay. VGH, Urteil v. 18.05. 1981, AZ: 22 B 80 A. 2256, S. 4, 5 des Urteilsabdrucks.

⁶³⁸ OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 77.

den können.⁶³⁹ Auch bei Antragstellern aus der Landwirtschaft können gewichtige persönliche und soziale Gründe, namentlich bedingt durch den landwirtschaftlichen Betrieb oder, vor allem bei Ehefrauen, die Betreuung von Kindern und Altenteilern, die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar machen,⁶⁴⁰ wobei stets die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind.

Die persönlichen Lebensumstände eines Berufsbewerbers, der zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung einen Kurs besuchen will, können gleichfalls eine andere Beurteilung rechtfertigen. Wann dies der Fall ist, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich behandelt.

In dem Urteil vom 29. Oktober 1999 beschäftigt sich das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen auch mit der zeitlichen Belastung durch Besuch eines Meisterkurses. Das Gericht führt dazu aus, dass die zeitliche Beanspruchung durch einen Meisterkurs den im Bäckerhandwerk tätigen Antragsteller zunächst nicht stärker als andere Teilnehmer trifft. Ein zeitlicher Aufwand von zusätzlich acht Stunden pro Woche erscheint dem Gericht angesichts des berechtigten Wunsches des Antragstellers, sich in ausreichendem Maße um seine Kinder kümmern zu können, zumutbar. Auch andere Kursteilnehmer mit Familie seien von der Frage der Zeiteinteilung und Organisation der privaten Lebensführung neben dem Besuch eines Meisterkurses betroffen. Dabei könne der Antragsteller den Schwerpunkt der Kinderbetreuung etwa auf das Wochenende oder auf seinen arbeitsfreien Tag verlegen. Ergänzend führt das Gericht aus, dass sich das Problem einer zeitlichen Belastung im Falle der vom Antragsteller beabsichtigten Betriebsgründung mindestens gleichermaßen stellen würde.⁶⁴¹

Das Bundesverwaltungsgericht hat das zitierte Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 28. August 2001 zu Recht aufgehoben und die Sache an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen. Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass das angefochtene Urteil nicht ausreichend berücksichtigt, dass der Antragsteller durch den Zeitaufwand, den dieser zur Erlangung der Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung und zur Vorbereitung darauf aufwenden muss, deutlich höher belastet wird als in der Vielzahl der Fälle. Allerdings ergäbe sich diese höhere Belastung nicht allein durch den erforderlichen Zeitaufwand für die Prüfungsvorbereitungen. Vielmehr folge die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller im zu entscheidenden Fall aus dem Zusammenwirken aller Umstände, nämlich überdurchschnittliche Familiengröße und die daraus erwachsenen Unterhalts- und Betreuungsverpflichtungen sowie die ungünstige Arbeitszeit im Bäckerhandwerk.⁶⁴²

Kritisch zum Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 29. Oktober

⁶³⁹ OVG Bremen, Beschluss v. 16.08.1988, GewArch 1988, 382, 384.

⁶⁴⁰ Honig, Landwirtschaft und Handwerksordnung, GewArch 1996, 314–318, 317.

⁶⁴¹ OVG NW, Urteil v. 29.10.1999, GewArch 2000, 75, 76.

1999 merkt auch Siebert an, dass kein Zweifel bestehen kann, dass ein Vater von sechs Kindern, unabhängig von allen anderen Umständen, einer Belastung ausgesetzt ist, die jedes normale Maß deutlich übersteigt.⁶⁴³ Dieses gelte erst recht, wenn man berücksichtigt, dass der Antragsteller als Bäcker darauf angewiesen ist, tagsüber zu schlafen oder zumindest zu ruhen.⁶⁴⁴ Auch Heck und Czybulka bezeichnen das zitierte Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 29. Oktober 2000 als nicht „weitherzig“.⁶⁴⁵

Allerdings muss der Antragsteller seine persönlichen Lebensumstände, die die Unzumutbarkeit der Meisterprüfung bedingen, im Einzelnen darlegen und darf sich nicht auf eine schlagwortartige Beschreibung seiner Situation beschränken. So ist das Vorbringen der Antragstellerin in einem Ausnahmegewilligungsverfahren, sie sei als berufstätige Hausfrau und Mutter nur außerordentlich eingeschränkt in der Lage, sich den Strapazen der Prüfungsvorbereitungen und der Prüfung selbst zu unterziehen, nach richtiger Meinung des Verwaltungsgerichts Trier zu pauschal, um zu der Einschätzung zu gelangen, dass die Antragstellerin durch die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar belastet ist.⁶⁴⁶ Das Gericht brauchte daher nicht darüber zu entscheiden, ob Erschwernisse, die aus Unterhaltsverpflichtungen und der daraus erwachsenen Unmöglichkeit, den Zeit- und Geldaufwand für den Besuch von Meisterkursen aufzubringen, resultieren, für sich allein ausreichen können, einen Ausnahmefall im Sinne des § 8 HwO zu begründen.

3.3.5.2. Wirtschaftliche Schwierigkeiten als unzumutbare Belastung

Auch wirtschaftliche Interessen des Antragstellers werden zur Begründung für die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung herangezogen.

Allerdings rechtfertigen diese es nicht, das nach dem Willen des Gesetzgebers vor Gründung eines Handwerksbetriebes zu durchlaufende Meisterprüfungsverfahren zu umgehen.⁶⁴⁷ Auch ein kurzzeitiger Gewinnrückgang ist für den Betrieb des Antragstellers hinnehmbar. Zwar ist es ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse des Antragstellers, auf einen zeitweise beschäftigten Meister zu verzichten und dadurch die entsprechenden Lohnkosten zu sparen. Dieses wirtschaftliche Interesse an Unabhängigkeit von einem angestellten Meister rechtfertigt aber

⁶⁴² BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479.

⁶⁴³ Siebert, Christian: Anmerkung zu OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999. GewArch 2000, 77.

⁶⁴⁴ Ebenso Hahn, Dittmar: Das Handwerksrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1996 bis 2001. GewArch 2001, 441–447. 444.

⁶⁴⁵ Heck, Die Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, Wi-Verw 2001, 277–290, 289, FN 53; Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1995–2001, NVwZ 2003, 164–172. 171.

⁶⁴⁶ VG Trier, Urteil v. 11.03. 1999, GewArch 2000, 77, 78.

⁶⁴⁷ VG Saarland, Gerichtsbescheid v. 04.01. 1994, AZ: 1 K 72/93, S. 9 des Urteilsabdrucks; VG Köln v. 21.08. 1980, GewArch 1982, 176; VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschluss v. 05.09. 1994, GewArch 1996, 112, 114; VG Oldenburg, Gerichtsbescheid v. 23.06. 1986, GewArch 1986, 378, 379.

nicht die Bejahung eines Ausnahmefalls im Sinne von § 8 Abs. 1 HwO.⁶⁴⁸ Auch Schwierigkeiten einer GmbH, einen geeigneten Betriebsleiter zu finden, können nicht ohne weiteres einen Ausnahmefall begründen.⁶⁴⁹

Im Regelfall sind mit der Meisterprüfung zusammenhängende finanzielle Belastungen nicht geeignet, die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung zu begründen. Zwar bringen die Vorbereitung und die Ablegung der Meisterprüfung für den Bewerber eine erhebliche finanzielle Beanspruchung mit sich,⁶⁵⁰ jedoch für jeden Handwerker, der die Meisterprüfung ablegen will. Daher können nur die Umstände berücksichtigt werden, die den Antragsteller, der eine Ausnahmegewilligung begehrt, stärker benachteiligen als andere Bewerber.⁶⁵¹ Wird dem Kläger aber nicht mehr abverlangt als jedem künftigen Handwerksmeister, der sich aus persönlicher Neigung oder wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit entschließt, ein Handwerk selbstständig zu betreiben, ist die Vorbereitung und Ablegung der Meisterprüfung neben einer beruflichen Tätigkeit zwar eine erhebliche finanzielle Beanspruchung für den Antragsteller, die jedoch zumutbar ist.⁶⁵²

Liegen dagegen gegenüber dem Normalfall besondere Umstände vor, die im Vergleich zu anderen den Antragsteller weit überdurchschnittlich belasten, beispielsweise durch eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz, können wirtschaftliche Schwierigkeiten des Antragstellers die Unzumutbarkeit der Meisterprüfung rechtfertigen.⁶⁵³ Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers müssen also gegenüber dem Durchschnitt vergleichbarer Fälle so schlecht sein, dass das Verlangen nach Ablegung einer Meisterprüfung als Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines Handwerks für den Antragsteller eine unzumutbare Härte darstellen würde. Geldmangel allein reicht aber nicht aus, um einen Ausnahmefall zu begründen.

Zudem kann sich der Antragsteller nicht auf seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten berufen, wenn er diese selbst gewollt und bewusst herbeigeführt hat. Finanzielle Verpflichtungen des Antragstellers, die dieser freiwillig auf sich nimmt, können daher die Unzumutbarkeit der

⁶⁴⁸ VG Freiburg, Urteil v. 07.12. 1976, 163, 164.

⁶⁴⁹ BVerwG, Urteil v. 08.11. 1996, BVerwGE 102, 204, 211.

⁶⁵⁰ Vgl. Anhang A 8. Abschnitt.

⁶⁵¹ Bay. VGH, Beschluss v. 30.03. 1976, GewArch 1976, 198, 199; Bay. VGH, Urteil v. 18.05. 1981, AZ: 22 B 80 A.2256, S. 4 des Urteilsabdrucks; OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 04.06. 1980, GewArch 1981, 352.

⁶⁵² Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384, 385; ebenso VG Karlsruhe, Urteil v. 21.10. 1977, GewArch 1978, 130, 131; VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120; VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschluss v. 05.09. 1994, GewArch 1996, 112, 114; VG Frankfurt a. M., Urteil v. 21.02. 1975, GewArch 1975, 231, 232.

⁶⁵³ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8, Rn 62, 51; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 44; Honig, HwO, 3. A., § 8 Rn 29; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 40, 41.

Ablegung der Meisterprüfung nicht begründen.⁶⁵⁴ Ansonsten hätte es jeder Berufsbewerber in der Hand, sich durch Eingehung hoher Verbindlichkeiten in eine Lage zu bringen, die ihm die Ablegung der Meisterprüfung erheblich erschwert und dann unter Berufung hierauf eine Ausnahmegewilligung zu beanspruchen.⁶⁵⁵

Der Erwerb eines Eigenheims und die daraus resultierenden finanziellen Verpflichtungen rechtfertigen es daher nicht, bei dem Antragsteller von der Meisterprüfung im Wege der Ausnahmegewilligung abzusehen.⁶⁵⁶ Gleiches gilt für Kreditkosten für die Errichtung einer Zweigstelle des Betriebes des Antragstellers. Dabei handelt es sich um die normalen, mit einer Betriebsexpansion verbundenen Kosten, die der freien Disposition des Antragstellers entspringen und ihn auch nicht in eine unverschuldete Notlage bringen.⁶⁵⁷

Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Antragstellers können insbesondere dann grundsätzlich keinen Ausnahmegrund begründen, wenn ihre Ursachen der Antragsteller nicht nur selber gesetzt hat, sondern Verhaltensweisen vorliegen, die ihm durchaus zum Vorwurf gemacht werden können. Der Antragsteller kann daher nicht mit dem Einwand gehört werden, dass ihm die Verschuldung wegen des Baues zweier Häuser in Verbindung mit der gescheiterten Partnerschaft und wegen Steuerstrafen beziehungsweise Steuerschulden die Ablegung der Meisterprüfung unmöglich macht.⁶⁵⁸

Finanzielle Belastungen, die mit der Meisterprüfung selbst in Zusammenhang stehen, können regelmäßig ebenfalls nicht die Annahme eines Ausnahmegrundes rechtfertigen.

Die Gebühren für die Meisterprüfung stellen aufgrund ihrer Höhe keine übermäßige Belastung des Antragstellers dar.⁶⁵⁹ Gleiches gilt für die Gebühren für die Vorbereitungskurse, die von der Handwerkskammer, Kreishandwerkerschaft oder Innung als Veranstalter gestundet, ermäßigt oder gar erlassen werden können.⁶⁶⁰ Darüber hinaus kann der Antragsteller das „Meister-BAFöG“ in Anspruch nehmen, dessen Rückzahlung unter bestimmten Voraussetzungen sogar teilweise erlassen werden kann.⁶⁶¹ Angesichts dieser Möglichkeiten der Förderung der beruflichen Ausbildung durch öffentliche Mittel können die Belastungen der Antragsteller im Allgemeinen nicht in der Tragung der für den Erwerb des Meistertitels aufzu-

⁶⁵⁴ VG Darmstadt, Urteil v. 16.03. 1979, THwE, 268.

⁶⁵⁵ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 147.

⁶⁵⁶ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69; OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 76; VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 230; VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 62.

⁶⁵⁷ VG Freiburg, Urteil v. 07.12. 1976, GewArch 1977, 163, 164.

⁶⁵⁸ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 15.01. 1988, GewArch 1988, 303, 304.

⁶⁵⁹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 06.07. 1962, GewArch 1962, 271; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 62; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 43; Hahn, Das Handwerksrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1996 bis 2001, GewArch 2001, 441–447, 443; Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1065.

⁶⁶⁰ Vgl. VG Köln, Urteil v. 03.08. 1972, GewArch 1973, 68, 69.

bringenden Kosten liegen.⁶⁶² Im Zweifel ist der Antragsteller zunächst, soweit die persönlichen Voraussetzungen vorliegen, auf die Möglichkeit der Förderung durch das „Meister-BAFöG“ zu verweisen.⁶⁶³

3.3.5.3. Unterhaltsverpflichtungen als unzumutbare Belastung

Ist der Berufsbewerber gegenüber Dritten, insbesondere seinem Ehepartner und seinen Kindern gegenüber, rechtlich zu deren Unterhalt verpflichtet, stellt sich die Frage, ob diese Unterhaltsverpflichtungen die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung rechtfertigen können.

3.3.5.3.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht sieht es in seiner Handwerkerentscheidung vom 17. Juli 1961 als ein besonders erschwerendes Moment für den Bewerber um eine Ausnahmegewilligung an, dass dieser für den Unterhalt von Angehörigen aufkommen muss und deswegen nicht imstande ist, den Zeit- und Geldaufwand für den Besuch von Meisterkursen zu tragen.⁶⁶⁴ In einer späteren Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsprechung bestätigt und ausgeführt, dass die bei der Prüfung eines Ausnahmefalls gebotene Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die Möglichkeit eröffnet, besonders familiäre und soziale Belastungen des jeweiligen Antragstellers hinreichend zu berücksichtigen.⁶⁶⁵ Allerdings folgt aus der in Artikel 6 Abs. 1 GG verankerten verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz von Ehe und Familie nicht, dass auch bei Nichtvorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach § 8 Abs. 1 HwO eine Ausnahmegewilligung zu erteilen ist. Aus Artikel 6 GG lasse sich danach keine allgemeine Verpflichtung der zuständigen Behörden und Gerichte entnehmen, die Anforderungen an das Vorliegen eines Ausnahmefalls in der vom Antragsteller angestrebten Weise abzusenken.⁶⁶⁶

Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus, dass bei der Prüfung der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zieht das Gericht den Schluss, dass auch Unterhaltsverpflichtungen für Angehörige als ein für die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung erhebliches belastendes Moment anzuse-

⁶⁶¹ So auch OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 76; VG Stade, Urteil v. 02.09. 2004, AZ.: 6 A 1111/02, S. 7 des Urteilsabdrucks; Deterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 43.

⁶⁶² BVerwG, Urteil v. 21.06. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

⁶⁶³ Zu den Voraussetzungen s. u. Anhang A 8. Abschnitt III.

⁶⁶⁴ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160.

⁶⁶⁵ BVerfG, Kammerbeschluss v. 04.04. 1990, GewArch 1991, 137.

⁶⁶⁶ Ebenso Webers, Das Handwerk im Spiegel des Grundgesetzes – Die Handwerksordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, WiVerw 2001, 260–276, 264.

hen sind.⁶⁶⁷

Ausdrücklich Bezug auf diese Entscheidung nimmt das Verwaltungsgericht Hamburg und berücksichtigt zu Gunsten der Antragstellerin, dass sie durch ihre Kinder - zwei schulpflichtige Kinder und einen Säugling - und die notwendige Mitarbeit im Geschäft ihres Ehemannes derart ausgelastet ist, dass für die Vorbereitung der Meisterprüfung keine Zeit mehr bleibt.⁶⁶⁸ Allerdings waren im zu entscheidenden Fall zu Gunsten der Antragstellerin noch weitere Umstände zu berücksichtigen, die im Rahmen der Gesamtbetrachtung die Annahme eines Ausnahmefalls im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO rechtfertigten.

Dagegen führt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg aus, dass sich ein Antragsteller nicht auf seine finanziell angespannte Lage berufen kann, wenn deren Ursachen der Unterhalt seiner Ehefrau, des vorehelichen Kindes und demnächst für ein gemeinsames eigenes Kind sind. Unterhaltspflichtigkeit für Absolventen der Meisterprüfung sei eine weit- hin übliche Situation, da diese oft bereits eine eigene Familie gegründet haben oder die Zeit der Familiengründung mit der Vorbereitung und Durchführung einer Meisterprüfung zusammenfällt.⁶⁶⁹

So sind sich auch das Verwaltungsgericht Köln⁶⁷⁰ und das Verwaltungsgericht Ansbach⁶⁷¹ einig, dass im Regelfall ein Berufsbewerber, der das Alter erreicht hat, um selbstständig einen Betrieb übernehmen zu können, Unterhaltspflichten gegenüber Angehörigen zu erfüllen hat; die Sorgepflicht für eine Familie begründe keinen Ausnahmefall.⁶⁷²

Nicht einheitlich wird dagegen die Frage behandelt, ob das Vorgesagte auch dann gelten soll, wenn die Größe der Familie des Antragstellers und die daraus erwachsenden Unterhaltspflichten vom Normalfall abweichen.

Auch der Unterhalt einer sechsköpfigen Familie stellt nach Meinung des Verwaltungsgerichts Stade für den Antragsteller eine allgemeine Belastung dar, die ein Absehen von der Meisterprüfung im Wege der Ausnahmebewilligung nicht rechtfertigt.⁶⁷³ Gleiches gilt für den Unterhalt einer vierköpfigen Familie, so der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg.⁶⁷⁴

So urteilt auch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen: Typische Belastungen, die

⁶⁶⁷ BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165.

⁶⁶⁸ VG Hamburg, Urteil v. 15.03. 2000, AZ: 3 VG 4718/99, S. 8 des Urteilsabdrucks.

⁶⁶⁹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 20.01. 1998, GewArch 1998, 195.

⁶⁷⁰ VG Köln, Urteil v. 03.08. 1972, GewArch 1973, 68, 69.

⁶⁷¹ VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 230.

⁶⁷² VG Hannover, Urteil v. 26.02. 1964, THwE, 231; VG Oldenburg, Gerichtsbescheid v. 23.06. 1986, GewArch 1986, 378, 379; VG München, Urteil v. 05.12. 1989, GewArch 1990, 248, 249.

⁶⁷³ VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120.

⁶⁷⁴ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69.

mit der Ablegung der Meisterprüfung in Zusammenhang stehen, sind auch angesichts von Unterhaltsverpflichtungen zumutbar. Nur durch Hinzutreten besonderer Umstände könne eine andere Wertung geboten sein. Das Gericht hat dabei die Unterhaltsverpflichtungen eines Antragstellers gegenüber seiner Ehefrau und seinen sechs minderjährigen Kindern deshalb nicht als unzumutbare Belastung angesehen, weil der Antragsteller gut verdient und auch die Möglichkeit hat, das „Meister-BAFöG“, dessen Rückzahlung zudem erlassen werden kann, in Anspruch zu nehmen. Gleichzeitig bestände auch die Möglichkeit der Ratenzahlung der Kursgebühren. Dadurch sei der Antragsteller auch keinen unzumutbaren Belastungen ausgesetzt.⁶⁷⁵

Dagegen führt das Bundesverwaltungsgericht unter Aufhebung und Zurückverweisung des letztzitierten Urteils aus, dass die Verpflichtung des Antragstellers zur angemessenen Unterhaltung der Ehefrau und der minderjährigen sechs Kinder deutlich vom Normalfall abweicht. Zwar führe eine weit überdurchschnittliche Familiengröße nicht ohne weiteres zu einem Ausnahmefall, könne aber mit anderen Gründen eine aus dem Rahmen fallende Belastung mit sich bringen, die die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller als nicht zumutbar erscheinen lässt.⁶⁷⁶

3.3.5.3.2. Die Meinung der Literatur

Auch in der Literatur werden Unterhaltsverpflichtungen als Ausnahmegrund unterschiedlich bewertet.

Die mit den Unterhaltsverpflichtungen verbundenen Einschränkungen müssen nach Meinung von Heck deutlich über dem Durchschnitt vergleichbarer Fälle liegen. Nur dann könnten Unterhaltsverpflichtungen als unzumutbare Belastung anerkannt werden. Denn meistens befänden sich die Berufsbewerber gerade in einer Phase ihres Lebens, in der sie eine Familie gründen und entsprechende Unterhaltsleistungen zu erbringen haben. Handwerksgelegen, die die Meisterprüfung absolvieren wollen, werde demgemäß regelmäßig zugemutet, die damit verbundenen Kosten einschließlich des Unterhalts von Familienangehörigen während des Besuchs von Meisterkursen aufzubringen und sich in ihrer Lebensführung einzuschränken. Dabei sei den Berufsbewerbern sogar zuzumuten, dass die Ehefrau vorübergehend durch Annahme einer Beschäftigung zum Familienunterhalt beiträgt, gegebenenfalls Ersparnisse angegriffen oder Darlehen aufgenommen werden.⁶⁷⁷

Die Verpflichtung des Antragstellers, für den Unterhalt seiner Familie, also gegenüber seiner Frau, seinen Kindern und Eltern und sonstigen Verwandten aufkommen zu müssen, stellt nach Meinung von Fröhler/Stolz und Depenbrock für sich allein keinen ausreichenden Ausnahmegrund dar. Unterhaltsverpflichtungen entsprechen in einem bestimmten Lebensab-

⁶⁷⁵ OVG NW, Urteil v. 29.10.1999, GewArch 2000, 75, 76.

⁶⁷⁶ BVerwG, Urteil v. 29.08.2001, GewArch 2001, 479, 481.

schnitt dem Regelfall.⁶⁷⁸ Auch Dieckmann vertritt diese Auffassung und verweist zur Begründung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dieses habe zwar geurteilt, dass die Unterhaltspflichtigkeit eines Berufsbewerbers als besonders erschwerendes Moment angesehen werden könne. Das Gericht habe allerdings, worauf das Wort „kann“ und die für notwendig erachtete Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls hindeute, sicher nicht verkannt, dass der Abschluss der beruflichen Aus- und Fortbildung vielfach in einen Lebensabschnitt fällt, in dem auch eine Familie gegründet wird. Im Regelfall seien daher Unterhaltsverpflichtungen nur dann geeignet, einen Ausnahmefall zu begründen, wenn die wirtschaftliche und soziale Situation des Betroffenen gegenüber dem Durchschnitt vergleichbarer Fälle besonders schlecht sei.⁶⁷⁹ Auch nach Meinung von Detterbeck und Honig/Knörr sind Unterhaltsverpflichtungen und allgemeine familiäre Schwierigkeiten, die nicht über das Normalmaß hinausgehen, kein ausreichender Grund, der die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen kann.⁶⁸⁰

Kröger weist darauf hin, dass der Sinn des Gesetzes in sein Gegenteil verkehrt wird, wenn die Ausnahme zur Regel werden würde. Ausdrücklich spricht er dabei die Antragsteller an, die - als oft noch junge - Handwerker zwar für den Unterhalt von Angehörigen aufkommen müssen, sich aber vor Gründung einer Familie nicht bemüht haben, die Meisterprüfung abzulegen.⁶⁸¹

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ verlangt, dass bei der Prüfung und Entscheidung, ob die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller eine unzumutbare Belastung bedeutet, insbesondere die familiären Verhältnisse und die sonstige soziale Situation des Antragstellers zu berücksichtigen sind.⁶⁸² Diese Auffassung hat der Bund-Länder-Ausschuss später bekräftigt und ausgeführt, dass familiäre Belastungen, zum Beispiel überdurchschnittliche große Familien und andere belastende soziale Aspekte, bei der Prüfung der Unzumutbarkeit zu beachten sind, womit im Ergebnis damit auch Unterhaltsverpflichtungen zu berücksichtigen sind.⁶⁸³

Nach Meinung von Hahn sind Unterhaltsverpflichtungen und der damit verbundene erforder-

⁶⁷⁷ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 63.

⁶⁷⁸ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 41; Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1065.

⁶⁷⁹ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 141; ebenso Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 201.

⁶⁸⁰ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 45; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 29.

⁶⁸¹ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 147.

⁶⁸² Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 384.

⁶⁸³ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125; ebenso Siebert, Anmerkung zu OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 77; zustimmend Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 29..

liche Arbeitseinsatz des Antragstellers, soweit die Familiengröße deutlich vom Normalfall abweicht, zu dessen Gunsten zu berücksichtigen. Allerdings bedeute dies nicht, dass die Meisterprüfung schon dann entbehrlich ist, wenn ein Bewerber überdurchschnittlich viele Kinder hat. Vielmehr müssten stets alle Umstände des Einzelfalls gewürdigt werden.⁶⁸⁴

3.3.5.3.3. Diskussion

In finanzieller Hinsicht muss der Prüfling für die Vorbereitung und für die Prüfung selbst Geldmittel aufbringen, zum Beispiel für den Besuch von Meisterkursen in Teilzeit- oder Vollzeitform und für Prüfungsgebühren. Diese Belastungen können insbesondere dann deutlich spürbar sein, wenn der Antragsteller Unterhaltsverpflichtungen zu erfüllen hat.

Allerdings sind in einem bestimmten Lebensabschnitt Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Ehepartner und insbesondere gegenüber Kindern das Normale, also die Regel. Daher können sie auch keinen Ausnahmefall im Sinne des § 8 HwO begründen.

Nur dann werden sie wirklich eine Rolle spielen, wenn der Antragsteller erheblich stärker belastet ist als andere Berufsbewerber, die Unterhaltsverpflichtungen also über das Normale weit hinausgehen. Bei der gebotenen großzügigen Betrachtungsweise, die das Bundesverfassungsgericht anmahnt, sind Unterhaltsverpflichtungen bei einer überdurchschnittlichen Familiengröße so erheblich, dass die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller unzumutbar ist. Eine überdurchschnittlich große Familie ist in der heutigen Zeit als eine Familie mit Ehefrau und vier Kindern zu definieren.

Allerdings gilt das Vorstehende nur dann, wenn zu den Unterhaltsverpflichtungen damit in Zusammenhang stehende andere Gründe hinzutreten; auch hier sind stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Für sich allein können Unterhaltsverpflichtungen, auch bei einer überdurchschnittlichen Belastung, keinen Ausnahmegrund darstellen.

3.3.6. Der illegale Betriebsbeginn als Ausnahmegrund

Der selbstständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet. Die unberechtigte Handwerksausübung, also die gewerbsmäßige Ausübung eines Handwerks ohne entsprechende Eintragung in die Handwerksrolle, unterliegt der Ahndung nach § 117 HwO. Gemäß § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO ein dort genanntes Gewerbe als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt.

⁶⁸⁴ Hahn, Das Handwerksrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1996 bis 2001, GewArch 2001, 441–447, 444.

Nicht selten eröffnen oder übernehmen Berufsbewerber einen selbstständigen Handwerksbetrieb entgegen der Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO. Im Ausnahmegewilligungsverfahren berufen sich diese Antragsteller später darauf, dass die selbstständige Handwerkstätigkeit bereits aufgenommen wurde und machen diesbezüglich einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 HwO geltend.

3.3.6.1. Der illegale Betriebsbeginn und die gesetzwidrige Fortführung eines Betriebes

Derjenige Handwerker, der den selbstständigen Betrieb eines Handwerks entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung aufnimmt beziehungsweise fortsetzt, kann sich nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur nicht auf eine unzumutbare Belastung im Sinne des § 8 HwO berufen, wenn sich aus der Tätigkeitsaufnahme ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen Schwierigkeiten ergeben.⁶⁸⁵ Jeder Bewerber hätte es sonst selbst in der Hand, durch Schaffung „vollendeter Tatsachen“ die gesetzgeberische Wertung zu unterlaufen. Ein solches gesetzwidriges Verhalten des Bewerbers kann nicht dazu führen, ihn gegenüber Handwerkern zu bevorzugen, die sich gesetzestreu verhalten.⁶⁸⁶ Vielmehr muss von jedem, der sich selbstständig als Handwerker betätigen will, erwartet und gefordert werden, dass er zunächst die rechtlichen Voraussetzungen hierzu schafft.⁶⁸⁷

Dazu gehört auch, dass der Antragsteller die grundlegenden Voraussetzungen einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit kennt beziehungsweise er sich insoweit Gewissheit verschafft, bevor er einen Handwerksbetrieb eröffnet. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn der Antragsteller durch die Handwerkskammer auf das Erfordernis einer Eintragung in die Handwerksrolle bei Betriebsübernahme hingewiesen wurde.⁶⁸⁸

Versäumt es hingegen ein Antragsteller bei Eröffnung seines Betriebes, sich über die handwerksrechtlichen Erfordernisse seiner Tätigkeit zu informieren, hat er seine Unkenntnis über die Notwendigkeit der Ablegung einer Meisterprüfung zur Führung seines Betriebes selbst zu verantworten.⁶⁸⁹ Das Vorgesagte muss auch dann Anwendung finden, wenn bei einem Ausländer die Unkenntnis nicht zuletzt durch Sprachschwierigkeiten bedingt ist. Bei der gebotenen Sorgfalt hätte sich diese Unkenntnis über die Eintragungspflicht durch Nachfrage bei der Handwerkskammer, gegebenenfalls mit einem Dolmetscher, vermeiden lassen.⁶⁹⁰

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Antragsteller bei Beginn seiner illegalen

⁶⁸⁵ Vgl. OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.02. 1986, GewArch 1986, 375, 376; OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27; Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 224; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 49; im Ergebnis Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 29.

⁶⁸⁶ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 142; Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1984, GewArch 1985, 387, 388; Bay. VGH, Urteil v. 23.09. 1976, GewArch 1977, 95, 96; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 65.

⁶⁸⁷ VG Ansbach, Urteil v. 18.12. 1963, GewArch 1964, 163, 164.

⁶⁸⁸ Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1984, GewArch 1985, 387, 388; Nds. OVG, Urteil v. 18.5. 1992, GewArch 1993, 382, 384; VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120, 121.

⁶⁸⁹ Hess. VGH, Urteil v. 12.03. 1984, GewArch 1984, 384.

Handwerkstätigkeit bezüglich der handwerksrechtlichen Zulässigkeit gutgläubig war. Ordnet der Antragsteller bei Aufnahme der handwerklichen Tätigkeit diese fälschlicherweise als nicht handwerklich im Sinne einer Eintragungspflicht in die Handwerksrolle ein, kann je nach den Umständen ein Ausnahmefall anzunehmen sein.⁶⁹¹ In diesen Fällen ist allerdings eine strenge Prüfung vorzunehmen, ob der Antragsteller tatsächlich gutgläubig war, sich der Antragsteller also bei einer kompetenten Stelle vor Beginn seiner Tätigkeit im Hinblick auf das Bestehen oder die Anwendbarkeit von Rechtsvorschriften informiert hat.⁶⁹²

Im Ergebnis kann daher der illegale Betriebsbeginn oder die gesetzeswidrige Fortführung eines Betriebes durch den Antragsteller nicht einen Ausnahmefall im Sinne des § 8 HwO rechtfertigen. Vielmehr ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es einem Gewerbetreibenden zuzumuten ist, mit der Ausübung eines selbstständigen Handwerks erst zu beginnen, wenn er die dafür vorgesehenen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, nämlich die Meisterprüfung abgelegt hat.⁶⁹³

3.3.6.2. Wirtschaftliche Schwierigkeiten, drohende Schließung des Handwerksbetriebes

Wird entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung ein Handwerkerbetrieb illegal geführt, können alternativ zum Bußgeldverfahren nach § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO Maßnahmen zur Verhinderung der Betriebsfortführung ergriffen werden. Gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 HwO kann die zuständige Behörde von Amts wegen oder auf Antrag der Handwerkskammer die Fortsetzung des Betriebes untersagen, wenn der selbstständige Betrieb eines zulassungspflichtiges Handwerks als stehendes Gewerbe entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung ausgeübt wird. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen der das Handwerk Betreibende nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist. Die Ausübung des untersagten Gewerbes durch den Gewerbetreibenden kann gemäß § 16 Abs. 9 HwO durch Schließung der Betriebs- und Geschäftsräume oder durch andere geeignete Maßnahmen verhindert werden.

Der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung, der entgegen der Vorschrift des § 1 Abs. 1 HwO einen Handwerksbetrieb eröffnet oder übernommen hat, kann sich aber nicht auf die Tatsache der drohenden Schließung als Ausnahmegrund berufen. Zwar kann die möglicherweise drohende Vernichtung der aufgebauten Existenz eine Härte für den Antragsteller darstellen; als unzumutbare Belastung kann dies jedoch nicht angesehen werden, weil der An-

⁶⁹⁰ So zutreffend OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27.

⁶⁹¹ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 142; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 66; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 43.

⁶⁹² OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.10. 1977, GewArch 1978, 164, 165; Erdmann, Gesetz zu Bekämpfung der Schwarzarbeit, § 1 Rn 174.

⁶⁹³ Vgl. VG Oldenburg, Urteil v. 27.01. 1993, GewArch 1994, 69, 70.

tragsteller mit diesen Folgen rechnen musste.⁶⁹⁴ Denn schließlich hat sich der Antragsteller über die Zulassungsvorschriften der Handwerksordnung hinweggesetzt und ein Handwerk illegal ausgeübt.⁶⁹⁵ Wenn es auch menschlich verständlich ist, dass ein über ein Jahr arbeitsloser Antragsteller nach erfolgloser Stellensuche in der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit den einzigen Ausweg aus seiner Situation gesehen hat, kann diese Betriebseröffnung keinen rechtlichen Schutz genießen.⁶⁹⁶

Entgegen der vorstehend zitierten Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 09. Februar 1962 zu Gunsten des nicht in die Handwerksrolle eingetragenen Antragstellers berücksichtigt, dass dieser in zwölf Jahren seiner illegalen Tätigkeit vermutlich nicht unerhebliche Geldmittel in seinem Betrieb investiert hatte.⁶⁹⁷ Diese Meinung vermag allerdings nicht zu überzeugen. Denn eine Ausnahmegewilligung kann nicht dadurch erkaufte werden, dass der Antragsteller zunächst Investitionen in bestimmter Höhe tätigt und sich dann auf die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung beruft. Eine entgegengesetzte Praxis würde demjenigen, der einen Betrieb illegal eröffnet, persönliche Vorteile gegenüber dem gesetzestreuen Handwerker verschaffen und letztendlich zur Umgehung der Meisterprüfung mit Hilfe von finanziellen Mitteln führen.⁶⁹⁸ Auch andere wirtschaftliche Schwierigkeiten oder Notwendigkeiten, die sich daraus ergeben, dass ein Betrieb geführt wird, ohne dass der Betreiber in seiner Person die erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, können kein Abweichen von dem grundsätzlichen Erfordernis der Meisterprüfung rechtfertigen.⁶⁹⁹ So kann von einem Antragsteller, der einen Betrieb ohne Eintragung in die Handwerksrolle weiterführt, verlangt werden, gegebenenfalls bis zur bestandenen Meisterprüfung den Betrieb mit einem Betriebsleiter zu führen.⁷⁰⁰

Allenfalls ganz besondere Umstände des Einzelfalls können eine andere Beurteilung rechtfertigen. Muss der Antragsteller beispielsweise unvorhersehbar einen Handwerksbetrieb übernehmen, kann, trotz des zweifellos richtigen Argumentes, eine Ausnahmegewilligung könne nicht zur Legalisierung eines rechtswidrig begonnenen Handwerksbetriebes begehrt werden, dieser Umstand als Ausnahmefall anerkannt werden.⁷⁰¹

⁶⁹⁴ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.02. 1986, GewArch 1986, 375, 376; VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 230; VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 12 des Urteilsabdrucks.

⁶⁹⁵ OVG Münster, Beschluss v. 09.10. 1978, THwE, 265; ausdrücklich Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 65; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 43; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 200, 201; Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 385; Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1994, GewArch 1985, 387, 388.

⁶⁹⁶ VG Arnsberg, Urteil v. 02.08. 1979, GewArch 1980, 30, 31.

⁶⁹⁷ BVerwG, Urteil v. 09.02. 1962, GewArch 1962, 175, 176.

⁶⁹⁸ So auch Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 42, 43.

⁶⁹⁹ OVG NW, Beschluss v. 10.08. 1987, THwE, 279, 280; VG Köln, Urteil v. 11.06. 1981, THwE, 272, 273; VG Köln, Urteil v. 21.08. 1980, THwE, 271.

⁷⁰⁰ VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120, 121.

⁷⁰¹ VG Augsburg, Urteil v. 28.05. 1986, GewArch 1986, 376, 377.

3.3.6.3. Das Nachholen der Meisterprüfung

Der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung, der illegal einen selbstständigen Handwerksbetrieb eröffnet oder übernommen hat, kann sich auch nicht darauf berufen, dass ihm die Nachholung der Meisterprüfung bei laufendem Betrieb nicht oder kaum möglich erscheint. Dieses vermag einen Ausnahmefall nicht zu begründen, auch wenn für den bisher unzulässigen Handwerksbetrieb infolge der Inanspruchnahme des Inhabers durch die Prüfungsvorbereitungen oder die Prüfung selbst die Gefahr des Erliegens entsteht.⁷⁰² Wenn den Antragsteller der Aufbau des Betriebes in den Folgejahren so in Anspruch nimmt, dass ihm die Ablegung der Meisterprüfung nicht mehr möglich ist, hat er sich dies allein selbst zuzuschreiben. Anderenfalls hätte es auch hier der Antragsteller selbst in der Hand, sich in eine Situation zu bringen, die ihm die Ablegung der Meisterprüfung erheblich erschwert oder gar unmöglich macht, und unter Berufung darauf die Ausnahmegewilligung zu beanspruchen. Das gesetzliche Erfordernis der Meisterprüfung könnte durch solch ein Verhalten umgangen werden. Das Vorgesagte muss auch dann gelten, wenn sich der Antragsteller durch Teilnahme an dem Meisterprüfungsverfahren um eine Beseitigung des illegalen Zustandes bemüht.⁷⁰³

Das Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises würde auch dann unterlaufen werden, wenn der Antragsteller einen Betrieb zunächst illegal fortgeführt hat und sich nunmehr im Ausnahmegewilligungsverfahren darauf beruft, er habe durch die unerlaubte selbstständige Ausübung eines Handwerks möglicherweise die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten erlangt, was die Annahme eines Ausnahmefalls rechtfertigen muss.⁷⁰⁴ Denn für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sind neben dem Vorliegen eines Ausnahmefalls die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen, § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO. Deren Nachweis kann aber nicht gleichzeitig einen Ausnahmefall begründen.

3.3.6.4. Dauerhafte unerlaubte selbstständige Ausübung eines Handwerks

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt in seiner neueren ständigen Rechtsprechung die Meinung, dass eine seit Jahren unerlaubt ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit nicht dazu führen kann, einen Ausnahmefall anzuerkennen. Anderenfalls wäre die Gefahr begründet, dass der vom Bundesverfassungsgericht im Handwerksrecht für verfassungsgemäß anerkannte Große Befähigungsnachweis unterlaufen wird. Gleichzeitig würden diejenigen be-

⁷⁰² Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1984, GewArch 1985, 387, 388; VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 18.12. 1978, GewArch 1979, 126, 127.

⁷⁰³ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 28.06. 1972, GewArch 1974, 160, 161; VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 12 des Urteilsabdrucks; VG Arnberg, Urteil v. 02.08. 1979, GewArch 1980, 30, 31.

⁷⁰⁴ VG Köln, Urteil v. 14.11. 1974, GewArch 1974, 230, 231; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 42.

nachteiligt, die sich der Mühe einer Meisterprüfung unterziehen.⁷⁰⁵

Damit hat das Bundesverwaltungsgericht seine frühere entgegengesetzte Rechtsprechung aufgegeben.⁷⁰⁶ Die neuere Meinung des Bundesverwaltungsgericht ist auch die richtige: Jahrelange unbefugte selbstständige Handwerksausübung kann keinen Anspruch auf Annahme eines Ausnahmefalls begründen. Ansonsten hätte es jeder Bewerber in der Hand, mit einigem Geschick den verfassungsmäßig anerkannten Großen Befähigungsnachweis zu umgehen. Gleichzeitig verschaffen sich diese Bewerber gegenüber denjenigen, die sich um einen geregelten Ausbildungsgang und -abschluss bemühen, einen unlauteren Vorteil. Dies ist aber nicht Sinn der Ausnahmeregelung des § 8 HwO. Zwar ist es nach der HwO-Novelle 1994 verboten, in der Vergangenheit liegendes Verhalten für die Zumutbarkeit des Ablegens der Meisterprüfung heranzuziehen. Eingeschränkt wird dies im Einzelfall aber durch den Gedanken des Rechtsmissbrauchs und den auch im öffentlichen Recht gelten Grundsatz von Treu und Glauben.⁷⁰⁷

Überholt ist aber die Rechtsprechung, die die dargelegten Grundsätze auch für die Fälle angewendet hat, in denen der Handwerker zwar in der Handwerksrolle eingetragen ist, sich aber zugleich auf dem Gebiete eines anderen Handwerks betätigt, mit dem er nicht eingetragen ist.⁷⁰⁸ Durch die HwO-Novelle 1994 ist dem bereits eingetragenen Handwerker der Weg über die Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO eröffnet; die Eintragung in die Handwerksrolle mit einem anderen Handwerk stellt einen Ausnahmegrund kraft Gesetzes dar.⁷⁰⁹ Allerdings stellt sich auch hier unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben die Frage, ob sich der eingetragene Handwerker auf diesen gesetzlichen Ausnahmegrund bei jahrelanger illegaler Tätigkeit in dem Handwerk, mit dem er jetzt zusätzlich eingetragen will, berufen kann.⁷¹⁰

3.3.6.5. Vertrauensschutz

Auch das jahrelange Nichteinschreiten der zuständigen Behörden gegen die unerlaubte Handwerksausübung eines Antragstellers kann nicht zur Schaffung eines Vertrauenstatbestandes führen, der zur Begründung eines Ausnahmefalls führt.

Eine langjährige stillschweigende Duldung eines rechtswidrigen Zustandes ohne das Hinzu-

⁷⁰⁵ BVerwG, Urteil v. 24.04. 1969, GewArch 1969, 256, 257; BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970, GewArch 1971, 164, 165; BVerwG, Beschluss v. 10.10. 1972, GewArch 1973, 46, 47; ebenso VGH Bad.-Württ., Urteil v. 17.03. 1972, GewArch 1972, 241, 243; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25; OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 43.

⁷⁰⁶ BVerwG, Urteil v. 09.02. 1962, GewArch 1962, 175, 176; BVerwG, Urteil v. 12.02. 1965, GewArch 1965, 169, 171.

⁷⁰⁷ Ausdrücklich VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25.

⁷⁰⁸ BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165, 166.

⁷⁰⁹ Vgl. 4. Kapitel 3. Abschnitt I. 1.

⁷¹⁰ Ausführlich s. u. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 3.3.6.

treten weiterer Umstände ist nicht als Verhalten zu werten, das geeignet ist, die berechtigzte Erwartung zu begründen, die Verwaltungsbehörde werde den Zustand nicht nur weiterhin dulden, sondern darüber hinaus legalisieren.⁷¹¹ Zudem fehlt es, obwohl die zuständige Behörde über mehrere Jahre gegen die unerlaubte Handwerksausübung durch den Antragsteller nicht eingeschritten ist, bereits an einem schutzwürdigen Vertrauen des Antragstellers. Damit kann die Untätigkeit einer Behörde - längeres Dulden einer unzulässigen Gewerbeausübung - keinen Vertrauensschutz begründen.⁷¹²

Schreitet eine Handwerkskammer über mehrere Jahre nicht gegen einen illegalen Handwerksbetrieb ein, insbesondere um näheren Aufschluss über die Art der Tätigkeit zu erlangen, kann auch dieses keinen Vertrauenstatbestand begründen, aus dem die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung abgeleitet werden kann. Denn der Handwerkskammer obliegt insoweit keinerlei Rechtspflicht zum Tätigwerden gegenüber dem Antragsteller. Die Aufnahme des Antragstellers durch die zuständige Industrie- und Handelskammer als Mitglied vermag zu keiner anderen Beurteilung führen, insbesondere wenn der Antragsteller unvollständige Angaben getätigt hat.⁷¹³ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Antragsteller gutgläubig war, also durch einen Amtsträger falsch beraten wurde, etwa dergestalt, für eine bestimmte Tätigkeit genüge die Gewerbeanzeige, obgleich ein Handwerk vorliegt.⁷¹⁴

3.3.7. Die Betriebsübernahme als Ausnahmefall

Das Problem des Generationswechsels im Handwerk ist aktueller denn je: Nach einer Sonderumfrage des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks aus dem Jahre 2003 standen im Gesamthandwerk bis 2007 über 155.000 Handwerksbetriebe zur Übergabe an einen Nachfolger an; knapp 100.000 Betriebe müssen bis 2012 übergeben werden. Dabei haben nur rund ein Viertel der zur Übergabe anstehenden Betriebe die Nachfolge bereits geregelt, während rund 100.000 Betriebe noch nichts unternommen haben.

Eine Untersuchung des Seminars für Handwerkswesen an der Universität Göttingen prognostiziert für Niedersachsen ebenfalls ein Nachfolgedefizit: Als zentrales Ergebnis der Untersuchung wird festgehalten, dass insbesondere ab dem Jahr 2000 ein erheblicher Bedarf an Nachfolgern von Handwerksbetrieben auf das niedersächsische Handwerk zukommt.⁷¹⁵

Vor diesem Hintergrund wird die Möglichkeit der Übernahme eines bestehenden Hand-

⁷¹¹ VG Freiburg, Urteil v. 01.10. 1985, GewArch 1986, 273.

⁷¹² OVG Lüneburg, Urteil v. 26.11. 1987, THwE, 280; ebenso Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 43.

⁷¹³ Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1984, GewArch 1985, 387, 388..

⁷¹⁴ Erdmann, Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, § 1 Rn 174.

⁷¹⁵ Müller, Klaus: Generationswechsel im Handwerk: Handlungsbedarf aufgrund einer Erhebung für Niedersachsen. Göttingen 1997. 19; vgl. zum Nachfolgeproblem im Handwerk auch Begründung Entwurf Regierungsfraktionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 20; danach reicht die Zahl der Jungmeister künftig nicht mehr aus, um Neugründungen und Betriebsübernahmen abzudecken.

werksbetriebes von den Bewerbern um eine Ausnahmegewilligung als Begründung dafür herangezogen, dass ihnen die Ablegung der Meisterprüfung nicht zuzumuten ist.

3.3.7.1. Definition der Betriebsübernahme

Unter einer Betriebsnachfolge ist der Übergang eines Betriebes oder eines Betriebsteils auf einen neuen Rechtsträger zu verstehen. Dieses kann einerseits im Wege der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes erfolgen, also beispielsweise durch Erbfall nach § 1922 BGB oder durch Verschmelzen von Kapitalgesellschaften nach §§ 339 ff AktG.⁷¹⁶ Andererseits kann die Betriebsnachfolge auch im Wege der Einzelrechtsnachfolge erfolgen, das heißt durch die Übertragung eines Betriebes oder Betriebsteils durch Rechtsgeschäft auf einen neuen Inhaber.

Auch der Erwerb eines nicht unerheblichen Gesellschaftsanteils, verbunden mit der Funktion des Betriebsleiters, ist als Betriebsübernahme anzuerkennen.⁷¹⁷ Bei dem Erfordernis des „nicht unerheblichen Gesellschaftsanteils“ handelt es sich um einen auslegungsfähigen Rechtsbegriff. Damit soll verdeutlicht werden, dass eine lediglich formale Gesellschafterstellung nicht ausreicht; der Gesellschaftsanteil muss mindestens 30 % betragen. Insoweit kann die in der früheren Literatur und Rechtsprechung vertretene Meinung bezüglich der Komplementärstellung des betriebsleitenden Gesellschafters in einer Kommanditgesellschaft herangezogen werden. Danach musste dessen Gesellschaftsanteil denen der übrigen Teilhaber mindestens gleichwertig sein, wobei der des betriebsleitenden Gesellschafters als absolutes Minimum 30 % betragen musste.⁷¹⁸

3.3.7.2. Die unzumutbare Belastung

Bei der Frage der unzumutbaren Belastung des Antragstellers in den Fällen der Betriebsübernahme stehen zwei Probleme im Mittelpunkt der Diskussion:

Nicht einheitlich wird zunächst behandelt, ob eine Betriebsübernahme überhaupt einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 HwO darstellen kann. Diesbezüglich bestehen Zweifel, ob hier das erforderliche Element der Personenbezogenheit gewahrt ist. Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Betriebsübernahme, da personenbezogen, grundsätzlich einen Ausnahmegrund darstellen kann, stellt sich eine weitergehende Frage: Reicht die Betriebsübernahme für sich allein betrachtet für die Annahme der Unzumutbarkeit aus oder müssen noch andere personenbezogene Umstände hinzutreten?

⁷¹⁶ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl I S. 1089), zuletzt geändert durch Art. 74 G v. 17.12. 2008 (BGBl. I S. 2586).

⁷¹⁷ Vgl. Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

⁷¹⁸ Vgl. Honig, Gerhart: Kommanditgesellschaft und Handwerksordnung. GewArch 1997, 230–235. 233; VG Berlin, Urteil vom 21.12. 1966, GewArch 1967, 207; vgl. dazu auch Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn 53.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass bei der Prüfung des Ausnahmefalls eine personenbezogene Betrachtung nach dem Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO vorzunehmen ist, während allgemeine, für alle Bewerber geltende Umstände außer Acht zu lassen sind.

Dieckmann vertritt daher die Meinung, dass volkswirtschaftliche beziehungsweise arbeitsmarktpolitische Aspekte, die die Übernahme eines bestehenden Handwerksbetriebes als förderungswürdig erscheinen lassen, nicht zu berücksichtigen sind.⁷¹⁹ Darüber hinaus lehnt Faber grundsätzlich die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung bei einer geplanten Betriebsübernahme und damit die Anerkennung als Ausnahmefall ab. Die vorzeitige Übernahme des elterlichen Betriebes, etwa durch Krankheit oder hohes Alter des Vaters als Betriebsinhaber, sei ein in dessen Person begründeter Umstand, nicht hingegen in der Person des Berufsbewerbers. Gleiches soll für eine nur finanziell gute Chance zum Erwerb eines Betriebes gelten. Diese Umstände seien von außen in den Lebensbereich des Antragstellers hereingetragen, nicht aber in der Person des Antragstellers begründet.⁷²⁰

Auch Heck hegt Zweifel, ob die erforderliche subjektive Komponente bei einem Antragsteller in dieser Situation gewahrt ist. Der Ausnahmegrund der Betriebsübernahme entspreche eher der arbeitsmarktpolitischen und volkswirtschaftlichen Zielsetzung nach einem erleichterten Zugang zum Handwerk durch die Schaffung eines neuen Rechtsgrundes zur Betriebsübernahme, verbunden mit dem Erhalt von Arbeitsplätzen. Im Ergebnis dürfte aber im Sinne der verfassungsrechtlich gebotenen großzügigen Anwendung des § 8 HwO dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung, allerdings unter Hinzutreten weiterer Umstände, in den Fällen der Betriebsübernahme unzumutbar sein.⁷²¹

Der letztzitierten Meinung von Heck ist aus folgender Überlegung zu folgen: Zwar ist Dieckmann und Faber zuzugeben, dass es sich zunächst bei der Möglichkeit der Betriebsübernahme durch den Antragsteller um einen Umstand handelt, der von außen an ihn herangetragen wird. Es wäre aber zu engherzig und nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar, die Möglichkeit der Betriebsübernahme grundsätzlich als Ausnahmegrund abzulehnen.

Allerdings kann allein die Übernahme eines Handwerksbetriebes nicht die Annahme eines Ausnahmefalls im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO rechtfertigen. Grundsätzlich ist, auch nach der HwO-Novelle 2004, gemäß § 7 Abs. 1 a HwO das erfolgreiche Bestehen der einschlägigen Meisterprüfung Voraussetzung für die Zulassung als selbstständiger Handwerker. Zudem

⁷¹⁹ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 142.

⁷²⁰ Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 11.

⁷²¹ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 277, 286; ebenso im Ergebnis Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 32.

besteht für den Übernehmer als natürliche Person nach der HwO-Novelle 2004 nunmehr die Möglichkeit, einen Betriebsleiter zu beschäftigen, der die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt, § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO. Die Ablegung der Meisterprüfung ist daher auch von demjenigen zu verlangen, der einen bestehenden Betrieb übernehmen möchte, ohne einen Betriebsleiter zu beschäftigen. Daher stellt nicht jede sich bietende Gelegenheit, selbstständiger Handwerker werden zu können, einen Grund zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO dar.⁷²² Dies gilt sowohl für Erwerb als auch Pacht eines bestehenden Unternehmens oder gar nur die Miete einer Werkstatt, von Geschäftsräumen oder den Kauf von Maschinen und Werkzeug.⁷²³ Nach richtiger Meinung von Kröger wird man bei der Beurteilung dieses „Ausnahmegrundes“ sehr kritisch sein müssen.⁷²⁴

Daher sind in den Fällen einer Betriebsübernahme stets weitere personenbezogene Umstände erforderlich, durch die die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller eine besondere Härte bedeuten würde. Hier ist insbesondere der personenbezogene Umstand, dass es sich um eine für den Antragsteller einmalig günstige Gelegenheit handelt, von besonderer Bedeutung. Auch wird auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit der Übernahme abgestellt.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nicht engherzig bei der Prüfung des Ausnahmegrundes zu verfahren, hat das Bundesverwaltungsgericht zu Recht mit Urteil vom 25. Februar 1992 eine Betriebsübernahme dann als Ausnahmegrund anerkannt, wenn es sich für den Antragsteller um ein besonders günstiges Angebot handelt und dieses so befristet ist, dass er es ohne Ausnahmegewilligung nicht wahrnehmen kann.⁷²⁵ Gleiches soll auch dann gelten, wenn sich dem Antragsteller als Arbeitnehmer die Möglichkeit der Übernahme des Betriebes des ehemaligen Arbeitgebers bietet.⁷²⁶ Auch die besondere Situation eines in der Form einer GmbH geführten Familienbetriebes, für den ein Familienangehöriger als Betriebsleiter tätig werden will, ist bei der Prüfung zu berücksichtigen, ob ein Ausnahmefall vorliegt.⁷²⁷

Das Erfordernis des zusätzlichen Elements der einmaligen Gelegenheit, dass das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis also fordert, wird sowohl in der übrigen Rechtsprechung als auch in der Literatur einhellig befürwortet. Das Verwaltungsgericht Hamburg nimmt einen Ausnahmefall dann an, wenn für einen Gesellen die besonders günstige Gelegenheit gegeben ist, einen bestehenden Betrieb zu übernehmen, damit eine auf Dauer angelegte Existenz zu

⁷²² Sthork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 68; vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil v. 27.11. 1974, GewArch 1975, 193, 194.

⁷²³ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 32.

⁷²⁴ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 148, Fn 37.

⁷²⁵ BVerwG, Urteil v. 25.02. 1992, GewArch 1992, 242, 243.

⁷²⁶ BVerwG, Urteil v. 08.02. 1995, GewArch 1995, 247, 248.

begründen und sich der Zeitpunkt der Betriebsübernahme aus triftigen Gründen nicht verschieben lässt.⁷²⁸ Als eine besonders günstige Gelegenheit beurteilt das Gericht die Übernahme eines in Konkurs gegangenen Betriebes, insbesondere unter Berücksichtigung einer verfassungsrechtlich gebotenen großzügigen Handhabung des § 8 HwO. Auch wenn etwa der Altgeselle den Betrieb des plötzlich erkrankten Betriebsinhabers fortführen soll, ist nach richtiger Meinung von Dieckmann, der die Betriebsübernahme als Ausnahmegrund aus allein arbeitsmarktpolitischen Gründen ablehnt, für diesen Antragsteller unzumutbar.⁷²⁹

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ will die Gelegenheit zur Betriebsübernahme nur dann als Ausnahmefall anerkennen, wenn bestimmte weitere Voraussetzungen vorliegen. Danach liege ein Ausnahmefall vor, wenn die Übernahme eines Betriebes oder eines nicht unerheblichen Gesellschaftsanteils, verbunden mit der Funktion des Betriebsleiters beziehungsweise des für die technische Leitung verantwortlichen, persönlich haftenden Gesellschafters, für den Antragsteller eine günstige Gelegenheit darstellt, die er nicht ergreifen kann, wenn ihm die vorherige Ablegung der Meisterprüfung zugemutet wird.⁷³⁰

Über das genannte Erfordernis der einmaligen Gelegenheit der Betriebsübernahme hinaus fordert ein Teil der Literatur und Rechtsprechung als weitere zusätzliche Voraussetzung die Unvorhersehbarkeit der Situation der kurzfristigen Betriebsübernahme. Dies gelte auch für die Fälle, in denen sich eine günstige Gelegenheit durch Einheirat oder Erbfall ergibt. Wer leichtfertig nicht dafür sorgt, die Voraussetzungen für eine Betriebsübernahme zu erfüllen, obwohl ihm bekannt ist, dass er den Betrieb übernehmen soll, könne sich nicht auf die Unzumutbarkeit der sich aus seiner Nachlässigkeit ergebenden Folgen berufen.⁷³¹ Wenn zum Beispiel der Sohn eines Handwerksmeisters gewusst hat, dass er den väterlichen Betrieb in absehbarer Zeit erwerben kann, sei er auf den gesetzlich vorgeschriebenen Weg durch die Ablegung einer Meisterprüfung zu verweisen.⁷³² Insoweit sei § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO einschränkend auszulegen, um einer missbräuchlichen Ausnutzung der Vorschrift vorzubeugen. Dieser Grundsatz komme auch dann zur Anwendung, wenn dem Antragsteller bereits die selbstständige Betriebsführung durch den Schwiegervater überlassen worden ist und dieser plötzlich verstirbt.⁷³³ Gleiches muss nach Meinung des Verwaltungsgerichts Köln gelten, wenn ein Meistersohn nach dem Tode des Vaters weiß, dass er nach dem Ablauf des Wit-

⁷²⁷ BVerwG, Beschluss v. 12.04. 1991, Buchholz, § 8 Nr. 12, 1, 2.

⁷²⁸ VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 12 des Urteilsabdrucks; ebenso VG Hamburg, Beschluss v. 11.02. 1966, GewArch 1966, 228, 229; ebenso VG Darmstadt, Urteil v. 06.10. 1978, THwE, 264, 265; VG Augsburg, Urteil vom 28.05. 1986, GewArch 1986, 376, 377; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 32.

⁷²⁹ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 142.

⁷³⁰ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

⁷³¹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 68; ebenso OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964, GewArch 1965, 13, 14; vgl. auch VG Augsburg, Urteil v. 28.05. 1986, GewArch 1986, 376, 377; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 50 verweist auf die Möglichkeit, einen Betriebsleiter einzustellen.

⁷³² Ebenso Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 38.

wenprivilegtes seiner Mutter nach § 4 Abs. 1 HwO 1965 die Voraussetzungen für die Eintragung erfüllen muss.⁷³⁴ Ist hingegen der Handwerkersohn überraschend gezwungen, den Betrieb seines berufsunfähigen Vaters weiterzuführen, sei ein Ausnahmefall anzunehmen.⁷³⁵

Die vorstehende Meinung kann aber nach der HwO-Novelle 1994 keinen Bestand haben, weil der Gesetzgeber die Abkehr von der sogenannten Lebensführungsschuld vollzogen hat. Das Kriterium der Unvorhersehbarkeit der Übernahme durch den Berufsbewerber kann nach der Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO, wonach bei der Frage der Unzumutbarkeit auf den Zeitpunkt der Antragstellung oder danach abgestellt wird, nicht mehr herangezogen werden. Aus welchen Gründen es der Antragsteller in der Vergangenheit versäumt hat, die Meisterprüfung abzulegen, ist daher nicht zu berücksichtigen. Dazu führt Heck, unter Aufgabe seiner früheren restriktiveren Meinung, zu Recht aus, dass stets die einmalige Chancenwahrung im Vordergrund stehen muss. Die frühere Rechtsprechung habe diesen Ausnahmegrund nur in engen Grenzen und zumal nur dann akzeptiert, wenn die Betriebsübernahme für den Antragsteller einmalig, besonders günstig und unvorhersehbar gewesen ist.⁷³⁶

Im Ergebnis kann eine Gelegenheit zur Betriebsübernahme nur dann einen Ausnahmefall darstellen, wenn über den Tatbestand der Betriebsübernahme hinaus weitere Voraussetzungen vorliegen. Denn ansonsten hätte es jeder Bewerber um eine Ausnahmegewilligung in der Hand, sich durch Übernahme eines Handwerksbetriebes in eine Lage zu bringen, die ihm die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar macht und somit eine Ausnahmesituation begründet. Allerdings muss es sich bei der Betriebsübernahme weiterhin stets um eine günstige Gelegenheit für den Antragsteller handeln, wobei dieses Kriterium anhand des Einzelfalls zu überprüfen ist. In erster Linie ist dabei auf die finanziellen Konditionen der Übernahme abzustellen, wobei aber auch andere Gesichtspunkte, wie zum Beispiel die langjährige Tätigkeit des Antragstellers im betreffenden Betrieb, eine Rolle spielen können.

3.3.8. Arbeitslosigkeit als Ausnahmegrund

Die anhaltende hohe Arbeitslosigkeit trifft auch Handwerker, die nicht die Meisterprüfung abgelegt haben. Davon betroffene Handwerker suchen daher oftmals den Weg in eine selbstständige Tätigkeit im Handwerk. Berufsbewerber aus diesem Personenkreis begründen ihren Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung mit ihrer Arbeitslosigkeit.

⁷³³ VG Neustadt a. d. Weinstraße, Urteil v. 17.01. 1963, GewArch 1963, 236, 237.

⁷³⁴ VG Köln, Urteil v. 14.11. 1974, GewArch 1975, 230, 231.

⁷³⁵ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 147.

⁷³⁶ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 286.

3.3.8.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Oberverwaltungsgericht Münster vertritt in seinem Urteil vom 23. November 1978 die Meinung, dass die schlechte Beschäftigungslage sowie die drohende Arbeitslosigkeit im Baugewerbe nicht die Erteilung einer Ausnahmegewilligung an den Antragsteller rechtfertigen können.⁷³⁷ Denn allgemeine, für alle Bewerber geltende Umstände oder wirtschaftliche Entwicklungen seien nicht zur Begründung eines Ausnahmetatbestandes heranzuziehen. Vielmehr müsse eine echte Ausnahmesituation derart vorliegen, dass die regelmäßig abzulegende Meisterprüfung aus den besonderen Gründen des Einzelfalls nicht mehr erbracht werden kann. Eine andere Betrachtung würde dem normativen Sinn des Gesetzes zuwiderlaufen. Konjunkturelle oder gesamtwirtschaftliche Entwicklungen, wie zum Beispiel der Wegfall der Vollbeschäftigung, seien daher nicht geeignet, die Erteilung einer Ausnahmegewilligung zu rechtfertigen.⁷³⁸

Dass der Antragsteller darauf vertraut hat, er werde seinen Arbeitsplatz bis in das Rentenalter behalten, rechtfertigt nach Meinung des Oberverwaltungsgericht Koblenz ebenfalls wie eine bereits bestehende Arbeitslosigkeit nicht die Begründung eines Ausnahmetatbestandes.⁷³⁹ Zum gleichen Ergebnis kommt das Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße. Der Wunsch eines Antragstellers, wegen seiner Arbeitslosigkeit die selbstständige Tätigkeit in einem Handwerk zu beginnen, begründe keinen Ausnahmefall.⁷⁴⁰

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg differenziert nach der Ursache der Arbeitslosigkeit: Die Arbeitslosigkeit des Antragstellers lasse insbesondere deshalb die Ablegung der Meisterprüfung nicht als unzumutbare Belastung erscheinen, wenn sie auf einem vom Antragsteller selbst zu vertretenden Verhalten beruht.⁷⁴¹ Im zu entscheidenden Fall erfolgte die Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses des Antragstellers auf eigenen Wunsch, ebenso die Beendigung eines vom Arbeitsamt vermittelten Beschäftigungsverhältnisses. Das Gericht lässt dabei offen, ob eine vom Antragsteller nicht zu vertretende Arbeitslosigkeit als Ausnahmegrund anerkannt werden kann.

⁷³⁷ OVG Münster, Urteil v. 23.11. 1978, GewArch 1979, 308; ebenso OVG Münster, Urteil v. 15.02. 1980, THwE, 238.

⁷³⁸ Ebenso im Ergebnis Hess. VGH, Urteil v. 15.06. 1987, THwE, 243.

⁷³⁹ OVG Koblenz, Beschluss v. 18.10. 1985, THwE, 277.

⁷⁴⁰ VG Neustadt a. d. Weinstrasse, Beschluss v. 05.09. 1994, GewArch 1996, 112, 114.

⁷⁴¹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 20.01. 1998, GewArch 1998, 195.

3.3.8.2. Die Meinung der Literatur

Die Möglichkeiten der Ausnahmegewilligung, so der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, sollen in der Verwaltungspraxis auch bei arbeitslosen Antragstellern flexibel und großzügig genutzt werden. Dies setze aber voraus, dass die Ablegung der Meisterprüfung für den Arbeitslosen eine unverschuldete Härte darstellt. Der Ausschuss knüpft diese Voraussetzung an zwei Bedingungen: Eine unverschuldete Härte liege in der Regel dann vor, wenn der Antragsteller längere Zeit, also etwa zehn Jahre nach Ende der Ausbildungszeit, in dem betreffenden Handwerkszweig oder einem diesen entsprechenden Gewerbebereich tätig gewesen ist und unverschuldet, etwa durch Konkurs des Arbeitgebers oder Entlassung durch den Arbeitgeber wegen Auftragsmangels, arbeitslos wurde. Zum anderen müsse in dem Beruf des Antragstellers ein Mangel an vergleichbaren offenen Stellen herrschen, der die Annahme einer adäquaten neuen Stelle verhindert.⁷⁴²

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ hat im Hinblick auf die Bedeutung der Ausnahmegewilligung als Weg aus der Arbeitslosigkeit in die Selbstständigkeit diesen seinen Beschluss zur Berücksichtigung von Arbeitslosigkeit im Ausnahmegewilligungsverfahren fortgeschrieben. In seinem Beschluss vom 30. Juni 1994 hat der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ ausdrücklich bekräftigt, dass der Ausnahmegewilligung eine Bedeutung beim Weg aus der Arbeitslosigkeit in die Selbstständigkeit zukommt.⁷⁴³ Schulze weist aber in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch die „Leipziger Beschlüsse“⁷⁴⁴ vielfach deshalb keine Anwendung finden, weil Arbeitslosigkeit nur unter engen Grenzen als Ausnahmefall anerkannt wird.⁷⁴⁵

Erdmann erinnert daran, dass bei jedem zu entscheidenden Einzelfall in einem Gesamtzusammenhang die wirtschaftliche und soziale Situation des Antragstellers zu beachten ist. Dabei sei auch längere Arbeitslosigkeit des Antragstellers zu berücksichtigen. Allerdings ist nach Auffassung von Erdmann die drohende Arbeitslosigkeit allein keine hinreichende Begründung zur Annahme eines Ausnahmegrundes im Sinne von § 8 HwO.⁷⁴⁶

Stober knüpft bei der Frage, ob Arbeitslosigkeit einen Ausnahmegrund begründen kann, an die HwO-Novelle 1994 an. Durch die Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO zum Zeitpunkt der Unzumutbarkeit habe der Gesetzgeber seine bisherige Leitvorstellung aufgegeben, dass

⁷⁴² Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 17.12. 1987, GewArch 1988, 59–61, 60; ebenso Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 224.

⁷⁴³ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 384.

⁷⁴⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 123.

⁷⁴⁵ Schulze, Erleichterung von Existenzgründungen und Förderung von Kleinunternehmen im Bereich einfacher Tätigkeiten, GewArch 2003, 283–288, 283; ebenso Begründung Entwurf Regierungsfractionen Kleine HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1089, 5.

⁷⁴⁶ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

es nicht Sinn der Ausnahmegewilligung sein kann, durch eine erhebliche Erleichterung der fachlichen Anforderungen unqualifizierten Bewerbern den Weg zur selbstständigen Ausübung des Handwerks zu ermöglichen, was einer großzügigeren Praxis bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen wohl nicht entgegenkommt. Deshalb sei nunmehr die Vorschrift des § 8 HwO auch vor dem Hintergrund zu interpretieren, dass sie als handwerkliches Existenzgründungsinstrument begriffen wird und einen Weg aus der Arbeitslosigkeit aufzeigen soll.⁷⁴⁷

Während Honig Arbeitslosigkeit zunächst nicht als Ausnahmegrund gelten lässt,⁷⁴⁸ bezeichnet er später diese Auffassung als überholt. Arbeitslosigkeit oder drohende Arbeitslosigkeit könne nunmehr einen Ausnahmegrund darstellen. Allerdings setze dies voraus, dass der Antragsteller schon früher mehrere Jahre in dem betreffenden Bereich beschäftigt war und aus Mangel an vergleichbaren offenen Stellen in seinem Beruf keine adäquate Stelle findet.⁷⁴⁹

Dagegen tritt Dieckmann der Auffassung entgegen, dass allein die unverschuldete, länger andauernde Arbeitslosigkeit von Arbeitnehmern mit Gesellen- oder entsprechender Facharbeiterprüfung mit längerer Tätigkeit im Handwerk großzügig als Ausnahmegrund anzuerkennen ist. Diese Auffassung bemühe zur Begründung eines Ausnahmefalls ausschließlich wirtschafts- beziehungsweise arbeitsmarktpolitische Aspekte, also für alle Bewerber geltende Umstände. Dies sei aber nicht vereinbar mit Sinn und Zweck der Ausnahmegewilligung. Vielmehr müsse danach gefragt werden, warum der arbeitslose Bewerber um eine Ausnahmegewilligung nicht früher die Meisterprüfung abgelegt hat, oder warum er nicht die Zeit der Arbeitslosigkeit zum Besuch eines gegebenenfalls mit Mitteln der Arbeitsverwaltung geförderten Meisterkurses genutzt hat. Gerade diese in der Person des Betroffenen liegenden Umstände müssen, so Dieckmann, bei der Beurteilung der Frage, ob allein die Arbeitslosigkeit die Ablegung der Meisterprüfung für den Bewerber unzumutbar macht, berücksichtigt werden.⁷⁵⁰

Fröhler/Stolz verweisen darauf, dass die Gründe für die Unzumutbarkeit gerade in der Person des Antragstellers liegen müssen. Drohende Arbeitslosigkeit der Arbeitnehmers, insbesondere infolge der Schließung eines entgegen § 1 HwO ausgeübten Handwerksbetriebes, gehöre aber nicht dazu.⁷⁵¹

⁷⁴⁷ Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. A., 136.

⁷⁴⁸ Honig, HwO, 1. A., § 8 Rn 26.

⁷⁴⁹ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 30.

⁷⁵⁰ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 144.

3.3.8.3. Diskussion

Die Handwerksordnung verlangt in § 8 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich das Vorliegen von Gründen, die die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller unzumutbar machen; die Gründe müssen damit in der Person des Antragstellers liegen.

Zwar ist die Arbeitslosigkeit des Antragstellers als personenbezogener Umstand im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO anzuerkennen. Die entgegenstehende Auffassung ist, insbesondere unter der Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zu restriktiv und daher abzulehnen. Allerdings kann allein die Arbeitslosigkeit des Antragstellers keinen Ausnahmefall begründen. Anderenfalls könnten sich in Zeiten einer hohen Arbeitslosigkeit eine Vielzahl von Berufsbewerbern auf die Arbeitslosigkeit als Ausnahmegrund berufen, während hingegen in Zeiten der Vollbeschäftigung arbeitslose Bewerber auf freie Arbeitsplätze im Handwerk verwiesen werden könnten. Dies würde dazu führen, dass je nach Konjunkturlage ein Ausnahmegrund zu bejahen oder abzulehnen wäre. Dies entspricht aber nicht Sinn und Zweck der Ausnahmegewilligung.

Daher sind zusätzliche Voraussetzungen erforderlich, bei deren Hinzutreten die Arbeitslosigkeit des Antragstellers als Ausnahmegrund anerkannt werden kann. Bei der gebotenen großzügigen Betrachtungsweise ist zunächst eine längere Berufstätigkeit im Handwerk oder einem entsprechenden Gewerbebereich zu verlangen. Wie viele Berufsjahre diese Zeit umfassen muss, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. In der Regel wird man aber eine Berufspraxis von mindestens zehn Jahren verlangen müssen.

Darüber hinaus muss der Antragsteller durch unverschuldete Umstände arbeitslos geworden sein. Ansonsten könnte dies zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung derjenigen Antragsteller führen, die ihre Lage durch Kündigung selbst herbeigeführt haben, um sich anschließend auf einen Ausnahmegrund berufen zu können.

Letztendlich ist für die Annahme von Arbeitslosigkeit als Ausnahmegrund zu verlangen, dass der Antragsteller keine vergleichbare Stelle aufgrund eines spezifischen Arbeitsplatzmangels finden kann. Auch hier hat sich der Antragsteller zunächst zu bemühen, geeignete Schritte wie Stellensuche über die Arbeitsverwaltung oder Bewerbungen auf Stellenanzeigen zu ergreifen. Zudem wird man in der Regel verlangen müssen, dass dies über einen Zeitraum von mindestens einem Jahr geschieht.

Nicht zu berücksichtigen sind allerdings die Gründe, aus denen der arbeitslose Antragsteller die Meisterprüfung in früheren Zeiten nicht abgelegt hat, insbesondere während der Zeit seiner Arbeitslosigkeit. Nach der durch die HwO-Novelle 1994 geänderten Fassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO kommt es nunmehr nur noch darauf an, ob seit der Antragstellung Grün-

⁷⁵¹ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 25.

de eingetreten sind, die für den Antragsteller eine besondere Belastung darstellen und ihm die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar machen; insoweit kann Stober an dieser Stelle zugestimmt werden. Dies bedeutet aber keine Abkehr von der bisherigen Leitvorstellung des Gesetzgebers; die Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung wird auch bei der Arbeitslosigkeit, wie bereits dargelegt, weiter geprüft. Zudem muss der Antragsteller auch in diesen Fällen die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen, was das Eindringen unqualifizierter Bewerber weiterhin verhindert.

3.3.9. Outsourcing als Ausnahmegrund

Die Personalkosten stellen in der betrieblichen Praxis einen erheblichen Kostenfaktor dar. Aufgrund der zunehmend schwierigen Wirtschaftslage steigt in den Unternehmen das Erfordernis der Kostenreduzierung, um die eigene Wettbewerbsfähigkeit zu stärken. Die Ausgliederung bisher selbst erbrachter Leistungen oder ihre Vergabe an Dritte ist in den letzten Jahren erheblich gestiegen. In diesem Zusammenhang wird häufig der Begriff des „Outsourcing“ verwendet. Von diesem „Outsourcing“ können auch in handwerklichen Bereichen tätige Arbeitnehmer betroffen sein, denen durch Personalabbau Arbeitslosigkeit droht oder die bereits arbeitslos geworden sind.

Der Gesetzgeber hat bei der HwO-Novelle 1998 die Verbesserung der rechtlichen Position der sogenannten Industriemeister durch die Änderung des § 8 Abs. 1 HwO⁷⁵² nicht zuletzt damit begründet, dass in Fällen der Auslagerung von Zuliefer- und Servicebereichen durch Unternehmen für die in den betreffenden Bereichen tätigen Industriemeister im Wege der Übernahme solcher Sparten einschließlich dort Beschäftigter die Möglichkeit der Existenzgründung im Handwerk besteht unter gleichzeitiger Vermeidung von Arbeitslosigkeit.⁷⁵³ Insoweit stellt diese Neuregelung ein Entgegenkommen an die Industrie dar, mit der das „Outsourcing“ handwerklicher Leistungen ermöglicht wird.⁷⁵⁴

Fraglich ist, ob über diese Regelung hinaus das „Outsourcing“ generell einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO darstellt.

3.3.9.1. Definition und Arten des Outsourcing

Der Begriff Outsourcing setzt sich aus den Worten „outside“, „resource“ und „using“ zusammen. Er entstammt aus der amerikanischen Wirtschaftssprache und bedeutet sinngemäß „Mittel von außen gebrauchen“. Dabei werden bestimmte Unternehmens- oder Betriebsteile zunächst intern organisatorisch abgegrenzt und danach ausgegliedert, ausgelagert oder stillgelegt. Ein fremder Dritter oder die ausgelagerten Einheiten erhalten gleichzeitig oder im

⁷⁵² Vgl. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 3.3.15.

⁷⁵³ Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 19.

unmittelbaren Anschluss daran den Auftrag zur Leistung oder Lieferung des bisherigen Dienstleistungs- oder Produktionsangebots. Der Fremdbezug von unternehmensinternen Leistungen ist somit das wesentliche Kennzeichen des Outsourcing.⁷⁵⁵

Beim Outsourcing selbst unterscheidet man zwei Hauptformen: Das „externe“ und das „interne“ Outsourcing.

Beim „externen Outsourcing“ werden entweder die eigenen Kapazitäten stillgelegt und die Aufträge in Form der reinen Fremdvergabe an einen fremden Dritten erteilt. Zum anderen können die eigenen Ressourcen ausgelagert und an einen völlig fremden Dritten übertragen werden. Eine weitere Variante ist das sogenannte „Management-Buy-Out“. Dabei übernehmen Mitarbeiter, in der Regel Führungskräfte eines Bereichs, einen bestimmten Funktionsbereich des Unternehmens und führen diesen als ihr eigenes Unternehmen selbstständig weiter.

In der Praxis können von diesen Outsourcing-Maßnahmen auch handwerkliche Bereiche betroffen sein. Beispielhaft sind hier Werkstätten zur Instandhaltung von Fuhrparks zu nennen. Auch können handwerkliche Leistungen im Bereich Haustechnik und Instandhaltung von Gebäuden und Maschinen betroffen sein.

Erfolgt die Leistungserbringung räumlich unverändert, spricht man von einem „Inhouse-Outsourcing“. Bei einem „internen Outsourcing“ werden Dienstleistungsbereiche lediglich in eine rechtlich selbstständige Einheit innerhalb eines Konzernverbundes ausgegliedert.

3.3.9.2. Die unzumutbare Belastung bei Outsourcing

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ erkennt in seiner Bekanntmachung vom 21.11. 2000 Outsourcing als Ausnahmegrund unter bestimmten Voraussetzungen an. Danach sei bei Arbeitslosigkeit und bei drohender Arbeitslosigkeit infolge einer Ausgliederung handwerklicher Leistungen oder Umstrukturierung handwerklicher Betriebe ein Ausnahmefall anzunehmen, wenn der Antragsteller mehrere Jahre in dem Bereich beschäftigt gewesen ist und aus Mangel an vergleichbaren offenen Stellen in seinem Beruf keine adäquate Stelle findet.⁷⁵⁶

Nach Meinung von Heck ist dabei entscheidendes Kriterium, dass eine handwerkliche Leistung nicht mehr vom Ursprungsbetrieb angeboten oder ausgeführt wird. Dabei sei insbesondere an die in letzter Zeit in der Praxis vereinzelt vorgekommenen Fälle zu denken, in denen große industrielle Hersteller ihren Kunden- und Reparaturdienst aus dem Unternehmen aus-

⁷⁵⁴ Czybulka, Detlef: Die Handwerksnovelle 1998. NVwZ 2000, 136–141. 139.

⁷⁵⁵ Balze, Wolfgang. Rebel, Wolfgang. Schuck, Peter: Outsourcing und Arbeitsrecht. München 1997. 3.

⁷⁵⁶ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125; zustimmend Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 30.

gegliedert hätten. Folge sei dabei die Gefahr, dass die in der Regel langjährig beschäftigten, qualifizierten handwerklichen Mitarbeiter arbeitslos werden. Zusätzliche Kriterien für die Anerkennung als Ausnahmegrund in diesen Fällen seien sowohl mehrjährige Tätigkeit des Antragstellers im durch Outsourcing betroffenen Betrieb als auch die Schwierigkeit, auf dem Arbeitsmarkt eine adäquate Arbeitsstelle zu finden.⁷⁵⁷

Nicht unter diese Kriterien einzuordnen sind, so Heck, die Fälle, in denen ein Unternehmen durch Entlassung von Gesellen in die „Scheinselbstständigkeit“ arbeits- und sozialrechtliche Abgaben sparen will. Gleiches soll für die Filialisierung in bestimmten Handwerksbereichen, zum Beispiel im Friseurhandwerk, gelten.

3.3.9.3. Diskussion

Allein die Arbeitslosigkeit des Antragstellers, wobei diese unverschuldet sein muss, kann keinen Ausnahmefall begründen. Hinzukommen muss vielmehr eine längere Berufspraxis, in der Regel mindestens zehn Jahre, und ein spezifischer Arbeitsplatzmangel, der bedingt, dass der Antragsteller keine vergleichbare adäquate Stelle findet.

Diese Kriterien müssen auch in den Fällen gelten, in denen der Antragsteller aufgrund von Outsourcing bereits arbeitslos ist oder von Arbeitslosigkeit bedroht ist. Bei letzteren muss die Gefahr des Verlustes des Arbeitsplatzes hinreichend konkret sein. Ausreichend ist hier stets eine bereits ausgesprochene Kündigung, deren Kündigungsfrist noch läuft oder die Anzeige einer Massentlassung bei der Agentur für Arbeit nach § 17 KSchG⁷⁵⁸ durch den Betrieb. Auf eine Gefährdung des Arbeitsplatzes des Antragstellers können auch Verhandlungen zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat über die Aufstellung eines Sozialplans hindeuten. Dabei ist stets eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.

Der Antragsteller wird auch hier das Kriterium der mehrjährigen handwerklichen Tätigkeit zu erfüllen haben, wobei eine Berufspraxis von mindestens zehn Jahren erforderlich ist. Allerdings muss diese Tätigkeit zumindest überwiegend in dem Betrieb ausgeübt worden sein, der nunmehr seine handwerklichen Leistungen outgesourct hat oder dieses konkret plant. So ist der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ zu verstehen, wenn er von „Tätigkeit in dem Bereich“ spricht.⁷⁵⁹ Es erscheint bei der gebotenen großzügigen Betrachtungsweise und grundrechtsfreundlichen Auslegung des § 8 HwO angezeigt, nicht allein auf die konkrete Betriebszugehörigkeit des Antragstellers in dem betroffenen Betrieb abzustellen, sondern

⁷⁵⁷ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren, WiVerw 2001, 277–290, 283.

⁷⁵⁸ (KSchG) in der Fassung vom 25.8. 1969 (BGBl. I S. 1317), zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 8.12. 2008 (BGBl. I S. 2369).

⁷⁵⁹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

auch in eingeschränktem Umfang Tätigkeiten des Antragstellers in anderen Handwerksbetrieben zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

Als weiteres Kriterium ist zu verlangen, dass sich der Antragsteller um eine vergleichbare Stelle in geeigneter Weise bemüht hat, etwa durch Bewerbungen und Stellenanzeigen oder durch Einschaltung der Agentur für Arbeit. Dieses muss zumindest über mehrere Monate hinweg geschehen.

3.3.10. Die Schaffung von Arbeitsplätzen als Ausnahmegrund

In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit begründen Bewerber um eine Ausnahmegewilligung ihren Antrag mit der Absicht, durch Gründung eines eigenen Handwerksbetriebes Arbeitsplätze für Dritte zu schaffen.

Die Schaffung von Arbeitsplätzen kann allerdings nicht als Ausnahmegrund anerkannt werden.⁷⁶⁰ Denn die gesetzliche Regelung stellt auf die Belastung ab, die den Antragsteller gerade persönlich im Fall der Ablegung der Meisterprüfung trifft. Hingegen ist die allgemeine wirtschafts- und sozialpolitische Situation nicht maßgebend. Anderenfalls würden hohe Arbeitslosenzahlen durchweg zur Zulassung einer Ausnahme zwingen, so dass die Eintragung in die Handwerksrolle ohne Meisterprüfung zum Regelfall werden würde.

Zudem ist die Realisierbarkeit dieser Absicht durch den Antragsteller in Zweifel zu ziehen. Denn die Zahl der Mitarbeiter eines Handwerksbetriebes hängt von dessen wirtschaftlichem Erfolg ab; dieser lässt sich aber nicht vorhersehen.

3.3.11. Die Konjunkturlage und Marktchancen als Ausnahmegrund

Auch auf eine günstige Konjunkturlage für bestimmte Handwerksleistungen oder gute Chancen, sich auf dem Markt durchzusetzen, berufen sich Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung zur Begründung ihres Antrages.

3.3.11.1. Die Konjunkturlage

Die Rechtsprechung und die Literatur sind sich zu Recht einig, dass konjunkturelle Entwicklungen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht rechtfertigen.

Eine günstige Konjunkturlage kann zur Begründung eines Ausnahmefalles nicht herangezogen werden, da konjunkturelle Entwicklungen und schwierige wirtschaftliche Verhältnisse

⁷⁶⁰ So ausdrücklich VGH Bad.-Württ., Urteil v. 20.01. 1998, GewArch 1998, 195, 196.

zur gleichen Zeit alle Bewerber treffen.⁷⁶¹ Auch das örtliche Bedürfnis nach einem Betrieb in einer bestimmten Region stellt für den Antragsteller keine unzumutbare Belastung dar, die Meisterprüfung abzulegen.⁷⁶² Zudem fehlt es bei dem örtlichen Bedürfnis an der erforderlichen Personenbezogenheit des Ausnahmegrundes.⁷⁶³ Gleiches gilt für bereits vorhandene Aufträge. Diese können deswegen keinen Ausnahmefall begründen, weil sie infolge des gesetzwidrigen Beginns der Ausübung des Handwerks und dem überdies erforderlichen Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht berücksichtigt werden können.⁷⁶⁴

3.3.11.2. Marktchancen

Auch die Möglichkeit des Ergreifens einer Marktchance noch vor Einsetzen einer Konkurrenzsituation zu weiteren Anbietern stellt zwar ein verständliches Anliegen dar, begründet jedoch keine besondere Lage, die die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigt.⁷⁶⁵ Denn die Ausnahmegewilligung soll der Überwindung einer der persönlichen Sphäre des Antragstellers zuzurechnenden und von ihm nicht zu vertretenden besonderen Lage dienen, die es ihm unzumutbar macht, die Meisterprüfung abzulegen. Zudem darf sich der Antragsteller gegenüber anderen, die sich auch den zeitlichen Anforderungen einer für die selbstständige handwerkliche Tätigkeit grundsätzlich notwendigen Meisterprüfung unterziehen, keinen Vorsprung verschaffen. Denn dies ist nicht Zweck einer Ausnahmegewilligung.

3.3.11.3. Ergebnis

Zu Recht lehnen die Rechtsprechung und die Literatur konjunkturelle Entwicklungen und damit in Zusammenhang stehende Umstände als Ausnahmegrund ab. Grundsätzlich müssen nach dem Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 1 HwO die Gründe für die Unzumutbarkeit gerade in der Person des Antragstellers liegen. Dazu gehören aber nicht die örtlichen Verhältnisse, die die Gründung eines derartigen Handwerksbetriebes möglicherweise erfordern. Zudem kann die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht vom Bedarf abhängig gemacht werden. Denn dies würde dazu führen, dass eine Ausnahmegewilligung in der Region, in der die Berufsausübung erfolgen soll, abgelehnt wird, wenn das Handwerk dort überbesetzt ist. Hin-

⁷⁶¹ OVG Münster, Urteil v. 23.11. 1978, GewArch 1979, 308; ebenso OVG Münster, Urteil v. 16.11. 1979, THwE, 285; Bay. VGH, Urteil v. 23.11. 1972, GewArch 1974, 95, 96; Honig/Knörr, HwO, Kommentar, 4. A., § 8 Rn 29.

⁷⁶² VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschluss v. 05.09. 1994, GewArch 1996, 112, 113; VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 230; VG München, Urteil v. 13.07. 1961, THwE, 220; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 29; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 39.

⁷⁶³ So zutreffend Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 25.

⁷⁶⁴ So VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 230, 231; ebenso VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschluss v. 05.09. 1994, GewArch 1996, 112, 113; Bay. VGH, Urteil v. 23.11. 1972, GewArch 1974, 95, 96.

⁷⁶⁵ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69.

gegen könnte bei der Wahl eines anderen Niederlassungsortes das Vorliegen eines Ausnahmegrundes bejaht werden. Dies ist aber, wie die Rechtsprechung urteilt, gerade nicht Sinn und Zweck der gesetzlichen Berufszugangsregelung zur Ausübung eines Handwerks. Die Meisterprüfung stellt nicht einen Selbstzweck oder ein Mittel zum Schutz vor unerwünschter Konkurrenz, sondern den Weg dar, auf dem die qualitative Auslese der Handwerker im Regelfall vorgenommen werden soll.⁷⁶⁶

3.3.12. Die Kundenwünsche als Ausnahmegrund

Der Gesetzgeber hat im Jahre 1994 die Handwerksordnung deshalb novelliert, damit sich das Handwerk dem wirtschaftlichen Wandel und den technologischen, institutionellen und rechtlichen Änderungen der Rahmenbedingungen marktgerecht anpassen kann. Dabei war Kern der Novellierung, im Interesse der Verbraucher und Handwerker die Möglichkeit zur „Leistung aus einer Hand“ zu verbessern.⁷⁶⁷ Durch die Neufassung des § 5 HwO soll es nunmehr dem Handwerker auch rechtlich möglich sein, Arbeiten in anderen Handwerken, die das Leistungsangebot des eigenen Handwerks wirtschaftlich ergänzen, mit zu erledigen. Der Handwerksbetrieb kann somit ein breiteres Leistungsangebot anbieten. Denn auch Nicht-handwerker wie Handelsunternehmen und industrielle Unternehmen dürfen im Rahmen des § 3 HwO als handwerklicher Nebenbetrieb oder Hilfsbetrieb handwerklich tätig werden, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein.

Fraglich ist, ob bei Überschreitung der in den §§ 3 und 5 HwO genannten Kriterien ein Ausnahmegrund anzunehmen ist, wenn dieses im Interesse und auf Wunsch des Verbrauchers gerade verlangt wird, um eine Leistung aus einer Hand zu erhalten.

Dieckmann vertritt dazu den Standpunkt, dass man einen Ausnahmegrund nicht ohne weiteres verneinen kann, wenn die Notwendigkeit besteht, Serviceleistungen zu übernehmen, deren Zulässigkeit nicht durch § 3 HwO abgedeckt sind. Bei der Überschreitung der in § 5 HwO gesetzten Grenzen werde man im Einzelfall mit sehr viel „Augenmaß“ zu Werke gehen müssen. Denn die Entwicklung neuer Technologien zwingt den Handwerker, immer häufiger in anderen Handwerken tätig zu werden und den in § 5 HwO abgesteckten Rahmen zu überschreiten. Nur so könne ein Produkt beziehungsweise eine Dienstleistung von technologisch hohem Standard erbracht werden.⁷⁶⁸

Dagegen vertritt das Bundesverwaltungsgericht die Meinung, dass es zwar einem verständlichen Trend im wirtschaftlichen Verkehr entspricht, Leistungen möglichst „aus einer Hand“

⁷⁶⁶ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, 157, 160; ebenso Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 26.

⁷⁶⁷ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 15.

⁷⁶⁸ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 145.

zu erhalten. Allerdings könne mit dieser allgemeinen Entwicklung nicht die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung aus besonderen Umständen des Einzelfalls im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO begründet werden. Der Antragsteller habe somit keinen Anspruch auf die begehrte Ausnahmegewilligung, wenn er das Bestreben hat, Kundenwünsche in einem anderen Handwerk zu erfüllen beziehungsweise Wünschen zu entsprechen, dass Arbeiten aus mehreren Handwerken durch einen Betrieb durchgeführt werden sollen.⁷⁶⁹

Auch das Verlangen der Kundschaft in zunehmenden Maße, dass ein Handwerksbetrieb Arbeiten eines anderen Handwerks ausführt, stellt nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz für den Antragsteller keine Notwendigkeit dar, auch die Berechtigung zur selbstständigen Ausführung dieser Arbeiten zu erhalten, soweit die Grenzen des § 5 HwO überschritten werden.⁷⁷⁰

Das Verwaltungsgericht Köln gibt einem Einzelhändler auf, gegebenenfalls die Kunden seines Einzelhandelsgeschäfts darauf hinzuweisen, dass sie sich zur Erledigung der handwerklichen Arbeiten an eingetragene Handwerker zu wenden haben. Die Berechtigung zur selbstständigen Ausführung handwerklicher Arbeiten könne nicht aus Wünschen der Kunden hergeleitet werden, für sie zugleich handwerklich tätig zu werden.⁷⁷¹

Im Ergebnis verdient die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, die Kundenwünsche als Ausnahmegrund ablehnt, den Vorzug, weil sie sich am Wortlaut der Vorschrift des § 8 Abs. 1 HwO orientiert. Dieckmann verkennt bei seiner Argumentation, dass es personenbezogene Umstände sein müssen, die es dem Antragsteller unzumutbar machen, die Meisterprüfung abzulegen. Kundenwünsche hingegen sind Umstände, die von außen an den Antragsteller herangetragen werden. Diese können, auch bei großzügiger Betrachtungsweise, keinen Ausnahmegrund rechtfertigen, gerade weil sie nicht in der Person des Antragstellers begründet sind. Dieses verlangt aber der § 8 Abs. 1 HwO ausdrücklich, indem er besondere Umstände verlangt, die „in der Person des Antragstellers“ begründet sind, um von der Meisterprüfung abzusehen.

3.3.13. Höheres Ausbildungsniveau im Allgemeinen als Ausnahmegrund

Der Gesetzgeber dachte im Jahr 1953 bei der Beratung zu § 8 der Handwerksordnung an bestimmte Gruppen, die bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung zu berücksichtigen sind. Dazu zählen diejenigen, die in der Industrie in entsprechenden verantwortlichen Stellen tätig gewesen sind. Auch die gehören hierzu, die einen anderen Ausbildungsgang als Lehr-

⁷⁶⁹ BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165, 166.

⁷⁷⁰ OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964, GewArch 1965, 13, 14; ebenso Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 29; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 39.

⁷⁷¹ VG Köln, Urteil v. 03.08. 1972, GewArch 1973, 68, 69.

zeit, Gesellenprüfung, Gesellenzeit hinter sich gebracht haben durch den Besuch von technischen Hochschulen, anerkannten höheren technischen Lehranstalten oder anerkannten Fachschulen oder höheren Fachschulen.⁷⁷²

In seiner Handwerkerentscheidung erkennt das Bundesverfassungsgericht das Alter als einen Ausnahmegrund an, zumal dann, wenn der Berufsbewerber einen anderen Ausbildungsgang durchlaufen hat, als ihn die Handwerksordnung vorsieht.⁷⁷³ Ob der Umstand der Absolvierung eines anderen Ausbildungsgangs und die dabei erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten an sich die Annahme eines Ausnahmefalls rechtfertigen, wurde vom Gericht allerdings nicht entschieden.

Dagegen könnte sprechen, dass es dem Antragsteller, der ein höheres Ausbildungsniveau erworben hat, ohne besondere Schwierigkeiten möglich ist, sich auf die Meisterprüfung vorzubereiten und sich ihr zu unterziehen.⁷⁷⁴ Bei der gebotenen großzügigen Betrachtungsweise erscheint es allerdings zu weitgehend, von einem besonders qualifizierten Antragsteller die Ablegung einer weiteren Prüfung zu verlangen.

Hat daher der Antragsteller in einem anderen Ausbildungsgang Kenntnisse und Fertigkeiten erworben, die für die Ausführung der wesentlichen Tätigkeiten in dem betreffenden Handwerk notwendig sind, kann die Ablegung der Meisterprüfung für ihn eine unzumutbare Belastung darstellen, insbesondere dann, wenn das Niveau des anderen Ausbildungsgangs das Niveau der Meisterprüfung erreicht oder übersteigt, etwa bei einer abgeschlossenen Ausbildung an einer Hochschule oder Fachhochschule,⁷⁷⁵ so zum Beispiel das Studium der Zahnmedizin, wenn der Antragsteller das Zahntechnikerhandwerk ausüben will.⁷⁷⁶

Bei der gebotenen personenbezogenen Betrachtung des Einzelfalls ist somit die Beantwortung der Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegt, von dem konkreten Ausbildungsgang abhängig, den der Antragsteller durchlaufen hat.

⁷⁷² Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 4172, 7.

⁷⁷³ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160.

⁷⁷⁴ So Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 37.

⁷⁷⁵ Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1444; Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 225; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 143; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 38.

⁷⁷⁶ OVG Münster, Urteil v. 03.03. 1965, GewArch 1966, 15, 16; a. A. VG Minden, Urteil v. 03.07. 1980, THwE, 315, 316.

3.3.14. Die Meisterprüfung in einem anderen Handwerk als Ausnahmegrund

Rechtsprechung und Literatur haben sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die abgelegte Meisterprüfung in einem anderen Handwerk für deren Inhaber einen Ausnahmegrund darstellt, wenn dieser ein weiteres Handwerk ausüben will. In diesem Zusammenhang sind die durch die HwO-Novelle 1994 erleichterten Eintragungsvoraussetzungen zu berücksichtigen.

Die Ablegung einer Meisterprüfung ist für einen Antragsteller nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht deshalb unzumutbar, weil er bereits in einem anderen Handwerk eine Meisterprüfung mit Erfolg abgelegt hat. Mit Urteil vom 14. August 1959 verweist das Gericht auf die Vorschrift des § 7 Abs. 1 HwO 1953, die voraussetzt, dass der Bewerber „in dem von ihm zu betreibenden Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat“.⁷⁷⁷ Folglich müsse derjenige, der sich in zwei verschiedenen Handwerken als selbstständiger Handwerker betätigen will, grundsätzlich für das eine wie das andere Handwerk die Meisterprüfung bestanden haben. Dies soll auch dann gelten, wenn es sich um fachlich verwandte Handwerksberufe handelt.⁷⁷⁸ In einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tage hat das Gericht diese Meinung bekräftigt.⁷⁷⁹

Auch das wirtschaftliche Interesse eines Handwerksmeisters, der für ein zweites Handwerk eine Ausnahmegewilligung begehrt, darf nicht ohne weiteres dazu führen, dass ihm der dafür gesetzlich vorgeschriebene Befähigungsnachweis durch die Ablegung der Meisterprüfung nicht zugemutet werden kann, auch notfalls unter Einschränkung seiner bisherigen Berufstätigkeit.⁷⁸⁰

Differenziert urteilt das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz.⁷⁸¹ Das Gericht führt aus, dass nur bei Vorliegen ganz besonderer Gründe die Ausnahmegewilligung dazu verwandt werden kann, einem bereits selbstständigen Handwerker die Erweiterung seiner Tätigkeit auf einen anderen Handwerkszweig zu ermöglichen. In dem zu entscheidenden Fall hat das Gericht zu Gunsten des Antragstellers berücksichtigt, dass dieser nicht aus bloßem Erwerbstreben ein zusätzliches Handwerk ausgeübt hat, sondern einen eingesessenen, seit 40 Jahren bestehenden Handwerksbetrieb, der einen wesentlichen Teil des Gesamtunternehmens ausmacht, fortzuführen beabsichtigte. Das Gericht hat bei der Beurteilung des Ausnahmefalls auch berücksichtigt, dass im Jahr 1964 Bestrebungen des Gesetzgebers bestanden, im Rahmen einer Novellierung der Handwerksordnung die Meisterprüfung in einem Handwerk auch für verwandte Handwerke gelten zu lassen.

⁷⁷⁷ BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, GewArch 1959, 138, 139.

⁷⁷⁸ BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, GewArch 1959, 138, 139.

⁷⁷⁹ BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, GewArch 1959, 139, 141; ebenso BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165, 166; zustimmend Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 201; Kraemer, Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung nach der Handwerksordnung, DVBl. 1961, 194–198, 197.

⁷⁸⁰ VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 13.02. 1979, THwE, 268; VG Oldenburg, Gerichtsbescheid v. 23.06. 1986, GewArch 1986, 378, 379.

Die Tatsache, dass bereits eine andere Meisterprüfung abgelegt wurde, schafft - über die Befreiungsmöglichkeiten des § 46 Abs. 3 HwO hinaus - nach Meinung von Honig/Knörr keinen Anspruch, die weitere Befähigung unter erleichterten Bedingungen nachzuweisen.⁷⁸² Dies soll nach Meinung von Fröhler/Stolz auch dann gelten, wenn es sich um fachlich verwandte Handwerksberufe handelt.⁷⁸³

Das Vorgesagte kann vor dem Hintergrund, dass durch die HwO-Novelle 1994 für den Handwerker, der bereits seine Befähigung in einem anderen Handwerk nachgewiesen hat, erleichterte Eintragungsvoraussetzungen für ein anderes Handwerk bestehen, zwar weiterhin Gültigkeit beanspruchen. Allerdings ist der Weg zur Ausübung eines zusätzlichen Handwerks für den in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerker nicht mehr der des Ausnahmebewilligungsverfahrens gemäß § 8 HwO. Der Gesetzgeber hat durch die Änderung der Handwerksordnung im Wege der HwO-Novelle 1994 das neue Institut der Ausübungsbe-
rechtigung nach § 7 a HwO geschaffen.

Die Meisterprüfung in anderen Handwerken sowie die Ausübung dieser Handwerke nach § 1 HwO eröffnet nunmehr nach der HwO-Novelle 1994 die Möglichkeit, eine Ausübungsbe-
rechtigung nach § 7 a HwO für ein anderes Gewerbe oder für wesentliche Tätigkeiten dieses Gewerbes zu erlangen. Dabei hat der Gesetzgeber mit der neuen Rechtsfigur der Ausübungsbe-
rechtigung die Schaffung zusätzlicher Möglichkeiten für eine Erweiterung des Handwerksbetriebes gewollt. Allen eingetragenen Handwerkern, die ihr Handwerk auch tatsächlich ausüben, soll ermöglicht werden, ohne Rückgriff auf eine Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO andere Handwerke umfassend oder in wesentlichen Tätigkeiten auszuüben, wenn die erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse nachgewiesen sind.⁷⁸⁴ Damit ist eine zusätzliche Flexibilisierungsmöglichkeit zur Erweiterung des Leistungsangebots für den eingetragenen Handwerker entstanden.⁷⁸⁵

Dieser Weg des Ausübungsbe-
rechtigungsverfahrens nach § 7 a HwO steht allerdings nur dem bereits eingetragenen Handwerker offen.⁷⁸⁶ Denn die Erteilung einer Ausübungsbe-
rechtigung für ein anderes Handwerk setzt die Eintragung des Antragstellers mit einem anderen Handwerk in die Handwerksrolle voraus; die Ausübungsbe-
rechtigung ist insoweit akzesso-
risch.⁷⁸⁷ Der Handwerker, der zwar die Meisterprüfung in einem anderen Handwerk abgelegt

⁷⁸¹ OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964, GewArch 1965, 102, 104.

⁷⁸² Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 23; ebenso Mallmann, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht, GewArch 1996, 89–86, 93.

⁷⁸³ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 37.

⁷⁸⁴ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18.

⁷⁸⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382.

⁷⁸⁶ Vgl. zu dessen Antragsberechtigung oben 3. Kapitel 2. Abschnitt IV.

⁷⁸⁷ S. u. 4. Kapitel 3. Abschnitt I. 1.2.

hat, mit diesem aber nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist, ist daher gezwungen, sich entweder zunächst für das Handwerk, für das er die Meisterprüfung besitzt, in die Handwerksrolle eintragen zu lassen oder eine Ausnahmegewilligung für das Handwerk, in dem er keine Meisterprüfung abgelegt hat, zu beantragen. Dies setzt allerdings das Vorliegen eines Ausnahmegrundes voraus.

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ vertritt dazu die Meinung, dass es dem Antragsteller im Ausnahmegewilligungsverfahren nicht zumutbar ist, für ein Handwerk, für das er die Eintragungsvoraussetzungen besitzt, erst die Eintragung herbeizuführen und das Handwerk dann auch tatsächlich ausüben zu müssen, wenn er die Kosten und den Aufwand für diese Betriebsgründung vermeiden und ein anderes Handwerk ausüben möchte. Kann der Antragsteller daher die Befähigung für ein Handwerk nachweisen, auch wenn er mit diesem nicht eingetragen ist oder es nicht ausübt, liege ein Ausnahmefall vor, der die Ablegung der Meisterprüfung für das andere Handwerk als unzumutbar erscheinen lässt.⁷⁸⁸

Einerseits erscheint diese Meinung bedenklich, weil der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO für ein anderes Gewerbe der Anlage A vom Bestehen der Eintragung in die Handwerksrolle mit dem Ausgangshandwerk abhängig ist.⁷⁸⁹ Daher könnte § 7 a HwO für die Fälle, in denen der Antragsteller bereits eine Meisterprüfung abgelegt hat, eine insoweit abschließende Regelung darstellen. Ein dahingehender Wille des Gesetzgebers ist aber der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen. Andererseits ist zu Gunsten des Antragstellers zu berücksichtigen, dass er ja durch die Ablegung der Meisterprüfung in einem anderen Handwerk eine der grundlegenden Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO erfüllt. Bei der durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gebotenen großzügigen Handhabung bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen, die dem Ziel entgegenkommen soll, die Schicht leistungsfähiger, selbstständiger Handwerkerexistenzen zu vergrößern, erscheint es nicht sachgerecht, von einem Antragsteller zunächst die Eintragung mit einem Handwerk in die Handwerksrolle als Voraussetzung für die Ausübung eines weiteren Handwerks zu verlangen, wenn der Antragsteller das Ausgangshandwerk tatsächlich gar nicht betreiben will. Daher ist in diesen Fällen ein Ausnahmefall anzunehmen, der dem Antragsteller die Ablegung einer weiteren Meisterprüfung unzumutbar macht.

⁷⁸⁸ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125; ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 47.

⁷⁸⁹ So ausdrücklich Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

3.3.15. Die Industriemeisterprüfung und andere Prüfungen als Ausnahmegrund

Die im Rahmen der Novellierung der Handwerksordnung durch das Berufsbildungsreformgesetz vom 22. März 2005 neu gefasste Vorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO⁷⁹⁰ bestimmt, dass ein Ausnahmefall auch dann vorliegt, wenn der Antragsteller eine Prüfung auf Grund einer nach § 42 HwO oder § 53 BBiG⁷⁹¹ erlassenen Rechtsverordnung bestanden hat. Dies gilt unbeschadet der Tatsache, dass § 7 Abs. 2 HwO für andere, der Meisterprüfung gleichwertige deutsche Prüfungen einen direkten Eintragungsanspruch regelt.⁷⁹²

Schon vor den HwO-Novellen 1998 und 2004 erkannte die Handwerksordnung in § 7 Abs. 2 Satz 1 1994 andere, der Meisterprüfung gleichwertige Prüfungen als Eintragungsvoraussetzung an, wenn zusätzlich eine entsprechende Gesellen- oder Facharbeiterprüfung oder eine mindestens dreijährige zusätzliche praktische Tätigkeit in den betreffenden oder einem verwandten Handwerk nachgewiesen wurde. Ergänzende Regelungen zur Gleichwertigkeit traf die Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk.⁷⁹³

Wenn allerdings die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Satz 1 HwO 1994 nicht vorlagen, führte der Weg des Antragstellers, der einen anderweitigen Ausbildungsgang durchlaufen hat, vor der HwO-Novelle 1998 ausschließlich über den Weg der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO. Gerade der Zugang der sogenannten Industriemeister und anderer Absolventen technisch-gewerblicher Fortbildungsprüfungen und dergleichen zur Handwerksausübung bedingte oftmals Probleme, da die Industriemeisterprüfung nicht die handwerkliche Meisterprüfung ersetzt⁷⁹⁴. In der Praxis wurden schon vor der HwO-Novelle 1998 Industriemeisterprüfungen gemäß § 46 Abs. 1 BBiG a. F.⁷⁹⁵ in die Prüfung über das Vorliegen eines Ausnahmefalls im Sinne von § 8 HwO einbezogen.⁷⁹⁶ Dieckmann forderte schon vor der HwO-Novelle 1998 bei Industriemeistern eine großzügige Bejahung des Ausnahmegrundes, ebenso der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“.⁷⁹⁷

Durch die HwO-Novellen 1998 und 2004 wurden die Eintragungsvoraussetzungen für den

⁷⁹⁰ Vgl. Artikel 2 Nr. 3 BerBiRefG.

⁷⁹¹ Berufsbildungsgesetz (BBiG) vom 23. März 2005 (BGBl. I S. 931), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 90 G v. 5.2. 2009 (BGBl. I S. 160).

⁷⁹² Vgl. dazu 2. Kapitel 2. Abschnitt I. 3.1.

⁷⁹³ Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk vom 2. November 1982 (BGBl. I S. 1475).

⁷⁹⁴ Honig, HwO, 2. A., § 8 Rn 24; Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1444.

⁷⁹⁵ Berufsbildungsgesetz vom 14. August 1969 (BGBl. I S. 1112), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2954), zitiert BBiG a. F.

⁷⁹⁶ Kolb, Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, GewArch 1998, 217–223, 223.

⁷⁹⁷ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 143, 144; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 17.12. 1987, GewArch 1988, 59–61, 61.

genannten Personenkreis nicht unerheblich erleichtert. Diese Änderungen haben auch rechtliche Auswirkungen bezüglich der Frage, wann bei diesen Berufsbewerbern, die keinen direkten Eintragungsanspruch in die Handwerksrolle haben, ein Ausnahmegrund anzunehmen ist.

3.3.15.1. Prüfungen aufgrund einer Rechtsverordnung als Ausnahmegrund

Bereits durch die HwO-Novelle 1998 erfuhr § 8 Abs. 1 HwO eine Änderung, die die rechtliche Situation der Industriemeister, aber auch von Absolventen anderer technischer Fortbildungsprüfungen und höherwertiger Bildungsabschlüsse bei der Ausübung eines Handwerks verbesserte, nicht zuletzt angesichts unterschiedlicher Praxis der zuständigen Behörden.⁷⁹⁸ Insbesondere sorgte die Neuregelung auch für eine angemessene Behandlung der Industriemeister im Verhältnis zu Meistern der volkseigenen Industrie aus der ehemaligen DDR, die unmittelbar ohne den Umweg über eine Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle einzutragen sind.⁷⁹⁹

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 1998 lag nunmehr ein Ausnahmefall auch dann vor, wenn der Antragsteller eine Prüfung aufgrund einer nach § 42 Abs. 2 HwO 1998 oder 46 Abs. 2, § 81 Abs. 4 oder § 95 Abs. 4 BBiG a. F. erlassenen Rechtsverordnung bestanden hatte, die in wesentlichen fachlichen Punkten mit der Meisterprüfung für ein Gewerbe der Anlage A übereinstimmte. Erfasst wurden damit Prüfungen bezüglich bestimmter Maßnahmen der Erwachsenenfortbildung im Handwerk und im Bereich der gewerblichen Wirtschaft sowie im Bereich der Landwirtschaft und Hauswirtschaft.

Die Formulierung „Ein Ausnahmefall liegt auch dann vor, wenn ...“ war so zu verstehen, dass damit nur der Ausnahmegrund, nämlich die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung, gemeint sein konnte, nicht hingegen der Nachweis meistergleicher Fertigkeiten und Kenntnisse. Ob die abgelegte Prüfung „in wesentlichen fachlichen Punkten mit der Meisterprüfung für ein Gewerbe der Anlage A übereinstimmt“, war bei der gebotenen Einzelfallprüfung im Hinblick auf das Vorliegen der handwerksspezifischen Vergleichbarkeitsvoraussetzungen nachzuprüfen, um einen vom Gesetzgeber nicht gewollten Automatismus zu vermeiden.⁸⁰⁰ Die gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO am Ausnahmegewilligungsverfahren zu beteiligende Handwerkskammer konnte sich dazu äußern, ob die erforderliche Übereinstimmung mit der Meisterprüfung bestand.

⁷⁹⁸ Kolb, Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, GewArch 1998, 217–223, 223; Czybulka, Die Handwerksnovelle 1998, NVwZ 2000, 136–141, 137; Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. A., 116.

⁷⁹⁹ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 24; zur Eintragung s. o. 2. Kapitel 2. Abschnitt I. 3.1.

⁸⁰⁰ Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 307.

Zwar regelt die Handwerksordnung seit der HwO-Novelle 2004 durch § 7 Abs. 2 Satz 1 HwO für Ingenieure, Absolventen von technischen Hochschulen und von staatlichen oder staatlich anerkannten Fachschulen für Technik und Gestaltung einen direkten Eintragungsanspruch mit dem zulassungspflichtigen Handwerk, dem der Studien- oder der Schulschwerpunkt ihrer Prüfung entspricht. Die diesbezüglichen Voraussetzungen enthält die Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005.⁸⁰¹

Einen direkten Eintragungsanspruch haben auch diejenigen, die eine andere, einer Meisterprüfung mindestens gleichwertige deutsche staatliche Prüfung oder staatlich anerkannte Prüfung erfolgreich abgelegt haben. Entsprechendes gilt für der Meisterprüfung gleichwertige Prüfungen aufgrund einer nach § 42 HwO oder nach § 53 BBiG erlassenen Rechtsverordnung.

Daneben regelte die Handwerksordnung weiterhin in § 8 Abs. 1 Satz 3 2004, dass ein Ausnahmefall auch dann vorliegt, wenn der Antragsteller eine Prüfung aufgrund einer nach § 42 Abs. 2 HwO oder § 46 Abs. 2, § 81 Abs. 4 oder 95 Abs. 4 BBiG erlassenen Rechtsverordnung bestanden hat. Allerdings hatte der Gesetzgeber die Formulierung „in wesentlichen fachlichen Punkten mit der Meisterprüfung für ein Gewerbe der Anlage A übereinstimmt“ gestrichen, um eine Redundanz zu beseitigen.⁸⁰²

Der neue § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 2005 erkennt einen Ausnahmefall an, wenn der Antragsteller eine Prüfung auf Grund einer nach § 42 HwO oder nach § 53 BBiG erlassenen Rechtsverordnung bestanden hat. Bei der neuen 1. Alternative in der Vorschrift handelt es sich lediglich um die Folge einer redaktionellen Anpassung an den neuen § 42 HwO, der nunmehr die in § 42 Abs. 2 HwO 2004 geregelte bundeseinheitliche Fortbildung im Handwerksbereich enthält.⁸⁰³ In der 2. Alternative des § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 2005 wird auf den neuen § 53 BBiG verwiesen; dieser regelt in dem neuen Berufsbildungsgesetz die vorher durch § 46 Abs. 2 BBiG a. F. normierte bundeseinheitliche Fortbildung. Der Verweis auf die Sondervorschriften für die Meisterprüfungen im Bereich der Landwirtschaft und im Bereich der Hauswirtschaft entfällt, weil entsprechende Fortbildungen in die neuen §§ 53 bis 57 BBiG 2005 integriert sind.⁸⁰⁴

Der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO betrifft weiterhin die Fälle, die nicht

⁸⁰¹ Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005 (BGBl. I S. 1935).

⁸⁰² Dazu kritisch Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 24, die diese nunmehrige Neufassung als weiteren Schritt bezeichnen, die handwerkliche Meisterprüfung abzuwerten.

⁸⁰³ Vgl. Begründung Gesetzentwurf der Bundesregierung Berufsbildungsreformgesetz, BT-Drucksache 15/3980, 63.

von dem direkten Eintragungsanspruch des § 7 Abs. 2 HwO erfasst werden, also vom Antragsteller abgelegte, der Meisterprüfung für die Ausübung des betreffenden zulassungspflichtigen Handwerks nicht gleichwertige Prüfungen. Allerdings werden von der Privilegierung des § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO weiterhin nur die Prüfungen erfasst, denen sich der Berufsbewerber auf Grundlage einer Rechtsverordnung unterzogen hat.

3.3.15.1.1. Prüfungen nach § 42 HwO

Die Vorschrift des § 42 HwO umfasst die Maßnahmen der Erwachsenenfortbildung im Wirtschaftsbereich des Handwerks. Ausgenommen sind Maßnahmen der beruflichen Umschulung, die in §§ 42 e bis 42 j HwO geregelt sind, sowie die Meisterprüfung, so ausdrücklich § 42 a Satz 2 HwO. Das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat danach die Möglichkeit, gemäß § 42 Abs. 1 HwO durch Rechtsverordnung Fortbildungsabschlüsse anzuerkennen und hierfür Prüfungsregelungen zu erlassen. Dies erfolgt durch eine Fortbildungsordnung, deren Elemente § 42 Abs. 2 HwO bundeseinheitlich regelt. Dies dient dem berechtigten Interesse an einer gewissen Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit der Qualität der Fortbildungsmaßnahmen.⁸⁰⁵

Davon zu unterscheiden und nicht von § 42 HwO erfasst sind Prüfungen gemäß § 42 a HwO auf Grundlage von Fortbildungsprüfungsregelungen der Handwerkskammer. Diese können nur erlassen werden, wenn Rechtsverordnungen nach § 42 HwO nicht erlassen sind, so ausdrücklich § 42 a Satz 1 HwO und § 42 Abs. 2 HwO. Hat sich die Handwerkskammer entschlossen, zum Nachweis von Kenntnissen, Fertigkeiten und Erfahrungen, die durch berufliche Fortbildung erworben worden sind, Prüfungen durchzuführen, regelt sie selbst die Bezeichnung des Fortbildungsabschlusses, Ziel, Inhalt und Anforderungen der Prüfungen, ihre Zulassungsvoraussetzungen sowie das Prüfungsverfahren § 42 a Satz 3 HwO.

3.3.15.1.2. Prüfungen nach § 53 BBiG

Die neue Vorschrift des § 53 BBiG regelt die berufliche Fortbildung im Bereich der gewerblichen Wirtschaft, soweit nicht die Vorschrift des § 42 HwO zur Anwendung kommt. Seinem Sinngehalt nach entspricht § 53 BBiG dem § 46 Abs. 2 BBiG a. F.⁸⁰⁶.

Das Bundesministerium für Bildung und Forschung kann gemäß § 53 Abs. 1 BBiG durch Rechtsverordnungen Fortbildungsabschlüsse anerkennen und hierfür Prüfungsregelungen

⁸⁰⁴ Ausdrücklich Begründung Gesetzentwurf der Bundesregierung Berufsbildungsreformgesetz, BT-Drucksache 15/3980, 63.

⁸⁰⁵ Greshake, in: Schwannecke, HwO, § 42 Rn 15.

⁸⁰⁶ Begründung Gesetzentwurf der Bundesregierung Berufsbildungsreformgesetz, BT-Drucksache 15/3980, 54.

erlassen; die Elemente der Fortbildungsordnung werden durch § 53 Abs. 2 BBiG geregelt. Diese gesetzliche Bestimmung dient als Grundlage für eine geordnete und bundeseinheitliche Fortbildung; im Allgemeinen wird dies die Prüfungen betreffen, die zu einem anerkannten Abschluss führen.⁸⁰⁷ Zuständig für die Regelung durch Rechtsverordnung ist das Bundesministerium für Bildung und Forschung.

Ausnahmen für die Bereiche Landwirtschaft und Hauswirtschaft werden in § 53 Abs. 3 BBiG geregelt. Das Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft kann danach Fortbildungsordnungen in Berufen der Landwirtschaft einschließlich der ländlichen Hauswirtschaft erlassen. Für die genannten Berufsfelder stellen die Meisterprüfungen die wesentliche Qualifikationsbasis für Betriebsinhaber dar.⁸⁰⁸

Sind Rechtsverordnungen nach § 53 BBiG nicht erlassen worden, können von den zuständigen Stellen Fortbildungsprüfungsregelungen gemäß § 54 Satz 1 BBiG erlassen werden; in Eigenverantwortung können auf dieser Grundlage öffentlich-rechtliche Prüfungen durchgeführt werden.

3.3.15.1.3. Ergebnis

Im Ergebnis liegt, auch nach der Novellierung der Handwerksordnung durch das Berufsbildungsreformgesetz im Jahr 2005, nur dann ein Ausnahmefall gemäß § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO vor, wenn es sich um eine Prüfung handelt, die nach einer Rechtsverordnung abgelegt worden ist. Dagegen sind nicht bundeseinheitlich geregelte Fortbildungsprüfungen, wie die von Industrie- und Handelskammern geregelt, nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO weiterhin nicht einbezogen.⁸⁰⁹

3.3.15.2. Prüfung aufgrund einer Rechtsvorschrift, wobei die Prüfung „in etwa“ dem Niveau der in 3.3.15.1. genannten Prüfungen entspricht

Über die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO hinaus ist denkbar, dass von der Privilegierung nicht erfasste Prüfungen gleichwohl einen Ausnahmegrund darstellen können.

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ hat sich bereits vor der Änderung der Handwerksordnung im Jahr 2005 mit dieser Frage befasst und einen Ausnahmefall auch

⁸⁰⁷ Herkert, Josef. Tötl, Harald: Berufsbildungsgesetz. Kommentar mit Nebenbestimmungen. Loseblattsammlung. Stand 66. Aktualisierung März 2009. Regensburg/Berlin 2009. § 53 BBiG Rn 6; Leinemann, Wolfgang. Taubert, Thomas: Berufsbildungsgesetz. Kommentar. München 2002. § 46 Rn 26.

⁸⁰⁸ Ausführlich zu den einzelnen Meisterprüfungsverordnungen in diesen Berufen Herkert/Tötl, BBiG, § 53 BBiG, Rn 33, 34.

⁸⁰⁹ Vgl. Kolb, Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, GewArch 1998, 217–223, 223; Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 307.

dann angenommen, wenn der Antragsteller eine fachlich einschlägige Prüfung aufgrund einer nach § 42 Abs. 1 HwO 2004 vor der Handwerkskammer oder nach § 46 Abs. 1 BBiG a. F. von der zuständigen Stelle erlassenen Rechtsvorschrift bestanden hatte und die Prüfung „in etwa“ dem Niveau einer nach § 42 Abs. 2 HwO 2004 oder §§ 46 Abs. 2, 81 Abs. 4 oder 95 Abs. 4 BBiG a. F. geregelten Prüfung entsprach.⁸¹⁰ Damit waren auch die Prüfungen angesprochen, die aufgrund einer Prüfungsordnung der Handwerkskammer, § 42 Abs. 1 Satz 3 HwO 2004 oder aufgrund der Prüfungsordnung der zuständigen Stelle, § 46 Abs. 1 Satz 1 BBiG a. F. durchgeführt wurden.

Nach der Änderung der Handwerksordnung durch das Berufsbildungsreformgesetz stellt sich die Frage, ob von der Handwerkskammer durchgeführte Prüfungen nach § 42 a HwO oder von den zuständigen Stellen durchgeführte Prüfungen nach § 54 BBiG einen Ausnahmegrund darstellen können. Gleiches gilt für die nach altem Recht abgelegten Prüfungen.

Dem könnte entgegenstehen, dass § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO insoweit weiterhin ausdrücklich regelt, welche Prüfungen in diesem Bereich als Ausnahmefall anzuerkennen sind. Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung dieser Vorschrift war allerdings, angesichts unterschiedlicher Praxis der zuständigen Behörden, einen rechtlich verbesserten Zugang zur Handwerksausübung zu schaffen;⁸¹¹ insoweit beschränkt sich darauf auch die rechtliche Wirkung des § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO.⁸¹² Damit ist die Anerkennung von fachlich einschlägigen Prüfungen, die nicht von dem Anwendungsbereich dieser Norm erfasst werden, als Ausnahmegrund durchaus möglich. Zwar hat der Gesetzgeber durch den Gesetzeswortlaut klar zu erkennen gegeben, dass er mehr Zutrauen in diese förmlichen Prüfungen hat als in Prüfungen aufgrund rein interner Regelungen der Fortbildungseinrichtungen; eine Gleichstellung dieser Prüfungen mit denen aufgrund einer Rechtsverordnung sollte gerade nicht erfolgen.⁸¹³ Allerdings wollte der Gesetzgeber hinsichtlich dieser internen Prüfungen lediglich einen Automatismus bezüglich der Gleichstellung mit der Meisterprüfung vermeiden, sie jedoch nicht grundsätzlich als Ausnahmegrund ausschließen.

Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber von seiner Regelungsgewalt der Prüfungen durch Rechtsverordnung nur Gebrauch machen soll, wenn die in Betracht kommenden zuständigen Stellen für ihren Wirtschafts- oder Berufszweig über entsprechende Prüfungsregelungen eine geordnete und einheitliche berufliche Fortbildung sowie eine Anpassung an die technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Erfordernisse und deren Entwicklung nicht erreichen,

⁸¹⁰ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 124, 125.

⁸¹¹ Kolb, Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, GewArch 1998, 217–223, 223.

⁸¹² Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 19.

⁸¹³ Ausdrücklich VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385.

das heißt also zu keinen befriedigenden Lösungen kommen.⁸¹⁴ Hat aber der Gesetzgeber von seinem substituierenden Ermächtigungsrecht keinen Gebrauch gemacht, ist im Umkehrschluss davon auszugehen, dass die Handwerkskammern, § 42 a HwO, oder die zuständigen Stellen, § 54 BBiG, über ihre Prüfungsregelungen eine geordnete und einheitliche berufliche Fortbildung befriedigend geregelt haben. Die für die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 3 HwO zuständige höhere Verwaltungsbehörde wird an Hand der von der Handwerkskammer oder der zuständigen Stelle erlassenen Rechtsvorschrift sorgfältig zu prüfen haben, ob die abgelegte Prüfung „in etwa“ dem Niveau einer mit Rechtsverordnung geregelten Prüfung entspricht.

3.3.15.3. Gleichwertige Prüfungen nach § 7 Abs. 2 HwO ohne Berufspraxis als Ausnahmegrund

Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Satz 1 HwO 1998 verlangte neben der Ablegung einer der Meisterprüfung für die Ausübung des betreffenden Handwerks mindestens gleichwertigen anderen deutschen Prüfung auch eine praktische Tätigkeit des Berufsbewerbers. Der Berufsbewerber musste die Gesellenprüfung in dem zu betreibenden Handwerk oder in einem mit diesem verwandten Handwerk oder eine Abschlussprüfung in einem dem zu betreibenden Handwerk entsprechenden anerkannten Ausbildungsberuf bestanden haben oder in dem zu betreibenden Handwerk oder in einem mit diesem für verwandt erklärten Handwerk mindestens drei Jahre praktisch tätig gewesen sein. Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ vertritt die Meinung, dass ein Abschluss einer wissenschaftlichen Hochschule oder Fachhochschule oder andere Prüfungen nach § 7 Abs. 2 HwO 1998 als Ausnahmefall gilt, wenn die weiteren in der Vorschrift des § 7 Abs. 2 HwO 1998 genannten Voraussetzung, nämlich Gesellenprüfung, Abschlussprüfung in einem entsprechenden anerkannten Ausbildungsberuf oder praktische Tätigkeit ganz oder teilweise nicht erfüllt sind.⁸¹⁵

Die neue Vorschrift des § 7 Abs. 2 HwO verzichtet nunmehr auf das Erfordernis des Praxisnachweises. Der diesbezügliche Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ zur Annahme eines Ausnahmefalls ist damit überholt.⁸¹⁶

⁸¹⁴ Greshake, in: Schwannecke, HwO, § 42 Rn 16.

⁸¹⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

⁸¹⁶ Ebenso Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 135, Fn 43.

3.3.15.4. Abschlussprüfung nach § 2 der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei der Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk

Die Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk vom 02. November 1982⁸¹⁷, die sogenannte Ingenieur-Verordnung, regelte in § 2 VO, welche Abschlussprüfungen an Deutschen staatlichen oder staatlich anerkannten Technikerschulen/Fachschulen oder vor staatlichen Prüfungsausschüssen anzuerkennen sind. Diese mussten allerdings mindestens die in der Anlage 2 zu § 2 der Ingenieur-Verordnung aufgeführten Bedingungen erfüllen. Gleichzeitig musste das Arbeitsgebiet des jeweiligen Handwerks der jeweiligen Fachrichtung der Abschlussprüfung nach Maßgabe der Anlage 3 zu § 2 der Ingenieur-Verordnung entsprechen; diesbezüglich wurden Entsprechungslisten für eine Vielzahl von Abschlussprüfungen mit ihren Fachrichtungen und das entsprechende Handwerk angeführt. Probleme konnten dann entstehen, wenn die vom Berufsbewerber nach § 2 der Ingenieur-Verordnung abgelegte Abschlussprüfung nicht in der Anlage 3 zu § 2 der Ingenieur-Verordnung aufgeführt war.

Nach Meinung des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ war bis zu einer anderweitigen Regelung ein Ausnahmefall anzunehmen, unbeschadet, ob die Prüfung in Anlage 3 der genannten Verordnung aufgeführt ist.⁸¹⁸ Dieser Meinung konnte gefolgt werden, da die Anlage 2 zu § 2 der Ingenieur-Verordnung den hohen Qualitätsstandard der staatlichen oder staatlich anerkannten Technikerschulen/Fachschulen festschrieb.

Die neue Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005⁸¹⁹ hat nunmehr die Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk vom 02. November 1982 abgelöst und außer Kraft gesetzt. Insoweit ist die Meinung des Bund-Länder-Ausschusses bezüglich des Ausnahmefalls bei Abschlussprüfungen nach § 2 VO der Ingenieur-Verordnung überholt. Denkbar ist aber, dass der Berufsbewerber eine von der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005 erfasste Abschlussprüfung abgelegt hat, deren Inhalte jedoch nicht Meisterprüfungen in zulassungspflichtigen Handwerken der Anlage A zur Handwerksordnung entsprechen, wie § 1 der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle verlangt. In diesem Fall wird man verlan-

⁸¹⁷ Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk vom 02. November 1982 (BGBl. I S. 1475).

⁸¹⁸ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

⁸¹⁹ Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005 (BGBl. I S. 1935).

gen müssen, dass die fachlich einschlägige Abschlussprüfung „in etwa“ dem Niveau der Meisterprüfung entspricht. Aufgrund der durch die Handwerksordnung im neuen § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 HwO getroffenen umfassenden Regelungen ist allerdings in den genannten Fällen eine sorgfältige Überprüfung durch die zuständige Behörde vorzunehmen.

3.3.16. Die Ablegung einer Meisterprüfung im Ausland als Ausnahmegrund

Die Ablegung einer Meisterprüfung im Ausland in dem Handwerk, für das der Antragsteller nunmehr eine Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle begehrt, begründet für sich allein keine Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung.⁸²⁰ Dies ergibt sich aus § 9 Abs. 1 HwO, der die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für Angehörige der EU- und EWR-Mitgliedstaaten und der Schweizer Eidgenossenschaft an bestimmte Voraussetzungen knüpft. Dieser Grundsatz muss insbesondere dann gelten, wenn der Antragsteller erkennbar nur deshalb die Meisterprüfung im Ausland ablegt, um sich unmittelbar anschließend im Inland unter Bezug auf die abgelegte Prüfung auf einen Ausnahmefall zu berufen. Dieses rechtsmissbräuchliche Verhalten des Antragstellers kann nicht zur Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung im Inland führen.

In diesem Sinne urteilt auch die Rechtsprechung. In einem vom Verwaltungsgericht Trier zu entscheidenden Fall⁸²¹ legte die Antragstellerin Mitte Juli 1996 ihre Meisterprüfung im Damenfriseur-Handwerk vor der luxemburgischen Handwerkskammer erfolgreich ab,⁸²² bereits im November des selben Jahres wurde ihr eine Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle im Damenfriseur-Handwerk in der Bundesrepublik erteilt. Das Gericht hat die angefochtene Ausnahmegewilligung für rechtswidrig angesehen und geurteilt, dass der Antragstellerin die Ablegung einer weiteren Meisterprüfung im Inland nicht unzumutbar ist. Dabei hat das Gericht offen gelassen, ob die Ablegung einer Meisterprüfung im Ausland in bestimmten Fällen zur Unzumutbarkeit einer weiteren Meisterprüfung führen kann. Das könnte etwa dann so sein, wenn zunächst ein Handwerk im Ausland betrieben wird und die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 HwO, wonach eine bestimmte Dauer der Betätigung erforderlich ist, nicht erfüllt sind. Im zu entscheidenden Fall hatte die Antragstellerin aber nie die Absicht, ihr Handwerk in Luxemburg zu betreiben. Aus den Umständen ergab sich, so das Gericht, dass die Antragstellerin von vornherein die Absicht hatte, ihr Handwerk in Deutschland auszuüben. Eine solche Umgehung des grundsätzlichen Erfordernisses einer Meisterprüfung wolle aber § 8 HwO nicht ermöglichen. Gleiches muss gelten, wenn ein Antragstel-

⁸²⁰ Hess. VGH, Urteil v. 15.06. 1987, THwE, 243, 244; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 37.

⁸²¹ VG Trier, Urteil v. 11.03. 1999, GewArch 2000, 77.

⁸²² Vgl. Klinge, Gabriele: Das Handwerks- und Berufsbildungsrecht Luxemburgs. GewArch 1991, 361–366.

ler in gleicher Absicht zuvor in Polen die Meisterprüfung abgelegt hat.⁸²³

3.3.17. Die Ausländereigenschaft als Ausnahmegrund

Ausländer genießen, so bestimmt die Gewerbeordnung in § 1 Abs. 1 durch die Formulierung „jedermann“, in der Bundesrepublik Deutschland ebenfalls Gewerbefreiheit.⁸²⁴ Somit sind Ausländer auch berechtigt, eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Dies gilt auch für den selbstständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe im Sinne des § 1 Abs. 1 HwO.

Bei der Rechtstellung von Ausländern ist zwischen den Bürgern der Europäischen Union und von Ausländern im Übrigen zu differenzieren. Für Erstere gelten die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten;⁸²⁵ dem gemeinschaftsrechtlichen Postulat auf nationaler Ebene trägt § 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern Rechnung.⁸²⁶ Die übrigen Ausländer dürfen ein Gewerbe nur betreiben, wenn ausländerrechtliche Bestimmungen dem nicht entgegenstehen. Das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet,⁸²⁷ das Vorrang vor § 1 Abs. 1 GewO hat, enthält die einschlägigen aufenthaltsrechtlichen Regelungen.⁸²⁸

3.3.17.1. Die Ausländereigenschaft selbst als Ausnahmegrund

Handwerksrechtlich wird Ausländern keine generelle Sonderstellung eingeräumt.⁸²⁹ Für die selbstständige Handwerksausübung bedürfen Ausländer daher ebenfalls der Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 7 HwO. Somit besteht für Ausländer auch die Möglichkeit, gemäß § 7 Abs. 3 HwO mit einer Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle eingetragen zu werden. Insoweit sind Ausländer auch befugt, eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO zu beantragen.⁸³⁰

Die Ausländereigenschaft rechtfertigt es grundsätzlich nicht, geringere Anforderungen an den Tatbestand der Unzumutbarkeit zu stellen. Ein Ausländer darf insoweit nicht schlechter,

⁸²³ Nds. OVG, Beschluss v. 11.02. 2002, AZ: 8 L 1908/00, S. 3 des Urteilsabdrucks; VG Hannover, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 7 A 1908/99, S. 4, 5 des Urteilsabdrucks.

⁸²⁴ vgl. Tettinger/Wank, Gewerbeordnung, Kommentar, 7. A., Rn 100.

⁸²⁵ Dazu ausführlich 6. Kapitel 1. Abschnitt I.

⁸²⁶ Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU-FreizügG) vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 1950, 1986), zuletzt geändert durch Art. 7 G v. 26.2. 2008 (BGBl. I S. 215)

⁸²⁷ Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz-AufenthG), neugefasst durch Bekanntmachung vom 25.2. 2008 (BGBl. I S. 16), zuletzt geändert durch Art. 1a G v. 22.12. 2008 (BGBl. I S. 2965).

⁸²⁸ Ausführlich Lange, Marina: Die Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit durch Ausländer nach ausländerrechtlichen Regelungen. GewArch 1996, 359–366.

⁸²⁹ Hess. VGH, Urteil v. 05.06. 1987, THwE, 243, 244; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 32; Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, GewArch 217–231, 226; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 44.

aber auch nicht besser gestellt werden als ein Deutscher. Ansonsten würden ausländische Handwerker den einheimischen gegenüber grundlos bevorzugt.⁸³¹ Die Ausländereigenschaft kann daher nur in Verbindung mit besonderen Umständen und Schwierigkeiten im beruflichen Werdegang einen Ausnahmegrund begründen.⁸³²

3.3.17.2. Sprachschwierigkeiten

Für einen ausländischen Bewerber im Ausnahmebewilligungsverfahren stellt die Ablegung der Meisterprüfung aufgrund sprachlicher Gründe in der Regel eine größere Belastung dar als für einen inländischen Bewerber.⁸³³ Eine besondere Belastung besteht für den ausländischen Bewerber beispielhaft in der Anfertigung einer Reihe von schriftlichen Arbeiten, die dieser naturgemäß wegen seiner Herkunft aus einem fremden Sprachkreis nicht ohne weiteres bewältigen kann.⁸³⁴ Allerdings rechtfertigen Schwierigkeiten mit der deutschen Sprache keinen Ausnahmefall im Sinne des § 8 HwO. Vielmehr würde die Dispensierung der Ausländer vom Großen Befähigungsnachweis mangels hinreichender deutscher Sprachkenntnisse letztlich die Rechtfertigung des Großen Befähigungsnachweises selbst in Frage stellen.

Denn die für die Meisterprüfung erforderlichen Kenntnisse der deutschen Sprache sind kein Selbstzweck. Vielmehr sind sie für die spätere selbstständige Betriebsführung im Umgang mit Kunden, Lieferanten, Behörden und Mitarbeitern unerlässlich. Daher muss von einem Ausländer, der in Deutschland als selbstständiger Handwerker tätig werden will, verlangt werden, dass er sich die für die Prüfungsvorbereitung und die Prüfung erforderlichen Kenntnisse der deutschen Sprache aneignet.⁸³⁵ Mangelnde Kenntnisse der deutschen Sprache können daher nicht dazu führen, einen Ausländer so zu stellen, als habe er eine deutsche Prüfung abgelegt.⁸³⁶

Bei einem Ausländer, der sich lediglich mit einer fast dreijährigen Unterbrechung 16 Jahre in der Bundesrepublik aufhält, kann davon ausgegangen werden, dass er in dieser Zeit die deutsche Sprache soweit erlernt hat, dass er sich ohne besondere Schwierigkeiten auch zu Fragen im Rahmen der Meisterprüfung äußern kann.⁸³⁷ Ein Ausländer, der seit 15 Jahren in Deutschland lebt und seit 1981 mit einer Deutschen verheiratet ist, hatte genügend Gelegenheit und gute Voraussetzungen, die deutsche Sprache in einem für die Ablegung der Meis-

⁸³⁰ Zur Antragsbefugnis s. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt IV. 2.

⁸³¹ VG Frankfurt a. M., Urteil v. 21.02. 1975, GewArch 1975, 231, 232; LVG Düsseldorf, Urteil v. 20.01. 1960, GewArch 1960, 230, 231.

⁸³² VG Frankfurt a. M., Urteil v. 11.01. 1980, THwE, 245; VG Frankfurt a. M., Urteil v. 09.11. 1979, THwE, 244, 245.

⁸³³ VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1990, GewArch 1992, 64.

⁸³⁴ VG Hamburg, Urteil v. 02.06. 1972, GewArch 1973, 71.

⁸³⁵ VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 30.08. 1983, THwE, 246; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 24.03. 1982, GewArch 1982, 378; VG Minden, Urteil v. 08.02. 1979, THwE, 267; VG Karlsruhe, Urteil v. 24.11. 1992, THwE, 1114.

⁸³⁶ Bay. VGH, Urteil v. 25.11. 1966, GewArch 1969, 114; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 28.03. 1968, GewArch 1968, 255.

terprüfung ausreichenden Umfang zu erlernen.⁸³⁸ Selbst bei einer Minderbegabung beim Erlernen von Fremdsprachen ist eine Zeitspanne von mehr als 30 Jahren ausreichend, um die Kenntnis der deutschen Sprache in einem solchen Ausmaß zu erwerben, wie es für das Ablegen der Meisterprüfung erforderlich ist.⁸³⁹ Zwar sind die Anstrengungen zum Erlernen einer Sprache umso größer, je geringer die natürliche Sprachbegabung ist. Eine unzumutbare Belastung stellt das Erlernen der Sprache des Landes, in dem der Betroffene seit Jahrzehnten seinen Lebensmittelpunkt hat, aber nicht dar. Vielmehr ist die mangelhafte Beherrschung der deutschen Sprache eine Schwierigkeit, die der Prüfling überwinden muss, ebenso wie seine Lücken in der Kenntnis der Schriftsprache und der Rechtschreibung.⁸⁴⁰

Im Ergebnis stellen daher Sprachschwierigkeiten keine unzumutbare Belastung dar, die die Annahme eines Ausnahmefalls im Sinne des § 8 HwO rechtfertigen.⁸⁴¹ Dieses muss auch deshalb gelten, weil in der Meisterprüfung auf Sprachschwierigkeiten Rücksicht genommen wird.⁸⁴²

3.3.17.3. Mangelnde Möglichkeit der Absolvierung des handwerklichen Ausbildungsgangs und der Meisterprüfung in Deutschland

Gründe für die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung können sich für einen Ausländer daraus ergeben, dass er nicht die Möglichkeit gehabt hat, die nach der Handwerksordnung vorgeschriebene Ausbildung zu absolvieren.

Für einen Ausländer, der im Ausland längere Zeit berufstätig war und für den aus Altersgründen die Ablegung der Meisterprüfung nicht mehr in Betracht kommt, ist in der Regel die Ablegung der Meisterprüfung deshalb unzumutbar, weil er nach seinem beruflichen Werdegang nicht die Möglichkeit hatte, eine deutsche Handwerksausbildung zu erhalten.⁸⁴³ Dem Ausländer ist vor allem dann, wenn er in seinem Heimatland bereits selbstständig tätig war, nicht zuzumuten, in Deutschland den handwerklichen Ausbildungsgang und die Meisterprüfung noch nachzuholen.⁸⁴⁴ Hat der ausländische Bewerber um eine Ausnahmegewilligung im Sinne des § 8 HwO allerdings in der Bundesrepublik eine Gesellenprüfung absolviert, ist er damit auch in der Lage, die Meisterprüfung abzulegen. Dadurch erlangt der Umstand, dass

⁸³⁷ Bay. VGH, Urteil v. 25.11. 1966, GewArch 1969, 114.

⁸³⁸ VG Karlsruhe, Urteil v. 24.11. 1992, THwE, 1114.

⁸³⁹ VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1990, GewArch 1992, 64, 65.

⁸⁴⁰ LVG Düsseldorf, Urteil v. 20.01. 1960, GewArch 1959/1960, 230, 231.

⁸⁴¹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 82; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 48; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 143; Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990–1994, NVwZ 1995, 538–547, 543.

⁸⁴² Zutreffend Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 36.

⁸⁴³ BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386, 387; OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27; VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 12 des Urteilsabdrucks.

der Bewerber Ausländer ist, keine Bedeutung.⁸⁴⁵

Allerdings ist stets bei der Prüfung des Vorliegens eines Ausnahmegrundes im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO in den genannten Fällen zusätzlich darauf abzustellen, dass der ausländische Antragsteller noch nicht das Alter erreicht hat, in dem gewöhnlich von deutschen Handwerkern die Meisterprüfung abgelegt wird und die Nachholung dieser Prüfung zumutbar erscheint.⁸⁴⁶

3.3.18. Die Vertriebeneneigenschaft und politische Verfolgung als Ausnahmegrund

Im Gesetzgebungsverfahren zur Handwerksordnung 1953 hat der Gesetzgeber berücksichtigt, welche Personengruppen durch das Rechtsinstitut der Ausnahmegewilligung privilegiert werden sollten. Dazu zählten zur damaligen Zeit auch die Heimatvertriebenen, Flüchtlinge und Spätheimkehrer oder rassistisch, politisch oder religiös Verfolgte aus der Zeit des Nationalsozialismus.⁸⁴⁷ Wenn auch die Rechtsprechung und Literatur zu der Frage, wann bei diesem Personenkreis ein Ausnahmefall anzunehmen ist, teilweise durch die geschichtliche Entwicklung überholt ist, können die diesbezüglich entwickelten Grundsätze auf heutige ähnlich gelagerte Fälle angewendet werden.

Die genannten Personengruppen können sich grundsätzlich nicht automatisch auf das Vorliegen eines Ausnahmegrundes berufen. Denn die Handwerksordnung sieht eine allgemeine Berücksichtigung der diese Antragsteller betreffenden außergewöhnlichen Umstände im Gegensatz zu anderen Bundesgesetzen über die durch § 8 HwO geschaffenen Erleichterungen nicht vor.⁸⁴⁸ Stets ist vielmehr zu prüfen, ob das persönliche Schicksal die Ausbildung unterbrochen oder verhindert hat, so dass ihr Nachholen nach Rückkehr und Integration nicht mehr zumutbar ist.⁸⁴⁹

So kann allein die Hervorhebung der politisch Verfolgten in den Ausschussberatungen zur Handwerksordnung nicht automatisch dazu führen, bei jedem Angehörigen dieser Gruppe einen Ausnahmefall anzunehmen. Eine solche Berücksichtigung kann vielmehr nur dann erfolgen, wenn die politische Verfolgung den Betroffenen in irgendeiner Art in dem Berufs-

⁸⁴⁴ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 48; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 83; Siegert, ohne Vorname: Anmerkung zu LVG Düsseldorf, Urteil v. 20.01. 1960, GewArch 1959/1960, 231.

⁸⁴⁵ VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 13 des Urteilsabdrucks.

⁸⁴⁶ VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1990, GewArch 1992, 64, 65; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 48; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 83.

⁸⁴⁷ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 4172, 7.

⁸⁴⁸ BVerwG, Urteil v. 24.04. 1969, GewArch 1969, 256, 257.

⁸⁴⁹ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 143; Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 147; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 44.

ziel, ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig auszuüben, beeinträchtigt hat.⁸⁵⁰ Es müssen also besondere Umstände vorliegen, die es dem Antragsteller unmöglich gemacht haben, eine geordnete Ausbildung zu erlangen. Jede kriegs- und nachkriegsbedingte Verzögerung der Ausbildung kann daher nicht als Ausnahmegrund anerkannt werden. Denn viele Tausende teilten nach Kriegsende dieses Schicksal und versuchten trotz widriger Umstände ein Handwerk zu erlernen und die Ausbildung abzuschließen.⁸⁵¹ Dieses gilt auch für den Personenkreis der Kriegsgefangenen. Hier spricht die Lebenserfahrung dafür, dass der Antragsteller die Folgen der Kriegsgefangenschaft nach einigen Jahren Arbeitstätigkeit zumindest so weit überwunden hat, dass er in der Lage ist, sich einer Prüfung zu unterziehen.⁸⁵² Daher kann der Mindermeinung nicht gefolgt werden, die in diesen Fällen regelmäßig einen Ausnahmefall annehmen will.⁸⁵³

Auf die Gruppe der Heimatvertriebenen finden die genannten Grundsätze ebenfalls Anwendung. Auch für diesen Personenkreis ist weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines Ausnahmegrundes, dass dem Antragsteller die Nachholung der Meisterprüfung nicht mehr zumutbar ist.⁸⁵⁴ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn Vertriebene eine der Meisterprüfung gleichwertige Prüfung im Ausland abgelegt haben.⁸⁵⁵

Wenn der Antragsteller hingegen 20 Jahre als politischer Flüchtling in der Bundesrepublik lebt, ist ihm die Ablegung der Meisterprüfung zumutbar.⁸⁵⁶

3.3.19. Frühere befristete Ausnahmegewilligungen als Ausnahmegrund

Eine Ausnahmegewilligung im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO kann gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 HwO befristet erteilt werden.⁸⁵⁷ Unterschiedliche Meinungen bestehen darüber, ob aus der Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung ein Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO erwächst, wenn der Antragsteller nach Ablauf der befristeten Ausnahmegewilligung später einen neuen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung stellt und sich hierbei auf die frühere befristete Ausnahmegewilligung beruft.

⁸⁵⁰ OVG Münster, Urteil v. 09.04. 1958, GewArch 1959, 14, 15; OVG Münster, Urteil v. 29.04. 1959, THwE, 317; OVG Münster, Urteil v. 17.02. 1969, THwE, 247.

⁸⁵¹ VG Köln, Urteil v. 03.08. 1972, GewArch 1973, 68, 69.

⁸⁵² VG Frankfurt a. M., Urteil v. 08.12. 1978, GewArch 1979, 127; OVG Berlin, Urteil v. 20.01. 1965, THwE, 252, 253; im Ergebnis auch VG Koblenz, Urteil v. 29.09. 1961, THwE, 221.

⁸⁵³ So aber OVG Münster, Urteil v. 25.09. 1963, THwE, 229, 230.

⁸⁵⁴ Bay. VGH, Urteil v. 23.09. 1976, GewArch 1977, 95, 96; VG Berlin, Urteil v. 31.03. 1965, GewArch 1966, 88, 89; ebenso im Ergebnis Bay. VGH, Beschluss v. 30.03. 1976, GewArch 1976, 198, 199.

⁸⁵⁵ Büttner, Erhard: Die Eintragung von Vertriebenen und Heimatvertriebenen, Sowjetzonenflüchtlingen, Aussiedlern und heimatlosen Ausländern in die Handwerksrolle. GewArch 1966, 265–269, 268.

⁸⁵⁶ Im Ergebnis VG Hamburg, Urteil v. 02.06. 1972, GewArch 1973, 71.

⁸⁵⁷ Ausführlich dazu 3. Kapitel 4. Abschnitt III.

3.3.19.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt in seinem Urteil vom 09. Februar 1962 die Meinung, dass unter bestimmten Voraussetzungen nach früherer Erteilung einer befristeten Ausnahmebewilligung dem Antragsteller später eine unbefristete Ausnahmebewilligung erteilt werden muss.⁸⁵⁸ In dem zu entscheidenden Fall hatte der Antragsteller zwölf Jahre zuvor eine Ausnahmebewilligung erhalten, danach einen ererbten Handwerksbetrieb selbstständig geleitet und war ordnungsgemäß in die Handwerksrolle eingetragen. Das Gericht argumentiert, dass der Antragsteller in dieser Zeit seinem Betrieb seine Lebensarbeit und vermutlich auch nicht unerhebliche Geldmittel gewidmet hat. Daher liege es nicht im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ihm die Erteilung der Ausnahmebewilligung - sofern er den Befähigungsnachweis auch ohne Ablegung der Meisterprüfung erbringt - mit der Begründung zu verweigern, dass hier kein Ausnahmefall vorliegt. In einer weiteren Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung bestätigt.⁸⁵⁹ In dem zu entscheidenden Fall hatte der Antragsteller zweimal eine befristete Ausnahmebewilligung erhalten und später eine dritte befristete Ausnahmebewilligung beantragt, die jedoch mangels Vorliegens eines Ausnahmefalls abgelehnt worden war. Das Gericht führt dazu aus, dass hier die Ausnahmebewilligung nicht mit der Begründung hätte abgelehnt werden können, dass ein Ausnahmefall nicht vorliegt. Dabei berücksichtigt das Gericht zu Gunsten des Antragstellers, dass dieser über zehn Jahre einen handwerklichen Betrieb einwandfrei und erfolgreich selbstständig geleitet und der Erhaltung und Entwicklung des Betriebes seine Arbeitskraft gewidmet hat.

Dagegen urteilt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, dass die Erteilung einer erneuten Ausnahmebewilligung für den Antragsteller deshalb nicht geboten ist, weil der Antragsteller zuvor zweimal eine Ausnahmebewilligung erhalten hatte.⁸⁶⁰ In dem zu entscheidenden Fall war dem Antragsteller durch die vorhergegangenen Ausnahmebewilligungen eine sehr lange Frist für die Ablegung der Meisterprüfung zugebilligt worden. Darüber hinaus hatte er immer wieder versichert, er wolle die Meisterprüfung ablegen und sich hierzu auch ausdrücklich verpflichtet. Das Gericht führt dazu aus, der Berufsbewerber müsse sich darüber im Klaren sein, dass es sich bei der Erteilung einer befristeten Ausnahmebewilligung nicht um eine Dauerlösung, sondern um eine vorläufige Maßnahme handelt. Wenn der Antragsteller die Frist für die Ablegung der Meisterprüfung nicht genutzt hat, könne er sich nunmehr nicht auf einen Ausnahmefall berufen.

⁸⁵⁸ BVerwG, Urteil v. 09.02. 1962, GewArch 1962, 175, 176.

⁸⁵⁹ BVerwG, Urteil v. 14.10. 1965, GewArch 1966, 86, 87.

⁸⁶⁰ Bay. VGH, Urteil v. 28.02. 1963, GewArch 1963, 210, 211; so auch Bay. VGH, Beschluss v. 02.02. 2006, AZ.: 22 ZB 05.2111, S. 3, 4 des Urteilsabdrucks.

Das Verwaltungsgericht Arnsberg bestätigt die Meinung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und stellt fest, dass nach Ablauf der Befristung kein schutzwürdiges Vertrauen des Antragstellers darauf besteht, dass ihm erneut eine Ausnahmegewilligung erteilt wird.⁸⁶¹ In einer weiteren Entscheidung vertritt das Verwaltungsgericht Arnsberg den Standpunkt, dass etwas anderes nur dann gelten kann, wenn der Kläger aufgrund der vorherigen Ausnahmegewilligungen berechtigterweise darauf vertrauen durfte, dass letztlich die zuständige Verwaltungsbehörde davon absehen wird, von ihm den vollen Befähigungsnachweis im Sinne des § 7 HwO zu fordern.⁸⁶² Der Antragsteller müsse wissen, dass durch die mehrfache Verlängerung der befristeten Ausnahmegewilligungen kein Dauerzustand geschaffen werden sollte. Die dargestellte Genehmigungspraxis habe daher nicht zu einem Ausnahmetatbestand im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO geführt.

Auch das Verwaltungsgericht Oldenburg schließt sich dieser Argumentation an und weist darauf hin, dass durch die einmalige Erteilung der befristeten Ausnahmegewilligung keine Ausnahmesituation für den Antragsteller geschaffen worden ist, weil seine Lage dadurch nicht verschlechtert, sondern nur begünstigt worden ist.⁸⁶³ Daher erwachse aus der einmaligen Erteilung der Ausnahmegewilligung nicht die Pflicht der Verwaltungsbehörde, die einmal erteilte Ausnahmegewilligung zu verlängern. Das Verwaltungsgericht Köln vertritt den Standpunkt, dass die Tatsache, dass dem Antragsteller bereits einmal eine Ausnahmegewilligung erteilt worden ist, nicht allein einen Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO begründen kann.⁸⁶⁴ Diese seien nämlich allein zu dem Zweck erteilt worden, die Meisterprüfung abzulegen, ohne den Betrieb aufgeben zu müssen.

Ein Antragsteller kann sich nach Meinung des Verwaltungsgerichts Kassel nicht auf die wiederholte Erteilung befristeter Ausnahmegewilligungen durch die Verwaltungsbehörde als Ausnahmegrund berufen, wenn diese im Vertrauen auf die Zusage des Antragstellers, die Meisterprüfung abzulegen, entgegenkommenderweise nichts gegen ihn unternommen hat.⁸⁶⁵ Beruft sich der Antragsteller nunmehr darauf, er habe das Handwerk nunmehr bereits längere Zeit selbstständig ordnungsgemäß geführt, würde dieses eine Bevorzugung gegenüber gesetzestreuen Handwerkern bedeuten.

Vermittelnd vertritt das Oberverwaltungsgericht Münster die Auffassung, dass durch die Gewährung einer früheren befristeten Ausnahmegewilligung nicht endgültig den besonderen Verhältnissen des Falles Rechnung getragen wird, so dass eine spätere Ausnahmegewilligung nicht mehr in Frage kommt. Denn oft lasse sich erst rückwirkend klären, ob die erste

⁸⁶¹ VG Arnsberg, Urteil v. 26.11. 1987, GewArch 1989, 299, 300.

⁸⁶² VG Arnsberg, Urteil v. 25.10. 1979, GewArch 1980, 129, 130.

⁸⁶³ VG Oldenburg, Urteil v. 27.01. 1993, GewArch 1994, 70.

⁸⁶⁴ VG Köln, Urteil v. 14.11. 1974, GewArch 1975, 230, 231.

⁸⁶⁵ VG Kassel, Urteil v. 19.01. 1966, GewArch 1967, 207, 208.

Ausnahmebewilligung ausgereicht hat und ob nicht vielmehr schon damals die Erreichung einer unbefristeten Ausnahmebewilligung geboten gewesen ist.⁸⁶⁶

3.3.19.2. Die Meinung der Literatur

Kritisch mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzen sich Fröhler/Stolz auseinander. Dem Antragsteller sei im Zeitpunkt der Sachentscheidung über die Erteilung einer befristeten Ausnahmebewilligung die Ablegung der Meisterprüfung nicht zuzumuten. Damit werde jedoch gleichzeitig der Anspruch auf Erteilung einer unbefristeten Ausnahmebewilligung verneint. Die Erteilung einer befristeten Ausnahmebewilligung bedeute jedoch auch, dass dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung in Zukunft zuzumuten ist. Nur dann, wenn im Verlauf der Vorbereitung auf die Meisterprüfung während der Frist Umstände eintreten, die die zeitweise oder dauernde Unzumutbarkeit begründen, müsse die Frist verlängert beziehungsweise eine unbefristete Ausnahmebewilligung erteilt werden. Unbeachtlich sei insbesondere das Vorbringen des Antragstellers, er habe seinem Betrieb seine Lebensarbeit und erhebliche Geldmittel gewidmet. Hätte er dies vor Erteilung der befristeten Ausnahmebewilligung getan, so hätte ihm diese unbefristet erteilt werden müssen, soweit diese Tatsachen die Annahme eines Ausnahmefalls rechtfertigen würden. Wenn dies aber erst nach Erteilung der befristeten Ausnahmebewilligung erfolgt ist, könne der Antragsteller insofern keinen Vertrauensschutz genießen. Allerdings sei es grundsätzlich durchaus möglich, im Anschluss an eine befristete Ausnahmebewilligung eine weitere Ausnahmebewilligung, ob befristet oder unbefristet, zu erteilen. Dies setze jedoch voraus, dass die Ablegung der Meisterprüfung in der Zeit seit der Erteilung der befristeten Ausnahmebewilligung für den Antragsteller unzumutbar geworden ist. Im Ergebnis seien also neue, bisher nicht berücksichtigte Ausnahmegründe erforderlich.⁸⁶⁷

Die frühere Erteilung einer Ausnahmebewilligung spricht nach Meinung von Honig/Knörr weder automatisch für noch gegen eine spätere weitere Ausnahmebewilligung. Vielmehr komme es immer auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an. Nach einer befristeten Ausnahmebewilligung könne einerseits eine auf Dauer in Frage kommen; andererseits könne auch eine Ausnahmebewilligung für ein Handwerk abgelehnt worden sein, während später die Erteilung gerechtfertigt ist.⁸⁶⁸

Die einmalige Erteilung einer befristeten Ausnahmebewilligung bedingt auch nach Meinung

⁸⁶⁶ OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1968, 164, 165.

⁸⁶⁷ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 31, 32; ebenso Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 148.

⁸⁶⁸ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 27.

von Heck kein schutzwürdiges Interesse des Antragstellers darauf, dass nunmehr automatisch eine weitere Ausnahmegewilligung bejaht werden kann. Ein Vertrauenstatbestand zugunsten des Berufsbewerbers, aus dem eine solche Pflicht der Behörde erwächst, sei demgemäß abzulehnen. Weiter argumentiert Heck, dass durch die Erteilung keine Ausnahmesituation für den Antragsteller geschaffen worden ist; die Erteilung einer Ausnahmegewilligung habe seine Lage nicht verschlechtert, sondern nur begünstigt. Bei der Erteilung einer weiteren Ausnahmegewilligung, so Heck, sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.⁸⁶⁹ Auch Dieckmann vertritt die Auffassung, dass aus einer wiederholten Befristung nicht ohne weiteres ein Vertrauenstatbestand erwächst, der dann zur Erteilung einer weiteren befristeten oder sogar unbefristeten Ausnahmegewilligung nötig.⁸⁷⁰ Vielmehr ist nach Ablauf der Frist, wie Detterbeck ausführen, durch die Behörde erneut zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Ausnahmegewilligung - in diesen Fällen der Ausnahmegrund, da die Befähigung bereits anerkannt worden ist - von dem Bewerber erfüllt werden, wenn er nicht bis zum Ablauf der Frist die Meisterprüfung abgelegt hat. Der Antrag sei durch die Behörde dann abzulehnen, wenn die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller nunmehr zumutbar ist.⁸⁷¹

3.3.19.3. Die Meinung der Rechtsprechung und Literatur zur erneuten Befristung unter bestimmten Umständen

Teilweise wird im Zusammenhang mit der Frage der Erteilung einer weiteren befristeten Ausnahmegewilligung und den dafür erforderlichen Voraussetzungen sowohl der besondere Aspekt der Verzögerung der Ablegung der Meisterprüfung als auch eine nicht ausreichende Frist zur Ablegung der Meisterprüfung berücksichtigt.

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ hält bei Ablauf einer befristeten Ausnahmegewilligung eine erneute befristete Ausnahmegewilligung und damit einen Ausnahmefall dann für gegeben, wenn sich die Ablegung der Meisterprüfung aufgrund von Umständen verzögert hat, die vom Antragsteller nicht zu vertreten sind. Ebenso sei danach zu verfahren, wenn die erste Frist nicht ausreichend gewesen ist, zum Beispiel weil der Kandidat die Meisterprüfung nicht bestanden hat und diese wiederholen will.⁸⁷²

Dazu erläutert Heck, dass von dieser Regelung nicht die Fälle erfasst werden sollen, in denen der Antragsteller nach Nichtbestehen der Meisterprüfung erstmals eine Ausnahmegewilligung beantragt. Das Institut der Ausnahmegewilligung sei gerade nicht dafür geschaffen worden, gescheiterten Meisterprüfungskandidaten quasi alternativ über eine Ausnahmebe-

⁸⁶⁹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 72.

⁸⁷⁰ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 151.

⁸⁷¹ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 62; ebenso Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 148.

⁸⁷² Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

willigung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks zu verhelfen.⁸⁷³

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof lässt offen, ob die vom Bund-Länder-Ausschuss vertretene Meinung auch die Fälle umfasst, in denen der Berufsbewerber nicht unmittelbar nach Ablauf der ersten befristeten Ausnahmegewilligung, sondern erst geraume Zeit später eine weitere befristete Ausnahmegewilligung beantragt. Allerdings könne die Bereitschaft des Antragstellers, die Meisterprüfung zu wiederholen, diesen nicht von der Erfüllung der zwingenden Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO suspendieren, insbesondere nicht vom Nachweis eines mit unzumutbaren Belastungen verbundenen Ausnahmefalls.⁸⁷⁴

Dieckmann verlangt ebenfalls das Vorliegen eines Ausnahmefalls, um eine weitere befristete Ausnahmegewilligung zu rechtfertigen. Zunächst aber sei allein schon deshalb für eine weitere Befristung bei Versagen in der Meisterprüfung kein Raum, da aufgrund der nicht bestandenen Meisterprüfung feststeht, dass die zur Führung eines Handwerksbetriebes notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht vorliegen. Zwar könne etwas anderes gelten, wenn der Bewerber lediglich den Teil IV, also die Prüfung der Kenntnisse der Berufs- und Arbeitspädagogik, nicht bestanden hat. Dies gelte jedoch nur dann, wenn - was in der Regel zu verneinen sein dürfte - ein Ausnahmegrund nach wie vor gegeben ist.⁸⁷⁵

Ein intensives Bemühen um das Ablegen der Meisterprüfung ist nach Meinung von Dürr ein wesentliches Element der Ausnahmegewilligung. Fehlt das Bemühen, so könne eine erneute Ausnahmegewilligung nach Ablauf der Frist nicht erteilt werden. Dabei verlangt Dürr von den Handwerkskammern, dass diese im Rahmen der notwendigen Fürsorge gegenüber Kammermitgliedern über Vorbereitungskurse und Prüfungstermine innerhalb der Frist zu beraten und auch bei der Verschiebung von Prüfungsterminen auf die laufenden Ausnahmegewilligungen Rücksicht zu nehmen hätten.⁸⁷⁶

3.3.19.4. Diskussion

Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ist gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach die Ablegung der Meisterprüfung für den Berufsbewerber eine unzumutbare Belastung bedeutet. Dieses gilt auch für eine Ausnahmegewilligung, die gemäß § 8 Abs. 2 HwO befristet erteilt wird.⁸⁷⁷

Ist eine befristete Ausnahmegewilligung abgelaufen, muss ihr Inhaber einen neuen Antrag

⁸⁷³ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 282.

⁸⁷⁴ Bay. VGH, Beschluss v. 16.07. 2002, GewArch 2002, 431, 432.

⁸⁷⁵ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 151, 152.

⁸⁷⁶ Dürr, Wolfram: Anmerkung zu OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 166.

⁸⁷⁷ Ausführlich s. u. 3. Kapitel 4. Abschnitt III.

auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung, ob befristet oder unbefristet, stellen. Die Erteilung einer weiteren Ausnahmegewilligung setzt voraus, dass zu prüfen ist, ob zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach dem Antragsteller die Meisterprüfung nicht zuzumuten ist. Daraus folgt, dass allein aus der Tatsache, dass dem Antragsteller eine befristete Ausnahmegewilligung bereits einmal erteilt worden ist, kein Ausnahmegrund hergeleitet werden kann. Denn der Antragsteller ist ja durch die vorherige Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung nicht schlechter, sondern besser gestellt worden; hat man ihm doch in einem bestimmten Zeitrahmen die Möglichkeit gegeben, die Meisterprüfung abzulegen. Hat der Antragsteller die ihm eingeräumte Frist nicht genutzt, ist es ihm verwehrt, sich nunmehr auf die vorhergehende Befristung als Ausnahmefall zu berufen. Insbesondere kann die Erteilung von einer oder auch mehreren befristeten Ausnahmegewilligungen keinen Vertrauenstatbestand dergestalt beim Antragsteller schaffen, dass er davon ausgeht, die Verwaltungsbehörde werde auf Dauer auf die Ablegung der Meisterprüfung verzichten. Dieses widerspräche auch dem Sinn einer Befristung. Denn anderenfalls wäre die Ausnahmegewilligung ja bereits am Anfang nicht befristet, sondern unbefristet zu erteilen gewesen.

Der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die verlangt, dass unter bestimmten Voraussetzungen nach früherer Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung dem Antragsteller später eine unbefristete Ausnahmegewilligung erteilt werden muss, kann daher nicht gefolgt werden. Diese Rechtsprechung verkennt, dass nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO ein Ausnahmefall nur dann vorliegt, wenn für den Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Das Argument, dass der Antragsteller in der Zeit der vorherigen Befristungen seinem Betrieb seine Lebensarbeit und auch nicht unerhebliche Geldmittel gewidmet hat und dies einen Ausnahmegrund darstellt, geht fehl. Dieses würde bedeuten, dass es der Inhaber einer befristeten Ausnahmegewilligung stets selbst in der Hand hat, durch Aufwand von Zeit und Investitionen die Ablegung der Meisterprüfung zu umgehen. Die Folge wäre eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung dieser Antragsteller gegenüber denjenigen Berufsbewerbern, die sich nach Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung der Meisterprüfung stellen.

Der Meinung des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“, der sowohl die Verzögerung der Ablegung der Meisterprüfung als auch eine nicht ausreichende Frist zur Ablegung der Meisterprüfung zugunsten des Antragstellers, der eine erneute befristete Ausnahmegewilligung begehrt, berücksichtigen will, kann nur eingeschränkt gefolgt werden. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof weist zunächst, ebenso wie Dürr, zu Recht darauf hin, dass die Wiederholungsbereitschaft des Antragstellers zur Ablegung der Meisterprüfung den Aus-

nahmegrund nicht ersetzen kann. In diesem Zusammenhang ist Dürr zuzustimmen, dass dieses ein wesentliches Element bei der Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung darstellt. Würde die Wiederholungsbereitschaft fehlen, wäre für die Erteilung einer weiteren befristeten Ausnahmegewilligung, abgesehen von der Frage des Vorliegens eines Ausnahmegrundes, kein Raum.

Dem Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ kann aber insoweit zugestimmt werden, dass, wenn sich die Ablegung der Meisterprüfung aus Umständen verzögert hat, die der Antragsteller nicht zu vertreten hat, diese Tatsache einen Ausnahmegrund darstellen kann, der die Erteilung einer weiteren befristeten Ausnahmegewilligung rechtfertigt. Denkbar ist dies beispielsweise bei der Verschiebung von Prüfungsterminen. Wenn der Antragsteller hingegen in der seinem erneuten Antrag auf Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung vorangegangenen Meisterprüfung versagt hat, stellt dies zunächst keinen Ausnahmegrund dar, da das Versagen in einer Meisterprüfung selbst grundsätzlich keinen Ausnahmefall darstellt.⁸⁷⁸ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die dem Antragsteller von der Verwaltungsbehörde gesetzte Frist zur Ablegung der Meisterprüfung früher geendet hat, als ihm zumutbar war.⁸⁷⁹ In diesen Fällen, die in der Praxis selten sein werden, ist eine strenge Prüfung des Einzelfalls erforderlich.

3.3.20. Sehr lange Wartezeiten für die Ablegung der Meisterprüfung und auf Kurse zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung als Ausnahmegrund

Wenn der Prüfling die Voraussetzungen zur Ablegung der Meisterprüfung erfüllt hat, ist eine alsbaldige Prüfung zu gewährleisten. Bei sehr langen Wartezeiten für die Ablegung der Meisterprüfung ist nach Meinung des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ in der Regel ein Ausnahmefall anzunehmen.⁸⁸⁰ Dies soll auch bei sehr langen Wartezeiten für Kurse zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung, soweit sich nach den Erfahrungen der Praxis die Teilnahme an solchen Kursen als notwendig für das Bestehen der Meisterprüfung erwiesen hat, gelten. Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ hält später an dieser Meinung fest und führt ergänzend aus, dass in der Regel eine Wartezeit von drei Jahren auf einen Meisterkurs zur Vorbereitung oder für die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar ist.⁸⁸¹

Auch Depenbrock nimmt einen Ausnahmefall an, wenn aufgrund des außergewöhnlichen Umstandes, dass die nächste Meisterprüfung für den Berufsbewerber auf einen zu späten Termin gelegt ist, dem Antragsteller die Teilnahme an der Meisterprüfung nicht zugemutet

⁸⁷⁸ S. u. 3. Kapitel 3. Abschnitt 3.3.22.2.

⁸⁷⁹ Zur Länge der Befristung s. u. 3. Kapitel 4. Abschnitt III.

⁸⁸⁰ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 17.12. 1987, GewArch 1988, 59–61, 60.

⁸⁸¹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

werden kann.⁸⁸² Ebenso will Stork zu Gunsten des Antragstellers lange Wartezeiten für die Ablegung der Meisterprüfung beziehungsweise für Kurse zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung bei der Prüfung der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung berücksichtigen.⁸⁸³

Bei der gebotenen großzügigen Betrachtungsweise unter der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles ist dieser einhelligen Meinung zu folgen. Allerdings dürften solche Fälle in der Praxis eher die Ausnahme sein und Handwerke betreffen, die selten vorkommen und für die daher keine Meisterprüfungsausschüsse in jedem Handwerkskammerbezirk errichtet sind. Gleiches gilt für Kurse zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung.

3.3.21. Die Gesamtbetrachtung aller Umstände als Ausnahmegrund

In der Verwaltungspraxis ist im Ausnahmegenehmigungsverfahren auch über solche Sachverhalte zu entscheiden, bei denen in der Person des Antragstellers eine Fülle von Lebensumständen vorliegt, die ihm die Ablegung der Meisterprüfung erschweren, von denen aber jeder für sich allein für die Annahme eines Ausnahmegrundes nicht ausreicht. Denkbar ist, dass in diesen Fällen gleichwohl ein Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO anzunehmen ist.

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ vertritt bereits in seiner Bekanntmachung vom 30. Juni 1994 die Meinung, dass über die Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegt, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden ist. Dabei seien Sachverhalte, die für oder gegen einen Ausnahmegrund sprechen, in einem Zusammenhang zu bewerten, der die gesamte wirtschaftliche und soziale Situation des Antragstellers umfasst.⁸⁸⁴ In seiner Bekanntmachung vom 21. November 2000 bekräftigt der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ seinen Standpunkt und führt aus, dass Ausnahmefälle aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles dann anzunehmen sind, wenn es eine übermäßige, nicht zumutbare Belastung darstellen würde, einen Antragsteller auf die Ablegung der Meisterprüfung zu verweisen.⁸⁸⁵ Damit entsteht für die genannten Fälle ein Auffangtatbestand, der bei der Gesamtbetrachtung aller Umstände einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 HwO darstellt.⁸⁸⁶

⁸⁸² Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1065.

⁸⁸³ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 87.

⁸⁸⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 384.

⁸⁸⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

⁸⁸⁶ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegenehmigungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 289.

Bei der Beantwortung der Frage, ob dieser Meinung gefolgt werden kann, ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht vertritt den Standpunkt, dass nur eine Verwaltungspraxis, die bei der Entscheidung über Ausnahmegewilligungsanträge die die Ablegung der Meisterprüfung im Einzelfall besonders erschwerenden Umstände hinreichend berücksichtigt, sich an Artikel 12 GG orientiert und seinem Schutzgedanken gerecht wird.⁸⁸⁷ Daher verlangen die Rechtsprechung⁸⁸⁸ und die Literatur⁸⁸⁹ die Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Falls bei der Prüfung, ob ein Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO vorliegt.

Unter der Berücksichtigung des Leitgedankens der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass von dem Instrument der Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden soll, erscheint es gerechtfertigt, dann einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO anzunehmen, wenn zwei oder mehr Umstände vorliegen, die es dem Antragsteller bei der Einzelbetrachtung dieser Umstände zwar für zumutbar erscheinen lassen, die Meisterprüfung abzulegen, bei einer gemeinsamen Betrachtung allerdings zur Unzumutbarkeit führen. Allerdings ist dieser Ausnahmegrund nicht zu großzügig zu handhaben; bei den einzelnen Umständen muss es sich stets um besonders erschwerende Momente für den Antragsteller handeln.

Befindet sich beispielsweise ein Antragsteller schon recht nahe an der Altersgrenze, ab der die Ablegung der Meisterprüfung regelmäßig nicht mehr zumutbar ist, kann ein Ausnahmefall dann angenommen werden, wenn der Antragsteller durch seine Familie stark belastet ist und im Geschäft des Partners mithelfen muss, um „wirtschaftlich über die Runden zu kommen“.⁸⁹⁰ Gleiches gilt, wenn die Unterhaltsverpflichtungen des Antragstellers aufgrund einer überdurchschnittlichen Familiengröße ungewöhnlich hoch sind und gleichzeitig die Arbeitszeit des Antragstellers so ungünstig ist, dass es ihm nicht möglich ist, den erforderlichen Zeitaufwand zu Erlangung der Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung und zur Vorbereitung darauf zu erbringen.⁸⁹¹ Auch die durch „Outsourcing“ drohende oder bereits bestehende Arbeitslosigkeit des Antragstellers ist bei Gesamtbetrachtung der Umstände geeignet, einen Ausnahmefall zu begründen.

⁸⁸⁷ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160; BVerfG, Kammerbeschluss v. 04.04. 1990, GewArch 1991, 137.

⁸⁸⁸ BVerwG, Beschluss v. 12.04. 1991, Buchholz, § 8 HwO Nr. 12, 2; BVerwG, Urteil v. 08.12. 1992, GewArch 1993, 165; BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481; Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 383; OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999, GewArch 2000, 75, 76.

⁸⁸⁹ Honig/Knörr, HwO, 3. A., § 8 Rn 29; im Ergebnis Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 63; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 29; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 25; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 203.

⁸⁹⁰ Vgl. VG Hamburg, Urteil v. 15.03. 2000, AZ: 3 VG 4718/99, S. 7, 8 des Urteilsabdrucks.

⁸⁹¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

3.3.22. Das vorausgegangene Versagen in der Meisterprüfung und der Ausnahmefall

Im Ausnahmegewilligungsverfahren kann dem vorausgegangenen Versagen in der Meisterprüfung aus zweierlei Gründen Bedeutung zukommen. Zum einen berufen sich Antragsteller dann auf einen Ausnahmefall, wenn sie nach viermaligem Nichtbestehen der Prüfung von weiteren Prüfungsversuchen ausgeschlossen sind. Zum anderen könnte der Antragsteller durch Teilnahme an Prüfungen zu erkennen gegeben haben, dass ihm eine Meisterprüfung zumutbar ist und er sich folglich nicht auf eine Ausnahmesituation in anderer Hinsicht berufen kann.

Dabei ist zu differenzieren, ob der Antragsteller endgültig in der Meisterprüfung gescheitert oder ihm noch eine Wiederholung der Prüfung möglich ist.

3.3.22.1. Der endgültige Ausschluss von weiteren Prüfungsversuchen

Dem Meisterprüfling stehen, wenn er in der Meisterprüfung versagt hat, drei Wiederholungsmöglichkeiten offen, § 3 Abs. 1 AMVO.⁸⁹² Scheitert der Prüfling auch hier, ist er von der Teilnahme an der Meisterprüfung für das angestrebte Handwerk endgültig ausgeschlossen.

3.3.22.1.1. Der endgültige Ausschluss von weiteren Prüfungsversuchen selbst als Ausnahmegrund

Wenn die Vorschrift des § 3 AMVO weitere Wiederholungsmöglichkeiten der Meisterprüfung nicht gestattet, kann dieses keinen Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO begründen. Denn wenn ein Antragsteller in der Meisterprüfung keinen Erfolg hatte und die Prüfung nicht mehr wiederholen darf, tritt die vom Gesetzgeber beabsichtigte Folge ein: Bewerber, die den Prüfungsanforderungen nicht entsprechen, werden von der selbstständigen Ausübung des Handwerks ausgeschlossen. Denn es ist gerade Sinn der Meisterprüfung, nicht geeignete Bewerber in der Prüfung zu erkennen und von der Ausübung eines selbstständigen Handwerks fernzuhalten. Diese Rechtsfolge ist vom Gesetzgeber beabsichtigt, auch im Interesse der Leistungsfähigkeit des Handwerks. Der in der Meisterprüfung endgültig gescheiterte Antragsteller steht daher am Abschluss eines Verfahrens, welches das vom Gesetzgeber gewollte und reguläre Verfahren darstellt.⁸⁹³ Anderenfalls hätte es der Bewerber selbst in der Hand, sich durch ein, möglicherweise gewolltes Versagen in der Meisterprüfung in die Situation zu manövrieren, dass, wenn er nicht mehr zur Meisterprüfung antreten kann, nun-

⁸⁹² Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk und in handwerksähnlichen Gewerben vom 18. Juli 2000 (BGBl. I S. 1078), geändert durch Erste Änderungsverordnung vom 16. August 2004 (BGBl. I S. 2191). Das frühere Recht der AMVO liess lediglich 2 Wiederholungsmöglichkeiten zu.

⁸⁹³ Bay. VGH, Urteil v. 21.03. 1975, GewArch 1977, 226; VG Freiburg, Urteil v. 01.10. 1985, GewArch 1986, 273.

mehr ein Ausnahmetatbestand im Sinne des § 8 HwO eröffnet ist. Dem steht auch nicht der Rechtsgedanke des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO entgegen, nach dem eine „Vergangenheitsforschung“, warum der Berufsbewerber die Meisterprüfung nicht abgelegt hat, ausgeschlossen ist. Danach ist es lediglich unzulässig, zum Nachteil des Berufsbewerbers dessen, wenn auch mögliche, Nichtteilnahme an einer Meisterprüfung zu berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn der Berufsbewerber durch eine erfolglose Prüfung dokumentiert hat, dass er damals die Möglichkeit hatte, sich Vorbereitungen zu unterziehen.⁸⁹⁴

Das Vorgesagte muss auch dann gelten, wenn der Antragsteller die erste Meisterprüfung und zwei Wiederholungsprüfungen nicht bestanden hat, zur letzten Wiederholungsprüfung nicht antritt mit der Folge, dass er nunmehr keine Möglichkeit mehr hat, die Meisterprüfung abzulegen, und er sich nunmehr auf das endgültige Scheitern als Ausnahmegrund beruft.⁸⁹⁵

Im Ergebnis zu derselben Ansicht gelangen Fröhler/Stolz, allerdings unter der Voraussetzung, dass dem Antragsteller die Ablegung der letzten Meisterprüfung zumutbar war. In diesem Fall könne das endgültige Scheitern in der Meisterprüfung keinen Ausnahmefall begründen.⁸⁹⁶

3.3.22.1.2. Der endgültige Ausschluss von weiteren Prüfungsversuchen und die unzumutbare Belastung aus anderen Gründen

Nicht einheitlich wird in Rechtsprechung und Literatur der endgültige Ausschluss von weiteren Prüfungsversuchen beurteilt, wenn sich der Antragsteller später auf die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung beruft, wobei die Unzumutbarkeit nicht in dem endgültigen Versagen in der Meisterprüfung selbst begründet ist. Dabei ist zu unterscheiden, ob sich der Antragsteller auf Gründe beruft, die vor Ablegung der Prüfung entstanden sind oder auf Gründe, die nach Ablegung der Prüfung eingetreten sind. Dabei kann sich die Unzumutbarkeit auf die letzte Meisterprüfung beziehen, in der der Antragsteller gescheitert ist, oder sogar auf alle fehlgeschlagenen Versuche.

3.3.22.1.2.1. Vor dem endgültigen Scheitern entstandene unzumutbare Belastungen

Hat der Antragsteller die Prüfung gerade deshalb nicht bestanden, weil sie für ihn eine unzumutbare Härte bedeutet hat und für ihn daher nicht zumutbar war, muss der Antragsteller im Ausnahmewilligungsverfahren auch mit Ausnahmegründen gehört werden, die vor der Ablegung dieser Prüfung entstanden sind.⁸⁹⁷ So hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-

⁸⁹⁴ VG Stuttgart, Urteil v. 06.12. 2002, GewArch 2004, 35, 36.

⁸⁹⁵ Vgl. VG Frankfurt a. M., Urteil v. 08.02. 1980, THwE, 269, 270.

⁸⁹⁶ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 35; s. u. 3. Kapitel 3. Abschnitt 3.3.22.1.2.1.

⁸⁹⁷ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 70; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 35.

Württemberg eine gesundheitliche Beeinträchtigung in Form eines Sprachfehlers nur dann als Ausnahmefall anerkannt, wenn der Antragsteller allein wegen seines Sprachfehlers in der mündlichen Prüfung versagt hat und deshalb die Prüfung insgesamt nicht bestanden hat.⁸⁹⁸ Auch das Obergerverwaltungsgericht Münster vertritt den Standpunkt, dass ein mehrfaches Nichtbestehen der Meisterprüfung nicht immer den nicht widerlegbaren Beweis liefert, dass dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung zumutbar war.⁸⁹⁹ In dem zu entscheidenden Fall hatte der Antragsteller, der sich als Spätheimkehrer in einem schlechten Gesundheitszustand befand, aufgrund der von ihm nicht zu vertretenden Erkrankung in drei Meisterprüfungen, also endgültig, versagt. Aufgrund der besonderen Verhältnisse des Bewerbers hat das Gericht hier einen Ausnahmefall angenommen.

Fröhler/Stolz folgen dieser Auffassung und führen aus, dass in den Fällen des endgültigen Scheiterns des Antragstellers in der Meisterprüfung zu prüfen ist, ob ihm die Ablegung der letzten Prüfung zumutbar war. Der Antragsteller könne, wenn dies der Fall sei, auch noch mit Ausnahmegründen gehört werden, die vor der Ablegung dieser Prüfung entstanden sind. Anderenfalls könne die nunmehrige Unmöglichkeit der Ablegung der Meisterprüfung keinen Ausnahmefall begründen.⁹⁰⁰

Hingegen lehnt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Feststellung der Unzumutbarkeit einer nicht bestandenener Meisterprüfung ab. Denn durch die wiederholte Teilnahme an der Meisterprüfung habe der Antragsteller bewiesen, dass ihm die Belastungen der Prüfung - zum Beispiel zeitlich, wirtschaftlich, gesundheitlich - zumutbar sind.⁹⁰¹

Der letztzitierten Meinung kann in ihrer Grundsätzlichkeit nicht gefolgt werden. In bestimmten Fällen kann es durchaus möglich sein, dass der Berufsbewerber an einer Meisterprüfung teilgenommen hat, diese Teilnahme ihm jedoch aus bestimmten Gründen nicht zumutbar war. In der Regel werden dies gesundheitliche Gründe sein. Hier ist, wobei allerdings strenge Maßstäbe anzulegen sind, ein Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO anzunehmen, auch wenn der Berufsbewerber endgültig in der Meisterprüfung gescheitert ist.

3.3.22.1.2.2. Nach dem endgültigen Scheitern entstandene unzumutbare Belastungen

Von erheblich größerer Bedeutung sind allerdings die Fälle, in denen sich Antragsteller auf die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung berufen, die zeitlich nach dem endgültigen Scheitern in der Meisterprüfung entstanden sind. Zu dieser Frage werden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten, insbesondere nach Änderung des

⁸⁹⁸ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 24.03. 1982, GewArch 1982, 378.

⁸⁹⁹ OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1966, 164, 165.

⁹⁰⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 35.

⁹⁰¹ Bay. VGH, Urteil v. 21.03. 1975, GewArch 1977, 226.

§ 8 Abs. 1 HwO im Rahmen der HwO-Novelle 2004.

3.3.22.1.2.2.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 2004

Während die herrschende Meinung in diesen Fällen grundsätzlich die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ablehnt, kommt eine Mindermeinung bei bestimmten Fallkonstellationen zu einem anderen Ergebnis.

Etwas missverständlich formuliert Honig zunächst, dass das Nichtbestehen in der Meisterprüfung durch den Antragsteller „nicht gleich danach“ durch eine Ausnahmegewilligung umgangen werden kann. Anschließend stellt Honig allerdings klar, dass keine Ausnahmegewilligung mehr in Frage kommt, wenn der Antragsteller bereits dreimal in der Meisterprüfung versagt und daher nach dem Willen des Gesetzgebers dort keine Wiederholungsmöglichkeit mehr hat.⁹⁰² Auch Heck hält es zunächst für nicht mehr erforderlich, die Unzumutbarkeit der Ablegung einer Meisterprüfung zu prüfen, wenn für den Antragsteller keine Wiederholungsmöglichkeit besteht.⁹⁰³ Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof vertritt diese Meinung ebenfalls und stellt fest, dass der endgültig in der Meisterprüfung gescheiterte Bewerber künftig von der selbstständigen Ausübung des Handwerks ausgeschlossen bleibt, ohne dass er zur Ablegung einer nachträglichen Leistungsprüfung zugelassen werden kann.⁹⁰⁴ Zudem habe er durch wiederholte Teilnahme an den Meisterprüfungen die Zumutbarkeit bewiesen. Das Verwaltungsgericht Freiburg hingegen lässt es dahinstehen, ob dem Antragsteller im Alter von 53 Jahren die Ablegung der Prüfung zumutbar ist, nachdem der Antragsteller in den Jahren davor an der Meisterprüfung - wenn auch erfolglos - teilgenommen hatte.⁹⁰⁵

Allerdings hat der Gesetzgeber mit der HwO-Novelle 1994 den Ausnahmefall in § 8 Abs. 1 HwO in der Weise präzisiert, dass die Unzumutbarkeit der Meisterprüfung nur durch solche Umstände begründet wird, die zum Zeitpunkt der Antragstellung vorgelegen haben oder danach eingetreten sind. Daher dürfen Umstände, die vor diesem Zeitpunkt vorgelegen haben, für die Entscheidung, ob dem Antragsteller die Meisterprüfung zumutbar ist, nicht berücksichtigt werden. Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ vertritt dazu ausdrücklich die Auffassung, dass auch das Nichtbestehen der Meisterprüfung in der Vergangenheit wegen des Wegfalls der sogenannten „Vergangenheitsforschung“ nicht mehr zu Lasten des Antragstellers berücksichtigt werden darf.⁹⁰⁶

⁹⁰² Honig, HwO, 2. A., § 8 Rn 20.

⁹⁰³ Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 225, 226.

⁹⁰⁴ Bay. VGH, Urteil v. 21.03. 1975, GewArch 1977, 226, 227.

⁹⁰⁵ VG Freiburg, Urteil v. 01.10. 1985, GewArch 1986, 273.

⁹⁰⁶ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 124.

Dies kann, so das Verwaltungsgericht Stuttgart, allerdings nur für die Fälle gelten, in denen der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung, der sich in der Vergangenheit bereits einmal oder mehrfach ohne Erfolg der Meisterprüfung unterzogen hat, die rechtliche Möglichkeit der Zulassung zu einem weiteren Prüfungsversuch hat. Sei der Antragsteller aber aufgrund mehrfachen Nichtbestehens der Meisterprüfung von weiteren Prüfungsversuchen ausgeschlossen, hat er bewiesen, dass er nicht für die Ausübung eines selbstständigen Handwerks geeignet ist. Der Gesetzgeber habe mit der Normierung des Prüfungsverfahrens erreichen wollen, dass Bewerber, die den Prüfungsanforderungen nicht entsprechen, von der selbstständigen Ausübung eines Handwerks auszuschließen sind. Diese zu erkennen sei gerade Sinn der Meisterprüfung. Es komme daher nicht auf die Frage an, ob der Antragsteller die in den „Leipziger Beschlüssen“ genannten Auslegungskriterien erfüllt.⁹⁰⁷

Vermittelnd vertritt Heck im Gegensatz zu seiner früher geäußerten ablehnenden Meinung⁹⁰⁸ nunmehr die Auffassung, dass in bestimmten Fällen ein „neuer“ Lebenssachverhalt vorliegen kann, der eine neue Zumutbarkeitsprüfung rechtfertigt. Beispielhaft für einen solchen Sachverhalt könne das Bestehen der Industriemeisterprüfung durch den Antragsteller sein, wenn dieser zuvor immer durch die Teile III und IV der Meisterprüfung gefallen ist.⁹⁰⁹ Denkbar sei auch, dass der Antragsteller nach endgültigem Nichtbestehen der Meisterprüfung eine Ausnahmegewilligung für einen anderen Handwerksberuf begehrt und einen zur Anerkennung empfohlenen Ausnahmegrund für sich in Anspruch nimmt. Weitere Voraussetzung soll allerdings ein längerer Zeitablauf nach dem endgültigen Scheitern unter gleichzeitiger praktischer Bewährung bei erfolgreichem Sachkundenachweis sein. Denn in einer Situation, in der sich der Antragsteller mehrmals erfolglos der Meisterprüfung unterzogen hat, steht, wie Heck ausführt, nicht mehr die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung zur Diskussion, sondern die Tatsache, dass die Meisterprüfung aus Rechtsgründen gar nicht mehr abgelegt werden kann.⁹¹⁰

Im Ergebnis lehnt die herrschende Meinung die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ab, wenn der Antragsteller in der Meisterprüfung endgültig versagt hat, auch wenn nach diesem Prüfungsversagen Gründe in der Person des Antragstellers entstanden sind, die ihm die Ablegung der Meisterprüfung als unzumutbar erscheinen lassen. Die Mindermeinung differenziert, ob der Antragsteller eine Ausnahmegewilligung für das Handwerk begehrt, in dessen Prüfungsverfahren er zuvor endgültig versagt hat, oder für ein anderes Handwerk. Zudem

⁹⁰⁷ VG Stuttgart, Urteil v. 06.12. 2002, GewArch 2004, 35, 36.

⁹⁰⁸ Heck, Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks, GewArch 1995, 217–231, 225, 226.

⁹⁰⁹ Durch die Neuregelung in § 7 Abs. 2 HwO im Wege der HwO-Novelle 2004 für den Personenkreis der Industriemeister wurden deren direkte Eintragungsmöglichkeiten in die Handwerksrolle erweitert, vgl. 2. Kapitel 2. Abschnitt I. 3.1.

⁹¹⁰ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 281.

wird darauf abgestellt, in welchem Prüfungsteil der Antragsteller stets versagt hat.

3.3.22.1.2.2.2. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 2004

Durch die Änderung des § 8 Abs. 1 HwO wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die Erteilung einer Ausnahmegewilligung auch dann in Betracht kommt, wenn der Antragsteller die Meisterprüfung in einem bestimmten Handwerk wegen viermaligen Nichtbestehens nicht mehr ablegen kann.⁹¹¹ Ein solches Ergebnis sei nicht sachgerecht; der Gesetzgeber habe über eine Begrenzung der Wiederholungsmöglichkeiten nicht regeln wollen, dass der Weg in das Handwerk endgültig verschlossen bleibt. Es sei nicht zwingend, dass ein dem Antrag unmittelbar vorausgegangenes Nichtbestehen der Meisterprüfung sowohl gegen eine meistergleiche Befähigung als gegen eine Ausnahmesituation spricht. Frühere vergebliche Bemühungen des Antragstellers, insbesondere vor längerer Zeit, die Meisterprüfung abzulegen, dürften erst recht nicht zu Nachteilen gegenüber demjenigen führen, der keine Anläufe zu einer Meisterprüfung unternommen hat. Das Vorstehende müsse auch dann gelten, wenn der Antragsteller keine Wiederholungsmöglichkeit mehr hat; auch in einem solchen Fall seien noch Ausnahmesituationen denkbar. Beispielsweise sei es nach viermaligem Nichtbestehen der Meisterprüfung immer noch möglich, die Meisterprüfung in einem verwandten Handwerk abzulegen und über die Ausübungsberechtigung die Zulassung für das angestrebte Handwerk zu erhalten.

Müller bezeichnet die diesbezügliche Änderung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO als weitere Klarstellung und Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm; eine Ausnahmegewilligung sei auch dann möglich, wenn der Antragsteller mehrfach erfolglos die Meisterprüfung versucht hat.⁹¹² Dagegen vertreten Schwannecke/Heck und Honig/Knörr die Meinung, dass derjenige § 8 HwO für sich nicht mehr in Anspruch nehmen kann, der endgültig durch die Meisterprüfung gefallen ist.⁹¹³

Bei der Beantwortung dieser Streitfrage ist zu unterscheiden, ob der Antragsteller für das Handwerk, in dem er in der Meisterprüfung endgültig gescheitert ist, oder für ein anderes Handwerk eine Ausnahmegewilligung begehrt. Ist der Antragsteller für das Handwerk, für das er eine Ausnahmegewilligung begehrt, von weiteren Prüfungsversuchen gesetzlich ausgeschlossen, ist in keinem Fall ein Ausnahmegrund anzuerkennen, wenn dieser nach dem Zeitpunkt der Beendigung des letztmöglichen Prüfungsversuchs entstanden ist. Dieses muss auch dann gelten, wenn sich der Antragsteller nunmehr zu Recht auf einen anerkannten Aus-

⁹¹¹ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29.

⁹¹² Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 411.

⁹¹³ Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 135; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn. 26.

nahmegrund berufen kann. Denn durch das mehrfache Nichtbestehen der Meisterprüfung steht ja fest, dass der Antragsteller nicht für die Ausübung des Handwerks, für das er eine Ausnahmegewilligung begehrt, geeignet ist. Die Frage der Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung stellt sich daher in diesem Fall nicht.

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Antragsteller für ein anderes Handwerk eine Ausnahmegewilligung begehrt. Denn in diesen Fällen hat der Berufsbewerber nicht durch das Nichtbestehen der Meisterprüfung seine Ungeeignetheit zur Ausübung eines anderen Handwerks bewiesen, sondern nur seine Ungeeignetheit zur Ausübung des Handwerks, in dessen Meisterprüfung er endgültig gescheitert ist.

Im Ergebnis ist daher bei einem Berufsbewerber, der von weiteren Prüfungsversuchen für ein bestimmtes Handwerk gesetzlich ausgeschlossen ist, in keinem Fall ein Ausnahmegrund anzuerkennen, wenn dieser nach dem Zeitpunkt der Beendigung des letztmöglichen Prüfungsversuchs entstanden ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Ausnahmegewilligung für ein anderes Handwerk begehrt wird.

3.3.22.2. Das vorangegangene Versagen in der Meisterprüfung und das Vorliegen eines Ausnahmefalls

Von dem endgültigen Scheitern in der Meisterprüfung ist das Versagen in der Meisterprüfung, nach dem noch die Möglichkeit der Wiederholung der Prüfung besteht, zu unterscheiden.

Ein vorangegangenes Versagen in einer Meisterprüfung selbst kann aus den genannten Grundsätzen keinen selbstständigen Ausnahmefall darstellen.⁹¹⁴ Es ist dem Bewerber durchaus zuzumuten, einen oder mehrere weitere Prüfungsversuche zu unternehmen. Von Bedeutung ist aber das vorangegangene Nichtbestehen einer Meisterprüfung dann, wenn sich der Antragsteller nach dem misslungenen Prüfungsversuch auf einen Ausnahmegrund beruft. Dabei sind das einmalige und das mehrfache Nichtbestehen der Meisterprüfung in gleicher Art zu behandeln.⁹¹⁵ Die Auswirkungen des Nichtbestehens sind dabei in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

3.3.22.2.1. Grundsätzlich kein Ausnahmefall bei vorangegangenem Versagen in der Meisterprüfung

Das Oberverwaltungsgericht Brandenburg vertritt in seinem Beschluss vom 29. Januar 1999

⁹¹⁴ BVerwG, Beschluss v. 12.04. 1991, Buchholz, § 8 HwO Nr. 12, 2; Bay. VGH, Beschluss v. 16.07. 2002, GewArch 2002, 431, 432.

⁹¹⁵ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 35; OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1968, 164, 165.

die Meinung, dass gegen das Vorliegen eines Ausnahmefalls im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO spricht, dass der Antragsteller bereits mehrfach erfolglos versucht hat, die Meisterprüfung abzulegen, und hierdurch selbst gezeigt hat, dass ihm prüfungsbedingte Belastungen zugemutet werden können. Er könne sich daher nicht auf einen Ausnahmefall berufen.⁹¹⁶ Zum gleichen Ergebnis kommt das Verwaltungsgericht Karlsruhe.⁹¹⁷

Auch das Verwaltungsgericht Freiburg lässt eine spätere Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung unberücksichtigt, wenn der Antragsteller zuvor dreimal an der Meisterprüfung, wenn auch erfolglos, teilgenommen hat. Damit habe er gezeigt, dass ihm die Belastungen der Prüfung zumutbar sind. Dies soll, so das Gericht, unabhängig vom endgültigen Scheitern des Antragstellers in der Meisterprüfung gelten, welches ebenfalls keinen Ausnahmefall begründet.⁹¹⁸ Dürr vertritt ebenfalls die Auffassung, dass der erfolglose Versuch der Ablegung der Meisterprüfung zeigt, dass die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller keine unzumutbare Belastung bedeutet.⁹¹⁹

3.3.22.2.2. Kein Ausnahmegrund nur bei unmittelbar vorhergegangenem Versagen in der Meisterprüfung

Ein Teil der Literatur und Rechtsprechung kommt zu einem anderen Ergebnis. Danach spricht ein Versagen in der Meisterprüfung nur dann gegen eine Ausnahmesituation, wenn es unmittelbar vorhergegangen ist.

So vertritt Honig diese Meinung mit der Begründung, frühere vergebliche Bemühungen, die Meisterprüfung abzulegen, dürften nicht zu Nachteilen gegenüber dem führen, der überhaupt nichts unternommen hat.⁹²⁰ Nur in nicht unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der abgelegten Prüfung, so der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, könne sich der Antragsteller auf das Vorliegen einer Ausnahmesituation berufen.⁹²¹ Der Antragsteller habe ja gezeigt, dass ihm die Ablegung der Meisterprüfung möglich gewesen ist.⁹²² Zu dem gleichen Ergebnis gelangt das Verwaltungsgericht Ansbach. Wer sich vor nicht allzu langer Zeit vergeblich einer Meisterprüfung unterzogen hat, habe damit selbst dargetan, dass sie für ihn nicht wegen Vorliegens eines Ausnahmefalls unzumutbar ist. Nach dem Prüfungsversagen könne der Antragsteller im Ausnahmebewilligungsverfahren nur noch Tatbestände vortragen, die erst

⁹¹⁶ OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165, 166.

⁹¹⁷ VG Karlsruhe, Urteil v. 10.03. 1965, GewArch 1966, 66, 67.

⁹¹⁸ VG Freiburg, Urteil v. 01.10. 1985, GewArch 1986, 273; ebenso Bay. VGH, Urteil v. 21.03. 1975, GewArch 1977, 226; VG Karlsruhe, Urteil v. 10.3. 1965, GewArch 1966, 66, 67.

⁹¹⁹ Dürr, Anmerkung zu OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 166; vgl. dazu auch Muiselak/Detterbeck, 3. A., § 8 Rn

⁹²⁰ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 25; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 27.

⁹²¹ Bay. VGH, Urteil v. 10.05. 1962, GewArch 1962, 176; ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 54.

nach der erfolglos abgelegten Meisterprüfung entstanden sind und die Forderung nach Ablegung einer Meisterprüfung als unzumutbare Belastung erscheinen lassen könnten.⁹²³

Für die Zeit nach der Prüfung kann sich nach Meinung von Stolz der Antragsteller in demselben Umfang wie jeder andere Antragsteller, der früher keine Prüfung abgelegt hat, auf das Vorliegen eines Ausnahmefalls berufen. Für die Zeit bis zur erfolglosen Ablegung der Prüfung könne er dies hingegen dann, wenn er die Prüfung deshalb nicht bestanden hat, weil ihm die Ablegung der Prüfung unzumutbar war.⁹²⁴

3.3.22.2.3. Ausnahmefall trotz vorhergegangenen Versagens in der Meisterprüfung

Nach der geänderten Fassung des § 8 Abs. 1 HwO durch die HwO-Novelle 1994 liegt ein Ausnahmefall dann vor, wenn die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Somit dürfen Umstände, die vor diesem Zeitpunkt vorgelegen haben, für die Entscheidung, ob dem Antragsteller die Meisterprüfung zumutbar ist, nicht berücksichtigt werden. Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ stellt dazu ausdrücklich fest, dass zu diesen nicht zu berücksichtigenden Umständen vor Antragstellung auch ein Nichtbestehen der Meisterprüfung in der Vergangenheit gehört.⁹²⁵ Nach dieser Meinung, der das Verwaltungsgericht Saarland folgt,⁹²⁶ spricht ein vorhergegangenes Versagen in der Meisterprüfung grundsätzlich nicht gegen das Vorliegen einer Ausnahmesituation, da dieses nicht zu berücksichtigen ist.

3.3.22.2.4. Diskussion

Nach der geänderten Fassung des § 8 Abs. 1 HwO dürfen dem Antragsteller Versäumnisse aus früheren Jahren nicht mehr vorgehalten werden; eine „Vergangenheitsforschung“ ist ausgeschlossen. Soweit dem Antragsteller noch eine Wiederholungsmöglichkeit offen steht, spricht ein einmaliges oder mehrfaches Versagen des Antragstellers in der Meisterprüfung vor Antragstellung daher nicht gegen das Vorliegen einer Ausnahmesituation. Die entgegenstehende Meinung von Rechtsprechung und Literatur ist daher als überholt anzusehen.

Das Vorgesagte kann jedoch nicht für die Fälle gelten, in denen das Versagen in der Meisterprüfung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Antragstellung steht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass stets die Prüfung des Ausnahmefalls unter dem Leitgedanken stehen

⁹²² Ebenso Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 202.

⁹²³ VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 230.

⁹²⁴ Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, GewArch 1979, 8–12, 11.

⁹²⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 124.

muss, dass die Ausnahmegewilligung nicht zu einer Umgehung der Meisterprüfung führen darf. Dies würde aber dann geschehen, wenn sich ein Bewerber um eine Ausnahmegewilligung bereits einen Tag nach dem Versagen in der Meisterprüfung auf eine Ausnahmesituation berufen könnte, die nicht in der Unzumutbarkeit der vorangegangenen Prüfung begründet ist. Dieses würde dem auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, widersprechen.

Zwar verbietet es der in der Neufassung des § 8 HwO klar zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wille, wonach sich die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung nunmehr allein nach den zum Zeitpunkt der Antragstellung oder nach vorliegenden Umständen bemessen soll, ein der Antragstellung vorhergegangenes Versagen in der Meisterprüfung bei der Prüfung der Ausnahmesituation zu berücksichtigen. Wenn sich die Berufung des Antragstellers auf eine Ausnahmesituation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Nichtbestehen einer Meisterprüfung aber als Rechtsmissbrauch darstellt, ist dies zu Lasten des Antragstellers zu berücksichtigen. Wann die Schwelle eines solchen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens überschritten ist, ist an Hand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen.

⁹²⁶ VG Stuttgart, Urteil v. 06.12. 2002, GewArch 2004, 35, 36.

4. Der Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten gemäß § 8 Abs. 1

Satz 1 HwO

Die Handwerksordnung bestimmt in § 8 Abs. 1 Satz 1, dass die Ausnahmegewilligung nur zu erteilen ist, wenn die zur selbstständigen Ausübung des von dem Antragsteller zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen sind; dabei sind auch seine bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen.

Seit dem Inkrafttreten der Handwerksordnung ist umstritten, was die „notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten“ im Sinne dieser Vorschrift sind und wie deren Vorhandensein bei dem Bewerber um eine Ausnahmegewilligung nachgewiesen werden können. Denn während die Meisterprüfung als ein gesetzlich vorgeschriebenes verwaltungsrechtliches Beweisverfahren⁹²⁷ sowohl bezüglich des Verfahrens als auch des Inhalts in der Handwerksordnung und sie ergänzende Vorschriften detailliert geregelt ist⁹²⁸, sind für den Befähigungsnachweis im Ausnahmegewilligungsverfahren diesbezügliche Regelungen, insbesondere in § 8 HwO, nicht vorhanden.⁹²⁹ Zu Recht verweisen daher Fröhler/Stolz⁹³⁰ auf das Urteil des Obergerichtes Münster vom 26. Februar 1964, in dem das Gericht ausführt: „Die gegen eine als zu großzügige Ausnahmegewilligungspraxis bestehenden Bedenken werden durch die Schwierigkeiten verstärkt, die sich bei der Überprüfung der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten ergeben, wenn diese nicht durch eine Meisterprüfung erfolgt.“⁹³¹

Allerdings gilt, dass in jedem Fall die Befähigung nachgewiesen werden muss. Zwar ist bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung stets hinsichtlich des Vorliegens eines Ausnahmegrundes ein großzügiger Maßstab anzulegen, allerdings nur bei Nachweis der zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten.⁹³²

4.1. Der Begriff der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten

Die Meisterprüfung stellt an den Prüfling bestimmte Anforderungen zum Nachweis der Befähigung.⁹³³ Fraglich ist, ob materiell die bei der Ausnahmegewilligung durch den Antragsteller nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten sowohl bezüglich des Inhalts als

⁹²⁷ Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 7.

⁹²⁸ S. u. Anhang A.

⁹²⁹ Bay. VGH, Urteil v. 28.03. 1963, GewArch 1963, 275.

⁹³⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 46.

⁹³¹ OVG Münster, Urteil v. 26.02. 1964, GewArch 1964, 226, 228.

⁹³² BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160; BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 98; offengelassen vom OVG Münster, Beschluss v. 08.02. 2008, GewArch 2008, 310, 311, wobei das Gericht eine großzügige Auslegung auch hinsichtlich der „notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten“ für möglich hält.

⁹³³ Dazu ausführlich Anhang A 3. Abschnitt.

auch des Umfangs, also quantitativ und qualitativ, denen in der Meisterprüfung gleichwertig sind oder ob bei der Ausnahmegewilligung lediglich ein geringeres Maß an Kenntnissen und Fertigkeiten verlangt werden darf. Denn nach dem Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO werden im Ausnahmegewilligungsverfahren nur notwendige, nicht aber meisterhafte Kenntnisse und Fertigkeiten verlangt, wie sie in § 45 Abs. 2 und Abs. 3 HwO für die Meisterprüfung vorausgesetzt werden. Das Bundesverfassungsgericht verweist bezüglich des Befähigungsnachweises auf die Handwerksordnung, nach der der Nachweis der zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten in Ausnahmefällen auch auf andere Weise erbracht werden kann als durch die Meisterprüfung. Das Gericht führt weiter aus, dass dem Bestreben des Gesetzes, den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks zu erhalten und zu fördern, eine weite Auslegung des Begriffs der Ausnahmefälle nicht zuwider läuft, weil ein Berufsbewerber in jedem Fall die zur selbstständigen Ausübung seines Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen muss. Ob der Befähigungsnachweis im Ausnahmegewilligungsverfahren dem in der Meisterprüfung gleichwertig ist, lässt das Gericht allerdings offen.⁹³⁴

4.1.1. Der Inhalt des Befähigungsnachweises im Vergleich zur Meisterprüfung

Durch die Meisterprüfung ist festzustellen, ob der Prüfling befähigt ist, ein zulassungspflichtiges Handwerk meisterhaft auszuüben und selbstständig zu führen sowie Lehrlinge ordnungsgemäß auszubilden, § 45 Abs. 2 HwO. In vier selbstständigen Prüfungsteilen hat der Prüfling nachzuweisen, dass er wesentliche Tätigkeiten seines Gewerbes meisterhaft verrichten kann, Teil I, und die erforderlichen fachtheoretischen Kenntnisse, Teil II, die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse, Teil III, sowie die erforderlichen berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse, Teil IV, besitzt. Dabei können bei der Prüfung in Teil I Schwerpunkte gebildet werden; in dem schwerpunktspezifischen Bereich hat der Prüfling meisterhafte Kenntnisse der wesentlichen Tätigkeiten nachzuweisen, § 45 Abs. 4 Satz 1 und 2 HwO. Für den schwerpunktübergreifenden Bereich, so § 45 Abs. 4 Satz 3 HwO, sind die Grundfertigkeiten und Grundkenntnisse nachzuweisen, die die fachgerechte Ausübung auch dieser Tätigkeiten ermöglichen. Hier geht zunächst die Frage dahin, ob der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung bezüglich des Inhalts der nachzuweisenden Befähigung Kenntnisse in allen vier Prüfungsteilen der Meisterprüfung besitzen muss.

⁹³⁴ BVerfG, Beschluss vom 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 159.

4.1.1.1. Die fachpraktischen Kenntnisse

Für die selbstständige Ausübung eines Handwerks benötigt derjenige, der es betreibt, umfassende praktische Kenntnisse, um die in seinem Handwerk gebräuchlichen Arbeiten zu verrichten.

Gleiches wird man mit der ganz herrschenden Meinung von dem Bewerber um eine Ausnahmegewilligung verlangen müssen. Auch dieser muss die auf dem Gebiet der praktischen handwerklichen Betätigung notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzen,⁹³⁵ also in jedem Fall den Nachweis der Befähigung für alle in dem jeweiligen Handwerk anfallenden Arbeiten erbringen⁹³⁶ und imstande sein, die gebräuchlichen Arbeiten selbstständig nach den allgemeinen handwerklichen Grundsätzen werkgerecht auszuführen.⁹³⁷

4.1.1.2 Die fachtheoretischen Kenntnisse

Gerade für einen Handwerksmeister, der in der Regel nicht mehr körperlich mitarbeitet, sind die fachtheoretischen Kenntnisse unerlässlich und besonders charakteristisch für seine leitende berufliche Stellung.⁹³⁸ Daher sind diese in der Meisterprüfung auch nachzuweisen.

Fraglich ist allerdings, ob auch von dem Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung neben den fachpraktischen die fachtheoretischen Kenntnisse verlangt werden können.

Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO muss vom Antragsteller der Nachweis sowohl von „Fertigkeiten“ als auch von „Kenntnissen“ erbracht werden. Damit verlangt das Gesetz nicht nur allein handwerkliche, also manuelle Fertigkeiten, nämlich geschickte Finger und die Fähigkeit, mit Werkzeug und Material umzugehen. Vielmehr fordert das Gesetz ausdrücklich, in Abgrenzung zu den manuellen Tätigkeiten, fachtheoretische Kenntnisse, also auch das Wissen um die Struktur des erforderlichen Materials, die Art, wie es auf gewisse Einwirkungen bei der Bearbeitung und der Benutzung reagiert.⁹³⁹ Zudem hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO innerhalb des Begriffs „Kenntnisse und Fertigkeiten“ die Kenntnisse den Fertigkeiten vorangestellt. Diese Reihenfolge deutet darauf hin, dass er den Kenntnissen in ihrer Bedeutung als konstituierende Merkmale des Handwerksbegriffs ge-

⁹³⁵ BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, BVerwGE 9, 104, 107.

⁹³⁶ BVerwG, Urteil v. 09.10. 1959, GewArch 1959/1960, 161, 162; Bay. VGH, Urteil v. 28.03. 1963, GewArch 1963, 275; OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 20.01. 1998, GewArch 1998, 195, 196; Nds. OVG, Beschluss v. 05.02. 2002, GewArch 2002, 203; Bay. VGH, Beschluss v. 08.01. 2003, AZ.: 22 ZB 02.3013, S. 3, 4 des Urteilabdrucks.

⁹³⁷ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 96; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 23; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 10; Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 7; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 146.

⁹³⁸ OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1968, 164, 165.

⁹³⁹ Vgl. VG Sigmaringen, Urteil v. 29.06. 1967, GewArch 1968, 42, 43.

genüber den bloßen manuellen Fertigkeiten den Vorrang einräumen wollte. Denn nicht die Beherrschung gewisser, wenn auch praktisch unentbehrlicher und nur durch mehrjährige Schulung erlernbarer Handfertigkeiten geben dem einzelnen Handwerk und dem Handwerk als Ganzes sein kennzeichnendes Gepräge, sondern vielmehr das Wissen um die technischen Grundlagen des Handwerks und deren inneren Zusammenhang.⁹⁴⁰

Daher kann ein Antragsteller auch nicht damit gehört werden, dass es bei handwerklichen Berufen nicht so sehr auf theoretische Kenntnisse, sondern mehr auf die Beherrschung der einschlägigen Fertigkeiten ankommen muss. Aus der in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO getroffenen, eindeutigen Regelung, die auf den Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten abstellt, folgt vielmehr, dass auch ein theoretischer Prüfungsteil gerechtfertigt ist.⁹⁴¹

Im Ergebnis ist damit der in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO geforderte Befähigungsnachweis keineswegs auf den fachpraktischen Teil beschränkt, sondern umfasst auch den fachtheoretischen Teil.⁹⁴²

4.1.1.3. Die kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse

Neben fachtheoretischen Kenntnissen müssen die Meisterprüflinge auch betriebswirtschaftliche, kaufmännische und rechtliche Kenntnisse nachweisen. Ob Bewerber um eine Ausnahmegewilligung auch diese Kenntnisse nachweisen müssen, ist wiederholt in Rechtsprechung und Literatur erörtert worden.

4.1.1.3.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Im modernen Wirtschaftsleben, so das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 17. Juli 1961, kann ein Handwerker ohne betriebswirtschaftliches und kaufmännisches Wissen nicht bestehen. Es sei daher gerechtfertigt, dass bei der Meisterprüfung die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und allgemeintheoretischen Kenntnisse verlangt werden. Dabei sei es selbstverständlich, dass hier nur Kenntnisse von den Grundlagen der in Betracht kommenden Wissensgebiete nachzuweisen sind. Diese Anforderungen sollten auch für den Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung gelten: Dieser müsse in

⁹⁴⁰ Fröhler, Ludwig: Die Bedeutung der „Kenntnisse“ für den Handwerksbegriff. GewArch 1969, 241–244. 241.

⁹⁴¹ VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 273, 274; ebenso Bay. VGH, Urteil v. 28.03. 1963, GewArch 1963, 275; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 30.07. 1969, GewArch 1970, 37; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 20.01. 1998, GewArch 1998, 195, 196; VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 231; VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 2005, 157, 160.

⁹⁴² Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 7; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 146; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 10; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 24; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 207.

jedem Falle die zur selbstständigen Ausübung seines Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen.⁹⁴³

Das Bundesverwaltungsgericht folgt dieser Meinung und verlangt von einem selbstständigen Handwerker kaufmännische, betriebswirtschaftliche und allgemeintheoretische Kenntnisse, damit er seinen Betrieb einwandfrei leiten kann; die erforderlichen Grundlagen dieser Wissensgebiete müssten beherrscht werden.⁹⁴⁴ Auch die Erteilung einer Ausnahmegewilligung setze, so die Handwerksordnung, wie bei der Meisterprüfung den Nachweis des zur ordnungsgemäßen Betriebsführung in eigener Verantwortung erforderlichen Mindestmaßes an Grundlagenwissen auf den genannten Gebieten voraus.⁹⁴⁵

Das Oberverwaltungsgericht Koblenz, das Oberverwaltungsgericht Münster, das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, der Hessische Verwaltungsgerichtshof, der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg und das Oberverwaltungsgericht Lüneburg verlangen mindestens die Grundlagen der genannten Wissensgebiete.⁹⁴⁶

Dagegen lässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zunächst offen, ob sich der Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung wirklich auf alle Prüfungsgebiete zu erstrecken hat, die Gegenstand der Meisterprüfung sind, insbesondere auch auf „Buchführung, Zahlungsverkehr, Rechtskunde und Schriftverkehr“, also die Fächer des Teils III der Meisterprüfung.⁹⁴⁷ In zwei späteren Entscheidungen verlangt das Gericht im Ergebnis demgegenüber auch den Nachweis der kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und allgemeintheoretischen Kenntnisse in ihren erforderlichen Grundlagen.⁹⁴⁸

4.1.1.3.2. Die Meinung der Literatur

Die Literatur ist sich einig, dass der Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung, der sich als selbstständiger gewerblicher Unternehmer betätigen will, über die grundlegenden betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse verfügen muss, die von

⁹⁴³ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 159, 160.

⁹⁴⁴ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 96; BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 251, 252; im Ergebnis auch BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 490.

⁹⁴⁵ BVerwG, Beschluss v. 14.02. 1994, GewArch 1994, 250, 251.

⁹⁴⁶ OVG Koblenz, Urteil v. 23.01. 1963, THwE, 293; OVG Münster, Urteil v. 09.09. 1964, GewArch 1964, 172; OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964, GewArch 1965, 102, 104; Hess.VGH, Urteil v. 19.06. 1968, GewArch 1968, 279; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 30.07. 1969, GewArch 1970, 37; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 23; OVG Lüneburg, Urteil vom 15.09. 1972, GewArch 1973, 65, 66; ebenso VG Hamburg, Urteil v. 15.03. 2000, AZ: 3 VG 4718/99, S. 10 des Urteilsabdrucks; VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 7 des Urteilsabdrucks; VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 09.03. 1967, GewArch 1967, 170; VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 231.

⁹⁴⁷ Bay. VGH, Urteil v. 10.05. 1962, GewArch 1962, 176.

⁹⁴⁸ Bay. VGH, Urteil v. 28.02. 1963, GewArch 1963, 210, 212; Bay. VGH, Urteil v. 28.10. 1965, GewArch 1966, 170, 171.

einem Handwerker erwartet werden müssen.⁹⁴⁹ Denn es sei nicht Sinn der Ausnahmegewilligung, durch Erleichterung der fachlichen Anforderungen unqualifizierten Bewerbern den Weg zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks zu eröffnen. Dieckmann, der dieser Meinung folgt, weist darauf hin, dass die bei vielen Betrieben gerade in den ersten Jahren nach der Gründung immer wieder zu beobachtenden Schwierigkeiten nachdrücklich die Unverzichtbarkeit dieser Forderung belegen.⁹⁵⁰ Allerdings dürften keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Durch die Änderung des § 4 AMVO sei klargestellt, dass dort nur die Grundzüge des Rechts- und Sozialwesens nachgewiesen werden müssen. Dies gelte selbstverständlich auch für die Ausnahmegewilligung.⁹⁵¹

4.1.1.3.3. Diskussion

Zu Recht fordern Rechtsprechung und Literatur den Nachweis der für die Betriebsführung notwendigen kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse auch von einem Bewerber um eine Ausnahmegewilligung. Denn auch der mit einer Ausnahmegewilligung eingetragene Handwerker muss in der Lage sein, seinen Betrieb selbstständig zu führen. Gerade dies erfordert die Kenntnis aller genannten Wissensgebiete.

Allerdings könnte man daran denken, dass das Verlangen des Nachweises des zur ordnungsgemäßen Betriebsführung in eigener Verantwortung erforderlichen Mindestmaßes an Grundlagenwissen auf den genannten Gebieten gegen den Gleichheitssatz des Artikel 3 Abs. 1 GG verstößt. Denn der Gesetzgeber hält für andere, insbesondere freie Berufe, einen entsprechenden Nachweis der für die Betriebsführung nötigen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse für nicht erforderlich und verlangt ihn daher auch nicht. Der Gesetzgeber darf aber Art und Umfang der Berufsregelung in weitem Maße nach den besonderen Verhältnissen der verschiedenen beruflichen Lebensbereiche, insbesondere nach der sozialen Struktur der in Frage stehenden Berufe, differenzieren.⁹⁵² Daraus folgt, dass das Erfordernis des Nachweises der genannten Kenntnisse im Ausnahmegewilligungsverfahren durch den Berufsbewerber nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.

⁹⁴⁹ Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 6; Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 149.

⁹⁵⁰ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 146; ebenso im Ergebnis Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 7; Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990 bis 1994, NVwZ 1995, 538–547, 544; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 51; Mallmann, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht, GewArch 1996, 89–96, 93; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 7; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 15; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 12; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 12.

⁹⁵¹ Honig, Gerhart: Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder. München 1994. 23.

4.1.1.4. Die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse

Die Ausnahmegewilligung berechtigt - wie es nach § 22 b Abs. 2 Nr. 1 HwO für diejenigen geregelt ist, die die Meisterprüfung in dem zulassungspflichtigen Handwerk, in dem ausgebildet werden soll, oder in einem mit diesem verwandten Handwerk bestanden haben - nicht zum Ausbilden von Lehrlingen (Auszubildende), sondern nur zum Einstellen. Vielmehr muss der Inhaber einer Ausnahmegewilligung gemäß § 22 b Abs. 2 Nr. 2 HwO seine fachliche Eignung als Ausbildender durch Bestehen des Teils IV der Meisterprüfung oder das Bestehen einer gleichwertigen anderen Prüfung nachweisen, wenn er ausbilden will.⁹⁵³

Strittig ist allerdings, ob der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung trotzdem berufs- und arbeitspädagogische Kenntnisse auch im Ausnahmegewilligungsverfahren nachzuweisen hat.

4.1.1.4.1. Kein Nachweis berufs- und arbeitspädagogischer Kenntnisse

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof vertritt die Meinung, dass es bei den vom Antragsteller nachzuweisenden Kenntnissen und Fertigkeiten auf die berufserzieherischen Kenntnisse nicht ankommt, da er Lehrlinge nicht einstellen und anleiten darf.⁹⁵⁴ Auch nach Meinung des Obergerichtes Brandenburg und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg sind bei der durch den Antragsteller nachzuweisenden Befähigung berufserzieherische Kenntnisse nicht von Interesse.⁹⁵⁵

Die Literatur ist sich ebenfalls einig, dass besondere berufs- und arbeitspädagogische Kenntnisse nicht durch den Antragsteller nachzuweisen sind. Vielmehr würden damit die Anforderungen unnötig überspannt, weil die Ausnahmegewilligung nicht die Befugnis zum Ausbilden von Handwerkslehrlingen einräumt.⁹⁵⁶ Daraus ergebe sich ein echter Unterschied zu den Anforderungen in der Meisterprüfung.⁹⁵⁷ Ergänzend weisen Fröhler/Stolz darauf hin, dass lediglich nach früherem Recht die Ausnahmegewilligung die Befugnis zum Einstellen und Anleiten von Auszubildenden gewährte.⁹⁵⁸

⁹⁵² So ausdrücklich BVerwG, Beschluss v. 14.02. 1994, GewArch 1994, 250, 251; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 12; Mallmann, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht, GewArch 1996, 89–96, 93.

⁹⁵³ Vgl. Begründung Gesetzentwurf der Bundesregierung Berufsbildungsreformgesetz, BT-Drucksache 15/3980, 64; ebenso Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 30.

⁹⁵⁴ Bay. VGH, Urteil v. 15.05. 1962, GewArch 1962, 176; Bay. VGH, Urteil v. 28.10. 1965, GewArch 1966, 170, 171.

⁹⁵⁵ OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 23.

⁹⁵⁶ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 25; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 6.

⁹⁵⁷ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 14; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 208; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 146.

⁹⁵⁸ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 52.

Auch der Gesetzgeber verlangt im Ausnahmegewilligungsverfahren nicht den Nachweis der berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse, wenn er in der Begründung zur HwO-Novelle 2004 zu § 7 b HwO ausführt: „Wie im Normalfall der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO wird der Nachweis der Ausbildungsbefähigung nicht als Voraussetzung für die Zulassung zur selbstständigen Handwerksausübung geregelt.“⁹⁵⁹

4.1.1.4.2. Nachweis der berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse erforderlich

Demgegenüber verlangt das Verwaltungsgericht Köln im Ergebnis den Nachweis berufs- und arbeitspädagogischer Kenntnisse, wenn es ausführt, dass der Antragsteller zugestanden hat, dass er „die notwendigen fachtheoretischen sowie betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen, rechtlichen und berufserzieherischen Kenntnisse nicht besitzt“.⁹⁶⁰

Auch im Rahmen des Ausnahmegewilligungsverfahrens soll nach Meinung des Verwaltungsgerichts Karlsruhe die Qualität der Ausbildung im Handwerk gesichert werden. In dem zu entscheidenden Fall berief sich ein ausländischer Berufsbewerber auf Sprachschwierigkeiten als Ausnahmegrund. Das Gericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass es nicht Sinn und Zweck des § 8 Abs. 1 HwO ist, Einschränkungen bei der fachlichen Eignung hinzunehmen. Es sei zweifelhaft, in welcher Weise eine Ausbildung zur Ablegung einer Gesellenprüfung stattfinden kann, wenn der Ausbilder die deutsche Sprache nur im geringen Umfang beherrscht. Die Gesellenprüfung werde ebenfalls in deutscher Sprache abgenommen; dem Auszubildenden - gleich welcher Nationalität - sei mit einer Ausbildung in pakistanischer Sprache nicht gedient.⁹⁶¹

Das Verwaltungsgericht Saarland fordert ebenfalls den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse in der Berufs- und Arbeitspädagogik auch im Ausnahmegewilligungsverfahren. Dies sei, so das Gericht, nur ein kleiner Teil dessen, was von einem selbstständigen Handwerker gefordert werden kann.⁹⁶²

4.1.1.4.3. Diskussion

Die Handwerksordnung bestimmt in § 8 Abs. 1 Satz 1, dass der Antragsteller für das zu betreibende Handwerk die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen hat. Will der Inhaber einer Ausnahmegewilligung ausbilden, muss er seine fachliche Eignung dafür gemäß § 22 b Abs. 2 Nr. 2 HwO in einem gesonderten Verfahren nachweisen. Daraus folgt, dass im Ausnahmegewilligungsverfahren die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse

⁹⁵⁹ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 21; vgl. auch Minister für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 23.02. 1970, GewArch 1970, 131.

⁹⁶⁰ VG Köln, Urteil v. 03.08. 1972, GewArch 1973, 68, 70.

⁹⁶¹ VG Karlsruhe, Urteil v. 24.11. 1992, AZ: 11 K 10350/92, S. 9 des Urteilsabdrucks.

nicht nachzuweisen sind, da sie für die Erteilung der Ausnahmewilligung nicht notwendig sind. Anderenfalls wäre die Vorschrift des § 22 b Abs. 2 Nr. 2 HwO überflüssig. Es würde daher gegen das Übermaßverbot verstoßen, von dem Berufsbewerber um eine Ausnahmewilligung im Verfahren nach § 8 HwO den Nachweis der berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse zu verlangen.

4.1.1.5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sind somit die quantitativen Anforderungen bei dem Befähigungsnachweis im Ausnahmewilligungsverfahren geringer als bei der Meisterprüfung. Denn der Antragsteller hat die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse, wie sie im Teil IV der Meisterprüfung verlangt werden, nicht nachzuweisen.

4.1.2. Der Umfang des Befähigungsnachweises im Vergleich zur Meisterprüfung

Nicht einheitlich wird in Rechtsprechung und Literatur die Frage behandelt, ob die vom Antragsteller nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten qualitativ voll umfänglich mit dem in der Meisterprüfung geforderten Wissen gleichwertig sind oder für die Befähigung im Rahmen der Ausnahmewilligung ein geringeres Maß an Können und Sachkunde verlangt wird. Das Bundesverfassungsgericht stellt in seinem Kammerbeschluss vom 05. Dezember 2005 zwar fest, dass „in etwa“ meistergleiche Kenntnisse und Fertigkeiten von dem Berufsbewerber im Verfahren nach § 8 HwO gefordert werden.⁹⁶³ Offen bleibt aber, was dies bezüglich des Umfangs der nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten bedeutet.

4.1.2.1. Kein Unterschied zwischen meisterlichen und notwendigen Kenntnissen und Fertigkeiten

Nach Meinung von Küffner unterscheiden sich die nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten in der Meisterprüfung beziehungsweise zur Erlangung der Ausnahmewilligung qualitativ bezüglich der fachlichen Anforderungen nur durch die Form des Nachweises. Danach widersprechen qualitativ unterschiedliche Anforderungen der ratio legis, Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks zu erhalten und zu fördern. Daher könne es nicht Sinn der Ausnahmewilligung sein, durch Erleichterung der qualitativen Anforderungen unqualifizierten Mitbewerbern den Weg zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks zu eröffnen. Zur Interpretation des Begriffs „notwendige Kenntnisse und Fertigkeiten“ in § 8

⁹⁶² VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386; VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 2005, 157, 160.

⁹⁶³ BVerfG, Kammerbeschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 73.

Abs. 1 Satz 1 HwO könne vielmehr § 46 Abs. 2 HwO 1965⁹⁶⁴ herangezogen werden. Dagegen spricht nach Meinung Küffners auch nicht, dass in § 46 Abs. 2 HwO 1965 eine meisterhafte Verrichtung der gebräuchlichen Arbeiten verlangt wird, denn auch bei der Meisterprüfung würden keine außergewöhnlichen Leistungen gefordert. „Meisterhaft“ bedeute nicht, dass das fachliche Können das allgemeine handwerkliche Niveau weit überschreiten muss.⁹⁶⁵

Auch Fröhler/Stolz, Fröhler und Depenbrock vertreten die Meinung, dass ein Antragsteller denselben Leistungsstand und dieselbe Leistungsfähigkeit haben muss wie ein Meister.⁹⁶⁶ Ein Antragsteller besitze daher nur dann die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten, wenn er den Mindestanforderungen der Meisterprüfung genügt. Es sei nicht Sinn der Ausnahmegewilligung, dass in Abweichung von den in der Meisterprüfung geltenden Grundsätzen beim Vorliegen eines Ausnahmefalls ausnahmsweise geringere fachliche Anforderungen ausreichen. Dabei verweisen Fröhler/Stolz auf § 7 Abs. 2 HwO 1965 und § 7 Abs. 9 HwO 1965, in denen die Eintragung in die Handwerksrolle von dem Nachweis der Ablegung der Meisterprüfung mindestens gleichwertiger beziehungsweise gleichwertiger Prüfungen abhängig gemacht wird und nicht nur auf den Nachweis „etwa“ oder „im wesentlichen“ gleichwertiger Prüfungen abgestellt wird. Es sei nicht ersichtlich, weshalb gerade bei der Ausnahmegewilligung etwas anderes gelten soll. Zwar habe das Bundesverwaltungsgericht die Formulierung gebraucht, die nachzuweisenden praktischen handwerklichen Kenntnisse müssten „in etwa“ den Anforderungen der Meisterprüfung entsprechen,⁹⁶⁷ der Bewerber müsse ein Mindestmaß der zur eigenverantwortlichen Betriebsleitung erforderlichen Kenntnisse dartun. Damit solle aber keiner Reduzierung der in der einschlägigen Meisterprüfung zu stellenden Anforderungen das Wort geredet werden, sondern vielmehr die materielle Gleichwertigkeit der Anforderungen ausgesprochen werden. So sei auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zu verstehen, wenn er darauf verweist, dass zum einen kein wesentlicher Unterschied zwischen den Anforderungen in Fachtheorie und Fachpraxis besteht und zum anderen die erforderlichen Grundlagen der kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und allgemeintheoretischen Kenntnisse ebenfalls nachgewiesen werden müssen.⁹⁶⁸

Der Fähigkeitsnachweis gemäß § 8 Abs. 1 HwO weist nach Meinung von Faber nicht nur keine „wesentlichen“ Unterschiede zur Meisterprüfung auf, sondern eben gar keine Unterschiede gradueller Art. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Beweisverfahren sei

⁹⁶⁴ Auch die neue Vorschrift des § 45 Abs. 2 HwO 2004 verlangt den Nachweis der Befähigung, ein zulassungspflichtiges Handwerk meisterhaft auszuüben, s. u. Anhang A 3. Abschnitt.

⁹⁶⁵ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 206, 207, 208; ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 12; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 6.

⁹⁶⁶ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 46, 47, 49, 50; Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 45; Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1064.

⁹⁶⁷ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 290.

⁹⁶⁸ Bay. VGH, Urteil v. 29.03. 1963, GewArch 1963, 275.

darin zu sehen, dass der Nachweis nach § 8 Abs. 1 HwO nicht im Verfahren der Meisterprüfung, sondern in einem vom Antragsteller selbst zu wählenden Verfahren zu erbringen ist.⁹⁶⁹ Diese Gleichwertigkeit werde durch das Verlangen nach dem Nachweis von „in etwa“ oder „im wesentlichen“ meisterlichen Kenntnissen betont.⁹⁷⁰

Auch das Sächsische Obergerverwaltungsgericht geht von der Gleichwertigkeit der Anforderungen der fachlichen Befähigung im Ausnahmbewilligungsverfahren im Vergleich zu den Anforderungen in der Meisterprüfung aus. Das Gericht sieht den Unterschied lediglich darin, dass sich die Prüfung der für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten im Unterschied zur förmlichen Meisterprüfung im Wesentlichen lediglich an einem noch mehr praxisbezogenen Maßstab zu orientieren hat.⁹⁷¹ Nach Meinung des Obergerverwaltungsgerichts Brandenburg, das von einem „nicht sehr wesentlichen“ Unterschied in den materiellen Anforderungen ausgeht, liegt der eigentliche Unterschied zwischen beiden Formen des Befähigungsnachweises in erster Linie in der formellen Art, in der eine Meisterprüfung gestaltet sei.⁹⁷² Die Form der Überprüfung im Verfahren nach § 8 HwO ist zwangloser als in der Meisterprüfung, der Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten aber in etwa gleich, so auch das Verwaltungsgericht Schleswig.⁹⁷³

Detterbeck hält die Formulierung, wonach der Bewerber um eine Ausnahmbewilligung „in etwa meisterliche Kenntnisse und Fertigkeiten“ nachweisen muss, aus zwei Gesichtspunkten für gerechtfertigt. Zum einen liege der Unterschied zur Meisterprüfung nicht in den materiellen Anforderungen, sondern in der Tendenz, noch praxisbezogener zu prüfen als in der Meisterprüfung und die Aufgabenstellung noch mehr der täglichen Arbeit im Betrieb anzupassen. Dies sei aber kein materieller Unterschied, sondern eine praktische Folge der Prüfungsart. Zum anderen müsse ein Bewerber um eine Ausnahmbewilligung keine berufserzieherischen Kenntnisse besitzen, da er nicht zur Ausbildung von Handwerkslehrlingen berechtigt ist. Im Ergebnis sei damit die Meisterprüfung mit der Ausnahmbewilligung in der notwendigen Befähigung gleichgestellt.⁹⁷⁴

⁹⁶⁹ Faber, Die befristete Ausnahmbewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 7; ebenso Dieckmann, Die Ausnahmbewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVer 1986, 138–153, 146, 147; Kröger, Die Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 149; VG Ansbach, Urteil v. 06.06. 1963, GewArch 1964, 10, 11.

⁹⁷⁰ VG Ansbach, Urteil v. 21.01. 1974, GewArch 1974, 229, 231; OVG Münster, Beschluss v. 08.02. 2008, GewArch 2008, 310, 311.

⁹⁷¹ SächsOVG, Beschluss v. 14.04. 1997, GewArch 1997, 254, 256.

⁹⁷² OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165.

⁹⁷³ VG Schleswig, Urteil v. 31.01. 2002, GewArch 2002, 295, 296.

⁹⁷⁴ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 13 ff.

4.1.2.2. „In etwa“ gleiche Befähigung auf dem Gebiet der praktischen handwerklichen Betätigung

In seiner Entscheidung vom 05. Mai 1959 vertritt das Bundesverwaltungsgericht den Standpunkt, dass die im Ausnahmeverfahren erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten, jedenfalls auf dem Gebiet der praktischen handwerklichen Betätigung, „in etwa“ denen entsprechen müssen, die von einem Bewerber erwartet werden, wenn er die Meisterprüfung erfolgreich bestehen will. Auf den anderen Gebieten, auf die sich eine Meisterprüfung zu erstrecken hat, müsse der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung ein „Mindestmaß“ an Kenntnissen nachweisen können, das erforderlich ist, um in eigener Verantwortung einen Handwerksbetrieb ordnungsgemäß leiten zu können.⁹⁷⁵ Insoweit müsse auch er die von ihm angestrebten handwerklichen Tätigkeiten „meisterlich“ ausüben können.⁹⁷⁶

Von einer nicht völligen Deckungsgleichheit zwischen den Anforderungsprofilen hinsichtlich der Kenntnisse und Fertigkeiten in der Meisterprüfung und im Ausnahmegewilligungsverfahren gehen auch Detterbeck/Will aus. Volle Übereinstimmung werde nur im praktischen Bereich verlangt, nicht jedoch im theoretischen Teil. So setze die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO, im Gegensatz zu den in der Meisterprüfung verlangten erforderlichen Kenntnissen in den Wissensgebieten Fachtheorie, Betriebswirtschaft und Recht, nur den Nachweis eines Mindestmaßes an Grundlagenwissen in den genannten Gebieten voraus. Zudem sei im Ausnahmegewilligungsverfahren ein praxisbezogener Maßstab anzulegen. Durch den 1998 neu eingefügten § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 1998, wonach ein Ausnahmefall vorliegt, wenn der Antragsteller eine Prüfung nach Maßgabe der in dieser Bestimmung genannten Rechtsvorschriften bestanden hat, die in „wesentlichen“ fachlichen Punkten mit der Meisterprüfung übereinstimmt, werde diese Sichtweise unterstützt. Denn nach dieser Vorschrift sei volle Übereinstimmung ebenso wenig erforderlich wie im Falle der nach § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten.⁹⁷⁷

4.1.2.3. „In etwa“ gleiche Befähigung auf allen Nachweisgebieten

In einer ersten Entscheidung nach der „Handwerkerentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts verlangt das Bundesverwaltungsgericht, abweichend von seiner oben zitierten Rechtsprechung, von demjenigen, der ohne Ablegung der Meisterprüfung mit Hilfe einer Ausnahmegewilligung seine Eintragung in die Handwerksrolle erreichen will, grundsätzlich den

⁹⁷⁵ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 290; ebenso BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, GewArch 1960, 138, 139; BVerwG, Urteil v. 09.10. 1959, GewArch 1960, 161, 162; BVerwG, Beschluss vom 14.02. 1994, GewArch 1994, 250, 251; Bay. VGH, Beschluss v. 17.01. 1962, GewArch 1962, 205, 206; Bay. VGH, Urteil v. 28.02. 1963, GewArch 1963, 210, 212; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 04.08. 1966, GewArch 115; VG Freiburg, Urteil v. 07.12. 1976, GewArch 1977, 163, 164; Kraemer, Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung nach der Handwerksordnung, DVBl. 1961, 194, 197.

⁹⁷⁶ OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127.

Nachweis „etwa“ der gleichen Kenntnisse und Fertigkeiten, wie sie von einem Berufsbewerber verlangt werden müssen, der die Meisterprüfung mit Erfolg bestehen will, also Kenntnisse in Fachpraxis- und Theorie sowie die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Grundlagenkenntnisse.⁹⁷⁸ Es könne, auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961,⁹⁷⁹ nicht der Sinn der Ausnahmegewilligung sein, durch eine erhebliche Erleichterung der fachlichen Anforderungen unqualifizierten Bewerbern den Weg zur selbstständigen Ausübung des Handwerks zu eröffnen. Dieser Meinung folgt, in Abweichung zu seiner oben zitierten Rechtsprechung, später auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof.⁹⁸⁰ Gleiches gilt für das Oberverwaltungsgericht Münster, das Oberverwaltungsgericht Lüneburg, der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, das Verwaltungsgericht Kassel, das Verwaltungsgericht Hamburg und das Verwaltungsgericht Saarland.⁹⁸¹

Honig vertritt den Standpunkt, dass für den Inhalt des im Ausnahmegewilligungsverfahren zu erbringenden Befähigungsnachweises das Gesetz selbst den Maßstab gesetzt hat.⁹⁸² Wenn die Handwerksordnung in § 7 als Grundsatz für die Zulassung als selbstständiger Handwerker das Bestehen der einschlägigen Meisterprüfung voraussetzt, könnten die notwendigen Kenntnisse in § 8 HwO nicht unter diesem Standard liegen. In voller Strenge werde sich, so Honig, dieser Grundsatz in der Praxis nicht durchsetzen lassen. Es müsse notfalls genügen, wenn die meistergleiche Befähigung „im Wesentlichen“ oder „in etwa“ vorliegt, wobei sich die Überprüfung der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten an den Anforderungen eines praktizierenden Handwerksmeisters ausrichten soll.⁹⁸³ Die für die Betriebsführung notwendigen entsprechenden kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und allgemeinrechtlichen Kenntnisse müssten zumindest in ihren Grundlagen beherrscht werden. Insoweit dürften keine überzogenen Anforderungen gestellt werden; auch in der Meisterprüfung müssten gemäß § 4 AMVO nur die Grundzüge des Rechts- und Sozialwesens nachgewiesen werden, was natürlich auch für die Ausnahmegewilligung gelte.

⁹⁷⁷ Detterbeck, Stefan. Will, Martin: Die Bauvorlageberechtigung der Handwerksmeister und das Problem handwerksrechtlich gleichgestellter Personen. *GewArch* 2001, 310–317. 312, 314.

⁹⁷⁸ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, *GewArch* 1962, 95, 96; im Ergebnis auch BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, *GewArch* 2004, 488, 490.

⁹⁷⁹ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, *GewArch* 1961, 157.

⁹⁸⁰ Bay. VGH, Urteil v. 28.03. 1963, *GewArch* 1963, 275; Bay. VGH, Beschluss v. 05.03. 2004, *AZ.*: 22 ZB 02.3292, S. 3 des Urteilabdrucks; Bay. VGH, Beschluss v. 31.03. 2004, *GewArch* 259, 260.

⁹⁸¹ OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, *GewArch* 1976, 268; OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, *GewArch* 1979, 309; OVG Lüneburg, Urteil v. 18.02. 1976, *GewArch* 1976, 166, 167; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 30.07. 1969, *GewArch* 1970, 37; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, *GewArch* 2004, 21, 23; VG Kassel, Urteil v. 13.07. 1971, *GewArch* 1971, 13, 14; VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, *AZ.*: 20 VG 5740/98, S. 6, 7 des Urteilabdrucks; VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, *GewArch* 2005, 157, 160.

⁹⁸² Honig, *Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder*, 22, 23.

⁹⁸³ Honig/Knörr, *HwO*, 4. A., § 8 Rn 8; Honig, *Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle*, *BB* 1994, 1442–1445, 1443; ebenso Stork, in: Schwannecke, *HwO*, § 8 Rn 23, 24; Czybulka, *Gewerbenebenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht*, in Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil*, I, 115–218, 139.

4.1.2.4. Diskussion

Vom Antragsteller im Ausnahmegewilligungsverfahren nachzuweisende Kenntnisse und Fertigkeiten entsprechen in qualitativer Hinsicht „in etwa“ dem in der Meisterprüfung geforderten Wissen. Dies gilt sowohl für das Gebiet der praktischen handwerklichen Betätigung als auch für die Fachtheorie und die kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse. Dabei bedeutet die Formulierung „in etwa“ nicht, dass von dem Bewerber um eine Ausnahmegewilligung ein geringeres Maß an praktischem Können und theoretischem Wissen verlangt werden darf. Vielmehr ist bei der Feststellung der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten im Ausnahmegewilligungsverfahren festzustellen, ob der Berufsbewerber die in der Berufspraxis erforderlichen Kenntnisse besitzt. Damit hat sich diese Überprüfung an einem praxisorientierten Maßstab zu orientieren. Denn eine Erleichterung der fachlichen Anforderungen würde unqualifizierten Berufsbewerbern den Weg zur selbstständigen Ausübung des Handwerks oder einer Tätigkeit als Betriebsleiter eröffnen. Das Vorgesagte ist aber gerade nicht der Sinn der Ausnahmegewilligung. Vielmehr soll durch das handwerkliche Qualifizierungssystem der hohe Leistungsstandard des Handwerks gesichert werden. Dieses muss auch für die Ausnahmegewilligung gelten. Allerdings darf von dem Berufsbewerber für eine Ausnahmegewilligung nicht ein Mehr an Kenntnissen erwartet werden als von dem Handwerker, der sich der Meisterprüfung unterzieht. Dieses wäre ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz.

Etwas anderes konnte sich vor der HwO-Novelle 2004 auch nicht daraus ergeben, dass § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 1998 bestimmte, dass ein Ausnahmefall dann vorliegt, wenn der Antragsteller eine Prüfung bestanden hat, die in „wesentlichen“ fachlichen Punkten mit der Meisterprüfung übereinstimmt. Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut bezog sich diese Formulierung lediglich auf die Frage, in welchen Fällen ein Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO vorliegt, nicht hingegen auf den qualitativen Umfang der nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der HwO-Novelle 2004 durch die Streichung der Worte zudem für eine entsprechende Klarstellung gesorgt.⁹⁸⁴

4.1.3. Ergebnis

Sowohl vom Inhalt als auch vom Umfang her unterscheidet sich der Befähigungsnachweis im Ausnahmegewilligungsverfahren von dem durch die Meisterprüfung: Der Berufsbewerber im Verfahren nach § 8 HwO muss zum einen nicht die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse nachweisen. Zum anderen hat hier der Nachweis der Befähigung in praxisorien-

⁹⁸⁴ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29.

tierter Art und Weise zu erfolgen, bei denen sich dieser allerdings materiell an den Anforderungen einer Meisterprüfung zu orientieren hat.

4.1.4. Die unterschiedlichen Anforderungen an den Nachweis der Befähigung in den einzelnen Handwerken, insbesondere in den „gefahrgeneigten Handwerken“

Nicht einheitlich wird die Frage behandelt, ob die Anforderungen an den Nachweis der fachlichen Befähigung in den einzelnen Handwerken, sowohl vom Inhalt als auch vom Umfang her, unterschiedlich sein dürfen. Dies gilt insbesondere für die sogenannten „gefahrgeneigten Handwerke“, wobei hier möglicherweise strengere Anforderungen an den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten zu stellen sind als in nicht gefahrgeneigten Handwerken.

4.1.4.1. Der Begriff des „gefahrgeneigten Handwerks“

Der Begriff des „gefahrgeneigten Handwerks“ knüpft an den Begriff der „Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ des Polizei- und Ordnungsrechts an. Das Polizei- und Ordnungsrecht versteht unter „öffentlicher Sicherheit“ allgemein die Unversehrtheit von Gesundheit, Ehre, Freiheit und Vermögen sowie der Rechtsordnung und der Einrichtungen des Staates. In der Handwerksordnung versteht man unter diesem Begriff in erster Linie den Schutz von Gesundheit und Vermögen.⁹⁸⁵

Bereits vor der HwO-Novelle 2004 sprach für diese Anknüpfung der Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 2 HwO 1998. Danach konnte die höhere Verwaltungsbehörde zur Verhütung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit die Fortführung des Betriebes nach dem Tod des Inhabers davon abhängig machen, dass er von einem Handwerker geleitet wird, der die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt. Allerdings hatte der Gesetzgeber in § 4 HwO davon abgesehen, eine Liste der Gefahrenhandwerke aufzustellen. Es war vielmehr Sache der Verwaltung, zur Verhütung von Gefahren Erben die Auflage zu machen, sofort einen Betriebsleiter einzustellen.⁹⁸⁶

Im Rahmen der HwO-Novelle 2004 hat der Gesetzgeber für eine entsprechende Klarstellung gesorgt, indem er als neues gesetzgeberisches Ziel bei der Neustrukturierung der Anlagen A und B zur Handwerksordnung auch das Kriterium der Gefahrgeneigtheit zugrunde gelegt hat und dabei ausdrücklich auf die Grundsätze der allgemeinen Gefahrenabwehr abstellt.

⁹⁸⁵ Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 383.

⁹⁸⁶ Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/2335, 9; Schmitz, Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1999, 88–99, 91; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 4 Rn 7.

Gefährdungen sind danach solche Handwerke, bei deren unsachgemäßer Ausübung Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter drohen und daher eine besonders gründliche handwerkliche Ausbildung erfordern.⁹⁸⁷

Dabei ist für die Gefährdung dieser Rechtsgüter die abstrakte Möglichkeit einer Gefährdung nicht ausreichend. Vielmehr müssen, wie auch im Polizei- und Ordnungsrecht, konkrete Anzeichen für einen künftigen Schadenseintritt festgestellt werden. Für das Einschreiten der Behörde genügt allerdings, dass nach der Lebenserfahrung mit einem Schadenseintritt jederzeit zu rechnen ist. Voraussetzung dafür ist hingegen nicht, dass das schadenstiftende Ereignis unmittelbar bevorsteht und die Behörde dafür im einzelnen Fall sichere Hinweise haben muss. Bestimmte Tätigkeiten in einzelnen Handwerken, das zeigt die allgemeine Lebenserfahrung, gefährden die öffentliche Sicherheit, wenn sie ohne Fachkenntnisse ausgeübt werden. Dieses reicht für die Einstufung eines Berufs als gefahrgeneigtes Handwerk aus.⁹⁸⁸ Eine generelle Gefahrgeneigtheit der in der Anlage A aufgeführten Handwerksberufe oder eine dahingehende Vermutung wird nicht angenommen; vielmehr kann die Entscheidung nur von Fall zu Fall, also für jedes Gewerbe gesondert, getroffen werden.⁹⁸⁹

Schon vor der HwO-Novelle 2004 haben sich die Rechtsprechung und Literatur mit der Frage der Gefahrgeneigtheit bestimmter Handwerke befasst.⁹⁹⁰

So ordnet das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht das Elektroinstallateur-Handwerk als gefahrgeneigtes Handwerk ein.⁹⁹¹ Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof weist darauf hin, dass das Kraftfahrzeugmechaniker-Handwerk wegen der bei unsachgemäßer Ausübung drohenden unabsehbaren Gefahren für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer zu den gefahrgeneigten Handwerken zählt.⁹⁹² Auch für das Dachdecker-Handwerk,⁹⁹³ das Maurer- und Betonbauer-Handwerk,⁹⁹⁴ das Brunnenbauer-Handwerk⁹⁹⁵ und das Heizungs- und Lüftungsbauer-Handwerk⁹⁹⁶ wurde die Eigenschaft des gefahrgeneigten Handwerks bejaht.

⁹⁸⁷ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 22; vgl. Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 130; Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 404; Stober, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, 393–399, 395; so schon BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 288.

⁹⁸⁸ Schmitz, Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1999, 88–99, 91.

⁹⁸⁹ Vgl. auch Honig, HwO, 2. A., § 4 Rn 16; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 4 Rn 31.

⁹⁹⁰ Vgl. auch die beispielhafte Auflistung bei Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 4 Rn 31.

⁹⁹¹ Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384.

⁹⁹² Bay. VGH, Beschluss v. 14.10. 1983, GewArch 1984, 126, 127; ebenso Perkuhn, Aktuelle Probleme der Handwerksordnung, GewArch 1967, 52–57, 54.

⁹⁹³ Vgl. Hess. VGH, Urteil v. 18.03. 1997, GewArch 1997, 344.

⁹⁹⁴ Vgl. BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 288 ; Nds. OVG, Urteil v. 25.09. 1992, GewArch 1994, 171, 172.

⁹⁹⁵ Vgl. Bay. VGH, Beschluss v. 06.09. 1982, GewArch 1983, 91, 92.

⁹⁹⁶ Vgl. OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127.

Bei den Gesundheitshandwerken hat sich in der Rechtsprechung und der Literatur die Annahme durchgesetzt, dass es sich dabei um gefahrgeneigte Handwerke handelt.⁹⁹⁷ Dazu zählen das Augenoptiker-Handwerk,⁹⁹⁸ das Hörgeräteakustiker-Handwerk, das Orthopädietechniker-Handwerk, das Orthopädie-Schuhmacher-Handwerk sowie das Zahntechniker-Handwerk.⁹⁹⁹

Der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004 sah unter Berücksichtigung des Kriteriums der Gefahrgeneigtheit den Verbleib von zunächst 32 Handwerken in der Anlage A vor, in erster Linie Handwerke des Bau- und Ausbaugewerbes, des Elektro- und Metallgewerbes sowie der Gesundheits- und Körperpflege und des Nahrungsmittelgewerbes.¹⁰⁰⁰ Im späteren Verlauf der Beratungen wurden die Handwerke des Nahrungsmittelgewerbes als nicht gefahrgeneigt behandelt.¹⁰⁰¹

Da die neue Anlage A mit 41 Gewerben, die als zulassungspflichtiges Handwerk betrieben werden können, jedoch auch auf die Ausbildungsleistung des jeweiligen Gewerbes abstellt, hat die vorherige Rechtsprechung zur Gefahrgeneigtheit bestimmter Gewerbe weiterhin Gültigkeit.

4.1.4.2. Keine unterschiedlichen Anforderungen

Fröhler/Stolz vertreten die Meinung, dass bei gefahrgeneigten Handwerken an sich keine strengeren Voraussetzungen an den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten gestellt werden dürfen als bei den übrigen Handwerken. Vielmehr seien die Anforderungen in den gefahrgeneigten Handwerken, wie in den übrigen Handwerken, denen der entsprechenden Meisterprüfungen gleichzustellen. Nur über eventuell höhere Anforderungen in den Meisterprüfungen von gefahrgeneigten Handwerken könnten auch im Ausnahmebewilligungsverfahren diese höheren Anforderungen gestellt werden.¹⁰⁰² Dabei begründen Fröhler/Stolz ihre Meinung mit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961¹⁰⁰³. Dem Gesetzgeber sei es, so der Beschluss, bei der Regelung des Befähigungsnachweises als subjektive Zulassungsvoraussetzung in der Handwerksordnung 1953 nicht darauf angekommen,

⁹⁹⁷ Ausführlich Schmitz, Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1999, 88–99, 92; Badura, Peter: Das handwerksrechtliche Gebot der Meisterpräsenz in den Gesundheitshandwerken, dargestellt am Beispiel des Augenoptikerhandwerks. GewArch 1992, 201–208, 207.

⁹⁹⁸ Vgl. OVG Lüneburg, Urteil v. 18.02. 1976, GewArch 1976, 166, 167; VG Göttingen, Urteil v. 05.07. 1994, GewArch 1994, 423, 425.

⁹⁹⁹ Vgl. OLG München, Urteil v. 31.01. 1991, GewArch 1991, 352.

¹⁰⁰⁰ Text Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 14; vgl. dazu Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 22, 23.; Müller, Martin: Meisterpflicht und Gefahrgeneigtheit. GewArch 2007, 361–370, 365.

¹⁰⁰¹ Zu Recht sehr kritisch zum Entwurf der neuen Anlage A Stober, Anmerkung zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, 393–399, 395; ebenso Traublinger, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewArch 2003, 353–358, 355, 356.

¹⁰⁰² Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 53.

¹⁰⁰³ BVerwG, Beschluss v. 07.07. 1961, GewArch 1961, 157.

Gefahren für die Gesamtheit oder den Einzelnen aus einer unsachgemäßen Berufsausübung abzuwenden, die bei zahlreichen Handwerkszweigen drohen, etwa beim Bau-Handwerk oder den Gruppen der Kraftfahrzeugmechaniker und Elektroinstallateure. Maßgebend gewesen sei vielmehr das Interesse an der Erhaltung und Förderung eines gesunden leistungsfähigen Handwerkerstandes als Ganzes.

Stork, der dieser Meinung im Ergebnis folgt, weist darauf hin, dass sich die Meisterprüfungen in ihren Anforderungen ohnehin regelmäßig an der Gefahrgeneigtheit des betreffenden Handwerks ausrichten.¹⁰⁰⁴ Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ vertritt ebenfalls die Ansicht, dass für die Zulassung zur Handwerksausübung in Gesundheitshandwerken und Gefahrenhandwerken im Ausnahmebewilligungs- wie im Ausübungsberechtigungsverfahren keine erhöhten Anforderungen beim Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten gestellt werden dürfen.¹⁰⁰⁵

4.1.4.3. Besondere Anforderungen

Dagegen sieht Dieckmann die Argumentation, der Gesetzgeber habe mit der Handwerksordnung gerade nicht das Ziel der Gefahrenabwehr verfolgt, nicht als zwingend an. Zwar sei die Gefahrenabwehr nicht das gesetzgeberische Leitmotiv. Jedoch sei dieser Gesichtspunkt, wie § 4 Abs. 2 Satz 2 HwO 1965 belege, wonach die höhere Verwaltungsbehörde zur Verhütung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit die Fortführungsberechtigung der Witwe oder des Erben von der Einstellung eines Betriebsleiters abhängig machen kann, der Handwerksordnung nicht fremd. Allerdings, so schränkt Dieckmann ein, gehe es nicht um eine materielle Verschärfung der Prüfungsinhalte, sondern lediglich um die Form des Nachweises, dessen möglichst flexible Handhabung gerade dem Sinn und Zweck der Ausnahmebewilligung entspricht.¹⁰⁰⁶

Kröger räumt ein, dass es dem Gesetzgeber bei der Konzeption der Handwerksordnung 1953 nicht darauf ankam, Gefahren bei unsachgemäßer Ausübung eines Handwerksberufes vorzubeugen. Diese Feststellung befreie letztlich nicht von der entsprechenden Verantwortung. Das Bundesverfassungsgericht habe in seinem Beschluss vom 17. Juli 1961¹⁰⁰⁷ die Verantwortung des Gesetzgebers auch gesehen, wenn es ausführt, dass es auch Ziel des Gesetzgebers war, schwere Schäden sowohl für den Kunden als auch für den Handwerksstand selbst zu vermeiden. Bei der Zulassung der sogenannten Gefahrenhandwerke sehe sich die Verwaltung veranlasst, die fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten besonders kritisch zu prüfen.

¹⁰⁰⁴ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 28.

¹⁰⁰⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383, 384.

¹⁰⁰⁶ Dieckmann, Die Ausnahmebewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 147.

¹⁰⁰⁷ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157.

Gleichzeitig verweist Kröger auch auf den Rechtsgedanken des § 4 Abs. 3 Satz 2 HwO 1965. Im Ergebnis stellt Kröger damit höhere Anforderungen an den Befähigungsnachweis bei „sicherheitsgefährdenden Handwerken“.¹⁰⁰⁸

Auch die Rechtsprechung stellt strengere Voraussetzungen an den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten bei den gefahrgeneigten Handwerken. Das Verlangen nach dem Befähigungsnachweis im Ausnahmebewilligungsverfahren müsse um so mehr gelten, wenn es sich um ein sogenanntes gefahrgeneigtes Handwerk handelt, bei dem also die mangelnde Qualifikation des Ausübenden zu einer besonderen Gefährdung oder gar Schädigung der Gesundheit des Kundenkreises führen kann.¹⁰⁰⁹ Das Oberverwaltungsgericht Hamburg gibt beim Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten im Ausnahmebewilligungsverfahren zu bedenken, dass es sich in dem zu entscheidenden Fall bei dem Elektroinstallateur-Handwerk und dem Gas- und Wasserinstallateur-Handwerk um ein mit Gefahren verbundenes Handwerk handelt, stellt also im Ergebnis auch strengere Anforderungen an den Nachweis.¹⁰¹⁰ Zu diesem Ergebnis für die zuletzt genannten Handwerke kommt auch Dittmann, nicht zuletzt wegen der Rückwirkung von Schäden auf das öffentliche Versorgungsnetz.¹⁰¹¹ Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg führt zum Augenoptikerhandwerk aus, dass hier Gefahren und Gesundheitsschäden durch unsachgemäße Arbeiten zu beachten sind und damit an das Können eines selbstständigen Augenoptikers strengere Anforderungen an den Befähigungsnachweis gestellt werden müssen, zumal Verstöße gegen fachgerechte Grundlagen von den Auftraggebern nicht ohne weiteres erkannt werden können.¹⁰¹²

4.1.4.4. Diskussion

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der materiellen Neuregelungen durch die HwO-Novelle 2004 als neues gesetzgeberisches Ziel bei der Regelung der Berufszulassung durch die Handwerksordnung den Schutz von Gesundheit und Leben Dritter als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut herausgestellt. Damit steht fest, dass die Handwerksordnung auch den Zweck verfolgt, Gefahren und Schäden durch nicht fachgerecht ausgeführte Handwerksleistungen vorzubeugen. Nicht entschieden muss daher der Meinungsstreit darüber, ob auch die Handwerksordnung vor der HwO-Novelle 2004 dieses gesetzgeberische Ziel hatte.

¹⁰⁰⁸ Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 149.

¹⁰⁰⁹ OVG Lüneburg, Urteil v. 15.09. 1972, GewArch 1973, 65, 66; VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 273; ebenso ohne Begründung OVG NW, Urteil v. 18.11. 1969, GewArch 1970, 166, 167.

¹⁰¹⁰ OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127.

¹⁰¹¹ Dittmann, Hans-Martin: Die Rechtsbeziehungen zwischen Versorgungsunternehmen, Installateuren und Kunden. Frankfurt a. M. 1995. 72.

¹⁰¹² OVG Lüneburg, Urteil v. 18.02. 1976, GewArch 1976, 166, 167; ebenso VG Düsseldorf, Urteil v. 15.08. 1962, THwE, 304.

Allerdings spricht vieles dafür, dass der Gesetzgeber auch vor der HwO-Novelle 2004, zumindest sekundär mit der Handwerksordnung den Zweck verfolgt, Gefahren und Schäden durch nicht fachgerecht ausgeführte Handwerksleistungen vorzubeugen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 17. Juli 1961 primär weder den Schutz der Verbraucher noch die „Gefährlichkeit“ einzelner Handwerksberufe im Auge. Allerdings betont das Gericht, durch die Handwerksordnung und die darin enthaltenen Regelungen der Berufsausübung solle das Eindringen unqualifizierter Kräfte in den Beruf verhindert werden. Denn diese könnten bis zu ihrem Ausscheiden oder Erreichung eines wünschenswerten Leistungsstandes unter anderem der Kundschaft durch mangelhafte Leistungen schwere Schäden zufügen. Dies zu vermeiden war aber das Ziel des Gesetzgebers, so das Bundesverfassungsgericht.¹⁰¹³

Im Ergebnis muss der Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung zur ordnungsgemäßen Ausführung aller in dem auszuübenden Handwerk anfallenden Arbeiten befähigt sein, um der Gefahr vorzubeugen, dass durch nicht einwandfreie Ausführung von Handwerksarbeiten der Allgemeinheit Schäden entstehen.¹⁰¹⁴

Allerdings kann von einem Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung nicht ein „Mehr“ an notwendigen Kenntnissen und Fertigkeiten im Vergleich zum Inhalt der Meisterprüfung verlangt werden. Denn die Meisterprüfungsberufsbilder der jeweiligen gefahrgeneigten Handwerke stellen bereits höhere, also strengere Anforderungen. Diesen höheren Anforderungen, denen ein Meisterprüfling beim Befähigungsnachweis unterliegt, muss auch der Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung genügen. Daher sind Anträge von Berufsbewerbern im Ausnahmegewilligungsverfahren, die ein gefahrgeneigtes Handwerk betreffen, stets mit besonderer Sensibilität zu behandeln.

4.1.5. Das Abstellen auf den Einzelfall beim Befähigungsnachweis

Ein Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO liegt vor, wenn für den Antragsteller bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, bei sogenannter personenbezogener Betrachtung, die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar erscheint. Fraglich ist, ob beim Nachweis der fachlichen Befähigung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO durch den Antragsteller sowohl bezüglich des Inhalts als auch des Umfangs eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist. Insoweit könnte darauf abzustellen sein, zu welchem Zweck der Antragsteller die Ausnahmegewilligung verwenden will.

¹⁰¹³ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 158.

¹⁰¹⁴ So bereits BVerwG, Urteil v. 09.10. 1959, GewArch 1960, 161, 162.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Ausnahmebewilligung zur selbstständigen Ausübung eines bestimmten Handwerks berechtigt. Die Ausnahmebewilligung wird grundsätzlich nicht betriebsbezogen, sondern personenbezogen erteilt.¹⁰¹⁵

Zum anderen ist darauf abzustellen, was der Auftraggeber eines in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerkers von diesem erwartet. Der Auftraggeber muss nämlich darauf vertrauen können, dass der eingetragene Handwerker zur ordnungsgemäßen Ausführung aller in diesem Handwerk anfallenden Arbeiten - wie dies die Zulassung als selbstständiger Handwerker vermuten lässt - auch tatsächlich befähigt ist. Diese Befähigung kann nur dadurch erreicht werden, dass in jedem Fall, und damit auch im Ausnahmebewilligungsverfahren, der Nachweis der Befähigung für alle in dem jeweiligen Handwerk anfallenden Arbeiten verlangt wird.¹⁰¹⁶ Diese Forderung ergibt sich nicht zuletzt aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift zur Ausnahmebewilligung. Der Befähigungsnachweis im Ausnahmebewilligungsverfahren ist stets in Beziehung zu dem „zu betreibenden Handwerk“ zu setzen, für das der Antragsteller die Eintragung in die Handwerksrolle anstrebt. Daraus folgt, dass bei einem Bewerber um eine Ausnahmebewilligung, der die zur selbstständigen Ausübung des von ihm zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen hat, beim Nachweis dieser Befähigung nicht auf die Erfordernisse des Einzelfalls abzustellen ist. Damit ist beim Kenntnissnachweis auch nicht zu berücksichtigen, welche Arbeiten in dem betreffenden Betrieb voraussichtlich anfallen werden. Anderenfalls wäre die Folge, dass ein Bewerber, der den Antrag auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung für ein bestimmtes Handwerk mit der Erklärung verbindet, er wolle nicht alle in diesem Handwerk anfallenden Arbeiten ausführen, sondern sich auf einfache Arbeiten beschränken, nur für die solche einfachen Arbeiten erforderliche Befähigung nachzuweisen hätte.¹⁰¹⁷ Dieses widerspricht aber Sinn und Zweck des Nachweises der Befähigung im Ausnahmebewilligungsverfahren.

Vielmehr muss die von dem Berufsbewerber geforderte fachliche Befähigung immer den gesamten Inhalt eines in der Anlage A genannten Gewerbes umfassen. Der Antragsteller kann daher grundsätzlich nicht mit dem Einwand gehört werden, er wolle nur bestimmte Einrichtungen vornehmen, die lediglich einen Ausschnitt des betreffenden Handwerks darstellen. Gleiches gilt für den Einwand des Berufsbewerbers, er wolle schwierige Arbeiten unterlassen und sich auf die leichten beschränken; aus diesem Grunde sei die Forderung, die

¹⁰¹⁵ S. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 3.2.2.2.

¹⁰¹⁶ BVerwG, Urteil v. 09.10. 1959, GewArch 1960, 161, 162; ebenso BVerwG, Beschluss v. 15.10. 1992, GewArch 1993, 121.

vollen Kenntnisse und Fertigkeiten des Handwerks nachzuweisen, für ihn eine unzumutbare Belastung.¹⁰¹⁸

Demzufolge kann ein Antragsteller auch nicht darauf verweisen, er wolle nur einen selbstständigen Kleinhandwerksbetrieb führen und verfüge über die dafür erforderlichen beruflichen Erfahrungen und Kenntnisse.¹⁰¹⁹ Solche Erfahrungen und Kenntnisse sind von vornherein gerade nicht ausreichend. Der Antragsteller verneint damit vielmehr selbst, dass er die in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO geforderten notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zur selbstständigen Ausübung des von ihm zu betreibenden Handwerks besitzt. Zudem wird die Ausnahmegewilligung für die vollumfängliche Ausübung eines Handwerks und nicht für die handwerkliche Tätigkeit, die gerade ausgeübt wird, erteilt.¹⁰²⁰

Auch kann sich der Berufsbewerber nicht etwa hinsichtlich des Erfordernisses des Nachweises kaufmännischer und rechtlicher Kenntnisse auf die Fähigkeiten von Dritten berufen. Ein technisch leitender Gesellschafter einer Personengesellschaft ist daher nicht damit zu hören, er strebe lediglich die praktische Ausübung des Handwerks an, womit betriebswirtschaftliche und kaufmännische Kenntnisse entbehrlich seien.¹⁰²¹ Das Vorgesagte gilt auch dann, wenn die Ausgliederung von Betriebsfunktionen beabsichtigt ist, wie zum Beispiel die Vergabe der Buchführung an einen Steuerberater. Gleiches gilt, wenn sich der Antragsteller auf Kenntnisse von Mitarbeitern oder seiner Ehefrau beruft, die die dem Antragsteller fehlenden Kenntnisse und Fertigkeiten besitzen.¹⁰²² Denn beim Handwerk handelt es sich um Berufe, deren kennzeichnende Eigentümlichkeit gerade darin liegt, dass der Betriebsinhaber weitgehend selbst ausführend mitarbeitet, so dass es gerade auf seine persönlichen Fertigkeiten und Kenntnisse entscheidend ankommt und nicht auf die von Dritten.¹⁰²³ Auch wenn der Antragsteller die Stellung eines unselbstständigen Betriebsleiters anstrebt, hat er die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen.¹⁰²⁴

¹⁰¹⁷ Ebenso Bay. VGH, Urteil v. 06.06. 1963, GewArch 1964, 85, 86; OVG Münster, Urteil v. 09.09. 1964, GewArch 1965, 172; Nds. OVG, Beschluss v. 05.02. 2002, GewArch 2002, 203; VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 8 des Urteilsabdrucks.

¹⁰¹⁸ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 29; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 16; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 55; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 10; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 208.

¹⁰¹⁹ OVG Münster, Urteil v. 09.09. 1964, GewArch 1965, 172; VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 8 des Urteilsabdrucks.

¹⁰²⁰ Vgl. BVerwG, Beschluss v. 22.10. 1981, Buchholz, 451.45, § 8 HwO, Nr. 8, 2; Nds. OVG, Beschluss v. 05.02. 2002, GewArch 2002, 203.

¹⁰²¹ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 16; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 208.

¹⁰²² VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 09.03. 1967, GewArch 1967, 170; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 12; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 208.

¹⁰²³ BVerwG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 159; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 56.

¹⁰²⁴ OVG Münster, Urteil v. 24.07. 1963, GewArch 1964, 12, 13; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 10.

4.2. Die Beweismittel

Das Verwaltungsverfahrensgesetz bestimmt in § 26 VwVfG, in Ergänzung zu § 24 VwVfG und in Anlehnung an § 98 VwGO¹⁰²⁵, welcher Beweismittel sich die Verwaltungsbehörde zur Aufklärung des Sachverhalts bedienen kann. Allerdings steht auch § 26 VwVfG¹⁰²⁶ unter dem Vorbehalt inhaltsgleicher oder entgegenstehender besonderer Bestimmungen in anderen Vorschriften des Bundesrechts.¹⁰²⁷

Die Handwerksordnung regelt in ihrem Dritten Teil, Erster Abschnitt, §§ 45-51, ausführlich das Verfahren zur Ablegung der Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk. Hingegen bestimmt die Handwerksordnung weder in § 8 HwO noch an anderer Stelle, in welcher Form die zur selbstständigen Ausübung des vom Antragsteller zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen werden müssen, welcher Beweismittel sich also die Verwaltungsbehörde bedienen kann. Allgemeingültige Regeln lassen sich angesichts der Vielgestaltigkeit der in Betracht kommenden Fälle wohl auch nicht festlegen.¹⁰²⁸

Damit gilt im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO die Vorschrift des § 26 Abs. 1 VwVfG. Diese bestimmt, dass sich die Behörde im Verwaltungsverfahren der Beweismittel bedient, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält.¹⁰²⁹ Bei der Auswahl der Beweismittel hat die Behörde den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen, wobei je nach den Umständen des Einzelfalls von den verschiedenen Nachweismöglichkeiten diejenige zuerst in Betracht kommt, die den geringsten Eingriff darstellt.¹⁰³⁰

In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die HwO-Novelle 1994 klargestellt hat, dass der Untersuchungsgrundsatz aus § 24 VwVfG auch im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO gilt.¹⁰³¹ Vor der HwO-Novelle 1994 hatte dagegen der Antragsteller seine Befähigung zu beweisen; nicht etwa die Verwaltungsbehörde mußte im Fall der Ablehnung des Antrags beweisen, dass der Antragsteller nicht die notwendige Befähigung besaß. Aus

¹⁰²⁵ Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert durch § 62 Ab. 11 G v. 17.6. 2008 (BGBl. I S. 1010).

¹⁰²⁶ Das Landesrecht entspricht § 26 VwVfG bei stilistischen Abweichungen, vgl. dazu im Einzelnen Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 26 Rn 96.

¹⁰²⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 26 Rn 4.

¹⁰²⁸ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 209.

¹⁰²⁹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 23; Bay. VGH, Urteil v. 04.08. 1989, GewArch 1990, 101, 102; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 30; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 18; Kormann, Joachim. Hüpers, Frank: Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004. GewArch 2004, 353–363, 404–408. 360; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 14.

¹⁰³⁰ Im Ergebnis VG Lüneburg, Urteil v. 17.06. 2003, Juris-Dokument Nr. MWRE010030300, 2; ebenso Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 14.

¹⁰³¹ Vgl. 3. Kapitel 2. Abschnitt V. 5.

diesem Grund war es dem Antragsteller erlaubt, die Art und Weise des von ihm zu führenden Nachweises unter Vorbehalt der Beweistauglichkeit frei zu wählen.¹⁰³² Diese Möglichkeit ist für den Antragsteller durch Geltung des Untersuchungsgrundsatzes nunmehr entfalten.¹⁰³³ Wenn damit auch die Verwaltungsbehörde an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden ist, wird sie diese im Rahmen ihres Ermittlungsermessens berücksichtigen. Nur insoweit kann Detterbeck zugestimmt werden, nach deren Meinung auch nach der HwO-Novelle 1994 das bislang anerkannte Prinzip weiterhin gelten soll, dass dem Antragsteller grundsätzlich die Wahl der Art und Weise des zu führenden Nachweises gestattet ist.¹⁰³⁴

Als Beispiel für die Beweismittel nennt § 26 Abs. 1 Satz 2 VwVfG die sogenannten klassischen Beweismittel der Zivilprozessordnung,¹⁰³⁵ dort geregelt in §§ 371 ff ZPO, und der Strafprozessordnung¹⁰³⁶, dort geregelt in § 245 StPO. Dies sind insbesondere Auskünfte jeder Art, § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwVfG, die Anhörung oder schriftliche Äußerung von Beteiligten, Zeugen und Sachverständigen, § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwVfG, die Beiziehung von Urkunden und Akten, § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VwVfG und die Einvernahme von Zeugen, § 26 Abs. 1 Satz Nr. 4 VwVfG. Allerdings ist diese Aufzählung der Beweismittel nicht abschließend; im Verwaltungsverfahren nach § 26 Abs. 1 VwVfG gilt der Grundsatz des Freibeweises. Damit kann sich die Verwaltungsbehörde aller rechtlich zulässigen Erkenntnismittel bedienen, die geeignet sind oder sein können, das Vorhandensein oder Nicht-Vorhandensein bestimmter entscheidungserheblicher Tatsachen zu beweisen.¹⁰³⁷

Daraus folgt, dass im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO der Befähigungsnachweis in beliebiger Form beziehungsweise auf verschiedene Weise erbracht werden kann.¹⁰³⁸ Jedes Beweismittel ist zugelassen, vorausgesetzt, dass es den Nachweis der fachlichen Befähigung erbringt.¹⁰³⁹

¹⁰³² Vgl. zur Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994 Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 57, 58; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 19.

¹⁰³³ Im Ergebnis Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 30.

¹⁰³⁴ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 18.

¹⁰³⁵ Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 5.12. 2005 (BGBl. I S. 3202), zuletzt geändert durch Art. 29 G. v. 17.12. 2008 (BGBl. I 2586).

¹⁰³⁶ Strafprozessordnung (StPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7.4. 1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319), zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 31.10. 2008 (BGBl. I S. 2149).

¹⁰³⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 26 Rn 9; P. Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 26 Rn 22; Clausen, in: Knack, VwVfG, § 26 Rn 14, 15.

¹⁰³⁸ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 57.

¹⁰³⁹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 23, 24; Hess. VGH, Urteil v. 03.12. 1969, GewArch 1970, 108, 109; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 16.

4.2.1. Die Wertigkeit der Beweismittel

In der Verwaltungspraxis liegt der Schwerpunkt der Beweisführung für den Befähigungsnachweis im Ausnahmbewilligungsverfahren bei den Beweismitteln Eignungsfeststellung, Bekundungen Dritter, langjährige berufliche Tätigkeit und der Ablegung anderer Prüfungen. Die Wertigkeit dieser Beweismittel wurde allerdings durch die HwO-Novelle 1994 einer erheblichen Änderung unterzogen. § 8 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz HwO bestimmt nunmehr, dass bei dem Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind.

4.2.1.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994

Rechtsprechung und Literatur haben der Eignungsfeststellung als Beweismittel, also der Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten des Antragstellers durch Sachverständige, für die für eine Ausnahmbewilligung nachzuweisenden Befähigung eine maßgebliche Bedeutung vor allen Beweismitteln eingeräumt.

4.2.1.1.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer ersten Entscheidung zum Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten im Ausnahmbewilligungsverfahren die Überprüfung des Bewerbers und seiner bisherigen Tätigkeit dann für erforderlich erachtet, wenn der Kenntnissnachweis nicht anderweitig erbracht werden kann.¹⁰⁴⁰ In einer weiteren Entscheidung führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass nicht selten eine Beurteilung der erforderlichen fachlichen Voraussetzungen des Bewerbers nur durch eine Überprüfung des Bewerbers möglich ist.¹⁰⁴¹

Auf diese zitierte Rechtsprechung nimmt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof Bezug. Das Gericht urteilt, dass die Durchführung einer „Vergleichsprüfung“ viel beweiskräftiger für die Kenntnisse und Fertigkeiten eines Bewerbers ist als zum Beispiel Bestätigungen über die frühere Tätigkeit oder Besichtigung von ausgeführten Arbeiten.¹⁰⁴² Das Verwaltungsgericht Koblenz dagegen lässt in seinem Urteil vom 01. Februar 1977 dahinstehen, ob dem Grundsatz uneingeschränkt zu folgen ist, dass dem Ergebnis von Fertigkeitprüfungen ein höherer Beweiswert zukommt als Bestätigungen früherer Auftraggeber über die Ausführung von Arbeiten.¹⁰⁴³

¹⁰⁴⁰ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 290.

¹⁰⁴¹ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97.

¹⁰⁴² Bay. VGH, Urteil v. 28.03. 1963, GewArch 1963, 275, 276; ebenso VG Ansbach, Urteil vom 30.04. 1965, GewArch 1966, 17, 18.

¹⁰⁴³ VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 273, 274.

Eindeutiger vertritt das Oberverwaltungsgericht Münster in seinem Urteil vom 14. März 1975 seinen Standpunkt: Für den gemäß § 8 Abs. 1 HwO notwendigen Kenntnis- und Fertigenachweis durch den Bewerber wird regelmäßig eine sogenannte „Vergleichsprüfung“ für erforderlich gehalten.¹⁰⁴⁴

Demgegenüber ist die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Baden-Württemberg nicht einheitlich: Einerseits sollen dem Bewerber zum Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten auch andere Möglichkeiten als eine Prüfung vor der Handwerkskammer offenstehen.¹⁰⁴⁵ Andererseits könne die Befähigung nicht ohne eine Sachkundeprüfung nachgewiesen werden.¹⁰⁴⁶

4.2.1.1.2. Die Meinung der Literatur

Auch die Literatur misst der Eignungsfeststellung beim Kenntnis- und Fertigenachweis eine wichtige Rolle zu. Honig berichtet aus der damaligen Verwaltungspraxis, dass die Verwaltungsbehörden mehr und mehr dazu übergingen, das Vorliegen einer ausreichenden Befähigung im Wege einer sogenannten Sachkundeprüfung - oder besser Eignungsprüfung - zu ermitteln. Dabei bezeichnet er diese Prüfung als eine Institution, die sich aus kleinsten Anfängen in der Praxis ganz typisch praeter legem entwickelt hat.¹⁰⁴⁷ Dabei hält Honig einen besonderen Eignungstest dann für erforderlich, wenn der bisherige Werdegang des Antragstellers und die von diesem vorgelegten Zeugnisse noch keinen ausreichenden Schluss über den Befähigungsnachweis zulassen.¹⁰⁴⁸

Eyermann/Fröhler/Honig vertreten den Standpunkt, dass Eignungsfeststellungen unter allen Umständen beweiskräftiger sind als Bestätigungen über frühere Arbeiten und dergleichen,¹⁰⁴⁹ während dies nach der vermittelnden Meinung von Fröhler/Stolz nur für den Regelfall gelten soll.¹⁰⁵⁰

Die Überprüfung durch einen Eignungstest ist, so Kröger, die sicherste Grundlage für die fachliche Beurteilung im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde, wobei Küffner und De-

¹⁰⁴⁴ OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1976, 268.

¹⁰⁴⁵ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 13.10. 1976, THwE, 303.

¹⁰⁴⁶ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 05.10. 1977, THwE, 304.

¹⁰⁴⁷ Honig, Gerhart: Die Eignungsprüfung im Handwerk. GewArch 1976, 369–371. 369.

¹⁰⁴⁸ Honig, HwO, 1. A., § 8 Rn 15.

¹⁰⁴⁹ Eyermann, Erich. Fröhler, Ludwig. Honig, Gerhart: Handwerksordnung. Kommentar. 3. Auflage. München 1973. § 8 Rn 10.

¹⁰⁵⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 57.

penbrock die Begutachtung des Berufsbewerbers durch Sachverständige als die auch in der Praxis häufigste Form des Nachweises der Befähigung bezeichnen.¹⁰⁵¹

4.2.1.2. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994

Der Gesetzgeber hat durch die Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO geregelt, dass bei dem Befähigungsnachweis auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Die bisherige Verwaltungspraxis, nach der zum Befähigungsnachweis von vornherein eine Eignungsfeststellung verlangt wurde, erschien dem Gesetzgeber zu weitgehend. Nunmehr sollen beim Nachweis der Fertigkeiten und Kenntnisse auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers berücksichtigt werden. Die Ablegung einer Eignungsfeststellung darf danach nur dann verlangt werden, wenn der erforderliche Nachweis nur durch eine solche Prüfung und nicht auf einfachere Weise erbracht werden kann - entsprechend dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Rechtslage soll durch die Änderung der Vorschrift die Praxis stärker dazu angehalten werden, die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Kenntnisse zu berücksichtigen und nicht - wie vielfach - bereits von vornherein eine „Eignungsprüfung“ zu verlangen.¹⁰⁵² Diese Berücksichtigung der bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten bezeichnet Czybulka als eine Selbstverständlichkeit, die das Gesetz jetzt ausdrücklich klarstellt.¹⁰⁵³

Daraus folgt zunächst, dass die Eignungsfeststellung als Beweismittel im Ausnahmebewilligungsverfahren weiterhin erlaubt ist. Allerdings darf die Eignungsfeststellung durch Sachverständige von der Verwaltungsbehörde nur noch dann verlangt werden darf, wenn der Nachweis nicht auf einfachere Weise durch andere Beweismittel erbracht werden kann; es besteht damit kein Automatismus, stets eine fachliche Überprüfung des Antragstellers vorzunehmen.¹⁰⁵⁴ Vielmehr ist die Eignungsfeststellung nunmehr nicht die zuerst, sondern die zuletzt in Betracht zu ziehende Nachweismöglichkeit, insbesondere angesichts der sich aus dem Untersuchungsgrundsatz des § 24 Abs. 1 Satz 2 VwVfG ergebenden Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵¹ Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 211; Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 148.

¹⁰⁵² Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18; Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1443; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 22.

¹⁰⁵³ Czybulka, Die handwerksrechtlichen Änderungen des Gesetzes vom 20.12. 1993, NVwZ 1994, 953–956, 954.

¹⁰⁵⁴ Ausdrücklich VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385, 386; ebenso Erdmann, Die Neuverteilung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, Nds.VerwBl. 1995, 270-274, 274.

¹⁰⁵⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 24; OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 289; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386; zur Rangfolge der einzelnen Beweismittel vgl. auch Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 14.

Die Eignungsfeststellung steht daher nach der HwO-Novelle 1994 zu Recht nicht mehr in dem Maße im Vordergrund wie bisher. Gleichwohl werden die Verwaltungsbehörden in Zukunft auf dieses am häufigsten genutzte Beweismittel, das sich in der Praxis auch am meisten bewährt hat, weiterhin häufig zurückgreifen dürfen und auch müssen,¹⁰⁵⁶ wenn der Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 8 HwO nicht anders möglich ist.

4.2.3. Langjährige Berufstätigkeit als Kenntnis- und Fertigenachweis

Die Möglichkeit des Nachweises der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten im Ausnahmewilligungsverfahren durch langjährige Berufstätigkeit, sei es selbstständig oder unselbstständig, ist seit Bestehen der Handwerksordnung in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Seit der HwO-Novelle 1994 regelt § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO, dass beim Nachweis der zur selbstständigen Ausübung des von dem Antragsteller zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten auch seine bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Damit hat der Gesetzgeber durch die HwO-Novelle 1994 die Nachweismöglichkeiten zu § 8 HwO insoweit erweitert, dass nunmehr insbesondere die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Fraglich ist daher, inwieweit die teilweise in Rechtsprechung und Literatur vertretene Meinung, die dem Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten im Ausnahmewilligungsverfahren durch langjährige Berufstätigkeit zurückhaltend gegenüberstand, noch aufrechterhalten werden kann. Für eine entsprechende Klarstellung, zumindest teilweise, hat die HwO-Novelle 2004 insoweit gesorgt, als nunmehr eine spezielle Regelung der Berufszulassung für „erfahrene“ oder „qualifizierte“ Gesellen durch das Institut der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO in die Handwerksordnung aufgenommen wurde.

4.2.2.1. Die Rechtslage vor der HwO-Novelle 1994

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die Meinung, dass eine langjährige einwandfreie und erfolgreiche Betriebsführung, die es dem Antragsteller auch ermöglicht hat, den Betrieb unter Einsatz erheblicher Mittel maschinell gut auszustatten und auf eine gesunde wirtschaftliche Grundlage zu stellen, dafür spricht, dass der Antragsteller die erforderlichen kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Kenntnisse und auch wesentliche fachliche Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt.¹⁰⁵⁷ Zuvor hatte das Bundesverwaltungsgericht das Vorhandensein der erforderlichen kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Kenntnisse bei einem Antragsteller aufgrund der mehrjährigen leitenden Tätigkeit im Geschäft seines Vaters ange-

¹⁰⁵⁶ So auch im Ergebnis Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 42.

¹⁰⁵⁷ BVerwG, Urteil v. 14.10.1965, GewArch 1966, 86, 87.

nommen.¹⁰⁵⁸ Insbesondere spreche die Tatsache, dass ein Berufsbewerber stets nur im elterlichen Betrieb tätig gewesen ist, nicht für das Fehlen der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten.¹⁰⁵⁹ In einer späteren Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht seine Sichtweise modifiziert und geurteilt, dass die zehnjährige selbstständige beanstandungsfreie Ausübung eines Handwerks allenfalls eine tatsächliche Vermutung der Befähigung begründen kann.¹⁰⁶⁰ Gleiches gilt, so das Bundesverwaltungsgericht, für eine zweijährige selbstständige Tätigkeit.¹⁰⁶¹

Die zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist in der ober- und untergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur nicht auf uneingeschränkte Zustimmung gestossen. Dabei ist zwischen unselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit des Antragstellers zu unterscheiden.

Nach Meinung des Oberverwaltungsgerichts Münster und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg ist die langjährige Tätigkeit in abhängiger Stellung, etwa als Vorarbeiter oder Geselle, nicht als Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten geeignet.¹⁰⁶² Etwas anderes soll gelten, wenn der Berufsbewerber als unselbstständiger Arbeitnehmer hervorgehobene Stellungen bekleidet hat und ihm die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen erteilt worden ist. Hier differenziert das Oberverwaltungsgericht Münster bezüglich der Nachweisgebiete: Zwar könne der Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten durch diese Tätigkeit erbracht werden. Das Vorgesagte gelte allerdings nur für die betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse, nicht hingegen im Besonderen für die fachtheoretischen Kenntnisse.¹⁰⁶³

Dagegen lässt das Verwaltungsgericht Darmstadt jahrelange unselbstständige handwerkliche Tätigkeit „für sich allein“ nicht als Nachweis ausreichen.¹⁰⁶⁴

Das Oberverwaltungsgericht Hamburg stellt auf die Art der Tätigkeit ab und urteilt, dass der Nachweis nicht durch eine langjährige Tätigkeit als Helfer in einem Handwerksbetrieb geführt werde.¹⁰⁶⁵

Auch bezüglich des Befähigungsnachweises durch jahrelange selbstständige Tätigkeit besteht in der Rechtsprechung keine einheitliche Meinung.

¹⁰⁵⁸ BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 251, 252.

¹⁰⁵⁹ BVerwG, Urteil v. 12.02. 1965, GewArch 1965, 165, 166.

¹⁰⁶⁰ BVerwG, Urteil vom 25.02. 1992, GewArch 1992, 242, 244.

¹⁰⁶¹ BVerwG, Urteil v. 08.11. 1996, BVerwGE 102, 204, 213.

¹⁰⁶² OVG Münster, Urteil v. 15.02. 1961, THwE, 293; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 30.07. 1969, GewArch 1970, 37; ebenso VG München, Urteil v. 06.10. 1960, GewArch 1961, 58.

¹⁰⁶³ OVG Münster, Urteil v. 18.11. 1969, GewArch 1970, 166, 167.

¹⁰⁶⁴ VG Darmstadt, Urteil v. 30.04. 1965, THwE, 297.

¹⁰⁶⁵ OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg vertritt zunächst die Meinung, dass sowohl eine langjährige Tätigkeit im eigenen Betrieb für den Befähigungsnachweis nicht ausreicht.¹⁰⁶⁶ In einer späteren Entscheidung urteilt das Gericht, dass, wenn der Antragsteller während längerer Zeit ohne jede Beanstandung ein Handwerk in seiner gesamten Breite selbstständig betrieben hat, eine gewisse, im Einzelfall aber durchaus widerlegbare Vermutung dafür spricht, dass er die zur Ausübung dieses Handwerks notwendigen Kenntnisse besitzt.¹⁰⁶⁷

Das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen differenziert zwischen den verschiedenen Wissensgebieten: Selbst wenn der Antragsteller durch lange praktische selbstständige Tätigkeit die notwendigen handwerklichen Fähigkeiten besäße, würde doch in jedem Falle der Nachweis seiner kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Kenntnisse ausstehen.¹⁰⁶⁸ Allerdings seien diese Kenntnisse durch die Kaufmannsgehilfenprüfung und eine sich anschließende zehnjährige selbstständige Leitung eines Handwerksbetriebes nachgewiesen.¹⁰⁶⁹ Auch das Obergerverwaltungsgericht Koblenz differenziert zwischen den verschiedenen Nachweisgebieten: Die einschlägigen fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse seien mit Wahrscheinlichkeit nach einer nahezu acht Jahre dauernden selbstständigen Tätigkeit in einem Handwerkszweig nachgewiesen.¹⁰⁷⁰ Wer fünf Jahre einen Handwerksbetrieb selbstständig geführt habe, verfüge über die erforderlichen kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Kenntnisse. Das Vorgesagte soll auch dann gelten, wenn der Antragsteller die Gesellenprüfung mit „gut“ bestanden habe und anschließend fünf Jahre als Geselle tätig gewesen ist.¹⁰⁷¹

So urteilt auch das Obergerverwaltungsgericht Münster;¹⁰⁷² bei einem Antragsteller, der als Zahnarzt über zehn Jahre gewerblich und freiberuflich tätig ist, sind auch die zur Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe notwendigen kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und allgemein-theoretischen Kenntnisse durch die langjährige Berufsausübung erwiesen. Gleiches lässt das Gericht für die nachzuweisenden fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse im Zahntechniker-Handwerk gelten. Hat allerdings der Antragsteller dreimal die Meisterprüfung nicht bestanden, reiche allein eine langjährige erfolgreiche selbstständige Berufsausübung, zumindest für den Nachweis der fachtheoretischen Kenntnisse, nicht aus.¹⁰⁷³ Ebenso spricht eine nicht bestandene Sachkundeprüfung, so urteilt das Obergerverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, gegen eine gewisse, im Einzelfall aber durchaus wider-

¹⁰⁶⁶ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 30.07. 1969, GewArch 1970, 37; ebenso zur selbstständigen Tätigkeit OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27; VG Stuttgart, Urteil v. 15.03. 1972, GewArch 1973, 133, 134; VG Kassel, Urteil v. 13.07. 1970, GewArch 1971, 13, 14; VG Minden, Urteil v. 16.12. 1976, THwE, 303.

¹⁰⁶⁷ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.02. 1986, GewArch 1986, 375, 376.

¹⁰⁶⁸ VG Gelsenkirchen, Urteil v. 04.08. 1966, GewArch 1967, 115.

¹⁰⁶⁹ VG Gelsenkirchen, Urteil v. 16.09. 1965, THwE, 298, 299.

¹⁰⁷⁰ OVG Koblenz, Urteil v. 23.01. 1963, THwE, 293.

¹⁰⁷¹ OVG Koblenz, Urteil v. 19.11. 1962, THwE, 293.

¹⁰⁷² OVG Münster, Urteil v. 03.03. 1965, GewArch 1966, 15, 16.

¹⁰⁷³ OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1968, 164, 165.

legbare Vermutung dafür, dass der Antragsteller die zur Ausübung des zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse besitzt, weil er während längerer Zeit ohne jede Beanstandung ein Handwerk in seiner gesamten Breite selbstständig betrieben hat.¹⁰⁷⁴

Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz hält eine nahezu zehnjährige nachhaltige selbstständige Tätigkeit im Zahntechnikerhandwerk in aller Regel für geeignet, einen Handwerker, der bereits Kenntnisse und Fertigkeiten auf der Gesellenebene mitbringt, die notwendige meisterliche Qualifikation erwerben zu lassen.¹⁰⁷⁵ Durch langjährige selbstständige Tätigkeit des Antragstellers kann auch nach Meinung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg der Nachweis der erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und allgemein-theoretischen Kenntnisse erbracht werden. Dies gelte allerdings dann nicht, wenn die praktischen Arbeiten in dem Betrieb des Antragstellers durch von ihm beschäftigte Handwerksmeister und Gesellen geleistet worden sind und sich die Tätigkeit des Antragstellers auf die Arbeitseinteilung und die Beratung der Auftraggeber beschränkt hat.¹⁰⁷⁶

Vermittelnd vertritt das Verwaltungsgericht Augsburg die Meinung, dass eine langjährige und erfolgreiche selbstständige Betriebsführung jedenfalls im Regelfall nicht als Nachweis der handwerklichen Befähigung ausreicht. Allenfalls dann, wenn besondere Umstände hinzutreten, beispielhaft eine außergewöhnlich lange, ununterbrochene Berufspraxis, könne diese Tatsache eine andere Beurteilung der fachlichen Qualifikation des Antragstellers rechtfertigen.¹⁰⁷⁷ Allerdings gibt das Gericht in einer weiteren Entscheidung auch zu bedenken, dass, wenn fähige Gesellen zur Verfügung stünden, ein Betriebsinhaber auch mit geringen fachlichen Kenntnissen den Betrieb aufrechterhalten kann.¹⁰⁷⁸

In der Literatur vertreten Kröger und Dieckmann den Standpunkt, dass demjenigen meistergleiche Fähigkeiten bestätigt werden müssen, der einen Betrieb nachweislich über einen längeren Zeitraum in kaufmännischer und technischer Sicht selbstständig geleitet hat und auch eine entsprechende praktische Befähigung belegt werden kann. Diese Annahme sei nur dann nicht berechtigt, wenn zweifelhaft bleibt, ob die fachlich und betriebswirtschaftlich gute Betriebsleistung Ausdruck des persönlichen Könnens des Betriebsinhabers ist. Bei der Beurteilung dieser Fälle sei daher eine gewisse Zurückhaltung angebracht.¹⁰⁷⁹

Dagegen argumentieren Fröhler/Stolz, dass die Handwerksordnung in § 49 HwO 1965 schon als Zulassungsvoraussetzung zur Meisterprüfung verlangt, dass eine bestandene Gesellenprü-

¹⁰⁷⁴ OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 27.09. 1976, GewArch 1977, 122, 124.

¹⁰⁷⁵ OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964, GewArch 1965, 102, 104.

¹⁰⁷⁶ OVG Lüneburg, Urteil v. 15.09. 1972, GewArch 1973, 65, 66.

¹⁰⁷⁷ VG Augsburg, Urteil v. 28.05. 1986, GewArch 1986, 376, 378.

¹⁰⁷⁸ VG Augsburg, Urteil v. 24.05. 1966, GewArch 1967, 34, 35.

fung und eine mehrjährige Tätigkeit als Geselle beziehungsweise als selbstständiger Handwerker nachgewiesen wird. Ob dazu allein eine Verdoppelung der nachzuweisenden Tätigkeitszeit auf zehn Jahre ausreicht, müsse bezweifelt werden. Auf jeden Fall sei auch bei solchen Antragstellern zu prüfen, ob sie alle Tätigkeiten, die zum jeweiligen Berufsbild gehören, auch selbstständig ausgeführt haben beziehungsweise ausführen könnten und ob sie die in Teil II der Meisterprüfung verlangten Kenntnisse besitzen. Auch in diesen Fällen werde sich in der Regel eine auf Teilgebiete erstreckende Vergleichsprüfung nicht umgehen lassen.¹⁰⁸⁰

4.2.2.2. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 1994

Die erweiterten Nachweismöglichkeiten zu § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO, wonach auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten beim Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zu berücksichtigen sind, haben in Rechtsprechung und Literatur nicht zu einer einheitlichen Beurteilung der Frage geführt, inwieweit eine langjährige berufliche Tätigkeit zum Befähigungsnachweis geeignet ist.

Der Gesetzgeber hat in der Handwerksordnung nicht ausdrücklich geregelt, was er unter den „bisherigen beruflichen Erfahrungen“, die von der Neuregelung umfasst werden sollen, versteht. Gemeint sind technisch oder fachlich zusammenhängende oder wirtschaftlich ergänzende Tätigkeiten auf der Grundlage des § 5 HwO oder im Rahmen eines handwerklichen Nebenbetriebs oder Hilfsbetriebs nach §§ 2, 3 HwO.¹⁰⁸¹ Allerdings ist im Einzelfall stets zu prüfen, ob diese Tätigkeiten von ihrer Struktur her geeignet sind, die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten, die denen eines Handwerksmeisters „in etwa“ entsprechen, zu belegen.

Gedacht ist auch an Tätigkeiten des Antragstellers im elterlichen Betrieb, Ablegung der Gesellenprüfung in einem anderen Handwerk oder Tätigkeiten im Ausland.¹⁰⁸²

Zwar sind sich die Rechtsprechung und die weitere Literatur zunächst einig, dass insbesondere nach dem neu gefassten § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO diese bisherigen beruflichen Erfahrun-

¹⁰⁷⁹ Kröger, Die Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; Dieckmann, Die Ausnahmbewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 147, 148.

¹⁰⁸⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 67.

¹⁰⁸¹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 2004, 381–385, 383; Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 443; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 11.

¹⁰⁸² Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der § 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311.

gen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind.¹⁰⁸³ Die Notwendigkeit, den gesamten Berufsweg des Antragstellers auch vor seiner Antragstellung zu prüfen, sei nunmehr nicht entfallen, sondern - gleichsam als Korrektiv - in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO verlagert worden. Im Rahmen der Fachkundeprüfung sei nicht nur der aktuelle Kenntnisstand des Bewerbers zu berücksichtigen, sondern weitergehend seien seine bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu beachten. Auf diese Weise habe es die Verwaltungsbehörde in der Hand, gegebenenfalls fachfremde Tätigkeiten eines Bewerbers auch zu seinen Lasten zu würdigen,¹⁰⁸⁴ beispielsweise mehrjährige nichthandwerkliche praktische Tätigkeiten in einem Industriebetrieb¹⁰⁸⁵.

Streit besteht aber in Rechtsprechung und Literatur weiterhin, ob die Berücksichtigung der beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten bedingt, dass eine langjährige berufliche Tätigkeit, ob selbstständig oder unselbstständig, zum Befähigungsnachweis geeignet ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach die selbstständige und beanstandungsfreie Führung eines Handwerksbetriebes, im zu entscheidenden Fall zwei Jahre, allenfalls eine tatsächliche Vermutung der Befähigung des Antragstellers begründet. In diesem Zusammenhang habe eine früher nach § 8 Abs. 2 HwO erteilte befristete Ausnahmegewilligung nicht mehr als indizielle Bedeutung.¹⁰⁸⁶ In einem weiteren Urteil führt das Gericht aus, dass die in der praktischen Berufsausübung erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht das gesamte prüfungsrelevante Spektrum abdecken.¹⁰⁸⁷ Damit erkennt das Gericht den Befähigungsnachweis im Ausnahmegewilligungsverfahren durch berufliche Erfahrungen und Tätigkeiten weiterhin als Beweismittel grundsätzlich an. Allerdings wird auch in Zweifel gezogen, ob der Befähigungsnachweis sowohl vom Inhalt als auch vom Umfang her durch dieses Beweismittel vollständig geführt werden kann. Offen bleibt auch, über welchen Zeitraum der Antragsteller diese Tätigkeiten ausgeführt haben muss und ob diese Tätigkeiten als alleiniger Befähigungsnachweis ausreichend sind.

Das Verwaltungsgericht Hamburg folgt dieser Meinung; auch nach der Neufassung des § 8 HwO ergebe sich keine gesetzliche Vermutung dahingehend, dass bei vorhandener Berufserfahrung vom Vorliegen der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten auszugehen ist. Eine langjährige Ausübung des Handwerks könne allenfalls eine tatsächliche Vermutung der Be-

¹⁰⁸³ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481; Nds. OVG, Urteil v. 29.04. 1994, AZ: 8 L 4749/93, S. 12 des Urteilsabdrucks; Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 77; OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 10 des Urteilsabdrucks; VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 7 des Urteilsabdrucks; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386; Honig/Knörr, 4. A., § 8 Rn 15; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 32.

¹⁰⁸⁴ Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 77.

¹⁰⁸⁵ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386.

¹⁰⁸⁶ BVerwG, Urteil v. 08.11. 1996, BVerwGE 102, 204, 213.

¹⁰⁸⁷ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

fähigung begründen. Dabei lässt das Gericht eine fünfjährige selbstständige Tätigkeit im Handwerk zur Begründung einer Vermutungswirkung nicht ausreichen. Nur bei einer Ausübung des Handwerks über extrem lange Zeiträume könne im Einzelfall allein hieraus auf das Vorliegen der erforderlichen Qualifikation geschlossen werden. Anderenfalls, wenn beispielhaft der Antragsteller das Handwerk lediglich fünf Jahre selbstständig ausgeübt hat, müssten stets besondere Umstände hinzukommen. Die Führung eines selbstständigen „Kleinhandwerksbetriebes“ sei aber von vornherein nicht ausreichend. Darüber hinaus setze eine tatsächliche Vermutung der Befähigung überdies voraus, dass das Handwerk in der in Rede stehenden Zeit beanstandungsfrei ausgeübt wurde. Allerdings seien die sich an die Gesellenprüfung anschließenden Gesellenjahre nicht von entscheidender Bedeutung, da Gesellenprüfung und Berufspraxis nach § 49 HwO 1998 Zulassungsvoraussetzung zur Gesellenprüfung sind, nicht aber der Nachweis meistergleicher Befähigung.¹⁰⁸⁸

Eine über 20-jährige ununterbrochene Berufstätigkeit eines Antragstellers, der eine Ausnahmegewilligung für das Zahntechniker-Handwerk begehrt, zum Teil als Laborleiter in den verschiedenen zahntechnischen Laboren und zahnärztlichen Praxen, kann, so das Verwaltungsgericht Wiesbaden, für die erforderlichen Qualifikationen ausreichen,¹⁰⁸⁹ während das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes im Ergebnis offen lässt, ob der Sachkundenachweis für das Zahntechnikerhandwerk nicht bereits durch lebenslange Berufserfahrung erbracht ist.¹⁰⁹⁰

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hält an seiner Auffassung fest, dass nur eine langjährige selbstständige Handwerksausübung - nicht jedoch eine solche in abhängiger Stellung - bei der Feststellung der Befähigung des Berufsbewerbers berücksichtigt werden kann. Habe dieser während längerer Zeit ohne jede Beanstandung ein Handwerk in seiner gesamten Breite selbstständig betrieben, so spricht eine gewisse Vermutung dafür, dass er die zur Ausübung dieses Handwerks notwendigen Kenntnisse besitzt. Im Einzelfall sei diese Vermutung aber durchaus widerlegbar. Zu Gunsten des Berufsbewerbers seien in diesen Fällen insbesondere die Ablegung einer Gesellenprüfung und weitere Zeugnisse zu berücksichtigen.¹⁰⁹¹

Dagegen reicht nach Meinung des Verwaltungsgerichts Braunschweig als Befähigungsnachweis in der Regel weder eine langjährige Gesellentätigkeit in demselben Betrieb noch eine langjährige erfolgreiche selbstständige Betriebsführung aus.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁸ VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 7, 8, 9 des Urteilsabdrucks.

¹⁰⁸⁹ VG Wiesbaden, Urteil v. 27.10. 1998, AZ: 5 E 147/96 (2), S. 9 des Urteilsabdrucks.

¹⁰⁹⁰ OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 11 des Urteilsabdrucks.

¹⁰⁹¹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 24.

¹⁰⁹² VG Braunschweig, Urteil v. 24.09. 2003, AZ: 1 A 45/03, S. 5 des Urteilsabdrucks.

Honig folgt dieser Auffassung; Gesellenzeit und Berufspraxis seien nach § 49 HwO 1998 Zulassungsvoraussetzungen für die Meisterprüfung, so dass damit nicht schon eine meistergleiche Befähigung bewiesen werden kann.¹⁰⁹³ Schwappach, der dieser Meinung folgt, weist auf den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO, wonach die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers lediglich „zu berücksichtigen“ sind. Ein bloßer Hinweis auf berufliche Erfahrungen und Tätigkeiten reiche daher für sich allein nicht aus.¹⁰⁹⁴

Hat nach Meinung von Stork der Antragsteller nachweislich über einen längeren Zeitraum einen Handwerksbetrieb derselben Fachrichtung verantwortlich und selbstständig geleitet, kann dies als Befähigungsnachweis ausreichen. Allerdings müsse der Antragsteller neben einer technischen oder kaufmännischen Leitung auch eine entsprechende praktische Erfahrung dokumentieren können. Im Rahmen einer Gesamtschau sollen dabei unter anderem die Eignung der vom Antragsteller ausgeübten Tätigkeit in ihrer konkreten Form für die Vermittlung der notwendigen Befähigung überprüft werden. Bezüglich des maßgeblichen Zeitraums soll eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten dann gegeben sein, wenn der Antragsteller eine acht- bis zehnjährige selbstständige Tätigkeit in dem betreffenden Handwerk geltend machen kann.¹⁰⁹⁵ Auch nach Meinung von Musielak/Detterbeck spricht eine gewisse, im Einzelfall aber durchaus widerlegbare Vermutung dafür, dass ein Antragsteller, der während längerer Zeit ohne jede Beanstandung ein Handwerk in seiner gesamten Breite selbstständig betrieben hat, die zur Ausübung dieses Handwerks notwendigen Kenntnisse besitzt. Auch die im Wesentlichen selbstständige Leitung eines Handwerksbetriebes derselben Fachrichtung rechtfertige durchaus den Schluss, dass der Antragsteller über eine ausreichende Befähigung verfügt. Die Betriebsführung müsse aber längere Zeit gedauert haben und dürfe sich nicht lediglich auf die technische oder die kaufmännische Leitung beschränken.¹⁰⁹⁶

4.2.2.3. Die Rechtslage nach der HwO-Novelle 2004

Der Gesetzgeber hat durch die Aufnahme der sogenannten Altgesellenregelung, der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO, in das Berufszulassungssystem der Handwerksordnung den Streit darüber, ob langjährige Berufstätigkeit als Beweismittel für den Befähigungsnachweis anzuerkennen ist, teilweise entschieden. Liegen die Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO vor, insbesondere die Ablegung einer einschlägigen Gesellenprüfung, ein-

¹⁰⁹³ Honig, HwO, 2. A., § 8 Rn 13, 14.

¹⁰⁹⁴ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311.

¹⁰⁹⁵ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 33, 36.

¹⁰⁹⁶ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 23, 25.

schlägige sechsjährige Berufserfahrung, davon vier Jahre in leitender Stellung, und Ausübung zumindest einer wesentlichen Tätigkeit des zulassungspflichtigen Handwerks, gelten die Bereiche Fachpraxis und Fachtheorie als nachgewiesen. Die betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse gelten in der Regel durch die Berufserfahrung als nachgewiesen. Qualifizierten Gesellen, die die Anspruchsvoraussetzungen des § 7 b HwO erfüllen, steht damit die Möglichkeit der Berufszulassung über den Weg der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO offen, wobei die angeführten Grundsätze zum Befähigungsnachweis im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO Geltung finden. Dabei kann die Berufserfahrung sowohl durch unselbstständige als auch selbstständige Tätigkeit des Gesellen zurückgelegt worden sein.¹⁰⁹⁷

Anderen Berufsbewerbern, die nicht die Voraussetzungen der genannten Norm erfüllen, steht weiterhin eine Berufszulassung über § 8 HwO offen. In einer ersten Entscheidung nach der HwO-Novelle 2004 zum Befähigungsnachweis durch Berufserfahrung hält das Bundesverwaltungsgericht weiterhin an seiner Auffassung fest, wonach die Tatsache, dass der Berufsbewerber längere Zeit ohne jede Beanstandung ein Handwerk in seiner gesamten Breite selbstständig betrieben hat, den Besitz der zur Ausübung dieses Berufs notwendigen Kenntnisse vermuten lässt.¹⁰⁹⁸

Im Einzelfall ist dies aber durchaus widerlegbar, wie eine Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zeigt.¹⁰⁹⁹ Der Befähigungsnachweis im Zahntechnikerhandwerk war im zu entscheidenden Fall nach Meinung des Gerichts nicht erbracht, obwohl der Antragsteller die Gesellenprüfung abgelegt hatte, anschließend 15 Jahre in seinem Beruf tätig war, nunmehr seit Jahren Gesellschafter und Geschäftsführer zweier Betriebe ist und diese auch leitet. Berücksichtigt hat das Gericht zu Lasten des Antragstellers, dass dieser vor Antragstellung verschiedene Zahntechnikermeister beschäftigt und die Meisterprüfung abgebrochen hatte.

Das Verwaltungsgericht Saarland folgt der früheren Rechtsprechung, wonach meistergleiche Kenntnisse nicht durch eine Tätigkeit als Helfer in einem Handwerksbetrieb nachgewiesen werden können; das Gericht stellt also auf die Qualität der Tätigkeit ab.¹¹⁰⁰

4.2.2.4. Diskussion

Wenn der Gesetzgeber durch die Formulierung in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO, wonach auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten beim Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zu berücksichtigen sind, die Nachweismöglichkeiten erweitern wollte,

¹⁰⁹⁷ Vgl. 5. Kapitel 3. Abschnitt I. 1.2.2.

¹⁰⁹⁸ BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 490.

¹⁰⁹⁹ Bay. VGH, Beschluss v. 31.03. 2004, GewArch 2004, 259, 260.

¹¹⁰⁰ VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 2005, 157, 160.

muss im Ergebnis eine langjährige berufliche Tätigkeit als Beweismittel geeignet sein. Anderenfalls wäre die Aufnahme dieser Formulierung in das Gesetz sinnlos und damit überflüssig. Der Meinungsstreit, ob langjährige berufliche Tätigkeit, sei es selbstständig oder unselbstständig, grundsätzlich als Beweismittel geeignet ist, ist damit entschieden. Das Vorgesagte wird auch durch die HwO-Novelle 2004 unterstützt, die durch die Vorschrift des § 7 b HwO den Nachweis der Befähigung durch Berufserfahrung, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, durch selbstständige wie auch durch unselbstständige Tätigkeit anerkennt.

Allerdings bedeutet die Berücksichtigung bisheriger beruflicher Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers keinen Automatismus hinsichtlich des Befähigungsnachweises. Zum einen ist zu prüfen, welche Art der Tätigkeit der Antragsteller ausgeübt hat, das heißt, ob diese Tätigkeit qualitativ überhaupt als Beweismittel geeignet ist. Eine rein kaufmännische Tätigkeit in einem Unternehmen ist beispielsweise zum Befähigungsnachweis nicht geeignet. Eine Tätigkeit als Helfer wird ebenfalls nicht als Nachweismöglichkeit anerkannt werden können. Gleiches gilt für einen Antragsteller, der eine Gesellenprüfung abgelegt hat und während seiner anschließenden Berufstätigkeit keine leitende Stellung im Sinne des § 7 b HwO bekleidet hat.

Hat der Antragsteller eine leitende Tätigkeit ausgeübt, ohne eine einschlägige Gesellenprüfung abgelegt zu haben, oder war er selbstständig tätig, ist stets eine langjährige Ausübung des jeweiligen Handwerks zu verlangen. Dies bedeutet einen Zeitraum von mindestens acht bis zehn Jahren. Kürzere Zeiträume sind, auch bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen, nicht zum Nachweis geeignet. Denn schon die Altgesellenregelung des § 7 b HwO für qualifizierte Gesellen verlangt eine sechsjährige Berufserfahrung, davon vier Jahre in leitender Stellung. Eine Selbstverständlichkeit ist, dass das jeweilige Handwerk beanstandungsfrei durch den Antragsteller ausgeübt wurde.

Bei dem Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten ist stets im Einzelfall kritisch zu prüfen, ob der Antragsteller durch seine langjährige Berufstätigkeit den Befähigungsnachweis im vollen Umfang erbracht hat, also das jeweilige Handwerk in seiner ganzen Bandbreite betrieben hat; dies dürfte in der Praxis eher nicht die Regel sein. Insbesondere der Nachweis der fachtheoretischen sowie der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse wird in vielen Fällen in Frage stehen. Der Befähigungsnachweis in vollem Umfang wird folglich oftmals nicht allein durch langjährige berufliche Tätigkeit geführt werden können. Daher wird es in diesen Fällen erforderlich sein, dass der Antragsteller die diesbezüglichen Kenntnisse gegenüber Sachverständigen in einer Eignungsfeststel-

lung nachweist, soweit nicht zum Nachweis geeignete andere Beweismittel die Befähigung vorhanden sind.

4.2.3. Unerlaubte Handwerksausübung als Kenntnis- und Fertigungsnachweis

Die gewerbsmäßige Ausübung eines Handwerks ohne entsprechende Eintragung eines Handwerks ist gemäß § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO eine Ordnungswidrigkeit, die gemäß § 117 Abs. 2 HwO mit einem Bußgeld bis zu zehntausend Euro geahndet werden kann. Unterschiedliche Meinungen bestehen darüber, ob auch Arbeiten, die unter Verletzung des § 1 HwO durch den Antragsteller ausgeführt worden sind, zum Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zu berücksichtigen sind.

4.2.3.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Die herrschende Meinung in der Rechtsprechung berücksichtigt auch solche Arbeiten des Antragstellers beim Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten, die dieser unbefugt, also ohne in der Handwerksrolle eingetragen gewesen zu sein, ausgeführt hat. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus, dass die Frage, ob der Antragsteller mit der Ausführung von Handwerksarbeiten gegen das Gesetz verstoßen hat, indem er sich als selbstständiger Handwerker betätigte, ohne damals die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Tätigkeit zu erfüllen, nichts über die qualitative Bewertung dieser Arbeiten besagt. Dieses stehe vielmehr ihrer Berücksichtigung bei der Beurteilung der fachlichen Befähigung des Klägers nicht entgegen.¹¹⁰¹ Auch das Obergerverwaltungsgericht Koblenz und der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg vertreten die Auffassung, dass Tätigkeiten, die der Antragsteller in unzulässiger Weise ohne Eintragung in die Handwerksrolle ausgeübt hat, bei dem Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zu berücksichtigen sind.¹¹⁰²

Das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht verweist auf die Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO durch die HwO-Novelle 1994, wonach die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers im Ausnahmewilligungsverfahren zu berücksichtigen sind. In diesem Rahmen komme es nicht darauf an, ob der Antragsteller Arbeiten unbefugt, also ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein, ausgeführt hat. Vielmehr stehe die qualitative Bewertung der Arbeiten des Antragstellers im Vordergrund.¹¹⁰³

¹¹⁰¹ BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 251, 252.

¹¹⁰² OVG Koblenz, Urteil v. 23.01. 1963, THwE, 293; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.02. 1986, GewArch 1986, 375, 376.

¹¹⁰³ Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 77; im Ergebnis Nds. OVG, Urteil v. 29.04. 1994, AZ: 8 L 4749/93, S. 11 des Urteilsabdrucks.

Die Mindermeinung in der Rechtsprechung lehnt dagegen den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten durch Tätigkeiten, die entgegen der Vorschrift des § 1 Abs. 1 HwO ausgeübt wurden, ab. Dazu führt das Verwaltungsgericht Stuttgart aus, dass, wenn man entgegen der Vorschrift des § 1 Abs. 1 HwO ausgeübte handwerkliche Tätigkeiten im Rahmen der Prüfung des § 8 Abs. 1 HwO zugunsten des Antragstellers berücksichtigen würde, derjenige, der sich eigenmächtig über gesetzliche Schranken hinwegsetzt, ungerechtfertigt gegenüber anderen Berufsbewerbern bevorzugt wird, die die Gesetze befolgen. Der Antragsteller könne sich daher nicht auf eine Qualifikation berufen, die er sich nur unter bewusster Missachtung der Rechtsordnung verschafft hat.¹¹⁰⁴

In einer jüngeren Entscheidung urteilt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg nunmehr, dass die unter Verstoß gegen handwerksrechtliche Bestimmungen begonnene beziehungsweise fortgeführte Tätigkeit der Annahme eines Ausnahmefalls entgegensteht. Aus diesem Grund habe der Antragsteller, selbst wenn er den Betrieb seines Vaters jahrelang allein geführt hat, keinen Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung.¹¹⁰⁵ Unklar ist, ob das Gericht damit ausdrücken will, dass die vom Antragsteller durch seine Berufserfahrung erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten unter dem Gesichtspunkt dessen unerlaubter Tätigkeit nicht zu berücksichtigen sind. Das Bundesverwaltungsgericht, das die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision in dem genannten Urteil zurückgewiesen hat, greift diese Frage auf. Ob die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO davon abhängig gemacht werden darf, dass der Antragsteller seine Kenntnisse rechtmäßig oder unrechtmäßig erworben und sich dadurch gegenüber seinen Konkurrenten einen ungerechtfertigten Vorteil verschafft hat, sei für den Verwaltungsgerichtshof nicht entscheidungserheblich gewesen und damit kein Revisionszulassungsgrund.¹¹⁰⁶

4.2.3.2. Die Meinung der Literatur

Auch die herrschende Meinung in der Literatur berücksichtigt grundsätzlich zum Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten Arbeiten, die unter Verletzung des § 1 HwO ausgeführt worden sind. Aus der Handwerksordnung lässt sich nach Meinung von Detterbeck nicht der Rechtssatz herleiten, dass nur die im Einklang mit gesetzlichen Bestimmungen stehende Gewerbeausübung, also erlaubterweise verrichtete, bei Ermittlung der Befähigung eines Bewerbers beachtet werden darf.¹¹⁰⁷ Der Umstand, dass sich jemand als selbstständiger Handwerker betätigt, ohne dafür die Voraussetzungen nach der Handwerksordnung zu erfüllen, besagt nach Meinung von Stork noch nichts über die qualitative Bewertung die-

¹¹⁰⁴ VG Stuttgart, Gerichtsbescheid v. 02.10. 1978, AZ: VRS III 293/77, S. 8 des Urteilsabdrucks.

¹¹⁰⁵ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25.

¹¹⁰⁶ BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 489.

¹¹⁰⁷ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 49.

ser Arbeiten. Hier stelle sich vielmehr die Frage, ob bei illegaler Betätigung ein Ausnahmefall bejaht werden kann.¹¹⁰⁸

Während Fröhler die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹¹⁰⁹ zunächst für nicht ganz unbedenklich hält,¹¹¹⁰ folgen später Fröhler/Stolz der herrschenden Meinung. Allerdings unterliege die Heranziehung derartiger Arbeiten beim Befähigungsnachweis den gleichen Vorbehalten wie Auskünfte von Kunden über vom Antragsteller ausgeführte Arbeiten. Denn auch derjenige, der keine meisterlichen Fähigkeiten, wie sie in der Meisterprüfung verlangt werden, besitzt, könne einen Betrieb über mehrere Jahre erfolgreich führen.¹¹¹¹

Erdmann bezeichnet den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten durch unerlaubte Tätigkeiten unter Verstoß gegen § 1 HwO als Sonderproblem im Hinblick auf die durch die HwO-Novelle 1994 in § 8 Abs. 1 HwO deklaratorisch im Gesetz aufgenommene Formulierung, dass für den Nachweis die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Dabei lehnt Erdmann die in der Rechtsprechung vertretene Mindermeinung ab, die die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten nur dann zu Gunsten des Antragstellers berücksichtigen will, wenn diese legal erworben wurden. Dieses Verständnis lasse sich weder aus der Handwerksordnung ableiten noch berücksichtige es die Vorgabe, dass sich der Nachweis von Kenntnissen und Fertigkeiten als Substitut der Meisterprüfung allein am sachlichen Qualifikationserfordernis der Meisterprüfung auszurichten hat.¹¹¹²

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ hält es beim Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch bisherige berufliche Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers für unbeachtlich, wie bisherige Erfahrungen und Tätigkeiten erworben beziehungsweise ausgeübt worden sind.¹¹¹³ Ob damit allerdings auch illegale Tätigkeiten gemeint sind, lässt der Ausschuss offen.

Kritisch mit der herrschenden Meinung setzt sich Kollner auseinander. Danach sei es bedenklich, zur Rechtfertigung des Ausnahmefalls auch solche Tätigkeiten heranzuziehen, die unter Umgehung der Handwerksordnung oder unter Missachtung erteilter Auflagen zur Ablegung der Meisterprüfung ausgeübt wurden. Kollner begründet seine Meinung damit, dass eine solche Rechtsprechung nicht im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

¹¹⁰⁸ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 37, 38; ebenso Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 7; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 148; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 210; Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1064, Fußnote 16.

¹¹⁰⁹ BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 251, 252.

¹¹¹⁰ Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 46.

¹¹¹¹ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 65; ebenso Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150.

¹¹¹² Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, Nds.VBl. 1995, 270–274, 274.

vom 17. Juli 1961¹¹¹⁴ ist, wonach von der Ausnahmewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden soll. Vielmehr würde eine solche Verfahrensweise, wenn man Tätigkeiten eines Antragstellers zum Kenntnissnachweis heranziehe, in konsequenter Anwendung zum Gegenteil führen. Es sei durchaus möglich, dass die Verwaltungsbehörden von dem zulässigen Mittel der befristeten Ausnahmewilligung weniger Gebrauch machen und es damit praktisch zu einer Einengung der Möglichkeiten im Ausnahmewilligungsverfahren kommen kann, wenn Antragsteller gegebenenfalls durch geschickte Verzögerungsmaßnahmen jahrelang ohne den unumgänglichen endgültigen Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten ihre Tätigkeit ausüben können. Es könne jedenfalls nicht angehen, dass eine gesetzwidrige, bei konsequenter Anwendung der Handwerksordnung zur Bestrafung im Ordnungswidrigkeitsverfahren führende Tätigkeit als Rechtfertigung für eine Ausnahmewilligung angesehen wird. Im Ergebnis seien daher die diese Tätigkeiten berücksichtigenden Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts bedenklich.¹¹¹⁵

Schwappach vertritt die Meinung, dass zwar die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers nach der Neufassung des § 8 Abs. 1 HwO auch zu berücksichtigen sind. Es verstehe sich aber von selbst, dass die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten legal erworben sein müssen und nicht durch unberechtigte Handwerksausübung.¹¹¹⁶

4.2.3.3. Diskussion

Die Handwerksordnung bestimmt in § 117 Abs. 1 Nr.1, dass derjenige ordnungswidrig handelt, der entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO ein dort genanntes Gewerbe als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt. Es hieße diese Vorschrift ad absurdum zu führen, wenn man die handwerklichen Arbeiten eines Antragstellers, die dieser unter Verstoß gegen § 1 HwO ausgeführt hat - auch wenn dieses im zu entscheidenden Fall möglicherweise nicht geahndet wurde - einerseits gemäß § 117 Abs. 2 HwO mit einer Geldbuße belegt, aber andererseits zum Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO berücksichtigt will. Gegen den Antragsteller verhängte Bußgeldbescheide könnten anderenfalls im Verfahren nach § 8 HwO als Beweismittel zu seinen Gunsten verwertet werden. Zudem wird der gesetzestreue Antragsteller, der sich solcher unerlaubten Tätigkeiten enthält, unangemessen benachteiligt, da sich der illegal tätige Handwerker einen ungerechtfertigten

¹¹¹³ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

¹¹¹⁴ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160.

¹¹¹⁵ Kollner, Werner: Zur Kritik an der Karlsruher Handwerksentscheidung. GewArch 1962, 73–76. 75, 76.

¹¹¹⁶ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311; Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 443; ebenso

Vorteil verschafft. Eine Berücksichtigung nicht legal erworbener Kenntnisse verletzt damit auch den Gleichheitsgrundsatz des Artikels 3 GG. Letztlich werden die Kenntnisse und Fertigkeiten, die in einem nicht ordnungsgemäß von einem Meister geleiteten Betrieb, also einem illegalen Betrieb erworben wurden, regelmäßig fachlich, also qualitativ, nicht legal erworbenen entsprechen.

Im Ergebnis sind daher beruflich erworbene Erfahrungen und Tätigkeiten eines Antragstellers, die dieser unbefugt ausgeübt hat, beim Befähigungsnachweis im Ausnahmegewilligungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

4.2.4. Auskünfte von Kunden

Nicht einheitlich wird in der Rechtsprechung und der Literatur die Frage behandelt, ob Kundenauskünfte als Beweismittel zur Führung des Befähigungsnachweises für den Antragsteller grundsätzlich nicht zugelassen sind oder dieses nur für den Regelfall gilt. Insbesondere ist strittig, ob Auskünfte nicht fachkundiger Kunden als Beweismittel zulässig sind.

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur will bei ausreichender Qualifikation von Kunden, sei es eine natürliche oder juristische Person, deren Auskünfte als Beweismittel anerkennen. Auskünfte einer nicht fachkundigen Person sollen in der Regel zum Nachweis nicht geeignet sein. Die Gegenmeinung will Kundenauskünfte grundsätzlich nicht anerkennen.

4.2.4.1. Befähigungsnachweis „in der Regel“ nicht allein durch Kundenauskünfte

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die Meinung, dass der erforderliche Befähigungsnachweis durch den Antragsteller im Ausnahmegewilligungsverfahren nur „in der Regel“ nicht allein durch Vorlegung von Bescheinigungen privater Auftraggeber geführt werden kann.¹¹¹⁷ In einer weiteren Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings die Bekundung einer Krankenkasse, der Betrieb des Antragstellers aus dem Augenoptiker-Handwerk sei ordnungsgemäß geführt, als unerheblich eingeordnet, weil derartige Bekundungen nichts darüber besagen, ob der Antragsteller über die fachlichen Berufskennnisse verfügt.¹¹¹⁸

Auch das Oberverwaltungsgericht Münster erachtet die Vorlage von Bescheinigungen fachunkundiger privater Auftraggeber zum Nachweis der erforderlichen Kenntnisse in der Regel als nicht ausreichend. In dem zu entscheidenden Fall ließ das Gericht auch die vorgelegten

Dohrn, Der selbstständige Augenoptiker, 21; vgl. auch Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 10 ff. zum Kenntnissnachweis im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO.

¹¹¹⁷ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwG 8, 287, 290; Beschluss v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 250.

¹¹¹⁸ BVerwG, Beschluss v. 10.07. 1969, GewArch 1970, 107, 108.

Bescheinigungen von Architekten nicht ausreichen, weil dem Antragsteller die Ausübung seines Handwerks gemäß § 35 GewO wegen Unzuverlässigkeit untersagt werden musste und damit auch Zweifel an den fachlichen Fähigkeiten des Antragstellers bestanden.¹¹¹⁹ In einer späteren Entscheidung vertritt das Oberverwaltungsgericht Münster die Meinung, dass Bescheinigungen früherer Kunden oder deren Vernehmung keinen Nachweis über die Qualität der von dem Bewerber gefertigten Arbeiten erbringen.¹¹²⁰ Abweichend zu der zitierten Entscheidung wertet das Gericht in einer weiteren Entscheidung die Äußerungen privater Bauherren, sie seien mit dem Antragsteller sehr zufrieden, dieser sei sogar der zuverlässigste Gewerbetreibende in der Umgebung, zu Gunsten des Antragstellers.¹¹²¹

Das Oberverwaltungsgericht Koblenz urteilt, dass Bescheinigungen privater Auftraggeber in aller Regel nicht zum Nachweis ausreichen.¹¹²² Insbesondere komme dem für den Antragsteller negativen Ergebnis einer Fertigungsprüfung ein höherer Beweiswert zu als Bestätigungen früherer Auftraggeber.¹¹²³ Gleiches gilt, so der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, wenn der Antragsteller unmittelbar vor Antragstellung in der Meisterprüfung versagt hatte.¹¹²⁴ Die Bescheinigungen seien somit nicht erheblich, da mit ihnen die erforderliche fachtheoretische Befähigung nicht dargetan wird. Ansonsten sind Zeugnisse von Personen, die ein Urteil aufgrund von einschlägigen Fachkenntnissen über die Qualität der vom Antragsteller ausgeführten Arbeiten abgeben können, nach Meinung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zum Befähigungsnachweis geeignet. Dieses soll sogar für Bestätigungen von Kunden gelten, weil auch die Auftraggeber des Antragstellers Wert und Güte handwerklicher Arbeit beurteilen können und ihm nicht entsprechende Bestätigungen ausgestellt hätten, wenn sie mit seiner Arbeit nicht zufrieden gewesen wären. Zwar habe das Bundesverwaltungsgericht wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass der Nachweis der Kenntnisse in der Regel nicht allein durch Vorlage von Bescheinigungen privater Kunden über ausgeführte Arbeiten geführt werden kann. Es habe damit aber nicht ausgeschlossen, dass dies im Einzelfall allein auf diese Weise möglich ist.¹¹²⁵ In einer späteren Entscheidung ist das Gericht jedoch von dieser Meinung insoweit abgerückt, indem es die Auskunft eines Bauherren, nach der der Antragsteller für ihn zur Zufriedenheit Handwerkerarbeiten ausgeführt hat, nicht zu Gunsten des Antragstellers gewertet hat. In einer solchen Auskunft könne nicht eine

¹¹¹⁹ OVG Münster, Urteil v. 26.02. 1964, GewArch 1965, 33, 34.

¹¹²⁰ OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1976, 268; ebenso Bay. VGH, Beschluss v. 08.01. 2003, AZ.: 22 ZB 02.3013, S. 3 des Urteilabdrucks; VG Ansbach, Urteil v. 30.06. 2005, AZ.: AN 4 K 05.00636, S. 6, 7 des Urteilabdrucks.

¹¹²¹ OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1968, 164, 165.

¹¹²² OVG Koblenz, Urteil v. 07.02. 1961, THwE, 293.

¹¹²³ OVG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 274.

¹¹²⁴ Bay. VGH, Urteil v. 10.05. 1962, GewArch 1962, 176.

¹¹²⁵ Bay. VGH, Urteil v. 28.10. 1965, GewArch 1966, 170, 171.

fachmännische Beurteilung der zum Berufsbild eines Handwerks gehörenden Grundfertigkeiten und Kenntnisse gesehen werden.¹¹²⁶

Die Bescheinigungen von Auftraggebern, bei denen es sich um fachlich geschulte Personen handelt, die selbst eine Meisterprüfung abgelegt haben oder mit dem betreffenden Handwerk in die Handwerksrolle eingetragen sind, sieht das Verwaltungsgericht Hamburg als erheblich an, nicht jedoch regelmäßig Bescheinigungen anderer früherer Auftraggeber.¹¹²⁷ Fachkundig und damit anzuerkennen sind nach Meinung des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes Auskünfte von Zahnärzten als Laborkunden eines Zahntechnikers.¹¹²⁸ Dagegen ist das Schreiben eines Bürgermeisteramtes nicht als hinreichender Kenntnissnachweis geeignet.¹¹²⁹ Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg will Kundenbescheinigungen allenfalls als Nachweis für die praktischen Fertigkeiten anerkennen, nicht jedoch als Nachweis für die erforderlichen fachtheoretischen oder betriebswirtschaftlich-kaufmännischen Kenntnisse.¹¹³⁰

Vom Antragsteller vorgelegte Geschäftsunterlagen über die Errichtung einer Reihe von Heizungsanlagen durch den Betrieb des Antragstellers aus dem Handwerk des Zentralheizungs- und Lüftungsbauers lässt das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz bei dem Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 8 HwO nicht unberücksichtigt, obwohl das Gericht davon ausgeht, dass der Antragsteller die Arbeiten nicht allein, sondern sicherlich mit der Hilfe qualifizierter Fachkräfte erstellt hat, allerdings unter seiner Aufsicht und Anleitung.¹¹³¹ Später ist das Gericht von dieser Meinung abgerückt. Es komme nicht darauf an, ob durch den Betrieb des Antragstellers, der über ausgebildete Fachkräfte, also Gesellen verfügt, bisher funktionsfähige Heizungsanlagen erstellt worden sind, die vom technischen Überwachungsverein abgenommen und von den Auftraggebern nicht beanstandet wurden. Entscheidend sei, dass der Antragsteller selbst die zur selbstständigen Ausübung des Heizungs- und Lüftungsbauer-Handwerks erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt. Kundenbescheinigungen oder auch die Begutachtung der erstellten Anlagen durch Sachverständige seien daher kein geeigneter Beweis für die auch für eine Ausnahmegewilligung erforderliche Befähigung.¹¹³²

¹¹²⁶ Bay. VGH, Urteil v. 23.11. 1972, GewArch 1974, 95, 96.

¹¹²⁷ VG Hamburg, Urteil v. 02.06. 1972, GewArch 1973, 71, 72; ebenso im Ergebnis VG Düsseldorf, Urteil v. 23.08. 1961, THwE, 308; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 04.08. 1966, GewArch 1967, 115; VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 231.

¹¹²⁸ OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 11 des Urteilsabdrucks.

¹¹²⁹ VG Freiburg, Urteil v. 07.12. 1976, GewArch 1977, 163, 164.

¹¹³⁰ VGH Bad.-Württ. Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25; ebenso Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 31.

¹¹³¹ OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964, GewArch 1965, 102, 104.

¹¹³² OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 27.09. 1976, GewArch 1977, 122, 123.

Die herrschende Meinung in der Literatur vertritt ebenfalls die Meinung, dass Bekundungen früherer Auftraggeber des Antragstellers „in der Regel“ kein taugliches Beweismittel darstellen.

Es fehle privaten Auftraggebern regelmäßig an der nötigen Sachkunde, um die handwerkliche Qualität der Arbeiten fachgerecht beurteilen zu können. Diese Personen könnten zwar ihre Zufriedenheit mit der Leistung des Antragstellers mitteilen. Etwas anderes könne aber dann gelten, wenn es sich bei den Auftraggebern um fachlich geschulte Personen handelt, die selbst Inhaber einer Meisterprüfung sind oder aufgrund einer anderen Eintragungsvoraussetzung in die Handwerksrolle eingetragen sind.¹¹³³ Zudem, so Stork, stellt sich bei Kundenauskünften immer das Problem, dass im Nachhinein schwer feststellbar ist, inwieweit der Antragsteller die Arbeiten selbst ausgeführt oder Dritte daran beteiligt waren.¹¹³⁴

Den Nachweis mit Hilfe von Kundenauskünften überhaupt auszuschließen, halten Fröhler/Stolz für unzulässig. Vielmehr sei ein solcher Nachweis nur „in der Regel“ nicht ausreichend. Dabei sei schon im Hinblick auf den Gleichheitssatz ein strenger Maßstab anzulegen: Nur wenn zur Überzeugung der Verwaltungsbehörde feststeht, dass der Antragsteller alle Arbeiten selbstständig ausgeführt habe, diese Arbeiten das Berufsbild des jeweiligen Handwerks abdecken, die bisherige Tätigkeit auch das Vorhandensein der in Teil II und III der Meisterprüfung geforderte Kenntnisse beweist und die hierüber vorgelegten Auskünfte von sachverständigen Personen stammen, könne der Nachweis durch diese Auskünfte als erbracht angesehen werden.¹¹³⁵

4.2.4.2. Kein Befähigungsnachweis durch Kundenauskünfte

Die Gegenmeinung will Kundenauskünfte grundsätzlich nicht als Beweismittel anerkennen.

Nach Meinung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, des Obergerverwaltungsgerichts Hamburg und des Obergerverwaltungsgerichts Bremen sind zufriedene Kunden beziehungsweise Vorlage von Bescheinigungen von Auftraggebern nicht geeignet, die nach § 8 Abs. 1 HwO notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zu belegen.¹¹³⁶

¹¹³³ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 19; ebenso Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 16; Ritgen, Die Ausnahmebewilligung im Handwerksrecht, 7; Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 209.

¹¹³⁴ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 31.

¹¹³⁵ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 64, 65.

¹¹³⁶ Hess. VGH, Urteil v. 12.03. 1984, GewArch 1984, 384, 385; OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127; OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27.

4.2.4.3. Diskussion

Durch die Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO hat der Gesetzgeber klargestellt, dass bei dem Befähigungsnachweis im Ausnahmbewilligungsverfahren auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Daraus folgt, dass dafür geeignete Beweismittel auch berücksichtigt werden müssen.

Daher sind grundsätzlich Kundenauskünfte als Beweismittel zum Befähigungsnachweis im Ausnahmbewilligungsverfahren geeignet. Dieses setzt allerdings voraus, dass die Kunden fachlich in der Lage sind, eine fundierte Beurteilung der vom Antragsteller ausgeführten Arbeiten abzugeben. Auch die Auskünfte von Kunden, die nicht fachkundig sind, darf die Behörde nicht unbeachtet lassen. Zwar werden diese Auskünfte in der Regel wenig Beweiswert haben; jedoch bleibt für die Behörde die Möglichkeit, die ausgeführten Arbeiten durch Sachverständige begutachten zu lassen.

Bei dem Befähigungsnachweis durch Kundenauskünfte ist zudem stets darauf zu achten, dass die ausgeführten Arbeiten auch tatsächlich vom Berufsbewerber selbst ausgeführt worden sind und nicht etwa durch andere Mitarbeiter des Betriebes. Deshalb ist eine besonders kritische Betrachtungsweise bei diesem Beweismittel durchaus angebracht.

4.2.5. Bescheinigungen von Arbeitgebern

Ob Bescheinigungen von Arbeitgebern als Beweismittel zum Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten des Antragstellers dienen können, wird nicht einheitlich behandelt. Auch hier wird, wie bei den Kundenauskünften, der Qualifikation des Ausstellers der Bescheinigung eine entscheidende Bedeutung beigemessen.

4.2.5.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Durch die Vorlage von Bescheinigungen früherer Arbeitgeber über ausgeführte Arbeiten kann nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten in der Regel nicht allein geführt werden.¹¹³⁷ Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof vertritt eine differenzierte Meinung: Derlei Bescheinigungen seien nur im Regelfall als Beweismittel untauglich. Im Einzelfall könne der Nachweis der Kenntnisse auch durch Vorlage von Bescheinigungen früherer Arbeitgeber geführt werden. Zumindest müsse dieser Nachweis dann zulässig sein, wenn eine Prüfung aus bestimmten Gründen un-

¹¹³⁷ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 290; ebenso OVG Münster, Urteil v. 26.02. 1964, GewArch 1965, 33, 34; OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1976, 268; OVG Koblenz, Urteil v. 07.02. 1961, THwE, 293; VG Darmstadt, Urteil v. 30.04. 1965, THwE, 297.

tauglich ist, um den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten zu liefern.¹¹³⁸ Eine ausreichende Befähigung durch Zeugnisse früherer Arbeitgeber kann nach Meinung des Verwaltungsgerichts Hamburg allenfalls dann eine Beweiskraft haben, wenn sich diese auf die im Wesentlichen selbstständige technische und kaufmännische Leitung eines Handwerksbetriebes derselben Fachrichtung über längere Zeit beziehen. Dies muss in den vorzulegenden Zeugnissen mit der erforderlichen Klarheit zum Ausdruck kommen.¹¹³⁹ Das Verwaltungsgericht Saarland will Bekundungen, Zeugnisse und Auskünfte früherer Arbeitgeber als Beweismittel in Betracht ziehen, lässt aber offen, welche Voraussetzungen dafür erforderlich sind.¹¹⁴⁰

4.2.5.2. Die Meinung der Literatur

Nach Meinung von Stork, Küffner und Detterbeck sind Zeugnisse früherer Arbeitgeber über die Tätigkeit des Antragstellers als Geselle, Facharbeiter, Kolonnenführer und Vorarbeiter grundsätzlich als untaugliche Beweismittel zu werten. Dadurch werde höchstens bewiesen, dass der Antragsteller die für eine solche Tätigkeit notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt, nicht aber, dass er auch in der Lage ist, einen Handwerksbetrieb selbstständig zu führen. Etwas anderes könne danach nur dann gelten, wenn der Antragsteller nachweislich über einen längeren Zeitraum einen Handwerksbetrieb derselben Fachrichtung verantwortlich und selbstständig geleitet und sich seine Tätigkeit nicht lediglich auf die technische oder die kaufmännische Leitung beschränkt hat. Beziehen sich die Zeugnisse gerade auf diese leitende Position, seien diese als Beweismittel zu berücksichtigen.¹¹⁴¹ Dieckmann, der unter diesen Voraussetzungen ebenfalls Bekundungen früherer Arbeitgeber des Antragstellers als beweiskräftig ansieht, hält bei der Beurteilung derartiger Zeugnisse eine gewisse Zurückhaltung für angebracht. Denn eine erfolgreiche Betriebsleitung könne auch auf die Beschäftigung und Mitarbeit gut ausgebildeter Arbeitskräfte zurückzuführen sein.¹¹⁴²

Honig vertritt im Ergebnis den Standpunkt, dass Zeugnisse von Arbeitgebern als Befähigungsnachweis zulässig sind, wenn er ausführt, dass ein Eignungstest durchgeführt werden muss, wenn der berufliche Werdegang des Antragstellers und die vorgelegten Zeugnisse keinen ausreichenden Schluss über die Befähigung zulassen.¹¹⁴³

¹¹³⁸ Bay. VGH, Urteil v. 28.10. 1965, GewArch 1966, 170, 171.

¹¹³⁹ VG Hamburg, Urteil v. 02.06. 1972, GewArch 1973, 71, 72.

¹¹⁴⁰ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385, 386.

¹¹⁴¹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 35; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 209, 210; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 23; ausdrücklich Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150.

¹¹⁴² Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 147, 148.

¹¹⁴³ Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1443.

Während nach Auffassung von Ritgen Bescheinigungen früherer Arbeitgeber über einwandfrei ausgeführte Arbeiten in der Regel nicht als Nachweis in der fachlichen Qualifikation ausreichen,¹¹⁴⁴ hier aber offen bleibt, wann Ausnahmen denkbar sind, halten es Fröhler/Stolz für entscheidend, ob der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten bereits durch Arbeitgeberauskünfte erbracht werden kann.¹¹⁴⁵ Dabei legen Fröhler/Stolz die Maßstäbe an, die sie auch an die Zulässigkeit von Kundenauskünfte als Beweismittel legen: Selbstständige Ausführungen aller Arbeiten durch den Antragsteller unter Abdeckung des Berufsbildes des jeweiligen Handwerks, Vorhandensein der in Teil II und III der Meisterprüfung geforderten Kenntnisse und Fertigkeiten bei der die Auskunft erteilenden Person.

4.2.5.3. Diskussion

Auch Arbeitgeberauskünfte sind, ebenso wie Kundenauskünfte, in der Regel zum Nachweis der Befähigung im Ausnahmebewilligungsverfahren geeignet. Zum einen ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die notwendige fachliche Kompetenz besitzt, die vom Berufsbewerber ausgeführten Arbeiten qualitativ zu bewerten. Allerdings ist auch hier Voraussetzung, dass der Berufsbewerber die Arbeiten tatsächlich eigenhändig und verantwortlich ausgeführt hat. Im Gegensatz zu Kundenauskünften, die sich in aller Regel nur auf die fachpraktische Tätigkeit des Berufsbewerbers beziehen, können durch Arbeitgeberauskünfte auch Kenntnisse in der Fachtheorie sowie die betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse bestätigt werden. Dabei ist stets auf den Einzelfall abzustellen. Insbesondere wird stets zu überprüfen sein, ob die Bescheinigung des Arbeitgebers sämtliche theoretischen Kenntnisse sowohl im quantitativen als auch im qualitativen Umfang abdeckt.

Dieses Ergebnis ist auch deshalb sachgerecht, weil die die Erteilung einer Ausübungsberechtigung an qualifizierte Gesellen regelnde Vorschrift des § 7 b HwO ausdrücklich Arbeitsergebnisse und Stellenbeschreibungen als Beweismittel anerkennt.¹¹⁴⁶

4.2.6. Auskünfte von anderer Stelle als Befähigungsnachweis

Für den Antragsteller besteht auch die Möglichkeit, den Nachweis der für die angestrebte Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch Auskünfte Dritter zu führen. Allerdings setzt deren Anerkennung zum einen voraus, dass diese Personen fachlich in der Lage sind, die Befähigung des Antragstellers zu beurteilen. Zum anderen müssen die Auskünfte ausreichend substantiiert sein.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁴ Ritgen, Die Ausnahmebewilligung im Handwerksrecht, 7.

¹¹⁴⁵ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 64, 65.

¹¹⁴⁶ Vgl. dazu 5. Kapitel 3. Abschnitt I. 1.3.2.1.

¹¹⁴⁷ VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 9, 10 des Urteilsabdrucks.

Wenn sachkundige Behörden oder Stellen, zum Beispiel Baubehörden oder gemeindliche Versorgungsunternehmen, meistergleiches Können bestätigen, kann dadurch der fachliche Befähigungsnachweis geführt werden.¹¹⁴⁸ Die allgemein gehaltene Auskunft einer Gemeinde über die ordentliche Ausführung der Arbeiten des Antragstellers ist dagegen nicht als Nachweis ausreichend.¹¹⁴⁹ Gleiches gilt, wenn die vom Betrieb des Bewerbers ausgeführten Straßenbauarbeiten vom kommunalen Auftraggeber lediglich fachkundig überwacht und abgenommen wurden.¹¹⁵⁰

Bestätigt hingegen die Innung meisterliche Kenntnisse, so wird die höhere Verwaltungsbehörde in der Regel von der Richtigkeit dieser Beurteilung ausgehen können.¹¹⁵¹ Es ist anzunehmen, dass die Berufskollegen vor allen anderen in der Lage sind, die beruflichen Qualitäten des Antragstellers zu beurteilen. Insbesondere gehört es gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 8 HwO zu den Pflichtaufgaben der Innung als Körperschaft des öffentlichen Rechts, über Angelegenheiten der in ihr vertretenen Handwerke den Behörden Gutachten und Auskünfte zu erstatten, natürlich mit der gebotenen Objektivität.

Auch die vom Antragsteller zum Nachweis betriebswirtschaftlicher Kenntnisse vorgelegte Bescheinigung eines Steuerberaters ist ein als zum Kenntnissnachweis geeignetes Beweismittel. Dagegen sind die Bestätigungen der im Betrieb des Antragstellers beschäftigten Auszubildenden nicht beweiskräftig, weil Auszubildende nicht selbst Fachleute sind.¹¹⁵²

Der Besuch einschlägiger Lehrgänge ohne jegliches Zeugnis reicht als Kenntnissnachweis ebenfalls nicht aus.¹¹⁵³ Bescheinigungen über die Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen und Werkschulungen, veranstaltet beispielsweise von Herstellern von im Handwerk benutzten Maschinen und Materialien, sind ebenfalls als Beweismittel ungeeignet. Denn über die Werkschulungen wird regelmäßig nur eine Teilnehmerbescheinigung ausgestellt, die nichts über die Befähigung des Teilnehmers aussagt.¹¹⁵⁴ Das Vorgesagte muss insbesondere dann gelten, wenn es sich um fachfremde Themen handelt.¹¹⁵⁵

¹¹⁴⁸ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1968, GewArch 1968, 164, 165.

¹¹⁴⁹ VG Ansbach, Urteil v. 21.02. 1974, GewArch 1974, 229, 231; VG Freiburg, Urteil v. 07.12. 1976, GewArch 1977, 163, 164.

¹¹⁵⁰ VG Minden, Urteil v. 16.12. 1976, THwE, 303.

¹¹⁵¹ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150.

¹¹⁵² VG Hamburg, Urteil v. 27.03. 2000, AZ: 20 VG 5740/98, S. 9, 10 des Urteilsabdrucks.

¹¹⁵³ VG Ansbach, Urteil v. 30.04. 1965, GewArch 1966, 17, 18.

¹¹⁵⁴ Nds. OVG, Urteil v. 17.02. 1988, AZ: 8 OVG A 15/87, S. 8, 9 des Urteilsabdrucks.

¹¹⁵⁵ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386.

Auch aus der Teilnahme an allgemeinkundlichen Vorbereitungslehrgängen auf die Meisterprüfung lässt sich nicht herleiten, dass der Antragsteller über die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse verfügt.¹¹⁵⁶

4.2.7. Andere Prüfungen als Befähigungsnachweis

Die Handwerksordnung und die sie ergänzenden Vorschriften bestimmen, in welchen Fällen der Prüfling im Meisterprüfungsverfahren von der Ablegung von Teilen der Prüfung befreit wird, wenn er seine Kenntnisse durch andere Prüfungen nachgewiesen hat.¹¹⁵⁷ Die Vorschriften des § 7 Abs. 2 HwO und § 7 Abs. 2 a HwO regeln, welche gleichwertigen anderen deutschen Prüfungen und welche in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum erworbene gleichwertige Berechtigung zur Ausübung eines Handwerks als Befähigungsnachweis geeignet sind. Denkbar ist, dass in entsprechender Anwendung dieser Vorschriften auch im Ausnahmbewilligungsverfahren der Befähigungsnachweis durch andere Prüfungen geführt werden kann.

4.2.7.1. Andere Prüfungen im Allgemeinen

Die Rechtsprechung und die Literatur waren sich bereits vor der HwO-Novelle 2004 einig, dass auch bei dem Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten im Ausnahmbewilligungsverfahren anderweitige Prüfungsleistungen - sowohl inländische als auch ausländische - herangezogen werden können, wenn sie in ihren Anforderungen zumindest mit denen in der jeweiligen Meisterprüfung vergleichbar, also gleichwertig sind.¹¹⁵⁸ Dies sollte unabhängig von den Regelungen in § 7 Abs. 2 HwO 1998 und § 7 Abs. 2 b HwO 1998 gelten.

Allerdings galt, dass durch Vorlage von Zeugnissen und Abschlussdiplomen von Fachschulen, technischen Lehranstalten und Lehrgängen regelmäßig nicht der volle Nachweis der Befähigung geführt werden konnte, wenn sie nicht als gleichwertige Berechtigung zur Ausübung eines Handwerks anerkannt waren. Denn diese waren damit der handwerklichen Meisterprüfung sowohl vom Inhalt als auch vom Umfang her nicht gleichwertig; sie blieben damit in ihren Anforderungen an die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten hinter denen zurück, die an einen Berufsbewerber, der eine Ausnahmbewilligung begehrt, gestellt wurden.¹¹⁵⁹ Dieser Grundsatz konnte allerdings nur in den Fällen Geltung beanspruchen, in de-

¹¹⁵⁶ VG Gelsenkirchen, Urteil v. 13.05. 1965, THwE, 298; anders aber im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO, vgl. 5. Kapitel 3. Abschnitt 3.2.2.2.

¹¹⁵⁷ S. u. Anhang A 5. Abschnitt.

¹¹⁵⁸ BVerwG, Urteil v. 06.09. 1961, GewArch 1962, 95, 97; OVG Münster, Urteil v. 03.03. 1965, GewArch 1966, 15, 16; OVG Münster, Urteil v. 19.05. 1994, AZ: 23 A 1180/92, S. 9 des Urteilsabdrucks; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 26; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 62, 63.

¹¹⁵⁹ Im Ergebnis OVG NW, Urteil v. 19.05. 1994, AZ: 23 A 1180/92, S. 9, 10 des Urteilsabdrucks.

nen die Gleichwertigkeit der in Betracht kommenden Prüfungen bereits untersucht worden ist, wie zum Beispiel im Bereich der Ingenieurprüfungen.¹¹⁶⁰

Damit waren auch die von den genannten Regelungen nicht erfassten Prüfungszeugnisse zum Nachweis einzelner Kenntnisse und Fertigkeiten geeignet, wobei jeweils der konkrete Einzelfall zu prüfen war. Die Vorschrift des § 46 Abs. 3 HwO 1998, die die Voraussetzungen für die Befreiung von einzelnen Teilen der Meisterprüfung regelte, war entsprechend anzuwenden. Dies galt zum Beispiel für die Berufsbewerber, die Kenntnisse durch den Besuch von technischen Hochschulen, anerkannten höheren technischen Lehranstalten oder anerkannten Fachschulen oder höheren Fachschulen erworben hatten.¹¹⁶¹

Durch die Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 2004 hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 HwO einen direkten Eintragungsanspruch für den Personenkreis geregelt, der eine mit der Meisterprüfung gleichwertige deutsche Prüfung abgelegt hat. Darunter fallen insbesondere Ingenieure und Absolventen von technischen Hoch- und Fachschulen. Ein direkter Eintragungsanspruch besteht weiterhin, nunmehr gemäß § 7 Abs. 2 a HwO, für diejenigen Ausländer, die in einem anderen Mitglieds- oder Vertragsstaat eine der Meisterprüfung gleichwertige Berechtigung zur Ausübung eines Gewerbes erworben haben.

Damit ist die oben zitierte Rechtsprechung und Literatur zum Befähigungsnachweis durch die genannten Prüfungen aber nicht überholt. Denn wenn eine Gleichwertigkeit der betreffenden Prüfung nicht festgestellt wird und damit ein direkter Eintragungsanspruch ihres Inhabers nicht besteht, kann der Befähigungsnachweis im Ausnahmebewilligungsverfahren zumindest in Teilbereichen durch die abgelegte Prüfung geführt werden. Das setzt allerdings voraus, dass in diesen Teilbereichen mindestens die gleichen Anforderungen gestellt werden wie in der Meisterprüfung; insoweit gilt der Rechtsgedanke des die Befreiungsmöglichkeiten beim Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung regelnden § 46 HwO.¹¹⁶² Aus dem Vorgesagten folgt, dass beim Befähigungsnachweis in diesen Fällen stets zu untersuchen ist, inwieweit die abgelegte Prüfung im jeweiligen Einzelfall diesen Anforderungen genügt.

Hat der Antragsteller eine Prüfung abgelegt, die durch das Privileg des § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO erfasst wird, ist damit nur die Voraussetzung des Ausnahmegrundes, nicht aber die Voraussetzung des Nachweises der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten erfüllt.¹¹⁶³ Der Gesetzgeber wollte in diesen Fällen beim Befähigungsnachweis einen Automatismus ver-

¹¹⁶⁰ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 26.

¹¹⁶¹ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97.

¹¹⁶² Ausführlich dazu Anhang A 5. Abschnitt.

¹¹⁶³ Vgl. zum Befähigungsnachweis durch Prüfungen nach § 81 Abs. 4 BBiG a. F. und § 95 Abs. 4 BBiG a. F. schon Honig, Landwirtschaft und Handwerksordnung, GewArch 1996, 314–318, 317, 318.

meiden; in jedem konkreten Einzelfall ist zu prüfen, in welchen Bereichen die vom Antragsteller abgelegte Prüfung mit der Meisterprüfung in einem bestimmten Gewerk gleichwertig ist.¹¹⁶⁴ Die dazu vertretene Meinung des Verwaltungsgerichts Saarland, nach der im Falle einer privilegierten Prüfung ein deutliches Indiz für das Vorhandensein zumindest theoretischer und allgemeiner Kenntnisse für das jeweilige Fachgebiet nahe liegt,¹¹⁶⁵ ist mangels der erforderlichen einzelfallbezogenen Betrachtung als zu weitgehend abzulehnen. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber geregelt, dass durch die privilegierten Prüfungen des § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO auch die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen sind. Davon hat er aber ausdrücklich abgesehen. Für eine entsprechende Klarstellung hat der Gesetzgeber im Rahmen der HwO-Novelle 2004 gesorgt. Die Wörter „die in wesentlichen fachlichen Punkten mit der Meisterprüfung für ein Gewerbe der Anlage A übereinstimmt“ in § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO 1998 wurden gestrichen, um eine Redundanz zu beseitigen. Denn mit der Feststellung, dass die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar ist, weil die vorgelegte Prüfung in „wesentlichen fachlichen Punkten mit der Meisterprüfung übereinstimmt“, ist zugleich die handwerkliche Befähigung nachgewiesen.¹¹⁶⁶

Bei im Ausland abgelegten Prüfungen wird die Verwaltungsbehörde oftmals vor der Schwierigkeit stehen, dass die der Prüfung zugrunde liegenden Anforderungen entweder nur schwer feststellbar sind oder nicht den deutschen Anforderungen gerecht werden, zum Beispiel bezüglich der notwendigen rechtlichen Kenntnisse.¹¹⁶⁷ In diesen Fällen wird der Befähigungsnachweis in der Regel im Wege der Eignungsfeststellung erbracht werden müssen.

Auch nichttechnische Hochschul- oder Fachhochschulstudiengänge sind als Befähigungsnachweis geeignet, soweit die durch das Studium vermittelten Kenntnisse und Fertigkeiten denen für die Ausübung eines Handwerks notwendigen entsprechen. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass ein approbierter Zahnarzt aufgrund seiner Ausbildung in der Lage ist, Zahnersatzarbeiten, die dem Zahntechnikerhandwerk zuzurechnen sind, fachgerecht auszuführen.¹¹⁶⁸

Der Besuch von reinen Aus- und Fortbildungsveranstaltungen, die nicht mit einer Prüfung abschließen, sondern deren Besuch mit einer Teilnahmebescheinigung dokumentiert wird, ist hingegen, wie bereits dargelegt, zum Nachweis nicht geeignet. Gleiches muss daher dann gelten, wenn der Bewerber technische Hochschulen, höhere Lehranstalten oder Fachschulen

¹¹⁶⁴ Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 307.

¹¹⁶⁵ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386.

¹¹⁶⁶ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29; Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 406.

¹¹⁶⁷ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 63, 64; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 41.

¹¹⁶⁸ OVG Münster, Urteil v. 03.03. 1965, GewArch 1966, 15, 16, 17.

oder höhere Fachschulen besucht hat, aber keine Abschlussprüfung abgelegt und bestanden hat.¹¹⁶⁹

4.2.7.2. Die Meisterprüfung in einem anderen Handwerk

Während allein eine Gesellenprüfung zum Nachweis meistergleicher Kenntnisse und Fertigkeiten nicht ausreicht,¹¹⁷⁰ hat der Antragsteller durch die Ablegung der Meisterprüfung in einem anderen Handwerkszweig bewiesen, dass er das für die Ausübung eines Handwerks erforderliche allgemeine theoretische Wissen besitzt.¹¹⁷¹ Insoweit findet in diesen Fällen der Rechtsgedanke des § 46 Abs. 1 Satz 2 HwO Anwendung, wonach der Prüfling von der Ablegung des Teils III der Meisterprüfung befreit ist, wenn er die Meisterprüfung in einem anderen zulassungspflichtigen oder zulassungsfreien Handwerk oder in einem handwerksähnlichen Gewerbe bestanden hat.

Darüber hinaus kann der Antragsteller, der bereits eine Meisterprüfung in einem anderen Handwerk abgelegt hat, auch in weiteren gleichartigen Prüfungsfächern vom Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten befreit werden; insoweit braucht bei gleichartigen Prüfungsfächern kein weiterer Befähigungsnachweis erbracht werden.¹¹⁷² Auch hier ist auf die Vorschrift des § 46 Abs. 1 Satz 1 HwO zu verweisen, deren Regelung von Befreiungsmöglichkeiten bei Ablegung der Meisterprüfung entsprechend anzuwenden ist.

Das Gesetz sieht in einem solchen Fall nur diesen Weg vor. Der Antragsteller hat keinen Anspruch, unter Hinweis auf seine bestandene Meisterprüfung in einem anderen Handwerk der gleichen Gruppe, unter erleichterten Bedingungen die Befähigung für weitere Gewerbe nachzuweisen.¹¹⁷³

¹¹⁶⁹ Bay. VGH, Urteil v. 28.03. 1963, GewArch 1963, 275.

¹¹⁷⁰ Bay. VGH, Beschluss v. 31.03. 2004, GewArch 2004, 259, 260.

¹¹⁷¹ VG Koblenz, Urteil v. 13.03. 1964, GewArch 1964, 164; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 39; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 63; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 12; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 24.

¹¹⁷² Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 39.

¹¹⁷³ VG Karlsruhe, Urteil v. 21.10. 1977, GewArch 1978, 130, 131; BVerwG, Urteil v. 14.08. 1959, NJW 1959, 2181; vgl. dazu auch die Ausführungen zum Befähigungsnachweis im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO, 4. Kapitel 3. Abschnitt I. 2.3.

4.2.8. Die Eignungsfeststellung

Die Überprüfung der meistergleichen Kenntnisse und Fertigkeiten zum Nachweis der als Voraussetzung für eine Ausnahmegewilligung verlangten Befähigung ist vielfach nur durch das Beweismittel Eignungsprüfung - oder besser Eignungsfeststellung - möglich. Auch nach der HwO-Novelle 1994 ist diese weiterhin erlaubt.¹¹⁷⁴

Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine eigenständige Prüfung im Sinne des Prüfungsrechts, sondern um einen Teil der Sachverhaltsermittlung durch die zuständigen Behörden im Rahmen des Verwaltungsverfahrens auf Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle.¹¹⁷⁵ Zwar besteht kein einklagbarer Rechtsanspruch auf Durchführung einer Eignungsfeststellung.¹¹⁷⁶ Allerdings kann die Verwaltungsbehörde diese nicht verweigern, wenn der Antragsteller selbst anbietet, die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten in einer Überprüfung vor einem Sachverständigen auf seine Kosten nachzuweisen.¹¹⁷⁷

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg bezeichnet diese Form des Nachweises der fachtheoretischen und fachpraktischen Kenntnisse und Fertigkeiten als „kleine Meisterprüfung“.¹¹⁷⁸ Hingegen sollte nach richtiger Meinung von Honig/Knörr der Ausdruck „Prüfung“ aus psychologischen Gründen vermieden werden, um den Unterschied zur Meisterprüfung deutlich zu machen.¹¹⁷⁹

Für die Durchführung und den Ablauf der Eignungsfeststellung gibt es, im Unterschied zur Meisterprüfung, keine festen Regeln. Allerdings finden sich dazu in Rechtsprechung und Literatur zahlreiche Hinweise, an welchen Grundsätzen sich die Durchführung der Eignungsfeststellung zu orientieren hat.

4.2.8.1. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Eignungsfeststellung

Zur Durchführung der Eignungsfeststellung hat das Bundesverwaltungsgericht richtungsweisende Grundsatzentscheidungen getroffen und damit allgemeine Grundsätze aufgestellt.

In einer ersten Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht am 5. Mai 1959 geurteilt, dass es nicht im Sinne des Gesetzes liegt, einen Bewerber um eine Ausnahmegewilligung dann, wenn seine Überprüfung und seine bisherige Tätigkeit in Betracht kommt, einer

¹¹⁷⁴ Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1443; im Ergebnis Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

¹¹⁷⁵ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385; vgl. auch OVG Lüneburg, Beschluss v. 03.09. 2003, NVwZ-RR 2003, 101.

¹¹⁷⁶ Bay. VGH, Urteil v. 04.08. 1989, GewArch 1990, 101, 102.

¹¹⁷⁷ Im Ergebnis OVG Münster, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288.

¹¹⁷⁸ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 20.01. 1998, GewArch 1998, 195, 196.

„schulmäßigen Prüfung“ nach Art einer Meisterprüfung zu unterwerfen. Vielmehr werde eine solche Überprüfung vorwiegend darauf gerichtet sein müssen, eine Grundlage für eine Beurteilung zu gewinnen, ob der Bewerber über die zur selbstständigen Handwerksausübung erforderlichen praktischen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt.¹¹⁸⁰ In einer weiteren Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung bestätigt und ergänzt. Mit Urteil vom 26. Januar 1962 verlangt das Bundesverwaltungsgericht eine gegenüber der schulmäßigen Prüfung nach Art einer Meisterprüfung entgegenstehende zwanglosere Form der Überprüfung der Befähigung des Bewerbers. Dabei sei diese in einer jeweils dem Einzelfall angepassten angemessenen Art und Weise vorzunehmen; stets sei der bisherige berufliche Werdegang des Bewerbers in sachlicher Weise zu berücksichtigen. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist der Hinweis des Gerichts auf eine Selbstverständlichkeit: Die Überprüfung des Bewerbers müsse eine objektive, nur von sachlichen Gesichtspunkten bestimmte Beurteilung zum Ziel haben; auch die Auswahl der Prüfer müsse hierfür eine Gewähr bieten. Das Gericht fährt fort, dass der Senat glaubt, gleichwohl hierauf hinweisen zu sollen, dass er aus verschiedenen ihm zur Entscheidung vorliegenden Streitfällen den Eindruck gewonnen hat, dass gegenüber solchen Bewerbern, die ihre Eintragung in die Handwerksrolle nicht über den in der Handwerksordnung vorgesehenen Ausbildungsgang und die ihn abschließende Meisterprüfung, sondern aufgrund einer Ausnahmegewilligung erreichen wollen, eine gewisse Voreingenommenheit besteht. Diese lasse sie etwa als Außenseiter oder gar als unerwünschte Mitglieder des Handwerkerstandes erscheinen. Eine solche Einstellung, so das Gericht, ist mit der gesetzlichen Regelung in der Handwerksordnung nicht vereinbar, die ausdrücklich neben der den Regelfall bildenden Meisterprüfung die Möglichkeit vorsieht, den Nachweis der für die selbstständige Handwerksausübung erforderlichen Befähigung auch auf andere geeignete Weise zu erbringen.¹¹⁸¹

An dem Grundsatz, dass die Prüfung der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung in zwangloser Form vorzunehmen ist, hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten.¹¹⁸²

4.2.8.2. Der Grundsatz der „zwanglosen Form“ der Eignungsfeststellung

Die übrige Rechtsprechung und die Literatur haben sich an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Durchführung der Eignungsfeststellung orientiert und diese weiterentwickelt. Gleichfalls haben einzelne Handwerkskammern und der Zentralverband des Deutschen Handwerks die mit der Überprüfung im Ausnahmegewilligungsverfahren in Zusammenhang zu beachtende Überlegungen in Richtlinien und Merkblättern zusammengefasst.

¹¹⁷⁹ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 17.

¹¹⁸⁰ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 290.

¹¹⁸¹ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97.

¹¹⁸² Vgl. BVerwG, Beschluss v. 22.01. 1970, GewArch 1970, 129, 130.

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung¹¹⁸³ und die Literatur¹¹⁸⁴ vertreten einheitlich die Meinung, dass es bei der Überprüfung im Ausnahmbewilligungsverfahren nicht im Sinne des Gesetzes liegen kann, den Kläger einer schulmäßigen Überprüfung nach Art einer Meisterprüfung zu unterziehen. Die sogenannte Vergleichsprüfung entspreche im äußeren Ablauf nicht einer Meisterprüfung.¹¹⁸⁵ Vielmehr solle dem Bewerber Gelegenheit gegeben werden, seine Qualifikation außerhalb eines förmlichen Verfahrens nachzuweisen und gerade nicht in einem formalisierten Prüfungsverfahren.¹¹⁸⁶ Der Bewerber habe sich einer in zwangloser Form durchzuführenden Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten zu unterziehen, wobei seine spezielle Situation und sein bisheriger beruflicher Werdegang zu berücksichtigen sind.¹¹⁸⁷ Auch solle sich die Eignungsfeststellung am Lebensalter des Bewerbers und an seinem Gesundheitszustand orientieren.¹¹⁸⁸

Übereinstimmend wird damit in Rechtsprechung und Literatur gefordert, dass die Überprüfung eines die Ausnahmbewilligung erstrebenden Bewerbers grundsätzlich in einer jeweils dem Einzelfall angepassten, angemessenen Art und Weise vorgenommen werden muss, wobei die Eignungsfeststellung nur in einem verhältnismäßigen Rahmen stattzufinden hat.¹¹⁸⁹

Die Richtlinien für die Überprüfung im Ausnahmbewilligungsverfahren zur Feststellung der meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks stellen klar, dass die Überprüfung in ihrer Ausgestaltung beim Antragsteller nicht den Eindruck erwecken darf, er lege eine Meisterprüfung in abgewandelter Form ab. Die Überprüfung solle deshalb nicht schulmäßig durchgeführt werden; das persönliche Gespräch soll im Vordergrund stehen.¹¹⁹⁰ Die Handwerkskammer Braunschweig weist in ihrem Merkblatt für alle Beteiligten bei Eignungsfeststellungen darauf hin, dass es sich bei der Eignungsfeststellung nicht um eine Prüfung im Rechtssinne handelt, insbesondere nicht um eine verkürzte Meisterprüfung.¹¹⁹¹

¹¹⁸³ OVG Münster, Urteil v. 04.10. 1967, GewArch 1968, 84; Sächs. OVG, Beschluss v. 14.03. 1997, GewArch 1997, 254, 256; OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 9 des Urteilsabdrucks; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386.

¹¹⁸⁴ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 26; Kröger, Die Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; Ritgen, Die Ausnahmbewilligung im Handwerksrecht, 7; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 212; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 43.

¹¹⁸⁵ OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1976, 268.

¹¹⁸⁶ OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288.

¹¹⁸⁷ OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 30.07. 1969, GewArch 1970, 37, 38.

¹¹⁸⁸ VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 273; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 17.

¹¹⁸⁹ Hess. VGH, Urteil v. 03.12. 1969, GewArch 1970, 108, 109; OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 9 des Urteilsabdrucks; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385.

¹¹⁹⁰ Zentralverband des Deutschen Handwerks: Richtlinien für die Überprüfung im Ausnahmbewilligungsverfahren zur Feststellung der meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten. Anlage zu ZDH-Intern, Nr. 18 VI/1, April 1982; zitiert ZDH, Richtlinien.

¹¹⁹¹ Handwerkskammer Braunschweig: Merkblatt für alle Beteiligten bei Eignungsfeststellungen. Braunschweig, ohne Datum. 1; zitiert HwK Braunschweig, Merkblatt.

Im Ergebnis wird daher sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur zu Recht die zwanglose Form der Überprüfung des Bewerbers um eine Ausnahmegewilligung herausgestellt. Eine schulmäßige Prüfung soll hier vermieden werden; die Überprüfung hat sich vielmehr am Einzelfall und an den bisherigen beruflichen Erfahrungen des Berufsbewerbers zu orientieren. Gerade hier liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Meisterprüfungsverfahren und dem Ausnahmegewilligungsverfahren.

4.2.8.3. Die sachverständigen Prüfer

Die Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten des Bewerbers um eine Ausnahmegewilligung erfolgt durch sachverständige Prüfer. Allerdings ist diesen nicht die Funktion eines Prüfers im Rechtssinne übertragen worden¹¹⁹² wie zum Beispiel den Mitgliedern einer Meisterprüfungskommission¹¹⁹³. Dies folgt nicht zuletzt nicht aus der Tatsache, dass es sich bei der Eignungsfeststellung um keine Prüfung im Sinne des Prüfungsrechts handelt.¹¹⁹⁴ Die sachverständigen Prüfer müssen daher auch nicht öffentlich bestellt und vereidigt sein wie die Mitglieder der Meisterprüfungskommission. Der Gutachter stellt bei der Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten im Rahmen des § 8 HwO als Sachverständiger lediglich, wie jeder andere herangezogene amtliche oder private Sachverständige, nur sein Fachwissen zur Verfügung. Seine Tätigkeit ist danach allein ein Hilfsmittel zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhalts. Allerdings ist der sachverständige Prüfer im Ausnahmegewilligungsverfahren kein Sachverständiger im Sinne des § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwVfG. Denn begrifflich ist Sachverständiger hier nur derjenige, der aufgrund eines Auftrages der ermittelnden Behörde in deren Verwaltungsverfahren tätig wird.¹¹⁹⁵ Vielmehr wird der sachverständige Prüfer im Auftrag des Antragstellers im Ausnahmegewilligungsverfahren tätig; als Ergebnis erstellt der sachverständige Prüfer ein sogenanntes Privatgutachten.¹¹⁹⁶

4.2.8.3.1. Die objektive Art und Weise der Überprüfung

Die Sachverständigen dürfen sich bei der Beurteilung der Kenntnisse und Fertigkeiten des Berufsbewerbers um eine Ausnahmegewilligung nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen. Daher sollen nur Sachverständige berücksichtigt werden, die zum einen die Gewähr für eine sachkundige und zum anderen für eine neutrale Überprüfung bieten; die Kenntnisse des Bewerbers sollen in objektiver Weise ermittelt und dargestellt werden. Wenn auch die

¹¹⁹² OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288.

¹¹⁹³ S. u. Anhang A 6. Abschnitt.

¹¹⁹⁴ Vgl. auch OVG Lüneburg, Beschluss v. 03.09. 2003, NVwZ-RR 2003, 101 zur Eignungsfeststellung im Verfahren nach § 7 a HwO.

¹¹⁹⁵ Engelhardt, in: Obermayer, Klaus: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz. 3. Auflage. Neuwied/Kriftel 1999. § 26 Rn 85; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 26 Rn 28.

¹¹⁹⁶ Zum Rechtsverhältnis zwischen Antragsteller und sachverständigem Prüfer s. u. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.2.8.4.

sachverständigen Prüfer keine Sachverständigen im Sinne des § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwVfG sind, müssen sie unparteiisch sein. Auch ist es nicht Aufgabe der sachverständigen Prüfer, zu dem Vorliegen eines Ausnahmegrundes Stellung zu nehmen; dieses gehört nicht zu ihrem Aufgabenbereich.

Insbesondere wäre es mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar, wenn bei den Sachverständigen gegenüber den Bewerbern um eine Ausnahmegewilligung eine gewisse Voreingenommenheit bestehen würde. Diese könnte ihre Ursache darin haben, dass die Sachverständigen die Berufsbewerber als Außenseiter oder gar als unerwünschte Mitglieder des Handwerkerstandes, also als unerwünschte Konkurrenz, ansehen.¹¹⁹⁷

Zu weitgehend und daher abzulehnen ist die Meinung von Mirbach, wonach grundsätzlich alle Handwerker des Handwerkskammerbezirks und gegebenenfalls auch angrenzender Bezirke, bei denen nach ihrem Tätigkeitsbereich zumindest eine spätere Konkurrenzsituation nicht ausgeschlossen werden kann, als Sachverständige mindestens wegen der Besorgnis der Befangenheit nach § 21 Abs. 1 VwVfG ausscheiden müssen. Das soll insbesondere für die Handwerker gelten, die in der Selbstverwaltung im organisierten Handwerk tätig sind oder auf dessen Vorschlag andere Ämter und Funktionen ausüben.¹¹⁹⁸ Gegen die Auffassung von Mirbach spricht, dass auch den Meisterprüfungskommissionen mögliche Konkurrenten des Berufsbewerbers angehören. Man wird aber deshalb nicht pauschal behaupten können, dass aus diesem Grunde die Mitglieder der Meisterprüfungskommission nicht objektiv sind.

Die Rechtsprechung hat sich wiederholt mit dem Vorwurf von Berufsbewerbern um eine Ausnahmegewilligung auseinandergesetzt, die Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten durch die beauftragten Sachverständigen sei nicht in objektiver Art und Weise durchgeführt worden. Dabei haben sich die Gerichte, deren Rechtsprechung hier kasuistisch geprägt ist, zu Recht an den genannten Grundsätzen orientiert.

So hat das Verwaltungsgericht Koblenz die Rüge des Antragstellers zurückgewiesen, dass durch die Tatsache der Abnahme der Prüfungen durch die beigelegte Handwerkskammer die Einhaltung objektiver Maßstäbe nicht gewährleistet ist, weil letztlich „Konkurrenten“ über das Prüfungsergebnis zu befinden hätten. Insbesondere könne der Antragsteller keine einzelnen Umstände vorbringen, aus denen sich eine Voreingenommenheit der Prüfer im zu entscheidenden Fall ergibt.¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 212.

¹¹⁹⁸ Mirbach, Horst G.: Das Recht auf selbstständige Arbeit. Unternehmensgründung und Handwerksrecht. 3. Auflage. Bonn 1993. 125, 126.

¹¹⁹⁹ VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 274.

Das Oberverwaltungsgericht Münster hält in einem anderen zu entscheidenden Fall eine erneute Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten aufgrund von Verfahrensmängeln für erforderlich. Dabei empfiehlt sich, so das Gericht, die Bestellung eines neuen Sachverständigen, der über die erforderlichen Erfahrungen im handwerklichen Prüfungswesen verfügt, aber auch die Gewähr bietet, dass er sich an die ihm erteilten Richtlinien hält. Zweckmäßigerweise werde der Sachverständige einem anderen Handwerkskammerbezirk als dem der beigeladenen Handwerkskammer anzugehören haben.¹²⁰⁰

In zwei weiteren Entscheidungen vertritt das Oberverwaltungsgericht Münster den Standpunkt, dass es durchaus im Interesse des Bewerbers liegen kann, wenn seine Überprüfung durch ein Mitglied der handwerklichen Prüfungskommission erfolgt, da anderen Sachverständigen möglicherweise der nur durch ständige Prüfungspraxis zu gewinnende Bewertungsmaßstab fehlt. Darüber hinaus würde es dem, vom Bundesverfassungsgericht gebilligten gesetzgeberischen Sinn der Handwerksordnung widersprechen, die Überprüfung der Befähigung in großem Umfang den handwerklichen Stellen zu entziehen. Vielfach fehle sonstigen, nicht mit dem handwerklichen Prüfungswesen verbundenen Meistern, auf die bei vielen Handwerken zurückgegriffen werden muss, der nur durch ständige Prüfungspraxis zu gewinnende Bewertungsmaßstab.¹²⁰¹

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof stellt in einer Entscheidung vom 03. Dezember 1969 die verschiedenen Sichtweisen bei der Auswahl der Prüfer gegenüber: Einerseits, so das Gericht, würden sich bei dem Bewerber um eine Ausnahmegewilligung, der von einem selbstständigen Handwerksmeister geprüft wird, dagegen naturgemäß Vorbehalte ergeben, weil sich nicht generell ausschließen lässt, dass die Prüfung in solchen Fällen von sachwidrigen Gesichtspunkten, also mögliche Gründung von Konkurrenzbetrieben, beeinflusst wird. Selbstständige Handwerksmeister würden sich aber andererseits gerade wiederum empfehlen, Mitglied der Prüfungskommission bei Ausnahmegewilligungen zu sein, weil die Prüfung praxisbezogener zu sein hat als bei einer Meisterprüfung. In Ansehung dieser Tatsache verbiete es sich nicht von vornherein, Handwerksmeister in Fällen der Ausnahmegewilligung neben anderen Gutachtern an der Prüfung zu beteiligen. Etwaige Zweifel an der Objektivität der Prüfungskommission könnten im übrigen, so zu Recht das Gericht, auch nicht aus dem Umstand hergeleitet werden, dass beide Prüfer von der Handwerkskammer benannt wurden.¹²⁰² Denn die Handwerkskammer sei als Behörde zur Objektivität verpflichtet und werde daher nicht Sachverständige benennen, die voreingenommen sind.

¹²⁰⁰ OVG Münster, Urteil v. 04.10. 1967, GewArch 1968, 84.

¹²⁰¹ OVG Münster, Urteil v. 26.02. 1964, GewArch 1964, 226, 228; OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1968, 164, 165, 166.

¹²⁰² Hess. VGH, Urteil v. 03.12. 1969, GewArch 1970, 108, 109, 110; so auch VGH Bad.-Württ, Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25.

4.2.8.3.2. Die Auswahl der Prüfer

Aus den bereits dargelegten Gründen folgt zwingend, dass bei der Auswahl der Prüfer einerseits sichergestellt sein muss, dass diese die Prüfung objektiv durchführen; die ausgewählten Prüfer müssen die Gewähr für eine nach sachlichen Gesichtspunkten vorzunehmende Beurteilung der Qualifikation bieten.¹²⁰³

Andererseits müssen die Prüfer auch fachlich kompetent, also fachkundig sein. Fachkundig ist ein Prüfer dann, wenn er die fachlichen Anforderungen kennt, die in der Meisterprüfung für das jeweilige zulassungspflichtige Handwerk vorausgesetzt werden. Gleichfalls muss er, soweit es sich um die Überprüfung der fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse handelt, diesen Anforderungen auch in eigener Person gerecht werden. Darüber hinaus ist auch erforderlich, dass der Prüfer mit dem handwerklichen Prüfungswesen vertraut ist.

Für die Überprüfung der fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse empfiehlt es sich daher, Handwerksmeister des jeweiligen Handwerks zu beauftragen, wobei die sachverständigen Prüfer zweckmäßigerweise dem Kreis der Mitglieder einer Meisterprüfungskommission entstammen sollten. Denn zum einen sind andere fachkundige Personen in der Regel nicht ausreichend über das Niveau meistergleicher Kenntnisse und Fertigkeiten informiert, während Mitglieder der fachlich zuständigen Meisterprüfungsausschüsse durch eine ständige Prüfungspraxis über den erforderlichen Bewertungsmaßstab verfügen. Zum anderen kann man bei routinierten Prüfern besseres Verständnis für die psychologische Ausnahmesituation des Prüflings erwarten.¹²⁰⁴ Darüber hinaus wird diesen Handwerksmeistern durch ihre Berufung in die Meisterprüfungskommission Objektivität bestätigt.¹²⁰⁵ Die Argumentation, dass bei einer Überprüfung durch vor Ort tätige Handwerksmeister, also durch Konkurrenten erfolgt, geht daher ins Leere. Gleiches würde nämlich auch für die Voreingenommenheit der Mitglieder der Meisterprüfungskommission bei der Abnahme von Meisterprüfungen gelten, da auch die Meisterprüflinge für die prüfenden Handwerksmeister potentielle Konkurrenten sind.

Letztendlich bieten die Mitglieder einer Meisterprüfungskommission Gewähr dafür, dass eine Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten nicht schulmäßig, sondern in zwangloser Form erfolgt. Denn gerade sie kennen ja die formelle Form der Meisterprüfung aus ihrer eigenen Prüfungspraxis und können so zwischen einer formellen und einer zwanglosen Art der Prüfung zweifellos unterscheiden. Neben Mitgliedern des Meisterprüfungsausschusses

¹²⁰³ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07. 11. 2003, GewArch 2004, 21, 25; ebenso OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309, 310; VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 274; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 45; Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 7.

¹²⁰⁴ Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370.

¹²⁰⁵ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150.

sind ebenfalls Sachverständige des jeweiligen Handwerks bei einer Handwerkskammer geeignet.¹²⁰⁶

Allerdings setzt auch das handwerkliche Prüfungswesen nicht voraus, dass Meisterprüfungen nur durch Personen abgenommen werden, die in dem jeweiligen Handwerk die Meisterprüfung abgelegt haben. Daher versteht es sich auch bei Eignungsfeststellungen von selbst, dass Personen diese durchführen können, die in dem betreffenden Handwerk nicht die Meisterprüfung abgelegt haben. Bei der Überprüfung der allgemeintheoretischen Kenntnisse des Berufsbewerbers können folglich auch andere fachkundige Personen mit der Überprüfung beauftragt werden. Allerdings müssen auch diese mit dem handwerklichen Prüfungswesen vertraut sein; beispielsweise kommen Dozenten, die in Meisterkursen tätig sind, als Sachverständige in Betracht.

Die Auswahl geeigneter Sachverständiger erfolgt durch die höhere Verwaltungsbehörde unter Beteiligung der Handwerkskammer. Zweifelt der Antragsteller an der Objektivität der Sachverständigen, kann er vor Durchführung des Eignungstests Bedenken wegen einer eventuellen Befangenheit der Sachverständigen gegenüber der Verwaltungsbehörde geltend machen, denen durch diese nachzugehen ist.

4.2.8.3.3. Die Zahl der sachverständigen Prüfer

Die Eignungsfeststellung sollte, muss aber nicht von zwei Sachverständigen abgenommen werden. Auch dieses ist abhängig vom jeweiligen Einzelfall. Es kann daher auch geboten sein, die Eignungsfeststellung von mehr als zwei Sachverständigen durchführen zu lassen.¹²⁰⁷

4.2.8.3.4. Die Zahl der zu überprüfenden Berufsbewerber

Die Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten des Berufsbewerbers im Ausnahmewilligungsverfahren soll sich stets am Einzelfall orientieren. Honig leitet daraus ab, dass sich die gleichzeitige Überprüfung mehrerer Antragsteller verbietet.¹²⁰⁸ Dieser Meinung kann in ihrer Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Es kann sich durchaus anbieten, insbesondere bei der Eignungsfeststellung im Bereich der erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse, mehrere Antragsteller zunächst gleichzeitig schriftlich zu prüfen. In einem sich anschließenden mündlichen Fachgespräch mit mehreren Teilnehmern, soweit dies bei dem einzelnen Berufsbewerber noch erforderlich ist, können sich die Sach-

¹²⁰⁶ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 26.

¹²⁰⁷ Vgl. Hess. VGH, Urteil v. 03.12. 1969, GewArch 1970, 108, 109.

¹²⁰⁸ Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370.

verständigen ein endgültiges Bild über die Befähigung eines jeden teilnehmenden Berufsbewerbers verschaffen.

4.2.8.3.5. Dauer und Ort der Überprüfung

Die Dauer der Prüfung richtet sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalls. In der Regel wird für die Überprüfung ein Tag vorgesehen. Sollte dies nicht ausreichen, kann die Prüfung auch auf einen weiteren Tag ausgedehnt werden.¹²⁰⁹ Auch den Ort der Prüfung kann der Sachverständige frei bestimmen. Als Ort der Prüfung kommt der Betrieb des Antragstellers, soweit ein solcher bereits besteht, der Betrieb des Sachverständigen sowie eine Überprüfung in den Werkstätten der Handwerkskammer in Betracht.

Bei eher seltenen Handwerken bietet es sich an, zentrale Eignungsfeststellungen durchzuführen. Zentral bedeutet hier, dass für ein bestimmtes Handwerk nur an einem Ort durch Sachverständige nicht nur für einen, sondern für mehrere Handwerkskammerbezirke oder alle eines Bundeslandes Eignungsfeststellungen durchgeführt werden. Damit werden nicht nur Unterschiede in der Bewertung vermieden, sondern es können hierfür besonders geeignete Sachverständige gewonnen werden.¹²¹⁰

4.2.8.4. Das Rechtsverhältnis zwischen den Sachverständigen und dem Berufsbewerber

Auftraggeber für das Gutachten des Sachverständigen ist nicht die zuständige Verwaltungsbehörde oder die Handwerkskammer, sondern der Berufsbewerber selbst. Zwar wird das Ergebnis der Eignungsfeststellung einer Behörde vorgelegt und dient dort als Entscheidungshilfe, stellt jedoch rechtlich das Ergebnis eines Begutachtungsvertrages als Werkvertrag zwischen dem Bewerber und dem Sachverständigen dar, der lediglich durch Vermittlung der Handwerkskammer zustande kommt. Daraus folgt, dass nur zwischen diesen Parteien bestimmte vertragliche Rechte und Pflichten entstehen.¹²¹¹

Der Berufsbewerber und nicht die Verwaltungsbehörde hat daher die Kosten der Überprüfung, in der Regel Fahrtkosten, Tagegeld und Entschädigung für den Zeitaufwand, in Anlehnung an die Richtsätze für die Vergütung von Sachverständigen nach §§ 8 ff JVEG zu tragen.¹²¹² Der Sachverständige ist berechtigt, von seinem Auftraggeber für die voraussichtlich entstehenden Kosten einen angemessenen Vorschuss zu fordern.

¹²⁰⁹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 46.

¹²¹⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 61.

¹²¹¹ HwK Braunschweig, Merkblatt, 2.

¹²¹² Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs- und entschädigungsgesetz-JVEG) vom 5. Mai 2004 (BGBl. I 718, 776), zuletzt geändert durch Art. 47 Abs. 5 G v. 17.12. 2008 (BGBl. I. 2586).

4.2.8.5. Die Bindungswirkung der Eignungsfeststellung

Der auch für das Ausnahmegewilligungsverfahren anzuwendende Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG verpflichtet die Behörde zur Ermittlung des für ihre Entscheidung maßgeblichen Sachverhalts von Amts wegen. Wegen des bestehenden besonderen öffentlichen Interesses an der sachlichen Richtigkeit, insbesondere der Gesetzmäßigkeit des Handelns der Behörde, ist die Ermittlung und Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts im Verwaltungsverfahren primär Sache der Behörde. Allein die Behörde trägt letztlich dafür die volle Verantwortung; nur die Feststellung des wirklichen Sachverhalts bietet die Gewähr dafür, dass die Verwaltungsentscheidung unabhängig von der Willkür der Parteien zustande kommt.¹²¹³ Gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG kann die Behörde als Beweismittel die schriftliche Äußerung von Sachverständigen einholen. Allerdings darf die Behörde ein Gutachtenergebnis und die darin enthaltenen Schlussfolgerungen nicht einfach ungeprüft übernehmen, sondern muss sich ein eigenes Urteil über den Aussagewert für die von ihr zu treffende Entscheidung bilden. Ein Gutachten ist damit nur als Beitrag zur eigenen Beurteilung anzusehen. In jedem Fall muss die Behörde die Voraussetzungen und Ergebnisse der Begutachtung in eigener Verantwortung nachprüfen beziehungsweise nachvollziehen; eine ungeprüfte Übernahme wäre ein Aufklärungsfehler.¹²¹⁴ Das Vorgesagte muss umso mehr bei einem Privatgutachten gelten.

Die im Ausnahmegewilligungsverfahren zuständige Verwaltungsbehörde ist daher an das Ergebnis einer Eignungsfeststellung nicht gebunden. Vielmehr stellt das Ergebnis ein Beweismittel dar, das der freien Beweiswürdigung der Verwaltungsbehörde unterliegt.¹²¹⁵ Allerdings ist das Ergebnis auch ein Faktum, das sie nicht einfach ignorieren kann und von dem ihre Entscheidung nicht unbegründet abweichen darf.¹²¹⁶ Stellt die Verwaltungsbehörde allerdings einen Fehler bei der Eignungsfeststellung fest, kann dies dazu führen, ein negatives Ergebnis nicht zu berücksichtigen.¹²¹⁷

4.2.8.6. Der Rechtscharakter des Gutachtens

Die Feststellung der Kenntnisse und Fertigkeiten durch einen Eignungstest zum Zweck des Nachweises der Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 HwO ist unselbstständiger Teil des Verfahrens auf Erteilung der Ausnahmegewilligung. Das Ergebnis geht in der Entscheidung auf, die über den gestellten Ausnahmeantrag nach § 8 HwO gefällt wird. Daher stellt die vom Sach-

¹²¹³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 6.

¹²¹⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 14, § 26 Rn 30.

¹²¹⁵ OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288.

¹²¹⁶ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 62.

¹²¹⁷ OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1976, 268.

verständigen vorgenommene Ermittlung und schriftliche Festlegung der Qualifikation des Bewerbers keine auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Maßnahme einer Behörde dar, also keinen Verwaltungsakt, sondern ist Teil der Sachverhaltsermittlung der Behörde.¹²¹⁸

4.2.8.7. Der Ablauf der Eignungsfeststellung

Für die Eignungsfeststellung ist ein formalisiertes Verfahren nicht vorgesehen. Daher bestehen für die Ablegung der „form- und zwanglos“ durchzuführenden Vergleichsprüfung keinerlei Verfahrensvorschriften.¹²¹⁹ Prüfungsgrundsätze, die für jeden denkbaren Einzelfall passen, lassen sich auch deshalb nicht aufstellen, weil sich die sachverständigen Prüfer immer am Einzelfall ausrichten müssen.¹²²⁰ Vielmehr bestimmen die Sachverständigen Art, Ablauf und Dauer der Prüfung unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls. Die vom Zentralverband des Deutschen Handwerks bekannt gegebenen Richtlinien und die in den Hinweisen und Merkblättern der Handwerkskammern gegebenen Hinweise zum Prüfungsverfahren haben rechtlich keine Bindungswirkung für die Prüfer, sondern haben lediglich empfehlenden Charakter.¹²²¹ Nicht zuletzt sind diese Empfehlungen im Interesse einer Gleichbehandlung erlassen worden,¹²²² wobei insbesondere die Richtlinien für die Überprüfung im Ausnahmewilligungsverfahren zur Feststellung der meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks von April 1982 einer gerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Übermaßverbots standhalten. Die Regelungen der Richtlinien zielen insgesamt auf eine verhältnismäßige, nicht übermäßige Überprüfung der Fachkunde des Bewerbers ab.¹²²³

Entsprechend den im allgemeinen Prüfungsrecht entwickelten Grundsätzen ist, wie auch in der Meisterprüfung, bei einem gesundheitlich beeinträchtigten oder schwerbehinderten Berufsbewerber der technische Ablauf der Eignungsfeststellung mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand entsprechend auszugestalten,¹²²⁴ hinsichtlich des Prüfungsinhalts können aber keine Zugeständnisse gemacht werden.¹²²⁵

¹²¹⁸ OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 117.

¹²¹⁹ OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309, 310.

¹²²⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 60; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370.

¹²²¹ Heck, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 38.

¹²²² Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 26.

¹²²³ OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 9 des Urteilsabdrucks; ebenso VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386 zu den Richtlinien der HwK Saarland.

¹²²⁴ Vgl. dazu Anhang A 7. Abschnitt.

¹²²⁵ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 30.07. 1969, GewArch 1970, 37, 38; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 11.

4.2.8.7.1. Inhalt und Umfang der Eignungsfeststellung

Aufgabe des Sachverständigen ist die Feststellung, ob der Antragsteller die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt, die ihn in die Lage versetzen, einen Handwerksbetrieb zu führen und die gebräuchlichen Arbeiten in etwa wie ein Meister verrichten zu können. Die Einzelheiten bleiben dabei dem Sachverständigen vorbehalten. Dabei dürfen der - oder die - Sachverständigen von allen möglichen Prüfungsmaßnahmen immer nur die Maßnahme ergreifen, die sowohl eine ausreichende Beurteilungsgrundlage für die vorhandenen Kenntnisse und Fertigkeiten des Antragstellers liefert als auch den Antragsteller vergleichsweise am geringsten belastet, und zwar sowohl in zeitlicher, kräftemäßiger und finanzieller Hinsicht.¹²²⁶ Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nicht nur bei der Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob der erforderliche Nachweis nur durch eine Eignungsfeststellung und nicht auf einfachere Weise erbracht werden kann. Vielmehr gilt das Übermaßverbot auch für den Umfang und die Durchführung der Eignungsfeststellung.¹²²⁷ Überschreitet hingegen die angebotene Eignungsfeststellung das verhältnismäßige, nicht übermäßige Überprüfungsmaß, stellt sich dieses Verlangen als Verletzung des geltenden Rechts dar. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 26. Januar 1962 verlangt, dass die Überprüfung eines Bewerbers um eine Ausnahmegewilligung in einer jeweils dem Einzelfall angepassten angemessenen Art und Weise vorgenommen und dabei stets sein bisheriger beruflicher Werdegang in sachlicher Weise berücksichtigt werden muss.¹²²⁸ Genügt für eine sichere Beurteilung bereits ein zwangloses Gespräch, ein sogenanntes Fachgespräch, zwischen den Sachverständigen und dem Berufsbewerber, so sollten keine weiteren Prüfungsleistungen gefordert werden.¹²²⁹ Mit der HwO-Novelle 1994 hat der Gesetzgeber zudem klargestellt, dass bei dem Nachweis der Fertigkeiten und Kenntnisse im Ausnahmegewilligungsverfahren auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers zu berücksichtigen sind, § 8 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz HwO. Dieses kann im Einzelfall einen nur noch sehr engen Überprüfungsspielraum der Behörde ergeben.¹²³⁰ Auf Anfrage des Berufsbewerbers ist es dem Sachverständigen gestattet, die vorgesehene Art und Weise der Überprüfung zu erläutern und ihm die Sachgebiete zu benennen, aus denen die Prüfungsaufgaben vorgesehen sind, um ihm Gelegenheit zur Vorbereitung zu geben.¹²³¹

¹²²⁶ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 60.

¹²²⁷ OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 9, 10 des Urteilsabdrucks; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 396.

¹²²⁸ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97.

¹²²⁹ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370.

¹²³⁰ Vgl. OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 11 des Urteilsabdrucks.

4.2.8.7.2. Die Durchführung der Eignungsfeststellung

Die vom Antragsteller nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten sollen sich qualitativ an den Anforderungen eines praktizierenden Handwerksmeisters ausrichten. Dieses gilt auch für die Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten durch eine Eignungsfeststellung; diese muss praxisbezogener sein als eine Meisterprüfung.¹²³² Insbesondere bei der Überprüfung der kaufmännischen und fachtheoretischen Befähigung ist der Maßstab für eine Ausnahmegewilligung im Vergleich mit den insoweit in einer Meisterprüfung zu stellenden Anforderungen praxisbezogener durchzuführen. Das Fachwissen ist mehr an den Kenntnissen eines Handwerksmeisters der Praxis als an den Fertigkeiten eines Kandidaten der Meisterprüfung zu messen.¹²³³ Nach der HwO-Novelle 1994 hat sich die Prüfung der für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten dabei im Unterschied zu einer förmlichen Meisterprüfung im Wesentlichen lediglich an einem noch mehr praxisbezogenen Maßstab zu orientieren; die Aufgabenstellung hat sich noch mehr der täglichen Arbeit im Betrieb anzupassen.¹²³⁴

Allerdings ist daraus nicht zu folgern, dass es bei handwerklichen Berufen nicht so sehr auf theoretische Kenntnisse, sondern mehr auf die Beherrschung der einschlägigen Fertigkeiten ankommt. Dieses ergibt sich auch nicht aus der Bezeichnung „Fertigkeitsprüfung“. § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO regelt eindeutig, dass die Ausnahmegewilligung auf den Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten abstellt. Von daher ist auch ein theoretischer Prüfungsteil gerechtfertigt,¹²³⁵ etwa betreffend Planung und Kalkulation sowie fachbezogene Vorschriften,¹²³⁶ wenn auch bestimmte Gebiete des theoretischen Wissens bei formal gestalteten mündlich und schriftlich durchgeführten Prüfungen zwangsläufig stärker in Erscheinung treten als in einer mehr auf die praktischen Bedürfnisse abgestellten Überprüfung¹²³⁷.

Nachdem sich die Sachverständigen über die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Berufsbewerbers einen Eindruck verschafft haben, sind Art und Umfang der Prüfungsinhalte und Fachgebiete endgültig festzulegen. Steht fest, in welchen Bereichen die handwerkliche Qualifikation des Bewerbers überprüft werden sollen, ist von den Sachverständigen zu entscheiden, ob im konkreten Fall schon aufgrund eines Fachgesprächs festgestellt werden kann, ob der Antragsteller die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt.

¹²³¹ ZDH, Richtlinien, 3.

¹²³² Hess. VGH, Urteil v. 19.06. 1968, GewArch 1968, 279; Hess. VGH, Urteil v. 03.12. 1969, GewArch 1970, 108, 109.

¹²³³ Hess. VGH, Urteil v. 19.06. 1968, GewArch 1968, 279, 280.

¹²³⁴ Sächs. OVG, Beschluss v. 14.03. 1997, GewArch 1997, 254, 256; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 27.

¹²³⁵ VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 273, 274.

¹²³⁶ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 384, 386, 387.

¹²³⁷ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 26.

Ist dies der Fall, sollten keine weiteren Prüfungsleistungen gefordert werden.¹²³⁸ Denn grundsätzlich darf sich die Eignungsfeststellung, wie bereits ausgeführt, nur in dem erforderlichen Rahmen bewegen, den die höhere Verwaltungsbehörde vorgeben muss.¹²³⁹ Insbesondere darf, wenn ein Fachgespräch als ausreichend erscheint, ohne Einverständnis des Antragstellers keine schriftliche Prüfung angeordnet werden.¹²⁴⁰

Wenn allerdings ein zwangloses Gespräch für eine sichere Beurteilung nicht ausreicht, müssen die Sachverständigen ein umfassenderes Bild der Befähigung des Berufsbewerbers gewinnen. In Betracht kommen dabei insbesondere eine Arbeitsprobe, ein Fachgespräch und die Vorlage von Kalkulationsgrundlagen und Zeichnungen, also der Kenntnissnachweis unter Bedingungen, die im äußeren Ablauf nicht denen einer Meisterprüfung entsprechen.¹²⁴¹

Strittig ist allerdings, ob dieser Kenntnissnachweis nur in mündlicher Form erfolgen darf oder auch schriftliche Arbeiten zum Kenntnissnachweis durch die Sachverständigen verlangt werden können.

Dazu vertritt das Oberverwaltungsgericht Münster die Meinung, dass einer schriftlichen Prüfung die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entgegensteht, wonach es nicht im Sinn der Handwerksordnung liegen kann, den Berufsbewerber einer schulmäßigen Überprüfung nach Art einer Meisterprüfung zu unterziehen.¹²⁴² Im zu entscheidenden Fall hatte die Handwerkskammer als Beigeladene eingeräumt, dass das gleiche System, also der Kenntnissnachweis durch schriftlich gestellte Fragen, auch bei Gesellen- und Meisterprüfungen üblich ist. Daher sei eine erneute Überprüfung des Berufsbewerbers, der sich nicht in dieser schulmäßigen Weise überprüfen lassen wollte, erforderlich.

Vermittelnd vertreten Fröhler/Stolz die Meinung, dass dann, wenn eine schriftliche Prüfung erforderlich erscheint, ihre Zulässigkeit für jedes Prüfungsgebiet einzeln untersucht werden muss, wenn der Antragsteller Einwendungen gegen die schriftliche Prüfung vorbringt.¹²⁴³

Dagegen sind das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen und das Verwaltungsgericht Saarland der Meinung, dass der Berufsbewerber keinen Anspruch darauf hat, nur einer mündlichen

¹²³⁸ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 60, 61; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370.

¹²³⁹ Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 27.

¹²⁴⁰ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 61.

¹²⁴¹ OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1976, 268; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, 384, 387; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 26.

¹²⁴² OVG Münster, Urteil v. 04.10. 1967, GewArch 1978, 84.

Prüfung unterzogen zu werden. Ihre Entscheidungen begründen die Gerichte damit, dass sich aus den einschlägigen Berufsbildern des Maurer-Handwerks beziehungsweise des Elektrotechniker-Handwerks, welches die Berufsbewerber ausüben wollen, ergibt, dass der Berufsbewerber Kenntnisse und Fertigkeiten in der schriftlichen Anfertigung unter anderem von Planungen, Konstruktionen und Berechnungen sowie fachbezogenen Vorschriften besitzen müsse; ebenso seien kaufmännische und betriebswirtschaftliche Arbeiten schriftlich auszuarbeiten.¹²⁴⁴ Auch die Ablegung einer Prüfung in der Art einer Fragebogenklausur hält das Verwaltungsgericht Koblenz für zulässig. Insbesondere biete diese Art einer Prüfung die Gewähr für eine objektive Beurteilung der erbrachten Leistung.¹²⁴⁵

Die Literatur hält in einhelliger Meinung die Anfertigung von schriftlichen Arbeiten für zulässig; etwas anderes könne sich nicht daraus ergeben, weil sie ihrem Inhalt nach auch Prüfungsaufgaben in einer Meisterprüfung sein könnten.¹²⁴⁶ Allerdings warnt Honig vor einer Institutionalisierung der „Sachkundeprüfungen“ und einer damit einhergehenden Abwertung der regulären Meisterprüfung durch Ausarbeitung von Fragekatalogen, Prüfungsordnungen und dergleichen.¹²⁴⁷

Die letztzitierte Meinung ist auch die richtige: Ein selbstständig tätiger Handwerker muss in seiner beruflichen Praxis nicht nur Tätigkeiten von Hand ausführen, sondern Angebote ausarbeiten und kalkulieren, Zeichnungen und Baupläne fertigen, Buchführungsarbeiten und viele weitere schriftliche Arbeiten erledigen. Da sich die Eignungsfeststellung noch mehr an den Erfordernissen der beruflichen Praxis orientieren soll, sind schriftliche Arbeiten gerade für den Kenntnissnachweis geeignet. Allerdings ist stets anhand der konkreten Situation des Antragstellers zu prüfen, ob die Anfertigung von schriftlichen Arbeiten in einem verhältnismäßigen Rahmen stattfindet, also das Übermaßverbot nicht verletzt wird.

4.2.8.7.3. Die Überprüfung der fachpraktischen Kenntnisse

Der Antragsteller muss die in seinem Handwerk gebräuchlichen Arbeiten in etwa wie ein Meister verrichten können. Dieses richtet sich inhaltlich im Einzelnen nach den jeweiligen fachlichen Vorschriften für die Meisterprüfung des betreffenden Handwerks. In praktischer Hinsicht ist die sogenannte „Arbeitsprobe“ hierfür ein geeignetes Mittel und auch allgemein

¹²⁴³ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 61.

¹²⁴⁴ VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 09.03. 1967, GewArch 1967, 170; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386.

¹²⁴⁵ VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 274.

¹²⁴⁶ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 150; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 26; ZDH, Richtlinien, 2.

¹²⁴⁷ Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370.

rechtlich anerkannt.¹²⁴⁸ Dabei soll der Bewerber in Gegenwart des Sachverständigen einige für sein Handwerk typische Arbeitsvorgänge verrichten oder ein Werkstück beziehungsweise Teilstück anfertigen, wobei dieses aus der handwerklichen Alltagspraxis stammen sollte.¹²⁴⁹ Allerdings wird in der Praxis die Erbringung einer Arbeitsprobe, die dem Meisterstück oder der Meisterprüfungsarbeit in der Meisterprüfung gleichwertig ist, nicht verlangt.¹²⁵⁰ Dieses wäre auch vom Umfang her gar nicht möglich, da sich die Eignungsfeststellung in der Regel auf einen Tag beschränken soll. Darüber hinaus kann vom Antragsteller verlangt werden, dass er in Gegenwart des Sachverständigen - soweit das einschlägige Handwerk dies erfordert - Kalkulationen durchführt sowie Arbeitspläne und Zeichnungen erstellt. Dabei soll der Sachverständige ebenfalls Arbeitsvorbereitung, Handhabung des Werkzeuges und Arbeitsweise des Berufsbewerbers beurteilen.¹²⁵¹ Im Ergebnis muss aus der praktischen Arbeit des Bewerbers zu ersehen sein, ob er die im Berufsbild festgelegten Grundkenntnisse und Anforderungen beherrscht und in der Lage sein würde, die praktische Arbeit wie ein Meister durchzuführen.

Außerhalb der Prüfungsaufsicht hergestellte Werkstücke und Arbeitsproben bieten in der Regel keine ausreichende Gewähr für eine zeitgerechte eigenhändige und selbstständige Herstellung durch den Prüfungsbewerber.¹²⁵² Etwas anderes kann nur gelten, wenn über diesen Sachverhalt mit dem Sachverständigen vor Anfertigung Einvernehmen hergestellt wurde.

Die Besichtigung von Baustellen und damit der durch den Antragsteller ausgeführten Arbeiten durch den Sachverständigen kann in besonderen Fällen ein geeignetes Mittel sein, die Befähigung des Antragstellers festzustellen.¹²⁵³ Allerdings setzt dies voraus, dass der Antragsteller die Arbeiten auch selbst ausgeführt hat, was in jedem Fall genauestens und kritisch zu überprüfen ist.¹²⁵⁴

4.2.8.7.4. Die Überprüfung der fachtheoretischen Kenntnisse

Die in der Fachtheorie des einzelnen Handwerkszweiges notwendigen Kenntnisse sind, wie bei der Meisterprüfung, durch den Berufsbewerber gegenüber den Sachverständigen nachzuweisen. Da bei der Überprüfung mehr auf die praktischen Bedürfnisse abgestellt werden

¹²⁴⁸ Bay. VGH, Urteil v. 28.10. 1965, GewArch 1965, 170, 171; Hess. VGH, Urteil v. 03.12. 1969, GewArch 1970, 108, 109; VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 09.03. 1967, GewArch 1967, 170.

¹²⁴⁹ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386; ZDH, Richtlinien 2; HwK Braunschweig, Merkblatt, 1.

¹²⁵⁰ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 26; zu den Unterschieden zwischen Arbeitsprobe und Meisterstück VG Ansbach, Urteil v. 11.11. 1965, GewArch 1966, 169; VG Ansbach, Urteil v. 19.12. 1966, GewArch 1967, 112; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 50 Rn 6.

¹²⁵¹ Heck, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 35.

¹²⁵² VGH Bad.-Württ., Urteil v. 05.10. 1977, THWE, 304.

¹²⁵³ OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1968, 164, 165.

¹²⁵⁴ So auch VG Lüneburg, Urteil v. 17.06. 2003, Juris-Dokument Nr. MWRE010030300, 3.

soll, ist durch die sachverständigen Prüfer insbesondere auch festzustellen, ob der Bewerber die einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften, Sicherheitsvorschriften und die sonstigen, für das einzelne Handwerk fachlich notwendigen Bestimmungen kennt.

Zum Nachweis dieser Kenntnisse und Fertigkeiten wird für den Bereich und wegen der besonderen Situation in den neuen Bundesländern die Ansicht vertreten, dass deren Nachweis nicht als Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung einzustufen ist.¹²⁵⁵ Vielmehr sollten nach dieser Meinung die Handwerkskammern an die Verwaltungsbehörde die Empfehlung aussprechen, die Ausnahmegewilligung mit entsprechenden Auflagen zu versehen. Diese Meinung, die im Ergebnis einen erleichterten Zugang zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks in den neuen Bundesländern im Vergleich zu den alten Bundesländern ermöglicht, wird ebenfalls von Geisendörfer vertreten. Geisendörfer empfiehlt für die Aneignung der erforderlichen Kenntnisse entsprechende Anpassungslehrgänge.¹²⁵⁶ Diese Meinung ist allerdings, nachdem die Handwerksordnung der Bundesrepublik Deutschland aufgrund des Einigungsvertrages seit 1990 in den neuen Bundesländern Anwendung findet, als überholt anzusehen. Denn bei der Forderung nach den notwendigen Kenntnissen und Fertigkeiten handelt es sich ja nicht um einen reinen Formalismus, sondern um eine Anspruchsvoraussetzung für die Erteilung der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO, die auch in den neuen Bundesländern erfüllt sein muss.¹²⁵⁷

4.2.8.7.5. Die Überprüfung der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse

Die Anforderungen an den Nachweis der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse richten sich, wie in der Meisterprüfung, nach der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk.¹²⁵⁸ Es kann hier nicht darauf ankommen, jeden einzelnen Bereich der in der genannten Verordnung aufgeführten Sachgebiete abzufragen. Vielmehr ist, im Einklang mit der Rechtsprechung und der Literatur, praxisorientiert zu prüfen. Allerdings bedeutet die Anlegung eines praxisorientierten Maßstabes in diesem Bereich nicht, auf den Nachweis der für die betriebliche Praxis erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten zu verzichten. Wenn der Antragsteller gegenüber dem Sachverständigen die angeführten Kenntnisse dokumentieren muss, sind, wie in der Meisterprüfung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 3 HwO, die wesentlichen Grundkenntnisse ausreichend; es sind diesbezüglich keine allzu strengen Anforderungen zu stellen.¹²⁵⁹

¹²⁵⁵ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 2, 53.

¹²⁵⁶ Geisendörfer, Die Ausnahmegewilligung, handwerksrechtliches Gründungsinstrument in den neuen Bundesländern, GewArch 1991, 121, 122.

¹²⁵⁷ Ebenso Dürr, Anmerkung zu OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 166.

¹²⁵⁸ Ausführlich dazu Anhang A 1. Abschnitt II. 3.

¹²⁵⁹ Vgl. Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 47.

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks empfiehlt in seinen Richtlinien für die Überprüfung im betriebswirtschaftlichen und kaufmännischen Teil Aufgaben aus der Buchführungspraxis, möglichst mit konkreten Beispielen. Die Bewerber sollen Kosten- und Preisermittlungen durchführen und ergänzend Fragen aus dem Wechsel- und Scheckrecht, Fragen der Kreditbeschaffung und der Investition ergänzend beantworten. Die Kenntnisse in der Rechtskunde und in der Allgemeinheit sollen, so die Empfehlung, nicht übermäßig streng bewertet werden. Allerdings müssten mindestens Grundkenntnisse aus folgenden Bereichen vorhanden sein: Handwerks- und Gewerberecht, Ordnungswidrigkeiten gemäß §§ 117, 118 HwO und Schwarzarbeit, Arbeitsrecht, betriebliches Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht, Jugendschutz und Fragen der Betriebs- und Menschenführung.¹²⁶⁰

Ob und in welchem Umfang diese Kenntnisse durch den Berufsbewerber im Wege der Eignungsfeststellung nachzuweisen sind, hängt allerdings vom jeweiligen Einzelfall ab.

4.2.8.7.6. Die Anwesenheit Dritter bei der Eignungsfeststellung

In der Literatur wird vereinzelt gefordert, dass Angehörige der höheren Verwaltungsbehörde oder der Handwerkskammer an der Eignungsfeststellung teilnehmen sollten. Die bloße Anwesenheit einer solchen neutralen Person soll danach in vielen Fällen erreichen, dass es auch unerschwerlich zu keinen Unregelmäßigkeiten kommt.¹²⁶¹ Diese Meinung muss in ihrer Allgemeinheit abgelehnt werden. Denn es ist davon auszugehen, dass die Sachverständigen ihre Pflicht zur Objektivität kennen und auch dementsprechend die Überprüfung vornehmen.

4.2.8.7.7. Das Gutachten als Ergebnis der Eignungsfeststellung

Im Anschluss an die Eignungsfeststellung haben der oder die Sachverständigen das Ergebnis ihrer Überprüfung zu dokumentieren. Das von Sachverständigen zu erstellende Gutachten dient der zuständigen Verwaltungsbehörde als wesentliche Grundlage für ihre Entscheidung, ob der Berufsbewerber über die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten als Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung verfügt.

Das durch die Sachverständigen zu erstellende schriftliche Gutachten soll die aus der Eignungsfeststellung gewonnenen Beobachtungen und Erkenntnisse aus allen Teilen der Überprüfung möglichst detailliert darstellen. Dieses muss insbesondere dann gelten, wenn die Sach-

¹²⁶⁰ ZDH, Richtlinien, 3.

¹²⁶¹ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 151; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370.

verständigen in ihrer Überprüfung zu dem Urteil gekommen sind, dass der Antragsteller nicht über die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt.

In dem Gutachten hat der Sachverständige nicht nur das Ergebnis der Überprüfung festzustellen, sondern auch, wie er zu diesem Ergebnis gekommen ist. Im Gutachten ist daher festzuhalten, welche Fragen dem Berufsbewerber zur Beantwortung vorgelegt wurden und welche er nicht beantworten konnte. Weiter sind die fachlichen Anforderungen bezüglich der Arbeitsprobe an den Berufsbewerber darzustellen; die Mängel, die die praktische Arbeit aufweist, sind zu bezeichnen. Im Ergebnis ist daher das Vorliegen beziehungsweise Nichtvorliegen der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten eingehend zu begründen. Am Schluss des Gutachtens soll der Sachverständige in einer Zusammenfassung zum Ausdruck bringen, ob der Berufsbewerber in etwa meisterliches Können und Wissen besitzt und in der Lage ist, einen Handwerksbetrieb zu führen. Eine Benotung der einzelnen Prüfungsleistungen soll allerdings nicht erfolgen. Damit soll der Unterschied zur schulmäßigen Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten in der Meisterprüfung dokumentiert werden.

Der Sachverständige überreicht sein Gutachten alsbald nach Abschluss der Prüfung an die Handwerkskammer; schriftliche Unterlagen, zum Beispiel Zeichnungen, Kalkulationen oder eine Fragebogenklausur, sind dem Gutachten beizufügen.¹²⁶² Die Handwerkskammer leitet das Gutachten mit ihrer Stellungnahme an die höhere Verwaltungsbehörde weiter.

4.2.8.7.8. Das Versagen in der Eignungsfeststellung

Das Ergebnis einer Eignungsfeststellung ist in der Regel beweiskräftiger als andere Beweismittel wie vorgelegte Bestätigungen von Dritten, etwa von Kunden, oder die Vorlage von Zeugnissen.¹²⁶³ Dieser Grundsatz kann, auch nach der HwO-Novelle 1994, mit Recht weiterhin Geltung beanspruchen. Denn der Befähigungsnachweis durch eine Eignungsfeststellung kommt ja erst dann in Betracht, wenn die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht auf einfachere Weise, etwa durch berufliche Erfahrungen und Tätigkeiten, nachgewiesen sind,¹²⁶⁴ wenn also noch Zweifel an der Befähigung des Antragstellers bestehen¹²⁶⁵. Versagt dieser in der Eignungsfeststellung, ist nachgewiesen, dass der Berufsbewerber die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht besitzt.¹²⁶⁶ Andere Beweismittel sind in diesem

¹²⁶² Vgl. Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 48.

¹²⁶³ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 17.

¹²⁶⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

¹²⁶⁵ VG Ansbach, Urteil vom 30.04. 1965, GewArch 1966, 17, 18.

¹²⁶⁶ Bay. VGH, Urteil v. 28.03. 1963, GewArch 1963, 275, 276.

Fall nicht ausreichend, da ein eindeutiger Beweis über den Stand der Befähigung des Bewerbers erbracht ist.¹²⁶⁷

Etwas anderes kann nur unter ganz bestimmten Umständen gelten. Kann der Antragsteller infolge einer nervösen Übererregbarkeit bei der Prüfung seine wirklichen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht zeigen und misslingt ihm die Arbeitsprobe, ist dieses Versagen nicht als Nachweis für das Nichtvorliegen der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten zu bewerten.¹²⁶⁸

Die durch die nicht bestandene Eignungsfeststellung begründeten Zweifel an der Befähigung des Berufsbewerbers lassen sich nur durch einen entsprechenden Gegenbeweis ausräumen, der hier allein durch die erneute Ablegung einer ähnlichen Eignungsfeststellung erfolgen kann,¹²⁶⁹ soweit deren Wiederholung überhaupt zulässig ist.

Nimmt ein Bewerber in Kenntnis eines als Mangel empfundenen Umstandes aus freiem Entschluss an der Prüfung teil, ist es ihm verwehrt, sich im Nachhinein hierauf zu berufen. Der Berufsbewerber kann daher nicht einwenden, er sei zum Zeitpunkt der Eignungsfeststellung trotz seiner Teilnahme dazu gesundheitlich nicht in der Lage gewesen.¹²⁷⁰ Das Verwaltungsgericht Koblenz führt dementsprechend aus, dass ein Berufsbewerber den Umstand, dass er bei einer der vorgenommenen Fertigkeitprüfungen etwa drei Stunden auf den Beginn der Prüfung warten musste, sofort hätte rügen müssen. Da der Berufsbewerber an der Prüfung teilgenommen hat, müsse er sich daran festhalten lassen, dass er in Kenntnis dieses Umstandes seine Leistung zur Prüfungsgrundlage machen wollte.¹²⁷¹

Bricht der Prüfling ohne triftigen Grund von sich aus die Prüfung ab, etwa weil ihm die Anforderungen zu hoch sind, muss die Prüfung als nicht bestanden gewertet werden.¹²⁷²

4.2.8.7.9. Die Wiederholung der Eignungsfeststellung

Hat der Berufsbewerber in der Eignungsfeststellung versagt, wird nicht selten deren Wiederholung verlangt. Strittig ist allerdings, ob eine Wiederholung der Eignungsfeststellung über-

¹²⁶⁷ OVG Koblenz, Urteil v. 24.03. 1965, GewArch 1966, 65, 66; OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309; VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 09.03. 1967, GewArch 1967, 170; VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 274.

¹²⁶⁸ Bay. VGH, Urteil v. 28.10. 1965, GewArch 1966, 170, 171; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 371; Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 151.

¹²⁶⁹ OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 27.09. 1976, GewArch 1977, 122, 124.

¹²⁷⁰ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 30.07. 1969, GewArch 1970, 37, 38.

¹²⁷¹ VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 274.

¹²⁷² Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 371.

haupt möglich ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Meisterprüfungsverfahren die Wiederholung der Prüfung gemäß § 3 Abs. 1 AMVO dreimal möglich ist.

Dazu vertritt Honig den Standpunkt, dass eine oder mehrere Wiederholungen der Eignungsfeststellung nicht möglich sind. Durch die Überlegung, dass diese nur ein formloser Bestandteil der im Rahmen des Ausnahmbewilligungsverfahrens durchzuführenden Gesamtüberprüfung ist, scheidet auch grundsätzlich die Möglichkeit einer Wiederholung aus. Ist eine Prüfung ordnungsgemäß, aber mit negativem Erfolg durchgeführt worden, stelle es den Befähigungsgrundsatz auf den Kopf, wenn ein Prüfling - unter Umständen sogar mehrmals - die Eignungsfeststellung so lange wiederholen könnte, bis er sie, vielleicht zufällig, endlich besteht. Dieser Grundsatz soll, so Honig, zum einen nur dann gelten, wenn die Eignungsfeststellung korrekt durchgeführt wurde. Zum anderen müssten Ausnahmen von vorstehendem Grundsatz aus rechtsstaatlichen Gründen dort gelten, wo die Eignungsfeststellung nicht wie im Normalfall individuell durchgeführt wurde, sondern wegen besonderer Umstände ausnahmsweise für eine größere Zahl von Teilnehmern gleichzeitig und schematisch. In diesen Fällen, bei denen die Prüfer nicht auf die individuellen Besonderheiten des einzelnen Bewerbers eingehen könnten, dürfe diesem nicht jede weitere Chance verbaut werden, weil er bei der Prüfung vielleicht zufällig gerade eine schwache Stunde hatte. In diesen Fällen sei vielmehr die Möglichkeit einer einmaligen Wiederholung der Eignungsfeststellung vorzusehen, zweckmäßigerweise nach nochmaliger ergänzender Vorbereitung.¹²⁷³ Fröhler/Stolz halten die Wiederholung einer abgelegten und nicht bestandenen Eignungsfeststellung innerhalb eines Ausnahmbewilligungsverfahrens dann für zulässig, wenn entweder die erste Eignungsfeststellung mit Fehlern behaftet war, die ein unrichtiges Prüfungsergebnis zur Folge gehabt oder das die Prüfung aus sonstigen Gründen zu einem unrichtigen Prüfungsergebnis geführt hat.¹²⁷⁴ Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zieht dagegen eine Wiederholung der Eignungsfeststellung dann in Erwägung, wenn der Antragsteller aufgrund gesundheitlicher Probleme in der ersten Eignungsfeststellung versagt hat.¹²⁷⁵ Eine Wiederholung der Eignungsfeststellung kann, so das Verwaltungsgericht Saarland, auch dann geboten sein, wenn aufgrund von Sprachschwierigkeiten des Antragstellers die Einschaltung eines Dolmetschers erforderlich ist.¹²⁷⁶

Das Oberverwaltungsgericht Münster und das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz halten auch in den Fällen eine Wiederholung für zulässig, in denen der Berufsbewerber nicht nur die reine Wiederholung beantragt, sondern den zwischenzeitlichen Erwerb zusätzlicher

¹²⁷³ Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 371.

¹²⁷⁴ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 61, 62; ebenso OVG Münster, Urteil v. 04.10. 1967, GewArch 1968, 84.

¹²⁷⁵ Bay. VGH, Urteil v. 28.10. 1965, GewArch 1966, 170, 171.

¹²⁷⁶ VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 157, 160.

Kenntnisse vorträgt. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, die Anwärter auf eine Ausnahmegewilligung hinsichtlich der Möglichkeiten zum Nachweis ihrer Kenntnisse und Fertigkeiten schlechter zu stellen als die Absolventen der Meisterprüfung. Auch diese könnten die Prüfung wiederholen¹²⁷⁷. Zwar beständen für die Ablegung der Vergleichsprüfung keinerlei Verfahrensvorschriften. Es widerspreche aber nicht höherrangigem Recht, den in der Vergleichsprüfung gescheiterten Berufsbewerbern eine gleichwertige Möglichkeit zu bieten, wenn diese darlegen, sich die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten inzwischen angeeignet zu haben. Das Recht auf zumindest eine Wiederholungsprüfung habe nicht nur verfahrensmäßige Bedeutung, sondern räume dem Prüfungskandidaten auch eine subjektive Rechtsstellung ein. Diese subjektive Rechtsstellung könne den Bewerbern um eine Ausnahmegewilligung wegen der Identität des mit der Meisterprüfung wie auch der Vergleichsprüfung angestrebten Zieles - Nachweis des erforderlichen Wissenstandes - und der Gleichwertigkeit der jeweils vorzunehmenden Handwerksrolleneintragung nicht versagt werden. Letztendlich verweist das Gericht auf für verschiedene Berufszweige vorgesehene Sachkundeprüfungen, die gleichfalls wiederholt werden können.¹²⁷⁸

Im Ergebnis wird die Wiederholung einer Eignungsfeststellung zum einen dann rechtlich zulässig sein, wenn diese mit Fehlern behaftet war. Eine Wiederholung kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn bei der Überprüfung der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten das Übermaßverbot durch den Sachverständigen verletzt wurde, die Überprüfung also nicht in einer dem jeweiligen Einzelfall angepassten Art und Weise durchgeführt wurde. Gleiches gilt, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die besondere Gestaltung des Eignungsfeststellungsverfahrens aus gesundheitlichen Gründen dem Einzelfall nicht gerecht geworden ist oder der Antragsteller Ausländer ist und Sprachschwierigkeiten zum Versagen in der Eignungsfeststellung geführt haben.

Zum anderen wird man dem Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung auch dann eine Wiederholungsmöglichkeit der Eignungsfeststellung zubilligen müssen, wenn er mangels der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten in dieser versagt hat. Dieses gebietet nicht zuletzt der Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikels 3 GG, der eine Schlechterstellung des Berufsbewerbers um eine Ausnahmegewilligung gegenüber dem Meisterprüfling verbietet. Allerdings ist der erstgenannte Berufsbewerber bezüglich der Wiederholungsmöglichkeiten auch nicht besser zu stellen. Das bedeutet, dass die Eignungsfeststellung wie die Meisterprüfung für das betreffende Handwerk im Höchstfall dreimal wiederholt werden darf. Aufgrund des besonderen Charakters der Eignungsfeststellung muss der Antragsteller zudem schlüssig

¹²⁷⁷ Nach damaligen Recht zweimal gemäß § 3 Satz 1 AMVO 1972.

¹²⁷⁸ OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309, 310; OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 27.09. 1976, GewArch 1977, 122, 124; ebenso Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 149.

darlegen, dass er sich zwischenzeitlich die fehlenden Kenntnisse und Fertigkeiten angeeignet hat. Anderenfalls ist eine Wiederholung nicht zulässig.

4.2.8.7.10. Die Verweigerung der Eignungsfeststellung durch den Berufsbewerber

Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren sollen gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 VwVfG bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Weigert sich ein Beteiligter, an der Aufklärung bestimmter Fragen, zu denen ihn die Behörde etwa um Stellungnahme oder Beweisangebote gebeten hatte, mitzuwirken, sind je nach den näheren Umständen der Weigerung gegebenenfalls für den Beteiligten ungünstige Schlüsse hinsichtlich der in Frage stehenden Tatsachen zu ziehen, wenn nähere Anhaltspunkte fehlen, die für das Gegenteil sprechen können.¹²⁷⁹ Diese Mitwirkungspflicht obliegt auch dem Antragsteller im Verfahren nach § 8 HwO.¹²⁸⁰

Kommt die Verwaltungsbehörde zu dem Ergebnis, dass der Berufsbewerber, der eine Ausnahmebewilligung nach 8 HwO erstrebt, sich der Überprüfung seiner fachlichen Befähigung zu unterziehen hat und er sich dieser verweigert, hat der Antragsteller seine Mitwirkungspflicht am Prüfungsverfahren verletzt und den erforderlichen Befähigungsnachweis nicht erbracht.¹²⁸¹

Allerdings kann dies nur dann gelten, wenn die dem Berufsbewerber angebotene Eignungsfeststellung zumutbar ist, also in einem verhältnismäßigen Rahmen stattfindet.¹²⁸² Soll hingegen der Berufsbewerber einer schulmäßigen Überprüfung nach Art einer Meisterprüfung unterzogen werden, kann aus seiner Weigerung, dieser Aufforderung nachzukommen, nicht der Schluss gezogen werden, er besitze nicht die erforderlichen Kenntnisse. In diesem Fall ist, da die dem Berufsbewerber angebotene Eignungsfeststellung nach den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts nicht zumutbar ist, eine erneute Überprüfung erforderlich.¹²⁸³ Überschreitet die angebotene Sachkundeprüfung ohne einleuchtenden Grund das Regellaß der Richtlinien des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks zur Durchführung der Eignungsfeststellung und das Übermaßverbot, braucht sich der Berufsbewerber der angebotenen, ihm unzumutbaren Fachkundeprüfung nicht zu stellen.¹²⁸⁴

¹²⁷⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 26 Rn 44.

¹²⁸⁰ Vgl. BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 470, 481; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

¹²⁸¹ BVerwG, Urteil v. 27.11. 1964, GewArch 1965, 119; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25; OVG Münster, Urteil v. 14.03. 1975, GewArch 1976, 268; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386, 387; im Ergebnis auch Bay. VGH, Beschluss v. 31.03. 2004, GewArch 2004, 259; VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 2005, 157, 160; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 212; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 18; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 42.

¹²⁸² VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 386.

¹²⁸³ OVG Münster, Urteil v. 04.10. 1967, GewArch 1968, 84.

¹²⁸⁴ OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 9, 10 des Urteilsabdrucks.

4.2.9. Das vorherige Versagen des Antragstellers in der Meisterprüfung

Gerade diejenigen Berufsbewerber, die vor Antragstellung in der Meisterprüfung versagt haben, müssen bei Vorliegen eines Ausnahmegrundes den Befähigungsnachweis im Ausnahmewilligungsverfahren führen. Hier stellt sich allerdings die Frage, ob und inwieweit das Prüfungsversagen in der Meisterprüfung zu berücksichtigen ist.

Bei der Frage, ob das Prüfungsversagen überhaupt zu berücksichtigen ist, könnte man daran denken, dass nach der Änderung des § 8 Abs. 1 HwO im Rahmen der HwO-Novelle 1994, wonach bezüglich des Ausnahmegrundes eine Vergangenheitsforschung ausgeschlossen ist, dieser Grundsatz auch beim Befähigungsnachweis analog anzuwenden ist. Hätte der Gesetzgeber dies aber gewollt, wäre eine entsprechende Regelung in das Gesetz aufgenommen worden. An einer solchen Regelung fehlt es jedoch. Das Versagen des Berufsbewerbers in der Meisterprüfung vor Antragstellung auf Erteilung einer Ausnahmewilligung ist daher bei dem Nachweis der Befähigung im Verfahren nach § 8 HwO zu berücksichtigen.

Aus dem Prüfungsversagen in der Meisterprüfung darf aber nicht generell gefolgert werden, dass allein aus diesem Grund der Antragsteller nicht über die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt. Zwar spricht das unmittelbar vorhergegangene Prüfungsversagen zunächst gegen eine meistergleiche Befähigung.¹²⁸⁵ Wird nach dem Versagen in der Meisterprüfung eine Ausnahmewilligung beantragt, kann der Berufsbewerber den Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 8 HwO nicht durch langjährige erfolgreiche Berufsausübung¹²⁸⁶ oder günstige Kundenauskünfte¹²⁸⁷ führen. Vielmehr ist in diesen Fällen durch eine Eignungsfeststellung der Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zu erbringen, um Zweifel an der Befähigung des Antragstellers auszuräumen.

II. Die Voraussetzungen des § 8 HwO für die Erteilung einer beschränkten Ausnahmewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO

Eine Ausnahmewilligung kann gemäß § 8 Abs. 2 1. Halbsatz HwO auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkt werden, die zu einem in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten Gewerbe gehören. Die Möglichkeit der Erteilung einer sogenannten „Teilausnahmewilligung“ wurde im Wege der HwO-Novelle 1965 in die Handwerksordnung eingefügt.¹²⁸⁸ Der Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur, der bis zu diesem Zeitpunkt bezüglich der Zulässigkeit von Teilausnahmewilligungen bestand, wurde mit

¹²⁸⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 25.

¹²⁸⁶ OVG Münster, Urteil v. 13.04. 1966, GewArch 1968, 164, 165.

¹²⁸⁷ Bay. VGH, Urteil v. 10.05. 1962, GewArch 1962, 176; Bay. VGH, Urteil v. 23.11. 1972, GewArch 1974, 95, 96.

¹²⁸⁸ Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/2335, 4, 5, 10; Honig, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1966, 25–30, 27, 28; Siegert, Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, BB 1965, 1090–1993, 1092; Nauermann, Übersicht über die wesentlichen Änderungen der Handwerksordnung, DB 1965, 1084–1086, 1085.

der positivrechtlichen Vorschrift des § 8 Abs. 2 HwO entschieden.¹²⁸⁹

Allerdings stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen für die Erteilung einer Teilausnahmegenehmigung vorliegen müssen. Denkbar ist, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmegenehmigung nach § 8 Abs. 1 HwO auch für die Erteilung einer beschränkten Ausnahmegenehmigung nach § 8 Abs. 2 HwO gelten. Diesbezüglich bestehen in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Auffassungen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Antragsteller die Ausübung einer sogenannten „Spezialtätigkeit“ anstrebt. Zudem ist denkbar, dass die Besonderheit der Beschränkung der Ausnahmegenehmigung weitere Voraussetzungen erfordert. Die diesbezügliche Entscheidung hängt nicht zuletzt davon ab, was man unter dem Begriff „wesentlicher Teil der Tätigkeiten“ in § 8 Abs. 2 1. Halbsatz HwO versteht.

1. Der Begriff der „wesentlichen Tätigkeiten“

Bezüglich der Frage, wie der Gegenstand der Teilausnahmegenehmigung gemäß § 8 Abs. 2 HwO von dem der Ausnahmegenehmigung gemäß § 8 Abs. 1 HwO abzugrenzen ist, besteht zwar Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur. Allerdings besteht Streit darüber, ob der Begriff „wesentlicher Teil der Tätigkeiten“ gemäß § 8 Abs. 2 1. Halbsatz HwO deckungsgleich ist mit dem Begriff „wesentliche Tätigkeiten“ des § 1 Abs. 2 HwO.

1.1. Der klar abgrenzbare Teil der Tätigkeiten eines Handwerks

Der Gegenstand einer Teilausnahmegenehmigung muss stets ohne Schwierigkeiten erkennen lassen, welche handwerklichen Tätigkeiten ihr Inhaber selbstständig ausüben darf. Anderenfalls wäre nicht zu kontrollieren, dass der Berufsbewerber nach Erteilung der Teilausnahmegenehmigung nur Tätigkeiten ausübt, zu deren Ausführung er berechtigt ist. Zweifel am Umfang der Berechtigung müssen dadurch vermieden werden, dass der angestrebte Teilbereich eines Handwerks von anderen Tätigkeiten des betreffenden Handwerks klar abgrenzbar ist.¹²⁹⁰

¹²⁸⁹ Ausführlich dazu Fröhler, Ludwig: Rechtsprobleme des Teilhandwerks. München 1968. 39, 40, 41; Kröger, Günter: Ist es zulässig, eine Ausnahmegenehmigung auf ein Teilhandwerk zu beschränken? GewArch 1963, 193–194; Musielak, Hans-Joachim: Teilhandwerk und Ausnahmegenehmigung nach der Handwerksordnung. GewArch 1963, 265–267; Liesegang, Georg: Die handwerksrechtliche Bedeutung des Teilhandwerks. DVBl. 1961, 198–202; OVG Münster, Urteil v. 19.12. 1962, GewArch 1963, 159.

¹²⁹⁰ Bay. VGH, Urteil v. 19.10. 1987, THwE, 291, 292; VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 274; Honig/Knörr, HwO, 4. A. § 8 Rn 38; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 105; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 65; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegenehmigung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 75; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 230, 231.

1.2. Die Frage der Deckungsgleichheit des „wesentlichen Teils“ der Tätigkeiten in § 8 Abs. 2 HwO mit den „wesentlichen Tätigkeiten“ des § 1 Abs. 2 HwO

Umstritten ist, welche Aussage der Gesetzgeber mit der Regelung in § 8 Abs. 2 HwO, dass die Ausnahmegewilligung „auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten ..., die zu einem in der Anlage A ... aufgeführten Gewerbe gehören“, beschränkt werden kann, treffen wollte.

Nach der Auffassung der herrschenden Meinung in der Literatur deckt sich die Begrenzung des § 8 Abs. 2 HwO nicht mit der des § 1 Abs. 2 HwO. Während in § 1 Abs. 2 HwO auf den Charakter der Tätigkeit, also auf einen mehr qualitativen Begriff abgestellt werde, enthalte die Wendung „wesentlicher Teil der Tätigkeiten“ in § 8 Abs. 2 1. Halbsatz HwO mehr ein quantitatives Element. Es werde also nicht auf die in den einzelnen Berufsbildern aufgeführten Grundkenntnisse und -fertigkeiten abgestellt; es gehe in § 8 Abs. 2 1. Halbsatz HwO um einen „wesentlichen Teil der Tätigkeiten“, also um den ersten Teil des Berufsbildes, das Arbeitsgebiet.¹²⁹¹

Dagegen wird von Fröhler und Küffner die Meinung vertreten, dass hinsichtlich des Gegenstandes der Teilausnahmegewilligung sehr wohl eine Deckungsgleichheit zwischen § 8 Abs. 2 HwO und § 1 Abs. 2 HwO besteht. Diese ergebe sich bereits aus der vom Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 HwO gewählten Formulierung „vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten“. Dem Wort „vollständig“ könne rein sprachlich wohl nur eine quantitative Bedeutung beigelegt werden. Die hierauf folgenden Worte „wesentliche Tätigkeiten“ müssten - auch - in einem quantitativen Sinne, das heißt im Sinne von wesentlichen Teiltätigkeiten, verstanden werden. Daher treffe es nicht zu, dass der Begriff der wesentlichen Tätigkeiten im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO - nur - qualitativ zu interpretieren ist. Folglich lasse sich kein Grund dafür angeben, warum der Begriff in § 8 Abs. 2 HwO eine andere Interpretation finden sollte.¹²⁹²

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der HwO-Novelle 2004 durch den neuen § 1 Abs. 2 Satz 2 HwO „die nicht wesentlichen Tätigkeiten“ umschrieben und damit eine beispielhafte Negativabgrenzung vorgenommen. Dabei stellt der Gesetzgeber nicht auf ein quantitatives, sondern auf ein qualitatives Element ab, um der „Kernbereichsrechtsprechung“ des Bundesverwaltungsgerichts Rechnung zu tragen, die auf ein essentielles Gepräge der wesentlichen Tä-

¹²⁹¹ Honig, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1966, 25–30, 27; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 39; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 28; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 66; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 150; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 104.

¹²⁹² Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 43 ff.; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 226 ff.

tigkeiten eines Handwerksberufes abstellt.¹²⁹³ Damit kann der Begriff der „wesentliche Tätigkeiten“ in § 1 Abs. 2 HwO nicht mit dem Begriff des „wesentlichen Teils der Tätigkeiten“ in § 8 Abs. 2 HwO deckungsgleich sein, weil dieser auf ein quantitatives Element abstellt, nämlich auf das Arbeitsgebiet. Der Meinungsstreit ist damit durch die HwO-Novelle 2004 entschieden.

2. Die Voraussetzung des „fachlich und wirtschaftlich sinnvollen Teils“ eines Handwerks für die Erteilung der Ausnahmegewilligung

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die Meinung, dass die Ausnahmegewilligung nur für solche Teilbereiche eines Handwerks gemäß § 8 Abs. 2 HwO erteilt werden darf, die als besonderer Beruf ausgeübt werden können. Dieses folge aus der Vorschrift des § 8 Abs. 2 HwO, nach der eine eingeschränkte Ausnahmegewilligung nur für „einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten“ eines in der Anlage A zur HwO aufgeführten Gewerbes erteilt werden darf.¹²⁹⁴ Dieser Auffassung folgen das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht, der Bayerische Verwaltungsgerichtshof und das Verwaltungsgericht Koblenz. Eine inhaltlich beschränkte Ausnahmegewilligung müsse als solche wirtschaftlich und fachlich sinnvoll sein.¹²⁹⁵

Auch die herrschende Meinung in der Literatur verlangt als Voraussetzung für die Erteilung einer Teilausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO, dass die handwerkliche Betätigung fachlich und wirtschaftlich sinnvoll erfolgen kann.¹²⁹⁶ Die Ausnahmegewilligung habe gerade den Zweck vor Augen, die selbstständige Ausübung eines Gewerbes zu ermöglichen. Dieses könne nur dann erreicht werden, wenn eine handwerkliche Tätigkeit als Grundlage für eine selbstständige Existenz denkbar ist.¹²⁹⁷

Dagegen vertreten Fröhler und Küffner eine gegenteilige Meinung und lehnen die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur mit zwei Argumenten ab: Zum einen sei es nicht Angelegenheit der Verwaltungsbehörde, das Risiko finanzieller Rentabilität einer beabsichtigten gewerblichen Betätigung zu prüfen und gegebenenfalls mangels dieser die Teilausnahmegewilligung abzulehnen. Vielmehr müsse dieses Risiko immer beim Unter-

¹²⁹³ Ausdrücklich Begründung Regierungsfractionen Kleine HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1089, 8; ausführlich s. o. 2. Kapitel 1. Abschnitt I. 2.

¹²⁹⁴ BVerwG, Urteil v. 19.10. 1971, GewArch 1972, 72, 73; BVerwG, Beschluss v. 15.10. 1992, GewArch 1993, 121.

¹²⁹⁵ Nds. OVG, Beschluss v. 05.02. 2002, GewArch 2002, 203; Bay. VGH, Urteil v. 19.10. 1987, THwE, 291, 292; VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 272, 274.

¹²⁹⁶ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 150; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 75; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 38; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 28.

¹²⁹⁷ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 65; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 105.

nehmer liegen.¹²⁹⁸

Zudem sei die herrschende Meinung nur schwerlich mit der vom Bundesverfassungsgericht im sogenannten „Apothekenurteil“¹²⁹⁹ zum Ausdruck gebrachten Einstellung zum Grundrecht der Berufsfreiheit zu vereinbaren, nach dem Artikel 12 GG es gestattet, jede erlaubte Tätigkeit zu ergreifen, auch wenn sie nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten Berufsbild entspricht.¹³⁰⁰

Für diese Auffassung spreche auch der im Ausschussbericht von 1965¹³⁰¹ dargestellte Wille des Gesetzgebers, für Teilhandwerke nach § 1 Abs. 2 HwO in Ausnahmefällen einen erleichterten Zugang zum Gewerbe, eben über die Teilausnahmebewilligung, zu schaffen. Würde man der herrschenden Meinung folgen und bei der Ermittlung dessen, was möglicher Gegenstand einer Teilausnahmebewilligung sein kann, zusätzliche Erwägungen quantitativen Charakters hineinbringen, sei dies mit der Gesamtkonzeption der Handwerksordnung und im Besonderen mit dem gesetzgebungspolitischen Zweck der Teilausnahmebewilligung nicht zu vereinbaren.¹³⁰²

Das letztgenannte Argument vermag deshalb nicht zu überzeugen, weil der Gesetzgeber ein bestimmtes Ziel mit der Einführung der Teilausnahmebewilligung verfolgte: Durch sie sollte die Möglichkeit eröffnet werden, auch in besonderen Fällen Einzelfallgerechtigkeit walten zu lassen; insbesondere sollte künftig vermieden werden, dass mit dem unbeweglichen Instrument der Betriebsschließung wegen Nichterfüllung aller Voraussetzungen des § 8 HwO unnütze Härten wirtschaftlicher Art entstehen. Angesprochen sind damit die Fälle, in denen der Antragsteller nach früher geltenden Vorschriften eine handwerkliche Ausbildung nur für den betreffenden Teilbereich eines Handwerks durchlaufen hat, für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung aber den Nachweis der Befähigung für das betreffende Handwerk in seiner gesamten Breite erbringen müsste.¹³⁰³ Dabei stützt sich der Gesetzgeber ausdrücklich auch auf wirtschaftspolitische Gründe. Die Eröffnung der Möglichkeit der Ausübung wirtschaftlich sinnloser Betätigungen durch Berufsbewerber sollte aber durch die Einführung der Teilausnahmebewilligung nicht geschaffen werden. Zudem wollte der Gesetzgeber eine willkürliche Aufsplitterung der Berufe der Anlage A zur Handwerksordnung vermeiden. Um dem entgegenzuwirken, muss die vom Antragsteller angestrebte Tätigkeit wirtschaftlich und fachlich geeignet sein, eine selbstständige Existenz zu begründen.

Letztendlich würde das mit der Handwerksordnung seit der HwO-Novelle 2004 verfolgte

¹²⁹⁸ Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 46; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 229.

¹²⁹⁹ BVerfG, Urteil v. 11.06. 1958, BVerfGE 7, 378.

¹³⁰⁰ Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 46; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 229.

¹³⁰¹ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/2335, 5, 6, 10.

¹³⁰² Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 46; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 229.

¹³⁰³ Vgl. BVerwG, Urteil v. 08.06. 1962, GewArch 1962, 251.

Ziel, nämlich die Sicherstellung der hohen Ausbildungsbereitschaft im Handwerk, mit dem auch die Zugangsbeschränkung zur selbstständigen Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks gerechtfertigt wird, gefährdet, wenn man die Ausübung einer von vornherein wirtschaftlich und fachlich sinnlosen handwerklichen Tätigkeit gestatten würde.

Daher muss im Ergebnis eine Teilausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO auch einen wirtschaftlich und fachlich sinnvollen Teil eines Handwerks enthalten.

3. Der Ausnahmegrund bei Erteilung einer Teilausnahmebewilligung

Nicht einheitlich wird in Rechtsprechung und Literatur die Frage der Voraussetzung eines Ausnahmegrundes bei der Erteilung einer Teilausnahmebewilligung beurteilt. Es wird diskutiert, ob für die Teilausnahmebewilligung überhaupt ein Ausnahmegrund erforderlich ist und, wenn ja, ob das Anstreben einer Teilausnahmebewilligung selbst einen Ausnahmegrund darstellt.

3.1. Die Mindermeinung in Rechtsprechung und Literatur

Das Verwaltungsgericht Oldenburg geht davon aus, dass die Erfüllung eines Ausnahmetatbestandes im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO zwingende Voraussetzung für die Erteilung einer auf Teilhandwerke beschränkten Ausnahmebewilligung ist. Allerdings begründet das Gericht seine Auffassung zur Erfüllung eines Ausnahmetatbestandes durch den Antragsteller damit, dass es für diesen unzumutbar ist, die Meisterprüfung für das Vollhandwerk abzulegen, wenn er nur einen Teilbereich des Handwerks ausüben will. Nach dieser Meinung wäre also bei einer auf wesentliche Teilbereiche beschränkten Ausnahmebewilligung generell der Ausnahmefall zu unterstellen.¹³⁰⁴

Dagegen hält Ritgen den besonderen Nachweis des Ausnahmefalls bei einer Ausnahmebewilligung für ein Teilhandwerk für nicht erforderlich. Seine Auffassung begründet er mit der Feststellung, dass das Gesetz bei entsprechendem Befähigungsnachweis die Eintragung eines Teilhandwerks ausdrücklich für zulässig erklärt. Eine solche Eintragung könne schlechthin nicht auf dem Wege über die Meisterprüfung, sondern nur mit Hilfe einer Ausnahmebewilligung erreicht werden. Für diesen besonderen Fall habe das Gesetz den für die Erteilung einer erforderlichen Ausnahmebewilligung erforderlichen Ausnahmetatbestand selbst geschaffen. Damit brauche dieser nicht noch besonders nachgewiesen zu werden.¹³⁰⁵

¹³⁰⁴ VG Oldenburg, Beschluss v. 19.04. 1967, GewArch 1967, 250, 251.

¹³⁰⁵ Ritgen, Die Ausnahmebewilligung im Handwerksrecht, 8, 9.

3.2. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur

In dem schriftlichen Bericht des Bundestagsausschusses für Mittelstandsfragen, der für die HwO-Novelle 1965 federführend war, wird ausgeführt, dass die Möglichkeit der Eintragung in die Handwerksrolle mit einer Ausnahmegewilligung, die für einen wesentlichen Teilbereich eines Handwerks erteilt wird, nichts an dem Grundsatz ändert, dass im Normalfall die Zulassungsvoraussetzungen der Handwerksordnung nur durch Ablegung der Meisterprüfung in dem zu betreibenden Handwerk erfüllt werden können. Nur ausnahmsweise könne unter bestimmten Voraussetzungen der Nachweis der Befähigung für das gesamte Handwerk auf andere Weise erbracht werden. Wird lediglich für einen Teilbereich des Handwerks, mit dem der Antragsteller in die Handwerksrolle eingetragen werden will, eine Ausnahmegewilligung beantragt, habe der Antragsteller nur dafür den Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zu erbringen. Das ändere aber nichts daran, dass, wie in den Fällen der unbeschränkten Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO, Voraussetzung ist, dass die Ablegung der Meisterprüfung für den Bewerber eine unzumutbare Belastung bedeuten muss.¹³⁰⁶ An diesen Grundsätzen orientiert sich die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung.

3.2.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Bundesverwaltungsgericht ordnet die Erteilung einer eingeschränkten Bewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 8 Abs. 2 HwO als einen Unterfall der Ausnahmegewilligung des § 8 Abs. 1 HwO ein, der das Erfordernis eines Ausnahmefalles in der Person des Antragstellers nicht entfallen lässt.¹³⁰⁷ Dies ergebe sich aus dem systematischen Aufbau des § 8 HwO, der in seinem ersten Absatz lediglich in Ausnahmefällen ohne das Erfordernis einer bestandenen Meisterprüfung eine Bewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle vorsieht. Durch die HwO-Novelle 1965 sei dieses Erfordernis auch nicht durch den Gesetzgeber, insbesondere nicht durch die Einfügung des § 8 Abs. 2 HwO, aufgehoben worden. Lediglich der Nachweis der Kenntnisse für den Teilbereich sei durch die Vorschrift objektiv im Einklang mit der Möglichkeit einer Ausnahmegewilligung für Teilbereiche eines Handwerks beschränkt worden. Im Ergebnis könne daher ein Ausnahmefall nicht daraus hergeleitet werden, dass nur die Ausübung eines Teilbereichs des Handwerks beabsichtigt ist und allein deswegen der Nachweis der Befähigung für das gesamte Handwerk durch eine Meisterprüfung eine unzumutbare Forderung bedeutet.¹³⁰⁸

Die obergerichtliche Rechtsprechung ist sich ebenfalls einig, dass auch eine eingeschränkte

¹³⁰⁶ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/2335, 10.

¹³⁰⁷ BVerwG, Urteil v. 19.10. 1971, GewArch 1972, 72, 73.

Ausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO nur unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO erteilt werden kann, zu denen das Erfordernis des Vorliegens eines Ausnahmefalls zählt.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg verweist auf das Verhältnis von Absatz 1 zu Absatz 2 in § 8 HwO und die grammatikalische Interpretation des Absatzes 2, der die Beschränkung auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeit eines Handwerks im Anschluss an Auflagen, Bedingungen und Befristungen aufzählt. Danach würden bei der auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten eines Handwerks beschränkten Ausnahmebewilligung hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen - nämlich hinsichtlich des Nachweises der Kenntnisse und Fertigkeiten - geringere Anforderungen gestellt. Im Übrigen müsse, was den Ausnahmefall angeht, die übliche Ausnahmesituation im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO gegeben sein.¹³⁰⁹

Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg lehnt die Argumentation eines Antragstellers ab, dass ihm eine Teilausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO zu erteilen ist, weil es eine Teilmeisterprüfung für ein nicht in allen möglichen Teilbereichen ausgeübtes Handwerk nicht gibt. Jeder, der wie der Antragsteller wesentliche Teiltätigkeiten eines handwerklichen Gewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO ausüben will, habe grundsätzlich die Meisterprüfung für das Handwerk abzulegen. Allein damit, dass nicht das volle Handwerk, wohl aber wesentliche Teilbereiche davon ausgeübt werden sollen, könne ein Antragsteller für sich einen Ausnahmefall im Sinne des § 8 Abs. 2 HwO nicht begründen.¹³¹⁰

3.2.2. Die Meinung der Literatur

Auch die herrschende Meinung in der Literatur verlangt als Voraussetzung für die Erteilung einer beschränkten Ausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO das Vorliegen eines Ausnahmegrundes.

Für Honig und Mallmann ist es eine Selbstverständlichkeit, dass auch derjenige, der nur eine beschränkte Ausnahmebewilligung anstrebt, eines Ausnahmegrundes bedarf. Allein die Tatsache, dass er sich auf ein Teilgebiet beschränken will, könne danach nicht als Ausnahmegrund gewertet werden. § 8 Abs. 2 HwO erkläre zwar die Erteilung einer beschränkten Ausnahmebewilligung für zulässig, fordere aber auch hier ganz normal einen Ausnahmegrund

¹³⁰⁸ BVerwG, Beschluss v. 15.10. 1992, GewArch 1993, 121.

¹³⁰⁹ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 17.03. 1972, GewArch 1972, 241, 242; ebenso VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 18.12. 1978, GewArch 1979, 126; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.07. 1982, THwE, 274; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 24.03. 1982, GewArch 1982, 378; OVG NW, Urteil v. 10.05. 1977, THwE, 263; OVG NW, Urteil v. 19.05. 1994, AZ: 23 A 1180/92, S. 7 des Urteilsabdrucks; OVG Koblenz, Beschluss v. 18.10. 1985, THwE, 277; Hess. VGH, Urteil v. 17.09. 1984, GewArch 1985, 387, 389.

¹³¹⁰ OVG Lüneburg, Urteil v. 30.01. 1980, GewArch 1982, 133, 134; ebenso OVG Lüneburg, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384.

und unterstelle ihn nicht für einen solchen Fall.¹³¹¹

Kritisch setzt sich Musielak mit der Mindermeinung des Verwaltungsgerichts Oldenburg auseinander, welches grundsätzlich bei der Beschränkung auf eine Teiltätigkeit einen Ausnahmefall unterstellen will. Der Gesetzgeber habe durch das Verzeichnis der Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden können, die Berufswahl in verfassungsrechtlich zulässiger Weise beschränkt. Der Gesichtspunkt, nur einen Teilbereich eines Handwerks auszuüben, sei bei der inhaltlich beschränkten Ausnahmegewilligung ebenso wenig zu beachten wie bei der Meisterprüfung. Nur wenn festgestellt werden kann, dass dem Antragsteller, auch wenn er das Vollhandwerk insgesamt selbstständig betreiben will, die Ablegung der Meisterprüfung nicht zugemutet werden darf, wäre dem Verwaltungsgericht Oldenburg zuzustimmen. Musielak lehnt ebenfalls die Auffassung von Ritgen ab, der bei Ausnahmegewilligungen für Teilhandwerke auf den Nachweis eines Ausnahmefalls verzichten will. In der Handwerksordnung gebe es den Begriff „Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle“ nur in einem einheitlichen Sinne. Der Gesetzgeber habe lediglich die fachlichen Anforderungen deshalb reduziert, um zu vermeiden, dass der Antragsteller auch bei einer beschränkten Ausnahmegewilligung die gleichen Anforderungen wie im Rahmen des § 8 Abs. 1 HwO erfüllen muss. Eine Wiederholung der Bestimmung, dass ein Ausnahmegrund im Falle des § 8 Abs. 2 HwO ebenfalls Voraussetzung für eine Erteilung der Ausnahmegewilligung bleibt, sei jedoch überflüssig gewesen, da dieser Grundsatz bereits allgemein in § 8 Abs. 1 HwO verankert ist.¹³¹²

Küffner weist die Auffassung des Verwaltungsgerichts Oldenburg ebenfalls zurück. Anderenfalls würde, wenn man der dort vertretenen Meinung folge, dieses zu einer Privilegierung der Gruppe derer führen, die die Ausübung eines Teilgebiets eines Vollhandwerks anstreben. Das Prinzip der Meisterprüfung würde dadurch ausgehöhlt; Sinn und Zweck der Handwerksordnung würden ins Gegenteil verkehren.¹³¹³

Zur Auffassung von Ritgen stellt Küffner zunächst klar, dass sich dieser implizit darauf beruft, dass der Wille des Gesetzgebers, wonach in den Fällen des § 8 Abs. 2 HwO Voraussetzung ist, dass die Ablegung der Meisterprüfung für den Bewerber eine unzumutbare Belastung bedeuten muss, nicht im Wortlaut des Gesetzes selber zum Ausdruck kommt. Die Auffassung von Ritgen gehe allerdings deshalb fehl, weil sich in systematischer Auslegung die Teilbewilligung des § 8 Abs. 2 HwO begrifflich als Ausnahmegewilligung darstellt, wobei es sich nicht um einen Sondertatbestand, sondern um einen Unterfall des § 8 Abs. 1 HwO

¹³¹¹ Honig, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1966, 25–30, 27; Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1444; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 31; Mallmann, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht, GewArch 1996, 89–96, 93.

¹³¹² Musielak, ohne Vorname: Anmerkung zu VG Oldenburg, Beschluss v. 19.04. 1967. GewArch 1967, 251–252, 252.

handelt. Die Begünstigung in § 8 Abs. 2 2. Halbsatz HwO beziehe sich nur auf die Reduzierung des Befähigungsnachweises, also auf die umfänglich zu beschränkenden nachzuweisenden meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten. Küffner stellt insbesondere darauf ab, dass sich diese Annahme zwingend aus der Übertragung der Legaldefinition der Ausnahmebewilligung von § 8 Abs. 1 HwO auf § 8 Abs. 2 HwO ergibt. Denn § 8 Abs. 2 HwO sei folgendermaßen zu lesen: „Die Bewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle kann in Ausnahmefällen (gegenständlich) ... beschränkt werden“. Damit bleibe der Ausnahmefall Tatbestandsmerkmal des § 8 Abs. 2 HwO. Letztendlich diene die Aufrechterhaltung des zweiten Tatbestandsmerkmals, des Ausnahmefalls, bei der Erteilung der Teilausnahmebewilligung der Überlegung, dass nur in Ausnahmefällen von dem Grundsatz des Befähigungsnachweises in Form der Meisterprüfung abgewichen werden darf. Nur so könne eine mit den Gesamttendenzen der Handwerksordnung nicht vereinbare Zersplitterung und letztlich eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften verhindert werden.¹³¹⁴

Auch Kröger lehnt die Auffassung von Ritgen ab. Weder in den Motiven zur Neuordnung des Handwerksrechts noch im Gesetzeswortlaut finde dessen Ansicht eine Stütze. Zudem sei diese Auffassung nicht mit Sinn und Zweck der Handwerksordnung, den umfassenden Charakter des Handwerkers gegenüber dem des reinen Facharbeiters zu erhalten, vereinbar. Der Wille des Gesetzgebers, dass auch bei Erteilung einer beschränkten Ausnahmebewilligung die Ablegung der Meisterprüfung für den Bewerber eine unzumutbare Belastung bedeute, habe auch im Gesetzeswortlaut Ausdruck gefunden. Denn es sei in § 8 Abs. 2 HwO von der Ausnahmebewilligung die Rede, die nach § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO die in Ausnahmefällen zu erteilende Bewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle ist.¹³¹⁵

Zusammenfassend stellt Fröhler auf drei Argumente ab, die sowohl gegen die Meinung Ritgens als auch gegen die des Verwaltungsgerichts Oldenburg sprechen: Zum einen verweist Fröhler auf die Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 2 HwO, wonach der Gesetzgeber bei der positivrechtlichen Zulassung der Teilbewilligung von der Voraussetzung ausgegangen ist, dass auch in diesem Sonderfall die Ablegung der Meisterprüfung eine unzumutbare Belastung bedeuten muss. Zum anderen handle sich bei der Bestimmung des § 8 Abs. 2 HwO nicht um einen Sondertatbestand, der selbstständig neben den in § 8 Abs. 1 HwO behandelten Regelfall der Ausnahmebewilligung tritt, sondern aus Gründen der Gesetzessystematik vielmehr nur um einen Unterfall des in § 8 Abs. 1 HwO ausgesprochenen Grundsatzes. Hätte der Gesetzgeber für die Fälle der Teilbewilligung auf den Nachweis des Ausnahmefalls verzichtet wollen, so hätte er dies ausdrücklich sagen müssen, wie dies ja im Falle der Aus-

¹³¹³ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 235, 236.

¹³¹⁴ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 235, 236.

¹³¹⁵ Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 148; Kröger, Günter: Anmerkung zu BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970. GewArch 1971, 165–166. 166.

nahmebewilligung für Angehörige der EG- und EWG-Mitgliedstaaten gemäß § 9 HwO¹³¹⁶ durch die Formulierung „außer in den Fällen des § 8 Abs. 1 HwO“ in § 9 Satz 1 HwO 1965 denn auch geschehen sei. Letztendlich habe stets eine einzelfallbezogene Prüfung des Ausnahmefalls stattzufinden. Damit kommt Fröhler zu dem Ergebnis, dass bei einer nach § 8 Abs. 2 HwO beschränkten Ausnahmbewilligung weder eine gesetzliche Fiktion des Ausnahmefalls besteht noch dieser generell zu unterstellen ist.¹³¹⁷

Auch die übrige Literatur verlangt, wenn der Antragsteller lediglich die Ausübung eines Teilhandwerks begehrt, das Vorliegen eines Ausnahmegrundes.¹³¹⁸

3.3 Diskussion

Der Gesetzgeber wollte mit der im Wege der Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 1965 eingeführten Regelung, wonach gemäß § 8 Abs. 2 HwO die Ausnahmbewilligung auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten eines Handwerks beschränkt werden kann, unter Beibehaltung des einheitlichen Konzeptes der Vorschrift des § 8 HwO folgendem wirtschaftspolitischen Bedürfnis Rechnung tragen: In Einzelfällen sollten Tätigkeiten, die dem Geltungsbereich der Handwerksordnung unterliegen, unter erleichterten Bedingungen ausgeübt werden können und nicht mangels der Erfüllung der handwerksrechtlichen Voraussetzungen der Betriebsschließung anheim fallen. Nicht hingegen wollte der Gesetzgeber etwas an dem Grundsatz ändern, dass im Normalfall die Zulassungsvoraussetzungen der Handwerksordnung nur durch Ablegung der Meisterprüfung in dem zu betreibenden Handwerk erfüllt werden. Dies gilt sowohl für die Erteilung einer unbeschränkten als auch einer beschränkten Ausnahmbewilligung. Daher geht sowohl die Ansicht von Ritgen als auch die des Verwaltungsgerichts Oldenburg fehl. Denn der ausdrückliche Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen, dass entweder bei der Erteilung einer beschränkten Ausnahmbewilligung allein aufgrund der Beschränkung ein Ausnahmegrund vorliegt oder sogar ein Ausnahmegrund überhaupt nicht erforderlich ist. Gerade dies hat der Gesetzgeber nicht gewollt. Zudem ergibt sich auch aus der grammatikalischen Interpretation des § 8 Abs. 2 HwO, der die Beschränkung auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeit eines Handwerks im Anschluss an Auflagen, Bedingungen und Befristungen aufzählt, dass die Teilbewilligung begrifflich nur ein Unterfall der Ausnahmbewilligung ist. Darüber hinaus hat im Ausnahmbewilligungsverfahren nach § 8 HwO stets eine personenbezogene Betrachtung zu erfolgen, ob dem An-

¹³¹⁶ Zum heutigen Kreis der Antragsberechtigten im Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO s. u. 6. Kapitel 3. Abschnitt III.

¹³¹⁷ Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 49 ff.

¹³¹⁸ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 71, 102; Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmbewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 287; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 38; Dieckmann, Die

tragsteller die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar ist.

Daher muss auch der Antragsteller, der auf dem Wege über die Ausnahmegewilligung eine Eintragung in die Handwerksrolle, beschränkt auf ein Teilgebiet eines Handwerks, anstrebt, Gründe für das Vorliegen einer Ausnahmesituation haben, die ihm die Ablegung der Meisterprüfung, die nur eine solche für das ganze Handwerk sein kann, unzumutbar erscheinen lässt. Nicht hingegen liegt bereits deshalb ein Ausnahmegrund vor, weil lediglich die Teiltätigkeit eines Vollhandwerks angestrebt wird.

4. Das Anstreben einer Spezialtätigkeit als Ausnahmegrund

Unterschiedliche Meinungen bestehen darüber, ob sich der Antragsteller, der sich auf einzelne Tätigkeitsbereiche eines Handwerks spezialisieren will, deshalb auf einen Ausnahmegrund berufen kann, weil es ihm unzumutbar ist, die Meisterprüfung für ein Vollhandwerk abzulegen, da er meint, keine weiterreichenden Kenntnisse über die Spezialtätigkeit hinaus zu benötigen.

Bei der Untersuchung des Begriffs „Spezialtätigkeit“ ist zunächst zu differenzieren: Einerseits kann es sich um einen engen eingegrenzten Teilbereich eines Vollhandwerks handeln, also um einen Unterfall des Anstrebens einer Teiltätigkeit eines Vollhandwerks. Andererseits kann es bei „Spezialtätigkeiten“ sehr leicht vorkommen, dass jemand nach § 1 HwO handwerksrollenpflichtig ist, da er ein Handwerk in wesentlichen Tätigkeiten ausübt, diese Tätigkeiten aber keinen abgrenzbaren Teilbereich darstellt. Damit kommt auch keine auf dieses Gebiet beschränkte Ausnahmegewilligung in Frage. Bei einer im Sinne des § 8 HwO aner kennenswerten Spezialtätigkeit kann es sich überhaupt nur um eine von den erforderlichen Kenntnissen und Fertigkeiten her abgeschlossene Tätigkeit und damit begrenzte Tätigkeit handeln.¹³¹⁹ Wenn sie aber - wie etwa der Treppenbau beim Tischlerhandwerk - die gesamte Palette aller Kenntnisse und Fertigkeiten des jeweiligen Handwerks voraussetzt, scheidet eine auf diese beschränkte Ausnahmegewilligung von vornherein aus. Gleiches gilt für die komplette Übernahme des Reparatur- und Kundendienstes industrieller Produkte.¹³²⁰ In diesen Fällen handelt es sich nicht um eine „Spezialtätigkeit“, sondern um ein „Spezialhandwerk“, das solche handwerklichen Tätigkeiten auf einem besonderen Gebiet des Vollhandwerks umfasst, zu deren Ausübung alle Grundforderungen des Vollhandwerks beherrscht

Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 145, 146; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 67.

¹³¹⁹ Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 28; Honig, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1966, 25–30, 27; im Ergebnis Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 19.

¹³²⁰ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 287.

werden müssen.¹³²¹

Das Bundesverfassungsgericht setzt sich in seinem Beschluss vom 17. Juli 1961 mit der Rechtsfrage auseinander, ob derjenige, der sich auf bestimmte - in sich möglicherweise sinnvoll abgegrenzte - Arbeiten spezialisieren will, geltend machen kann, dass von ihm mehr an Ausbildung und Prüfungsleistungen verlangt wird als sich aus der Natur der Sache ergibt. Eine unzumutbare Freiheitsbeschränkung und damit ein Ausnahmegrund, so das Gericht, könnte darin liegen, dass das Gesetz in seiner Anlage A die Berufswahl auf die dort verzeichneten Zweige des Handwerks beschränkt, es dem Einzelnen somit unmöglich macht, sich etwa ein Teilgebiet aus den in festen Berufsbildern zusammengefassten handwerklichen Betätigungen als Beruf zu erwählen und seine Ausbildung dementsprechend zu begrenzen.¹³²²

Diese gesetzliche Regelung in der Handwerksordnung werde jedoch unter diesem Gesichtspunkt verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Der Gesetzgeber könne verwandte Tätigkeiten zur Einheit eines einzigen Berufs unter Beachtung des Herkommens und der tatsächlichen Übung im Berufe zusammenfassen. Dabei bleibe dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum, denn er sei zur Typisierung gezwungen und dürfe auf dieser Grundlage von durchschnittlich gerechtfertigten Qualifikationserfordernissen ausgehen. Dabei könne er nur innerhalb gewisser Grenzen verbreitete Spezialisierungstendenzen berücksichtigen, wenn er umfassend deren Charakter des Handwerkers gegenüber dem des reinen „Facharbeiters“ erhalten wolle. Bei der Aufzählung der einzelnen Handwerkszweige in der Anlage A der Handwerksordnung habe sich der Gesetzgeber an die traditionellen Berufsbilder des Handwerks gehalten und sei auch den Spezialisierungsbestrebungen innerhalb der Handwerkszweige angemessen gefolgt. Daher seien auch keine Gründe zur verfassungsrechtlichen Beanstandung dieser gesetzlichen Regelung erkennbar.

4.1. Die herrschende Meinung

Die beabsichtigte Ausübung einer Spezialtätigkeit ist nach der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung kein Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO.

4.1.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht ordnet den Bau und die Prüfung von Blitzschutz- und Erdungsanlagen als eine Spezialtätigkeit ein. Es bestehe allerdings deshalb kein Anlass, bei der Ausnahmegewilligung für diese Spezialtätigkeit auf einen Ausnahmegrund

¹³²¹ Zur Abgrenzung Britze, Hans-Henning: Rechtskriterien des Handwerksbetriebes in gewerberechtlicher Hinsicht. Münster 1962. 68.

im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO zu verzichten. Nur für die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten gelte nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 8 Abs. 2 letzter Halbsatz HwO etwas anderes.¹³²³

Auch das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main hat sich in zwei Entscheidungen mit der Frage der handwerklichen Spezialisierung als Grund für einen Ausnahmefall beschäftigt. Mit Urteil vom 10. Dezember 1976 hat das Gericht zu der Spezialtätigkeit des Antennenbaus entschieden, dass es dem Sinn der Handwerksordnung widerspricht, eine handwerkliche Spezialisierung als Grund für einen Ausnahmefall und damit für eine Ausnahmegewilligung anzuerkennen. Das Gericht stellt fest, dass es für einen Antragsteller, der langjährig eine spezialisierte Tätigkeit ausübt, trotzdem zumutbar ist, für eine Meisterprüfung Kenntnisse und Fertigkeiten zu erwerben, die er zur Zeit für die von ihm ausgeübte und beabsichtigte Tätigkeit im Antennenbau nicht benötigt. Die Meisterprüfung sei für ihn deshalb nach der Handwerksordnung nicht unzumutbar; der Gesetzgeber habe es ohne Verletzung des Übermaßverbotes als grundsätzlich zumutbar erachtet, dass ein Handwerker vor der selbstständigen Ausübung seines Handwerks umfassende Kenntnisse und Fertigkeiten in einem festgelegten Handwerk erlangt und in der Meisterprüfung nachweist, unabhängig davon, ob er die geforderten Kenntnisse und Fertigkeiten in der von ihm konkret ausgeübten oder beabsichtigten Tätigkeit auch wirklich braucht. Dem Sinn der Handwerksordnung, nämlich aus wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Gründen einen leistungsfähigen und stabilisierend wirkenden Handwerkerstand zu fördern und zu erhalten, würde es widersprechen, eine handwerkliche Spezialisierung als Grund für einen Ausnahmefall und damit für eine Ausnahmegewilligung anzuerkennen. So würde ein spezialisierter Handwerker bei einem Wechsel der Verhältnisse, zum Beispiel vom Antennenfernsehen zum Kabelfernsehen, ohne umfassende Kenntnisse in einem der festgelegten Berufsbilder in erhebliche Schwierigkeiten geraten, die durch das Erfordernis einer umfassenden Meisterprüfung im öffentlichen Interesse gerade verhütet werden sollen.¹³²⁴

In einer weiteren Entscheidung hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main zur Spezialtätigkeit der Funkgerätereparatur ausgeführt, dass es Sinn der handwerklichen Ausbildung ist, einem Handwerker umfassende Kenntnisse und Fertigkeiten zu vermitteln, die ihn in die Lage versetzen, sich auch in einem Spezialbereich möglicherweise bestehendes Sonderwissen anzueignen. Darüber hinaus sei die Meisterprüfung auch nicht dadurch unzumutbar, dass hierzu Kenntnisse und Fähigkeiten erworben müssen, die für die ausgeübte und beabsichtigte Tätigkeit in der Funkgerätereparatur nicht benötigt werden. Es würde die Berufsbilderverordnungen aushöhlen, wenn man eine handwerkliche Spezialisierung als Grund für einen

¹³²² BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 159.

¹³²³ Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384.

Ausnahmefall und damit für eine Ausnahmegewilligung anerkennt.¹³²⁵

Mit der Montage von Fenstern und Türen aller Art befasst sich das Verwaltungsgericht Karlsruhe und verweist darauf, dass der Gesetzgeber durch das Verzeichnis der Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden können, die Berufswahl in verfassungsrechtlich zulässiger Weise beschränkt hat.¹³²⁶ Spezialisierungstendenzen seien damit zum allgemeinen Schutz eines leistungsfähigen Handwerks durch die typisierende Festlegung durch die Berufsbilder Schranken gesetzt. Im Ergebnis lehnt es das Gericht ab, dass die Unzumutbarkeit der Belastung durch eine abzulegende Meisterprüfung damit begründet werden kann, dass der Antragsteller lediglich nur die Ausübung einer Spezialtätigkeit beabsichtigt. Der Nachweis der Befähigung für das gesamte Handwerk bedeute keine zu weit gehende und deshalb nicht unzumutbare Forderung.¹³²⁷

4.1.2. Die Meinung der Literatur

Die zunehmende Spezialisierung auf einzelne Tätigkeitsbereiche eines Handwerks und die damit einhergehende „Atomisierung“ der handwerklichen Berufsbilder führt nach Meinung von Dieckmann nicht selten zu der Frage, ob überhaupt eine Eintragungspflicht besteht. Dieckmann begrüßt dabei die Auffassung der Rechtsprechung, die in diesen Fällen, in denen sich der Antragsteller auf einen Teilbereich eines Handwerks beschränken will, die Annahme eines Ausnahmefalls allein aus diesem Grund verwehrt. Allerdings, so Dieckmann vermittelnd, kann eine andere Beurteilung etwa dann geboten sein, wenn die Rechtslage bezüglich der handwerksrechtlichen Beurteilung der in Frage stehenden Tätigkeit unklar ist.¹³²⁸

Auch nach Meinung von Detterbeck und Musielak kann der Einzelne nicht mit dem Einwand gehört werden, dass er sich nur auf einen Teilbereich eines Handwerks spezialisieren will und weiterreichende Kenntnisse nicht benötigt. Denn der Gesetzgeber habe, wie das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, durch das Verzeichnis der Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden können, die Berufswahl in verfassungsrechtlich zulässiger Weise beschränkt.¹³²⁹

¹³²⁴ VG Frankfurt a. M., Urteil v. 10.12. 1976, GewArch 1977, 336, 337; ebenso VG Arnsberg, Urteil v. 25.10. 1979, GewArch 1980, 129, 130.

¹³²⁵ VG Frankfurt a. M., Urteil v. 30.01. 1981, GewArch 1982, 60, 61.

¹³²⁶ VG Karlsruhe, Urteil v. 21.10. 1977, GewArch 1978, 130, 131; ebenso VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschluss v. 05.09. 1994, GewArch 1996, 112, 113.

¹³²⁷ VG Karlsruhe, Urteil v. 21.10. 1977, GewArch 1978, 130, 131.

¹³²⁸ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 145, 146.

¹³²⁹ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 51; ebenso Musielak, Anmerkung zu VG Oldenburg, Beschluss v. 19.04. 1967, GewArch 1967, 251–252, 252.

4.2. Die Mindermeinung

Dagegen vertritt der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ die Meinung, dass die Ausübung einer Spezialtätigkeit einen Ausnahmefall begründet.¹³³⁰ Danach sei ein Ausnahmefall anzunehmen, wenn sich ein Antragsteller auf eine begrenzte Spezialtätigkeit aus dem Kernbereich eines Handwerks beschränken will, insbesondere wenn er mehrere Jahre lang in dem Bereich beschäftigt gewesen ist. Eine Berücksichtigung weiterer Umstände sei für die Anerkennung als Ausnahmegrund nicht erforderlich.¹³³¹

Mit diesem Ausnahmegrund wird, so Heck, „Neuland“ betreten, wobei es nach seiner Meinung in diesen Fällen oftmals schwer fällt, die Grenzen gesetzeskonform zu ziehen. Durch den Begriff „begrenzte“ Spezialtätigkeit wird nach Meinung von Heck deutlich, dass nicht jedwede Spezialisierung in einem Handwerk automatisch zur Annahme eines Ausnahmegrundes führen kann. Vielmehr seien folgende Voraussetzungen herauszustellen: Einzelfall; langjährige Tätigkeit im begrenzten Spezialbereich aus lediglich einem Handwerk; zum Teil Handwerksarbeiten im „Grenzbereich zum Nichthandwerk“. Als Spezialtätigkeiten ist, so Heck, beispielsweise die Autoverglasung einzuordnen, eine hochspezielle Tätigkeiten mit begrenztem praktischem Bedarf. Denkbar sei auch die Spezialisierung auf ein ganz bestimmtes Produkt der Haushaltselektronik. Weitere begrenzte Spezialtätigkeiten kämen in Zusammenhang mit weiteren Handelstätigkeiten vor, zum Beispiel Kauf von Schlössern mit Einbau, Antennenverkauf mit Einbau und Blitzschutzbau. Indiz für eine begrenzte Spezialtätigkeit sollen in diesem Zusammenhang auch Angebote von Spezialseminaren, zum Beispiel Einbauschulungen der industriellen Hersteller sein.¹³³²

4.3. Diskussion

Der Gesetzgeber hat sich bei der Aufzählung der einzelnen Handwerkszweige an die traditionellen Berufsbilder des Handwerks gehalten und ist dabei auch Spezialisierungsbestrebungen innerhalb der Handwerkszweige angemessen gefolgt. Daher liegen keine Gründe zur verfassungsrechtlichen Beanstandung der Anlage A der Handwerksordnung vor.

Allein das Anstreben einer Spezialtätigkeit kann folglich für den Antragsteller keine unzumutbare Belastung darstellen, die ihm die Ablegung der Meisterprüfung unmöglich macht. Insbesondere hat der Gesetzgeber bereits mit der Möglichkeit der Erteilung einer Teilausnahmebewilligung eine Möglichkeit geschaffen, durch die der Nachweis der notwendigen

¹³³⁰ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

¹³³¹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–124, 124; ebenso Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 31.

¹³³² Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren, WiVerw 2001, 277–290, 287; vgl. dazu die beispielhafte Auflistung von Stork, in Schwannecke, HwO, § 8 Rn 86.

Kenntnisse und Fertigkeiten quantitativ, aber nicht qualitativ, verringert werden kann.¹³³³

Durch die verfassungsgemäße Berufsgliederung der Anlage A zur Handwerksordnung ist den Spezialisierungstendenzen innerhalb der in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgezählten Handwerksberufe in angemessener Weise Rechnung getragen. Es kann daher auch von denen, die sich innerhalb von Handwerksberufen ein Teilgebiet als Beruf erwählen, ein mehr an Ausbildung und Prüfungsleistungen verlangt werden, als sich aus der Natur der Sache ergibt. Dies gilt auch für jene Berufsbewerber, die eine Ausnahmegenehmigung für ein spezielles Fachgebiet eines Handwerksberufes nach § 8 Abs. 2 HwO begehren, nicht zuletzt aus Gründen der Gleichbehandlung.

Denn es würde insbesondere gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, wenn derjenige Handwerker, der ein Vollhandwerk betreiben will, stets den Weg über die Meisterprüfung als Grundlage für eine selbstständige Tätigkeit zu beschreiten hätte, während derjenige, der die Ausübung einer vielleicht sehr lukrativen Spezialtätigkeit anstrebt, sich grundsätzlich auf einen Ausnahmegrund berufen könnte.

Die entgegenstehende Meinung, vertreten durch den Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, Honig und Heck, überzeugt hingegen nicht und ist abzulehnen. Die Vertreter der Mindermeinung sprechen zunächst mit der Aussage, Gegenstand einer beschränkten Spezialtätigkeit könne stets nur eine begrenzte Tätigkeit aus einem Handwerk sein, eine Selbstverständlichkeit aus. Denn Gegenstand einer Ausnahmegenehmigung oder einer auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkten Ausnahmegenehmigung muss stets ein klar abgrenzbarer Bereich aus einem in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten Handwerk sein. Auch die als weitere Voraussetzung für die Annahme einer begrenzten Spezialtätigkeit aufgeführte Einzelfallbetrachtung ist eine Selbstverständlichkeit. Dies ergibt sich aus dem Gesetzestext des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO, der verlangt, dass die Unzumutbarkeit gerade in der Person des Antragstellers vorliegen muss. Lediglich ein handwerkspolitisches Argument ist die Aussage von Heck, die begrenzte Spezialtätigkeit fördere auf den ersten Blick nicht nur den Gedanken einer Atomisierung der Handwerksberufe mit einer grundsätzlichen Infragestellung des Befähigungsnachweises; vielmehr schaffe diese Diskussion einen weiteren unerwünschten Abgrenzungsschauplatz darüber, ob die angestrebte Spezialtätigkeit eine wesentliche Tätigkeit eines Handwerks ist, also unter dem Ausübungsvorbehalt der Handwerksordnung steht. Das für das Vorliegen einer begrenzten Spezialtätigkeit angeführte Indiz von Einbauschulungen der industriellen Hersteller dürfte in der Praxis wenig tauglich sein. Derlei Schulungen werden zum Beispiel für das Installateur- und Heizungsbauerhandwerk von industriellen Herstellern von Heizungsanlagen allen Fachbetrieben angeboten. Der Ein-

¹³³³ S. u. 3. Kapitel 3. Abschnitt II. 5.

bau von Heizungsanlagen ist aber deshalb nicht als begrenzte Spezialtätigkeit einzuordnen.¹³³⁴

Bei der verfassungsrechtlich gebotenen nicht zu engherzigen Praxis bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen im Sinne eines effektiven Grundrechtsschutzes kann allerdings unter Vornahme einer Gesamtbetrachtung aller Umstände eine andere Beurteilung gerechtfertigt sein. Denkbar sind hier die das Hinzutreten von Outsourcing oder Arbeitslosigkeit als weitere zu berücksichtigende Umstände, verbunden mit der langjährigen Tätigkeit des Antragstellers in dem betreffenden Teilbereich des Handwerks.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass allein das Anstreben einer Spezialtätigkeit keinen Ausnahmefall darstellen kann.

5. Die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten gemäß § 8 Abs. 2 HwO

Auch der Berufsbewerber, der eine auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten, die zu einem in der Anlage A aufgeführten Gewerbe gehört, beschränkte Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO begehrt, muss die zur selbstständigen handwerklichen Betätigung notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen, um diese Teiltätigkeiten wie ein Meister „meisterlich“ auszuüben.¹³³⁵

Das Vorgesagte ergibt sich zum einen daraus, dass es sich bei der Teilausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO um einen Unterfall der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO handelt und damit auch die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten durch den Antragsteller nachzuweisen sind.¹³³⁶

Zum anderen hat der Gesetzgeber ausdrücklich in § 8 Abs. 2 2. Halbsatz HwO klargestellt, dass in dem Fall der Erteilung einer Teilausnahmegewilligung die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen sind. Allerdings beschränkt der Gesetzgeber durch die Formulierung „in diesem Falle genügt der Nachweis der hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten“ den Befähigungsnachweis auf diesen Teilbereich.¹³³⁷ Damit stellt sich die Frage, welchen Inhalt und welchen Umfang der Befähigungsnachweis für eine gemäß § 8 Abs.

¹³³⁴ Heck, Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, WiVerw 2001, 277–290, 287.

¹³³⁵ BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970, GewArch 1971, 164, 165; BVerwG, Beschluss v. 15.10. 1992, GewArch 1993, 121; VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 18.12. 1978, GewArch 1979, 126; OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127, 128; Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384; OVG NW, Urteil v. 19.05. 1994, AZ: 23 A 1180/92, S. 7 des Urteilsabdrucks; Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 49; Honig, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1966, 25–30, 27; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 102; Deterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 68; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 231; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 150.

¹³³⁶ Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 49.

¹³³⁷ BVerwG, Beschluss v. 15.10. 1992, GewArch 1993, 121; OVG NW, Urteil v. 19.05. 1994, AZ: 23 A 1180/92, S. 7 des Urteilsabdrucks.

2 HwO beschränkte Ausnahmegewilligung sowohl im Vergleich zur Meisterprüfung als auch im Vergleich zur unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO hat.

5.1. Der Inhalt des Befähigungsnachweises

Vom Inhalt des Befähigungsnachweises her unterscheiden sich die Meisterprüfung und die unbeschränkte Ausnahmegewilligung nur bezüglich des Nachweises der berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse. Diese sind im Ausnahmegewilligungsverfahren nicht nachzuweisen. Fraglich ist, ob dies auch für das Teilausnahmegewilligungsverfahren gilt.

5.1.1. Die fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse

Auch der Berufsbewerber um eine Teilausnahmegewilligung muss die notwendigen fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse nachweisen, um die in seinem Handwerk gebräuchlichen Arbeiten fachgerecht, also „meisterhaft“ ausführen zu können.

Allerdings wird durch die ausdrückliche Beschränkung des Befähigungsnachweises in § 8 Abs. 2 2. Halbsatz HwO klargestellt, dass im Falle der Teilausnahmegewilligung nur die für das betreffende Teilhandwerk einschlägigen fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen sind.¹³³⁸ Weitergehende Kenntnisse und Fertigkeiten, die über diesen gesetzlich geregelten Inhalt des Befähigungsnachweises hinausgehen, dürfen daher nicht verlangt werden. Eine entgegenstehende Verwaltungspraxis würde gegen das Übermaßgebot, das auch hinsichtlich des Inhalts des Befähigungsnachweises im Ausnahmegewilligungsverfahren gilt, verstoßen.

5.1.2. Die kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse

Dagegen muss auch vom Berufsbewerber um eine Teilausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO der Nachweis der grundlegenden betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse mit gleichem Inhalt verlangt werden, wie er sowohl bei der Ablegung der Meisterprüfung als auch beim Befähigungsnachweis im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 Abs. 1 HwO gefordert wird.¹³³⁹ Denn diese Kenntnisse benötigt auch der in einem Teilhandwerk selbstständige Handwerker, um seinen Betrieb ordnungsgemäß zu führen und am Markt bestehen zu können. Zudem muss ebenfalls auch in diesen Fällen das Eindringen

¹³³⁸ Im Ergebnis OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127, 128; Nds. OVG, Urteil v. 18.05. 1992, GewArch 1993, 382, 384; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 102; Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 49; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 231 Fn 2; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 57; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 68.

¹³³⁹ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 231, Fn 2; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 102; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 68; Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 49.

unqualifizierter Kräfte in den Markt, welches aber die Folge eines Absenkens der fachlichen Anforderungen wäre, verhindert werden.

5.1.3. Die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse

Da auch die Teilausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO nicht zur Ausbildung von Lehrlingen berechtigt, sind, wie bei der Ausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO, die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse im Gegensatz zum Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung nicht nachzuweisen, da sie nicht notwendig sind.

5.1.4. Zwischenergebnis

Damit sind die im Teilausnahmebewilligungsverfahren gemäß § 8 Abs. 2 HwO nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten vom Inhalt her, also quantitativ, geringer;¹³⁴⁰ eine der Sache nach selbstverständliche Folgerung. Das Vorgesagte gilt sowohl im Vergleich zum Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung als auch zu dem im Ausnahmebewilligungsverfahren gemäß § 8 Abs. 1 HwO für die Bereiche Fachpraxis und Fachtheorie. Der Berufsbewerber um eine Teilausnahmebewilligung muss in Fachpraxis und Fachtheorie nur die für das Teilhandwerk erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen, die kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse vom Inhalt her dagegen in ganzer Breite. Die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse und Fertigkeiten sind, wie im Ausnahmebewilligungsverfahren gemäß § 8 Abs. 1 HwO, im Gegensatz zur Meisterprüfung, nicht nachzuweisen.

5.2. Der Umfang des Befähigungsnachweises

In qualitativer Hinsicht, also bezüglich des Umfangs des Nachweises der Kenntnisse und Fertigkeiten, besteht im Verfahren gemäß § 8 Abs. 2 HwO zunächst kein Unterschied zum Verfahren gemäß § 8 Abs. 1 HwO. Der Berufsbewerber um eine Teilausnahmebewilligung muss die Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen, die „in etwa“ denen in der Meisterprüfung entsprechen.¹³⁴¹ Daraus ist aber nicht zu folgern, dass ein geringeres Maß an praktischem Können und theoretischem Wissen vom Berufsbewerber um eine Teilausnahmebewilligung verlangt wird. Vielmehr ist bei der Überprüfung des Wissens ein praxisorientierter Maßstab anzulegen. Darin besteht der Unterschied zum Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung.

¹³⁴⁰ VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 18.12. 1978, GewArch 1979, 126; OVG NW, Urteil v. 19.05. 1994, AZ: 23 A 1180/92, S. 7 des Urteilsabdrucks.

¹³⁴¹ OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127.

5.3. Ergebnis

Damit muss der Antragsteller, der eine Teilausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO begehrt, vom Inhalt her ein geringeres Maß an Kenntnissen und Fertigkeiten sowohl im Vergleich zu Meisterprüfung als auch zur unbeschränkten Ausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO nachweisen. Nur die Kenntnisse und Fertigkeiten, die für das betreffende Teilhandwerk notwendig sind, dürfen verlangt werden. Vom Umfang her besteht, wie bei der unbeschränkten Ausnahmebewilligung, ein Unterschied zur Meisterprüfung nur in der praxisorientierten Form des Nachweises. Abstriche bezüglich der fachlichen Anforderungen an den Berufsbewerber werden aber auch bei der Teilausnahmebewilligung vom Umfang her nicht gemacht.

III. Die Frage der Erforderlichkeit weiterer Voraussetzungen

Die Handwerksordnung verlangt für die Zulassung zur Meisterprüfung, in der der Prüfling die meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen muss, bestimmte Voraussetzungen. Dazu zählt insbesondere die Ablegung einer Gesellenprüfung.¹³⁴² Diskutiert wird, ob für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung neben den in § 8 Abs. 1 HwO genannten Tatbestandsmerkmalen weitere handwerksrechtliche Voraussetzungen vorliegen müssen.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Gesichtspunkt der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit des Antragstellers in die Entscheidung der Behörde über den Antrag auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung einzubeziehen ist. Auch ausländerrechtliche Vorschriften können, wenn der Antragsteller Ausländer ist, möglicherweise eine Rolle spielen.

1. Zusätzliche Voraussetzungen in der Handwerksordnung

Von einer Mindermeinung wird die Auffassung vertreten, der Antragsteller müsse vor Erteilung der Ausnahmebewilligung die einschlägige Gesellenprüfung ablegen¹³⁴³ oder sogar über eine mehrjährige praktische Berufserfahrung verfügen, die zeitlich der für die Zulassung zur Meisterprüfung notwendigen Gesellenzeit entspricht.¹³⁴⁴

Eine solche Forderung findet im Gesetz keine Stütze. Denn die Handwerksordnung regelt abschließend und eindeutig in § 8 die handwerksrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmebewilligung. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber, wie er es für die Zulassung zur Meisterprüfung getan hat, weitere Voraussetzungen in der Handwerksordnung aufgeführt. Zudem ist auch dann, wenn der Antragsteller einen anderen Ausbildungsgang durch-

¹³⁴² Vgl. Anhang A 4. Abschnitt.

¹³⁴³ VG Augsburg, Urteil v. 24.05. 1966, GewArch 1967, 34, 35.

¹³⁴⁴ Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 149; die HwO verlangt seit der Novelle 2004 für die Zulassung zur Meisterprüfung nicht in jedem Fall eine praktische Berufserfahrung, s. u. Anhang A 4. Abschnitt.

laufen hat und demzufolge nicht die Gesellenprüfung abgelegt hat, ein Ausnahmegrund anzunehmen.¹³⁴⁵

2. Die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Antragstellers als zusätzliche Voraussetzung

Als notwendiges Korrelat zur Gewerbefreiheit soll die Vorschrift des § 35 GewO verhindern, dass der Gewerbetreibende schrankenlosen Gebrauch von der Gewerbefreiheit ohne Rücksicht auf entgegenstehende Belange der Allgemeinheit macht, also das ihm gewährte Recht der freien gewerblichen Betätigung missbraucht.

Die Vorschrift des § 35 GewO als generelle Untersagungsvorschrift des Gewerberechts findet auf alle Gewerbetreibenden Anwendung, die der Gewerbeordnung und den gewerberechtlichen Nebengesetzen unterliegen. Das gilt allerdings nur dann, soweit für das betreffende Gewerbe nicht besondere Untersagungs- oder Betriebsschließungsvorschriften bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen, oder eine für das Gewerbe erteilte Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zurückgenommen oder widerrufen werden kann, § 35 Abs. 8 Satz 1 GewO. Die Handwerksordnung selbst kennt keine Untersagungs- und Betriebsschließungsvorschriften, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen. Allerdings bestehen für bestimmte Gewerke sondergesetzliche Regelungen außerhalb der Handwerksordnung, die derartige Bestimmungen enthalten. Entsprechende Vorschriften finden sich für das Gewerk des Büchsenmachers in §§ 21 Abs. 3 Nr. 1, 5 WaffG und für das Gewerk des Schornsteinfegers in § 11 Abs. 2 Nr. 1 SchfG.¹³⁴⁶

Damit gilt die Vorschrift des § 35 GewO - von diesen Ausnahmen abgesehen - auch für die Gewerbetreibenden im Bereich des Handwerks als Rechtsgrundlage für die Untersagung der Gewerbeausübung wegen Unzuverlässigkeit.

Die Ausübung eines Gewerbes ist danach gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Liegt eine auf das betref-

¹³⁴⁵ Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 30; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 52.

¹³⁴⁶ Gesetz über das Schornsteinfegerwesen (Schornsteinfegergesetz-SchfG) vom 15. September 1969 (BGBl. I S. 1634), neugefasst durch Bek. v. 10.8. 1998 (BGBl. I S. 2071), zuletzt geändert durch Art. 2 G. v. 26.11. 2008 (BGBl. I S. 2242).

fende Handwerk gerichtete Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO vor, ist der Gewerbetreibende zwingend gemäß § 13 Abs. 1 HwO in der Handwerksrolle zu löschen.¹³⁴⁷

Erfüllt ein Antragsteller, der eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO begehrt, offensichtlich den Untersagungstatbestand der Vorschrift des § 35 GewO oder ist gegen ihn bereits eine diesbezügliche Gewerbeuntersagung ausgesprochen worden, steht in Frage, ob ihm gleichwohl die begehrte Ausnahmegewilligung zu erteilen ist.

Das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg urteilt in einem diesbezüglich zu entscheidenden Fall, dass der Antragsteller deshalb keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung hat, da er wegen seiner erheblichen Vorstrafen unzuverlässig sei, so dass gemäß § 35 GewO die Untersagung der selbstständigen Ausübung des Malerhandwerks gerechtfertigt ist. Insoweit erwiesen sich die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden bei Anträgen auf Zulassung zum Betrieb eines selbstständigen gewerblichen Handwerks im Rahmen einer Ausnahmegewilligung nach der Handwerksordnung als eine Zulassungsbeschränkung, die neben den sonstigen Zulassungsvoraussetzungen der §§ 7 und 8 der Handwerksordnung zu berücksichtigen ist. Das Gericht räumt zwar ein, dass die Zulassung nach der Handwerksordnung nicht durch das weitere gesetzliche Erfordernis der Zuverlässigkeit des Antragstellers beschränkt ist. Allerdings könne es nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprechen, die Verwaltungsbehörde zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung bei Vorliegen der in den §§ 7 und 8 der Handwerksordnung genannten Voraussetzungen zu verpflichten, dem Antragsteller jedoch diese Ausnahmegewilligung sofort wieder zu entziehen, weil gleichzeitig mit der Zulassung in solchen Fällen die zwingende Verpflichtung zur Untersagung der Gewerbeausübung entstehen würde. Bei offensichtlicher Unzuverlässigkeit des Antragstellers könne dieser daher keine Ausnahmegewilligung für sich beanspruchen.¹³⁴⁸

Der zitierten Rechtsauffassung des Obergerverwaltungsgerichts Lüneburg stehen allerdings aus mehreren Gründen Bedenken entgegen; ihr kann nicht gefolgt werden. Auch in der Literatur ist diese Meinung zu Recht auf einhellige Ablehnung gestoßen.¹³⁴⁹

¹³⁴⁷ BVerwG, Beschluss v. 06.01. 1992, GewArch 1992, 339, 340; Schleswig-Holstein VG, Urteil v. 27.05. 1999, GewArch 1999, 340, 341; VG Koblenz, Urteil v. 01.02. 1977, GewArch 1977, 306; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 22.10. 1980, GewArch 1981, 95; Detterbeck, HwO, 4. A., § 13 Rn 5; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 13 Rn 9; ausführlich zum Zusammenhang zwischen § 35 GewO und § 7 HwO Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn 12 ff.

¹³⁴⁸ OVG Lüneburg, Urteil v. 28.10. 1960, GewArch 1961, 31, 32.

¹³⁴⁹ Fröhler, Ludwig: Anmerkung zu OVG Lüneburg, Urteil v. 28.10. 1960. GewArch 1961, 79–80. 79; Fröhler, Ludwig: Die Bedeutung des § 35 n. F. GewO für das Handwerk. GewArch 1964, 49–53. 49, 50; Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 30, 31; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 222; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 58; Honig, HwO, 3. A., § 8 Rn 63; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 149; Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn 27.

Zunächst kann nicht allein daraus, dass § 8 HwO die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Antragstellers nicht als Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung verlangt, der Schluss gezogen werden, diese sei keine Zulassungsvoraussetzung. Eine diesbezügliche Erweiterung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung über den Wortlaut des § 8 HwO hinaus könnte sich eventuell aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gewerberechts herleiten. Der diesbezüglichen Auffassung von Landmann/Rohmer und Fröhler, die zunächst auf den Gesetzeswortlaut der Handwerksordnung abstellen und eine interpretationsmäßige Erweiterung der Eintragungsvoraussetzungen angesichts der klaren Regelung in § 8 HwO ablehnen, kann daher nicht gefolgt werden.¹³⁵⁰

Vielmehr ist auf die subjektiven Grundlagen des in der Handwerksordnung normierten handwerklichen Berufszulassungsrechts abzustellen. Der selbstständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe setzt in formeller Hinsicht die Eintragung in die Handwerksrolle voraus, § 1 Abs. 1 HwO. Diese ist wiederum in materieller Hinsicht von einem Befähigungsnachweis in dem Handwerk oder in einem verwandten Handwerk abhängig, das der Berufsbewerber betreiben will, § 7 HwO. Das Prinzip des Großen handwerklichen Befähigungsnachweises ist daher, auch nach der HwO-Novelle 2004, der Leitgedanke des Berufszulassungsrechts der Handwerksordnung. Eine Zuverlässigkeitsprüfung kennt das Handwerksrecht hingegen nicht. Dieses gilt, wie bereits oben ausgeführt, nicht nur bei der Gewerbezulassung, also der Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 7 HwO, sondern auch bei der Zulassung zu Prüfungen, insbesondere zur Meisterprüfung. Diese kann, ebenso wie die spätere Aushändigung des Zeugnisses über die bestandene Prüfung, nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der Meisterprüfling sei unzuverlässig im Sinne des § 35 GewO.¹³⁵¹ Weder die Handwerksordnung in ihrem Dritter Teil, Erster Abschnitt unter der Überschrift „Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk“ noch die Meisterprüfungsverfahrensordnung enthalten eine entsprechende Regelung, die auf die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Meisterprüflings als Voraussetzung für die Zulassung zur Meisterprüfung abstellt.¹³⁵² Gleiches muss auch für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gelten, da diese, wie bei der Meisterprüfung, ausschließlich auf die fachliche Eignung abstellt und insoweit die Meisterprüfung als Qualifikationsnachweis ersetzt; bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO hat der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung. Der Schutzbereich des § 35 GewO ist damit ein völlig anderer als der der Handwerksrolleneintragung beziehungsweise deren Versagung.¹³⁵³

¹³⁵⁰ Mareks, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn 27; Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 30; ebenso Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 222, 223.

¹³⁵¹ Fröhler, Die Bedeutung des § 35 n. F. GewO für Handwerk, GewArch 1964, 49–53, 49; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 223.

¹³⁵² Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk (Meisterprüfungsverfahrensverordnung-MPVerfVO) vom 17.12. 2001 (BGBl. I S. 4154).

¹³⁵³ Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 31.

Zudem würde es zu einer ungerechtfertigten Schmälerung der Rechtsposition des Antragstellers führen, wenn man ihm die Ausnahmegewilligung - ein mit Dauerwirkung versehener rein fachlicher Qualifikationsnachweis - unter Berufung auf seine eventuell nur gegenwärtige Unzumutbarkeit verweigern würde. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Antragsteller gemäß § 35 Abs. 6 GewO jederzeit bei der zuständigen Behörde schriftlich beantragen kann, ihm die persönliche Ausübung des Gewerbes wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass seine Unzuverlässigkeit im Sinne des § 35 Abs. 1 GewO nicht mehr vorliegt. Dabei kann es sogar für diesen Antrag von Bedeutung sein, ob der Antragsteller nach der Handwerksordnung überhaupt das Gewerbe ausüben darf.¹³⁵⁴ Bei der Entscheidung, ob dem Antragsteller gemäß § 8 HwO eine Ausnahmegewilligung zu erteilen ist, ist daher für eine Würdigung anderer Elemente, wie bei der Meisterprüfung selbst, kein Raum, insbesondere bezüglich der persönlichen Zuverlässigkeit.¹³⁵⁵

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass gemäß § 35 Abs. 1 GewO dem Gewerbetreibenden auf seinen Antrag von der zuständigen Behörde gestattet werden kann, den Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter fortzuführen, der die Gewähr für eine ordnungsgemäße Führung des Gewerbebetriebes bietet. Auch nach der Handwerksordnung ist die Bestellung eines Stellvertreters rechtlich zulässig; es müssen dann sowohl der Vertretene als auch der Vertreter den Befähigungsnachweis erbringen.¹³⁵⁶ Würde man der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg folgen, würde man dem gewerberechtlich unzuverlässigen Antragsteller bei Nichterteilung der Ausnahmegewilligung die Möglichkeit, den Betrieb durch einen Stellvertreter fortzuführen zu lassen, mangels Erfüllung der Eintragungsvoraussetzungen abschneiden.¹³⁵⁷ Bei der Berücksichtigung der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit im Ausnahmegewilligungsverfahren gemäß § 8 HwO wäre unter Umständen sogar die Frage zu prüfen, ob dem unzuverlässigen Antragsteller nicht doch die Ausübung des Handwerks gemäß § 35 Abs. 2 GewO durch Stellvertreter gestattet werden kann. Sollte dies der Fall sein, müsste nämlich die Ausnahmegewilligung bei Vorliegen der Voraussetzungen trotz der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit des Antragstellers erteilt werden. Da es sich hierbei jedoch um zwei völlig verschiedene Verwaltungsverfahren handelt, wäre eine solche Vermengung beider Verfahren sowohl unzweckmäßig als auch unzulässig.¹³⁵⁸

¹³⁵⁴ OVG Münster, Urteil v. 26.02. 1964, GewArch 1965, 33, 34; Küffner, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, 223.

¹³⁵⁵ Fröhler, Anmerkung zu OVG Lüneburg, Urteil v. 28.10. 1960, GewArch 1961, 79–80, 79.

¹³⁵⁶ Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn 117; OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 25.02. 1988, GewArch 1988, 197, 198; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn 14; a. A. VG München, Urteil v. 15.12. 1961, GewArch 1963, 7, 9.

¹³⁵⁷ Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn 27; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 223, 224; Fröhler, Die Bedeutung des § 35 n. F. Gewerbeordnung für das Handwerk, GewArch 1964, 49–53, 50; im Ergebnis OVG Münster, Urteil v. 26.02. 1964, GewArch 1965, 33.

¹³⁵⁸ Fröhler, Anmerkung zu OVG Lüneburg, Urteil v. 28.10. 1960, GewArch 1961, 79–80, 80.

Die Begründung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg, warum bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO auch die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit des Antragstellers zu seinen Lasten zu berücksichtigen sei, versagt auch in den Fällen, in denen der Antragsteller nicht die Absicht hat, ein Handwerk selbstständig auszuüben. Will der Antragsteller beispielsweise als Betriebsleiter für eine in die Handwerksrolle eingetragene natürlichen oder juristischen Person tätig werden, § 7 Abs. 1 HwO, würde es eine unzulässige Beeinträchtigung der Rechtsposition des Antragstellers bedeuten, wenn man seinen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung mangels gewerberechtl. Zuverlässigkeit ablehnen würde. Denn auf diese kommt es in dem genannten Fall nicht an, da § 35 GewO nur die selbstständige gewerbliche Tätigkeit unterbinden will.

Letztendlich spricht auch Sinn und Zweck der Vorschrift des § 35 GewO gegen die Berücksichtigung der gewerberechtl. Unzuverlässigkeit im Ausnahmegewilligungsverfahren. Die Regelung des § 35 GewO wird vom Missbrauchsprinzip beherrscht und hat damit repressiven Charakter.¹³⁵⁹ Die Verweigerung der Erteilung einer Erlaubnis wie der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO ist dagegen präventiver Natur. Zudem setzt die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit gemäß § 35 GewO, so ausdrücklich Absatz 1 der Vorschrift, stets die tatsächliche Ausübung eines Gewerbes voraus. Ein nicht vorhandenes Gewerbe kann daher auch nicht untersagt werden - vor allem, da nicht sicher ist, ob der Antragsteller überhaupt eine selbstständige handwerkliche Tätigkeit anstrebt. Das Vorstehende muss auch in den Fällen gelten, in denen der Antragsteller angibt, eine selbstständige handwerkliche Tätigkeit nach Erteilung der Ausnahmegewilligung ausüben zu wollen. Es wäre eine unzulässige Verlagerung der Kompetenzen, wenn die für die Erteilung zuständige Verwaltungsbehörde durch eine materiell-rechtliche Vorabprüfung der gewerberechtl. Zuverlässigkeit als sachlich unzuständige Behörde die Unzuverlässigkeit bereits präjudizieren würde.¹³⁶⁰

Im Ergebnis setzt die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO nicht die gewerberechtl. Zuverlässigkeit des Antragstellers voraus.

¹³⁵⁹ Metzner, Richard: Die Rechtsprechung zur Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO und zum Spielrecht nach §§ 33 c ff GewO. WiVerw 1981, 43–64. 49.

¹³⁶⁰ Ebenso Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 224.

3. Zusätzliche ausländerrechtliche Voraussetzungen

Für ausländische Staatsbürger gelten, wenn sie ein Gewerbe in der Bundesrepublik ausüben wollen, bestimmte ausländerrechtliche Voraussetzungen.¹³⁶¹ Fraglich ist, ob deren Vorliegen im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO von der Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung einzubeziehen ist.

Auch hier handelt es sich um zwei völlig verschiedene Verwaltungsverfahren; es wäre nicht zulässig, diese miteinander zu verknüpfen. Daher sind ausländerrechtliche Voraussetzungen für eine gewerbliche Tätigkeit des Antragstellers im Verfahren nach § 8 HwO durch die Verwaltungsbehörde nicht zu prüfen.¹³⁶²

¹³⁶¹ Ausführlich dazu 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 3.3.17.

¹³⁶² Ebenso im Ergebnis Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 2.

4. Abschnitt: Die Nebenbestimmungen zur Ausnahmegewilligung

Bei der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO handelt es sich um einen Verwaltungsakt.¹³⁶³ Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ausnahmegewilligung mit einer Nebenbestimmung versehen werden kann, könnte § 36 Abs. 1 VwVfG regeln.

Die Vorschrift des § 36 VwVfG bestimmt, unter welchen Voraussetzungen sowohl ein gebundener als auch ein im Ermessen der Behörde stehender Verwaltungsakt gemäß § 35 VwVfG mit einer Nebenbestimmung versehen werden darf. Danach darf ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn die Nebenbestimmung sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden, § 36 Abs. 1 VwVfG. Dabei werden keine bestimmten Nebenbestimmungen vorgeschrieben, sondern es wird auf die in § 36 Abs. 2 VwVfG genannten Nebenbestimmungen verwiesen.

Eine allgemeine Ermächtigung der Behörde, einen Verwaltungsakt, dessen Erlass oder näherer Inhalt in das Ermessen der Behörde gestellt ist, mit einer Nebenbestimmung zu versehen, regelt § 36 Abs. 2 VwVfG. Zugleich enthält die genannte Vorschrift Legaldefinitionen für die wichtigsten Nebenbestimmungen, wobei die Aufzählung in § 36 Abs. 2 VwVfG nicht abschließend ist. Zu den genannten Nebenbestimmungen zählen insbesondere die Befristung, die Bedingung, der Vorbehalt des Widerrufs und die Auflage.

Weiter bestimmt § 36 Abs. 3 VwVfG, dass eine Nebenbestimmung dem Zweck des Verwaltungsaktes nicht zuwider laufen darf. Die Nebenbestimmung muss sich also im Rahmen der Zwecksetzung des Verwaltungsaktes und der für diesen maßgeblichen gesetzlichen Regelung halten, sie muss sachbezogen und sachgerecht sein.

Allerdings gilt § 36 VwVfG gemäß § 1 VwVfG nur vorbehaltlich gleicher oder entgegenstehender Regelungen in anderen Rechtsvorschriften des Bundes. Daher ist § 36 VwVfG nur dann und nur insoweit anwendbar, als nicht andere inhaltsgleiche oder entgegenstehende Rechtsvorschriften Zulässigkeit und Inhalt von Nebenbestimmungen bereits abschließend regeln, zum Beispiel nur bestimmte Nebenbestimmungen zulassen.

Die Handwerksordnung selbst bestimmt in § 8 Abs. 2 HwO, dass die Ausnahmegewilligung unter Auflagen oder Bedingungen oder befristet erteilt werden kann.¹³⁶⁴ Insoweit geht § 8 Abs. 2 HwO der Vorschrift des § 36 VwVfG als abschließende Regelung vor. Aber auch in

¹³⁶³ S. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt II.

¹³⁶⁴ Durch das Einfügen der Worte „unter Auflagen“ in § 8 Abs. 2 HwO im Rahmen der HwO-Novelle 1965 wurde klargestellt, dass eine Ausnahmegewilligung mit dieser Nebenbestimmung erteilt werden kann; der diesbezügliche Meinungsstreit wurde damit entschieden, vgl. Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/2335, 10.

den Fällen, in denen durch die Verwaltungsbehörde eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO mit einer Nebenbestimmung erteilt wird, gilt der Grundsatz, dass die Nebenbestimmung sinnvoll, erforderlich und praktikabel sein muss.¹³⁶⁵

Eine ausdrückliche Kennzeichnung der Nebenbestimmung als Auflage, Bedingung oder Befristung ist nicht erforderlich. Maßgebend für die Zuordnung ist vielmehr der materielle Inhalt der Nebenbestimmung. Allerdings muss die Behörde im Ausnahmegewilligungsbescheid klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, welche Nebenbestimmung gemeint ist.¹³⁶⁶ Im Zweifel, wenn sich die Behörde also offensichtlich ungenau ausgedrückt hat, ist durch Auslegung in entsprechender Anwendung des § 133 BGB aus objektiver Empfängersicht der mutmaßliche Wille der Behörde zu bestimmen. Dabei kommt es insbesondere darauf an, wie die getroffene Regelung nach ihrem objektiven Erklärungswert und den sonst dem Betroffenen bekannten Umständen nach Treu und Glauben zu verstehen ist. Ist die Regelung unklar, geht dies zu Lasten der Behörde; im Zweifel ist daher die für den Betroffenen weniger belastende Art, zum Beispiel Auflage statt Bedingung, anzunehmen.¹³⁶⁷

I. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Auflagen

Die Legaldefinition des Begriffs Auflage enthält § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG: Danach ist eine Auflage eine Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird. Dabei ist die Auflage eine zusätzlich mit einem Verwaltungsakt verbundene, selbstständig erzwingbare hoheitliche Anordnung. Sie tritt selbstständig zum Hauptinhalt eines Verwaltungsaktes hinzu und ist für dessen Bestand und Wirksamkeit ohne unmittelbare Bedeutung, also nicht integrierter Bestandteil des Verwaltungsaktes.¹³⁶⁸

Die gemäß § 8 Abs. 2 HwO unter Auflagen erteilte Ausnahmegewilligung setzt sowohl den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten als auch das Vorliegen eines Ausnahmefalls voraus, also der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO.¹³⁶⁹ Zwar kann insbesondere aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 HwO nicht unmittelbar abgeleitet werden, von welchen Voraussetzungen die Erteilung einer mit einer Auflage als Nebenbestimmung versehenen Ausnahmegewilligung abhängig ist. Jedoch handelt es sich nach der Gesetzessystematik in § 8 HwO bei der Ausnahmegewilligung unter Auflagen gemäß § 8 Abs.

¹³⁶⁵ Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 29.

¹³⁶⁶ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 92.

¹³⁶⁷ Hennecke, in: Knack, VwVfG, § 36 Rn 7; Kopp/Ramsauer, § 36 Rn 14; Janssen, in: Obermayer, VwVfG, § 36 Rn 23.

¹³⁶⁸ Hess. VGH, Urteil v. 18.03. 1964, GewArch 1965, 59, 69; VG Saarland, Urteil v. 09.12. 1966, GewArch 1967, 171; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 29; ausführlich mit Beispielen U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn 32; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 93; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 60; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 70.

¹³⁶⁹ VG Gelsenkirchen, Urteil v. 03.04. 1979, THwE, 284; VG Arnsberg, Urteil v. 02.08. 1979, GewArch 1980, 30, 31; VG Saarland, Gerichtsbescheid v. 01.01. 1994, AZ: 1 K 72/93, S. 7 des Urteilsabdrucks; Kröger, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970, GewArch 1971, 165–166, 166; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der

2 HwO um einen Unterfall der Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO, deren Erteilung sowohl den Befähigungsnachweis als auch einen Ausnahmegrund voraussetzt.¹³⁷⁰ Die Ausnahmegewilligung unter Auflagen gemäß § 8 Abs. 2 HwO stellt damit gerade keinen Sondertatbestand dar, der selbstständig neben den in § 8 Abs. 1 HwO behandelten Regelfall der Ausnahmegewilligung tritt.¹³⁷¹

Eine unter Auflagen erteilte Ausnahmegewilligung wird sofort wirksam. Von der Nichterfüllung der Auflage wird die Wirksamkeit der Ausnahmegewilligung nicht berührt. Wenn der Betroffene eine Auflage nicht erfüllt oder ihr zuwiderhandelt, hat die Verwaltungsbehörde die Möglichkeit, die Erfüllung beziehungsweise die Beachtung der Auflage nach den für Verwaltungsakte geltenden Vorschriften zu erzwingen, sie also selbstständig durchzusetzen.¹³⁷² Allerdings wird die Erfüllung einer Auflage, die einer Ausnahmegewilligung hinzugefügt wurde, nur umständlich im Verwaltungszwangsverfahren durchgesetzt werden können.

Die zwangsweise Durchsetzung einer Auflage ist allerdings nur dann rechtlich möglich, wenn die Auflage hinreichend bestimmt ist und einen nachprüfbaren Inhalt ausweist. Rechtsprechung und Literatur vertreten daher zu Recht einheitlich die Auffassung, dass eine Ausnahmegewilligung nicht unter der Auflage erteilt werden kann, dass sich der eingetragene Handwerker der Ausführung bestimmter, besonders schwieriger Arbeiten zu enthalten hat. Eine solche Auflage würde, auch bei entsprechendem Vermerk in der Handwerksrolle, keine Gewähr dafür bieten, dass der Handwerker die ihm auferlegten Beschränkungen auch tatsächlich einhält und nicht zum Schaden der Allgemeinheit Arbeiten übernimmt, zu deren einwandfreier Ausführung seine Befähigung nicht ausreicht. Der Gefahr derartiger Schäden kann auch bei Wahrnehmung der gegebenen Überwachungsmöglichkeiten nur in sehr beschränktem Maße begegnet werden.¹³⁷³ Das Gesagte muss nicht zuletzt auch deshalb gelten, weil in diesen Fällen die Möglichkeit besteht, eine auf eine Teiltätigkeit beschränkte Ausnahmegewilligung zu erteilen, soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen. Auch ist die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter der Auflage, dass der Bewerber in seinem Handwerksbetrieb ständig einen vollhandwerklich qualifizierten Betriebsleiter beschäftigen muss, nicht zulässig. Denn die Vorschriften des § 8 HwO und § 7 HwO kennen keine Aus-

Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 68; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 59; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 91.

¹³⁷⁰ BVerwG, Urteil v. 19.10. 1971, GewArch 1972, 72, 73.

¹³⁷¹ Fröhler, Die Probleme des Teilhandwerks, 52, 53.

¹³⁷² Vgl. Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 59; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 70.

¹³⁷³ BVerwG, Urteil v. 09.10. 1959, GewArch 1960, 161, 162; ebenso OVG Saarlouis, Urteil v. 14.09. 1961, THwE, 220, 221; OVG Münster, Urteil v. 09.09. 1964, GewArch 1965, 172; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 70; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 45; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 93.

nahmebewilligung mit geteilter Verantwortung.¹³⁷⁴

Die Auflage spielt nicht zuletzt aus diesen Überlegungen heraus im Verfahren nach § 8 HwO in der Praxis kaum eine Rolle.¹³⁷⁵

Neben der Erzwingung der Erfüllung beziehungsweise Beachtung der Auflage hat die Verwaltungsbehörde gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG die Möglichkeit des Widerrufs eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes, wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat. Zwar findet diese Vorschrift nur vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Bestimmungen Anwendung, § 1 VwVfG. Die Handwerksordnung enthält allerdings, insbesondere in § 8 HwO, keine gleiche oder entgegenstehende Regelung zum Widerruf.¹³⁷⁶

Die Verwaltungsbehörde ist daher berechtigt, die Ausnahmbewilligung, die für den Berufsbewerber einen begünstigenden Verwaltungsakt darstellt¹³⁷⁷, nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu widerrufen.¹³⁷⁸ Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Berufsbewerber die Auflage schuldhaft nicht erfüllt hat, wobei dies allerdings bei der Ermessensentscheidung der Behörde von Bedeutung sein kann. Stets ist zu berücksichtigen, dass der Widerruf grundsätzlich die ultima ratio sein muss, insbesondere in jedem Fall auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Der Widerruf einer Ausnahmbewilligung gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ist daher nur dann zulässig, wenn ersichtlich ist, dass die Verwaltungsbehörde die Ausnahmbewilligung ohne die Auflage nicht erlassen hätte. Dabei bedarf es nicht eines ausdrücklichen Vorbehalts des Widerrufs, da die Auflage diesen Vorbehalt stets bereits in sich einschließt.¹³⁷⁹ Wird die unter Auflagen erteilte Ausnahmbewilligung widerrufen, ist damit auch der Eintragungsgrund in die Handwerksrolle entfallen. Die Eintragung des Gewerbetreibenden ist daher gemäß § 13 Abs. 1 1. Alternative HwO von Amts wegen zu löschen.¹³⁸⁰ Dabei steht der Handwerkskammer, wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ergibt, kein Ermessen zu.

Welche der genannten Möglichkeiten die Verwaltungsbehörde wählt, wenn der Berufsbewerber eine Auflage nicht erfüllt, steht gemäß § 40 VwVfG in ihrem pflichtgemäßen Ermessen: Entweder setzt sie die Auflage zwangsweise durch oder sie widerruft den mit einer Auf-

¹³⁷⁴ Vgl. OVG Lüneburg, Urteil v. 15.09. 1972, GewArch 1973, 65, 67; vgl. zur Eintragung mit einem Betriebsleiter 2. Kapitel 2. Abschnitt I. 1.

¹³⁷⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 45; Dieckmann, Die Ausnahmbewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 152; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 94.

¹³⁷⁶ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 55.

¹³⁷⁷ S. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt II.

¹³⁷⁸ Hess. VGH, Urteil v. 18.03. 1964, GewArch 1965, 59, 60; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 94; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 55; Kröger, Die Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 148; Dieckmann, Die Ausnahmbewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 152.

¹³⁷⁹ VG Saarland, Urteil v. 09.12. 1966, GewArch 1967, 171, 172.

¹³⁸⁰ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 13 Rn 7.

lage verbundenen begünstigenden Verwaltungsakt, also die Ausnahmegewilligung.

II. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Bedingungen

Das Verwaltungsverfahrensgesetz definiert in § 36 Abs. 2 Nr. 2 die Bedingung als eine Bestimmung, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt. Damit hängt der Eintritt als aufschiebende Bedingung oder die Beendigung als auflösende Bedingung der mit dem Verwaltungsakt erstrebten Wirkungen von einem bestimmten künftigen Ereignis ab, von dem im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes ungewiss ist, ob es überhaupt eintreten wird.

Auch für die unter einer Bedingung erteilten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO gilt, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO, also Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten und das Vorliegen eines Ausnahmefalles, erfüllt sein müssen. Insoweit gelten die für die unter Auflagen erteilte Ausnahmegewilligung bereits dargelegten Grundsätze.

Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter einer aufschiebenden Bedingung ist in der Praxis wenig sinnvoll. Denn eine mit einer aufschiebenden Bedingung versehene Ausnahmegewilligung tritt erst dann in Kraft, wenn die Bedingung erfüllt ist. Da aber der Antragsteller mit seinem Antrag auf die Erteilung einer Ausnahmegewilligung die möglichst baldige Eintragung in die Handwerksrolle begehrt, widerstrebt die Erteilung einer aufschiebenden Bedingung dem Interesse des Antragstellers und erscheint wenig sinnvoll.¹³⁸¹ Die Auffassung von Küffner, nach der eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO unter der aufschiebenden Bedingung, einen bestimmten Kurs zu besuchen, erteilt werden kann,¹³⁸² ist aus zwei Gesichtspunkten abzulehnen: Zum einen dürfte diese Regelung als Bedingung rechtlich nicht zulässig sein. Der Besuch bestimmter Kurse ist keine Zulassungsvoraussetzung für die Meisterprüfung. Gleiches muss für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gelten. Zum anderen ist, wenn sich im Einzelfall der vom Antragsteller zu besuchende Kurs, zum Beispiel ein Meistervorbereitungslehrgang, über längere Zeit hinzieht, die Gestaltung der Verpflichtung zu dessen Besuch als aufschiebende Bedingung in der Praxis nicht sehr sinnvoll.

Sowohl rechtlich zulässig als auch sinnvoll sind hingegen Bedingungen, die sich auf den Ausnahmegrund beziehen. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen eine Betriebsübernahme, etwa in Fällen der Umstrukturierung eines Betriebes, als Ausnahmegrund anzuneh-

¹³⁸¹ Vgl. Honig, HwO, 3. A., § 8 Rn 47, 48; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 95.

¹³⁸² Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 247.

men ist, also ein bestimmter Betrieb übernommen oder geleitet werden soll. In diesen Fällen kann es sinnvoll sein, die Ausnahmegewilligung in Form einer auflösenden Bedingung auf die Betriebsleitertätigkeit in einem bestimmten Unternehmen zu beschränken.¹³⁸³ Zudem wird durch eine solche auflösende Wirkung verhindert, dass eine angeblich notwendige Betriebsleitung nur vorgeschoben wird, während in Wirklichkeit die Absicht der Selbstständigmachung besteht.¹³⁸⁴

Dagegen ist es nicht zulässig, eine Ausnahmegewilligung unter der Bedingung zu erteilen, dass nur ein Ein-Mann-Betrieb geführt wird. Zu Recht verweist das Oberverwaltungsgericht Münster auf die Bedenken, die das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 09. Oktober 1959¹³⁸⁵ zu der Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter der Auflage, dass sich der eingetragene Handwerker der Ausführung bestimmter, besonders schwieriger Arbeiten zu enthalten habe, dargelegt hat. Durch eine solche auflösende Bedingung besteht - wie bei einer entsprechenden Auflage - die Gefahr, dass die Allgemeinheit dadurch Schäden erleidet, dass der Berufsbewerber Arbeiten übernimmt, zu deren einwandfreier Ausführung seine Befähigung nicht ausreicht.¹³⁸⁶

Wird eine Ausnahmegewilligung unter einer auflösenden Bedingung erteilt, endet sie mit dem Eintritt der Bedingung, § 158 Abs. 2 BGB. Da damit auch der Rechtsgrund der Eintragung in die Handwerksrolle für den Gewerbetreibenden entfallen ist, ist die Eintragung gemäß § 13 Abs. 1 2. Alternative HwO von Amts wegen zu löschen, wobei der Handwerkskammer kein diesbezügliches Ermessen zusteht.¹³⁸⁷

III. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Befristung

Die Handwerksordnung bestimmt in § 8 Abs. 2 Satz 1 1. Halbsatz, dass eine Ausnahmegewilligung befristet erteilt werden kann. Damit hat die Verwaltungsbehörde die Möglichkeit, statt einer zeitlich unbeschränkten Ausnahmegewilligung nur eine zeitlich beschränkte, also befristete Ausnahmegewilligung zu erteilen. Durch die Befristung werden damit auch die Fälle erreicht, in denen dem Berufsbewerber nur vorübergehend die Ablegung der Meisterprüfung nicht zugemutet werden kann.

Das Verwaltungsverfahrensgesetz definiert in § 36 Abs. 2 Nr. 1 die Befristung als eine Bestimmung, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitraum gilt.

¹³⁸³ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 152.

¹³⁸⁴ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 49.

¹³⁸⁵ BVerwG, Urteil v. 09.10. 1959, GewArch 1960, 161, 162.

¹³⁸⁶ OVG Münster, Urteil v. 19.09. 1964, GewArch 1965, 172; ebenso Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 95; Honig, HwO, 3. A., § 8 Rn 50; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 69; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 247.

Damit bedeutet Befristung - entsprechend § 163 BGB - die Festsetzung eines dem Datum nach bestimmten oder doch, ohne dass dies von künftigen ungewissen Ereignissen abhängen würde, bestimmbar Zeitpunkts als Voraussetzung für den Eintritt, die Dauer oder die Beendigung der Rechtswirkungen eines Verwaltungsaktes.¹³⁸⁸ Im Verwaltungsrecht handelt es sich bei der Befristung um eine zulässige Nebenbestimmung zu einem begünstigenden Verwaltungsakt im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

In der Verwaltungspraxis des Ausnahmegewilligungsverfahrens nach § 8 HwO ist die Befristung die Nebenbestimmung, die die größte Rolle spielt.¹³⁸⁹ Dabei wird in der Praxis häufig bestimmt, dass die Meisterprüfung bis zu einem festgesetzten Zeitpunkt abgelegt werden soll.¹³⁹⁰

1. Die Voraussetzungen zur Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung

Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO setzt den Nachweis der zur selbstständigen Ausübung des von dem Antragsteller zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten als auch das Vorliegen eines Ausnahmefalls voraus. Nicht einheitlich wird dagegen in Rechtsprechung und Literatur die Frage behandelt, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen bei Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 1 1. Halbsatz HwO ebenso zu beurteilen sind wie bei einer unbefristeten Ausnahmegewilligung im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO.

1.1. Das Vorliegen eines Ausnahmefalls

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO liegt ein Ausnahmefall dann vor, wenn die Ablegung der Meisterprüfung zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach für ihn eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Ob ein Ausnahmefall auch im Fall des Antrages auf Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung vorliegen muss, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

1.1.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 19. Oktober 1971 entschieden, dass das Erfordernis eines Ausnahmefalls im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO auch in den Fällen des § 8 Abs. 2 HwO gilt. Dieses ergebe sich aus dem systematischen Aufbau des § 8 HwO. Das Erfordernis des Ausnahmefalls im ersten Absatz dieser Vorschrift habe der Gesetzgeber nicht durch den im Wege einer Novelle eingefügten zweiten Absatz aufgehoben. In den Fäl-

¹³⁸⁷ Hess. VGH, Urteil v. 18.03. 1964, GewArch 1965, 59; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 13 Rn 7.

¹³⁸⁸ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 15.

¹³⁸⁹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 97.

len des § 8 Abs. 2 HwO handele es sich lediglich um einen Unterfall der Ausnahmegewilligung des § 8 Abs. 1 HwO.¹³⁹¹ Daher entspreche es der in § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO generell normierten gesetzlichen Definition des Ausnahmefalls, die lediglich befristete Ausnahmegewilligung davon abhängig zu machen, dass die Ablegung der Meisterprüfung für den die Ausnahmegewilligung beantragenden Handwerker zwar nicht dauerhaft, wohl aber der Befristung entsprechend vorübergehend eine unzumutbare Belastung bedeuten wird, also eine zeitlich begrenzte Ausnahmesituation besteht.¹³⁹² Zeitlich danach erscheine die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller zumutbar.¹³⁹³

Dabei weist das Verwaltungsgericht des Saarlandes ausdrücklich darauf hin, dass eine befristete Ausnahmegewilligung nur dann in Betracht kommt, wenn der Zeitpunkt der Ablegung der Meisterprüfung überschaubar festgelegt werden kann.¹³⁹⁴

Eine vermittelnde Meinung vertritt in seiner ersten Entscheidung zu diesem Meinungsstreit das Verwaltungsgericht Arnberg. Das Gericht führt zunächst aus, dass aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 HwO nicht unmittelbar abgeleitet werden kann, von welchen tatbestandlichen Voraussetzungen der Anspruch auf Erteilung einer mit einschränkenden Nebenbestimmungen versehenen Ausnahmegewilligung abhängig ist. Allerdings führe der Sinnzusammenhang mit § 8 Abs. 1 HwO sowie der Gesichtspunkt, dass eine Eintragung in die Handwerksrolle ohne Erwerb des Großen Befähigungsnachweises in Ansehung des in § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO 1965 normierten Grundsatzes besonderen Ausnahmefällen vorbehalten bleiben muss, zu der Erkenntnis, dass auch im Rahmen des § 8 Abs. 2 HwO das Vorliegen eines Ausnahmegrundes zu prüfen ist. Weiter stellt das Gericht den Unterschied zwischen der befristeten und der unbefristeten Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO heraus: Die Definition des Ausnahmegrundes in § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO könne in den Fällen der befristeten Ausnahmegewilligung keine Anwendung finden, weil der mit einer befristeten Ausnahmegewilligung verfolgte Zweck, dem Antragsteller Gelegenheit zum Erwerb des Meisterbriefes zu geben, von vornherein vereitelt wird, wenn es hier zu der Feststellung der in § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO genannten unzumutbaren Belastung bedarf. Außerdem sei es gerechtfertigt, im Rahmen des § 8 Abs. 2 HwO bei Beurteilung der Ausnahmesituation geringere Anforderungen

¹³⁹⁰ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 61; zur Zulässigkeit s. u. 3. Kapitel 4. Abschnitt III. 5.1.

¹³⁹¹ BVerwG, Urteil v. 19.10. 1971, BVerwGE 39, 17, 18, 19; ebenso im Ergebnis BVerwG, Beschluss v. 01.03. 1972, GewArch 1972, 154; OVG Lüneburg, Urteil v. 31.05. 1972, GewArch 1972, 243; OVG Lüneburg, Urteil v. 27.11. 1974, GewArch 1975, 193, 194; OVG NW, Beschluss v. 09.03. 1988, GewArch 1989, 300; OVG des Saarlandes, Beschluss v. 26.06. 1989, GewArch 1989, 334; OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27; Bay. VGH, Beschluss v. 16.07. 2002, GewArch 2002, 431, 432.

¹³⁹² OVG Münster, Urteil v. 16.11. 1979, THwE, 285; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 15.01. 1988, GewArch 1989, 303; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 25.02. 1993, GewArch 1994, 68, 69.

¹³⁹³ OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165, 166.

¹³⁹⁴ VG Saarland, Gerichtsbescheid v. 04.01. 1994, AZ: 1 K 72/93, S. 10 des Urteilsabdrucks; ebenso OVG Lüneburg, GewArch 1972, 243, 244; OVG Münster, Urteil v. 16.11. 1979, THwE, 285; OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165, 166; VG Köln, Urteil v. 21.08. 1980, GewArch 1982, 176.

zu stellen als bei Prüfung des Tatbestandes des § 8 Abs. 1 HwO. Unter Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach bei der Anerkennung eines Ausnahmefalls nicht engherzig zu verfahren ist, sei unter den speziellen Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 HwO eine Abschwächung des Beurteilungsmaßstabes deshalb geboten, weil die mit einer Befristung versehene Ausnahmegewilligung ihrem Gehalt nach weniger bedeutsam als eine uneingeschränkte Genehmigung nach § 8 Abs. 1 HwO ist und die Bemühungen des Antragstellers, die Meisterprüfung nachzuholen, eine Förderung durch die zuständige Behörde verdient. Im Ergebnis verlangt das Gericht damit einen geminderten Beurteilungsmaßstab bei der Beurteilung des Ausnahmegrundes im Sinne des § 8 Abs. 2 HwO.¹³⁹⁵

Allerdings verlangt das Verwaltungsgericht Arnsberg in einer späteren Entscheidung auch für die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung außergewöhnliche und gewichtige Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass dem Eintragungsbewerber im Einzelfall die Ablegung der Meisterprüfung nicht zugemutet werden kann.¹³⁹⁶

Dagegen vertreten der Hessische Verwaltungsgerichtshof, das Oberverwaltungsgericht Koblenz, das Oberverwaltungsgericht Hamburg und das Verwaltungsgericht Köln die Meinung, dass es für die Erteilung der bis zur Ablegung der Meisterprüfung befristeten Ausnahmegewilligung nicht des Vorliegens eines Ausnahmegrundes bedarf. Denn in derartigen Fällen beruhe die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung oft gerade darauf, dass die Meisterprüfung alsbald nachgeholt werden soll. Der Antragsteller verlange im Vergleich zu einer unbefristeten Ausnahmegewilligung ein „Weniger“.¹³⁹⁷ Seine Bemühungen, die Meisterprüfung nachzuholen, verdienen die besondere Förderung durch die bewilligende Behörde.¹³⁹⁸

1.1.2. Die Meinung der Literatur

Die Literatur ist sich dagegen einig, dass die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung ebenfalls das Vorliegen eines Ausnahmefalls voraussetzt. Eine befristete Ausnahmegewilligung könne nur dann erteilt werden, wenn die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung nur für eine von vornherein sicher überschaubare und begrenzte Zeit anzunehmen ist und danach die Ablegung der Meisterprüfung als zumutbar erscheint. Wann ein Ausnahmefall vorliegt, sei nicht anders zu beurteilen als bei der unbefristeten Ausnahmegewilligung.

¹³⁹⁵ VG Arnsberg, Urteil v. 02.08. 1979, GewArch 1980, 30, 31; ebenso VG Saarland, Urteil v. 09.12. 1966, GewArch 1967, 171.

¹³⁹⁶ VG Arnsberg, Urteil v. 26.11. 1987, GewArch 1989, 299.

¹³⁹⁷ Hess. VGH, Urteil v. 18.03. 1964, GewArch 1965, 59, 60; OVG Koblenz, Urteil v. 24.03. 1965, GewArch 1966, 65, 66; OVG Hamburg, Beschluss v. 11.02. 1966, GewArch 1966, 228, 229; VG Köln, Urteil v. 30.12. 1969, GewArch 1973, 70 in Abweichung zu seiner bereits zitierten Rechtsprechung.

¹³⁹⁸ OVG Hamburg, Beschluss v. 11.02. 1966, GewArch 1966, 228, 229.

willigung.¹³⁹⁹

Küffner sieht den einzigen Unterschied zwischen befristeter und unbefristeter Ausnahmebewilligung darin, dass sie verschiedenen Ausnahmesituationen Rechnung trägt. Bei letzterem Fall würde der Ausnahmegrund den endgültigen Verzicht auf die Meisterprüfung rechtfertigen, während dem befristet eingetragenen Handwerker noch zumutbar ist, den förmlichen Befähigungsnachweis abzulegen.¹⁴⁰⁰ Für die höhere Verwaltungsbehörde bestehe somit keine Verpflichtung, eine unbeschränkte Ausnahmebewilligung zu erteilen, wenn die spätere Ablegung der Meisterprüfung noch zumutbar erscheint.¹⁴⁰¹

Ausdrücklich lehnen Fröhler/Stolz die teilweise von der Rechtsprechung vertretene Meinung ab, die für die Erteilung einer befristeten Ausnahmebewilligung gerade nicht das Vorliegen eines Ausnahmefalls voraussetzt. Ebenso könne der vermittelnden Meinung in der Rechtsprechung, wonach bei der Anerkennung eines Ausnahmefalls dann besonders großzügig verfahren werden kann, wenn der Antragsteller eine befristete Ausnahmebewilligung begehrt, um in dieser Zeit die Meisterprüfung nachzuholen, nicht gefolgt werden. Zwar begehre er dann ein „Weniger“ im Vergleich zu einer unbefristeten Ausnahmebewilligung. Dies rechtfertige aber keinen Unterschied in der Beurteilung der dafür erforderlichen Ausnahmesituation.¹⁴⁰² Auch Stork vertritt diese Auffassung; die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO seien bei einer befristeten Ausnahmebewilligung nicht anders zu beurteilen als bei einer unbefristeten Ausnahmebewilligung.¹⁴⁰³

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ verlangt ebenfalls das Vorliegen eines Ausnahmefalls als Voraussetzung für die Erteilung einer befristeten Ausnahmebewilligung. Es gelte allgemein, dass bei Vorliegen eines Ausnahmefalls und der erforderlichen Befähigung die Ausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO mit einer Nebenbestimmung versehen werden kann - auch in Form einer Befristung.¹⁴⁰⁴

¹³⁹⁹ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 70, 71; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 97, 98; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 59; Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 52, 53; Dieckmann, Die Ausnahmebewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 151; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 244; Dürr, Anmerkung zu OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 166.

¹⁴⁰⁰ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 244; ebenso Kröger, Die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 148.

¹⁴⁰¹ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 244; ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 62.

¹⁴⁰² Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 70, 71.

¹⁴⁰³ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 98; im Ergebnis ebenso Faber, Die befristete Ausnahmebewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 11; Ritgen, Die Ausnahmebewilligung im Handwerksrecht, 6; Honig, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1994, 1442–1445, 1444.

¹⁴⁰⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 124.

1.1.3. Diskussion

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 17. Juli 1961 entschieden, dass von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden soll.¹⁴⁰⁵ Daraus ist aber nicht zu folgern, dass bei der Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO auf das Erfordernis des Vorliegens eines Ausnahmegrundes zu verzichten ist. Vielmehr unterscheidet sich die befristete Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO von der unbefristeten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO lediglich dadurch, dass es dem Berufsbewerber nur vorübergehend unzumutbar ist, die Meisterprüfung abzulegen. Damit besteht der einzige Unterschied zwischen diesen Ausnahmegewilligungen lediglich darin, dass sie den jeweils verschiedenen Ausnahmesituationen Rechnung tragen. Die Rechtsprechung, die auf das Erfordernis eines Ausnahmegrundes als Voraussetzung für die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung verzichtet, ist daher abzulehnen. Gleiches gilt für die vermittelnde Rechtsprechung, die es für gerechtfertigt hält, im Rahmen des § 8 Abs. 2 HwO bei Beurteilung der Ausnahmesituation geringere Anforderungen zu stellen als bei Prüfung des Tatbestandes des § 8 Abs. 1 HwO. Richtig ist zwar, dass der Antragsteller, der lediglich eine befristete Ausnahmegewilligung begehrt, ein „Weniger“ begehrt als derjenige Berufsbewerber, der eine unbefristete Ausnahmegewilligung anstrebt. Dieses kann allerdings, auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes, nicht dazu führen, dass an das Vorliegen eines Ausnahmegrundes unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden. Denn auch Großzügigkeit hat ihre Grenzen.

Letztlich liefert die Gesetzessystematik des § 8 HwO selbst die Antwort auf die Frage, ob beziehungsweise welcher Beurteilungsmaßstab an den Ausnahmegrund bei Erteilung der befristeten Ausnahmegewilligung anzulegen ist: Wörtlich heißt es in § 8 Abs. 2 HwO, dass „die Ausnahmegewilligung“ befristet erteilt werden kann. Damit wird eindeutig Bezug genommen auf den Begriff Ausnahmegewilligung in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO. Diese Ausnahmegewilligung wird wiederum unter den in dieser Vorschrift normierten Voraussetzungen, nämlich bei Vorliegen eines Ausnahmefalls und dem Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten, erteilt. Im Ergebnis ist daher auch für die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO das Vorliegen eines Ausnahmefalls erforderlich, wobei der gleiche Beurteilungsmaßstab anzulegen ist wie bei der Erteilung einer unbefristeten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO.

¹⁴⁰⁵ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 160.

1.2. Der Nachweis der Befähigung

Einhellig wird in der Rechtsprechung¹⁴⁰⁶ und der Literatur¹⁴⁰⁷ die Meinung vertreten, dass eine befristete Ausnahmegewilligung nur dann dem Antragsteller erteilt werden darf, wenn er über die für die Ausübung eines selbstständigen Handwerks erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt. Streit besteht allerdings darüber, ob die Kenntnisse in vollem Umfang vorhanden sein müssen oder ob eine befristete Ausnahmegewilligung auch dann erteilt werden kann, wenn zu erwarten ist, dass sich der Antragsteller noch fehlende Kenntnisse und Fertigkeiten während der Befristung aneignen kann.

1.2.1. Die Meinung der Rechtsprechung

Das Bundesverwaltungsgericht urteilt einerseits in ständiger Rechtsprechung, dass die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung in jedem Fall den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten zur selbstständigen Ausübung des zu betreibenden Handwerks voraussetzt.¹⁴⁰⁸

Andererseits soll das Vorgesagte nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts nicht bedeuten, dass der Befähigungsnachweis bei Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung in jedem Fall in vollem Umfang geführt werden muss. Damit seien die Fälle gemeint, in denen Bewerber den in der Handwerksordnung vorgesehenen Ausbildungsgang noch nicht soweit abgeschlossen haben, dass sie sich bereits mit sicherer Aussicht auf Erfolg der Meisterprüfung stellen könnten, aber aus besonderen Gründen auf beschleunigte Eintragung in die Handwerksrolle mit Hilfe einer Ausnahmegewilligung Wert legen. Als besondere Gründe werden nach dieser Rechtsprechung die sofortige Übernahme eines Handwerksbetriebes durch den Sohn des plötzlich berufsunfähig gewordenen Vaters oder die einmalige günstige nicht aufschiebbare Gelegenheit zur Übernahme eines Handwerksbetriebes für eine selbstständige Existenzgrundlage anerkannt. In diesen Fällen soll die Erteilung einer zunächst befristeten Ausnahmegewilligung rechtlich zulässig sein, wenn der Berufsbewerber in der Ausbildung soweit fortgeschritten ist, das ihm die selbstständige Führung des Handwerksbetriebes auf befristete Zeit unbedenklich anvertraut und erwartet werden kann, dass er sich die ihm für den vollen Befähigungsnachweis noch fehlenden Kenntnisse und Fertigkeiten in begrenzter Zeit aneignen wird. Allerdings müsse in begrenzter Frist der volle Befähigungsnachweis, wie ihn die Handwerksordnung fordert, erbracht werden.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰⁶ Statt aller BVerwG, Beschluss v. 15.12. 1988, GewArch 1989, 272, 273.

¹⁴⁰⁷ Statt aller Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 91.

¹⁴⁰⁸ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97; BVerwG, Beschluss v. 01.03. 1972, GewArch 1972, 154; BVerwG, Beschluss v. 15.12. 1988, GewArch 1989, 272, 273.

¹⁴⁰⁹ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97; BVerwG, Urteil v. 14.10. 1965, GewArch 1966, 86, 87.

Allerdings weist das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich darauf hin, dass sich aus dem Wortlaut der „Kann-Vorschrift“ des § 8 Abs. 2 HwO ergibt, dass die für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung zuständige Behörde nicht verpflichtet ist, dem Antragsteller durch die Gewährung einer befristeten Ausnahmegewilligung die Möglichkeit einzuräumen, sich die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO erst anzueignen. In diesem Zusammenhang habe das Gericht auf die Bedenken, die sich aus der Erteilung befristeter Ausnahmegewilligungen zwecks Vorbereitung auf die Meisterprüfung ergeben, bereits mehrfach hingewiesen.¹⁴¹⁰

Das Oberverwaltungsgericht Koblenz folgt der Meinung des Bundesverwaltungsgerichts und urteilt, dass, auch wenn die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten für eine selbstständige Berufsausübung noch nicht voll nachgewiesen sind, gegebenenfalls eine befristete Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, um dem Bewerber Gelegenheit zu geben, sich die noch fehlenden Kenntnisse anzueignen.¹⁴¹¹ Für ein dahingehendes Verfahren sei aber nur Raum, sofern mindestens ein solches Maß an Kenntnissen nachgewiesen ist, dass für eine vorübergehende Zeit dem Bewerber bereits die selbstständige Betriebsführung ohne Gefahr für Dritte anvertraut werden kann.¹⁴¹² Insoweit, so das Oberverwaltungsgericht Hamburg, sind an die Sachkunde des Bewerbers für eine befristete Ausnahmegewilligung geringere Anforderungen zu stellen als für eine unbefristete.¹⁴¹³ Im Ergebnis halten es auch das Verwaltungsgericht Arnberg und das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes für zulässig, einem im Meisterprüfungsverfahren stehenden Berufsbewerber eine befristete Ausnahmegewilligung bis zum Nachweis der vollen Befähigung durch die Meisterprüfung zu erteilen.¹⁴¹⁴

Eine abweichende Meinung vertritt das Oberverwaltungsgericht Brandenburg, welches bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der befristeten Ausnahmegewilligung die volle Befähigung des Antragstellers voraussetzt.¹⁴¹⁵ Der Verwaltunggerichtshof Baden-Württemberg urteilt ebenfalls zurückhaltend: Die Ausnahmegewilligung dürfe keinesfalls erteilt werden, um dem Betroffenen erst die Möglichkeit zur Aneignung des notwendigen Prüfungsstoffs zu geben.¹⁴¹⁶

¹⁴¹⁰ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, BVerwGE 13, 317, 321, 322; BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970, GewArch 1971, 164, 165; BVerwG, Beschluss v. 01.03. 1972, GewArch 1972, 154.

¹⁴¹¹ OVG Koblenz, Urteil v. 24.03. 1965, GewArch 1966, 65, 66; ebenso VG Sigmaringen, Urteil v. 14.04. 1977, THwE, 283, 284.

¹⁴¹² OVG Koblenz, Urteil v. 24.03. 1965, GewArch 1966, 65, 66.

¹⁴¹³ OVG Hamburg, Beschluss v. 11.02. 1966, GewArch 1966, 228, 229; ebenso OVG Lüneburg, Urteil v. 31.05. 1972, GewArch 1972, 243, 244.

¹⁴¹⁴ VG Arnberg, Urteil v. 02.08. 1979, GewArch 1980, 30, 31; OVG des Saarlandes, Beschluss v. 26.06. 1989, GewArch 1989, 334.

¹⁴¹⁵ OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165, 166.

¹⁴¹⁶ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 15.01. 1988, GewArch 1988, 303, 304; ebenso VG Freiburg, Urteil v. 01.10. 1985, GewArch 1986, 273, 274.

1.2.2. Die Meinung der Literatur

Auch die Literatur kommt in dieser Frage zu keinem einheitlichen Ergebnis. Küffner differenziert zwischen verschiedenen Sachverhalten: Einerseits könne eine befristete Ausnahmegewilligung nicht zu dem Zweck erteilt werden, dass der Antragsteller sich die notwendige Befähigung erst aneignet. Eine andere Situation liege aber vor, wenn der Antragsteller in seiner Ausbildung bereits soweit fortgeschritten ist, dass ihm die selbstständige Führung des Handwerksbetriebes auf befristete Zeit unbedenklich anvertraut werden kann und zu erwarten ist, dass er sich die noch fehlenden Kenntnisse und Fertigkeiten in begrenzter Zeit aneignen wird. Allerdings seien diese Fälle äußerst sorgfältig zu prüfen, da sie Grenzfälle darstellen. Stets müsse dabei berücksichtigt werden, dass das Gesetz die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vom Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten abhängig macht.¹⁴¹⁷ Ergänzend weist Ritgen, der dieser Meinung folgt, darauf hin, dass es mit dem Gesetz nicht vereinbar ist, von jeglichem Befähigungsnachweis vor Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung abzusehen und diesen Nachweis unter Umständen über Jahre hinweg zurückzustellen.¹⁴¹⁸

Dieser vermittelnden Meinung folgt auch Stork. Einerseits könne einem Antragsteller ohne ausreichenden Befähigungsnachweis keine befristete Ausnahmegewilligung erteilt werden in der Erwartung, dass er sich die für einen vollen Befähigungsnachweis fehlenden Kenntnisse und Fertigkeiten in der begrenzten Zeit noch aneignen wird. Andererseits hält Heck eine Befristung dann für zulässig, wenn der nächste Meisterkurs im Kammerbezirk in zumutbarer Entfernung erst nach einer bestimmten Zeitspanne anläuft und dem Antragsteller eine kurzfristige Ablegung der Meisterprüfung deshalb nicht zugemutet werden kann.¹⁴¹⁹

Dieckmann erkennt ebenfalls die Problematik des vollen Befähigungsnachweises, will sie aber über den Weg einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO lösen. Die Erteilung einer befristeten Ausnahmegenehmigung dürfe nicht zu einer Durchbrechung des Befähigungsgrundsatzes führen. Es verbiete sich daher, die Ausnahmegewilligung zu dem Zweck zu erteilen, den Antragsteller in die Lage zu setzen, sich die zur Führung eines Handwerksbetriebes notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten erst anzueignen. Vielmehr müsse der Bewerber - mit Ausnahme des examenstypischen Stoffes und der berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse - den Befähigungsnachweis erbringen. Kann der Bewerber die das ganze Handwerk umfassende Befähigung nicht dartun, komme allenfalls eine auf

¹⁴¹⁷ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 243, 244.

¹⁴¹⁸ Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 6, 7.

¹⁴¹⁹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 91, 98.

einen Teilbereich beschränkte Ausnahmegewilligung in Betracht.¹⁴²⁰ Es erscheine nicht unbedenklich, wenn vereinzelt Formulierungen verwandt werden, die die Deutung zulassen, bei einer befristeten Ausnahmegewilligung seien Abstriche hinsichtlich der Befähigung möglich und zulässig.¹⁴²¹

Dagegen verlangen Detterbeck und Fröhler/Stolz den vollen Befähigungsnachweis, also das vollumfängliche Vorhandensein und den Nachweis der zur selbstständigen Ausübung des vom Antragsteller zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zum Zeitpunkt der Erteilung der befristeten Ausnahmegewilligung. Es sei unzulässig, einen Berufsbewerber, der nicht den Besitz der erforderlichen meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen hat, eine befristete Ausnahmegewilligung zu erteilen in der Erwartung, dass er in einer später nachzuholenden Meisterprüfung oder in einem weiteren Ausnahmegewilligungsverfahren erst den vollen Befähigungsnachweis erbringt. Diese Ansicht finde im Gesetz keine Stütze und sichere nicht gegen das Eindringen unqualifizierter Kräfte in den Beruf. Die befristete Erteilung der Ausnahmegewilligung verfolge allein den Zweck, die Eintragung des Antragstellers schon vor Ablegung der Meisterprüfung zu ermöglichen, nicht hingegen den Zweck, dem Bewerber Gelegenheit zu geben, sich die noch fehlenden Kenntnisse anzueignen. Zudem lasse sich der notwendige Umfang der Kenntnisse und Fertigkeiten, um auf befristete Zeit einen Handwerksbetrieb führen zu können, kaum abgrenzen, da gar nicht absehbar ist, welche Aufträge in dieser Zeit an den Handwerker herangetragen werden.¹⁴²²

1.2.3. Diskussion

Ein Berufsbewerber muss in jedem Fall die zur selbstständigen Ausübung seines Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen. Dieser Grundsatz muss auch dann gelten, wenn der Berufsbewerber eine befristete Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO begehrt. Nur so können Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks als wichtiges Interesse der Gesellschaft gesichert werden. Es kann daher nicht gerechtfertigt sein, an die Befähigung des Bewerbers für eine befristete Ausnahmegewilligung geringere Anforderungen zu stellen als an eine unbefristete. Insbesondere ist es nicht geboten, dem Antragsteller eine befristete Ausnahmegewilligung zu dem Zweck zu erteilen, sich erst die zur Führung eines Handwerksbetriebes notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten anzueignen. Dieses würde dem Grundsatz des Nachweises der Befähigung auch im Ausnahmegewil-

¹⁴²⁰ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 151; ebenso Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 149.

¹⁴²¹ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 151.

¹⁴²² Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 59; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 72.

ligungsverfahren zuwiderlaufen.

Allerdings sind sehr wohl Grenzfälle denkbar, in denen der Berufsbewerber bereits über ein solches Maß an Kenntnissen und Fertigkeiten verfügt, dass ihn in die Lage versetzen, einen Handwerksbetrieb über einen überschaubaren und eng begrenzten Zeitraum bereits verantwortlich zu führen. In diesen eng zu begrenzenden Fällen ist es gerechtfertigt, dem Antragsteller eine befristete Ausnahmegewilligung zu erteilen.

Die von Dieckmann vorgeschlagene Lösung dieses Problems über die Erteilung einer beschränkten Ausnahmegewilligung erscheint wenig sinnvoll. Denn die Erteilung einer beschränkten Ausnahmegewilligung setzt ja voraus, dass die Beschränkung auf den wesentlichen Teil eines Handwerks überhaupt möglich ist. Zum anderen wird der Berufsbewerber, der eine unbefristete Ausnahmegewilligung anstrebt, in der Praxis in allen Tätigkeitsbereichen über den gleichen Stand an Kenntnissen und Fertigkeiten verfügen.

2. Die Länge der Befristung

Die Länge einer Befristung im Verwaltungsrecht muss nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als solche und hinsichtlich des dadurch bestimmten Zeitraumes angemessen sein. Die Behörde hat daher bei ihrer Festsetzung insbesondere die Art des in Frage stehenden Verwaltungsaktes und die näheren Umstände, die durch den Verwaltungsakt geregelt werden sollen, zu berücksichtigen. Dabei ist die Befristung vor allem ein Mittel, um den Erfordernissen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen, wenn die künftige Entwicklung der maßgeblichen Sach- oder Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses noch nicht hinreichend übersehbar ist.¹⁴²³

Die befristete Ausnahmegewilligung hat den Zweck, dem Antragsteller Zeit zu geben, den förmlichen Befähigungsnachweis nachträglich zu erbringen unter gleichzeitiger Ermöglichung zur selbstständigen Berufsausübung. Aus diesem mit der Befristung verfolgten Zweck ergibt sich auch die Länge der Befristung einer Ausnahmegewilligung.

Allerdings lässt es der Ausnahmecharakter der Ausnahmegewilligung nicht zu, auf den in einer Meisterprüfung erworbenen Nachweis der für die Führung eines Handwerksbetriebes erforderlichen Qualifikation für einen unübersehbaren Zeitraum zu verzichten.¹⁴²⁴ Daher widerspricht bei der Wahl der Länge der Befristung eine allzu lange Frist dem Sinn der Sache.¹⁴²⁵ Vielmehr soll eine nicht allzu lang bemessene Frist dem Antragsteller ein Ansporn sein, die Vorbereitung auf die Meisterprüfung intensiv zu betreiben und die Prüfung in der

¹⁴²³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 17.

¹⁴²⁴ VG Saarland, Gerichtsbescheid v. 04.01. 1994, AZ: I K 72/93, S. 11 des Urteilsabdrucks; OVG des Saarlandes, Beschluss v. 26.06. 1989, GewArch 1989, 334, 335.

¹⁴²⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 52.

kürzestmöglichen Zeit zu absolvieren.¹⁴²⁶

Andererseits darf die Frist nicht früher enden als es dem Antragsteller zumutbar ist, die zum Zeitpunkt der Erteilung der befristeten Ausnahmegewilligung unzumutbare Meisterprüfung abzulegen. Die Frist darf daher keinesfalls vor dem nächsten Meisterprüfungstermin des zuständigen Meisterprüfungsausschusses enden; vielmehr hat sie sich zweckmäßigerweise am nächstmöglichen Meisterprüfungstermin zu orientieren.¹⁴²⁷

Die Handwerkskammern haben sowohl bei ihrer Stellungnahme zu dem Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung, spätestens aber bei der Eintragung in die Handwerksrolle in Kenntnis der Befristung eigenständig zu prüfen, ob das Ablegen der Meisterprüfung innerhalb der Frist im eigenen Kammerbezirk oder aber in anderen Kammernbezirken möglich ist, ob also innerhalb dieser Frist Vorbereitungskurse und Prüfungstermine angeboten werden. Es gehört zu der notwendigen Fürsorge gegenüber Kammermitgliedern, sie hier zu beraten und auch bei der Verschiebung von Prüfungsterminen auf die laufenden Ausnahmegewilligungen Rücksicht zu nehmen.¹⁴²⁸

In der Verwaltungspraxis ist eine Befristung auf ein Jahr üblich.¹⁴²⁹ Eine über diese Zeitdauer hinausgehenden Frist ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände gerechtfertigt, wobei eine Frist von höchstens zwei Jahren als Obergrenze anzunehmen ist.¹⁴³⁰ Denn derjenige Berufsbewerber, der längere Zeit benötigt, um sich erst die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Teilnahme an einem Kursus zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung anzueignen, besitzt nicht die zur selbstständigen Handwerksausübung notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten. Eine Befristung für die Dauer von vier Jahren¹⁴³¹ oder sogar für die Dauer von fünf Jahren¹⁴³² ist dementsprechend zu lang. Die entgegenstehende Meinung von Kröger, der dem Antragsteller im Regelfall stets eine Frist von zwei bis drei Jahren zugestehen und diese Frist nur dann abkürzen will, wenn sich der Antragsteller bereit erklärt, die Meisterprüfung früher abzulegen, ist hingegen abzulehnen.¹⁴³³ Bei einer solch langen Frist handelt es sich nicht mehr um einen überschaubaren Zeitpunkt, für den auf die Führung des Befähigungsnachweises verzichtet werden kann.

¹⁴²⁶ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 74; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 99.

¹⁴²⁷ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 73; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 99; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 52; VG Meiningen, Gerichtsbescheid v. 21.03. 1996, GewArch 1996, 483, 484.

¹⁴²⁸ Dürr, Anmerkung zu OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999, GewArch 1999, 165-166, 166.

¹⁴²⁹ Vgl. VG Bayreuth, Urteil v. 23.09. 1980, THwE, 285, 286; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 52.

¹⁴³⁰ VG Köln, Urteil v. 30.12. 1969, GewArch 1973, 70; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 99.

¹⁴³¹ Vgl. VG Köln, Urteil v. 30.12. 1969, GewArch 1973, 70.

¹⁴³² Vgl. VG Gelsenkirchen, Urteil v. 04.08. 1966, GewArch 1967, 115.

¹⁴³³ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145-152, 148.

Zwar vertritt das Bundesverwaltungsgericht die Meinung, dass bei der Bemessung der Frist zu berücksichtigen ist, dass ein Handwerker, der aufgrund einer befristeten Ausnahmegewilligung die selbstständige Leitung eines Handwerksbetriebes übernimmt, in aller Regel gewissen Anfangsschwierigkeiten, wie sie sich häufig in jungen Betrieben ergeben, gegenüberstehen wird. Diese erforderten gerade in der ersten Zeit nach der Betriebsübernahme einen verstärkten persönlichen Einsatz; in dieser Anfangsperiode fehlten dem Berufsbewerber daher vielfach die Zeit und die Mittel, namentlich an auswärts stattfindenden Meisterkursen teilzunehmen.¹⁴³⁴ Daraus kann allerdings nicht gefolgert werden, dass es sich bei der befristeten Ausnahmegewilligung um eine Dauerlösung handelt. Vielmehr ist die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung eine vorläufige Maßnahme, die innerhalb begrenzter Frist den vollen Befähigungsnachweis, wie ihn die Handwerksordnung erfordert, verlangt.¹⁴³⁵

3. Der Ablauf der Befristung

Wenn die dem Antragsteller bei Erteilung der befristeten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO gesetzte Frist abläuft, liegen die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle nicht mehr vor. Die Eintragung des Gewerbetreibenden ist von der Handwerkskammer daher gemäß § 13 Abs. 1 2. Alternative HwO zu löschen.¹⁴³⁶ Insoweit ist der Handwerkskammer nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 HwO kein weitergehendes Ermessen eingeräumt. Denn die Prüfungspflicht der Handwerkskammer beschränkt sich lediglich auf die formellen Löschungsvoraussetzungen, bei deren Vorliegen die Löschung von Amts wegen vorzunehmen ist, nicht hingegen etwa auch darauf, ob materiell die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung erfüllt sind.¹⁴³⁷ Das Vorgesagte gilt auch dann, wenn der Gewerbetreibende einen neuen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung gestellt hat.¹⁴³⁸ Die Handwerkskammer ist sogar dann zur Löschung verpflichtet, wenn der eingetragene Handwerker unmittelbar vor dem erfolgreichen Abschluss der Meisterprüfung steht.¹⁴³⁹

4. Der Anwendungsbereich der befristeten Ausnahmegewilligung

Eine Ausnahmegewilligung kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO vorliegen, grundsätzlich befristet werden, und zwar unabhängig davon, welcher Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO gegeben ist. In der Praxis allerdings haben sich bestimmte Fallgruppen herausgebildet, in denen eine Ausnahmegewilligung mit einer Befris-

¹⁴³⁴ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 98; ebenso Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 99.

¹⁴³⁵ Ausdrücklich auch BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 98.

¹⁴³⁶ VG Oldenburg, Urteil v. 25.09. 1964, GewArch 1965, 232, 233; VG Saarland, Gerichtsbescheid v. 04.01. 1994, AZ: 1 K 72/93, S. 11 des Bescheidabdrucks; VG Düsseldorf, Urteil v. 15.07. 1965, THwE, 234; Taubert, in: Schwannecke, HwO, § 13 Rn 6; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 62, § 13 Rn 65.

¹⁴³⁷ VG Minden, Urteil v. 25.11. 1976, GewArch 1977, 227; VG Meiningen, Gerichtsbescheid v. 21.03. 1996, GewArch 1996, 483, 484.

¹⁴³⁸ Bay. VGH, Urteil v. 17.07. 1969, GewArch 1970, 110, 111; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 13 Rn 8.

tung erteilt wird. Die Aussage, wonach die befristete Ausnahmegewilligung vor allem von jungen Bewerbern angestrebt wird,¹⁴⁴⁰ kann in ihrer Allgemeinheit allerdings nicht bestätigt werden.

4.1. Betriebsübernahme, lange Wartezeiten auf Meisterkurse und Meisterprüfung

Besondere Gründe, die die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung rechtfertigen, sind die sofortige Betriebsübernahme des Handwerksbetriebes durch den Sohn des plötzlich berufsunfähig gewordenen Vaters oder eine einmalig günstige Gelegenheit für den Berufsbewerber, sich durch eine nicht aufschiebbare Übernahme eines Handwerksbetriebes eine selbstständige Existenzgrundlage zu schaffen.¹⁴⁴¹ Umstände im Sinne einer plötzlichen und unerwarteten Entwicklung, die für eine begrenzte Übergangszeit die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung rechtfertigen, sind ebenfalls der plötzliche Tod des Betriebsinhabers oder Betriebsleiters.¹⁴⁴² Auch Wartezeiten auf den nächsten Meisterkurs im Kammerbezirk, der in zumutbarer Entfernung erst nach einer bestimmten Zeitspanne anläuft, rechtfertigen die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung.¹⁴⁴³ Ebenfalls ist durchaus denkbar, dass der Berufsbewerber wegen erheblicher Unterhaltsverpflichtungen, die aber wegen des bevorstehenden Wegfalls der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten, zum Beispiel wegen Aufnahme einer entgeltlichen Arbeit, zeitlich begrenzt sind, eine befristete Ausnahmegewilligung erhält, weil ihm die Kosten des Meisterprüfungsverfahrens zeitlich beschränkt nicht zugemutet werden können.¹⁴⁴⁴

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ führt bestimmte Sachverhalte an, bei deren Vorliegen eine Ausnahmegewilligung grundsätzlich zu befristen ist. So sei bei unzumutbar langen Wartezeiten für Kurse zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung die Ausnahmegewilligung grundsätzlich mit einer Befristung zu erteilen. Gleiches soll gelten, wenn die Wartezeit für die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar sei oder die Gelegenheit zur Betriebsübernahme als Ausnahmegrund anerkannt werde. Eine erneute Befristung soll zu erteilen sein, wenn sich die Ablegung der Meisterprüfung aufgrund von Umständen verzögert hat, die vom Antragsteller nicht zu vertreten sind. Ebenso wäre zu verfahren, wenn die erteilte Frist nicht ausreichend gewesen ist, zum Beispiel weil der Kandidat die Meisterprüfung nicht

¹⁴³⁹ VG Minden, Urteil v. 25.11. 1976, GewArch 1977, 227.

¹⁴⁴⁰ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 62.

¹⁴⁴¹ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97; kritisch zur Betriebsübernahme als Ausnahmegrund Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 6; ausführlich dazu 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 3.3.7.

¹⁴⁴² VG Saarland, Gerichtsbescheid v. 04.01. 1994, AZ: 1 K 72 / 93, S. 9 des Bescheidabdrucks.

¹⁴⁴³ OVG Lüneburg, Urteil v. 31.05. 1972, GewArch 1972, 243, 244.

¹⁴⁴⁴ Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 9; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 98.

bestanden hat und diese wiederholen will.¹⁴⁴⁵

Dem Vorgesagten kann allerdings nur unter der Voraussetzung zugestimmt werden, dass im jeweiligen Einzelfall ein Ausnahmegrund vorliegt. So reicht allein der Wille des Berufsbewerbers, nach Versagen in der Meisterprüfung diese zu wiederholen, für sich allein nicht aus.¹⁴⁴⁶

4.2. Die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung in „Prüfungsfällen“

Umstritten ist insbesondere die Verwaltungspraxis, eine befristete Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO in den sogenannten „Prüfungsfällen“ zu erteilen. Hier handelt es sich um den Personenkreis der Meisterprüfungskandidaten, die im Prüfungsverfahren stehen, die Meisterprüfung aber noch nicht erfolgreich abgelegt haben und während dieses Prüfungsverfahrens einen Antrag auf die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung stellen. Zu Recht weist Faber auf die erhebliche praktische Bedeutung dieser sogenannten „Prüfungsfälle“ bei Erteilung von befristeten Ausnahmegewilligungen hin.¹⁴⁴⁷

4.2.1. Befristung in „Prüfungsfällen“ unzulässig

Faber lehnt im Ergebnis in den sogenannten Prüfungsfällen die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung im Sinne des § 8 Abs. 2 HwO ab. Hat der um eine Ausnahmegewilligung nachsuchende Handwerker mit dem Meisterprüfungsverfahren begonnen, so sei sein Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung zurückzuweisen, weil er bereits bewiesen hat, dass ihm die Ablegung der Meisterprüfung zumutbar ist. Keine Belastung, auch nicht eine Prüfungsbelastung, könne zumutbarer sein als die, die sich der angeblich unzumutbar Belastete selbst auferlegt. Es sei kaum denkbar, dass Umstände vorliegen können, die in solchen Fällen noch einen Ausnahmefall begründen. Zudem gäbe die Bewilligungsbehörde, wenn sie in diesen Fällen einen Ausnahmefall annehmen, gleichzeitig zu erkennen, dass dem Prüfling die weitere Durchführung der Meisterprüfung nicht zugemutet werden kann. Der Prüfungskandidat müsste demnach mit dem weiteren Prüfungsverfahren aussetzen und dennoch die vorläufige Erlaubnis zum Führen eines Handwerksbetriebes erhalten. Dass der Prüfling von weiteren Prüfungsverfahren aber gerade nicht entbunden, sondern von der Bewilligungsbehörde gerade zum Gegenteil angehalten wird, ergäbe sich aus der Befristung der Ausnahmegewilligung bis zur bestandenen Meisterprüfung. Denn der Bewerber werde geradezu gezwungen, das Prüfungsverfahren fortzusetzen. Diese Aufforderung stehe aber im Widerspruch zu der rechtlichen Annahme der Bewilligungsbehörde, es liege ein Ausnahme-

¹⁴⁴⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 123.

¹⁴⁴⁶ Bay. VGH, Beschluss v. 16.07. 2002, GewArch 2002, 431, 432.

fall vor, der es dem Bewerber unzumutbar macht, die Meisterprüfung zu durchlaufen.¹⁴⁴⁸

Gleichfalls werde die Erteilung der Ausnahmegewilligung in Prüfungsfällen auch nicht den Anforderungen gerecht, die das Bundesverfassungsgericht an den Befähigungsnachweis gestellt hat. Die Auswegfunktion der Ausnahmegewilligung, die das Bundesverfassungsgericht nicht zuletzt auch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten herausgestellt hat, verbiete die Anwendung der Ausnahmegewilligung über das unbedingt Notwendige hinaus. Die Prüfungsfälle gehörten aber offensichtlich nicht zu diesem Minimalbereich, in dem sich die Ausnahmegewilligung zu bewegen hat. Eine entgegenstehende Praxis würde ein Alternativverfahren zur Meisterprüfung schaffen, das weder vom Gesetzgeber noch von der Rechtsprechung so gewollt ist und zu einer Möglichkeit führen, das gesetzliche Erfordernis der Meisterprüfung, wenn auch nur zeitweise, zu unterlaufen. Das zu befürchtende Alternativverfahren „Ausnahmegewilligung“ rücke die nachzuweisende Fertigkeit des Bewerbers so stark in den Hintergrund, dass das vom Gesetz mit gutem Grund vorgeschriebene Beweisverfahren in unzulässiger Weise verkürzt wird. Im Ergebnis würde eine Bevorzugung derjenigen erfolgen, die sich zunächst dem ordentlichen Meisterprüfungsverfahren stellen; dies sei sachlich kaum zu rechtfertigen. Zudem sei unsicher, ob der Prüfungskandidat die Meisterprüfung überhaupt bestehen wird.

Zusammenfassend stellt Faber fest, dass § 8 HwO offensichtlich Fälle betrifft, die sich von den Prüfungsfällen so wesentlich unterscheiden, dass es gegenüber diesen Bewerbern um die Ausnahmegewilligung nur gerecht ist, die angehenden Meister vom Anwendungsbereich der Ausnahmegewilligung auszunehmen.

4.2.2. Befristung in „Prüfungsfällen“ zulässig

Das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes kommt bei der Beurteilung von Prüfungsfällen zu einem differenzierten Ergebnis: Zunächst bedeute die Ablegung der Meisterprüfung für den im Meisterprüfungsverfahren bestehenden Berufsbewerber keine unzumutbare Belastung, da er sich ja der Meisterprüfung stellen will. Allerdings müsse über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehend mit Rücksicht auf das Grundrecht der Berufsfreiheit erwogen werden, ob die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung auch dann in Betracht kommt, wenn der Antragsteller kurz vor der Ablegung der Meisterprüfung steht. Das komme indes nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall besondere Umstände im Sinne einer plötzlichen und unerwarteten Entwicklung wie beispielsweise Tod des Betriebsinhabers oder des Betriebsleiters vorliegen, die die Versagung einer Ausnahmegewilligung für eine begrenzte

¹⁴⁴⁷ Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, Gew-Arch 1987, 6–12, 6.

¹⁴⁴⁸ Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, Gew-Arch 1987, 6–12, 6 ff.

Übergangszeit als besondere Härte erscheinen lassen und den Fall zum Ausnahmefall machen. Hingegen sei diese Voraussetzung dann nicht erfüllt, wenn sich der Berufsbewerber dazu entschieden hat, einen Betrieb zu eröffnen, ohne die gesetzlichen Voraussetzungen, die für die Eintragung in die Handwerksrolle erforderlich sind, zu erfüllen.¹⁴⁴⁹

In der Literatur halten auch Honig/Knörr im Ergebnis die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung in Prüfungsfällen für möglich, wenn sie die Meinung von Faber, allerdings ohne weitere Begründung, ablehnen.¹⁴⁵⁰

4.2.3. Diskussion

Die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung muss auch in den Fällen möglich sein, in denen der Berufsbewerber sich bereits im Meisterprüfungsverfahren befindet.

Zwar spricht zunächst die Tatsache, dass er sich bereits der Prüfung, deren Verfahren noch nicht abgeschlossen hat, gestellt hat, gegen das Vorliegen eines Ausnahmegrundes. Würde man der Auffassung von Faber, der in diesen Fällen einen Ausnahmegrund ablehnt, folgen, käme man allerdings zu dem Ergebnis, dass der Antragsteller, der sich im Prüfungsverfahren befindet, schlechter gestellt wird als der, der die Meisterprüfung zu einem späteren Termin ablegen will. Bietet sich beispielsweise die anerkennungswürdige Möglichkeit einer Betriebsübernahme, wäre es unbillig, nur dem Antragsteller eine befristete Ausnahmegewilligung zu erteilen, der sich noch nicht im Prüfungsverfahren befindet. Eine dahingehende Verwaltungspraxis wäre engherzig und nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu vereinen. Die Argumentation von Faber, der Bewerber werde gezwungen, das Prüfungsverfahren fortzusetzen, wobei dies im Widerspruch zur Annahme eines Ausnahmegrundes steht, der es dem Bewerber unzumutbar macht, die Meisterprüfung zu durchlaufen, geht fehl. Denn die Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung bedeutet, dass die Ablegung der Meisterprüfung dem Antragsteller nur für einen bestimmten Zeitraum, hier für die Dauer des gesamten Prüfungsverfahrens selbst bis zu dessen Abschluss, unzumutbar ist.

Allerdings gilt das Vorgesagte nur dann, wenn der Antragsteller seine Befähigung nachgewiesen hat. Das bedeutet, dass, wie auch in anderen Fällen der Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung, ein solches Maß an Kenntnissen und Fertigkeiten beim Antragsteller vorhanden ist, dass ihm für einen überschaubaren Zeitraum die selbstständige Führung eines Handwerksbetriebes gestattet werden kann.

¹⁴⁴⁹ OVG des Saarlandes, Beschluss v. 26.06. 1989, GewArch 1989, 334, 335; ebenso VG Arnsberg, Urteil v. 02.08. 1979, GewArch 1980, 30, 31; VG Saarland, Gerichtsbescheid v. 04.01. 1994, AZ: K 72 / 93, S. 8, 9 des Bescheidabdrucks; VG Oldenburg, Urteil v. 27.01. 1993, GewArch 1994, 69, 70.

¹⁴⁵⁰ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 50.

5. Die Befristung und das Verlangen nach Ablegung der Meisterprüfung

In der Praxis wird im Fall der Befristung der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO nicht selten gleichzeitig vom Berufsbewerber verlangt, dass er bis zu einem festgesetzten Zeitpunkt die Meisterprüfung ablegt.

Bezüglich dieser Forderung der Verwaltungsbehörde besteht in Rechtsprechung und Literatur in zweierlei Hinsicht Streit: Einerseits ist umstritten, ob von dem Antragsteller nach Ablauf der befristeten Ausnahmegewilligung überhaupt verlangt werden kann, den Befähigungsnachweis ausschließlich durch die Meisterprüfung zu führen. Andererseits ist, soweit diese Forderung der Verwaltungsbehörde als zulässig erachtet wird, umstritten, welchen Rechtscharakter diese Forderung hat, ob es sich also möglicherweise um eine Nebenbestimmung handelt und wenn, dann um welche.

5.1. Die Zulässigkeit des Verlangens der Ablegung der Meisterprüfung nach Ablauf der Befristung

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt in seinem Urteil vom 26. Januar 1962 die Meinung, dass es mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist, dass bei Erteilung der befristeten Ausnahmegewilligung vom Antragsteller verlangt wird, den Befähigungsnachweis nur durch Ablegung der Meisterprüfung zu führen. Zwar sei innerhalb der gewährten Frist der Nachweis der vollen Befähigung zu führen. Ein solches Verlangen ergebe sich zwangsläufig aus dem Gesetz, das auch für die Ausnahmegewilligung grundsätzlich etwa die gleiche Befähigung voraussetzt, wie sie auch in der Meisterprüfung nachgewiesen werden muss. Allerdings müsse es dem befristet eingetragenen Handwerker überlassen bleiben, ob er den für die Aufrechterhaltung dieser Eintragung auf Dauer erforderlichen Nachweis der vollen Befähigung durch Nachholung der Meisterprüfung oder auf eine andere geeignete Weise führen will. Insbesondere müsse berücksichtigt werden, dass ein auf Grund einer befristeten Ausnahmegewilligung eingetragener Handwerker gerade durch die selbstständige Leitung seines noch jungen Betriebes häufig in der ersten Zeit nach der Betriebsübernahme einen verstärkten persönlichen Einsatz leisten muss. Dadurch bedingt seien Zeit- und Geldmangel, die ihn daran hindern, namentlich an auswärts stattfindenden Meisterkursen teilzunehmen.¹⁴⁵¹

Während Ritgen dieser Meinung mit gleicher Begründung folgt,¹⁴⁵² ist in der weiteren Literatur die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts auf Ablehnung gestoßen. Nach Meinung von Küffner besteht kein Wahlrecht des Antragstellers dahingehend, dass er sich nach Ab-

¹⁴⁵¹ BVerwG, Urteil v. 26.01.1962, GewArch 1962, 95, 97.

¹⁴⁵² Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, 6.

lauf der befristeten Ausnahmegewilligung aussuchen kann, ob er den Nachweis seiner Befähigung durch die Meisterprüfung oder auf andere geeignete Art und Weise führen will. Vielmehr stehe der befristet eingetragene Handwerker lediglich vor der Alternative, nach Ablauf der Frist bei Beantragung einer erneuten Ausnahmegewilligung die - erneute oder weiterhin bestehende - Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung nachweisen zu müssen, oder aber zwischenzeitlich die Meisterprüfung abzulegen. Der entgegenstehenden Meinung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁴⁵³ könne aus den genannten Erwägungen nicht gefolgt werden.¹⁴⁵⁴ Auch Fröhler/Stolz halten das Verlangen der Verwaltungsbehörde, dass der Befähigungsnachweis nur durch Ablegung der Meisterprüfung zu führen sei, in jedem Fall für zulässig. Eine befristete Ausnahmegewilligung könne überhaupt nur erteilt werden, wenn dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung zwar in der Vergangenheit und zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht zugemutet werden kann, in der Zukunft aber noch zumutbar ist. Wenn später Ereignisse eintreten, die eine Unzumutbarkeit auch für die Zukunft begründen, müsse ein neuer Ausnahmegewilligungsantrag gestellt werden.¹⁴⁵⁵ Deppenbrock ergänzt, dass das Bundesverwaltungsgericht diese Gesichtspunkte bei seiner Entscheidung nicht genügend berücksichtigt hat. Gerade die vom Bundesverwaltungsgericht beanstandete Forderung nach dem Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung trage dem Umstand, dass der Ausnahmetatbestand nur eine beschränkte Zeit vorliegt, in besonders sachdienlicher Weise Rechnung.¹⁴⁵⁶

In der Rechtsprechung hält es die überwiegende Meinung, abweichend zur oben dargestellten Meinung des Bundesverwaltungsgerichts, ebenfalls für zulässig, von dem mit einer befristeten Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle eingetragenen Berufsbewerber den vollen Befähigungsnachweis durch Ablegung der Meisterprüfung zu verlangen. Das Verwaltungsgericht Braunschweig stellt dazu fest, dass eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO auch befristet erteilt werden kann. Es stehe aber dem Bewerber nicht frei, ob er seine Kenntnisse durch die Meisterprüfung oder anderweitig nachweisen will.¹⁴⁵⁷

Eine vermittelnde Meinung vertritt das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg: Wenn die Verwaltung den Ausnahmefall in der Person des Bewerbers bejaht, der volle Befähigungsnachweis aber noch nicht geführt ist, sei eine befristete Ausnahmegewilligung mit der Auflage angebracht, dass der Bewerber in befristeter Zeit den vollen Befähigungsnachweis durch die

¹⁴⁵³ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97.

¹⁴⁵⁴ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 246, 247.

¹⁴⁵⁵ Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 69.

¹⁴⁵⁶ Deppenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1066; ebenso Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 148; Honig, HwO, 3. A., § 8 Rn 48; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 98, 99.

¹⁴⁵⁷ VG Braunschweig, Urteil v. 19.12. 1963, GewArch 1964, 252, 253.

Meisterprüfung oder auf andere Weise zu führen hat. Ist hingegen in der Person des Bewerbers zwar zur Zeit der Antragstellung ein Ausnahmefall gegeben, der aber nach einem bestimmten, sicher überschaubaren Zeitablauf wegfallen wird, sei es zulässig, eine befristete Ausnahmegewilligung an die Forderung zu knüpfen, innerhalb der gesetzten Frist die Meisterprüfung abzulegen. Nur insoweit könne das Gericht der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung, die eine befristete Ausnahmegewilligung auch unter der Forderung für zulässig erachtet, die Meisterprüfung innerhalb der gesetzlichen Frist abzulegen, folgen.¹⁴⁵⁸

Bei der Beantwortung der Frage, welcher der dargestellten Meinungen der Vorzug zu geben ist, ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich die Meisterprüfung die handwerksrechtliche Berufszulassungsvoraussetzung ist. Dagegen hat die Vorschrift des § 8 HwO den Charakter eines Ausnahmetatbestandes; sie verfolgt den Zweck, unzumutbare Härten zu vermeiden, die die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller bedeuten würde. Das kann aber nicht bedeuten, dass der Berufsbewerber ein dahingehendes Wahlrecht hat, ob er seine Befähigung durch die Meisterprüfung oder in einem Ausnahmegewilligungsverfahren nachweist. Sinn einer befristeten Ausnahmegewilligung ist es, gegenüber dem Berufsbewerber für einen bestimmten Zeitraum auf die Führung des förmlichen Befähigungsnachweises durch Ablegung der Meisterprüfung zu verzichten, da dies für ihn eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Nach Ablauf dieser Frist ist dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung hingegen zumutbar. Damit kann ihm aber auch kein Wahlrecht zustehen, auf welchem Wege er seine Befähigung nachweist; die entgegenstehende Meinung des Bundesverwaltungsgerichts und Ritgens ist daher abzulehnen. Auch die vermittelnde Meinung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg vermag nicht zu überzeugen. Denn auch sie verkennt, dass bei der Erteilung einer befristeten Ausnahmegewilligung für den Antragsteller grundsätzlich kein Wahlrecht bezüglich des Befähigungsnachweises besteht.

5.2. Der Rechtscharakter der Forderung nach Ablegung der Meisterprüfung nach Ablauf der Befristung

Streit besteht in Rechtsprechung und Literatur auch über den Rechtscharakter der Forderung der Verwaltungsbehörde an den Berufsbewerber, die Meisterprüfung innerhalb einer bestimmten Frist abzulegen.

Diesbezüglich vertreten das Bundesverwaltungsgericht, das Oberverwaltungsgericht Lüneburg, das Verwaltungsgericht Saarland und das Sächsische Oberverwaltungsgericht die Meinung,

¹⁴⁵⁸ OVG Lüneburg, Urteil v. 31.05. 1972, GewArch 1972, 243, 244; OVG Lüneburg, Urteil v. 27.11. 1974, GewArch 1975, 193, 194.

dass es sich dabei um eine Auflage als Nebenbestimmung im Sinne des § 8 Abs. 2 HwO handelt.¹⁴⁵⁹ In der Literatur wird diese Meinung von Kröger, Depenbrock und Faber vertreten.¹⁴⁶⁰

Dagegen ist die Regelung, mit der die Ablegung der Meisterprüfung bis zu einem gewissen Zeitpunkt verlangt wird, nach Meinung des Verwaltungsgerichts Meiningen und nach Meinung von Honig als auflösende Bedingung und damit als Nebenbestimmung im Sinne des § 8 Abs. 2 HwO zu behandeln.¹⁴⁶¹ Durch diese auflösende Bedingung, die Meisterprüfung innerhalb einer bestimmten Zeit abzulegen, werde der Berufsbewerber vor die Notwendigkeit gestellt, möglichst rasch den förmlichen Befähigungsnachweis nachträglich zu erbringen.¹⁴⁶²

Zu einem anderen Ergebnis kommt der Hessische Verwaltungsgerichtshof, der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, Küffner sowie Detterbeck. Es handele sich um eine Obliegenheit des Antragstellers, die sich aus folgenden Gedanken ergibt: Mit der Regelung, dass die Meisterprüfung bis zu einem festgesetzten Zeitpunkt abgelegt werden muss, gehe der Wille der Behörde unmissverständlich dahin, dass die Ausnahmegewilligung zu diesem Termin die Gültigkeit verlieren soll. Daher liege in der Bestimmung, die Meisterprüfung nachzuholen, keine auflösende Bedingung. Denn nicht nur dann, wenn der Bewerber die Prüfung nicht ablegt, werde die Ausnahmegewilligung unwirksam. Auch im Falle des Bestehens der Meisterprüfung werde sie unwirksam, weil diese sie dann voll ersetzt und gegenstandslos macht. Eine Auflage könne schon deswegen nicht angenommen werden, weil Bestand, Dauer und Wirksamkeit der Ausnahmegewilligung von der Einhaltung der Auflage unabhängig bleibt. Die Verwaltung könne aber die gesetzliche Auflage, weil die vom Willen des Antragstellers abhängig ist, nicht erzwingen. Daher käme lediglich bei Nichterfüllung der Widerruf der Ausnahmegewilligung in Frage. Eine solche Rechtsposition wolle die Behörde aber dem Antragsteller wohl nicht einräumen. Im Ergebnis handele es sich daher bei der Maßgabe in einer befristeten Ausnahmegewilligung, die Meisterprüfung bis zu einem festgesetzten Zeitpunkt abzulegen, um eine Befristung der Ausnahmegewilligung mit der dem Bewerber anheim gegebenen Verpflichtung, sich bis zum Ablauf dieser Frist der Meisterprüfung zu un-

¹⁴⁵⁹ BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97; OVG Lüneburg, Urteil v. 31.05. 1972, GewArch 1972, 243, 244; OVG Lüneburg, Urteil v. 27.11. 1974, GewArch 1975, 193, 194; VG Saarland, Urteil v. 09.12. 1966, GewArch 1967, 171, 172; Sächs. OVG, Beschluss v. 14.03. 1997, GewArch 1997, 254, 255.

¹⁴⁶⁰ Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 148; Depenbrock, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, 1063–1066, 1066; Faber, Die befristete Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung, GewArch 1987, 6–12, 11.

¹⁴⁶¹ VG Meiningen, Gerichtsbescheid v. 21.03. 1996, GewArch 1996, 283, 284; Honig, HwO, 3. A., § 8 Rn 48.

¹⁴⁶² OVG Koblenz, Urteil v. 03.12. 1957, GewArch 1957/1958, 184, 185, 186; OVG Lüneburg, Urteil v. 27.11. 1974, GewArch 1975, 193, 194.

terziehen, um eine Obliegenheit.¹⁴⁶³

Bei der Beantwortung dieses Meinungsstreits ist für die Abgrenzung zwischen Nebenbestimmung und einem bloßen Hinweis sowie zwischen Auflage und Bedingung allein der materielle Gehalt der Regelung entscheidend. Die letztzitierte Meinung ist aufgrund der überzeugenden Argumente die richtige: Bei der an den befristet Eingetragenen gerichteten Forderung, die Meisterprüfung abzulegen, handelt es sich um eine Obliegenheit, auf die die Behörde hinweist. Denn der befristet eingetragene Berufsbewerber hat kein Wahlrecht dahingehend, auf welche Art und Weise er seine Befähigung nachweist. Wird aber lediglich auf eine sich unmittelbar aus gesetzlichen Vorschriften oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergebende „Bedingung“, also hier die Ablegung der Meisterprüfung als Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks, hingewiesen, handelt es sich nicht um eine Bedingung im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.¹⁴⁶⁴ Eine Auflage kommt insbesondere deshalb nicht in Betracht, weil die Ablegung der Meisterprüfung nicht durch die Behörde erzwungen werden kann. Damit wäre die Beifügung einer solchen Auflage nicht nur unzweckmäßig, sondern auch sinnlos.

IV. Weitere Nebenbestimmungen zulässig?

Die Vorschrift des § 36 Abs. 2 VwVfG nennt als weitere rechtlich zulässige Nebenbestimmungen den Vorbehalt des Widerrufs, § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG und den Vorbehalt der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage, § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG. Darüber hinaus enthält § 36 Abs. 2 VwVfG weder ausdrücklich noch nach Sinn und Zweck eine abschließende Aufzählung möglicher Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt.

Denkbar ist, dass eine Ausnahmegewilligung nicht nur unter den in § 8 Abs. 2 HwO genannten zulässigen Nebenbestimmungen Auflage, Bedingung und Befristung erteilt werden kann, sondern auch unter einer darüber hinausgehenden Nebenbestimmung.

Wie bereits ausgeführt, gilt § 36 VwVfG gemäß § 1 VwVfG nur dann, als nicht inhaltsgleiche oder entgegenstehende Rechtsvorschriften Zulässigkeit und Inhalt von Nebenbestimmungen bereits abschließend regeln. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn eine andere Rechtsvorschrift nur bestimmte Nebenbestimmungen zulässt. § 8 Abs. 2 HwO nennt ausdrücklich die Nebenbestimmungen Auflagen, Bedingungen und Befristungen; diese Aufzählung ist insoweit abschließend. Andere Arten von Nebenbestimmungen sind daher nicht

¹⁴⁶³ Hess. VGH, Urteil v. 18.03. 1964, GewArch 1965, 59, 60; Bay. VGH, Urteil v. 16.07. 1969, GewArch 1970, 110, 111; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 245, 246; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 61; im Ergebnis wohl auch Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 96; Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 152.

¹⁴⁶⁴ Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 20.

zulässig.¹⁴⁶⁵ Daher kann eine Ausnahmegewilligung nicht mit einem Widerrufsvorbehalt als Nebenbestimmung erteilt werden.¹⁴⁶⁶ Ebenso ist es nicht für zulässig zu erachten, dass die Verwaltungsbehörde sich bei der Erteilung der Ausnahmegewilligung vorbehält, nachträglich eine Auflage aufzunehmen, zu ändern oder zu ergänzen.¹⁴⁶⁷ Die entgegenstehende Meinung von Eyermann/Fröhler/Honig, die sowohl den Widerrufsvorbehalt als auch den Vorbehalt der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage für zulässig halten,¹⁴⁶⁸ ist daher abzulehnen.¹⁴⁶⁹ Insbesondere kann einem Antragsteller nicht zugemutet werden, einem Widerrufsvorbehalt ausgeliefert zu sein, also Gefahr zu laufen, erhebliche Mittel für die Einrichtung eines Handwerksbetriebes nutzlos aufzubringen. Die öffentlichen Interessen können auch dadurch gewahrt werden, dass die Ausnahmegewilligung unter Auflagen, Bedingungen oder einer Befristung erteilt wird.

¹⁴⁶⁵ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 90; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 248; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 63.

¹⁴⁶⁶ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 53; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 247, 248.

¹⁴⁶⁷ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 53.

¹⁴⁶⁸ Eyermann/Fröhler/Honig, HwO, 3. A., § 8 Rn 33, 37.

¹⁴⁶⁹ Ausdrücklich Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 247, 248.

5. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung

Am Abschluss des Verwaltungsverfahrens steht die Entscheidung der zuständigen Behörde. Diese hat den ordnungsgemäß und vollständig festgestellten Sachverhalt zutreffend rechtlich zu würdigen mit dem Ziel, zu einer sachgerechten und rechtsbeständigen Entscheidung zu gelangen.

Von besonderer Bedeutung ist dabei zum einen, ob es sich um eine gebundene Entscheidung oder eine Ermessensentscheidung handelt. Zum anderen stellt sich dann, wenn der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt ungeklärt bleibt, die Frage nach der materiellen Beweislast.

I. Ermessensentscheidung oder Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO

Wenn der Berufsbewerber die für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, ist denkbar, dass der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf ihre Erteilung hat. Sie könnte aber auch im Ermessen der Verwaltung stehen.

Dabei ist zwischen der unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO einerseits und der beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO andererseits zu differenzieren. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sowohl die Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO als auch die nach § 8 Abs. 2 HwO mit einer Nebenbestimmung gemäß § 8 Abs. 2 HwO versehen werden können.

1. Der Rechtsanspruch auf Erteilung der unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO

Bei den Beratungen zur Handwerksordnung im Jahr 1953 war sich der Gesetzgeber einig, dass der Berufsbewerber um eine Ausnahmegewilligung bei Vorliegen der für ihre Erteilung erforderlichen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf ihre Erteilung haben soll. Eine entsprechende Regelung in der Handwerksordnung sollte in bewusster Abkehr von der Vorschrift des § 3 Abs. 2 Satz 1 3. HVO, der die Erteilung der Ausnahmegewilligung in das Ermessen der Behörde stellte, erfolgen, und zwar aus rechtsstaatlichen Erwägungen.¹⁴⁷⁰

Die Handwerksordnung bestimmt in § 8 Abs. 1 Satz 1. Halbsatz, dass im Ausnahmefall eine Ausnahmegewilligung „zu erteilen ist“, wenn die zur selbstständigen Ausübung des von dem Antragsteller zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen sind. Damit steht die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht im Ermessen der

¹⁴⁷⁰ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache 4172, 3; Aberle, Die Entwicklung des deutschen Handwerksrechts, in: Schwannecke, HwO, 18; Kröger, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewArch 1967, 145–152, 145; Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 56, 57; vgl. auch BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 289.

Behörde. Vielmehr besteht ein Rechtsanspruch auf ihre Erteilung, sofern die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz HwO erfüllt sind.¹⁴⁷¹

2. Rechtsanspruch oder Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde auf Erteilung der unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO unter Nebenbestimmungen gemäß § 8 Abs. 2 HwO

Liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO vor, sind also durch den Antragsteller die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen und liegt ein Ausnahmefall in seiner Person vor, der die Ablegung der Meisterprüfung als unzumutbare Belastung erscheinen lässt, hat er einen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Ausnahmegewilligung. Streit besteht allerdings darüber, ob der Antragsteller einen Rechtsanspruch auch auf die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen gemäß § 8 Abs. 2 HwO hat oder ob die Erteilung in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt ist.

2.1. Gebundene Entscheidung

Fröhler, Fröhler/Stolz, Küffner und Kraemer vertreten dazu die Auffassung, dass die Verbindung einer Ausnahmegewilligung mit einer Auflage, Bedingung oder Befristung immer dann erfolgen muss, wenn diese Verbindung es möglich macht, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen. Daher sei ein Rechtsanspruch des Antragstellers auf Erteilung der Ausnahmegewilligung unter Auflage, Bedingung und Befristung anzunehmen.¹⁴⁷²

Diese Meinung wird mit drei Argumenten begründet: Bei den Ausnahmegewilligungen, die gemäß § 8 Abs. 2 HwO mit einer der Nebenbestimmungen versehen werden, handele es sich rechtlich nur um Modifizierungen der Ausnahmegewilligung des § 8 Abs. 1 HwO. Wenn aber auf die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO ein Rechtsanspruch besteht und die diesbezügliche behördliche Entscheidung den Charakter einer Rechtsentscheidung besitzt, so müsse man dieses auch für die in § 8 Abs. 2 HwO geregelten Unterfälle von Ausnahmegewilligungen annehmen. Hätte der Gesetzgeber die modifizierte Ausnahmegewilligung des § 8 Abs. 2 HwO anders konstruieren wollen als die des § 8 Abs. 1 HwO, so hätte er dieses unmissverständlich zum Ausdruck bringen müssen. Der Gesetzgeber sei aber vielmehr bei der Regelung des Ausnahmegewilligungsrechts in der Handwerksordnung von

¹⁴⁷¹ BVerwG, Urteil v. 24.04. 1969, GewArch 1969, 256, 257; BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970, GewArch 1971, 164, 165; BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480; Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 77; Bay. VGH, Urteil v. 27.10. 1983, GewArch 1984, 125, 126; Bay. VGH, Urteil v. 04.08. 1989, GewArch 1990, 101, VG Trier, Urteil v. 11.03. 1999, GewArch 2000, 77, 79; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 71; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 88; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 8; Diekmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 149.

¹⁴⁷² Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 56, 57, 58; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 67, 68; Küffner, Das Gewer-

einer einheitlichen Grundkonzeption ausgegangen und habe dieses Rechtsinstitut mit bestimmten essenziellen Merkmalen ausgestattet. Neben der Erforderlichkeit des Fähigkeitsnachweises und des Ausnahmefalls gehöre hierzu, und zwar aus rechtsstaatlichen Erwägungen - im Gegensatz zur Rechtslage nach § 3 Abs. 2 Satz 1 3. HVO - auch der Rechtsanspruch des Bewerbers auf Erteilung der Ausnahmegewilligung.¹⁴⁷³

Auch das Argument a maiore ad minus spreche für den Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen; wenn § 8 Abs. 1 HwO auf Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung einen Rechtsanspruch einräumt, müsse dies auch für deren Erteilung unter Nebenbestimmungen nach § 8 Abs. 2 HwO gelten.

Letztlich könne aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber der Bestimmung des § 8 Abs. 2 HwO die äußere Form einer „Kann-Vorschrift“ gegeben hat, nicht geschlossen werden, dass damit die Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahmegewilligung und der Nebenbestimmungen in das Ermessen der höheren Verwaltungsbehörde gestellt werden soll. Der Gesetzgeber habe mit dem Worte „kann“ lediglich die Zulässigkeit der Beschränkung der Vollbewilligung durch Nebenbestimmungen zum Ausdruck bringen wollen, nicht aber, dass die Erteilung unter Beschränkungen im Ermessen der Verwaltungsbehörde stehe.

2.2. Ermessen

Dagegen vertritt die herrschende Meinung den Standpunkt, dass, im Gegensatz zu der Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO, auf deren Erteilung ein Rechtsanspruch besteht, die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen nach § 8 Abs. 2 HwO im pflichtmäßigen Ermessen der Verwaltungsbehörde steht, das heißt, ob und mit welchen Nebenbestimmungen sie eine Ausnahmegewilligung einschränkt. Das Bundesverwaltungsgericht stellt dabei auf den Wortlaut des § 8 Abs. 2 HwO als „Kann-Vorschrift“ ab.¹⁴⁷⁴ Dieckmann, der dieser Meinung folgt, stellt allerdings die Frage, ob ein bloßer Anspruch auf fehlerfreie Betätigung des Ermessens dem Gehalt des Freiheitsrechts des Artikels 12 GG gerecht wird.¹⁴⁷⁵

bezulassungsrecht der Handwerksordnung, 242; Kraemer, Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung nach der Handwerksordnung, DVBl. 1961, 194–198, 198.

¹⁴⁷³ Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 56, 57, 58; Fröhler/Stolz, Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung, 67, 68; Küffner, Das Gewerbebezulassungsrecht der Handwerksordnung, 242; Kraemer, Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung nach der Handwerksordnung, DVBl. 1961, 194–198, 198.

¹⁴⁷⁴ BVerwG, Beschluss v. 01.03. 1972, GewArch 1972, 154; ebenso OVG Koblenz, Urteil v. 03.12. 1957, GewArch 1957/1958, 184, 186; Hess. VGH, Urteil v. 18.03. 1964, GewArch 1965, 59; OVG Hamburg, Beschluss v. 11.02. 1966, GewArch 1966, 228, 229; OVG Lüneburg, Urteil v. 15.09. 1972, GewArch 1973, 65, 67; Bay. VGH, Beschluss v. 16.07. 2002, GewArch 2002, 431, 432; VG Saarland, Urteil v. 09.12. 1966, GewArch 1967, 171, 173; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 90; unklar Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 38.

2.3. Diskussion

Die Meinung, nach der die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen gemäß § 8 Abs. 2 HwO nicht im Ermessen der Verwaltungsbehörde steht, sondern vielmehr der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf ihre Erteilung hat, soweit die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO vorliegen, kann nicht überzeugen.

Richtig ist, dass der Gesetzgeber nach eingehenden Beratungen zur Handwerksordnung der Auffassung war, dass die Ausnahmegewilligung nicht mehr in das Ermessen der Behörde, die die Ausnahmegewilligung erteilt, gestellt werden konnte, sondern ein Rechtsanspruch desjenigen gesichert werden musste, der um die Ausnahmegewilligung nachsucht, soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen. Allerdings lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen, dass dieser Rechtsanspruch auch auf die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen bestehen soll. Zwar knüpft deren Erteilung an die Voraussetzungen der Ausnahmegewilligung des § 8 Abs. 1 HwO hinsichtlich des Befähigungsnachweises und des Ausnahmefalls an. Der Gesetzgeber hat aber davon abgesehen, in ein und demselben Gesetzgebungsakt klarzustellen, dass ein Rechtsanspruch des Antragstellers auch auf eine Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen gemäß § 8 Abs. 2 HwO besteht.

Auch die Ausgestaltung des § 8 Abs. 2 HwO als „Kann-Vorschrift“ spricht dafür, dass der Verwaltungsbehörde ein Ermessen bei ihrer Entscheidung eingeräumt ist. Denn in der Regel sprechen „Kann-Vorschriften“ für das Vorliegen eines Ermessensspielraumes. Zwar bedeutet in manchen Rechtsvorschriften das Wort „kann“ die Zuständigkeit und/oder Ermächtigung der Behörde, eine im Gesetz für diesen Fall vorgesehene bestimmte Entscheidung zu treffen, zu der sie dann, wenn die rechtlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind, auch zugleich verpflichtet ist. Dieses ist insoweit Frage der Auslegung der betroffenen Rechtsvorschrift. Für eine Auslegung dergestalt, dass auf die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen ein Rechtsanspruch besteht, sind allerdings, wie bereits ausgeführt, gerade keine Anhaltspunkte ersichtlich.

3. Rechtsanspruch oder Ermessen der Verwaltungsbehörde auf Erteilung einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO

Auch hinsichtlich der Erteilung einer gemäß § 8 Abs. 2 HwO beschränkten Ausnahmegewilligung ist umstritten, ob auf ihre Erteilung ein Rechtsanspruch besteht oder im Ermessen der Verwaltungsbehörde steht.

¹⁴⁷⁵ Dieckmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 149.

Die Befürworter der Meinung, dass auf Erteilung der Teilausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO ein Rechtsanspruch besteht, begründen dies mit den tragenden Argumenten, die nach ihrer Meinung auch für den Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO unter Nebenbestimmungen gemäß § 8 Abs. 2 HwO sprechen.¹⁴⁷⁶

Zunächst handele es sich bei der Teilausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO nur um eine Modifizierung des § 8 Abs. 1 HwO. Damit gehöre auch der Rechtsanspruch des Berufsbewerbers, neben der Erforderlichkeit des Fähigkeitsnachweises und des Ausnahmefalls, zu den essenziellen Merkmalen auch der Teilausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO.

Wenn sich aus dem Argument a maiore ad minus auch für die unbeschränkte Ausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO unter Auflage, Bedingung und Befristung gemäß § 8 Abs. 2 HwO ein Rechtsanspruch auf Erteilung ergäbe, müsse dies auch für die Teilausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO gelten. Denn beide würden in einem Satz in § 8 Abs. 2 HwO unterschiedslos behandelt.

Dagegen spreche auch nicht die äußere Form des § 8 Abs. 2 HwO als „Kann-Vorschrift“. Das Wort „kann“ solle nur die Zulässigkeit der Erteilung einer beschränkten Ausnahmebewilligung klarstellen. Der Gesetzgeber habe damit gegenüber der Verwaltungsbehörde eine Ermächtigung dahingehend aussprechen wollen, dass diese bei der Erteilung von Ausnahmebewilligungen in gegenständlicher Hinsicht nicht an die in der Positivliste aufgeführten Vollhandwerke gebunden ist, sondern abweichend von der Positivliste auch Ausnahmebewilligungen für Teilhandwerke erteilen darf. Dagegen habe der Gesetzgeber mit dem Wort „kann“ nicht regeln wollen, dass deren Erteilung im Ermessen der Verwaltungsbehörde steht. Daher sei zum richtigen Verständnis innerhalb der Wortfolge „Die Ausnahmebewilligung kann ... beschränkt werden“ die Betonung nicht auf das Wort „kann“, sondern vielmehr auf die Worte „beschränkt werden“ zu legen.¹⁴⁷⁷

Nach der herrschenden Meinung besteht, im Widerspruch zu der dargestellten Mindermeinung, kein Rechtsanspruch des Berufsbewerbers auf Erteilung einer Teilausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO. Deren Erteilung ist, so Detterbeck, vielmehr in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt. Denn die Teilausnahmebewilligung sei eine Ausnahme von der Ausnahme¹⁴⁷⁸, nämlich von der unbeschränkten Ausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO.¹⁴⁷⁹

¹⁴⁷⁶ Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 56; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 237.

¹⁴⁷⁷ Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 56; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 237.

¹⁴⁷⁸ Diese Argumentation ablehnend Fröhler, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, 47, 59.

Der zuletzt dargestellten Meinung ist aus folgendem Gesichtspunkt zu folgen: Hätte der Gesetzgeber einen Rechtsanspruch des Antragstellers auf die Erteilung der Teilausnahmebewilligung bei ihrer Einführung im Rahmen der HwO-Novelle 1965 regeln wollen, wäre dies durch eine entsprechende Formulierung im Gesetz geschehen. Dem ist aber nicht so. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Erteilung einer Teilausnahmebewilligung in die Vorschrift des § 8 Abs. 2 HwO eingefügt, die schon vor der HwO-Novelle 1965 als „Kann-Vorschrift“ ausgestaltet war. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber trotz alledem einen Rechtsanspruch des Antragstellers sicherstellen wollte, sind auch aus den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen.¹⁴⁸⁰

Im Ergebnis steht daher die Erteilung einer Teilausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO im Ermessen der Behörde. Das gilt auch dann, wenn diese unter Nebenbestimmungen erteilt wird.

II. Die Frage des Beurteilungsspielraums der Behörde

Bei den in § 8 Abs. 1 HwO genannten Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung, nämlich dem Vorliegen eines Ausnahmefalls und dem Befähigungsnachweis, handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Auslegung unterliegen.¹⁴⁸¹

Wenn Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm nicht eindeutig gefasst sind, stellt sich die Frage, ob der Behörde bei der Beurteilung eines solchen unbestimmten Rechtsbegriffs ein Spielraum eigenverantwortlicher Entscheidungen überlassen wird, ein sogenannter Beurteilungsspielraum. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum geht davon aus, dass der Gesetzgeber in bestimmten Fällen keine eindeutige Regelung vorgenommen hat oder nach der Natur der Sache nicht vornehmen konnte und daher der Behörde die Letztentscheidungskompetenz übertragen hat. Dieser Entscheidungsspielraum unterliegt nur beschränkt der gerichtlichen Kontrolle.

Ob und in welchem Umfang eine Rechtsnorm der Behörde einen Beurteilungsspielraum einräumt, ist eine Frage der Auslegung. Ein Anhaltspunkt dafür kann die Maßgeblichkeit von persönlichen Erfahrungen und Eindrücken sein. Die Rechtsprechung nimmt daher einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum für die prüfungsspezifische Bewertung von berufsbezogenen Prüfungsleistungen an; insoweit obliegt die Letztentscheidungskompetenz der Prüfungsbehörde.¹⁴⁸²

¹⁴⁷⁹ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 64; ebenso ohne Begründung Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 101; OVG Lüneburg, Urteil v. 15.09. 1972, GewArch 1973, 65, 67; OVG Hamburg, Beschluss v. 11.02. 1966, GewArch 1966, 228, 229; VG Saarland, Urteil v. 09.12. 1966, GewArch 1967, 171, 173.

¹⁴⁸⁰ Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/2335, 4, 5, 10.

¹⁴⁸¹ Vgl. Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 118.

¹⁴⁸² BVerfG, Beschluß v. 17.04. 1991, BVerfGE 84, 34, 50; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 74; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40 Rn 180.

Die Prüfungsentscheidung in der Meisterprüfung unterliegt als berufsbezogene Prüfung nur in beschränktem Umfang der richterlichen Überprüfung. Diesbezüglich ist ein Beurteilungsspielraum des Meisterprüfungsausschusses für prüfungsspezifische Wertungen anerkannt.¹⁴⁸³ Denkbar ist, dass der Verwaltungsbehörde auch im Ausnahmegewilligungsverfahren hinsichtlich des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale des § 8 Abs. 1 HwO, also des Ausnahmefalls und der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten, ein Beurteilungsspielraum zusteht. Dies hätte zur Folge, dass die Entscheidung der Verwaltungsbehörde nur in beschränktem Umfang gerichtlich nachprüfbar ist.

1. Beurteilungsspielraum bezüglich des Ausnahmefalls

Die Rechtsprechung und die Literatur sind sich zunächst zu Recht einig, dass das Tatbestandsmerkmal des Ausnahmefalls als unbestimmter Rechtsbegriff in vollem Umfang einer gerichtlichen Nachprüfbarkeit unterliegt.¹⁴⁸⁴

2. Beurteilungsspielraum hinsichtlich der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten

Ob hingegen der Verwaltungsbehörde hinsichtlich der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten des Antragstellers im Ausnahmegewilligungsverfahren ein Beurteilungsspielraum zusteht, wird nicht einheitlich behandelt. Zwar sind sich Rechtsprechung¹⁴⁸⁵ und Literatur¹⁴⁸⁶ diesbezüglich grundsätzlich einig, dass auch hier die Entscheidung der Behörde in vollem Umfang nachprüfbar ist. Streitig wird allerdings die Frage behandelt, ob das Vorgesagte auch für den Fall gilt, in dem eine Eignungsfeststellung durch Sachverständige erfolgt ist.

Teilweise wird dazu die Meinung vertreten, dass das Sachverständigengutachten nur in beschränktem Umfang der Überprüfung im Widerspruchsverfahren als auch im gerichtlichen Verfahren zugänglich ist. Für die Überprüfung des Sachverständigengutachtens sollen danach die gleichen Grundsätze wie im Prüfungswesen gelten. Das Oberverwaltungsgericht Münster nimmt einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Behörde deshalb an, weil die Begutachtung des Antragstellers durch einen Sachverständigen als Prüfungsentscheidung, soweit sie Werturteile enthält, gerichtlich nur beschränkt über-

¹⁴⁸³ VGH Bad.-Württ., Urteil v. 16.12. 1993, GewArch 1995, 29; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 31.03. 1994, GewArch 1994, 427; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 12.10. 1999, GewArch 2000, 29; OVG Schleswig-Holstein, Urteil v. 14.10. 1994, NVwZ-RR 1995, 393; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 38 Rn 13; vgl. dazu ausführlich Honig, Gerhart: Meisterprüfung und BVerfG. GewArch 1994, 222–226. 222.

¹⁴⁸⁴ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 290; BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 82; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 118; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 11.

¹⁴⁸⁵ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480; Bay. VGH, Urteil v. 04.08. 1989, GewArch 1990, 101.

¹⁴⁸⁶ Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 82; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 118; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 81; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 11.

prüfbar ist. Insoweit unterscheidet sich diese Prüfungsentscheidung nicht von der Meisterprüfung selbst, deren Durchführung zwar formalisiert, deren Überprüfbarkeit aber entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zur Anfechtung von Prüfungsentscheidungen eingeschränkt ist. Denn die Prüfer würden im Bereich fachlicher Eignungs- und Leistungsbewertungen ein personell und zeitlich eingebundenes, höchstpersönliches Fachurteil mit entsprechendem Einschätzungs- und Bewertungsvorrecht abgeben. Daher könne die gerichtliche Kontrolle im Wesentlichen nur darauf ausgerichtet sein festzustellen, ob das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, der Prüfer nicht von falschen Tatsachen ausgegangen ist, allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe beachtet oder keine sachfremde Erwägungen angestellt hat.¹⁴⁸⁷

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt dagegen die Meinung, dass auch dann hinsichtlich der vom Antragsteller zu fordernden Kenntnisse und Fertigkeiten im Ausnahmegewilligungsverfahren der Behörde kein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, wenn diese durch eine Eignungsfeststellung überprüft wurden.¹⁴⁸⁸ Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof folgt der Meinung des Bundesverwaltungsgerichts und führt aus: Dem Oberverwaltungsgericht Münster, das die Bewertung der Leistungen als Prüfungsentscheidung mit entsprechender Beschränkung der gerichtlichen Kontrolltiefe bezeichnet,¹⁴⁸⁹ könne nur insoweit gefolgt werden, als das Gericht auch nach Zuhilfenahme eines Sachverständigen mangels eigener Sachkunde auf eine Plausibilitätskontrolle beschränkt ist. Dies könne aber nicht bedeuten, dass der Behörde wie bei einer Prüfungsentscheidung ein von der Entscheidungsgewalt des Gerichts nicht abgedeckter Beurteilungsspielraum zusteht.¹⁴⁹⁰ Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat seine frühere Rechtsprechung nunmehr aufgegeben und räumt nunmehr der Behörde keinen prüfungsrechtlichen Beurteilungsspielraum im Ausnahmegewilligungsverfahren ein. Zwar würde bei der Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten im Ausnahmegewilligungsverfahren durch einen beigezogenen Sachverständigen dessen Entscheidung zwangsläufig durch seine persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen beeinflusst. Bedingt sei dies nicht zuletzt durch die Feststellung der Befähigung in einem nicht formalisierten Prüfungsverfahren, wobei auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Damit lägen der Entscheidung komplexe Erwägungen zugrunde, die sich nicht regelhaft erfassen lassen. Gleichwohl könne nur in den Fällen ein Beurteilungsspielraum angenommen werden, in denen die abschließende Entscheidung in

¹⁴⁸⁷ OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309, 310; ebenso im Ergebnis OVG Hamburg, Urteil v. 21.07. 1987, GewArch 1988, 127; OVG Bremen, Beschluss v. 16.08. 1988, GewArch 1988, 382, 384; Honig, Die Eignungsprüfung im Handwerk, GewArch 1976, 369–371, 370; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 70; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 118.

¹⁴⁸⁸ BVerwG, Urteil v. 05.05. 1959, BVerwGE 8, 287, 290; BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970, GewArch 1971, 164, 165.

¹⁴⁸⁹ OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309, 310.

¹⁴⁹⁰ Bay. VGH, Urteil v. 27.10. 1983, GewArch 1984, 125, 126; Bay. VGH, Urteil v. 04.08. 1989, GewArch 1990, 101; ebenso im Ergebnis Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 77; OVG des Saarlandes, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 10, 11 des Urteilsabdrucks; Diekmann, Die Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung, WiVerw 1986, 138–153, 149; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 83.

das alleinige Urteil von Prüfern bestellt ist. In den Fällen, in denen sich ein Prüfer lediglich als Sachverständiger zu einer Frage äußert, die die zuständige Behörde eigenverantwortlich ohne Bindung an dessen Stellungnahme zu entscheiden hat, sei ein prüfungsrechtlicher Beurteilungsspielraum hingegen nicht anzunehmen.¹⁴⁹¹

Die letztzitierte Meinung ist auch die richtige: Der Befähigungsnachweis im Ausnahmebewilligungsverfahren ist kein Prüfungsverfahren im Rechtssinne wie das Meisterprüfungsverfahren. Es handelt sich vielmehr um zwei völlig unterschiedliche Verfahren, deren Gleichsetzung sich grundsätzlich verbietet. Dem Sachverständigen, der im Ausnahmebewilligungsverfahren zur Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten herangezogen wird, ist nicht die Funktion eines Prüfers im Rechtssinne übertragen worden.¹⁴⁹² Die Tätigkeit des Sachverständigen und das daraus resultierende Gutachten ist allein ein Hilfsmittel zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhalts, dessen sich die Behörde bedient. Das Ergebnis der Kenntnisprüfung hat allein die Bedeutung eines Vorschlags; die Entscheidung trifft die Behörde. Diese hat in eigener Verantwortung zu beurteilen, welcher Aussagewert dem Gutachten des Sachverständigen beizumessen ist.

Im Ergebnis besteht daher im Ausnahmebewilligungsverfahren kein Beurteilungsspielraum der Behörde. Die Entscheidung der Behörde ist nicht wie eine Prüfungsentscheidung nur beschränkt überprüfbar, sondern ist vielmehr einer vollumfänglichen Überprüfung durch die Gerichte zugänglich.

III. Die Beweislast

Die Verwaltungsbehörde hat gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG den für ihre Entscheidung im Ausnahmebewilligungsverfahren maßgeblichen Sachverhalt zu ermitteln und festzustellen. Dies ergibt sich aus dem Untersuchungsgrundsatz des § 24 Abs. 1 VwVfG, der gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz HwO auch im Ausnahmebewilligungsverfahren Anwendung findet. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der HwO-Novelle 1994 für eine entsprechende Klarstellung gesorgt.¹⁴⁹³

Wenn trotz aller zumutbaren Bemühungen der Behörde um die Sachaufklärung Zweifel nicht behoben werden können, steht in Frage, in welcher Weise sich diese Zweifel auswirken. Das Verwaltungsverfahrensrecht enthält keine Regelungen hinsichtlich der Beweislast. Insoweit gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze wie im Verwaltungsprozess. Weder das Verwaltungsverfahren noch der Verwaltungsprozess kennen grundsätzlich eine Behauptungslast

¹⁴⁹¹ OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288.

¹⁴⁹² S. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.2.8.3.

und Beweisführungspflicht, also eine formelle Beweislast, wie sie im Zivilprozess gilt. Dieses wäre mit dem Untersuchungsgrundsatz des § 24 Abs. 1 VwVfG auch nicht vereinbar.¹⁴⁹⁴

Eine materiell-rechtliche Frage ist, wer, also die Behörde oder der Antragsteller, die Folgen der Ungewissheit des materiellen Sachverhaltes, des „non liquet“ trägt. Wenn der Gesetzgeber weder durch Beweislast noch durch Vermutungen die Rechtsfolge, die eintritt, wenn ein Beweis nicht erbracht werden kann, regelt, gilt das sogenannte Normbegünstigungsprinzip. Derjenige, der ein Recht, eine Befugnis oder einen Anspruch geltend macht, trägt die Beweislast für das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen. Diesbezügliche Ungewissheit geht zu seinen Lasten.¹⁴⁹⁵

Der Antragsteller im Ausnahmegewilligungsverfahren trägt daher die materielle Beweislast für die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO, also für das Vorliegen eines Ausnahmegrundes sowie hinsichtlich der nachzuweisenden Befähigung. Gelingt es der Verwaltungsbehörde trotz aller Bemühungen um eine umfassende Aufklärung des für ihre Entscheidung maßgeblichen Sachverhalts nicht, die zu ihrer Überzeugung erforderlichen Voraussetzungen für das Bestehen des Anspruchs des Antragstellers auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung festzustellen, geht dies zu Lasten des Antragstellers.¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹³ S. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt V. 5.2.

¹⁴⁹⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 24 Rn 39, 40; Ule, Carl Hermann. Laubinger, Hans-Werner: *Verwaltungsverfahrenrecht*. 4. Auflage. Köln 1995. 278.

¹⁴⁹⁵ Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 24 Rn 55; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 42; Engelhardt, in: Obermayer, VwVfG, § 24 Rn 302; BVerwG, Beschluss v. 18.03. 1992, NVwZ-RR 1993, 205.

¹⁴⁹⁶ Vgl. BVerwG, Beschluss v. 22.01. 1970, GewArch 1970, 129, 130; VG Düsseldorf, Urteil v. 19.03. 1974, THwE, 300; vgl. auch VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1990, GewArch 1992, 64, 66 zur materiellen Beweislast hinsichtlich der nach § 2 EU/EWR HwV zu erbringenden Nachweise; Kormann/Hüpers, *Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004*, GewArch 2004, 353–363, 404–408, 360 zur Beweislast bei § 7 b HwO.

6. Abschnitt: Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung einer Ausnahmebewilligung

Hat die Verwaltungsbehörde in der Sache im Ausnahmebewilligungsverfahren entschieden, unterliegt diese Entscheidung sowohl verwaltungsinterner als auch verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Hier stellt sich die Frage, für wen der Verwaltungsrechtsweg sowohl bei einer positiven als auch bei einer negativen Bescheidung des Antrages auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung eröffnet ist.

1. Der Rechtsschutz bei Versagung einer Ausnahmebewilligung

Die Handwerksordnung bestimmt in § 8 Abs. 4 ausdrücklich, dass gegen die Entscheidung im Ausnahmebewilligungsverfahren sowohl für den Antragsteller als auch für die Handwerkskammer der Verwaltungsrechtsweg offen steht. Dabei handelt es sich um eine spezialgesetzliche Rechtswegzuweisung, die der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorgeht.

Dagegen regelt die Handwerksordnung nicht, inwieweit Dritte die Entscheidung angreifen können.

1.1. Der Rechtsschutz des Antragstellers

Bei Ablehnung der Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO muss der Antragsteller zunächst Widerspruch gegen die Entscheidung einlegen. Das Widerspruchsverfahren ist in §§ 68 ff VwGO geregelt; es ist gemäß § 68 Abs. 1 VwGO von besonderer Bedeutung als Sachurteilsvoraussetzung für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, soweit der Widerspruch nicht gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz VwGO durch ein Landesgesetz ausgeschlossen ist.¹⁴⁹⁷ Nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens mit negativem Ergebnis für den Antragsteller ist die Erhebung einer Klage statthaft.

Der Berufsbewerber ist auch dann beschwert, wenn er anstelle einer beantragten unbeschränkten Ausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO nur eine gemäß § 8 Abs. 2 HwO auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkte Ausnahmebewilligung erhalten hat. Gleiches gilt, wenn die von ihm beantragte Ausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO

¹⁴⁹⁷ Im Land Niedersachsen bedarf es gemäß § 8 a Abs. 1, Abs. 2 des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zur Verwaltungsgerichtsordnung (Nds. AG VwGO) in der Fassung vom 1. Juli 1993 (Nds. GVBl. S. 175), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes zur Modernisierung der Verwaltung in Niedersachsen vom 5. November 2004 (Nds. GVBl. 394) vor Erhebung der Anfechtungsklage beziehungsweise Verpflichtungsklage keiner Nachprüfung in einem Vorverfahren, wenn der Verwaltungsakt während des Zeitraums vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2009 bekannt gegeben worden ist; vgl. auch Regler, Armin. Baumbach, Oliver: Erfahrungen der Handwerkskammer und Industrie- und Handelskammer mit der probeweisen Abschaffung des Widerspruchverfahrens in Mittelfranken. GewArch 2007, 466-468. 467.

mit einer Nebenbestimmung versehen wurde. Aus dem Vorgesagten folgt, dass der Antragsteller stets dann einen Rechtsbehelf einlegen kann, wenn seinem Antrag nicht voll entsprochen wurde.¹⁴⁹⁸

Allerdings kann stets nur die Ausnahmegewilligung insgesamt angegriffen werden, nicht hingegen isoliert die Entscheidung über Vor- und Zwischenfragen. Dieses gilt beispielsweise für das Ergebnis einer Eignungsfeststellung, das keinen Verwaltungsakt darstellt und daher auch nicht isoliert angefochten werden kann. Zwar ist der Antragsteller nicht gehindert, das Ergebnis der Eignungsprüfung in einem Verfahren auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung anzugreifen. Allerdings ist er auf diejenigen Rechtsmittel angewiesen, die gegen die Ablehnung der beantragten Ausnahmegewilligung gegeben sind.¹⁴⁹⁹ Gleiches gilt für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Frage, ob die Tätigkeit des Antragstellers eine handwerkliche Tätigkeit darstellt. Hier handelt es sich um eine bloße Vorfrage und nicht um einen Verwaltungsakt, der Gegenstand einer selbstständigen verwaltungsgerichtlichen Anfechtung sein kann.¹⁵⁰⁰

Da der Verwaltung bei der Entscheidung im Verfahren nach § 8 HwO, gerichtet auf Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO, weder ein Ermessens- noch ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, gibt es kein rechtlich geschütztes Interesse des Berufsbewerbers an der Aufhebung einer verfahrensfehlerhaft zustande gekommenen ablehnenden Entscheidung.¹⁵⁰¹ Gleiches gilt für die Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO, deren Erteilung im Ermessen der Behörde steht. Daher fehlt einer isoliert auf Aufhebung eines die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO versagenden Bescheides gerichteten Klage das Rechtsschutzbedürfnis, da eine isolierte Anfechtungsklage nicht zu einer endgültigen Streitbereinigung führen kann. Vielmehr ist die Verpflichtungsklage als besondere Form der Leistungsklage zu erheben.¹⁵⁰²

Hinsichtlich der Rechtsfolge ist zu unterscheiden zwischen der Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO als gebundener Entscheidung und der nach § 8 Abs. 2 HwO als Ermessensakt.

¹⁴⁹⁸ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 276, 290.

¹⁴⁹⁹ VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385; OVG Münster, Urteil v. 25.01. 1979, GewArch 1979, 309; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 117, im Ergebnis auch Bay. VGH, Urteil v. 28.03. 1963, GewArch 1963, 275; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 73.

¹⁵⁰⁰ OVG Hamburg, Urteil v. 29.11. 1960, GewArch 1961, 122, 123; Hess. VGH, GewArch 1963, 168; im Ergebnis Nds. OVG, Beschluss v. 03.09. 2003, NVwZ-RR 2004, 101; a. A. OVG Münster, Urteil v. 07.12. 1960, GewArch 1961, 119, ablehnend dazu Dannbeck, ohne Vorname: Anmerkung zu OVG Münster, Urteil v. 07.12. 1960, GewArch 1961, 121.

¹⁵⁰¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 14.03. 1984, BVerwGE 69, 90, 92; BVerwG, Urteil v. 07.09. 1987, BVerwGE 78, 93, 96, 97.

¹⁵⁰² Bay. VGH, Urteil v. 27.10. 1983, GewArch 1984, 125, 126; Bay. VGH, Urteil v. 04.08. 1989, GewArch 1990, 101, 102; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 77; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 115.

Hat der Antragsteller eine unbeschränkte Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO beantragt, steht ihm gegen die ablehnende Entscheidung der Behörde die Verpflichtungsklage, gerichtet auf Verurteilung der Verwaltungsbehörde zur Erteilung der Ausnahmegewilligung, offen.¹⁵⁰³

Nicht einig sind sich Rechtsprechung und Literatur allerdings, ob das Gericht die Verwaltungsbehörde zum Erlass des begehrten Verwaltungsaktes verpflichten und ein sogenanntes Vornahmeurteil, § 113 Abs. 5 Satz 1 VWGO aussprechen muss. Denkbar wäre, dass das Gericht nur die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aussprechen muss, den Berufsbewerber unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes neu zu bescheiden, wenn die bisherige Entscheidung fehlerhaft war oder die Behörde noch gar nicht entschieden hatte. Damit würde ein so genanntes Bescheidungsurteil gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO ergehen, da die Sache noch nicht spruchreif ist.

Das Bundesverwaltungsgericht, der Bayerische Verwaltungsgerichtshof und Detterbeck vertreten die Meinung, dass für eine Bescheidung deshalb kein Raum ist, da es sich bei der Ausnahmegewilligung um einen gebundenen Verwaltungsakt handelt, auf dessen Erlass bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein strikter Rechtsanspruch besteht. Dies gelte auch für den Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten. Über diese könne Beweis erhoben werden, etwa mit Hilfe eines gerichtlich beauftragten Sachverständigen.¹⁵⁰⁴

Die Gegenmeinung vertritt dagegen die Auffassung, dass auch bei gebundenen Verwaltungsakten wie der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO die Spruchreife fehlen kann, wenn für die abschließende Entscheidung noch weitere erhebliche Ermittlungen oder Prüfungen erforderlich sind, die die Behörde bisher nicht vorgenommen hat. Dies müsse insbesondere dann gelten, wenn die Verwaltungsbehörde auf eine Überprüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten des Antragstellers bislang deshalb verzichtet hat, weil sie einen Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO nicht anerkannt hat. Wenn sich aber im nachfolgenden Rechtsstreit herausstellt, dass entgegen der Annahme der Behörde ein Ausnahmefall zu bejahen ist, erscheine es nicht sachdienlich, dass das Gericht anstelle der vorrangig zur Entscheidung aufgerufenen Behörde in die Prüfung der Kenntnisse und Fertigkeiten des Antragstellers eintritt. Vielmehr sei in diesen Fällen die Verwaltungsbehörde gehalten, zu prüfen und zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HwO durch Feststellung der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten vorliegen. Diese

¹⁵⁰³ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480; Bay. VGH, 27.10. 1983, GewArch 1984, 125; Bay. VGH, Urteil v. 04.08. 1989, GewArch 1990, 101; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 77; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 115; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksrecht, 290; Hahn, Das Handwerksrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1996 bis 2001, GewArch 2001, 441, 444.

¹⁵⁰⁴ BVerwG, Urteil v. 28.08. 2001, GewArch 2001, 479, 480; Bay. VGH, Urteil v. 27.10. 1983, GewArch 1984, 125, 126; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 77.

vorzunehmende umfangreiche Prüfung und Abwägung sei ein typischer Teil des Aufgabebereichs der Verwaltung.¹⁵⁰⁵

Bei der Beantwortung der Streitfrage ist folgender Gesichtspunkt zu berücksichtigen: Nicht zuletzt im Interesse des Antragstellers besteht für die Verwaltungsbehörde keine Pflicht zur Einhaltung einer bestimmten Prüfungsreihenfolge bezüglich der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HwO.¹⁵⁰⁶ Die Überprüfung der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten des Antragstellers, unter fachkundiger Beteiligung der Handwerkskammer und gegebenenfalls unter Anhörung der Innung oder Berufsvereinigung, wird im Verwaltungsverfahren dann nicht erfolgen, wenn das Vorliegen eines Ausnahmegrundes verneint wird. Es kann aber nicht im Interesse des Antragstellers sein, dass, wenn sich das Gegenteil im verwaltungsgerichtlichen Verfahren herausstellt, die Entscheidung über das Vorhandensein der notwendigen Befähigung den diesbezüglich mit besonderen Spezialkenntnissen ausgestatteten Behörden entzogen wird, die sich bisher überhaupt noch nicht mit dieser Frage befasst haben. Daher ist das Gericht nicht verpflichtet, die Sache spruchreif zu machen, sondern kann ein Bescheidungsurteil gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO aussprechen.

Die Rechtsfolge bezüglich der Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO ist, da diese eine Ermessensentscheidung ist, ein Anspruch des Antragstellers auf ermessensfehlerhafte Entscheidung, die dieser mit der Verpflichtungsklage anstrebt. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob die in § 114 VwGO genannten besonderen Voraussetzungen eingehalten wurden, nicht dagegen, ob vielleicht andere Lösungen zweckmäßiger gewesen wären.¹⁵⁰⁷ Die Behörde wird daher durch Bescheidungsurteil gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zur Neubescheidung des Antragstellers verpflichtet. Auch eine Ermessensreduzierung auf Null, angesichts derer überhaupt nur eine Entscheidung ermessensfehlerfrei sein kann, verpflichtet das Gericht nicht zum Ausspruch eines Vornahmeurteils.

1.2. Der Rechtsschutz der Handwerkskammer

Auch der Handwerkskammer steht bei einer ablehnenden Entscheidung der Behörde der Verwaltungsrechtsweg offen; dies ergibt sich eindeutig aus § 8 Abs. 4 HwO. Die Handwerkskammer kann daher nach Durchführung des Vorverfahrens nach § 68 ff VwGO gegen

¹⁵⁰⁵ OVG NW, Urteil v. 22.12. 1995, GewArch 1996, 287, 288, 289; Nds. OVG, Urteil v. 18.07. 1994, GewArch 1995, 75, 77; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksrecht, 290, 291; im Ergebnis auch OVG Saarland, Urteil v. 09.01. 1995, AZ: 8 R 48/92, S. 10, 11 des Urteilsabdrucks; VG Saarland, Urteil v. 19.05. 2003, GewArch 2003, 384, 385; VG Saarland, Urteil v. 04.11. 2004, GewArch 2005, 157, 159; im Ergebnis auch Hahn, Das Handwerksrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1996 bis 2001, GewArch 2001, 441-447, 444.

¹⁵⁰⁶ S. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 2.

¹⁵⁰⁷ Kopp, Ferdinand O., Schenke, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 15. Auflage. München 2008. § 114 Rn 4.

die Behörde auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung klagen. Gleiches gilt, wenn statt einer beantragten unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO eine beschränkte gemäß § 8 Abs. 2 HwO erteilt wurde oder die Ausnahmegewilligung unter einer Nebenbestimmung erteilt wurde.¹⁵⁰⁸

1.3. Rechtsschutz der Innung oder Berufsvereinigung

Dagegen steht der Innung oder Berufsvereinigung keine Klagebefugnis zu, da deren rechtlich geschützte Interessen auch bei einer möglicherweise rechtswidrigen Versagung einer Ausnahmegewilligung nicht verletzt werden.¹⁵⁰⁹ Zudem werden Innung oder Berufsvereinigung in § 8 Abs. 4 HwO nicht genannt; insoweit ist diese Regelung abschließend.

1.4. Die Beiladung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Greift der Antragsteller und nicht die Handwerkskammer die ablehnende Entscheidung der Verwaltungsbehörde an, ist die Handwerkskammer im Prozess vom Gericht von Amts wegen gemäß § 65 Abs. 2 VwGO beizuladen. Da § 8 Abs. 4 HwO die Beiladung der Handwerkskammer zwingend vorschreibt, hat dies ohne weitere Prüfung der Voraussetzungen zu erfolgen; es handelt sich um einen Fall der notwendigen Beiladung im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO.¹⁵¹⁰ Insoweit hat der Gesetzgeber durch die HwO-Novelle 1965 Unklarheiten hinsichtlich der Pflicht, die Handwerkskammer beizuladen,¹⁵¹¹ beseitigt.

Da auch die rechtlichen Interessen der zuständigen Innung oder Berufsvereinigung berührt werden können, kann das Gericht sie auf Antrag oder von Amts wegen beiladen im Wege der einfachen Beiladung gemäß § 65 Abs. 1 VwGO.¹⁵¹²

Allerdings will Dannbeck dies nur dann gelten lassen, wenn der Berufsbewerber der zuständigen Innung oder Berufsvereinigung angehört oder sie im Verfahren als Anzuhörende benannt hat. Anderenfalls könnten deren rechtlichen Interessen nicht berührt werden mit der Folge, dass eine Beiladung nicht erfolgen könne.¹⁵¹³ Dem kann nur für die Fälle zugestimmt werden, in denen der Antragsteller der Beteiligung der Innung oder Berufsvereinigung ausdrücklich widersprochen hat.

¹⁵⁰⁸ Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 11; Deterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 79.

¹⁵⁰⁹ Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 290.

¹⁵¹⁰ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 75; im Ergebnis Deterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 80; vgl. OVG Lüneburg, Beschluss v. 27.04. 1962, GewArch 1962, 177; Hess. VGH, Beschluss v. 19.02. 1964, GewArch 1964, 278, 279.

¹⁵¹¹ Vgl. dazu OVG Koblenz, Urteil v. 07.02. 1961, GewArch 1961, 162; Kratzer, Jakob: Die Einwirkung der Verwaltungsgerichtsordnung auf die Handwerksordnung, GewArch 1961, 169–174, 173, 174.

¹⁵¹² Vgl. OVG NW, Urteil v. 17.04. 1957, GewArch 1958, 85, 86; VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 19.03. 1962, GewArch 1962, 17; OVG Lüneburg, Beschluss v. 27.04. 1962, GewArch 1962, 177; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 117; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 75; a. A. zu Unrecht Kratzer, Die Einwirkung der Verwaltungsgerichtsordnung auf die Handwerksordnung, GewArch 1961, 169–174, 174.

¹⁵¹³ Dannbeck, ohne Vorname: Anmerkung zu VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 19.03. 1962, GewArch 1962, 178.

2. Der Rechtsschutz bei Erteilung der Ausnahmegewilligung

Wird die vom Antragsteller beantragte Ausnahmegewilligung von der Verwaltungsbehörde erteilt, steht der Handwerkskammer gemäß § 8 Abs. 4 HwO das Recht zu, die Entscheidung anzufechten, also eine Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO zu erheben.

Dagegen steht einer Berufsvereinigung oder Innung gegen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung der Verwaltungsrechtsweg nicht offen. Dieses ergibt sich zum einen daraus, dass die Handwerksordnung in § 8 Abs. 4 ausdrücklich regelt, dass nur dem Antragsteller und der Handwerkskammer der Verwaltungsrechtsweg offen steht. Diese Aufzählung ist insoweit abschließend. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber eine andere Regelung getroffen. Ein weiteres Argument, das gegen die Zulässigkeit des Beschreitens des Verwaltungsrechtsweges durch die Innung oder Berufsvereinigung spricht, ist die Tatsache, dass deren Mitwirkung im Ausnahmegewilligungsverfahren gerade im Interesse des Berufsbewerbers erfolgt. Zudem entscheidet der Antragsteller, ob die Innung oder Berufsvereinigung überhaupt zu hören ist.¹⁵¹⁴ Im Ergebnis ist daher der Verwaltungsrechtsweg für die Innung oder Berufsvereinigung zu Recht nicht eröffnet.¹⁵¹⁵

Auch bereits eingetragene Handwerker werden durch die Erteilung einer Ausnahmegewilligung, selbst wenn diese rechtswidrig sein sollte, nicht in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt. Denn die Handwerksordnung dient nicht dem Schutz des einzelnen Handwerkers vor unerwünschter Konkurrenz. Vielmehr dienen die Regelungen der Handwerksordnung den öffentlichen Interessen an der Erhaltung eines leistungsfähigen Handwerkerstandes.¹⁵¹⁶ Die Meisterprüfung stellt keinen Selbstzweck dar, sondern den Weg, auf dem die qualitative Auslese der Handwerker im Einzelfall vorgenommen werden soll. Dies gilt insbesondere für § 8 HwO, der die Erteilung der Ausnahmegewilligung allein davon abhängig macht, dass ein Ausnahmefall vorliegt und der Bewerber die für die Ausübung des von ihm zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweist. Wie sich hingegen die Erteilung der Ausnahmegewilligung auf die Situation anderer Handwerksbetriebe auswirkt, ist dabei ohne Belang.¹⁵¹⁷

Bezüglich der Beiladung der Handwerkskammer und Innung oder Berufsvereinigung gelten die bereits dargelegten Grundsätze.

¹⁵¹⁴ S. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt VI 2.1.2.

¹⁵¹⁵ Ebenso im Ergebnis Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 72.

¹⁵¹⁶ BVerwG, Beschluss v. 22.03. 1982, GewArch 1982, 271.

¹⁵¹⁷ Ausdrücklich BVerwG, Beschluss v. 20.07. 1983, GewArch 1984, 30, 31; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 278, 279; Detterbeck, HwO, 4. A., § 8 Rn 78; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 8 Rn 114; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 72; Heinrich, Herbert: Der Rechtsschutz Dritter in der Rechtsprechung

3. Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsprozess

Wird dem Antrag des Berufsbewerbers auf Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO stattgegeben, wird dieser durch diesen Verwaltungsakt begünstigt, während diesem gegenüber der Handwerkskammer belastende Wirkung zukommt; es handelt sich damit um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung.¹⁵¹⁸

Legt die Handwerkskammer gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde Widerspruch ein oder erhebt Anfechtungsklage, kommt diesen Rechtsmitteln gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 VwGO regelmäßig aufschiebende Wirkung zu. Eine Eintragung in die Handwerksrolle kann daher bis zu endgültigen Entscheidung nicht erfolgen.

Allerdings kann die aufschiebende Wirkung entfallen, wenn die Verwaltungsbehörde gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung anordnet als eine Ausnahme von der Regel des § 80 Abs. 1 VwGO. Dies setzt aber voraus, dass daran ein besonderes Interesse des Berufsbewerbers oder ein öffentliches Interesse besteht, wie § 80 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 VwGO als materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung verlangen.

Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann die Handwerkskammer die Aussetzung der Vollziehung gemäß § 80 a Abs. 1 Nr. 1 VwGO beantragen. Bei der vom Gericht vorzunehmenden Interessenabwägung sind die wirtschaftlichen Interessen des Berufsbewerbers einerseits gegenüber den öffentlichen Interessen an der Erhaltung des handwerklichen Leistungsstandes andererseits zu berücksichtigen. Letzteren dürfte in der Regel der Vorrang zukommen.¹⁵¹⁹

Fraglich ist, ob der Antragsteller bei Ablehnung seines Antrages auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO die Verpflichtung der Behörde zu ihrer vorläufigen Erteilung erreichen kann. Das Verwaltungsgericht Koblenz lehnt die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Verpflichtung grundsätzlich ab. Es sei nicht Aufgabe der einstweiligen Anordnung, die Handwerksordnung dadurch zu umgehen, dass eine vorläufige Eintragungsbewilligung ausgesprochen wird, die nur dazu dienen würde, dem Antragsteller das geschäftliche Risiko seines eigenmächtigen, nach der Handwerksordnung unzulässigen Verhaltens abzunehmen.¹⁵²⁰ Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht weist zunächst darauf hin, dass der Berufsbewerber mit seinem Antrag eine Vorwegnahme der Hauptsache begehrt, da sein auf die Eintragung in die Handwerksrolle gerichtetes Anordnungsziel mit einem entsprechenden Klageziel identisch ist. Bei einem Unterliegen in einem entsprechenden Klageverfahren könnten die rechtlichen

zum Gewerberecht. WiVerw 1985, 1–22, 16, 17; Frers, Dirk: Die Konkurrentenklage im Gewerberecht. DÖV 1988, 670–679. 671, 672.

¹⁵¹⁸ S. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt II.

¹⁵¹⁹ OVG Lüneburg, Beschluss v. 27.06. 1963, GewArch 1963, 276, 277; vgl. auch Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 8 Rn 74.

¹⁵²⁰ VG Koblenz, Beschluss v. 16.05. 1967, GewArch 1967, 252.

Wirkungen der vorläufigen Eintragung in die Handwerksrolle, wie zum Beispiel der selbstständige Betrieb eines Handwerks nach § 1 HwO, nicht für die Vergangenheit ungeschehen gemacht werden. Die Rückgängigmachung der Eintragung hätte nur rechtliche Wirkungen für die Zukunft. Die vom Antragsteller begehrte Vorwegnahme der Hauptsache wäre nur dann zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Artikel 19 Abs. 4 GG möglich, wenn für den in der Hauptsache geltend gemachten Anspruch ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit spricht.¹⁵²¹

Der letztgenannten Ansicht kann, wenn auch eingeschränkt, gefolgt werden. Das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers betrifft die Verwirklichung eines Grundrechts; bei berufsbezogenen Zulassungen wird grundsätzlich ein Anspruch auf eine einstweilige Anordnung bejaht.¹⁵²² Zusätzlich ist aber zu fordern, dass nach den Umständen des Einzelfalls die sonst zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller unzumutbar sind und im Hauptsacheverfahren nicht mehr beseitigt werden können.

4. Die Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsordnung

Die Rechtsmittel im Verwaltungsprozess sind die Berufung gemäß §§ 124 bis 130 b VwGO, die Revision gemäß §§ 132 bis 144 VwGO und die Beschwerde gemäß §§ 146 bis 152 VwGO.

Unstreitig kann der Berufsbewerber die Überprüfung einer gerichtlichen Entscheidung mit einem Rechtsmittel erstreben, wenn die Erteilung der angestrebten Ausnahmegewilligung abschlägig beschieden wurde.

Hat dagegen der Berufsbewerber obsiegt, ist fraglich, ob die Handwerkskammer ein Rechtsmittel als nach § 8 Abs. 4 HwO Beigeladene gegen diese Entscheidung einlegen darf. Denn dies setzt voraus, dass die Handwerkskammer als Beigeladene durch die Erteilung der Ausnahmegewilligung materiell beschwert ist. Die aufgeworfene Frage ist aus folgendem Gesichtspunkt zu bejahen: Der Handwerkskammer ist gemäß § 91 Abs. 1 Nr. 1 HwO die gesetzliche Aufgabe zugewiesen, die Interessen des Handwerks zu vertreten. Dazu zählt auch ein rechtlich geschütztes Interesse an der Nichterteilung einer Ausnahmegewilligung, wenn deren Voraussetzungen nicht vorliegen.¹⁵²³ Daher ist auch die Handwerkskammer rechtsmittelfähig.

¹⁵²¹ Sachs. OVG, Beschluss v. 14.03. 1997, GewArch 1997, 254, 255.

¹⁵²² Vgl. Redeker, Martin, in: Redeker, Konrad, von Oertzen, Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 14. Auflage. Stuttgart 2004. § 123 Rn 14 a; Kopp/Schenke, VwGO, § 123 Rn 14 a.

¹⁵²³ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 480; Hahn, Das Handwerksrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1996 bis 2001, GewArch 2001, 441-447; vgl. auch BVerwG, Urteil v. 03.09. 1991, GewArch 1992, 107, 108.

4. Kapitel: Die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO

Die Handwerksordnung bestimmt in § 7 a Abs. 1 HwO, dass derjenige, der ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt, eine Ausübungsberechtigung für ein anderes Gewerbe der Anlage A oder für wesentliche Tätigkeiten dieses Gewerbes erhält, wenn die hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen sind; dabei sind auch seine bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen.

Die Vorschrift des § 7 a HwO wurde durch die HwO-Novelle 1994 in die Handwerksordnung aufgenommen. Bei der sogenannten „Ausübungsberechtigung“ handelte es sich um ein völlig neues Rechtsinstitut, das in das Gesetz eingefügt wurde. Während der Zentralverband des Deutschen Handwerks die Regelung der Ausübungsberechtigung als wichtige Vorschrift bezeichnete,¹⁵²⁴ hielt Honig die Einführung einer zusätzlichen Ausübungsberechtigung eigentlich für überflüssig.¹⁵²⁵ Durch eine entsprechende Ergänzung des § 8 HwO, also die Aufnahme des Tatbestandes der Eintragung in die Handwerksrolle als Ausnahmegrund im Sinne des § 8 Abs. 1 HwO, hätte sich das gleiche einfacher erreichen lassen; der Gesetzgeber habe aber einen umständlichen Weg gewählt.¹⁵²⁶ Mit dem neuen Institut der „Ausübungsberechtigung“ wollte der Gesetzgeber aber schon optisch durch den eingeschlagenen Weg seine Ziele besonders deutlich machen:

Kern der Novellierung war, so die amtliche Begründung zur HwO-Novelle 1994, im Interesse der Verbraucher und Handwerker die Möglichkeiten zu einer „Leistung aus einer Hand“ zu verbessern: Bei Nachweis der erforderlichen Kenntnisse soll für den Handwerker die Möglichkeit bestehen, andere Handwerke ganz und in Teilbereichen auszuüben.¹⁵²⁷

Durch die Ausübungsberechtigung als Teil eines großzügigen Flexibilisierungsinstrumentariums sollen zusätzliche Möglichkeiten für eine Erweiterung des Handwerksbetriebes geschaffen werden.¹⁵²⁸ Damit kann der eingetragene Handwerker ohne Rückgriff auf eine Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO ein anderes Handwerk nach § 1 HwO vollständig oder in wesentlichen Teilen ausüben, wenn die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten dafür nachgewiesen sind. Bei der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO handelt es sich um einen Parallellfall zu der Ausnahmegewilligung oder Teilausnahmegewilligung nach § 8

¹⁵²⁴ Zentralverband des Deutschen Handwerks: Die Novelle zur Handwerksordnung '94. Bergisch-Gladbach 1994. 10.

¹⁵²⁵ Honig, HwO, 1. A., Nachtrag zu den ab 01.01. 1994 geltenden Änderungen durch die Novelle 1994, Anm. zu § 7 a HwO.

¹⁵²⁶ Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 31; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 a Rn 3.

¹⁵²⁷ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Ducksache 12/5918, 1, 2.

¹⁵²⁸ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 15, 17, 18.

HwO.¹⁵²⁹ Eine Identität besteht jedoch nicht.¹⁵³⁰ Ausdrücklich weist Karsten darauf hin, dass die Vorschrift des § 7 a HwO auf Vorschlägen der handwerklichen Spitzenorganisationen basiert.¹⁵³¹

Die Rechtsfigur der Ausübungsberechtigung trägt allerdings nicht nur dem Interesse der Handwerker und Verbraucher an einem Leistungsangebot aus einer Hand Rechnung, sondern berücksichtigt auch den die Handwerksordnung beherrschenden Grundsatz des Nachweises der handwerklichen Qualifikation als Voraussetzung der Ausübung handwerklicher Tätigkeiten, der nicht verlassen werden soll.¹⁵³² Dabei ist Grundgedanke der Vorschrift des § 7 a Abs. 1 HwO, dass demjenigen, der seine handwerkliche Befähigung für ein bestimmtes Handwerk bereits unter Beweis gestellt hat, der Zugang zu einem anderen Handwerk dadurch erleichtert werden soll, dass die Erteilung einer Ausübungsberechtigung für das andere Handwerk nicht das Bestehen der entsprechenden Meisterprüfung oder einer vergleichbaren Prüfung voraussetzt.¹⁵³³

Dabei stellt das Institut der Ausübungsberechtigung eine Bevorzugung des bereits in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerkers dar. Denn im Gegensatz zu einem anderen Berufsbewerber muss sich dieser nicht den strengeren Eintragungsvoraussetzungen der einschlägigen Vorschriften der Handwerksordnung stellen, wenn er ein in der Anlage A zur Handwerksordnung genanntes Gewerbe oder wesentliche Tätigkeiten dieses Gewerbes ausüben will. Allerdings hat der Antragsteller für das betreffende Handwerk, mit dem er in der Handwerksrolle eingetragen ist, seine Fähigkeit zur meisterlichen oder meistergleichen Verrichtung bereits unter Beweis gestellt. Daher ist es gerechtfertigt, die Erteilung einer Ausübungsberechtigung für ein anderes Gewerbe oder für wesentliche Teile dieses Gewerbes an weniger strenge Anforderungen zu knüpfen, als sie für die Eintragung mit dem Ausgangshandwerk gelten. Gerade diese nachgewiesene besondere Qualifikation im bereits ausgeübten Handwerk rechtfertigt die Bevorzugung desjenigen, der ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt, gegenüber demjenigen, der noch nicht in der Handwerksrolle eingetragen ist. Daher

¹⁵²⁹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382; ebenso Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274; 272; Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 442.

¹⁵³⁰ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310.

¹⁵³¹ Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 1.

¹⁵³² OLG Stuttgart, Urteil v. 20.06. 1997, GewArch 1997, 417, 418; Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 442; Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewA 1994, 308–312, 310; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 1.

¹⁵³³ Detterbeck/Will, Die Bauvorlageberechtigung der Handwerker und das Problem handwerksrechtlich gleichgestellter Personen, GewArch 2001, 310–317, 314.

bedeutet diese Ungleichbehandlung keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Artikel 3 Abs. 1 GG.¹⁵³⁴

Die erleichterte Zugangsregelung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks durch den neuen § 7 a HwO bedeutet zweifelsohne eine Lockerung des die Handwerksordnung beherrschenden Grundsatzes des Großen Befähigungsnachweises. Eben nicht das Bestehen der Meisterprüfung oder einer gleichgestellten anderen Prüfung, durch die die Fähigkeit zur meisterhaften Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten nachgewiesen wird, ist Voraussetzung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO. Allerdings steht es dem Gesetzgeber grundsätzlich auch frei, das Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises als Voraussetzung für die selbstständige Ausübung eines Handwerks durch die Zulassung von Ausnahmen von diesem Grundsatz aufzulockern und abzuschwächen. Folglich ist die Lockerung des Grundsatzes des Großen Befähigungsnachweises verfassungsrechtlich nicht zu bestanden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber sogar von Grundgesetzes wegen gehalten ist, die mit dem Großen Befähigungsnachweis verbundenen Belastungen für den Einzelnen durch die gesetzliche Normierung flankierender Ausnahmefälle und Ausnahmeregelungen abzufedern. Im Ergebnis wird dadurch der Grundsatz des Großen Befähigungsnachweises nicht in Frage gestellt, sondern verfassungsrechtlich sogar stabilisiert.¹⁵³⁵ Zudem verzichtet § 7 a HwO nicht auf einen Befähigungsnachweis, sondern schafft vielmehr eine besondere Form des Nachweises.¹⁵³⁶ Daher stimmt die Vorschrift des § 7 a HwO mit dem System der Handwerksordnung überein, das nach wie vor den Nachweis der Befähigung als Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks nach § 1 HwO verlangt.

Eher zurückhaltend zur Einführung der Ausübungsberechtigung äußert sich Czybulka.¹⁵³⁷ Ob durch die neue Rechtsfigur der Ausübungsberechtigung zusätzliche Möglichkeiten für eine Erweiterung des Handwerksbetriebes geschaffen werden könnten, wie es jedenfalls die Absicht des Gesetzgebers ist, werde die Entwicklung zeigen. Es sei wahrscheinlich, dass vor allem größere Handwerksbetriebe aufgrund des Kenntnissnachweises mit einem oder mehreren Betriebsleitern hier eine Chance zur Expansion sehen.

¹⁵³⁴ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a, Rn 5, 6, 7.

¹⁵³⁵ Ausdrücklich Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a, Rn 2, 3, 4.

¹⁵³⁶ OLG Stuttgart, Urteil v. 20.06. 1997, GewArch 1997, 417, 419.

¹⁵³⁷ Czybulka, Die handwerksrechtlichen Änderungen des Gesetzes vom 20.12. 1993, NVwZ 1994, 953–956, 953; Czybulka, Gewerbenebenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, I, 115–218, 134.

1. Abschnitt: Der Gegenstand der Ausübungsberechtigung

Die Ausübungsberechtigung kann für ein anderes Gewerbe der Anlage A oder für wesentliche Tätigkeiten dieses Gewerbes erteilt werden, § 7 a Abs. 1 1. Halbsatz HwO. Damit steht fest, dass jedes der in der Anlage A aufgeführten Gewerbe, das als zulassungspflichtiges Handwerk betrieben werden kann, Gegenstand der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO sein kann. Nicht erteilt werden kann die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO für ein zulassungsfreies Handwerk oder ein handwerksähnliches Gewerbe im Sinne des § 18 Abs. 2 HwO.

Somit besteht im Ergebnis Übereinstimmung mit dem Gegenstand der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO.

2. Abschnitt: Das Verfahren zur Erteilung der Ausübungsberechtigung

Die Vorschrift des § 7 a HwO, der die Erteilung einer Ausübungsberechtigung regelt, ist der Regelung der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO nachgebildet. Dieses gilt auch für das Verfahren zur Erteilung der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO.¹⁵³⁸ Aus diesem Grund bestimmt § 7 a Abs. 2 HwO, das § 8 Abs. 3 HwO entsprechend gilt. Ergänzend sind die Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder heranzuziehen.

I. Der Rechtscharakter der Ausübungsberechtigung

Ebenso wie bei der Entscheidung über die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO handelt es sich bei der Entscheidung über die Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO um einen Verwaltungsakt, § 35 VwVfG. Dabei hat auch die Ausübungsberechtigung rechtsbegründende Wirkung: Ihr Inhaber erhält die Berechtigung zur selbstständigen Ausübung des anderen Handwerks, für das die Ausübungsberechtigung erteilt wurde.

Der Inhaber der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO wird gemäß § 7 Abs. 7 1. Alt. HwO in die Handwerksrolle eingetragen, während die Handwerkskammer zur Eintragung des Inhabers einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO verpflichtet ist. Damit stellt die Ausübungsberechtigung für ihren Inhaber einen begünstigenden Verwaltungsakt dar, für die Handwerkskammer dagegen einen belastenden Verwaltungsakt.

¹⁵³⁸ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18; Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 18; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 30; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 272; Hammen, Verwaltungsvereinfachung im Handwerk durch Übertragung staatlicher Aufgaben auf die Handwerkskammern, GewArch 1995, 405–414, 409.

II. Die für die Erteilung sachlich und örtlich zuständige Behörde

Die höhere Verwaltungsbehörde ist gemäß § 7 a Abs. 2 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO für die Erteilung der Ausübungsberechtigung sachlich zuständig. Dieses wird durch den Verweis auf § 8 Abs. 3 HwO klargestellt.¹⁵³⁹ Gemäß § 7 a Abs. 2 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 3 Satz 4, 5 HwO können die Landesregierungen durch Rechtsverordnung eine andere Behörde anstelle der höheren Verwaltungsbehörde für die Erteilung der Ausübungsberechtigung bestimmen. Die Landesregierungen können diese Ermächtigung auf oberste Landesbehörde übertragen. Ausdrücklich bestimmt die neue Vorschrift des § 124 b Satz 1 HwO auch für die Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO, dass die sachliche Zuständigkeit für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO durch die Landesregierungen durch Rechtsverordnung auch auf andere Behörden oder auf Handwerkskammern übertragen werden kann.¹⁵⁴⁰ Von dieser Möglichkeit haben die Bundesländer wie auch für die Verfahren nach § 8 HwO Gebrauch gemacht; insoweit kann auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden.¹⁵⁴¹

Für die Erteilung der Ausübungsberechtigung ist die Verwaltungsbehörde örtlich zuständig, in deren Bezirk derjenige, der ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt, seinen Betriebssitz mit dem anderen Handwerk hat. Dieses ergibt sich, wie bei dem Verfahren zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO, aus § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG.

Eine Zuständigkeit nach gewöhnlichem Aufenthalt, wie sie in Ausnahmefällen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG gegeben sein kann, kommt bei der Frage der örtlichen Zuständigkeit für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nicht in Betracht. Denn die Erteilung einer Ausübungsberechtigung soll zusätzliche Möglichkeiten für die Erweiterung eines bereits bestehenden Handwerksbetriebes schaffen.¹⁵⁴² Ein Anknüpfungspunkt an den Wohnsitz des Antragstellers bezüglich der örtlichen Zuständigkeit ist daher ausgeschlossen.

¹⁵³⁹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 22; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 9; Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, 308–312, 311; OLG Stuttgart, Urteil v. 20.06. 1997, GewA 1997, 417, 418.

¹⁵⁴⁰ Vgl. zur Diskussion bezüglich der Zuständigkeit für das Verfahren nach § 7 a HwO Hammen, Verwaltungsvereinfachung im Handwerk durch Übertragung staatlicher Aufgaben auf die Handwerkskammern, GewArch 1995, 405–414, 408, 409.

¹⁵⁴¹ S. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt III. 1.4.; vgl. für das Bundesland Niedersachsen § 1 i.V.m. Nr. 3.1.1.1. der Anlage Verordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts sowie in anderen Rechtsgebieten (ZustVO-Wirtschaft) vom 18. November 2004 (Nds. GVObI. S. 482), zuletzt geändert durch VO v. 18.11. 2008 (Nds. GOVBl. S. 354); vgl. Auflistung für die Bundesländer bei Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 124 b Rn 6.

¹⁵⁴² Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 17.

III. Der Antrag auf Erteilung der Ausübungsberechtigung

Auch die Erteilung einer Ausübungsberechtigung erfolgt, wie die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO, nur auf Antrag, § 7 a Abs. 2 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO. Für die Form des Antrages treffen sowohl die Handwerksordnung als auch das Verwaltungsverfahrensgesetz keine besondere Bestimmungen. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Beantragung einer Ausnahmegewilligung verwiesen werden. Für die Beantragung der Erteilung einer Ausübungsberechtigung halten die zuständigen Behörden Formblätter bereit.

Nach dem Wortlaut des § 7 a Abs. 1 HwO ist zur Antragstellung derjenige berechtigt, der ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO betreiben die in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften ein zulassungspflichtiges Handwerk selbstständig als stehendes Gewerbe. Nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 7 a Abs. 1 HwO wären danach nicht nur natürliche Personen antragsberechtigt, sondern auch juristische Personen und Personengesellschaften. Insoweit ist der Wortlaut des § 7 a Abs. 1 HwO, der die Antragsberechtigung regelt, zunächst nicht eindeutig.¹⁵⁴³

Der Gesetzgeber verlangt jedoch für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung als Voraussetzung den Nachweis der erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse.¹⁵⁴⁴ Diese kann aber nur eine natürliche Person, wie auch bei der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO, nachweisen.

Daher ist die Vorschrift des § 7 a HwO bei der Prüfung der Antragsberechtigung personenbezogen auszulegen.¹⁵⁴⁵ So hat es sich der Gesetzgeber wohl auch vorgestellt, indem er die Formulierungen „Wer ... betreibt, erhält ...“ und „... seine bisherigen beruflichen Erfahrungen ...“ gebraucht. Auch die Gesetzesbegründung geht eindeutig von der Antragsberechtigung natürlicher Personen aus, wie die Formulierungen „... besitzt schon Kenntnisse ...“ und „... muss durch eine Prüfung nachweisen ...“ zeigen.¹⁵⁴⁶

¹⁵⁴³ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310; Honig, Die neue Handwerksordnung – Unstimmigkeiten, GewArch 1994, 227.

¹⁵⁴⁴ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18.

¹⁵⁴⁵ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 272; Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310; Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz: Die Ausübungsberechtigung – Ein Erfahrungsbericht nach zwei Jahren. Gewerbeinformation 1/1996. Koblenz 1996. 4; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 7 a Rn 9.

Allerdings könnte man daran denken, dass nur der Betriebsinhaber als natürliche Person antragsberechtigt ist, da ja dieser das Handwerk betreibt, nicht aber der Betriebsleiter. Ein bei einem Einzelunternehmen oder einer Gesellschaft angestellter Betriebsleiter käme danach nicht als Antragsteller in Frage, sondern nur der oder die Vertretungsberechtigten.¹⁵⁴⁷ Nach Sinn und Zweck der Vorschrift kommt jedoch im Ergebnis derjenige für die Antragstellung in Frage, auf dessen Qualifikation die bestehende Handwerksrolleneintragung beruht.¹⁵⁴⁸

Daraus folgt, dass bei einer gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO mit einem Betriebsleiter in die Handwerksrolle eingetragenen natürlichen oder juristischen Person oder Personengesellschaft der Betriebsleiter antragsberechtigt ist. Dies gilt auch für den nach § 4 Abs. 1 Satz 2 HwO bestellten Betriebsleiter.

Bei einem gemäß § 7 Abs. 1 a HwO in die Handwerksrolle eingetragenen handwerklichen Einzelunternehmen ist die in die Handwerksrolle eingetragene natürliche Person antragsberechtigt. Auch Vertriebene und Spätaussiedler, die gemäß § 7 Abs. 9 HwO in die Handwerksrolle eingetragen sind, werden von der Antragsbefugnis erfasst.

Unerheblich ist, wie sich aus dem Vorgesagten ergibt, aus welchem Rechtsgrund die Eintragung in die Handwerksrolle erfolgt ist.¹⁵⁴⁹ Daher ist auch derjenige antragsberechtigt, der eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO erhalten hat und damit in die Handwerksrolle eingetragen ist. Dieses gilt auch dann, wenn die Ausnahmegewilligung auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten gemäß § 8 Abs. 2 HwO beschränkt ist, also eine Teilausnahmegewilligung erteilt wurde. Gleiches gilt, wenn die Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO unter Auflagen oder Bedingungen oder insbesondere befristet erteilt wurde. Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ weist zu Recht ausdrücklich auf das Antragsrecht dieser Personengruppe hin;¹⁵⁵⁰ die Literatur folgt dieser Meinung einhellig.¹⁵⁵¹ Antragsberechtigt sind ebenfalls die mit einer Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO oder mit einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO eingetragenen Berufsbewerber.

¹⁵⁴⁶ Honig, Die neue Handwerksordnung – Unstimmigkeiten, GewArch 1994, 227.

¹⁵⁴⁷ Ebenso zunächst Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 30, 31.

¹⁵⁴⁸ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 a Rn 4.

¹⁵⁴⁹ So auch Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 3.

¹⁵⁵⁰ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–384, 382.

¹⁵⁵¹ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273; Detterbeck/Will, Die Bauvorlageberechtigung der Handwerker und das Problem handwerksrechtlich gleichgestellter Personen, GewArch 2001, 310–317, 313; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 9; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 a Rn 4.

Die Staatsangehörigkeit des Antragstellers spielt bezüglich der Antragsberechtigung keine Rolle, da auch in § 7 a HwO nicht an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Sowohl deutsche Staatsbürger als auch Staatsangehörige ausländischer Staaten sind damit antragsberechtigt.

Für die Form des Antrages gelten die Ausführungen zum Ausnahmbewilligungsverfahren nach § 8 HwO entsprechend.

IV. Umfang der amtswegigen Prüfung

Die zuständige höhere Verwaltungsbehörde hat zum einen die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO zu prüfen. Darüber hinaus ist denkbar, dass der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf Eintragung aufgrund anderer Rechtsvorschriften mit dem zusätzlich zu betreibenden Handwerk in die Handwerksrolle hat; diesbezüglich ist ebenfalls eine Prüfung vorzunehmen.

Daneben hat die Behörde auch zu prüfen, ob sich der Antrag auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung auf ein Handwerk im Sinne der Handwerksordnung erstreckt und deshalb eine handwerksrechtliche Befähigung notwendig ist. Dies ergibt sich aus § 7 a Abs. 2 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 3 HwO. Die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO verweist dabei ausdrücklich auf § 1 Abs. 2 HwO. Allerdings ist hier, wie im Verfahren nach § 8 HwO, nur die Handwerksmäßigkeit der Tätigkeit als solche angesprochen; die Entscheidung über die Eintragungsfähigkeit des Betriebes mit dem zusätzlich zu betreibenden Handwerks trifft allein die Handwerkskammer.¹⁵⁵²

V. Der Untersuchungsgrundsatz

Die Ausübungsberechtigung ist nach dem Wortlaut des § 7 a Abs. 1 HwO zu erteilen, wenn „die hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen sind“. Damit gilt der Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG auch im Ausübungsbewilligungsverfahren nach § 7 a HwO.

VI. Die Anhörung der Handwerkskammer und Verfahrensbeteiligung der Innung oder Berufsvereinigung

Durch den Verweis in § 7 a Abs. 2 HwO auf § 8 Abs. 3 HwO ist klargestellt, dass die für das Aufnahmebewilligungsverfahren nach § 8 HwO geltenden Grundsätze für die Verfahrensbe-

¹⁵⁵² Vgl. VG Hamburg, Beschluss v. 16.04. 2004, GewArch 2004, 307.

teiligung Dritter ebenfalls für das Verfahren zur Erteilung einer Ausübungsberechtigung gelten.

Daraus folgt, dass die örtlich zuständige Handwerkskammer vor Erteilung der Ausübungsberechtigung zu hören ist, und zwar zu den Voraussetzungen des § 7 a Abs. 1 und Abs. 2 HwO als auch zu den des § 1 Abs. 2 HwO.

Weiter gilt, dass Berufsvereinigungen und Innungen im Rahmen der Vorbereitung der Stellungnahme der Handwerkskammer in dem Verfahren zur Erteilung einer Ausübungsberechtigung von Amts wegen nicht zu beteiligen sind.¹⁵⁵³ Danach können fachlich und örtlich zuständige Berufsvereinigungen und Innungen nur mit vorheriger ausdrücklicher Zustimmung des Antragstellers eingeschaltet werden; sie sind zu beteiligen, wenn der Antragsteller es verlangt. Darüber wird die Meinung vertreten, die Beteiligung von Berufsvereinigungen oder Innungen sei von Amts wegen möglich, sofern die höhere Verwaltungsbehörde sie für erforderlich oder zweckmäßig hält, also aus dem Gesichtspunkt des sogenannten Amtsermittlungsgrundsatzes.¹⁵⁵⁴ Auch hier gilt, wie im Verfahren zur Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO, daß personenbezogene Daten des Antragstellers in diesen Fällen nicht weitergegeben werden dürfen. Wenn der Antragsteller dagegen ausdrücklich der Anhörung einer bestimmten Innung oder Berufsvereinigung widerspricht, verbietet sich auch deren Beteiligung von Amts wegen.

Die zuständige Verwaltungsbehörde ist an die Stellungnahmen der Handwerkskammer, Innung oder Berufsvereinigung, wie auch im Ausnahmebewilligungsverfahren, nicht gebunden; vielmehr haben diese nur konsultativen Charakter.¹⁵⁵⁵

VII. Sachbescheinigungsinteresse

Auch für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung ist ein rechtlich schutzwürdiges Interesse des Antragstellers, das sogenannte Sachbescheinigungsinteresse, erforderlich. Der Antrag ist daher abzuweisen, wenn dieses fehlt.

Ergänzend kann auf die Ausführungen zum Sachbescheinigungsinteresse des Antragstellers im Ausnahmebewilligungsverfahren nach § 8 HwO verwiesen werden.¹⁵⁵⁶

¹⁵⁵³ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–395, 383; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

¹⁵⁵⁴ So Seidl, in: Schwannecke, HwO, Stand: 37. Lieferung, § 7 a Rn 10.

¹⁵⁵⁵ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273; Seidl, in: Schwannecke, HwO, Stand: 37. Lieferung, § 7 a Rn 10; im Ergebnis Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

¹⁵⁵⁶ 3. Kapitel 2. Abschnitt VII.

3. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung ergeben sich zum einen aus § 7 a HwO. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Ausübungsberechtigung nicht nur für ein Gewerbe der Anlage A, sondern auch für wesentliche Tätigkeiten dieses Gewerbes erteilt werden kann, § 7 a Abs. 1 1. Halbsatz HwO. Zum anderen ist denkbar, dass darüber hinaus noch weitere Voraussetzungen erforderlich sind.

I. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a Abs. 1 HwO

Aufgrund des eindeutigen Wortlautes des Gesetzes steht fest, dass die Ausübungsberechtigung für ein gesamtes Handwerk der Anlage A, also für den gesamten Bereich eines Vollhandwerks, erteilt werden kann. In diesen Fällen, so ist sich die Literatur einig, würde es sich allerdings eher empfehlen, eine zweite Meisterprüfung abzulegen, die nach den neu eingeführten Vorschriften nunmehr unter erleichterten Voraussetzungen erlangt werden kann. So sei es beispielsweise nicht mehr notwendig, dass für die zweite Meisterprüfung eine Gesellentätigkeit nachgewiesen wird.¹⁵⁵⁷ Die Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz hält es für nach wie vor sinnvoll, sich ein gesamtes Berufsbild eines anderen Handwerks im Wege einer zweiten Meisterprüfung zu eröffnen. Soweit ein zweites Vollhandwerk uneingeschränkt ausgeübt werden soll, werde den Antragstellern für eine Ausübungsberechtigung für ein Vollhandwerk empfohlen, die zweite Meisterprüfung unter erleichterten Zulassungsbedingungen noch nachzuholen.¹⁵⁵⁸ Diese Forderung mag aus handwerkspolitischer Sicht verständlich und begrüßenswert sein, auch unter dem Gesichtspunkt der Möglichkeit der Führung des Meistertitels in dem zusätzlich zu betreibenden Handwerks. Allerdings besteht keine rechtliche Verpflichtung des Antragstellers, der eine Ausübungsberechtigung für ein gesamtes Handwerk der Anlage A begehrt, diesem Weg zu folgen.

An die Erteilung einer Ausübungsberechtigung für ein Gewerbe der Anlage A sind nach dem Wortlaut des § 7 a Abs. 1 HwO bestimmte Voraussetzungen geknüpft. So wird zum einen verlangt, dass bereits ein Handwerk nach § 1 HwO betrieben wird. Zum anderen sind die für die Ausübung eines anderen Gewerbes der Anlage A erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch den Antragsteller nachzuweisen; dabei sind auch seine bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen.

¹⁵⁵⁷ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310.

¹⁵⁵⁸ Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz, Die Ausübungsberechtigung – Ein Erfahrungsbericht nach zwei Jahren, 10.

Nicht ausdrücklich wird dagegen ein Ausnahmegrund, also die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller, verlangt. Daher steht in Frage, ob dieser überhaupt erforderlich ist.

Über die Tatbestandsmerkmale des § 7 a HwO hinaus könnten andere Rechtsnormen weitere Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung fordern.

1. Der Ausnahmegrund

Das Vorliegen eines Ausnahmegrundes in der Person des Antragstellers ist für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO eines der beiden Tatbestandsmerkmale. Diesbezüglich schweigt die Vorschrift des § 7 a HwO.

1.1. Der Ausnahmegrund kraft Gesetzes

Ein Ausnahmegrund ist auch als Voraussetzung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO erforderlich, und zwar als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Das folgt aus der Tatsache, dass die Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO ein Unterfall der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO ist. Der wesentliche Unterschied zwischen den Rechtsinstituten der Ausnahmegewilligung und der Ausübungsberechtigung liegt darin, dass bei letzterer der Ausnahmegrund kraft Gesetzes gilt: Betreibt der Antragsteller bereits ein Handwerk und ist er damit in die Handwerksrolle eingetragen, liegt ein Ausnahmegrund vor.¹⁵⁵⁹ Damit entfällt die einzelfallbezogene Prüfung, ob die Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller eine unzumutbare Belastung bedeutet, wenn der Antragsteller bereits ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt.

1.2. Das Betreiben eines Handwerks nach § 1 HwO

Voraussetzung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO ist das berechtigte Betreiben eines Handwerks der Anlage A zur Handwerksordnung und die Eintragung in die Handwerksrolle mit diesem Handwerk.

Wie bereits ausgeführt, ist der Rechtsgrund für die Eintragung unerheblich. Tatbestandsvoraussetzung des § 7 a HwO ist insoweit lediglich die Eintragung in die Handwerksrolle als solche.¹⁵⁶⁰

Voraussetzung ist allerdings auch, dass das Handwerk auch tatsächlich „betrieben“ wird. Eine bloße formale Eintragung in der Handwerksrolle reicht also nicht aus; vielmehr muss

¹⁵⁵⁹ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 a Rn 3; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382; a. A. zu Unrecht Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 5.

¹⁵⁶⁰ Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 3.

auch eine tatsächliche handwerkliche Betätigung erfolgen.¹⁵⁶¹ Dies ergibt sich zum einen aus Sinn und Zweck der Vorschrift des § 7 a HwO, die dem bereits am Markt tätigen Handwerksbetrieb eine zusätzliche Flexibilisierungsmöglichkeit zur Erweiterung seines Leistungsangebots zur Verfügung stellt. Zum anderen verlangt § 7 a Abs. 1 1. Halbsatz HwO ausdrücklich, dass ein Handwerk nach § 1 HwO betrieben wird. Der Begriff „Betrieb“ umschreibt in § 1 Abs. 1 HwO die Tätigkeit des selbstständigen Gewerbetreibenden, nämlich die Ausübung des Handwerks,¹⁵⁶² also im Sinne von „Betreiben“ im Gegensatz zum sonstigen Sprachgebrauch in der Handwerksordnung. Dabei versteht man unter Gewerbe jede erlaubte, auf Erwerb gerichtete und insbesondere auf gewisse Dauer berechnete Tätigkeit, soweit sie nicht der Urproduktion zuzurechnen ist oder den freien Berufen angehört; die Tätigkeit muss fortgesetzt ausgeführt werden und damit auch tatsächlich ausgeübt werden.

Gleichzeitig wird mit der Voraussetzung des Betriebens eines Handwerks nach § 1 HwO klargestellt, dass die Eintragung eines Handwerks über eine Ausübungsberechtigung immer eine zusätzliche Eintragung, nicht aber eine eigenständige Eintragung für ein Handwerksgewerbe ist.¹⁵⁶³

1.3. Die Frage des Zusammenhangs zwischen dem Ausgangshandwerk und dem anderen Handwerk bei Erteilung einer Ausübungsberechtigung

Fraglich ist, ob auch bei der Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO ein irgendwie gearteter Zusammenhang zwischen dem Ausgangshandwerk und dem anderen Handwerk erforderlich ist. Dem Wortlaut des § 7 a HwO lässt sich dieses nicht entnehmen. Der Gesetzgeber hat lediglich geregelt, dass derjenige, der ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt, eine Ausübungsberechtigung für ein anderes Gewerbe der Anlage A erhält. In der amtlichen Begründung zu § 7 a HwO formuliert der Gesetzgeber, dass allen eingetragenen Handwerkern, die ihr Handwerk auch tatsächlich ausüben, ermöglicht werden soll, andere Handwerke umfassend oder in wesentlichen Tätigkeiten auszuüben, wenn die erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse nachgewiesen sind.¹⁵⁶⁴ Eine Eingrenzung hinsichtlich des anderen Handwerks, für das eine Ausübungsberechtigung beantragt wird, hat der Gesetzgeber damit nicht vorgenommen.

Allerdings könnte man annehmen, dass ein Zusammenhang zwischen dem Ausgangshandwerk und dem anderen Handwerk ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist. Denn der

¹⁵⁶¹ Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 6; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 7 a Rn 10; Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, 1994, 308–312, 310; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382, 383.

¹⁵⁶² OVG Hamburg, Urteil v. 19.12. 1989, GewArch 1990, 408, 409.

¹⁵⁶³ Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz, Die Ausübungsberechtigung – Ein Erfahrungsbericht nach zwei Jahren, 3.

Gesetzgeber hat an anderer Stelle der Handwerksordnung entsprechende Regelungen getroffen, wenn es um Fragen des Zusammenhangs zwischen einzelnen Handwerken geht.

Im Rahmen der Vorschrift des § 2 HwO, der die Anwendung der Handwerksordnung auf Betriebe der öffentlichen Hand und Nebenbetriebe regelt, verlangt der Gesetzgeber in Nr. 2 und 3 eine „Verbundenheit“ der handwerklichen Nebenbetriebe mit dem Hauptbetrieb. In § 3 Abs. 3 HwO wird für die Annahme eines Hilfsbetriebes im Sinne des § 3 Abs. 1 HwO unter anderem verlangt, dass dieser der wirtschaftlichen Zweckbestimmung des Hauptbetriebes dient. Dieser Begriff der wirtschaftlichen Verbundenheit zwischen dem Haupt- und dem Nebenbetrieb wird dahingehend definiert, dass der Nebenbetrieb den wirtschaftsunternehmerischen Zwecken des Hauptbetriebes dient und seine Erzeugnisse oder Leistungen dazu beitragen, die Wirtschaftlichkeit und den Gewinn des Hauptbetriebes zu steigern. Gleichfalls ist eine fachliche Verbundenheit erforderlich.¹⁵⁶⁵

Der Gesetzgeber hat auch an anderer Stelle dem in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerker Tätigkeiten in anderen Handwerken unter bestimmten Voraussetzungen gestattet.

Die Handwerksordnung bestimmt in § 5, dass derjenige, der ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt, hierbei auch Arbeiten in anderen Handwerken ausführen kann, wenn sie mit dem Leistungsangebot seines Handwerks technisch oder fachlich zusammenhängen oder es wirtschaftlich ergänzen. Dabei hat die HwO-Novelle 1994 zu einer Erweiterung der nach § 5 HwO 1965 bereits bestehenden Möglichkeit, Arbeiten in anderen Handwerken mit zu erledigen, geführt. Der Gesetzgeber hat dem Interesse der Verbraucher und der Handwerker an einem breiteren handwerklichen Leistungsangebot eines Betriebes, also der handwerklichen Leistung „aus einer Hand“, Rechnung getragen. Durch die Aufnahme des Kriteriums „wirtschaftlich ergänzen“ wurden die Möglichkeiten, in einem anderen Handwerk tätig zu werden, für den eingetragenen Handwerker erweitert.¹⁵⁶⁶

Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung für die Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO bezüglich eines Zusammenhangs zwischen den verschiedenen Tätigkeiten folgert Erdmann, dass es, anders als im Fall des § 5 HwO, keines wirtschaftlichen Zusammenhangs mit dem Ausgangshandwerk bedarf.¹⁵⁶⁷ Einen irgendwie gearteten Zusammenhang zwischen der ausgeübten und der angestrebten Tätigkeit verlangt das Gesetz bei der Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO, so Honig/Knörr, nicht, im Gegensatz etwa zur

¹⁵⁶⁴ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18.

¹⁵⁶⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 3 Rn 9.

¹⁵⁶⁶ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 15; Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 381.

Regelung in § 3 Abs. 3 HwO bezüglich des Hilfsbetriebes. Insoweit fehle eine entsprechende Einschränkung.¹⁵⁶⁸ Nach Meinung von Karsten kann die Ausübungsberechtigung auch für ein Handwerk erteilt werden, das keine Verbindung mit dem Ausgangshandwerk des Antragstellers aufweist. Die Ausübungsberechtigung könne daher auch für ein artfremdes Handwerk erteilt werden.¹⁵⁶⁹

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ stellt heraus, dass der Antragsteller darüber entscheidet, für welches andere Handwerk oder für welche wesentliche Tätigkeit dieses Handwerks er eine Ausübungsberechtigung beantragt. Unerheblich sei, ob zwischen dem Handwerk, mit dem der Antragsteller bereits in die Handwerksrolle eingetragen ist, und dem Handwerk, für das die Ausübungsberechtigung beantragt wird, ein fachlicher, technischer oder wirtschaftlicher Zusammenhang besteht.¹⁵⁷⁰

Der dargestellten absolut herrschenden Meinung, nach der zwischen dem Ausgangshandwerk und dem anderen Handwerk kein Zusammenhang, in welcher Form auch immer, bestehen muss, ist aufgrund des eindeutigen Wortlautes des Gesetzes zu folgen. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber diese Voraussetzung, wie in den Bestimmungen der §§ 2, 3 und 5 HwO, ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen. Vielmehr hat der Gesetzgeber gerade im Rahmen der HwO-Novelle 1994 bei Neufassung des § 5 HwO eine entsprechende Regelung bezüglich der wirtschaftlichen Ergänzung eines nach § 1 Abs. 1 HwO betriebenen Handwerks vorgesehen. Dagegen hat er bei der Schaffung des neuen Instruments des § 7 a HwO auf eine entsprechende Beschränkung verzichtet.

In der Praxis wird sich ein Handwerker in der Regel nur in solchen Gebieten betätigen, die mit seinem eigenen Handwerk im Zusammenhang stehen. Denn es wird ihm darauf ankommen, sein eigenes Leistungsangebot abzurunden. Regelmäßig wird daher ein Antrag auf Ausübungsberechtigung nur für ein artverwandtes Handwerk gestellt werden.¹⁵⁷¹ Von daher wird die fehlende Beschränkung bezüglich eines wirtschaftlichen Zusammenhangs mit dem Ausgangshandwerk in der Praxis nicht zu sachfremden Fallgestaltungen führen.

¹⁵⁶⁷ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 272.

¹⁵⁶⁸ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 a, Rn 6; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 31; ebenso Detterbeck/Will, Die Bauvorlageberechtigung der Handwerker und das Problem handwerksrechtlich gleichgestellter Personen, GewArch 2001, 310–317, 314; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a, Rn 4.

¹⁵⁶⁹ Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 19; ebenso Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310.

¹⁵⁷⁰ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382.

¹⁵⁷¹ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–310, 310; ebenso Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 272.

2. Der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten

Die zweite Voraussetzung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung ist der Nachweis der für die Ausübung des anderen Gewerbes der Anlage A der Handwerksordnung erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten. Dabei sind auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers zu berücksichtigen, § 7 a Abs. 1 HwO.

2.1. Der Begriff der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten

In der Meisterprüfung werden vom Prüfling meisterhafte Kenntnisse und Fertigkeiten verlangt, § 45 Abs. 2, 3 HwO. Die Kenntnisse und Fertigkeiten, die der Berufsbewerber für eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO als Befähigungsnachweis erbringen muss, stimmen mit denen in der Meisterprüfung „in etwa“ überein.¹⁵⁷²

Während die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO vom Bewerber um eine Ausnahmegewilligung den Nachweis der „notwendigen“ Kenntnisse und Fertigkeiten verlangt, setzt § 7 a Abs. 1 HwO den Nachweis der „erforderlichen“ Kenntnisse und Fertigkeiten durch den Antragsteller voraus. Man könnte daher daran denken, dass sich aus dieser unterschiedlichen Wahl der Begriffe auch unterschiedliche Maßstäbe an den Befähigungsnachweis im Vergleich zur Meisterprüfung ergeben, obwohl der Gesetzgeber die Vorschrift des § 7 a HwO der Vorschrift des § 8 HwO nachgebildet hat. Dieses kann sowohl Inhalt als auch Umfang der im Ausübungsberechtigungsverfahren nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten im Vergleich zur Meisterprüfung betreffen.

2.1.1. Der Inhalt des Befähigungsnachweises

Ziel des Gesetzgebers war es bei der Schaffung des neuen Institutes der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO, einem bereits eingetragenen Handwerker die Möglichkeit zur Tätigkeit in einem anderen Handwerk zu ermöglichen. Da der bereits eingetragene Handwerker eine Berechtigung zur Ausübung eines Handwerks erworben hat und dabei bereits die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse nachgewiesen hat, sind diese nicht erneut nachzuweisen. Vielmehr hat sich der Nachweis im Fall der Ausübungsberechtigung auf die praktischen und fachtheoretischen Kenntnisse zu beschränken.¹⁵⁷³

¹⁵⁷² S. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.1.

¹⁵⁷³ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 272; Detterbeck/Will, Die Bauvorlageberechtigung der Handwerker und das Problem handwerksrechtlich gleichgestellter Personen, GewArch 2001, 310–317, 314; Czybulka, Die handwerksrechtlichen Änderungen des Gesetzes vom 20.12. 1993, NVwZ 1994, 953–956, 953; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 16; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 6.

Dieser Grundsatz gilt auch für den Inhaber einer Ausnahmegewilligung oder einer Teilausnahmegewilligung, da auch dieser im Ausnahmegewilligungsverfahren regelmäßig bereits die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse nachgewiesen hat.¹⁵⁷⁴

Der Befähigungsnachweis im Ausübungsberechtigungsverfahren gemäß § 7 a HwO unterscheidet sich damit in diesem Punkt vom Inhalt her wesentlich sowohl von dem im Meisterprüfungsverfahren als auch dem im Ausnahmegewilligungsverfahren gemäß § 8 HwO: Nur in den beiden letztgenannten Verfahren ist der Nachweis der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse zu erbringen.¹⁵⁷⁵

Die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse sind dagegen im Verfahren nach § 7 a HwO, wie im Verfahren nach § 8 HwO, nicht Inhalt des Befähigungsnachweises. Für Ausübungsberechtigte nach § 7 a HwO, die auch ausbilden wollen, ist der Nachweis der erforderlichen fachlichen Eignung in § 22 b Abs. 2 Nr. 2 b HwO geregelt und damit in einem gesonderten Verfahren zu erbringen. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 8 HwO verwiesen werden.¹⁵⁷⁶

2.1.2. Der Umfang der nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten

Da der Antragsteller, der eine Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO begehrt, bereits seine Befähigung für das von ihm schon betriebene Handwerk nachgewiesen hat, könnte man daraus folgern, dass die vom ihm nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten für das andere Handwerk nicht in vollem Umfang, also qualitativ, denen in der Meisterprüfung gleichwertig, sondern geringer sind. Damit wäre auch das Anforderungsniveau gegenüber dem Befähigungsnachweis im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO Abs. 1 HwO geringer.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist das Ziel des Gesetzgebers, das er mit der Einführung des Instituts der Ausübungsberechtigung im Zuge der HwO-Novelle 1994 erreichen wollte, zu berücksichtigen. Kern der Novellierung im Jahr 1994 war - wie bereits einleitend dargelegt -, im Interesse der Verbraucher und Handwerker die Möglichkeiten zur „Leistung aus einer Hand“ zu verbessern, allerdings ausdrücklich unter Festhalten am Großen Befähigungsnachweis und damit an Erhaltung und Pflege des hohen Leistungsstandes des Handwerks.¹⁵⁷⁷ Für den Antragsteller im Ausübungsberechtigungsverfahren bedeutet dies zum

¹⁵⁷⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382.

¹⁵⁷⁵ Vgl Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 7 a Rn 14.

¹⁵⁷⁶ Vgl. oben 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.1.1.4.; ausführlich 8. Kapitel 3. Abschnitt.

¹⁵⁷⁷ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 3.

einen, dass nicht auf den Befähigungsnachweis verzichtet wird, sondern lediglich auf den förmlichen Befähigungsnachweis durch das Bestehen der Meisterprüfung oder einer gleichgestellten anderen Prüfung. Zum andern muss dem Erhalt und der Pflege des hohen Leistungsstandes des Handwerks dadurch Rechnung getragen werden, dass das Anforderungsniveau auch für den Antragsteller, der eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO, begehrt, nicht abgesenkt wird. Nur so kann das Eindringen unqualifizierter Kräfte in Handwerksberufe verhindert werden.

Daher hat auch der Antragsteller im Verfahren nach § 7 a HwO qualitativ, also umfänglich, „in etwa“ meistergleiche Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen. Dabei wird von dem Bewerber um eine Ausübungsberechtigung nicht ein geringeres Maß an praktischem Können und fachtheoretischen Wissen verlangt; die Überprüfung orientiert sich lediglich an einem praxisbezogenen Maßstab. Das Anforderungsniveau ist damit bezüglich des Umfangs das gleiche wie bei der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO. Insoweit gibt es für Antragsteller nach § 7 a HwO gegenüber dem Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO keine Erleichterungen, aber auch keine Erschwernisse.¹⁵⁷⁸

2.1.3. Ergebnis

Im Ergebnis entsprechen die „erforderlichen“ Kenntnisse und Fertigkeiten für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO vom Umfang her nicht denen, die in der Meisterprüfung nachzuweisen sind. Denn der Umfang der nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten ist wegen des Verzichts sowohl auf die kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse als auch auf die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse nicht deckungsgleich. Gleiches gilt bezüglich der „notwendigen“ Kenntnisse und Fertigkeiten für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO; mangels Nachweises der kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse im Verfahren nach § 7 a HwO ist der Umfang des Befähigungsnachweises hier geringer. Bezüglich des Inhalts des Befähigungsnachweises gilt, dass sich dieser, wie der Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 8 HwO, in der Form des Nachweises, die praxisorientiert ist, unterscheidet. Materiell hingegen orientiert sich der Nachweis an dem in der Meisterprüfung.

¹⁵⁷⁸ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382, 383; Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311; Detterbeck/Will, Die Bauvorlageberechtigung der Handwerker und das Problem handwerksrechtlich gleichgestellter Personen, GewArch 2001, 310–317, 314; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 272, 273.

2.2. Höhere Anforderungen für Inhaber einer Ausnahmegewilligung und für Gefahrenhandwerke

Auch der mit einer Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO oder mit einer Teilausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO in die Handwerksrolle eingetragene Handwerker ist berechtigt, einen Antrag auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO zu stellen. Das Vorgesagte gilt ebenfalls dann, wenn die Ausnahmegewilligung unter Auflagen oder Bedingungen oder befristet erteilt wurde, § 8 Abs. 2 HwO. Auch auf den Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO finden die dargelegten Grundsätze Anwendung. Denn der Rechtsgrund, aus dem der Antragsteller in die Handwerksrolle eingetragen ist, ist im Verfahren nach § 7 a HwO nicht von Bedeutung.

Daher können an den Inhaber einer bestandskräftigen Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO keine erhöhten Anforderungen an den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten im Verfahren nach § 7 a HwO gestellt werden. Dieses verbietet sich aus dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Artikel 3 Abs. 1 GG.

Gleiches gilt für die sogenannten gefahrgeneigten Handwerke.¹⁵⁷⁹ Denn der Berufsbewerber, der eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO für ein gefahrgeneigtes Handwerk begehrt, muss sich beim Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten ohnehin den höheren Anforderungen stellen, die auch von einem Meisterprüfling verlangt werden. So ist auch Schwappach zu verstehen, wenn er fordert, dass in Anbetracht der besonderen Gefahren in solchen Handwerken an den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten ein entsprechender Maßstab angelegt wird.¹⁵⁸⁰

2.3. Erleichterungen an den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten für den eingetragenen Handwerker

Vom Inhalt und Umfang der im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO nachzuweisenden erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten zu unterscheiden ist die Frage, ob es für den bereits mit einem anderen Gewerbe in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerker beim Nachweis der Befähigung im Verfahren nach § 7 a HwO Erleichterungen im Vergleich zu dem Bewerber um eine Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO gibt.

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ vertritt die Meinung, dass es beim Befähigungsnachweis für Antragsteller gemäß § 7 a HwO gegenüber dem Ausnahmegewilligungs-

¹⁵⁷⁹ Zur Definition s. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.1.4.1.

¹⁵⁸⁰ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311.

verfahren gemäß § 8 HwO keine Erleichterungen, aber auch keine Erschwernisse gibt.¹⁵⁸¹ Demzufolge dürften an den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten keine höheren, aber auch keine geringeren Anforderungen als beim Nachweis im Rahmen des Ausnahmbewilligungsverfahrens gestellt werden. Daher können, so die herrschende Meinung in der Literatur, die bereits für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung nach § 8 HwO entwickelten Grundsätze herangezogen werden.¹⁵⁸²

Die Mindermeinung will berücksichtigen, dass der Antragsteller zwangsläufig schon in einem Handwerk tätig sein muss, in vielen Fällen aufgrund der abgelegten Meisterprüfung in dem Ausgangshandwerk. Damit habe der Antragsteller schon meisterliche oder meistergleiche Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen, die es ihm erlauben, einen handwerklichen Betrieb selbstständig zu führen. Wenn nun der eingetragene Handwerker Tätigkeiten in einem anderen Handwerk zusätzlich ausführen will, so könne er dies auf der Grundlage der von ihm bereits gewonnenen Erfahrungen leichter vornehmen als ein Berufsanfänger. Es sei daher gerechtfertigt, an den Nachweis für die ihm Rahmen des § 7 a HwO erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten geringere Anforderungen zu stellen als im Rahmen der Ausnahmbewilligung gemäß § 8 HwO. Darüber hinaus seien die Anforderungen an den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten dann niedriger anzusetzen als beispielsweise im Rahmen der Ausnahmbewilligung nach § 8 HwO, wenn die beabsichtigte Tätigkeit in dem anderen Handwerk Ähnlichkeiten mit dem bereits ausgeübten eigenen Handwerk aufweist, es sich also um ein ähnliches oder zumindest in Teilbereichen vergleichbares Handwerk handelt.¹⁵⁸³

Damit, folgt man der letztgenannten Ansicht, wird, so Detterbeck/Will, offenbar vermutet, dass der Antragsteller auch im Ergänzungshandwerk über einschlägige Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt, die keines besonderen Nachweises mehr bedürfen. Denn das Ergänzungshandwerk solle - im Unterschied zu den Fällen des § 8 Abs. 1 HwO - auf der Grundlage der meisterlichen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen im Ausgangshandwerk ausgeübt werden. Welche Auffassung vorzugswürdig sei, lassen Detterbeck/Will allerdings offen.¹⁵⁸⁴

Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage in diesem Meinungsstreit ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des Instituts der Ausübungsberechtigung auf einen Befähigungsnachweis nicht verzichten wollte, sondern nur eine besondere Form des Nachweises für den bereits eingetragenen Handwerker ermöglichen wollte. Dabei verlangt der Gesetzgeber, dass sich der Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 7 a HwO wie nach

¹⁵⁸¹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382, 383.

¹⁵⁸² Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 7; Honig/Knörr, HwO, 34. A., § 7 a Rn 3; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 30.

¹⁵⁸³ Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311.

§ 8 HwO verstärkt an den bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers auszurichten hat. Ausdrücklich bestimmt § 7 a Abs. 1 1. Halbsatz HwO, dass diese zu berücksichtigen sind.

Der Bewerber um eine Ausübungsberechtigung wird es daher leichter haben, den Befähigungsnachweis zu erbringen, wenn er über einschlägige Berufserfahrungen verfügt. Dies kann aber nur das Beweismittel der langjährigen Berufstätigkeit betreffen. Geringere fachliche Anforderungen an den Nachweis der Befähigung sind hingegen nicht gerechtfertigt. Dies würde dem die Handwerksordnung beherrschenden Grundsatz des Befähigungsnachweises widersprechen, der auch dann gelten muss, wenn ein bereits in die Handwerksrolle eingetragener Handwerker ein anderes Handwerk betreiben will.

2.4. Die Beweismittel

Der Gesetzgeber hat weder in § 7 a HwO noch an anderer Stelle geregelt, in welcher Form der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten als Voraussetzung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung zu erbringen ist.

Da das Verfahren zur Erteilung der Ausübungsberechtigung in § 7 a HwO dem Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO nachgebildet ist, sind auch hinsichtlich der Nachweismöglichkeiten die für das Ausnahmegewilligungsverfahren entwickelten Grundsätze anzuwenden. Insbesondere sind die durch die HwO-Novelle 1994 erweiterten Nachweismöglichkeiten zu § 8 HwO in der jetzt geltenden Fassung auch bei § 7 a HwO zu berücksichtigen.¹⁵⁸⁵

§ 7 a Abs. 1 2. Halbsatz HwO stellt klar, dass beim Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch den Antragsteller auch seine bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind.

Die zuständige Behörde hat, wie bei der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO, auch im Verfahren zur Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO die maßgeblichen Umstände des Einzelfalls von Amts wegen zu ermitteln und sich dafür der zum Nachweis tauglichen Beweismittel zu bedienen, die sie für erforderlich hält. Mitwirkungspflichten des Antragstellers, die sich für ihn aus § 26 VwVfG ergeben, bleiben dabei unberührt.¹⁵⁸⁶ Entsprechend dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann, wie bei der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO, nur das mildeste Mittel für den Kenntnissnachweis gewählt

¹⁵⁸⁴ Detterbeck/Will, Die Bauvorlageberechtigung der Handwerker und das Problem handwerksrechtlich gleichgestellter Personen, GewArch 2001, 310–317, 314.

¹⁵⁸⁵ Ausdrücklich Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383; ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 8; Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 443.

¹⁵⁸⁶ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

werden. Daher ist zunächst der am wenigsten aufwändige Nachweis zu fordern.¹⁵⁸⁷ Daraus folgt, dass, wie bei der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO, die Ablegung einer „Prüfung“, also die Durchführung einer Eignungsfeststellung durch Sachverständige, nur dann durch die zuständige Verwaltungsbehörde verlangt werden darf, wenn der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nur durch sie erbracht werden kann. Daher kann dem Obergerverwaltungsgericht Lüneburg nicht zugestimmt werden, wenn es ausführt, dass als geeignete Nachweismöglichkeiten zum Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 7 a HwO „in erster Linie“ Eignungstests in Form von Arbeitsproben und Fachgesprächen in Betracht kommen.¹⁵⁸⁸

Auch für das Verfahren nach § 7 a HwO gilt, dass sich die Behörde der nach ihrer Meinung erforderlichen und geeigneten Beweismittel unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens bedient.¹⁵⁸⁹ Daher bestimmt nicht etwa der Antragsteller die Art und Weise des von ihm zu führenden Nachweises.¹⁵⁹⁰

Bezüglich der einzelnen Beweismittel kommen die Grundsätze zur Anwendung, die diesbezüglich auch für den Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 8 HwO gelten. Dabei kommt einigen Beweismitteln im Verfahren nach § 7 a HwO eine besondere Bedeutung zu.

2.4.1. Langjährige Berufstätigkeit als Kenntnis- und Fertigkeitennachweis

Grundsätzlich ist, wie im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, auch die langjährige Tätigkeit des Antragstellers als Beweismittel geeignet. Insoweit bestimmt die Vorschrift des § 7 a Abs. 1 HwO ausdrücklich, dass beim Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten des Antragstellers zu berücksichtigen sind. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist diesen ein hoher Stellenwert beizumessen ist.¹⁵⁹¹ Dabei gibt es keinen Automatismus; auch im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO wird entscheidend auf die vom Antragsteller nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten abgestellt. Daher besteht keine gesetzliche Vermutung dahingehend, dass bei vorhandener Berufserfahrung vom Vorliegen der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten auszugehen ist. Vielmehr begründet die langjährige Ausübung des anderen Handwerks tatsächliche Anhaltspunkte für die Befähigung. Die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten sind bei dieser Feststellung lediglich unterstützend und bestätigend mit zu berücksichtigen. Welches Gewicht diesem Beweismittel im Einzelfall einzu-

¹⁵⁸⁷ Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 11.

¹⁵⁸⁸ OVG Lüneburg, Beschluss v. 03.09. 2003, NVwZ-RR 2004, 101.

¹⁵⁸⁹ Vgl. Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, 353–363, 404–408, 360.

¹⁵⁹⁰ A. A. Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 8; ausführlich dazu s.o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.2.

¹⁵⁹¹ Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

räumen ist, lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern wird im Einzelfall zu entscheiden sein.¹⁵⁹²

Stets gilt zunächst, dass die längere erfolgreiche Tätigkeit des Antragstellers in dem Ausgangshandwerk bei der Feststellung der Befähigung nur dann zu berücksichtigen ist, wenn es sich um eine bezüglich des zusätzlich zu betreibenden Handwerks einschlägige Tätigkeit handelt.¹⁵⁹³

Hier kommen, wie bei der Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO, technisch oder fachlich zusammenhängende oder wirtschaftlich ergänzende Tätigkeiten des Antragstellers auf der Grundlage des § 5 HwO in Betracht, die der Antragsteller ausgeführt hat; ebenso die im Rahmen eines handwerklichen Nebenbetriebes oder Hilfsbetriebes nach §§ 2 und 3 HwO erworbenen Erfahrungen und Tätigkeiten. Hat sich der Antragsteller die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten im Ausland angeeignet, wo teilweise kein Qualifikationsnachweis gefordert wird, sind auch diese zu berücksichtigen.¹⁵⁹⁴

Für sich allein kann an die langjährige Berufstätigkeit als Kenntnis- und Fertigkeitennachweis nur dann als Befähigungsnachweis ausreichen, wenn der Antragsteller eine mehrjährige Tätigkeit in dem anderen Handwerk nachweisen kann. Zudem ist Voraussetzung, dass der Antragsteller das andere Handwerk auch in seiner ganzen Breite oder wesentliche Tätigkeiten davon betrieben hat. Dies ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen.

2.4.2. Unerlaubte Handwerksausübung als Kenntnis- und Fertigkeitennachweis

Bei der Berücksichtigung der langjährigen Tätigkeit zum Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten sind, wie im Ausnahmegewilligungsverfahren, nur legale Tätigkeiten zu berücksichtigen.¹⁵⁹⁵

2.4.3. Bescheinigungen von Arbeitgebern und Auskünfte von Kunden

Zeugnisse früherer Arbeitgeber über die Tätigkeit des Antragstellers als Geselle, Facharbeiter, Kolonnenführer oder Vorarbeiter sind in der Regel als Befähigungsnachweis geeignet, soweit der Arbeitgeber über die notwendige fachliche Qualifikation verfügt, die Arbeiten des

¹⁵⁹² VG Lüneburg, Urteil v. 17.06. 2003, JURIS-Dokument Nr. MWRE010030300, 3.

¹⁵⁹³ Vgl. Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 8.

¹⁵⁹⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 11; Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 443; Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311.

¹⁵⁹⁵ Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 443; a. A. Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 8; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273.

Antragstellers qualitativ werten zu können.¹⁵⁹⁶ Ob Bescheinigungen von Arbeitgebern für sich allein den Befähigungsnachweis erbringen können, ist im Einzelfall zu prüfen.

Kundenauskünfte sind als Befähigungsnachweis auch im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO in der Regel als Beweismittel geeignet. Dies setzt allerdings zum einen voraus, dass diese Kunden die nötige Sachkunde besitzen, um die handwerkliche Qualität der Arbeiten fachlich beurteilen zu können. Insoweit ist Musielak/Detterbeck zuzustimmen, die die Bekundungen früherer Auftraggeber des Antragstellers in der Regel als untauglich und damit als nicht berücksichtigungsfähig ansehen.¹⁵⁹⁷ Zum anderen ist stets zu prüfen, ob der Antragsteller die Arbeiten in eigener Person fachlich verantwortlich ausgeführt hat und welchen Schwierigkeitsgrad diese hatten.¹⁵⁹⁸

Als zu weitgehend abzulehnen ist daher ist die Meinung der Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz, wonach durch Kundenreferenzen im Einzelfall ohne jegliche Einschränkung die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten zwingend angenommen werden müssen.¹⁵⁹⁹

Allein das Einreichen von Rechnungen über ausgeführte Arbeiten oder von Erklärungen „zufriedener Kunden“ ist damit nicht als Nachweis der Befähigung ausreichend.¹⁶⁰⁰ Dies gilt auch für Bescheinigungen Dritter wie zum Beispiel von Krankenkassen über durch den Antragsteller abgerechnete beanstandungsfrei ausgeführte Leistungen in einem Gesundheitshandwerk. Zudem ist stets zu prüfen, ob es sich bei den vorgelegten Unterlagen nicht etwa um Gefälligkeitsbescheinigungen handelt.

2.4.4. Der Besuch von Vorbereitungslehrgängen als Befähigungsnachweis

Zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung werden von vielen Institutionen Meistervorbereitungslehrgänge angeboten. Auch für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO werden Vorbereitungskurse angeboten. Als Träger sind hier die Handwerkskammern, Fachverbände des Handwerks, Kreishandwerkerschaften, Innungen und sonstige Veranstaltungsträger zu nennen,¹⁶⁰¹ aber auch private Veranstalter und Prüforganisationen.

Entsprechende Fachlehrgänge sind zum Befähigungsnachweis dann geeignet, wenn der Antragsteller seine erfolgreiche Teilnahme durch das Bestehen einer Abschlussprüfung nach-

¹⁵⁹⁶ Ausdrücklich Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 7 a Rn 14.

¹⁵⁹⁷ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 7 a Rn 14; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7a Rn 8.

¹⁵⁹⁸ Zu Recht VG Lüneburg, Urteil v. 17.06. 2003, JURIS-Dokument Nr. MWRE010030300, 3.

¹⁵⁹⁹ Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz, Die Ausübungsberechtigung – ein Erfahrungsbericht nach zwei Jahren, 5.

¹⁶⁰⁰ Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 16.

¹⁶⁰¹ Vgl. Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

weist.¹⁶⁰² Wird dem Antragsteller hingegen lediglich die Teilnahme an einem Vorbereitungskurs oder einer Schulung bescheinigt, ist diese als Nachweis der Befähigung nicht geeignet, da sie nichts über die Befähigung des Antragstellers aussagt.

Hat der Antragsteller an einem Vorbereitungskurs teilgenommen, der nicht von einer Fachorganisation des Handwerks, für das eine Ausübungsberechtigung beantragt wurde, veranstaltet wurde, sondern von einer anderen Institution des Handwerks, ist im Einzelfall zu überprüfen, ob die abgelegte Prüfung hinsichtlich der Kompetenz der Prüfer, des Niveaus und der Objektivität der Durchführung als Nachweis geeignet ist. Darüber hinaus ist stets zu prüfen, ob durch die Prüfung alle Kenntnisse und Fertigkeiten des Handwerks abgedeckt werden, für das eine Ausübungsberechtigung beantragt wird. Wird der Vorbereitungskurs nicht von einer Handwerksorganisation angeboten, sondern von einem privaten Veranstalter, etwa von einem Ingenieurbüro oder einem industriellen Hersteller, ist die Kursteilnahme zwar von Amts wegen zu berücksichtigen. Allerdings ist hier eine kritische Überprüfung angebracht. Gleiches gilt für Vorbereitungskurse von DEKRA oder TÜV.

Darüber hinaus ist die zuständige Behörde bei der Beurteilung, ob die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch die erfolgreiche Teilnahme an einem Fachlehrgang nachgewiesen wurde, nicht an das Prüfungszeugnis gebunden, vor allem wenn es sich nicht um eine staatliche Prüfung handelt. Auch wenn dieses vorliegt, gibt es hier keinen rechtlichen Automatismus bei der Entscheidung über die Erteilung der Ausübungsberechtigung.¹⁶⁰³

2.4.5. Andere Prüfungen als Befähigungsnachweis

Auch andere Prüfungen sind im Verfahren nach § 7 a HwO zum Befähigungsnachweis geeignet.¹⁶⁰⁴ Da der Antragsteller bereits einen Befähigungsnachweis erbracht hat, der Grundlage für die Handwerksrolleneintragung mit dem Ausgangshandwerk ist, wird nicht selten der Rechtsgedanke des § 46 Abs. 1 Satz 1 HwO, der Befreiungsmöglichkeiten bei der Ablegung einzelner Teile der Meisterprüfung regelt, entsprechend anzuwenden sein.

¹⁶⁰² Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 8; Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311; Schwappach, Die Novelle der Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 443; Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz, Die Ausübungsberechtigung – Ein Erfahrungsbericht nach zwei Jahren, 5.

¹⁶⁰³ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383.

¹⁶⁰⁴ Vgl. Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 8.

2.4.6. Die Eignungsfeststellung

Auch im Verfahren nach § 7 a HwO darf die Verwaltungsbehörde vom Antragsteller den Nachweis der Befähigung durch eine Eignungsfeststellung verlangen, wenn der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht auf einfachere und den Antragsteller weniger belastende Weise erbracht werden kann. Hier gelten die gleichen Grundsätze zur Eignungsfeststellung wie im Ausnahmegewilligungsverfahren.¹⁶⁰⁵ Erklärt sich der Antragsteller ausdrücklich zum Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten im Wege der Eignungsfeststellung bereit, verstößt es nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn er durch die Verwaltungsbehörde zu dieser aufgefordert wird.¹⁶⁰⁶

Auch bei der Eignungsfeststellung im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO handelt es sich nicht um ein förmliches Prüfungsverfahren, auch wenn Begriffe wie „Kenntnis- und Fertikeitsprüfung, Prüfungsprotokoll, Prüfungsgebühr oder Prüfer“ verwendet werden.¹⁶⁰⁷

II. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer beschränkten

Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a Abs. 1 HwO

Die Ausübungsberechtigung kann auf wesentliche Tätigkeiten eines Gewerbes der Anlage A beschränkt werden, § 7 a Abs. 1 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 2 HwO. Somit besteht für den Antragsteller auch die Möglichkeit, eine „Teilausübungsberechtigung“ zu erlangen. Der Gesetzgeber weist in der amtlichen Begründung zur HwO-Novelle 1994 ausdrücklich darauf hin, dass das Modell der „Teilausnahmegewilligung“ nach § 8 Abs. 2 HwO bei der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO berücksichtigt wird.¹⁶⁰⁸

Voraussetzung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung für wesentliche Tätigkeiten eines anderen Gewerbes der Anlage A ist nach dem Wortlaut des § 7 a Abs. 1 HwO zum einen der Nachweis der hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten. Zum anderen wird das Betreiben eines Handwerks der Anlage A verlangt. Darüber hinaus ist zu erörtern, ob sich aus dem Merkmal der „wesentlichen Tätigkeit“ eines anderen Gewerbes der Anlage A weitere Voraussetzungen ergeben.

1. Der Begriff der „wesentlichen Tätigkeiten“ in § 7 a Abs. 1 HwO

Die diesbezüglichen Grundsätze für die Teilausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO gelten auch für die Teilausübungsberechtigung nach § 7 a Abs. 1 HwO.

¹⁶⁰⁵ Ausführlich s. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.2.8.

¹⁶⁰⁶ VG Lüneburg, Urteil v. 17.06. 2003, JURIS-Dokument Nr. MWRE010030300, 2.

¹⁶⁰⁷ OVG Lüneburg, Beschluss v. 03.09. 2003, NVwZ-RR 2003, 101.

Zum einen ist der Begriff der „wesentlichen Tätigkeiten“ in § 7 a Abs. 1 HwO nicht mit dem Begriff der „wesentlichen Tätigkeiten“ in § 1 Abs. 2 HwO deckungsgleich.

Zum anderen muss der von der Ausübungsberechtigung erfasste Teilbereich klar abgrenzbar von anderen Tätigkeiten und nicht beliebig „zusammengestückelt“ sein.¹⁶⁰⁹ Die Teilausübungsberechtigung muss ohne Schwierigkeiten erkennen lassen, welche Arbeiten der Antragsteller aufgrund der erteilten Ausübungsberechtigung und der daraufhin vorgenommenen Eintragung in die Handwerksrolle selbstständig ausüben darf. Demzufolge fordert die Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz zu Recht, dass bei der Beschränkung einer Ausübungsberechtigung auf Teiltätigkeiten hinsichtlich der Zuordnung der Teiltätigkeiten die Berufsbildverordnungen zu berücksichtigen sind. Bei dem Teilgebiet muss es sich um wesentliche Tätigkeiten des Kernbereichs des jeweiligen Vollhandwerks handeln; es muss in technischer Hinsicht von anderen Teilbereichen des Berufsbildes abgrenzbar sein und auch auf einen dringend notwendigen Umfang beschränkt werden können. Grundsätzlich erfordern nur wesentliche Tätigkeiten und Teiltätigkeiten eine Ausübungsberechtigung; unwesentliche Tätigkeiten oder Teiltätigkeiten sind nach den Bestimmungen der Handwerksordnung nicht in die Handwerksrolle eintragungspflichtig und auch nicht eintragungsfähig.¹⁶¹⁰

2. Der fachlich und wirtschaftlich sinnvolle Teil eines Handwerks als zusätzliche Voraussetzung ?

Strittig ist allerdings, ob sich eine Teilausübungsberechtigung nach § 7 a Abs. 1 HwO auch auf einen fachlich und wirtschaftlich sinnvollen Teil eines Handwerks erstrecken muss, wie es für die Erteilung einer Teilausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO verlangt wird.

2.1. Erforderlichkeit des fachlich und wirtschaftlich sinnvollen Teils eines Handwerks

Seidl und Honig verlangen für die Teilausübungsberechtigung eine Prüfung, ob die Teilgebiete, die in dem Antrag zur Ausübungsberechtigung zu bezeichnen sind, so zugeschnitten sind, dass eine sinnvolle Arbeit in diesen Teilbereichen erwartet werden kann.¹⁶¹¹ Diese Meinung wird ebenfalls von Schwappach vertreten, wobei dieser ergänzt, dass sich die Beantwortung dieser Frage mit Unterstützung der handwerklichen Fachverbände feststellen lassen wird.¹⁶¹² Zusätzlich verlangt die Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz, dass die Teiltätigkeit aus einem anderen Handwerk eine sinnvolle wirtschaftliche

¹⁶⁰⁸ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18.

¹⁶⁰⁹ Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 31.

¹⁶¹⁰ Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz, Die Ausübungsberechtigung – Ein Erfahrungsbericht nach zwei Jahren, 7.

¹⁶¹¹ Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 31; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 a Rn 6.

Betätigung eröffnen und abgrenzen muss; die aus dem Teilgebiet erbrachten Leistungen müssen wirtschaftlich verwertbar sein.¹⁶¹³

2.2. Keine Erforderlichkeit des fachlich und wirtschaftlich sinnvollen Teils eines Handwerks

Der Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“ vertritt dagegen die Meinung, dass es für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung unerheblich ist, ob die Tätigkeit in dem anderen Handwerk, also insbesondere eine Teiltätigkeit, eine sinnvolle wirtschaftliche Betätigung eröffnen wird.¹⁶¹⁴ Diese Meinung wird von Musielak/Detterbeck geteilt. Demnach sei es für die Erteilung einer Teilausübungsberechtigung keine Voraussetzung, dass eine Beschränkung auf bestimmte Teilbereiche des anderen Handwerks ein sinnvolles Arbeiten in diesen Teilbereichen erwarten lässt. Insoweit handele es sich vielmehr um eine grundsätzlich staatlicherseits nicht überprüfbare freie unternehmerische Entscheidung. Zur Begründung verweisen Musielak/Detterbeck auf die unterschiedlichen Zielrichtungen bei der Erteilung einer Teilausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO und einer Teilausübungsberechtigung nach § 7 a Abs. 1 HwO. Zweck einer Ausnahmbewilligung sei in erster Linie, auch ohne die Ablegung der Meisterprüfung die selbstständige Ausübung eines Handwerks zu ermöglichen, und zwar nicht nur wie im Falle des § 7 a Abs. 1 HwO zusätzlich zu einem schon bestehenden Gewerbe - diese Möglichkeit eröffne § 8 Abs. 2 HwO freilich auch -, sondern vor allem zur Schaffung einer Existenzgrundlage. Dieses sei nur dann möglich, wenn die Teile des Gewerbes, auf die sich die Teilausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO bezieht, noch ein fachlich und wirtschaftlich sinnvolles „Teilhandwerk“ ausmachen würden.¹⁶¹⁵

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks verlangt im Ergebnis keine Wirtschaftlichkeit als unbedingte Voraussetzung für die Erteilung der Teilausübungsberechtigung, da er allein darauf abstellt, dass es wenig sinnvoll ist, die Berechtigung für Tätigkeiten anzustreben, die sich nicht ergänzend zum bisherigen Beruf wirtschaftlich nutzen lassen.¹⁶¹⁶

2.3. Diskussion

Maßgeblich für die Beantwortung des Meinungsstreits ist das gesetzgeberische Ziel, durch die HwO-Novelle 1994 eine deutliche Öffnung im Hinblick auf „mehr Leistungen aus einer Hand“ zu erreichen. Nicht zuletzt durch die Ausübungsberechtigung ist das Handwerk fle-

¹⁶¹² Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewA 1993, 441–445, 443.

¹⁶¹³ Arbeitsgemeinschaft der Handwerkskammern Rheinland-Pfalz, Die Ausübungsberechtigung – Ein Erfahrungsbericht nach zwei Jahren, 7, 10.

¹⁶¹⁴ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 382.

¹⁶¹⁵ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 7 a Rn 11; ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 a Rn 4.

¹⁶¹⁶ Zentralverband des Deutschen Handwerks, Die Novelle zur Handwerksordnung '94, 11.

xibler geworden; es kann sich leichter auf sich ändernde Marktverhältnisse einstellen.¹⁶¹⁷ Durch die Nutzung branchenübergreifender Angebote können auch die Auftraggeber Zeit, Kosten und sonstigen Aufwand sparen. Der Handwerker, der seinen Kunden zusätzliche Leistungen anbieten will und deshalb eine Ausübungsberechtigung für ein anderes Handwerk beantragt, verfügt ja bereits über eine wirtschaftliche Existenzgrundlage. Bei seiner unternehmerischen Entscheidung, welche Tätigkeiten eines Handwerks er anbieten will, wird er sich nicht allein von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten lassen. Vielmehr wird er sich auch an der konkreten Nachfrage und den Bedürfnissen seiner Kunden, also der Verbraucher, orientieren, um sein Leistungsangebot abzurunden und Kunden an sich zu binden. Der Markt wird es daher honorieren, wenn der Handwerker im Wege einer Ausübungsberechtigung dokumentiert, dass er über die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten zur Ausübung von Tätigkeiten in einem anderen Handwerk verfügt. Dies wird insbesondere gegenüber den Auftraggebern ein gewichtiges Argument sein.¹⁶¹⁸

Die Tätigkeit in dem Teilbereich eines anderen Handwerks soll aber nicht die Schaffung einer selbstständigen Existenzgrundlage sein. Denn diese ist ja die Tätigkeit des Handwerkers im Ausgangshandwerk. Daher ist der Meinung zu folgen, die die Erteilung einer Teilausübungsberechtigung nicht abhängig davon macht, ob diese zusätzliche Tätigkeit in dem anderen Handwerk wirtschaftlich sinnvoll ist.

3. Der Ausnahmegrund kraft Gesetzes

Auch für die Erteilung einer Teilausübungsberechtigung nach § 7 a Abs. 1 HwO ist ein Ausnahmegrund erforderlich, der allerdings kraft Gesetzes gilt, wenn der Antragsteller ein Handwerk nach § 1 HwO betreibt.

4. Inhalt und Umfang der Befähigung bei Erteilung einer Teilausübungsberechtigung

Beantragt der Antragsteller im Verfahren nach § 7 a Abs. 1 HwO eine auf wesentliche Tätigkeiten eines anderen Gewerbes der Anlage A zur Handwerksordnung beschränkte Ausübungsberechtigung, also eine Teilausübungsberechtigung, hat er die hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen, § 7 a Abs. 1 HwO. Zusätzlich verweist § 7 a Abs. 2 HwO ausdrücklich auf § 8 Abs. 2 HwO, wonach in den Fällen der Teilausnahmebewilligung der Nachweis der hierfür erforderlichen Kenntnisse genügt.

Bei der Frage, welches bei der Erteilung einer Teilausübungsberechtigten die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten sind, ist zwischen deren Inhalt und Umfang zu unterscheiden.

¹⁶¹⁷ Vgl. Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 311.

Hinsichtlich des Inhalts hat der Antragsteller nur die praktischen und fachtheoretischen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen, die für die Ausübung der jeweiligen Teilbereiche eines Handwerks erforderlich sind.¹⁶¹⁹ Dabei müssen die Kenntnisse und Fertigkeiten vom Inhalt und Umfang her „in etwa“ denen entsprechen, die ein Meisterprüfling in dem Teilbereich des jeweiligen Handwerks nachweisen muss.

Insoweit finden die Grundsätze zum Befähigungsnachweis für eine Teilausübungsberechtigung gemäß § 7 a Abs. 1 HwO Anwendung, die auch für die Erteilung einer Teilausnahmegenehmigung gemäß § 8 Abs. 2 HwO gelten.¹⁶²⁰

III. Die Frage der Erforderlichkeit weiterer Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung

Über die in § 7 a HwO genannten Voraussetzungen hinaus gibt es keine zusätzlichen gesetzlichen Erfordernisse an die Erteilung einer Ausübungsberechtigung. Dieses gilt sowohl für die Handwerksordnung selbst als auch für andere in Betracht kommende Vorschriften.¹⁶²¹

Insbesondere darf weder die Ablegung einer Gesellenprüfung, wie sie in der Regel bei Ablegung der Meisterprüfung verlangt wird,¹⁶²² noch eine entsprechende Gesellentätigkeit in dem vom Antragsteller zusätzlich zu betreibenden Handwerk verlangt werden.

Ebenso wie die Teilnahme an einem Meistervorbereitungskurs keine Zulassungsvoraussetzung für die Meisterprüfung darstellt, darf der Besuch eines Vorbereitungskurses, insbesondere mit einer Abschlussprüfung in dem anderen Handwerk, das der Antragsteller zusätzlich betreiben will, im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO nicht als zwingende Voraussetzung gefordert werden. Dieses gilt auch für Anträge auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung für ein Gesundheitshandwerk wie beispielsweise Augenoptiker und Zahntechniker sowie für die übrigen gefahrgeneigten Handwerke.

4. Abschnitt: Die Nebenbestimmungen zur Ausübungsberechtigung

Eine Ausnahmegenehmigung kann gemäß § 8 Abs. 2 HwO unter Nebenbestimmungen erteilt werden. Dies sind die Auflage, die Bedingung und die Befristung.

Die Vorschrift des § 7 a Abs. 1 HwO 1994 sah zwar vor, dass eine Ausübungsberechtigung auf wesentliche Tätigkeiten eines Gewerbes der Anlage A beschränkt werden kann. Somit

¹⁶¹⁸ Ebenso Zentralverband des Deutschen Handwerks, Die Novelle zur Handwerksordnung '94, 12.

¹⁶¹⁹ Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 442, 443; im Ergebnis Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 7.

¹⁶²⁰ S. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt II. 5.

¹⁶²¹ Vgl. Schwappach, Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 7, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310.

¹⁶²² S. u. Anhang A 4. Abschnitt.

konnte, entsprechend der Teilausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO, eine Teilausübungsberechtigung gemäß § 7 a Abs. 1 HwO erteilt werden. Über die Möglichkeit der Verwaltungsbehörde, die Ausübungsberechtigung mit Nebenbestimmungen zu versehen, traf die Vorschrift des § 7 a HwO 1994 keine Aussage. Insbesondere nahm die Vorschrift des § 7 a Abs. 2 HwO 1994 lediglich Bezug auf § 8 Abs. 3 und 4 HwO, nicht hingegen auf § 8 Abs. 2 HwO. Honig hielt es auch für nicht nötig, die Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO mit einer Bedingung und Befristung zu versehen.¹⁶²³

Mit der HwO-Novelle 1998 hat der Gesetzgeber § 7 a Abs. 2 HwO insoweit einer Änderung unterzogen. Mit der erweiterten Bezugnahme auf § 8 Abs. 2 HwO ist nunmehr klargestellt, dass entsprechend dem Ausnahmebewilligungsrecht nach § 8 HwO auch die Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO unter Auflagen oder Bedingungen oder befristet erteilt werden kann. Der Gesetzgeber hatte bei der HwO-Novelle 1994 diese Regelung versehentlich unterlassen. Dieses ist nunmehr mit der Gesetzesänderung nachgeholt.¹⁶²⁴

5. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung

Die Verwaltungsbehörde muss bei ihrer Entscheidung über den Antrag des Berufsbewerbers bestimmte Gesichtspunkte berücksichtigen.

I. Rechtsanspruch auf Erteilung der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO oder Ermessen

Im Ausnahmebewilligungsverfahren nach § 8 HwO ist bei der Frage des Rechtsanspruchs des Antragstellers auf Erteilung zu differenzieren: Während auf die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmebewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO ein Rechtsanspruch besteht, steht die Erteilung der beschränkten Ausnahmebewilligung oder der Ausnahmebewilligung unter Nebenbestimmungen gemäß § 8 Abs. 2 HwO im Ermessen der Verwaltungsbehörde. Auch beim Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO ist diesbezüglich zu differenzieren. Nach dem Wortlaut des § 7 a Abs. 1 HwO „erhält“ der Antragsteller eine Ausübungsberechtigung für ein anderes Gewerbe der Anlage A oder für wesentliche Tätigkeiten dieses Gewerbes, wenn die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Daraus folgt zunächst, dass auf die Erteilung einer unbeschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a Abs. 1 HwO ein Rechtsanspruch besteht. Da an dieser Stelle nicht zwischen einer unbeschränkten und einer

¹⁶²³ Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 30.

¹⁶²⁴ Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 18, 19; Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 307; Czybulka, Die Handwerksnovelle 1998, NVwZ 2000, 136–141, 138.

beschränkten Ausübungsberechtigung differenziert wird, könnte auch auf die Erteilung einer beschränkten Ausübungsberechtigung ein Rechtsanspruch bestehen. Gegen diese Annahme spricht allerdings, dass § 7 a Abs. 2 HwO die entsprechende Geltung des § 8 Abs. 2 HwO regelt. Als Kann-Vorschrift stellt diese Regelung die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO in das Ermessen der Behörde.

Bei der Entscheidung dieser Frage ist die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zu berücksichtigen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der eingetragene Handwerker ein anderes Handwerk umfassend oder in wesentlichen Tätigkeiten ausüben können, wenn die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen sind.¹⁶²⁵ Der Gesetzgeber stellt damit die Teilausübungsberechtigung der Ausübungsberechtigung ausdrücklich gleich, was zunächst auf einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Teilausübungsberechtigung hindeutet. Dagegen spricht, dass das Modell der Teilausnahmebewilligung nach § 8 HwO nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Ausübungsberechtigung berücksichtigt werden sollte. Nur versehentlich wurde die Vorschrift des § 8 Abs. 2 HwO, die die Erteilung der Teilausnahmebewilligung in das Ermessen der Behörde stellt, nicht erwähnt. Die Bezugnahme auf § 8 Abs. 2 HwO wurde daher im Rahmen der HwO-Novelle 1998 in § 7 a Abs. 2 HwO eingefügt. Wenn dies in erster Linie auch deshalb erfolgte, um die Erteilung einer Ausübungsberechtigung unter einer Auflage, Bedingung oder Befristung zu ermöglichen, wollte der Gesetzgeber der Kann-Vorschrift des § 8 Abs. 2 HwO auch bezüglich der Teilausübungsberechtigung Geltung verschaffen.¹⁶²⁶ Daraus folgt, dass die Erteilung einer Teilausübungsberechtigung in das Ermessen der Behörde gestellt wird.

Auch die Erteilung einer Ausübungsberechtigung oder Teilausübungsberechtigung unter Nebenbestimmungen steht im Ermessen der Behörde. Das folgt aus der ausdrücklichen Bezugnahme bezüglich der Nebenbestimmungen in § 7 a Abs. 2 HwO auf § 8 Abs. 2 HwO als Kann-Vorschrift.

II. Der Beurteilungsspielraum

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO steht der Behörde kein Beurteilungsspielraum zu. Das gilt insbesondere für den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten durch den Antragsteller. Denn auch der Befähigungsnachweis im Ausübungsberechtigungsverfahren ist kein Prüfungsverfahren im Rechtssinne. Insoweit gelten die für das Ausnahmebewilligungsverfahren nach § 8 HwO geltenden Grundsätze.¹⁶²⁷

¹⁶²⁵ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 18.

¹⁶²⁶ Vgl. Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 18, 19.

III. Die Beweislast

Für den Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen des § 7 a HwO trägt der Antragsteller die Beweislast. Sind diese nicht nachgewiesen, geht dies zu seinen Lasten.

6. Abschnitt: Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung einer Ausübungsberechtigung

Die Vorschrift des § 7 a Abs. 2 HwO verweist ausdrücklich auf § 8 Abs. 4 HwO. Insoweit gelten die Ausführungen zum Rechtsschutz bezüglich der Versagung und Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 8 HwO entsprechend.

Exkurs: Die Bestandskraft der Ausübungsberechtigung

Die Erteilung einer Ausübungsberechtigung setzt gemäß § 7 a Abs. 1 HwO voraus, dass der Antragsteller das Ausgangshandwerk auch tatsächlich betreibt. Wenn, nachdem die Ausübungsberechtigung für ein weiteres Handwerk erteilt worden ist, diese Voraussetzung später entfällt, der Antragsteller das Ausgangshandwerk also nicht mehr betreibt, ist das Schicksal der Ausübungsberechtigung von Interesse. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle entfallen sind oder, wenn diese weiterhin bestehen, der Antragsteller das Ausgangshandwerk aus anderen Gründen nicht mehr betreibt. Darüber hinaus ist von Bedeutung, welche Auswirkung das Ausscheiden des Inhabers einer Ausübungsberechtigung aus dem Handwerksbetrieb, sei es als Gesellschafter oder Betriebsleiter, für den Bestand der Berechtigung nach § 7 a HwO hat.

Die erste Fallkonstellation ist dann gegeben, wenn der Antragsteller aufgrund einer mit einer Nebenbestimmung gemäß § 8 Abs. 2 HwO versehenen Ausübungsberechtigung in die Handwerksrolle eingetragen ist, also unter Auflagen, Bedingungen oder einer Befristung. Geht die ursprüngliche Handwerksrolleneintragung verloren, fehlen damit auch die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Ausübungsberechtigung, § 36 Abs. 1 VwVfG. Insoweit besteht eine Akzessorietät zwischen den Voraussetzungen für die Eintragung mit dem Ausgangshandwerk in die Handwerksrolle und der Ausübungsberechtigung.¹⁶²⁸ Damit soll, nach

¹⁶²⁷ S. o. 3. Kapitel 5. Abschnitt II.

¹⁶²⁸ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 31; Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 273; Schwappach, Handwerksordnung : Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310; Seidl, in: Schwannecke, HwO, Stand: 37. Lieferung, § 7 a Rn 3.

Meinung von Seidl, die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO automatisch erlöschen; ein besonderer Verwaltungsakt, also der Widerruf der Ausübungsberechtigung, sei nicht erforderlich.¹⁶²⁹ Dagegen muss und darf nach richtiger Meinung des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ und Honig/Knörr die Ausübungsberechtigung gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG widerrufen werden, wobei im Bescheid die Widerrufsmöglichkeit aufgenommen werden sollte.¹⁶³⁰

In der Praxis wird diese Fallkonstellation besonders dann anzutreffen sein, wenn eine befristete Ausnahmegewilligung oder eine Ausnahmegewilligung mit der Obliegenheit, bis zu einem bestimmten Termin die Meisterprüfung abzulegen, erteilt wurde.¹⁶³¹ In diesen Fällen empfiehlt es sich, auch die Ausübungsberechtigung befristet zu erteilen oder mit einer auflösenden Bedingung zu versehen, § 7 a Abs. 2 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 2 HwO. Gleichzeitig sind die Voraussetzungen zur Eintragung in die Handwerksrolle entfallen, so dass diese gemäß § 13 Abs. 1 HwO zu löschen ist.

Davon zu unterscheiden ist die zweite mögliche Fallkonstellation. Diese betrifft zum einen die Fälle, in denen der Inhaber der Ausübungsberechtigung das Ausgangshandwerk tatsächlich nicht mehr betreibt, etwa aus wirtschaftlichen Gründen, oder die Handwerksrolleneintragung für das Ausgangshandwerk sogar gelöscht wird. In diesen Fällen bleibt die Ausübungsberechtigung bestehen, da insoweit keine akzessorische Verbindung zwischen dem Ausgangshandwerk und dem zusätzlich betriebenen Handwerk besteht.¹⁶³²

Zum anderen sind Fälle denkbar, in denen der Betriebsleiter einer GmbH, der über den Befähigungsnachweis im Ausgangshandwerk verfügt, anschließend die Ausübungsberechtigung erworben hat und später aus dem Betrieb ausscheidet. Dabei behält er die Ausübungsberechtigung, da diese personen- und nicht betriebsbezogen erteilt wird; bei Eröffnung eines eigenen neuen Handwerksbetriebes oder Eintritt als Betriebsleiter in eine andere juristische Person muss er die Ausübungsberechtigung nicht neu beantragen.¹⁶³³ Dagegen ist durch das Ausscheiden des Betriebsleiters die Eintragungsvoraussetzung des Handwerksbetriebes für das zusätzliche Handwerk entfallen. Die Eintragung des Betriebes mit diesem Handwerk ist daher von Amts wegen zu löschen, § 13 Abs. 1 HwO, gegebenenfalls auch mit dem Ausgangshandwerk, falls kein weiterer handwerksrechtlich Berechtigter vorhanden ist.

¹⁶²⁹ Seidl, in: Schwannecke, HwO, Stand: 37. Lieferung, § 7 a Rn 3.

¹⁶³⁰ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994, GewArch 1994, 381–385, 383; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 a Rn 5.

¹⁶³¹ S. o. 3. Kapitel 4. Abschnitt III.

¹⁶³² Schwappach, Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO, GewArch 1994, 308–312, 310; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 21.

¹⁶³³ Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 a Rn 8; unklar Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 31.

5. Kapitel: Die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO

Die Vorschrift des § 7 b HwO regelt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung an „qualifizierte Gesellen“. Durch diese spezielle Vorschrift, die auch unter dem Schlagwort „Altgesellenregelung“ bekannt ist und in die Handwerksordnung im Rahmen der HwO-Novelle 2004 eingefügt wurde, ist nunmehr ein seit vielen Jahren geführter Meinungsstreit entschieden. Strittig war, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen Gesellen auch ohne Ablegung der Meisterprüfung generell eine Berechtigung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks im Sinne des § 1 HwO beziehungsweise zur Tätigkeit als Betriebsleiter im Sinne des § 7 Abs. 1 HwO gestattet werden sollte.

Die sogenannten „Deregulierungskommission“, eine von der Bundesregierung im Dezember 1987 eingesetzte unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regularien, hatte bereits im Jahr 1991 vorgeschlagen, dass die Ablegung der Gesellenprüfung und eine mindestens fünfjährige praktische Tätigkeit zur Berechtigung der Ausübung eines Handwerks ausreichen sollte.¹⁶³⁴ Nicht zuletzt wurde diese Auffassung mit der angeblichen Diskriminierung von inländischen gegenüber ausländischen Handwerkern sowohl in verfassungsrechtlicher als auch in europarechtlicher Sicht begründet. Denn während sich Zu- und Rückwanderer aus den durch § 9 Abs. 1 HwO in Verbindung mit der „Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle“¹⁶³⁵ erfassten Staaten in der Regel automatisch aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit beziehungsweise ihrer Berufsausübung in einem anderen Mitgliedstaat auf die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung berufen können, müssen Inländer einzelfallbezogen diese Unzumutbarkeit nachweisen. Wenn auch in dieser unterschiedlichen Behandlung nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur keine rechtlich beachtliche „Inländerdiskriminierung“ liegt,¹⁶³⁶ war dieses Problem seit jeher als faktisches Phänomen nicht zu leugnen.

¹⁶³⁴ Deregulierungskommission, Zweiter Bericht, Kürzere Fassung, GewArch 1991, 256–259, 296–299, 298; vgl. auch Schwappach, Die Novelle zur Handwerksordnung, GewArch 1993, 441–445, 441; ausführlich zur Diskussion bezüglich der Deregulierung Zentralverband des Deutschen Handwerks: Stellungnahme zum Großen Befähigungsnachweis und zur Bedeutung der Handwerksordnung als Voraussetzungen für den hohen Leistungsstand des deutschen Handwerks und die Sicherung hochwertiger Aus- und Weiterbildung im Interesse der Gesamtwirtschaft. Bonn 1988; Kucera, Gustav. Stratenwerth, Wolfgang: Deregulierung des Handwerks. Göttingen 1989; Albach, Horst: Deregulierung im Handwerk. Wiesbaden 1992.

¹⁶³⁵ Verordnung über die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks (EU/EWR-Handwerk-Verordnung-EU/EWR HwV) vom 20. Dezember 2007 (BGBl. I 3075).

¹⁶³⁶ Ausführlich dazu s. u. 6. Kapitel 1. Abschnitt III.

Der Gesetzgeber hat zunächst im Rahmen der HwO-Novelle 1994 bewusst darauf verzichtet, Altgesellen nach einer langjährigen praktischen Tätigkeit die Ausübung eines Handwerks ohne Meisterprüfung zu ermöglichen.¹⁶³⁷ Allerdings gab es im Gesetzgebungsverfahren auch Stimmen, die bei langjähriger Tätigkeit eines Gesellen und Inhabers einer gleichwertigen Abschlussprüfung einen Ausnahmefall nach § 8 Abs. 1 S. 2 HwO annehmen wollten. Der Berufsbewerber sollte aber die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen, gegebenenfalls durch eine Eignungsprüfung.¹⁶³⁸

Im späteren Gesetzgebungsverfahren, das in die HwO-Novelle 1998 mündete, schlug die Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag vor, in nicht gefahrge-
neigten Handwerken sollten auch Personen in die Handwerksrolle eingetragen werden, die in einem Handwerk die Gesellenprüfung abgelegt hatten und in ihrem Beruf mindestens drei Jahre lang tätig waren.¹⁶³⁹ Dieser Vorschlag war allerdings nicht mehrheitsfähig und wurde daher im Rahmen der HwO-Novelle 1998 nicht umgesetzt.¹⁶⁴⁰

Eine Verbesserung der Rechtstellung für den Personenkreis der „langjährigen Gesellen“ sahen die nicht rechtsverbindlichen „Leipziger Beschlüsse“ aus dem Jahr 2000 vor.¹⁶⁴¹ Die Altersgrenze, ab der ein Ausnahmegrund anzunehmen ist, sollte bei Wahrnehmung von Aufgaben in herausgehobener, verantwortlicher oder leitender Stellung, angemessen verkürzt werden.¹⁶⁴²

Im Rahmen einer Regierungserklärung am 14. März 2003 zur sogenannten „Agenda 2010“ kündigte Bundeskanzler Schröder unter anderem die Modernisierung und Verschlankung des Handwerksrechts an. Bereits am 23. April 2003 wurde ein sogenannter Referentenentwurf zur Änderung der Handwerksordnung vorgelegt. Das Bundeskabinett beschloss am 28. März 2003 den Entwurf zu einer Großen HwO-Novelle. Dieser mündete ein in einen von den Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in den Bundestag eingebrachten Gesetzentwurf¹⁶⁴³ sowie in einen inhaltlich identischen Regierungsentwurf¹⁶⁴⁴.

Der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004 sah durch Einfügung

¹⁶³⁷ Vgl. Erdmann, Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht, NdsVBl. 1995, 270–274, 271.

¹⁶³⁸ Vgl. Geisendörfer, Ulrich: Deregulierung und Reform des Handwerksrechts. GewArch 1992, 361–364. 362.

¹⁶³⁹ Gesetzentwurf der Abgeordneten Margarete Wolf (Frankfurt) und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung, BT-Drucksache 13/8846, 1, 2, 5.

¹⁶⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich Kolb, Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, GewArch 1998, 217–223, 218; siehe auch Czybulka, Die Handwerksnovelle 1998, NVwZ 2000, 164–172, 137.

¹⁶⁴¹ Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung v. 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

¹⁶⁴² Ausführlich dazu s. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 3.3.1.3.2.2.2.

¹⁶⁴³ Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206.

des § 7 b HwO eine Ausübungsberechtigung für qualifizierte Gesellen als völlig neues Rechtsinstitut vor. Damit sollten, so die Begründung, nicht zuletzt die Unterschiede zwischen den Anforderungen an Inländer und den Anforderungen an Mitglieder anderer EU-Staaten und des EWR-Raumes, die in Deutschland ein Handwerk selbstständig ausüben möchten, verringert werden.¹⁶⁴⁵ Der Gesetzentwurf des Bundesrates stimmte letztgenanntem Ziel zu, befürwortete jedoch eine entsprechende Regelung als Ausnahmetatbestand im Rahmen des § 8 Abs. 1 HwO.¹⁶⁴⁶ Der Bundesrat konnte sich mit diesem Vorschlag im Ergebnis jedoch nicht durchsetzen. Zwar lehnte der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 11. Juli 2003 die von der Bundesregierung vorgesehene „Altgesellenregelung“ ab.¹⁶⁴⁷ In ihrer Gegenäußerung wies die Bundesregierung den diesbezüglichen Gegenvorschlag des Bundesrates zurück.¹⁶⁴⁸ Die Bundestagsfraktion der CDU/CSU lehnte in ihrem in den Bundestag eingebrachten Antrag die Einführung einer Sonderregelung für Altgesellen als „Existenzgründung light“ strikt ab; für den genannten Personenkreis sollten die Anforderungen der Meisterprüfung unter Berücksichtigung der Berufserfahrung entsprechend zugeschnitten werden unter Beibehaltung eines eindeutigen Befähigungsnachweises.¹⁶⁴⁹

Im Vermittlungsausschuss wurde später eine Einigung über ein neues Instrument der Zulassung in Form einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO erzielt; diese stellt für qualifizierte Gesellen eine besondere Anspruchsnorm zur Berechtigung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks dar.¹⁶⁵⁰

1. Abschnitt: Der Gegenstand der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO

Eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO kann, im Gegensatz zur Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO und zur Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO, nicht für alle zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A zur Handwerksordnung erteilt werden. Ausdrücklich bestimmt § 7 b Abs. 1 HwO, dass die Nummern 12 und 33 bis 37 der Anlage A von der Regelung ausgenommen sind. Damit können Gegenstand der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO weder das Schornsteinfegerhandwerk, die Nummer 12 der Anlage A, noch

¹⁶⁴⁴ Entwurf Bundesregierung HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1481.

¹⁶⁴⁵ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 23, 27, 28.

¹⁶⁴⁶ Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 14, 15, 16; vgl. auch Antrag Freistaat Bayern HwO-Novelle 2004, BR-Drucksache 466/03, 4, 30; zustimmend Traublinger, Handwerksordnung: Kahl-schlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewArch 2003, 353–358, 358; vgl. auch Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410.

¹⁶⁴⁷ Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1481, Anlage 2, 9.

¹⁶⁴⁸ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1481, Anlage 3, 16; ebenso Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Bundesrates HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, Anlage 2, 27.

¹⁶⁴⁹ Antrag des Abgeordneten Hinsken u. a. und der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drucksache 15/1107, 3, 4.

¹⁶⁵⁰ Vgl. Bericht von Staatsminister Huber (Bayern) zu Punkt 64 a der Tagesordnung, Protokoll des Bundesrates, 795. Sitzung, 19.12. 2003, 502, 503.

die Gesundheitshandwerke des Augenoptikers, des Hörgeräteakustikers, des Orthopädietechnikers, des Orthopädieschuhmachers und des Zahntechnikers, die Nummern 33, 34, 35, 36 und 37 der Anlage A, sein.

Die aufgeführten Gesundheitshandwerke hat der Gesetzgeber von der Anwendung der Vorschrift ausgenommen, weil auch in anderen EU-Staaten, als Folge der Regelungen der Richtlinie 1992/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992, kein prüfungsfreier Zugang zur Ausübung von Gesundheitshandwerken möglich ist.¹⁶⁵¹ Vielmehr wird dafür der Nachweis der Befähigung durch ein Diplom, Prüfungszeugnis oder durch einen sonstigen Befähigungsnachweis vorausgesetzt.¹⁶⁵² Es ist daher sachgerecht, so ausdrücklich der Gesetzgeber, auch für Inländer Berufserfahrung allein für die Zulassung zur Ausübung eines Gesundheitshandwerks in Deutschland nicht ausreichen zu lassen.¹⁶⁵³

Die Herausnahme des Schornsteinfegerhandwerks aus dem Anwendungsbereich der Regelung des § 7 b HwO rechtfertigt der Gesetzgeber mit der Tatsache, dass das Gesetz über das Schornsteinfegerwesen in § 4 Abs. 2 Nr. 2 zwingend vorschreibt, dass für die Bewerbung als Bezirkschornsteinfegermeister die Ablegung einer Meisterprüfung erforderlich ist.¹⁶⁵⁴

Damit findet § 7 b HwO auf alle übrigen 35 Gewerbe der Anlage A, die als zulassungspflichtiges Handwerk betrieben werden können, Anwendung. Auch die davon umfassten Gewerbe mit strenger Meisterpräsenz, also mindestens die 23 Handwerke, die der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen neben dem Schornsteinfegerhandwerk und den Gesundheitshandwerken als „gefährdeneigt“ eingeordnet hat, können Gegenstand der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO sein. Zwar werden in den Gefahrenhandwerken strengere Anforderungen an die Anwesenheit der betriebsleitenden Person gestellt, was möglicherweise wenig Raum für die Tätigkeit von Gesellen in qualifizierten Funktionen bietet. Von einem Vorliegen einer ungeschriebenen Ausnahme für diese Gewerbe kann jedoch aus diesem Grund nicht ausgegangen werden.¹⁶⁵⁵

Darüber hinaus ergibt sich aus der Beschränkung des § 7 b Abs. 1 HwO auf zulassungspflichtige Handwerke, dass eine Ausübungsberechtigung weder für ein zulassungsfreies Handwerk noch ein handwerksähnliches Gewerbe im Sinne des § 18 Abs. 2 HwO in Betracht kommt.¹⁶⁵⁶

¹⁶⁵¹ Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG (ABl. EG Nr. L 209 S. 25), zuletzt geändert durch die Entscheidung 2004/108/EG (ABl. EU L 32 S. 15).

¹⁶⁵² Zur Umsetzung in das deutsche Recht vgl. EU/EWR-Handwerk-Verordnung vom 04. August 1966 (BGBl. I S. 469), zuletzt geändert durch Artikel 4 der Verordnung vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1314); ausführlich s. u. 6. Kapitel.

¹⁶⁵³ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29.

¹⁶⁵⁴ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29; kritisch Zimmermann, Eric: Die „Altgesellenregelung“ nach § 7 b HwO. GewArch 2008, 334-340. 335.

¹⁶⁵⁵ Im Ergebnis ebenso Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129-142, 134; kritisch Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 9, 32.

¹⁶⁵⁶ Vgl. Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129-142, 132, 133.

2. Abschnitt: Das Verfahren zur Erteilung der Ausübungsberechtigung

Die Vorschrift des § 7 b Abs. 2 HwO trifft hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens zur Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO in bestimmten Punkten eigene Regelungen, während ansonsten auf das Verfahren nach § 8 HwO verwiesen wird; die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes finden auch hier Anwendung.

I. Verwaltungsverfahren und Rechtscharakter der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO

Bei der Erteilung der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO handelt es sich um einen Verwaltungsakt gemäß § 35 VwVfG, der sich für den Antragsteller als begünstigender, für die Handwerkskammer als belastender Verwaltungsakt darstellt. Die Erteilung der Ausübungsberechtigung hat dabei für den Antragsteller rechtsbegründende Wirkung. Insoweit gelten hier keine Besonderheiten.

II. Die für die Erteilung sachlich und örtlich zuständige Behörde

Die für die Erteilung der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO sachlich zuständige Behörde ist entsprechend der ausdrücklichen Regelung in § 7 b Abs. 2 Satz 1 HwO die höhere Verwaltungsbehörde. Durch den Verweis in § 7 b Abs. 2 Satz 2 HwO auf die Möglichkeiten anderweitiger diesbezüglicher Regelungen durch die Landesregierungen in § 8 Abs. 3 Satz 4 und 5 HwO ist klargestellt, dass die Zuständigkeit auf andere Behörden übertragen werden kann.

Darüber hinaus gilt auch für die sachliche Zuständigkeit bezüglich der Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO, dass diese durch die Landesregierungen durch Rechtsverordnung auf andere Behörden oder auf Handwerkskammern übertragen werden kann. Das ergibt sich aus der ausdrücklichen Erwähnung des § 7 b HwO in § 124 b Satz 1 HwO, der die vorgenannte Übertragung der sachlichen Zuständigkeit regelt. Im Falle einer Übertragung der Zuständigkeit auf Rechtsgrundlage des § 124 b Satz 1 HwO auf die Handwerkskammern umfasst die Staatsaufsicht des § 115 Abs. 1 HwO auch die Fachaufsicht, wie durch § 124 b Satz 2 HwO klargestellt wird.

Der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen sah zunächst für die Entscheidung über eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde vor.¹⁶⁵⁷ Dagegen sollte, so der Gesetzentwurf des Bundesrates, die Ermächtigung der Landesregierungen zur Aufgabenübertragung von Zuständigkeiten auf

¹⁶⁵⁷ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1205, 28; ablehnend Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410, 411; ebenso Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 40; vgl. dazu ausführlich 3. Kapitel 2. Abschnitt III. 1.

andere Behörden unter Einschluss der Handwerkskammern als gesonderte Vorschrift in das Gesetz aufgenommen werden, nicht zuletzt aufgrund größerer Sachnähe.¹⁶⁵⁸ Mit dieser Forderung konnte sich der Bundesrat im Ergebnis durchsetzen.

Auch hier haben die Bundesländer von ihrer Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht und die sachliche Zuständigkeit für die Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO auf die Handwerkskammern übertragen.

Die örtliche Zuständigkeit hängt in der Regel davon ab, an welchem Ort der Antragsteller seine Tätigkeit ausüben will; insoweit gilt § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG. In Ausnahmefällen kann sich die örtliche Zuständigkeit gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG nach dem Wohnsitz des Antragstellers richten.

III. Der Antrag auf Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO

Für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO ist ein Antrag des Gewerbetreibenden erforderlich, wie sich aus § 7 b Abs. 2 Satz 1 HwO ergibt.¹⁶⁵⁹ Eine bestimmte Form des Antrages ist weder in § 7 b HwO noch an anderer Stelle in der Handwerksordnung vorgeschrieben. Damit gelten die entsprechenden Regelungen für das allgemeine Verwaltungsverfahren.¹⁶⁶⁰

Nur natürliche Personen sind berechtigt, einen Antrag auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO zu stellen. Zwar spricht § 7 b Abs. 2 Satz 1 HwO von der Antragsbefugnis des Gewerbetreibenden. Daraus könnte gefolgert werden, dass sowohl natürliche als auch juristische Personen und Personengesellschaften antragsberechtigt sind, da diese allesamt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO ein zulassungspflichtiges Handwerk selbstständig betreiben können.

Gegen eine solche Annahme spricht aber Sinn und Zweck der Vorschrift des § 7 b HwO, die nach dem Willen des Gesetzgebers für eine Besserstellung der Gesellen und Inhaber einer entsprechenden Abschlussprüfung sorgen soll.¹⁶⁶¹ Eine Gesellenprüfung oder eine entsprechende Abschlussprüfung können aber nur natürliche Personen, nicht aber juristische Personen oder Personengesellschaften ablegen. Daraus folgt, dass nur natürliche Personen antragsberechtigt sind. So ist auch der Gesetzgeber zu verstehen, wenn er in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO von der „leitenden Tätigkeit“ des Gesellen als Anspruchsvoraussetzung spricht. Zudem können nur natürliche Personen die in § 7 b Abs. 1 a Satz 1 HwO verlangten erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse nachweisen. Beim Personenkreis der deutschen Staatsbürger gibt es bezüglich deren Antragsberechtigung

¹⁶⁵⁸ Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 22.

¹⁶⁵⁹ Ausdrücklich Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁶⁶⁰ Vgl. oben 3. Kapitel 2. Abschnitt IV.

¹⁶⁶¹ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 27.

keine Einschränkungen. Daher sind auch Inhaber einer befristeten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO antragsberechtigt, selbst wenn sie ihrer Obliegenheit, die Meisterprüfung abzulegen, nicht nachkommen. Die Verletzung der diesbezüglichen Mitwirkungspflicht hat insoweit keine rechtlichen Konsequenzen. Gleiches gilt für die Inhaber einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO.¹⁶⁶²

Bei ausländischen Gewerbetreibenden ist zunächst zwischen Nicht-EU/EWR-Ausländern einerseits und EU/EWR-Staatsbürgern und Staatsbürgern der Schweizer Eidgenossenschaft andererseits zu differenzieren:

Ausländer, die nicht unter den Anwendungsbereich des § 9 HwO fallen, sind, wie in den Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO, antragsberechtigt. Eine Beschränkung der Antragsberechtigung auf deutsche Staatsbürger hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen.¹⁶⁶³ Allerdings dürfte in Frage stehen, ob Ausländer die Voraussetzung des § 7 b Abs. 1 Nr. 1 HwO, der eine einschlägige Gesellenprüfung oder eine Abschlussprüfung in einem entsprechend anerkannten Ausbildungsberuf verlangt, erfüllen.¹⁶⁶⁴ Soweit dies nicht der Fall ist, führt der Weg für Nicht-EU/EWR-Ausländer über § 8 HwO.

Fraglich ist zudem, ob zuwandernde EU/EWR-Staatsbürger und Staatsbürger der Schweizer Eidgenossenschaft antragsberechtigt sind, die sich auf eine im EU/EWR-Ausland abgelegte Abschlussprüfung berufen. Kormann/Hüpers wollen in diesen Fällen zwischen zwei Gruppen von Antragstellern unterscheiden:¹⁶⁶⁵ Bei Antragstellern, die Inhaber eines entsprechenden ausländischen Abschlusses sind, soll die Vorschrift des § 9 Abs. 1 HwO in Verbindung mit der EU/EWR HwV eine die Anwendung des § 7 b HwO sperrende *lex specialis* sein. Anderenfalls könnten die Anforderungen dieser Vorschrift unterlaufen werden. Zudem werde § 7 b HwO in § 1 EU/EWR, anders als § 8 HwO, nicht in Bezug genommen.¹⁶⁶⁶ Dagegen sollen EU/EWR-Bürger dann antragsberechtigt sein, wenn sie über einen anerkannten Abschluss verfügen wollen.

Bei der Frage der Antragsberechtigung ist der Ansatz von Kormann/Hüpers, diesbezüglich zwischen der Qualität der Abschlüsse zu unterscheiden, verfehlt. Dies ist vielmehr eine Frage der Erfüllung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 7 b HwO. Richtig ist aber,

¹⁶⁶² Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 36; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 359, 361; zur Beschränkung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO s. u. 5. Kapitel 3. Abschnitt II.

¹⁶⁶³ Im Ergebnis Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 134; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 18, 19.

¹⁶⁶⁴ Dazu 5. Kapitel 3. Abschnitt I. 1.2.1.

¹⁶⁶⁵ Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 357, 358.

¹⁶⁶⁶ Zum Verhältnis zwischen § 8 HwO und § 9 Abs. 1 HwO bezüglich der Antragsberechtigung s. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt IV. 2.

dass weder § 9 Abs. 1 HwO noch § 1 EU/EWR HwV Bezug nehmen auf § 7 b HwO. Dies könnte dafür sprechen, dass § 9 Abs. 1 HwO lex specialis gegenüber § 7 b HwO ist. Gleiches könnte sich aus den Motiven des Gesetzgebers bei Einführung des § 7 b HwO ergeben: Dieser wollte, wie bereits erwähnt, mit der Vorschrift des § 7 b HwO die Unterschiede zwischen den Anforderungen an Inländer und den Anforderungen an Mitglieder anderer EU-Staaten und des EWR-Raums, die in Deutschland ein Handwerk selbstständig ausüben möchten, verringern.¹⁶⁶⁷ Gegen eine solche Beschränkung auf die Antragsberechtigung bei ausländischen Antragstellern auf Nicht-EU/EWR-Ausländer spricht aber, dass der Gesetzgeber dies ausdrücklich nicht in § 7 b HwO geregelt hat. Zudem handelt es sich bei der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO um einen Unterfall der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO.¹⁶⁶⁸ Daher musste der Gesetzgeber nicht gesondert in § 9 Abs. 1 HwO aufnehmen, dass dem Berufsbewerber neben der Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO auch der Weg über die Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO als Sonderfall der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO offen steht. Im Ergebnis sind daher auch die ausländischen Gewerbetreibende, die einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO stellen können, ohne Einschränkung im Verfahren nach § 7 b HwO antragsberechtigt.

IV. Umfang der amtswegigen Prüfung

Die zuständige höhere Verwaltungsbehörde prüft das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung. Diese ergeben sich zum einen aus § 7 b HwO; zum anderen verlangen die Handwerksordnung sowie andere Rechtsnormen möglicherweise weitere Voraussetzungen.

Auch hat die Verwaltungsbehörde die Handwerksmäßigkeit der angestrebten Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO zu prüfen, wobei es nur um die Tätigkeit als solche geht. Die Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 7 HwO trifft dagegen die Handwerkskammer.¹⁶⁶⁹

V. Der Untersuchungsgrundsatz

Nicht eindeutig ist dem Wortlaut der Vorschrift des § 7 b HwO zu entnehmen, dass der Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO Anwendung findet. Auch die Gesetzesbegründung schweigt diesbezüglich. Allerdings trifft § 7 b HwO keine dem Untersuchungsgrundsatz entgegenstehende eigene Regelung, die gemäß § 1 VwVfG der Anwendung des § 24 VwVfG vorgehen würde. Bestimmte Formulie-

¹⁶⁶⁷ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁶⁶⁸ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 27; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 132, 135.

¹⁶⁶⁹ Vgl. VG Hamburg, Beschluss v. 16.04. 2004, GewArch 2004, 307.

rungen des Gesetzgebers in der Vorschrift deuten zudem darauf hin, dass die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln hat. So heißt es in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO „eine leitende Stellung ist dann anzunehmen, wenn ...“, was für die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes spricht. Gemäß § 7 b Abs. 1 a Satz 2 HwO „sind die erforderlichen Kenntnisse ... nachzuweisen“; insoweit lehnt sich § 7 b HwO an § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO an und damit auch an den dort geltenden Untersuchungsgrundsatz. Im Ergebnis gilt dieser auch im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO. Sind die vom Antragsteller für die Erteilung der Ausübungsberechtigung vorgelegten Nachweise nicht ausreichend, ist der Antragsteller durch die Verwaltungsbehörde drauf hinzuweisen, damit er diese gegebenenfalls ergänzen kann.¹⁶⁷⁰

VI. Die Anhörung der Handwerkskammer und Verfahrensbeteiligung der Innung oder Berufsvereinigung

Auch im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO sind Dritte zu beteiligen, wobei allerdings beim Umfang der Beteiligung im Vergleich zum Ausnahmegewillungsverfahren nach § 8 HwO und zum Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO Besonderheiten bestehen.

Zur Beteiligung der örtlich zuständigen Handwerkskammer bestimmt § 7 b Abs. 2 Satz 1 HwO, dass diese anzuhören ist. Allerdings erfolgt die Anhörung nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nur zu den in § 7 b Abs. 1 HwO genannten einzelnen Voraussetzungen.¹⁶⁷¹ Damit darf die Handwerkskammer nicht zum Vorliegen der in § 7 b Abs. 1 a HwO vom Antragsteller geforderten erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnissen angehört werden. Der gegenteiligen Auffassung von Kormann/Hüpers, die eine Anhörung auch zu den in § 7 b Abs. 1 a HwO genannten Voraussetzung für zulässig erachten,¹⁶⁷² kann nicht gefolgt werden. Zum einen ist nicht ersichtlich, warum ein untrennbarer Zusammenhang zwischen § 7 b Abs. 1 a HwO und § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO besteht, der nach Meinung von Kormann/Hüpers eine Anhörung der Handwerkskammer zu § 7 b Abs. 1 a HwO rechtfertigt. Zum anderen regelt § 7 b Abs. 2 Satz 1 HwO abschließend den Gegenstand der Anhörung der Handwerkskammer. Gleichwohl wäre es sinnvoll gewesen, eine Anhörung der Handwerkskammer aufgrund ihrer Sachnähe auch zu den in § 7 b Abs. 1 a HwO genannten Voraussetzungen im Gesetz vorzusehen.

Darüber hinaus fehlt eine entsprechende Vorschrift zur Anhörung der Handwerkskammer bezüglich der Voraussetzung des § 1 Abs. 2 HwO, wie sie in § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO aus-

¹⁶⁷⁰ Ebenso Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 48.

¹⁶⁷¹ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133.

¹⁶⁷² Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 51.

drücklich enthalten ist. Die Vorschrift des § 7 b Abs. 2 Satz 2 HwO regelt lediglich die entsprechende Geltung von § 8 Abs. 3 Satz 2 bis 5 HwO, nicht hingegen von § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO. Allerdings dürfte es sich dabei um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handeln. Denn in den Verfahren nach § 8 HwO, § 7 a HwO und 9 Abs. 1 HwO ist die Handwerkskammer aufgrund ihrer Fachkompetenz zu der Frage, ob es sich bei der angestrebten Tätigkeit um ein zulassungspflichtiges Handwerk handelt, zu hören. Bis zu einer entsprechenden Korrektur des Gesetzgebers verbietet sich allerdings im Verfahren nach § 7 b HwO eine diesbezügliche Anhörung der Handwerkskammer.

Durch einen entsprechenden Verweis in § 7 b Abs. 2 Satz 2 HwO auf § 8 Abs. 3 Satz 2 und 3 HwO wird die Beteiligung der örtlich und fachlich zuständigen Innung oder Berufsvereinigung geregelt. Insoweit finden die im Ausnahmewilligungsverfahren nach § 8 HwO geltenden Grundsätze Anwendung, insbesondere wann Innung oder Berufsvereinigung überhaupt zu beteiligen sind.¹⁶⁷³

Nicht eindeutig geregelt ist, ob für die Innung oder Berufsvereinigung die bezüglich des Gegenstandes der Anhörung geltenden Einschränkungen für die Handwerkskammer ebenfalls gelten, denn eine solche ausdrückliche Einschränkung fehlt an dieser Stelle. Allerdings kann der Gegenstand der Anhörung nicht ein anderer sein als der der Handwerkskammer. Denn die Handwerkskammer darf in ihrer Stellungnahme aufgrund der Einschränkung des Gegenstandes ihrer Anhörung eine vollumfängliche Anhörung der Innung oder Berufsvereinigung nicht verwenden; diese einzuholen wäre daher sinnlos. Somit ist auch die Innung oder Berufsvereinigung nur zu den Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO anzuhören.

VII. Das Sachbescheidungsinteresse

Auch der Antragsteller im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO muss ein rechtliches Interesse an der Entscheidung haben. Anderenfalls ist der Antrag auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO zurückzuweisen.¹⁶⁷⁴

¹⁶⁷³ S. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt VI. 2.

¹⁶⁷⁴ Ausführlich zum Sachbescheidungsinteresse s. o. 3. Kapitel 2. Abschnitt VII.

3. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO

Die Vorschrift des § 7 b HwO verlangt die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen für die Erteilung der Ausübungsberechtigung. Da es sich bei dieser Ausübungsberechtigung um einen Sonderfall einer Ausnahmegewilligung handelt, sind insbesondere der Befähigungsnachweis und der Ausnahmegrund, wie die Vorschrift des § 8 HwO verlangt, als Voraussetzungen für die Erteilung der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO denkbar. Daneben könnten andere Rechtsnormen weitere Anspruchsvoraussetzungen fordern.

I. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO

Die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung und der Nachweis der Befähigung werden auch für die Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO als Voraussetzungen verlangt.

1. Der Ausnahmegrund

Die Annahme eines Ausnahmefalls im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO verlangt die Unzumutbarkeit der Ablegung einer Meisterprüfung für den Antragsteller zum Zeitpunkt der Antragstellung oder danach, § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO. Dagegen gilt im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO der Ausnahmegrund kraft Gesetzes, wenn der Antragsteller bereits ein Handwerk betreibt und in die Handwerksrolle eingetragen ist, § 7 a Abs. 1 HwO.¹⁶⁷⁵ Die diesbezügliche Regelung in § 7 b HwO lehnt sich an § 7 a HwO an.

1.1. Der Ausnahmegrund kraft Gesetzes

Im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO wird ein Ausnahmefall, also die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung, pauschal dann angenommen, wenn der Antragsteller die in § 7 b Abs. 1 HwO enumerativ aufgeführten Voraussetzungen erfüllt. Sowohl der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen als auch der des Bundesrates sahen in diesen Fällen vor, für „Altgesellen“ die Annahme eines Ausnahmefalls gesetzlich neu zu verankern.¹⁶⁷⁶ Damit gilt sowohl im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO als auch nach § 7 b HwO der Ausnahmegrund kraft Gesetzes; eine Einzelfallprüfung bezüglich

¹⁶⁷⁵ Vgl. dazu ausführlich 4. Kapitel 3. Abschnitt I. 1.

¹⁶⁷⁶ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28; Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 30 zu den gegensätzlichen Ansichten bzgl. des Befähigungsnachweises im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO s. u. 5. Kapitel 3. Abschnitt I. 3.2.

der Frage, ob dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar ist, entfällt. Dazu merken Honig/Knörr zu Recht kritisch an, dass der Ausnahmecharakter hier verloren gegangen ist.¹⁶⁷⁷ Denn die Ausnahme ist für den Personenkreis der langjährigen Gesellen vielmehr zur alternativen Regel geworden.

Allerdings muss der Antragsteller, wie bereits ausgeführt, die Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO erfüllen.

1.2. Die Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO

Die Vorschrift des § 7 b Abs. 1 HwO knüpft an drei Voraussetzungen an: Zum einen wird eine einschlägige Ausbildung des Antragstellers verlangt. Zum anderen muss er langjährig in qualifizierter Funktion tätig gewesen sein, wobei diese Tätigkeit, als dritte Voraussetzung, eine handwerkliche Tätigkeit umfasst haben muss.

1.2.1. Die einschlägige Ausbildung

Der Antragsteller im Verfahren nach § 7 b HwO muss über eine einschlägige Berufsausbildung in dem zulassungspflichtigen Handwerk verfügen, für das er eine Ausübungsberechtigung begehrt. § 7 b Abs. 1 Nr. 1 HwO nennt diesbezüglich drei Alternativen.

Mit dieser Regelung knüpft § 7 b Abs. 1 Nr. 1 HwO an die Voraussetzungen der Zulassung zur Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk für den Fall an, in dem der Berufsbewerber über eine einschlägige Berufsausbildung verfügt. § 49 Abs. 1 HwO trifft eine im Wesentlichen gleiche Regelung.

1.2.1.1. Bestehen einer einschlägigen Gesellenprüfung

§ 7 b Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. HwO bestimmt, dass der Antragsteller eine Gesellenprüfung, also nicht nur einzelne Prüfungsteile, in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk bestanden haben muss.¹⁶⁷⁸

Hat der Antragsteller eine Gesellenprüfung in einem Handwerk bestanden, das später mit einem anderen Handwerk zusammengelegt worden ist, ist die Voraussetzung des Bestehens einer einschlägigen Gesellenprüfung ebenfalls erfüllt. Das Vorgesagte folgt zum einen daraus, dass der Geselle zur Führung der einschlägigen Berufsbezeichnung berechtigt ist. Zum anderen legt der Gesetzgeber Handwerke gerade dann zusammen, wenn sie miteinander verwandt sind, zusammengewachsen sind und/oder sich überschneiden.¹⁶⁷⁹

¹⁶⁷⁷ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 b Rn 2; ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 4, 5, der dies aber als positiv beurteilt.

¹⁶⁷⁸ Vgl. Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 14.

¹⁶⁷⁹ So auch Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 17; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 357.

Auch inländische Prüfungszeugnisse, die durch eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung aufgrund der Ermächtigung des § 40 Abs. 1 HwO gleichgestellt werden, sind Prüfungen im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. HwO.¹⁶⁸⁰

Gleiches gilt für durch Rechtsverordnung in Verbindung mit § 40 Abs. 2 HwO gleichgestellte Prüfungen, die außerhalb des Geltungsbereichs der Handwerksordnung, also im Ausland abgelegt wurden. Auch eine im EU/EWR-Ausland und in der Schweiz abgelegte Abschlussprüfung ist eine Prüfung im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 1 3. Alt. HwO. Allerdings ist auch hier die Anerkennung des entsprechenden ausländischen Abschlusses als gleichwertig mit der entsprechenden deutschen Gesellenprüfung erforderlich. Ist dies nicht der Fall, kann der Weg zur Berufszulassung in diesen Fällen nur über den Weg der Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO¹⁶⁸¹ oder nach § 8 HwO führen.

Bis heute wurden durch Rechtsverordnung 74 österreichische und 22 französische handwerkliche Ausbildungsabschlüsse als gleichwertig mit den entsprechenden deutschen Gesellenprüfungen anerkannt.¹⁶⁸² Eine Gleichstellung handwerklicher Abschlüsse auf Facharbeiterniveau, die in einigen Staaten Osteuropas absolviert wurden, kann unter bestimmten Voraussetzungen auch gemäß § 10 BVertrG erfolgen.

1.2.1.2. Bestehen einer Gesellenprüfung in einem verwandten Handwerk

Klargestellt wird durch § 7 b Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. HwO, dass das Bestehen der Gesellenprüfung in einem mit dem zu betreibenden verwandten zulassungspflichtigen Handwerk ebenfalls ausreicht. Das Verzeichnis der verwandten Handwerke umfasst nunmehr 16 Verwandtschaften.¹⁶⁸³

¹⁶⁸⁰ Vgl. beispielsweise Verordnung zur Gleichstellung von Prüfungszeugnissen der Berufsfachschule – Handwerksberufe – an der Berufsbildenden Schule des Bezirksverbandes Pfalz in Kaiserslautern mit den Zeugnissen über das Bestehen der Gesellenprüfung in handwerklichen Ausbildungsberufen vom 4. August 1998 (BGBl. I S. 2088); dazu auch Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 13.

¹⁶⁸¹ Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 357, 358; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 18, 19; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 14.

¹⁶⁸² Anlage zu § 1 der Verordnung zur Gleichstellung österreichischer Prüfungszeugnisse mit Zeugnissen über das Bestehen der Abschlussprüfung oder Gesellenprüfung in anerkannten Ausbildungsberufen vom 12. April 1990 (BGBl. I S. 771), zuletzt geändert durch die Fünfte Änderungsverordnung vom 17. November 2005 (BGBl. I S. 3188); Anlage zu § 1 der Verordnung zur Gleichstellung französischer Prüfungszeugnisse mit Zeugnissen über das Bestehen der Abschlussprüfung oder Gesellenprüfung in anerkannten Ausbildungsberufen vom 16. September 1977 (BGBl. I S. 857), zuletzt geändert durch die Sechste Änderungsverordnung vom 25. September 1991 (BGBl. I S. 1956).

¹⁶⁸³ Anlage zu § 1 der Verordnung über verwandte Handwerke vom 18. Dezember 1968 (BGBl. I S. 1355), zuletzt geändert durch Artikel 3 der Verordnung vom 22. Juli 2004 (BGBl. I S. 1314).

1.2.1.3. Bestehen einer der einschlägigen Gesellenprüfung entsprechenden Abschlussprüfung

Mit der einschlägigen Gesellenprüfung gleichgestellt wird in § 7 b Abs. 1 Nr. 1 3. Alt. HwO eine Abschlussprüfung in einem dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk entsprechenden anerkannten Ausbildungsberuf.

Anerkannte Ausbildungsberufe im Sinne der Vorschrift sind vor allem diejenigen Ausbildungsberufe, die in den verschiedenen Rechtsverordnungen genannt werden, die aufgrund des § 4 Abs. 1 BBiG¹⁶⁸⁴ durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie oder das sonst zuständige Fachministerium im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung erlassen worden sind. Aber auch andere anerkannte Ausbildungsberufe kommen in Betracht.

Fraglich ist, ob es sich dabei nur um eine Ausbildung im „dualen System“ handeln kann. Kormann/Hüpers und Zimmermann¹⁶⁸⁵ halten dies für erforderlich, während das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen¹⁶⁸⁶ diese Auffassung für zu eng hält. Die letztgenannte Ansicht ist auch die richtige: Denn auch bei außerhalb des Geltungsbereichs der Handwerksordnung und nach § 40 Abs. 2 HwO gleichgestellten Prüfungen, die Prüfungen im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. HwO, wird eine Ausbildung im dualen System nicht erfolgt sein.

Allerdings kann es sich bei einer Abschlussprüfung in dem anerkannten Ausbildungsberuf nur um eine solche Abschlussprüfung handeln, die die fachlich-technischen Inhalte vergleichbar, also „entsprechend“ dem handwerklichen Ausbildungsberuf umfasst. Rein kaufmännische oder ähnliche Ausbildungen entsprechen dagegen nicht einer handwerklichen Ausbildung.¹⁶⁸⁷ Abschlussprüfungen im Sinne der Vorschrift sind vor allem die dem jeweiligen Handwerk entsprechenden Facharbeiterabschlüsse.

1.2.2. Einschlägige Berufserfahrung mit leitender Tätigkeit

Eine wesentliche Voraussetzung für die Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO ist gemäß § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO die einschlägige Berufserfahrung des Antragstellers, wobei ein bestimmter Teil dieser Berufserfahrung eine leitende Tätigkeit umfasst haben muss. Der Antragsteller muss eine einschlägige Tätigkeit von insgesamt sechs Jahren, davon insgesamt vier Jahre in leitender Stellung ausgeübt haben.

Der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen sah zunächst das Erfordernis einer insgesamt

¹⁶⁸⁴ § 4 Abs. 1 BBiG hatte eine Vorläuferregelung in § 25 Abs. 1 BBiG a. F.

¹⁶⁸⁵ Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 353; Zimmermann, Die „Altgesellenregelung“ nach § 7 b HwO, GewArch 2008, 334–340, 335, 336.

¹⁶⁸⁶ VG Gelsenkirchen, Urteil v. 23.10. 2007, GewArch 2008, 81, 82.

¹⁶⁸⁷ Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 16, 20; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 23.10. 2007, GewArch 2008, 81, 83.

zehnjährigen Tätigkeit, davon fünf Jahre in herausgehobener, verantwortlicher oder leitender Stellung vor. Mit dem Erfordernis einer zehnjährigen Tätigkeit sollte sichergestellt werden, dass der Anreiz erhalten bleibt, die Meisterprüfung abzulegen.¹⁶⁸⁸

Der Gesetzentwurf des Bundesrates forderte ebenfalls eine einschlägige Berufserfahrung des Antragstellers von zehn Jahren, davon fünf Jahre in verantwortlicher oder leitender Stellung, während im Gesetzesantrag des Freistaates Bayern zunächst sogar ein Zeitraum von zwölf Jahren, davon sechs Jahre in verantwortlicher oder leitender Stellung vorgesehen war.¹⁶⁸⁹

Diese unterschiedlichen Fristen, bei denen es sich um weitgehend willkürlich gegriffene Zeiträume ohne konkrete Erfahrungswerte handelt, wurden letztendlich im Vermittlungsausschuss auf sechs und vier Jahre verkürzt.¹⁶⁹⁰ Damit wurde im Ergebnis eine zeitliche Dynamik begründet, die sogar unter den ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung geht und den angedachten Zeitrahmen für die einschlägige Berufserfahrung erheblich verkürzt.¹⁶⁹¹ Die Bezeichnung der Regelung des § 7 b HwO als „Altgesellenregelung“ ist daher verfehlt; vielmehr stellt § 7 b HwO eine Regelung für „qualifizierte Gesellen“ dar.

1.2.2.1. Die einschlägige Berufserfahrung

Der Antragsteller muss in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk oder in einem mit diesem verwandten zulassungspflichtigen Handwerk eine Tätigkeit von insgesamt sechs Jahren ausgeübt haben, § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO. Anerkannt wird dabei aufgrund der ausdrücklichen Regelung an dieser Stelle auch eine Tätigkeit in einem dem zu betreibenden Handwerk entsprechenden Beruf.

1.2.2.1.1. Tätigkeit im Anschluss an die Gesellenprüfung oder Abschlussprüfung

Dabei muss die sechsjährige Berufstätigkeit im Anschluss an die Gesellenprüfung oder die entsprechende Abschlussprüfung absolviert worden sein. Dies ergibt sich zwar nicht ohne weiteres und zwingend aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO. Bestätigt wird diese Ansicht allerdings zum einen durch die Begründung des Entwurfs der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004, die von der „nach einer Ausbildung zum Gesellen erworbenen Berufserfahrung in qualifizierten Funktionen“ spricht.¹⁶⁹² Auch der Gesetzentwurf des Bundesrates sah im Rahmen eines neuen § 8 Abs. 1 Satz 3 HwO vor, dass ein Aus-

¹⁶⁸⁸ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 27, 28; vgl. auch BMWa-Tagesnachrichten Nr. 11339 v. 04.06. 2003: Bundesminister Clement: Mehr Wachstum und Innovation im Deutschen Handwerk, GewArch 2003, 288, 289.

¹⁶⁸⁹ Text Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 6; Text Antrag Freistaat Bayern HwO-Novelle 2004, BR-Drucksache 466/03, 4.

¹⁶⁹⁰ Zu Recht Dürr, Verhältnißmäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk. GewArch 2007, 18-24, 22.

¹⁶⁹¹ Vgl. Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403-412, 410; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129-142, 132; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 1, 4.

¹⁶⁹² Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

nahmefall dann vorliegen sollte, wenn der Antragsteller zehn Jahre in dem entsprechenden Beruf „als Inhaber einer Gesellen- oder gleichwertigen Abschlussprüfung“ tätig gewesen ist.¹⁶⁹³ Insoweit bestand zwischen den beiden Entwürfen Übereinstimmung, was die Frage des Zeitpunktes der Ableistung der Berufstätigkeit betrifft. Zwar wurde der Zeitraum der Berufserfahrung im Vermittlungsverfahren auf insgesamt sechs Jahre, davon vier Jahre in leitender Tätigkeit, erheblich verkürzt. Die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, die der jetzt geltenden Fassung des § 7 b HwO entspricht, sah aber keine weiteren inhaltlichen Änderungen vor.¹⁶⁹⁴

Zum anderen spricht für diese Ansicht die Systematik des Gesetzes: Die Vorschrift des § 7 b Abs. 1 HwO stellt in Nummer 1 das Erfordernis der Gesellen- oder Abschlussprüfung der sechsjährigen Berufstätigkeit in Nummer 2 voran. Daher reicht es nicht aus, wenn der Antragsteller einen Teil der praktischen Tätigkeit vor der einschlägigen Abschlussprüfung absolviert hat.¹⁶⁹⁵ Nicht vergleichbar ist daher die Regelung des Zeitpunktes der Berufserfahrung in § 7 b Abs. 1 Nr. 1 HwO mit dem Erfordernis der dreijährigen praktischen Tätigkeit in § 7 Abs. 2 Satz 1 HwO 1998. Denn diese konnte zeitlich auch vor der nach der genannten Vorschrift anzuerkennenden Prüfung abgeleistet werden.¹⁶⁹⁶

Auch die Zeit der Ausbildung zum Gesellen ist folglich bei der Berechnung der Sechs-Jahre-Frist nicht mitzurechnen. Zehn Jahre, davon die Hälfte in besonderen Funktionen, „zuzüglich der Ausbildungszeit“, sollten es ausweislich der Begründung des Entwurfs der Regierungsfractionen dem Gesellen ermöglichen, ausreichend Erfahrungen zu sammeln, um die erforderliche Qualität leisten zu können.¹⁶⁹⁷ Der Bayerische Verwaltungsgericht und das Verwaltungsgericht Ansbach führen deshalb zu Recht aus, dass eine solche Auslegung auch sachgerecht ist; ansonsten hätte der Sechs-Jahre-Zeitraum häufig keine eigenständige Bedeutung.¹⁶⁹⁸ Würde beispielsweise die Ausbildungszeit des Berufsbewerbers, wie in vielen Berufen üblich, drei Jahre dauern und sich unmittelbar an die Ausbildungszeit eine vierjährige leitende Tätigkeit anschließen, so ergäben diese beiden Zeiträume bereits einen Gesamtzeitraum von sieben Jahren, also mehr als die in § 7 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO geforderten sechs Jahre. Wäre es dagegen Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Zeit der Berufsausbildung bei der Berechnung des in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO zu berücksichtigen, hätte er auf

¹⁶⁹³ Text Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 6.

¹⁶⁹⁴ Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Dritten Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 15/2246, Anlage, 5; vgl. auch Bay. VGH, Urteil v. 31.01. 2005, GewArch 2005, 156, 157; VG Ansbach, Urteil v. 18.08. 2004, AZ: AN 4 K 04.00858, S. 4 des Urteilsabdrucks.

¹⁶⁹⁵ Vgl. Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 358; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 14; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 133.

¹⁶⁹⁶ Honig, HwO, 2. A., § 7 Rn 9; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 43.

¹⁶⁹⁷ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29.

¹⁶⁹⁸ Bay. VGH, Urteil v. 31.01. 2005, GewArch 2005, 156, 157; zustimmend Sydow, Maren: Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung. GewArch 2005, 456–459. 457; VG Ansbach, Urteil v. 18.08. 2004, AZ: AN 4 K 04.00858, S. 4, 5 des Urteilsabdrucks; Zimmermann, Die „Altgesellenregelung“ nach § 7 b HwO, GewArch 2008, 334–340, 336; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 17.

dieses Tatbestandsmerkmal ganz verzichten können und sich mit dem zusätzlichen Erfordernis einer insgesamt vierjährigen Leitungstätigkeit begnügen können.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO geforderte Tätigkeitsdauer von insgesamt sechs Jahren dem in § 2 Abs. 2 Nr. 2 EU/EWR HwV genannten Mindestzeitraum entspricht, bei dessen Berechnung auch eine einschlägige dreijährige Ausbildung berücksichtigt wird. Allein aus dem Umstand der Übereinstimmung der genannten Vorschriften hinsichtlich der absoluten Tätigkeitsdauer kann nicht gefolgert werden, dass der Gesetzgeber materiell in jeder Hinsicht eine auf eine Gleichbehandlung abzielende Regelungsabsicht hatte. Auch aus diesem Gesichtspunkt verbietet sich eine Berücksichtigung der Ausbildungszeit bei der Berechnung der Tätigkeitsdauer im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO.¹⁶⁹⁹

1.2.2.1.2. Auswirkung von Unterbrechungen der Tätigkeit

Durch die Forderung einer Tätigkeit von „insgesamt“ sechs Jahren stellt der Gesetzgeber klar, dass Unterbrechungen der Tätigkeit nicht auf die sechs Jahre Berufserfahrung anzurechnen sind.¹⁷⁰⁰ Dabei ist unerheblich, aus welchem Rechtsgrund die Unterbrechung erfolgt ist und ob diese verschuldet oder unverschuldet ist. In Betracht kommen hier beispielsweise Unterbrechungen aufgrund von Arbeitslosigkeit, längerer Krankheit, Teilnahme an mehrmonatigen Fortbildungsmaßnahmen, Zeiten des Mutterschutzes bei Schwangerschaft vor der Geburt und nach der Entbindung oder Elternzeit. Dagegen sind der übliche Urlaub und Kurzerkrankungen keine Unterbrechungen im Sinne der Vorschrift.

Aus dem Vorgesagten folgt, dass nicht verlangt werden kann, dass der Antragsteller die geforderte Tätigkeit ununterbrochen ausgeübt hat. Während die EU/EWR-Handwerk-Verordnung in § 2 Abs. 2 Nr. 1 eine sechs Jahre „ununterbrochene“ Tätigkeit fordert,¹⁷⁰¹ hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, das Tatbestandsmerkmal der „ununterbrochenen“ Tätigkeit in § 7 b HwO aufzunehmen. Vielmehr ergibt sich aus der Begründung der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004, dass Unterbrechungen zwar nicht anzurechnen, damit aber auch zulässig sind. Dies gilt sowohl für die zweijährige Tätigkeit des Antragstellers ohne Leitungsfunktion als auch für dessen vierjährige Tätigkeit in qualifizierter Stellung.¹⁷⁰²

Allerdings bedarf es trotz der Möglichkeit der Unterbrechung einer gewissen Kontinuität der Tätigkeit, um die vom Gesetzgeber geforderte Qualifikation sicherzustellen, also die Erhal-

¹⁶⁹⁹ So auch Bay. VGH, Urteil v. 31.01. 2005, GewArch 2005, 156, 157.

¹⁷⁰⁰ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁷⁰¹ Kurzerkrankungen und der übliche Urlaub sind allerdings unschädlich, s. u. 6. Kapitel 4. Abschnitt I. 2.

¹⁷⁰² Ebenso Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 21; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 18; im Ergebnis auch Bay. VGH, Urteil v. 31.01. 2005, GewArch 2005, 156, 157.

tung des qualifizierten Wissens und Könnens des Gesellen ohne „Einbrüche“. Zudem wollte der Gesetzgeber die angebliche Diskriminierung von Inländern gegenüber Mitgliedern anderer EU-Staaten und des EWR-Raumes beseitigen. Nicht hingegen sollte eine Besserstellung der Inländer erfolgen, die ihrerseits eine Ausländerdiskriminierung bedeuten würde.¹⁷⁰³

Unter dem Gesichtspunkt der Kontinuität sind sehr kurze Zeiträume, beispielsweise Urlaubsvertretungen von bis zu zwei Wochen, nicht als leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b HwO anzuerkennen. Zuzustimmen ist hier Kormann/Hüpers, nach denen ein solch kurzer Zeitraum nach der Lebenserfahrung nicht geeignet ist, eine tatsächlich leitende Stellung zu vermitteln, weil wichtige Entscheidungen regelmäßig bis zur Rückkehr des Betriebsinhabers aufgeschoben werden.¹⁷⁰⁴ Dagegen kann Kormann/Hüpers nicht gefolgt werden, wenn sie bereits Vertretungszeiträume ab zwei Wochen anerkennen wollen. Denn für eine regelmäßige und nicht gelegentliche Aufgabenwahrnehmung wird man, um eine leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO annehmen zu können, mindestens einen Zeitraum von drei Monaten fordern müssen.

Im Ergebnis sind die Zeiten der Berufstätigkeit, die der Antragsteller in qualifizierten Funktionen in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk zurückgelegt hat, zusammenzurechnen, soweit Unterbrechungen vorliegen. Dies gilt aber nur, soweit diese Zeiten nach den dargelegten Grundsätzen berücksichtigungsfähig sind. Das Vorgesagte gilt auch für die Zeiten der Berufstätigkeit des Antragstellers ohne qualifizierte Funktionen.

1.2.2.1.3. Teilzeitbeschäftigung zulässig ?

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die sechsjährige Berufserfahrung in Vollzeitbeschäftigung erbracht sein muss. Eine diesbezügliche ausdrückliche Regelung wird im Gesetz nicht getroffen; einen entsprechenden Hinweis geben auf den ersten Blick auch die Gesetzesmaterialien nicht. Kormann/Hüpers verneinen das Erfordernis einer Vollzeitbeschäftigung, da nach ihrer Auffassung § 7 b HwO auf Lebensjahre abstellt; die Anrechenbarkeit von Zeiten ohne Vollzeitbeschäftigung soll lediglich durch das Verlangen des Gesetzgebers nach echter Berufserfahrung stark eingeschränkt werden. Gleiches soll für Zeiten nur „gelegentlicher“ oder „stundenweiser“ Beschäftigung gelten.¹⁷⁰⁵ Diese Ansicht widerspricht aber Sinn und Zweck der Vorschrift; ihr kann nicht gefolgt werden. Denn nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Gesetzesbegründung soll durch die Ausbildung und die anschließende langjährige Tätigkeit in dem jeweiligen Bereich sichergestellt werden, dass dem Gesellen die selbstständige Handwerksausübung erlaubt werden kann, ohne dass aufgrund unsachgemä-

¹⁷⁰³ So zu Recht Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 21; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 134; Bay. VGH, Urteil v. 31.01. 2005, GewArch 2005, 156, 157; Zimmermann, Die „Altgesellenregelung“ nach § 7 b HwO, GewArch 2008, 334–340, 336, 337.

¹⁷⁰⁴ Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 359.

¹⁷⁰⁵ Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 358; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 44.

ber Ausübung Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter zu befürchten sind.¹⁷⁰⁶ Diese Qualifikation kann aber nur in einer Vollzeitbeschäftigung erworben werden. Damit stellt § 7 b HwO auf die Beschäftigungszeit in Vollzeit ab und nicht lediglich auf Lebensjahre; auch die Ableistung einer „Mindestwochenstundenzahl“ ist nicht ausreichend.¹⁷⁰⁷

Nicht geregelt in § 7 b HwO ist, ob die sechsjährige Berufstätigkeit des Antragstellers dann anzuerkennen ist, wenn zwischen dieser Tätigkeit und der Antragstellung ein langer Zeitraum liegt. Man könnte daran denken, die Regelung des § 2 Abs. 2 Nr. 4 EU/EWR HwV entsprechend anzuwenden. Danach darf die leitende Tätigkeit des Berufsbewerbers vom Zeitpunkt der Antragstellung an gerechnet nicht vor mehr als zehn Jahren beendet worden sein. Dafür spricht, dass die Befähigung des Gesellen, die dieser durch seine Berufserfahrung in qualifizierter Funktion erworben hat, nach einem derart langen Zeitablauf nicht mehr vorhanden sein dürfte. Gerade dieses Argument ist Sinn und Zweck der Regelung des § 2 Abs. 2 Nr. 4 EU/EWR HwV. Allerdings ist die Annahme einer Analogie nur dann gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber unbeabsichtigt eine Regelungslücke aufgetan hat, eine gesetzliche Regelung also nicht auf einen bestimmten Sachverhalt begrenzt hat. Dies ist hier deshalb zu verneinen, da auch die Meisterprüfung dann noch als Voraussetzung für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit in einem zulassungspflichtigen Handwerk anzuerkennen ist, wenn zwischen ihrer Ablegung und Tätigkeitsaufnahme ein langer Zeitraum liegt. Gleiches gilt für eine nach § 8 HwO erteilte Ausnahmegewilligung, soweit diese nicht gemäß § 8 Abs. 1 HwO befristet wurde, oder für eine Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO.¹⁷⁰⁸ Im Ergebnis ist damit materiell-rechtlich auch im Verfahren nach § 7 b HwO nicht von Bedeutung, wann der Antragsteller seine sechsjährige Tätigkeitsdauer zurückgelegt hat.

Ob die einschlägige Berufstätigkeit ausschließlich im Inland zurückgelegt sein muss oder auch die Tätigkeit im Ausland zu berücksichtigen ist, ist nicht ausdrücklich geregelt. Mangels einer ausdrücklichen Beschränkung auf die inländische Berufstätigkeit ist auch die Tätigkeit des Berufsbewerbers im Ausland im Verfahren nach § 7 b HwO anzuerkennen; stets wird aber eine fachliche Gleichwertigkeit zu fordern sein. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass die mehrjährige praktische Tätigkeit, wie sie in § 49 Abs. 2 Satz 1 HwO in bestimmten Fällen für die Zulassung zur Meisterprüfung verlangt wird, im Ausland ausgeübt worden sein kann.¹⁷⁰⁹

¹⁷⁰⁶ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29.

¹⁷⁰⁷ Ebenso ohne Begründung Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 34; a. A. Zimmermann, Die „Altgesellenregelung“ nach § 7 b HwO, GewArch 2008, 334-340, 337; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 19.

¹⁷⁰⁸ Vgl. dazu auch Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353-383, 404-408, 358.

¹⁷⁰⁹ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 49 Rn 7.

1.2.2.2. Die leitende Tätigkeit in einem Betrieb oder wesentlichen Betriebsteil

Der Antragsteller muss vier Jahre seiner sechsjährigen Berufserfahrung in einer leitenden Stellung ausgeübt haben. Das Gesetz definiert in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO eine leitende Stellung als eine Tätigkeit, für deren Ausübung dem Gesellen eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse in einem Betrieb oder in einem wesentlichen Betriebsteil übertragen worden sind. Auch hier wird man eine Kontinuität der Tätigkeit verlangen müssen; nur gelegentliches „Eingreifen“ des Antragstellers stellt keine Leitung dar.¹⁷¹⁰

Das Vorstehende gilt sinngemäß, wenn auch nicht ausdrücklich in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO geregelt, für Inhaber einer der Gesellenprüfung entsprechenden Prüfung im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 1 HwO. Anderenfalls wäre deren Erwähnung an dieser Stelle des Gesetzes überflüssig.

1.2.2.2.1. Betrieb oder wesentlicher Betriebsteil

Vorausgesetzt wird zunächst die Tätigkeit in einem Betrieb oder wesentlichen Betriebsteil. In diesem Zusammenhang ist zunächst fraglich, ob in § 7 b HwO ausschließlich die Tätigkeit in einem Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks angesprochen wird. Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht ausdrücklich. Allerdings stellt § 7 b Abs. 1 Nr. 3 HwO auf die Art der Tätigkeit des Antragstellers ab, die zumindest eine wesentliche Tätigkeit des zulassungspflichtigen Handwerks umfasst haben muss, für das die Ausübungsberechtigung beantragt wurde. Die Begründung des Entwurfs der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004 führt dazu aus, dass diesbezüglich jede Art der Tätigkeit genügt.¹⁷¹¹ Es kommt daher nicht darauf an, wie der Betrieb einzuordnen ist, in dem der Antragsteller gearbeitet hat; eine handwerksmäßige Betriebsform wird nicht vorausgesetzt. Daraus folgt, dass beispielsweise die Tätigkeit in einem Industriebetrieb, in dem auch wesentliche Tätigkeiten eines Handwerks ausgeübt werden können, anzuerkennen ist. Anderenfalls würde die Vorschrift insoweit leer laufen.¹⁷¹²

Tätigkeiten des Antragstellers in einem Betrieb eines zulassungsfreien Handwerks und eines handwerksähnlichen Gewerbes im Sinne des § 18 Abs. 2 HwO sind dagegen nicht zu berücksichtigen. Zwar können in diesen Betrieben auch Tätigkeiten ausgeführt werden, die zu dem Arbeitsgebiet eines zulassungspflichtigen Handwerks gehören. Es handelt sich aber bei den betreffenden Tätigkeiten nicht um solche, die einen wesentlichen Teilbereich im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO betreffen.¹⁷¹³

¹⁷¹⁰ Vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 Rn 30.

¹⁷¹¹ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁷¹² Vgl. Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 44.

Eine Definition der Begriffs des „wesentlichen Betriebsteils“ erfolgt weder in § 7 b HwO noch an anderer Stelle in der Handwerksordnung. Im Arbeitsrecht wird der Begriff „Betriebsteil“ in den Vorschriften des § 613 a Abs. 1 BGB und des § 4 Abs. 1 BetrVG verwendet; auch diese Vorschriften enthalten keine Definition. Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung und Literatur verstehen unter einem Betriebsteil einen räumlich oder organisatorisch abgrenzbaren unselbstständigen Teil eines Betriebes ohne selbstständigen Betriebszweck, der dem Gesamtzweck des Betriebes dient. Eine eigene betriebliche Organisation oder die Verfolgung eines eigenen Zwecks ist dagegen nicht erforderlich.¹⁷¹⁴ Betriebsteile können einzelne Betriebsabteilungen, zum Beispiel der Vertrieb eines Unternehmens sein. Wesentlich kann im Regelfall dieser Betriebsteil nur dann sein, wenn in ihm auch eine erhebliche Zahl der Arbeitnehmer beschäftigt ist, wobei auf die Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG abzustellen ist.¹⁷¹⁵ Darüber hinaus kann neben diesem quantitativen Element auch die wirtschaftliche und sonstige Bedeutung des Betriebsteils, also das qualitative Element berücksichtigt werden.¹⁷¹⁶

Zur Definition des Tatbestandsmerkmals „wesentlicher Betriebsteil“ im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 HwO sind die dargelegten Grundsätze, unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Zieles bei der Aufnahme der Norm in die Handwerksordnung, nämlich der Erleichterung der Existenzgründung durch qualifizierte Gesellen, heranzuziehen. Auch hier muss bezüglich des Betriebsteils ein gewisser Grad von organisatorischer Selbstständigkeit gefordert werden. Wesentlich ist der Betriebsteil dann, wenn er für den Gesamtzweck des Betriebes eine besondere Bedeutung hat, also nicht unwesentlich ist. Neben diesem qualitativen Element spielt das quantitative Element eine nur untergeordnete Rolle, da die Art der qualifizierten Tätigkeit des Gesellen nicht von der Zahl der Mitarbeiter in dem Betriebsteil abhängt.

Das Merkmal des „wesentlichen Betriebsteils“ wird vor allem bei Filialbetrieben von größeren Handwerksunternehmen oder deren Betriebsabteilungen anzunehmen sein.¹⁷¹⁷ Gleiches gilt, wenn der Berufsbewerber als Werkskundendiensttechniker für einen bestimmten geographischen Bereich allein zuständig ist, der auch vom Umfang der zu erledigenden Wartungsaufträge nicht unbedeutend ist.¹⁷¹⁸

¹⁷¹³ Dürr, Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk, GewArch 2007, 18-24, 19; vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 1 Rn 55.

¹⁷¹⁴ Betriebsverfassungsgesetz, neugefasst durch Bekanntmachung vom 25.9. 2001 (BGBl. I S. 2518), zuletzt geändert durch Art. 221 V v. 31.10. 2006 (BGBl. I S. 2407); vgl. BAG, Urteil v. 29.01. 1992, AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG; BAG, Urteil v. 23.09. 1999, RzK I 5 e Nr. 119; Richardi, in: Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. 11. Auflage. München 2008. § 4 BetrVG, Rn 9 ff..

¹⁷¹⁵ BAG, Urteil v. 27.08. 1990, NZA 1991, 113, 114.

¹⁷¹⁶ BAG, Urteil v. 27.06. 2002, EzBAT § 53 BAT Betriebsbedingte Kündigung Nr. 46.

¹⁷¹⁷ Vgl. Fiege, Carsten: Der Filialhandwerker in Deutschland und Europa. GewArch 2001, 409–415.

¹⁷¹⁸ VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, GewArch 2006, 168, 168; VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, AZ: 1 K 1264/05, S. 7 des Urteilsabdrucks.

1.2.2.2. Die Definition der leitenden Tätigkeit

Die Handwerksordnung selbst definiert in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 den unbestimmten Rechtsbegriff der leitenden Tätigkeit des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO: Danach ist eine leitende Tätigkeit dann anzunehmen, wenn dem Gesellen eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse in einem Betrieb oder in einem wesentlichen Betriebsteil übertragen worden sind. Doch auch der Terminus „eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse“ stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar; die Erklärung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch einen anderen dient nur scheinbar der Präzisierung und ist wenig hilfreich.¹⁷¹⁹

Abzugrenzen ist die leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b HwO von anderen Leitungsfunktionen des Handwerksrechts. Hier ist zunächst die Funktion des Betriebsleiters in einem Handwerksbetrieb gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO zu nennen, die mit der leitenden Tätigkeit des § 7 b HwO nicht deckungsgleich ist.¹⁷²⁰ Anderenfalls hätte der Gesetzgeber insoweit auf diese Regelung Bezug nehmen können.¹⁷²¹

Ebenfalls nicht deckungsgleich ist die leitende Tätigkeit mit der Definition des Betriebsverantwortlichen in § 2 Abs. 3 EU/EWR HwV. Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 EU/EWR HwV definiert den Begriff des Betriebsverantwortlichen und nennt drei Alternativen: Zum einen ist derjenige Betriebsverantwortliche, der in einem Unternehmen des entsprechenden Berufszweiges als Leiter des Unternehmens oder einer Zweigniederlassung tätig war. Die zweite Alternative betrifft die Tätigkeit als Stellvertreter des Unternehmers oder des Leiters des Unternehmens, wenn mit dieser Stellung eine Verantwortung verbunden war, die der des vertretenen Unternehmers oder Leiters entspricht. Betriebsverantwortlicher ist auch derjenige, der in leitender Stellung mit kaufmännischen oder technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für eine oder mehrere Abteilungen des Unternehmens betraut war.¹⁷²²

An dieser Stelle hätte der Gesetzgeber ansonsten die diesbezügliche Definition übernehmen können. Jedoch gehen sowohl der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen als auch der des Bundesrates von einer Tätigkeit aus, die unter dem Niveau des Betriebsverantwortlichen des § 2 Abs. 3 EU/EWR HwV angesiedelt ist.¹⁷²³

Die EU-rechtliche Definition ist, so ausdrücklich die Begründung des Gesetzentwurfes der Regierungsfractionen, „erheblich enger“ als die angestrebten Voraussetzungen für die Privi-

¹⁷¹⁹ Ebenso Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 22; vgl. auch VG Ansbach, Urteil v. 13.01. 2005, GewArch 2005, 346, 348.

¹⁷²⁰ Zur Definition des Betriebsleiters s. o. 2. Kapitel 2. Abschnitt I. 1.

¹⁷²¹ Ebenso ohne Begründung Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 359.

¹⁷²² Ausführlich dazu s. u. 6. Kapitel 4. Abschnitt I.

¹⁷²³ Ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 22; VG Ansbach, Urteil v. 13.01. 2005, GewArch 2005, 346, 348.

legierung des langjährigen Gesellen, die ansonsten weitgehend leerlaufen würde.¹⁷²⁴ Daher knüpfte der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO an das Kriterium der „herausgehobenen, verantwortlichen oder leitenden Stellung“ des Antragstellers und damit an eine Formulierung in den „Leipziger Beschlüssen“ an.¹⁷²⁵ Damit sollte klargestellt werden, dass es sich bei der Tätigkeit nicht um eine Aufgabenwahrnehmung als Betriebsverantwortlicher im Sinne des EU-Rechts handeln sollte. Der Bundesrat kritisierte diese Formulierung, weil diese nach seiner Auffassung nicht einmal zwingend eine leitende Tätigkeit des Berufsbewerbers fordert. Vielmehr wäre durch die beabsichtigte Regelung die Unternehmerqualifikation des Existenzgründers nicht gewährleistet. Mangels betriebswirtschaftlicher Kenntnisse des Betriebsinhabers bestehe ein erhöhtes Insolvenzrisiko; der gänzliche Verzicht auf den Nachweis der für die selbstständige Führung eines Betriebes notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten für Altgesellen, die einen eigenen Betrieb gründen wollten, sei nicht vertretbar.¹⁷²⁶ Der Gesetzentwurf des Bundesrates verlangte daher konsequenterweise eine „verantwortliche oder leitende Tätigkeit“ des Antragstellers.¹⁷²⁷

Im Vermittlungsausschuss wurde eine Einigung dahingehend erzielt, dass in § 7 b HwO auf das Kriterium der „leitenden Stellung“ abgestellt wird unter Beifügung einer diesbezüglichen Legaldefinition. Aus der Beschränkung auf das Kriterium der „leitenden Tätigkeit“ im Gesetzestext folgt, dass eine „herausgehobene“ oder „verantwortliche“ Tätigkeit des Gesellen nicht ausreichend ist. Zudem wird es aufgrund der heutigen Komplexität der Betriebsabläufe kaum einen Gesellen geben, dessen Tätigkeit nicht „verantwortlich“ ist.¹⁷²⁸

1.2.2.2.3. Die Aufgabenbereiche der leitenden Tätigkeit

Nicht einheitlich wird die Frage behandelt, welche Aufgabenbereiche die leitende Tätigkeit des Antragstellers umfasst haben muss. In Betracht kommen hier eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse in technisch-fachlichen und/oder in betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Aufgaben und/oder nur in organisatorischen Belangen.

Zu Recht besteht in Rechtsprechung¹⁷²⁹ und Literatur¹⁷³⁰ zunächst Einigkeit darüber, dass die leitende Tätigkeit des Antragstellers technisch-fachliche Aufgaben umfasst haben muss. Das folgt aus dem ausdrücklichen Wortlaut der Gesetzesbegründung zur Zulassung von qualifi-

¹⁷²⁴ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁷²⁵ Vgl. Bund-Länder-Ausschuss „Handwerksrecht“, BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

¹⁷²⁶ Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1481, Anlage 2, 9.

¹⁷²⁷ Vgl. Text Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 6.

¹⁷²⁸ So auch Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 359; Honig/Knorr, HwO, 4. A., § 7 b Rn 5.

¹⁷²⁹ VG Ansbach, Urteil v. 13.01. 2005, GewArch 2005, 346, 348.

¹⁷³⁰ Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 23; Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 458.

zierten Gesellen zur Handwerksausübung in gefahrgeneigten Handwerken.¹⁷³¹ Denn durch die Ausbildung und die anschließende langjährige unselbstständige Tätigkeit in dem jeweiligen Bereich soll sichergestellt werden, dass dem Gesellen die selbstständige Handwerksausübung erlaubt werden kann, ohne dass aufgrund unsachgemäßer Ausübung Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter zu befürchten sind.

Darüber hinaus verlangen das Verwaltungsgericht Ansbach, Heck und Zimmermann, dass der Altgeselle auch in betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Belangen des Betriebes mit eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet und tätig gewesen sein muss. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut beziehungsweise Kontext von § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 und Abs. 1 a Satz 1 HwO selbst.¹⁷³² Damit ist nach dieser Meinung deshalb die leitende Tätigkeit bezüglich der genannten Aufgabenbereiche zu fordern, weil in § 7 b Abs. 1 a Satz HwO, der den diesbezüglichen Kenntnisnachweis regelt, ausdrücklich auf die Berufserfahrung des Gesellen im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO in betriebswirtschaftlicher, kaufmännischer und rechtlicher Hinsicht Bezug genommen wird.

Nach Meinung der Verwaltungsgerichte Köln und Gelsenkirchen sowie von Sydow soll dagegen eine leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO keine eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse in betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Betriebsbelangen erfordern.¹⁷³³

Zur Begründung stützen sich das Verwaltungsgericht Köln und Sydow auf die Systematik des § 7 b HwO: Wenn die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse dann, wenn die Regelung des § 7 b Abs. 1 a Satz 1 HwO keine Anwendung findet, auch durch Teilnahme an Lehrgängen oder auf sonstige Weise nachgewiesen werden können, müssten die erforderlichen Kenntnisse nicht Ergebnis der Berufserfahrung sein, mithin nicht aus der leitenden Tätigkeit im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO stammen. Anderenfalls würde die Regelung in § 7 b Abs. 1 a Satz 1 HwO, wonach diese für die selbstständige Handwerksausübung erforderlichen Kenntnisse in der Regel durch die Berufserfahrung als nachgewiesen gelten, konterkariert, wenn der Berufsbewerber in diesen Betriebsbelangen auch noch zusätzlich eine leitende Tätigkeit nachweisen muss. Der in § 7 b Abs. 1 a Satz 2 HwO vorgesehene Kenntnisnachweis in diesen Bereichen durch Teilnahme an Lehrgängen oder auf sonstige Weise durch den Antragsteller in den Fällen, in denen der Nachweis nicht durch die Berufserfahrung geführt werden kann, würde dann keinen Sinn machen, da dem Antragsteller dies für seinen Antrag nicht nützen würde. In diesen Fällen würde die Zuerkennung der Ausübungsberechtigung schon an der Nichterfüllung des Merkmals „leitende Stellung“ scheitern. Die Regelung des § 7 b Abs. 1 a Satz HwO wäre faktisch

¹⁷³¹ Begründung Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29.

¹⁷³² VG Ansbach, Urteil v. 13.01. 2005, GewArch 2005, 346, 348; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 24; Zimmermann, Die „Altgesellenregelung“ nach § 7 b HwO, GewArch 2008, 334-340, 338, 339.

¹⁷³³ VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, GewArch 2006, 168; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 23.10. 2007, GewArch 2008, 81, 83; Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456-459, 458, 459.

funktionslos; dies habe der Gesetzgeber bei ihrer Verabschiedung aber nicht gewollt.

Sydow führt weiter aus, dass der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 7 b HwO, Existenzgründungen zu erleichtern und Existenzgründungsschranken nur insoweit aufrecht zu erhalten, wie dies notwendig ist, Gefahren für Leben oder Gesundheit zu vermeiden, gegen die Auslegung des Verwaltungsgerichts Ansbach spricht. Zudem habe das Verwaltungsgericht Ansbach einseitig auf die Stellungnahme des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren abgestellt, die angeblich so nicht durch den Gesetzgeber übernommen wurde: Nach dessen Willen sollten keine höheren Anforderungen an die „leitende Stellung“ verbunden werden; eine individuelle Sonderprüfung bezüglich der Kenntnisse und Fertigkeiten sollte aufgrund der langjährigen Berufserfahrung des Gesellen überflüssig sein. Im Ergebnis, so Sydow, entstehe der Eindruck, dass an den Nachweis der leitenden Stellung im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO so hohe Anforderungen gestellt werden, dass es in der Praxis faktisch kaum einem Antragsteller möglich sein dürfte, diese zu erfüllen.

Die letztgenannte Auffassung vermag allerdings nicht zu überzeugen; ihr kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist bei der Vorschrift des § 7 b HwO, wie auch bei § 8 HwO und § 7 a HwO, zu unterscheiden zwischen dem Ausnahmegrund einerseits und dem Befähigungsnachweis andererseits als Anspruchsvoraussetzungen, was das Verwaltungsgericht Köln und Sydow nicht berücksichtigen. Bezüglich des Ausnahmegrundes regelt § 7 b Abs. 1 HwO die Voraussetzungen, zu denen die Berufserfahrung des Antragstellers in qualifizierten Funktionen gehört; liegen diese vor, gilt der Ausnahmegrund kraft Gesetzes. Dass sich die leitende Tätigkeit auch auf betriebswirtschaftliche, kaufmännische und rechtliche Belange erstreckt haben muss, ergibt sich zweifelsfrei aus § 7 Abs. 1 a Satz 1 HwO: Hier wird nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift ein Zusammenhang zwischen der Berufserfahrung nach § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO, zu der auch die leitende Tätigkeit gehört, und den genannten betrieblichen Belangen hergestellt. Dadurch, dass der Antragsteller neben dem Ausnahmegrund auch den Befähigungsnachweis erbringen muss, wird § 7 Abs. 1 a HwO auch nicht konterkariert: Die Vorschrift regelt die verschiedenen Möglichkeiten zum Nachweis der Befähigung, also durch die Berufserfahrung oder durch Lehrgangsteilnahme oder auf sonstige Weise. Die Regelung bezüglich der beiden letztgenannten Beweismittel ist daher nicht überflüssig. Es ist durchaus denkbar, dass ein Berufsbewerber eine leitende Stellung im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO bekleidet hat, dadurch aber nicht vollumfänglich die erforderlichen Kenntnisse nachweisen kann. Denn durch die in der praktischen Berufsausübung erworbenen Kenntnisse wird das gesamte Spektrum der erforderlichen Kenntnisse nicht in jedem Fall abgedeckt.¹⁷³⁴

Wenn auch nach dem Willen des Gesetzgebers durch die so genannte Altgesellenregelung

¹⁷³⁴ Vgl. BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

Existenzgründungen erleichtert werden sollen, bedeutet dies keinen Verzicht auf jedwede Anspruchsvoraussetzungen: Denn nur qualifizierte Gesellen, also die, bei denen der Ausnahmegrund vorliegt und die den Befähigungsnachweis erbringen, sollen die Berechtigung zur selbstständigen Ausübung des betreffenden Handwerks erhalten. Das Kriterium der Gefahreneigtheit eines zulassungspflichtigen Handwerks zur Begründung dafür heranziehen, dass betriebswirtschaftliche, kaufmännische und rechtliche Kenntnisse nicht notwendig sind, um Gefahren für Leben oder Gesundheit Dritter zu vermeiden, ist nicht überzeugend. Der Gesetzgeber dürfte diese Kenntnisse anderenfalls nicht sowohl in der Meisterprüfung als auch im Verfahren nach § 8 HwO verlangen; der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Berufszulassung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks wäre anderenfalls verletzt.

Nicht zutreffend ist letztlich die Auffassung von Sydow, das Verwaltungsgericht Ansbach habe sich bezüglich des Kenntnismachweises einseitig auf die Stellungnahme des Bundesrates gestützt; nach dem Gesetzeswortlaut sei die Auffassung der Bundesregierung, wonach ein individueller Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 7 b HwO überflüssig sei, übernommen worden. Denn § 7 b Abs. 1 a HwO wurde erst im Vermittlungsverfahren in § 7 b HwO eingefügt.¹⁷³⁵ Das Argument von Sydow, der Gesetzgeber habe letztendlich bezüglich der leitenden Tätigkeit keine höheren Anforderungen gefordert, als dies im Regierungsentwurf vorgesehen war, geht daher fehl.

Im Ergebnis wird man vom Antragsteller verlangen müssen, dass dieser eine Tätigkeit ausgeübt hat, die einem Betriebsleiterstatus mit unternehmerähnlicher Betätigung sehr nahe kommt. Nicht nur in technisch-fachlicher Hinsicht, sondern kumulativ auch in betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Belangen des Betriebes muss daher der Altgeselle mit eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet und tätig gewesen sein.

Allein die Tatsache, dass der Geselle auf Baustellen, also vor Ort, in seiner Arbeit relativ frei ist und eigenverantwortlich technische Arbeiten erledigt, ist daher nicht ausreichend.¹⁷³⁶ Auch die Beauftragung mit schwierigen, verantwortungsvollen Tätigkeiten bedeutet nicht notwendig das Innehaben einer leitenden Stellung im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO.¹⁷³⁷ Erfüllt der Antragsteller dagegen die in § 2 Abs. 3 EU/EWR HwV genannten Anforderungen an einen Betriebsverantwortlichen, wird man stets eine leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO anzunehmen haben, da für diese die Anforderungen geringer sind.¹⁷³⁸

¹⁷³⁵ Dazu ausführlich 5. Kapitel 3. Abschnitt I 3.2.

¹⁷³⁶ Im Ergebnis Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 134; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 33; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 b Rn 6.

¹⁷³⁷ VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, AZ: 1 K 1264/05, S. 8 des Urteilsabdrucks.

¹⁷³⁸ Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 46.

1.2.2.2.4. Kriterien für die Leitungsfunktion

Wann eine leitende Stellung nach § 7 b HwO anzunehmen ist, muss sich aus einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ergeben, wobei auf das übliche Bild einer leitenden und qualifizierten Position in Relation zu dem jeweils üblichen Tätigkeitsprofil eines Gesellen des jeweiligen Handwerks abzustellen ist. Denn die Gesetzesbegründung stellt ausdrücklich auf das Erfordernis der Tätigkeit des Gesellen in „qualifizierten Funktionen“ ab,¹⁷³⁹ also auf eine Tätigkeit in unternehmerähnlicher Funktion.¹⁷⁴⁰ Bestimmte Kriterien, die den Betriebsleiter im Sinne des § 7 Abs. 1 HwO und den Betriebsverantwortlichen im Sinne des § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV kennzeichnen, können dabei, wenn auch keine Deckungsgleichheit mit der leitenden Stellung im Sinne des § 7 b HwO besteht, herangezogen werden.¹⁷⁴¹

1.2.2.2.4.1. Personalverantwortung

Ein Kriterium der Leitungsfunktion des Berufsbewerbers ist die Personalverantwortung mit Dispositionsbefugnis gegenüber Mitarbeitern des Betriebes. Dagegen ist eine reine Vorgesetztenstellung, deren ausschließlicher Zweck darin besteht, den arbeitstechnischen Ablauf bei der Ausführung von Arbeiten nach fest umrissenen Arbeitsaufträgen sicherzustellen, nicht als leitende Tätigkeit einzuordnen. Hier fehlt es an der Voraussetzung der „eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnis“, die den leitend Tätigen von anderen Gesellen unterscheidet. Denn diese Befugnis setzt voraus, dass der leitend Tätige Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflussen kann.

In diesem Zusammenhang ist die Betriebsgröße von Bedeutung, durch die die Gewichtung einer Position unterschiedlich ausfallen kann. Gerade in einem größeren Betrieb, in dem noch mehrere Hierachiestufen vorhanden sind, wird die Eigenverantwortung des Antragstellers in seiner Position eine andere sein als in einem kleinen Handwerksbetrieb.¹⁷⁴² Allerdings darf aus der Tatsache, dass in einem Betrieb mehrere Hierachiestufen bestehen, nicht stets gefolgert werden, dass ein Mitarbeiter der unteren Stufe keine leitende Tätigkeit ausüben kann. Gleiches gilt, wenn in einem Handwerksbetrieb mehrere Handwerksmeister beschäftigt werden.¹⁷⁴³

1.2.2.2.4.2. Bedeutsames Aufgabengebiet

Darüber hinaus setzt die leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b HwO voraus, dass die eigen-

¹⁷³⁹ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁷⁴⁰ Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 4, 25; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133; Zimmermann, Die „Altgesellenregelung nach § 7 b HwO“, GewArch 2008, GewArch 2008, 334–340, 337, 338.

¹⁷⁴¹ Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 73.

¹⁷⁴² Vgl. Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 359.

¹⁷⁴³ VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, GewArch 2006, 168, 169.

verantwortliche Entscheidungsbefugnis ein bedeutsames Aufgabengebiet betrifft, also nicht einen völlig untergeordneten Unternehmensbereich, der für das Unternehmen ohne maßgebliche Bedeutung ist. Denn das Gesetz verlangt in § 7 b Abs. 2 Satz 2 HwO die Tätigkeit in einem mindestens „wesentlichen Betriebsteil“.¹⁷⁴⁴ So spricht das eigenverantwortliche Erstellen von Angeboten mit Kalkulation und Änderungen von Planungen, die selbstständige Akquisition von Kunden, Abrechnung von Projekten und Bearbeitung von Reklamation oder eine eigenständige Befugnis zur Materialdisposition für eine leitende Tätigkeit des Antragstellers. Gleiches gilt, wenn die Tätigkeit des Berufsbewerbers nicht kontrolliert wird und eine abschließende Abnahme der ausgeführten Arbeiten durch ihn selbst erfolgt, der Antragsteller im Ergebnis „sein eigener Herr“ ist.¹⁷⁴⁵ Nicht ausreichend ist hingegen die Übertragung einer bedeutenden Sachverantwortung ohne nennenswerte Entscheidungskompetenz oder Entscheidungskompetenz ohne Einschluss organisatorischer Fragen.

1.2.2.2.4.3. Stellung im Betrieb

Ein Kriterium für die leitende Tätigkeit des Antragstellers kann auch seine Stellung im Betrieb sein, die ihn aus dem Kreis der sonstigen Arbeitnehmer hervorhebt. Diese kann sich insbesondere in einer Funktion des Antragstellers als Polier, Vorarbeiter, Kolonnenführer widerspiegeln. Gleiches gilt für einen Projekt- beziehungsweise Baustellenleiter oder Filial- und Niederlassungsleiter. Auch die tarifliche Eingruppierung kann ein Kriterium sein, wobei es allerdings auf eine konkrete und betriebsbezogene Betrachtung bezüglich der eigenen Verantwortlichkeit des Altgesellen in den erforderlichen Bereichen ankommt.

Bekleidet der Antragsteller im Betrieb eine Ausbilderfunktion, ist dies ebenfalls zu berücksichtigen.¹⁷⁴⁶ Bezieht sich diese Tätigkeit aber lediglich auf die den Auszubildenden zu vermittelnden technischen Fertigkeiten, stellt dies keine leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO dar.¹⁷⁴⁷

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob dann, wenn dem Antragsteller bestätigt wird, dass er „weisungsgebunden“ gearbeitet hat, dies gegen eine leitende Stellung im Betrieb spricht. Sydow führt dazu aus, dass grundsätzliche Weisungsgebundenheit nicht bedeutet, dass keine eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnisse vorliegen können. Vielmehr statuiert dies nur den Normalzustand in einem Arbeitsverhältnis und sollte im Verfahren nach § 7 b HwO nicht zu Lasten des Antragstellers gewertet werden.¹⁷⁴⁸ Bei der Beantwortung der Frage ist

¹⁷⁴⁴ So zu Recht Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 23; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 25, 26.

¹⁷⁴⁵ Vgl. VG Ansbach, Urteil v. 13.01. 2005, GewArch 2005, 346, 348; VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, GewArch 2006, 168, 169; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133.

¹⁷⁴⁶ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 31.

¹⁷⁴⁷ VG Ansbach, Urteil v. 13.01. 2005, GewArch 2005, 346, 349.

¹⁷⁴⁸ Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 459.

zu bedenken, dass dem Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer, auch wenn dieser eine leitende Stellung bekleidet, das Direktions- und Weisungsrecht zusteht; dies kennzeichnet die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Insoweit ist Sydow zuzustimmen, dass diese arbeitsrechtliche Weisungsgebundenheit gegenüber dem Betriebsinhaber oder Vorgesetzten nicht gegen eine leitende Tätigkeit des Antragstellers spricht.

Trotzdem wird man vom Antragsteller stets verlangen müssen, dass ihm vom Arbeitgeber eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse übertragen worden sind und er diese tatsächlich auch ausgeübt hat, um eine leitende Tätigkeit im Sinne des § 7 b HwO annehmen zu können. Die reine Möglichkeit, Leitungsaufgaben wahrzunehmen, ist nicht ausreichend, da die Vorschrift des § 7 b HwO in erster Linie auf die tatsächliche Berufserfahrung des Gesellen in qualifizierten Funktionen abstellt.¹⁷⁴⁹

1.2.2.2.4.4. Rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis

Eine rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis, etwa Handlungsvollmacht gemäß § 54 Abs. 1 HGB¹⁷⁵⁰ oder Prokura gemäß § 49 Abs. 1 HGB, ist als Kriterium für die Annahme einer leitenden Tätigkeit ebenfalls geeignet, da dadurch ein erheblicher Entscheidungsspielraum dokumentiert wird. Eine Grundvoraussetzung für die Annahme einer leitenden Stellung im Sinne des § 7 b HwO ist sie dagegen nicht.¹⁷⁵¹ Allerdings ist darauf zu achten, dass nicht allein rein kaufmännische Tätigkeiten durch den Antragsteller ausgeübt wurden, da diese zum Nachweis der leitenden Tätigkeit im Sinne des § 7 b HwO ungeeignet sind.

1.2.2.2.4.5. Selbstständige Tätigkeit des Antragstellers

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob Antragsteller, die bereits eine über eine leitende Tätigkeit hinausgehende selbstständige Tätigkeit ausüben oder ausgeübt haben, durch diese ihre leitende Stellung nachweisen können. Das kann zum einen Inhaber einer für mehr als vier Jahren befristeten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO betreffen.¹⁷⁵² Auch Gesellschafter einer bereits in die Handwerksrolle eingetragenen GmbH, bei der der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt, sind damit angesprochen.

Ziel des Gesetzgebers bei der Konzeption der Vorschrift des § 7 b HwO war die Besserstellung von langjährigen Gesellen und Inhabern einer entsprechenden Abschlussprüfung, die in

¹⁷⁴⁹ Im Ergebnis ebenso VG Ansbach, Urteil v. 13.01. 2005, GewArch 2005, 346, 348; a. A. ohne Begründung VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, AZ: 1 K 1264/05, S. 8 des Urteilsabdrucks.

¹⁷⁵⁰ Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1887 (RGBl. S. 219) in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 69 G v. 17.12. 2008 (BGBl. I S. 2586).

¹⁷⁵¹ Vgl. Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 28.

qualifizierten Positionen tätig sind, bei der Zulassung zur selbstständigen Handwerksausübung. Es könnte daher im Widerspruch zur Intention und Entstehungsgeschichte der Vorschrift stehen, wenn Gesellen, die bereits selbstständig tätig sind, für eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO antragsberechtigt sind. Eine selbstständige Tätigkeit ist aber, so zu Recht Kormann/Hüpers, als intensivste Form der leitenden Tätigkeit anzusehen.¹⁷⁵³ Daher kann der Geselle, der bereits vor Antragstellung gleich aus welchem Rechtsgrund selbstständig tätig ist oder war, durch diese Tätigkeit den Nachweis der leitenden Stellung im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO erbringen.

1.2.2.2.4.6. Tätigkeit in einem Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks mit strenger Meisterpräsenz

Auch ein gefahrgeneigtes Handwerk kann, wie bereits ausgeführt, Gegenstand der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO sein. Allerdings werden für diese Handwerke höhere Anforderungen an die Verfügbarkeit der mit der Betriebsleitung beauftragten Person gestellt. Der Grundsatz der „strengen Meisterpräsenz“ verlangt hier dessen ständige Anwesenheit; nur unter bestimmten Umständen ist eine doppelte Betriebsführung möglich.

Daraus folgt, dass in den Fällen, in denen der Antragsteller eine Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO für ein Gefahrenhandwerk verlangt, genau zu prüfen ist, ob eine leitende Tätigkeit im Sinne der Vorschrift vorliegt. Denn der Betriebsleiter im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO ist ja nach den dargelegten Anforderungen in der Regel stets vor Ort; für eine leitende Tätigkeit des Antragstellers dürfte daher wenig Raum sein.

1.2.2.2.4.7. Tätigkeit in einem Kleinbetrieb, im Reisegewerbe und im Nebenbetrieb

In Frage steht, ob die Voraussetzung der leitenden Tätigkeit im Sinne des § 7 b HwO auch in einem Betrieb erfüllt werden kann, der wenige oder sogar keine weitere Mitarbeiter neben dem Berufsbewerber beschäftigt. Der Gesetzgeber hat diese Frage nicht geregelt; auch die Begründung schweigt dazu. Allerdings soll ausweislich der Begründung jede Art von Tätigkeit zum Nachweis ausreichen. Daraus folgt, dass die Zahl der Mitarbeiter eines Betriebes zunächst nicht von Bedeutung ist. Allerdings muss die ausgeübte Tätigkeit des Antragstellers im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 3 HwO zusätzlich in qualifizierten Funktionen im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO erfolgt sein.

Daher ist es in Kleinbetrieben, also auch in einem Zwei-Mann-Betrieb, möglich, dass der Geselle eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse besitzt. Entscheidend ist die tatsäch-

¹⁷⁵² Die Erteilung einer für einen solch langen Zeitraum befristeten Ausnahmegewilligung dürfte aber selten sein; vgl. oben 3. Kapitel 4. Abschnitt III. 2.

liche Arbeitsteilung im Einzelfall. Eine ausreichende eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis wird allerdings aufgrund der natürlichen Gegebenheiten bei Kleinbetrieben, in denen der Meister die alleinige Leitungsbefugnis bekleidet, nur bedingt möglich sein.¹⁷⁵⁴

Auch die Tätigkeit des Antragstellers in einem einschlägigen Betrieb des Reisegewerbes im Sinne des § 55 Abs. 1 GewO, ob selbstständig oder unselbstständig, kann aus den vorgenannten Grundsätzen durchaus die Voraussetzung der leitenden Tätigkeit erfüllen, soweit diese in einer Vollzeitbeschäftigung ausgeübt wird.¹⁷⁵⁵ Dies dürfte allerdings in der Regel nicht der Fall sein.

Ebenso wird die Tätigkeit des Antragstellers in qualifizierter Funktion, die kontinuierlich zumindest eine wesentliche Tätigkeit des betreffenden zulassungspflichtigen Handwerks umfasst haben muss und nicht nur einen Randbereich, genau zu prüfen sein. Denn in der Regel werden im Reisegewerbe nur handwerklich weniger aufwändige und weniger komplizierte Tätigkeiten und Arbeiten durchgeführt, da in der Regel eine Werkstatt nicht zur Verfügung steht, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass jede vollhandwerkliche Tätigkeit im Reisegewerbe zulässig ist.¹⁷⁵⁶ Zudem wird stets zu prüfen sein, ob der Berufsbewerber die Tätigkeit im Reisegewerbe auch kontinuierlich ausgeübt hat.

Zu weitgehend ist daher die Ansicht von Sydow, die die Reisegewerbekarte grundsätzlich als geeigneten Nachweis für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 7 b HwO anerkennen will. Sydow führt aus, dass, wenn nicht im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte vorlegen würden, dass ausnahmsweise tatsächlich nur einfache Tätigkeiten im Reisegewerbe ausgeübt wurden, grundsätzlich zu unterstellen ist, dass die ausgeübte Tätigkeit zumindest eine wesentliche Tätigkeit des Handwerks umfasst hat. Eine dahingehende Auslegung würde einen vom Gesetzgeber nicht gewollten Automatismus bedeuten.¹⁷⁵⁷

Gleiches gilt für die Tätigkeit in einem unerheblichen handwerklichen Nebenbetrieb im Sinne des § 3 Abs. 1 und Abs. 2 HwO. Zwar wird diese in der Begründung des Entwurfes der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004 ausdrücklich als zum Nachweis für die Be-

¹⁷⁵³ Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 359; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 23.10. 2007, GewArch 2008, 81, 83; nicht eindeutig Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 359; kritisch Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 35.

¹⁷⁵⁴ Ebenso Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 359; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 33; vgl. dazu auch VG Ansbach, Urteil v. 13.01. 2005, GewArch 2005, 346, 349; VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, GewArch 2006, 168, 169.

¹⁷⁵⁵ Im Ergebnis Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 34; ebenso grundsätzlich Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 359; Sydow, Auslegung des § 7 der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 458; Kormann/Hüpers und Sydow stellen allerdings nicht auf eine Vollzeitbeschäftigung des Antragstellers ab.

¹⁷⁵⁶ BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.09. 2000, GewArch 2000, 480, 482; OVG NW, Beschluss v. 06.11. 2003, GewArch 2004, 32, 33; Bay. VGH, Beschluss v. 07.09. 2005, GewArch 2006, 34, 35; VG Weimar, Urteil v. 14.07. 2005, GewArch 2006, 34; Steib, Hans: Handwerk im Reisegewerbe erleichtert. GewArch 2001, 57; vgl. zu den handwerklichen Leistungen im Reisegewerbe auch Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1481, Anlage 3, 19; kritisch dazu Hüpers, Frank: Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis. GewArch 2004, 230–233. 233; für Aufhebung der Sonderrolle des Reisegewerbes bezüglich der Ausübung eines Handwerks Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 134.

rufserfahrung im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO geeignet genannt.¹⁷⁵⁸ Dies ändert aber nichts daran, dass die weiteren Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO erfüllt sein müssen. Folglich wird man auch hier vom Antragsteller sowohl eine kontinuierliche Tätigkeit als auch eine Tätigkeit in Vollzeitbeschäftigung verlangen müssen.¹⁷⁵⁹

1.2.2.2.4.8. Leitende Tätigkeit und unerlaubte Handwerksausübung

Fraglich ist, ob Tätigkeiten des Berufsbewerbers, die dieser unter Verstoß gegen die Handwerksordnung, also unerlaubt, ausgeübt hat, zum Nachweis der Berufserfahrung in qualifizierten Funktionen geeignet ist. Die Begründung des Entwurfes der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004 führt dazu aus, dass zum Nachweis jede Art von Tätigkeit, wie in allen Fällen des § 8 HwO, genügt, auch in einem unzulässigen Handwerksbetrieb.¹⁷⁶⁰ Der Gegenentwurf des Bundesrates fordert dagegen einen einzelfallbezogenen Nachweis der Befähigung des Antragstellers; demzufolge enthält der Gegenentwurf keine Aussage zur Art der zum Nachweis der Befähigung geeigneten Tätigkeit.

Grundsätzlich begegnen der Nachweismöglichkeit der Befähigung durch unerlaubte Handwerksausübung im Verfahren nach § 7 b HwO die gleichen Bedenken wie im Verfahren nach § 8 HwO.¹⁷⁶¹ Daher ist der Aussage von Kormann/Hüpers zuzustimmen, dass es widersprüchlich ist, einerseits eine illegale Betätigung durch das Gesetz verhindern zu wollen, andererseits aber gerade diese Betätigung als Praxisnachweis für die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO anerkennen zu wollen.¹⁷⁶² Der Argumentation von Sydow, die unerlaubte Tätigkeit des Antragstellers sei bereits durch das gegen den unerlaubt tätigen Betrieb verhängte Bußgeld sanktioniert worden und für eine zusätzliche Sanktionierung sei daher kein Raum,¹⁷⁶³ ist daher nur eingeschränkt zu folgen: Allenfalls kann die Tätigkeit des Gesellen zum Nachweis dann geeignet sein, wenn er in dem illegalen Betrieb in abhängiger Beschäftigung tätig gewesen ist und daher nicht in eigener Person ordnungswidrig gehandelt hat. Gleiches gilt bezüglich der Tätigkeit des Antragstellers in einem Betrieb des Reisegewerbes. Eine andere Bewertung der illegalen Tätigkeit des Antragstellers¹⁷⁶⁴ kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass es ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers bei der Integration der Berufszulassungsregelung für qualifizierte Gesellen in die Handwerksordnung war, durch Erleichterungen bezüglich Aufnahme einer legalen Handwerksausübung die Schwarzarbeit zu

¹⁷⁵⁷ Sydow, Auslegung des § 7 der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 458.

¹⁷⁵⁸ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁷⁵⁹ Vgl. zur Arbeitszeit im unerheblichen Nebenbetrieb Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 3 Rn 16 ff.

¹⁷⁶⁰ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁷⁶¹ Vgl. ausführlich oben 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.2.3.

¹⁷⁶² Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 358; ebenso Zimmermann, Die „Altgesellenregelung“ des § 7 b HwO, GewArch 2008, 334–340, 337.

¹⁷⁶³ Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 457–459, 458.

¹⁷⁶⁴ So aber Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 457–459, 458.

reduzieren.¹⁷⁶⁵ Denn eine Bevorzugung illegal tätiger gegenüber gesetzestreuen Handwerkern war nicht Ziel der Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 2004. Dies wäre aber die Folge, wenn man illegale Tätigkeiten des Antragstellers selbst zu seinen Gunsten berücksichtigt.

Hat der Antragsteller in einem Betrieb des handwerksähnlichen Gewerbes vollhandwerkliche Tätigkeiten ausgeführt, können diese, da unerlaubt, ebenfalls nicht berücksichtigt werden. Das muss auch dann gelten, wenn der Antragsteller über eine komplett eingerichtete Werkstatt verfügt und entsprechende Investitionen getätigt hat.¹⁷⁶⁶

Für dieses Ergebnis spricht auch ein entsprechender Rechtsgedanke aus dem Europäischen Recht. Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie vom 7. September 2005 definiert in Art. 3 Abs. 1 f den Begriff „Berufserfahrung“ als die tatsächliche und rechtmäßige Ausübung des betreffenden Berufs in einem Mitgliedstaat.¹⁷⁶⁷ Diese Berufserfahrung ist eines der Beweismittel im System der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen innerhalb der Europäischen Union. Auch innerhalb der Vorschrift des § 7 b HwO hat der Gedanke der Anerkennung der Berufserfahrung des qualifizierten Gesellen eine zentrale Bedeutung; insoweit sind wie im Europäischen Recht nur legale Tätigkeiten zu berücksichtigen.

1.2.3. Das Erfordernis der wesentlichen Tätigkeit eines zulassungspflichtigen Handwerks

Als weitere Voraussetzung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung fordert § 7 b Abs. 1 Nr. 3 HwO, dass die ausgeübte Tätigkeit zumindest eine wesentliche Tätigkeit des zulassungspflichtigen Handwerks umfasst haben muss, für das eine Ausübungsberechtigung vom Antragsteller begehrt wird.

Mit der Formulierung „ausgeübte Tätigkeit“ nimmt der Gesetzgeber Bezug auf die in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO geregelte Tätigkeit des Antragstellers; damit muss auch dessen leitende Tätigkeit zumindest eine wesentliche Tätigkeit des betreffenden zulassungspflichtigen Handwerks umfasst haben.

Hinsichtlich der „wesentlichen Tätigkeit“ nimmt der Gesetzgeber Bezug auf die Vorschrift des § 1 Abs. 2 HwO. Nicht das handwerksmäßige Ausüben eines zulassungspflichtigen Handwerks in seiner ganzen Breite, also vollständig im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. HwO, ist für die Erteilung einer unbeschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO

¹⁷⁶⁵ Vgl. Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 20.

¹⁷⁶⁶ A. A. Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 B Rn 27; unklar Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 134.

¹⁷⁶⁷ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. EU L 255 vom 30.09. 2005 S. 22); ausführlich dazu 6. Kapitel 1. Abschnitt I.

erforderlich. Vielmehr lässt der Gesetzgeber die Ausübung einer Tätigkeit, die für ein zulassungspflichtiges Handwerk wesentlich ist, also eine wesentliche Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. HwO, ausreichen. Abgestellt wird damit auf Berufserfahrung im „Kernbereich“ des Handwerks,¹⁷⁶⁸ also auf ein qualitatives Element. Daher kann auch eine Tätigkeit in einem Industriebetrieb, also eine nicht handwerksmäßige Tätigkeit ausreichen.

Aus dem Vorgesagten folgt, dass die Ausübung von Tätigkeiten, die für das zulassungspflichtige Handwerk nicht wesentlich im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. HwO sind, grundsätzlich nicht die Voraussetzung der Ausübung einer wesentlichen Tätigkeit des zulassungspflichtigen Handwerks im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 3 HwO erfüllen kann. Damit sind insbesondere die Tätigkeiten angesprochen, die der Gesetzgeber in der beispielhaften Negativabgrenzung in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 HwO aufführt, also die sogenannten einfachen Tätigkeiten.¹⁷⁶⁹ Ebenfalls nicht berücksichtigt werden kann, da § 7 b Abs. 1 Nr. 3 HwO auf die Ausübung einer Tätigkeit aus dem Kernbereich des zulassungspflichtigen Handwerks abstellt, die Ausübung rein kaufmännischer Tätigkeiten. Nicht ausreichend ist daher eine bloß zweijährige Berufspraxis sowie eine vierjährige leitende Tätigkeit im kaufmännischen Bereich.¹⁷⁷⁰

Allerdings verlangt der Gesetzgeber mit dem Tatbestandsmerkmal der Ausübung einer wesentlichen Tätigkeit in § 7 b Abs. 1 Nr. 3 HwO nicht, dass über den Zeitraum von sechs Jahren stets die gleiche wesentliche Tätigkeit durch den Antragsteller ausgeübt wurde. Entscheidend ist lediglich, dass es sich bei der Tätigkeit um eine wesentliche Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. HwO handelt.¹⁷⁷¹

1.3. Die Beweismittel für die Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO

Die Verwaltungsbehörde hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO beim Antragsteller vorliegen. Welche Beweismittel für den Nachweis geeignet sind, regelt die Handwerksordnung ausdrücklich nur für die leitende Stellung des Antragstellers im Sinne des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO. Für die anderen Voraussetzungen des § 7 b Abs. 1 HwO wird hingegen keine Regelung getroffen.

¹⁷⁶⁸ Ausdrücklich Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁷⁶⁹ Vgl. Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 16.

¹⁷⁷⁰ Ausdrücklich Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 358; ebenso Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungs-novelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 20.

¹⁷⁷¹ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28; Sydow, Auslegung des § 7 der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 457.

1.3.1. Der Nachweis der einschlägigen Ausbildung

Hier sind die einschlägigen Prüfungszeugnisse angesprochen, die der Antragsteller zum Nachweis vorlegen muss.

1.3.2. Der Nachweis der einschlägigen Berufserfahrung mit leitender Tätigkeit

Die Vorschrift des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO verlangt vom Antragsteller eine einschlägige Tätigkeit von insgesamt sechs Jahren, davon vier Jahre in leitender Stellung. Dabei trifft die Vorschrift in § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 Regelungen zum Nachweis der leitenden Stellung, deren Grundsätze für den Nachweis der einschlägigen Berufserfahrung insgesamt gelten.

Danach kann der Nachweis durch Arbeitszeugnisse, Stellenbeschreibungen oder in anderer Weise erbracht werden. In diesem Punkt unterscheiden sich die Regelungen zum Verfahren nach § 7 b HwO von den Regelungen zum Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO, die zu einzelnen Beweismitteln keine Aussage treffen. Durch die ausdrückliche Nennung der Beweismittel Arbeitszeugnisse und Stellenbeschreibungen wird durch den Gesetzgeber klargestellt, dass diesen im Verfahren nach § 7 b HwO eine zentrale Bedeutung zukommt, sie also zum Nachweis besonders geeignet sind.¹⁷⁷² Daraus folgt aber nicht, dass durch diese Beweismittel, wie Sydow meint, der Nachweis der einschlägigen Berufserfahrung mit leitender Tätigkeit im Regelfall geführt ist.¹⁷⁷³ Vielmehr hat der Gesetzgeber an dieser Stelle, im Gegensatz zu § 7 b Abs. 1 a HwO, auf die Verwendung der Formulierung „im Regelfall“ verzichtet.

Aufgrund der zentralen Bedeutung der Beweismittel Arbeitszeugnisse und Stellenbeschreibungen dürfen diese beim Nachweis der leitenden Tätigkeit nicht als eine leicht zu überwindende Hürde behandelt werden, da ansonsten unqualifizierten Berufsbewerbern die selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks ermöglicht würde.¹⁷⁷⁴ Zwar soll die Vorschrift des § 7 b HwO Existenzgründungen erleichtern; daraus folgt allerdings nicht, dass die Anforderungen der Vorschrift an den Antragsteller abgesenkt werden.¹⁷⁷⁵ Denn die Erleichterung der Existenzgründungen soll nur für den Kreis der qualifizierten Gesellen gelten.

Den Arbeitgebern, die Arbeitszeugnisse und Stellenbeschreibungen ausstellen, kommt in diesem Zusammenhang eine besondere Verantwortung zu. Sowohl ein Arbeitszeugnis als auch eine Stellenbeschreibung müssen der Wahrheit entsprechen; insbesondere bezüglich eines Arbeitszeugnisses gilt, dass nur Tatsachen und nicht bloße Behauptungen und Annah-

¹⁷⁷² Vgl. zu deren Rolle im Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.2.4., 4.2.5.; 4. Kapitel 3. Abschnitt I. 2.4.3.

¹⁷⁷³ Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 459.

¹⁷⁷⁴ So auch Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360.

¹⁷⁷⁵ So aber zu Unrecht Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 459.

men enthalten sein dürfen.¹⁷⁷⁶ Stets gilt, dass der Antragsteller die leitende Tätigkeit auch tatsächlich ausgeübt haben muss. Eine rein formale leitende Stellung ist dagegen nicht ausreichend.

Fraglich ist, inwieweit die Vorschrift des § 26 Abs. 1 VwVfG, wonach sich die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen der zur Ermittlung des Sachverhalts erforderlichen Beweismittel bedient, Anwendung findet. Nach Meinung von Kormann/Hüpers steht die Form des Nachweises der leitenden Stellung im Belieben des Antragstellers; die Behörde kann den Antragsteller nicht auffordern, diejenigen Beweismittel beizubringen, die sie selbst für richtig und erforderlich hält.¹⁷⁷⁷ Dieser Ansicht kann allerdings nur eingeschränkt gefolgt werden. Grundsätzlich folgt aus der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, dass die Verwaltungsbehörde an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden ist. Daher ist es beispielsweise dem Antragsteller im Verfahren nach § 8 HwO nicht erlaubt, die Art und Weise des von ihm zu führenden Nachweises unter Vorbehalt der Beweistauglichkeit frei zu wählen. Allerdings steht auch § 26 Abs. 1 VwVfG gemäß § 1 Abs. 1 letzter Halbsatz, Abs. 2 Satz 1 VwVfG unter dem Vorbehalt inhaltsgleicher oder entgegenstehender Bestimmungen anderer Rechtsvorschriften des Bundes. § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 HwO schränkt das Ermessen der Behörde nach § 26 Abs. 1 VwVfG bei der Entscheidung, welche Beweismittel sie im Einzelfall anwenden will, ein; diese hat sich somit zunächst der Beweismittel Arbeitszeugnis und Stellenbeschreibung zu bedienen.

1.3.2.1. Arbeitszeugnisse und Stellenbeschreibungen

Nicht jedes Arbeitszeugnis, das von einem Antragsteller vorgelegt wird, ist als Beweismittel geeignet. Vielmehr sind an den Inhalt des Zeugnisses bestimmte Anforderungen zu stellen, die für die Anerkennung als Beweismittel erfüllt sein müssen. Nur in diesem Fall ist das Arbeitszeugnis als alleiniges Beweismittel für den Nachweis der leitenden Stellung des Antragstellers geeignet.¹⁷⁷⁸

Bei dem zum Nachweis der leitenden Stellung geeigneten Zeugnis muss es sich nicht zwingend um ein qualifiziertes Zeugnis handeln, also um ein Zeugnis, das neben Art und Dauer der Beschäftigung auch Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis umfasst. Denn auch in einem einfachen Zeugnis beschreibt der Arbeitgeber genau die Art und Dauer der Beschäftigung des Arbeitnehmers. Die Erläuterung der Art des Beschäftigungsverhältnisses hat dabei ein Spiegelbild der vom Arbeitnehmer ausgeführten Tätigkeiten zu sein; je qualifizierter die Tätigkeit war, desto ausführlicher wird das Zeugnis ausfallen.

¹⁷⁷⁶ BAG, Urteil v. 03.03. 1993, NZA 1993, 697, 698.

¹⁷⁷⁷ Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 48.

¹⁷⁷⁸ Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 29; Zimmermann, Die „Altgesellenregelung“ des § 7 b HwO, GewArch 2008, 334–340, 338 spricht von bedingter Praxistauglichkeit der Regelung.

Zur leitenden Stellung des Antragstellers im Betrieb müssen sowohl das einfache als auch das qualifizierte Zeugnis eindeutige Aussagen treffen, also die vom Gesetz geforderten eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnisse individuell und nachvollziehbar konkretisieren. Pauschale Umschreibungen der Tätigkeit sind in keinem Fall ausreichend. Formulierungen wie „der Berufsbewerber war im Betrieb stets leitend tätig“ sind, da völlig unsubstantiiert, nicht verwertbar. Gleiches gilt, wenn der Aussteller des Zeugnisses Formulierungen des § 7 b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO, also die Definition der leitenden Tätigkeit im Gesetz, ohne zusätzliche Erläuterungen wiederholt. Vielmehr wird durch die Vorlage von Zeugnissen mit derlei Inhalt gerade in Frage gestellt, dass die Tätigkeit des Berufsbewerbers die vom Gesetz genannten Voraussetzungen erfüllt.

Kommt die Behörde zu dem Ergebnis, dass durch das vorgelegte Zeugnis der Nachweis der leitenden Tätigkeit nicht erbracht wird, ist sie gehalten, ergänzend auf andere Beweismittel zurückzugreifen. Geeignet sein kann der Arbeitsvertrag des Antragstellers, soweit dieser die leitende Tätigkeit dokumentiert. Wurden dem Antragsteller diesbezügliche Funktionen erst später während des laufenden Arbeitsverhältnisses übertragen, ist eine entsprechende schriftliche Bestätigung des Arbeitgebers vorzulegen.¹⁷⁷⁹ Diese muss dokumentieren, dass leitende Tätigkeiten auf den Antragsteller übertragen wurden.

Zweifel können bei Vorlage einer Bestätigung dann entstehen, wenn die Umstände des Einzelfalls den Verdacht einer „Gefälligkeitsbescheinigung“ nahelegen. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn ein kleinerer Handwerksbetrieb gleichzeitig mehreren Gesellen eine leitende Stellung bestätigt.¹⁷⁸⁰ Auch sind dann Zweifel angebracht, wenn der angestellte Betriebsleiter einem Gesellschafter des betreffenden Handwerksunternehmens bestätigt, dass dieser und nicht er selbst die Firma selbstständig und eigenverantwortlich geführt hat.

In diesen Fällen, wenn also begründete Zweifel am Wahrheitsgehalt der vorgelegten Bestätigung der leitenden Stellung durch den Arbeitgeber bestehen, ist diese als Beweismittel nicht geeignet und als unbeachtlich zurückzuweisen.

Durch eine Stellenbeschreibung wird eine einzelne Stelle in einem Betrieb beschrieben. Dabei wird, unabhängig von der Person, die die Stelle tatsächlich besetzt, festgelegt, welche Funktion die Stelle im Betrieb hat und wo sie eingegliedert ist. Wenn feststeht, welche Aufgaben an diesem Arbeitsplatz erledigt werden, kann daraus abgeleitet werden, welche Kompetenzen und Verantwortlichkeiten zugewiesen werden sollen. Eine aussagekräftige Stellenbeschreibung muß daher folgende Bestandteile aufweisen: Die genaue Stellenbeschreibung, den Beschäftigungsumfang, die Unterstellung und Überstellung, Vertretungsregelungen, Aufgaben und Ziele der Stelle, die Kompetenzen und den Verantwortungsbereich. Nur wenn

¹⁷⁷⁹ Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 29.

¹⁷⁸⁰ Vgl. Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360, Fn 51; dazu auch Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 34.

eine Stellenbeschreibung so genau und detailliert die Leitungsfunktion des Antragstellers dokumentiert, ist sie zum Nachweis geeignet. Darüber hinaus muss der Antragsteller eine Bestätigung des Arbeitgebers vorlegen, dass er diese Stelle auch tatsächlich bekleidet hat. Das Mittel der Stellenbeschreibung wird in der Praxis allerdings keine große Bedeutung haben, da gerade in kleineren Handwerksbetrieben aufgrund ihrer personellen Größe Stellenbeschreibungen nicht üblich sind.

Fraglich ist, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen der Antragsteller vorträgt, dass der Arbeitgeber die Ausstellung eines Zeugnisses oder einer Stellenbeschreibung verweigert. Zunächst gilt, dass ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Ausstellung einer Stellenbeschreibung nicht besteht. Dagegen hat er einen Rechtsanspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses oder auch Zwischenzeugnisses, wenn er ein solches verlangt. Dieser kann auch arbeitsgerichtlich durchgesetzt werden. Fraglich ist allerdings, ob die Behörde dies vom Antragsteller verlangen kann.¹⁷⁸¹ Dies dürfte eher zweifelhaft sein. Zudem unterliegt der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zeugniserteilung den einschlägigen tarifvertraglichen Verfalls- und Ausschlussfristen.¹⁷⁸² Findet auf das Arbeitsverhältnis kein Tarifvertrag Anwendung, verjährt der Zeugnisanspruch gemäß § 195 BGB in drei Jahren. Schließlich wird der Anspruch möglicherweise rein tatsächlich dann nicht mehr durchgesetzt werden können, wenn der Betrieb, in dem der Antragsteller beschäftigt war, nicht mehr besteht, etwa bedingt durch Insolvenz oder Betriebsstilllegung.

1.3.2.2. Andere Beweismittel

Ist der Nachweis der leitenden Stellung nicht durch Arbeitszeugnisse und Stellenbeschreibungen möglich, ist die leitende Stellung in den oben genannten Konstellationen auf sonstige Weise nachzuweisen. Für den Nachweis gelten die Regelungen des § 26 Abs. 1 VwVfG zu den Beweismitteln im Verwaltungsverfahren.

Im Verfahren nach § 7 b HwO kommen, wie bereits ausgeführt, Arbeitsverträge, aus denen sich die leitende Stellung des Berufsbewerbers ergibt, in Betracht. Arbeitsvertragliche Berufsbezeichnungen wie Kolonnenführer, Vorarbeiter, Werkpolier und Polier sind in diesem Zusammenhang zum Nachweis geeignet. Indiz kann auch eine tarifvertragliche Einstufung mit entsprechender Tarifentlohnung des Antragstellers sein, also eine bessere Bezahlung im Vergleich zu anderen Mitarbeitern des Betriebes.¹⁷⁸³

¹⁷⁸¹ Vgl. Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360.

¹⁷⁸² Vgl. BAG, Urteil v. 23.02.1983, BB 1983, 1859.

¹⁷⁸³ Vgl. Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 135; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360; VG Köln, Urteil v. 15.12.2005, AZ: 1 K 1264/05, S. 8 des Urteilsabdrucks.

Fraglich ist, ob eidesstattliche Versicherungen bezüglich der leitenden Tätigkeit des Antragstellers, seien es solche von dritten Personen als auch die des Antragstellers selbst, als Nachweismöglichkeit in Betracht kommen. Eine Legaldefinition der Versicherung an Eides Statt enthält § 27 Abs. 2 VwVfG; danach versichert der Erklärende die Richtigkeit und Vollständigkeit einer bestimmten Aussage durch die Formel „Ich versichere an Eides statt, dass ich nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nicht verschwiegen habe“.

Heck hält diese Nachweismöglichkeit im Verfahren nach § 7 b HwO dann für zulässig, wenn es sich um eidesstattliche Versicherungen Dritter handelt.¹⁷⁸⁴ Kormann/Hüpers folgen dieser Meinung, schlagen aber vor, in Anlehnung an eine entsprechende Regelung des Bundesvertriebenengesetzes, nämlich § 10 Abs. 4 Nr. 2 BVFG, stets die Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen zweier Personen zu verlangen. Dagegen soll die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers selbst, dass er eine leitende Tätigkeit ausgeübt haben will, als Beweismittel nicht geeignet sein. Denn diese diene lediglich der Glaubhaftmachung, die einen geringen Grad von Wahrscheinlichkeit vermittelt.¹⁷⁸⁵

Die vorstehende Meinung, die eidesstattliche Versicherungen zumindest teilweise für zulässig erachten, kann nicht überzeugen. Denn § 27 Abs. 1 Satz 1 VwVfG verlangt als eine der Voraussetzungen für das Verlangen und die Abnahme einer Versicherung an Eides Statt, dass die Abnahme der Versicherung über den betreffenden Gegenstand und in dem betreffenden Verfahren durch Gesetz oder Rechtsverordnung vorgesehen ist. Fehlt eine ausdrückliche Vorschrift, sind die Behörden nicht befugt, Versicherungen an Eides Statt oder Aussagen und Erklärungen unter Eid zu verlangen oder entgegenzunehmen. Die Handwerksordnung sieht aber weder in § 7 b HwO noch an anderer Stelle, im Gegensatz zum Bundesvertriebenengesetz, eine Versicherung an Eides Statt als Mittel zur Ermittlung des Sachverhalts vor. Damit ist das Verlangen und Abnahme nach einer Versicherung an Eides Statt im Verfahren nach § 7 b HwO mangels eines spezialgesetzlichen Regelungsgehalts nicht zulässig. Versichern sowohl Dritte als auch der Antragsteller ihre Erklärungen an Eides Statt, ist ihre Versicherung unbeachtlich. Die abgegebenen Erklärungen sind als einfache Aussagen anzusehen und gegebenenfalls zu verwenden.¹⁷⁸⁶ In der Praxis kommen als Dritte beispielsweise Architekten in Betracht; diese können aufgrund ihrer Fachkompetenz eine zutreffende Beurteilung der Tätigkeit des Antragstellers abgeben. Auch die Auskünfte von Kunden sind als Beweismittel geeignet, soweit diese fachkundig sind; gleiches gilt für Auskünfte von Arbeitskollegen.¹⁷⁸⁷

¹⁷⁸⁴ Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 30.

¹⁷⁸⁵ Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360.

¹⁷⁸⁶ Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 27 Rn 6, 7.

¹⁷⁸⁷ Vgl. VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, AZ: 1 K 1264/05, S. 9 des Urteilsabdrucks.

2. Die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten

Ein tragendes Prinzip der Handwerksordnung ist der Grundsatz der geprüften Qualifikation des Berufsbewerbers, der ein zulassungspflichtiges Handwerk ausüben will. Insbesondere die Meisterprüfung, durch die festzustellen ist, ob der Prüfling befähigt ist, ein zulassungspflichtiges Handwerk meisterhaft auszuüben und selbstständig zu führen sowie Lehrlinge ordnungsgemäß auszubilden, ist als Zugangsvoraussetzung hier anzuführen. Auch für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO und einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO verlangt der Gesetzgeber den Nachweis der für das zu betreibende zulassungspflichtige Handwerk notwendigen beziehungsweise erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten. Zwar weicht der Befähigungsnachweis bei den Rechtsinstituten des § 8 HwO und § 7 a HwO vom „Großen Befähigungsnachweis“, also der Meisterprüfung, in bestimmten Punkten vom Inhalt her, also quantitativ, ab. Dieses gilt zum einen für die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse, die im Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO nicht nachzuweisen sind. Zum anderen sind im Verfahren nach § 7 a HwO die betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse nicht nachzuweisen, da diese der Antragsteller bereits bei der Erlangung der Berechtigung zur Ausübung des Ausgangshandwerks nachgewiesen hat. Vom Umfang her, also qualitativ, sind vom Berufsbewerber auch im Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO aber „in etwa“ meistergleiche Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen, wobei der Unterschied beim Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung nur in dem mehr „praxisbezogenen“ Maßstab besteht. In jedem Fall muss der Berufsbewerber auch in den Verfahren nach § 8 und § 7 a HwO einzelfallbezogen die notwendigen beziehungsweise erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten, also seine Befähigung, nachweisen. Allerdings spielt dabei keine Rolle, welche Arbeiten der Antragsteller tatsächlich ausführen will, also ob er sich beispielsweise der Ausführung bestimmter schwieriger Arbeiten enthalten will.

Für das Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b steht in Frage, ob diese aufgezeigten Grundsätze auch hier zur Anwendung kommen. Dieses gilt insbesondere für den einzelfallbezogenen Nachweis der Qualifikation.

2.1. Der Inhalt und der Umfang des Befähigungsnachweises

Auch bei dem Befähigungsnachweis im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO ist zwischen dessen Inhalt und Umfang zu differenzieren.

2.1.1. Der Inhalt des Befähigungsnachweises

Während sowohl § 8 HwO als auch § 7 a HwO zu den Anforderungen an den Inhalt des Be-

fähigungsnachweises durch den Antragsteller keine Regelung treffen, enthält die Vorschrift des § 7 b HwO zumindest für einen Teilbereich eine diesbezügliche Regelung.

§ 7 b Abs. 1 a HwO trifft ausdrückliche Regelungen zum Nachweis der für die selbstständige Handwerksausübung erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse durch den Antragsteller. Daraus folgt, dass diese Kenntnisse Inhalt des Befähigungsnachweises im Verfahren nach § 7 b HwO sind.

Dagegen wird die Erforderlichkeit des Nachweises der fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse und Fertigkeiten, wie er in den Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO vom Inhalt her verlangt wird, in § 7 b HwO nicht erwähnt. Bezüglich deren Nachweis verzichtet das Gesetz an dieser Stelle auf den Gebrauch der Termini „notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten“ beziehungsweise „erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten“, die den Nachweis von Fachpraxis und -theorie vom Inhalt her bei § 8 HwO und § 7 a HwO umfassen. Man könnte daher daran denken, dass diese im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO nicht Inhalt des Befähigungsnachweises sind. Dagegen spricht aber Sinn und Zweck der Regelung des § 7 b HwO. Der Gesetzgeber geht auch bei diesem Sonderfall der Ausnahmewilligung davon aus, dass der Berufsbewerber um eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO seine Befähigung nachweisen muss. Der Entwurf der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004 führt in seiner Begründung zu § 7 b HwO aus, dass der Geselle für die selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks auf Rechtsgrundlage des § 7 b HwO die erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse nachweisen muss.¹⁷⁸⁸ Davon geht auch der Gesetzentwurf des Bundesrates zur, allerdings in § 8 HwO integrierten, Regelung für „langjährige Gesellen“ aus; der Entwurf spricht an dieser Stelle ausdrücklich von der Verpflichtung des Nachweises der „Kenntnisse und Fertigkeiten“ durch den Gesellen.¹⁷⁸⁹

Damit sind auch die Kenntnisse und Fertigkeiten des Antragstellers in Fachpraxis und Fachtheorie angesprochen, die für die im Betrieb anfallenden einschlägigen Arbeiten erforderlich sind, also die beruflich-fachliche Qualifikation. Diese sind im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO ebenfalls nachzuweisen, auch wenn sie an dieser Stelle nicht ausdrücklich erwähnt werden.¹⁷⁹⁰

Dagegen sind die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse des Antragstellers im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO, wie in den Verfahren nach § 8 HwO und § 7a HwO, nicht Inhalt des Befähigungsnachweises. Denn § 22 b Abs. 2 Nr. 2 b HwO regelt die Voraussetzungen des Nachweises der fachlichen Eignung auch für den Inhaber einer

¹⁷⁸⁸ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁷⁸⁹ Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 16.

Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO. Dieser hat die Ausbildungsbefugnis daher in einem gesonderten Verfahren zu erlangen.¹⁷⁹¹ Der Gesetzgeber hält es daher zu Recht ausdrücklich für unverhältnismäßig, einen solchen Nachweis im Verfahren nach § 7 b HwO zu verlangen.¹⁷⁹²

2.1.2. Der Umfang des Befähigungsnachweises

Nicht eindeutig ist geregelt, welchen Umfang der Befähigungsnachweis im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO im Vergleich zur Meisterprüfung hat. Im Ausnahmebewilligungsverfahren nach § 8 HwO und im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 a HwO muss der Antragsteller „in etwa“ die Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen, die ein Prüfling in der Meisterprüfung nachzuweisen hat. Dabei wird in diesen Verfahren nicht ein geringeres Maß an praktischem Können und theoretischem Wissen gegenüber der Meisterprüfung verlangt; vielmehr verlangt die Formulierung „in etwa“ einen mehr praxisorientierten Maßstab bei dem Nachweis der Befähigung.

Aus der Begründung des Entwurfes der Regierungsfractionen zur HwO-Novelle 2004 lässt sich nicht ausdrücklich entnehmen, dass beim Befähigungsnachweis im Verfahren nach § 7 b HwO in qualitativer Hinsicht Abstriche zu machen sind. Die Forderung nach dem Nachweis der „für die selbstständige Ausübung eines Handwerks erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse“ könnte vielmehr den Schluss zulassen, dass vom Antragsteller auch vom Umfang her „in etwa“ die in der Meisterprüfung verlangten Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen sind.¹⁷⁹³ An anderer Stelle wird allerdings ausgeführt, dass es bei der Zulassung des in qualifizierten Funktionen tätigen Gesellen nicht entscheidend ist, ob das Qualitätsniveau des Gesellenbetriebes in allen Einzelheiten mit dem eines Meisterbetriebes übereinstimmt. Vielmehr sei für die Zulassung zur Handwerksausübung in gefahrgeneigten Tätigkeiten ein entscheidendes Kriterium, dass durch die Komponenten Gesellenprüfung plus Berufserfahrung sichergestellt ist, dass dem Gesellen die selbstständige Handwerksausübung erlaubt werden kann, ohne dass aufgrund unsachgemäßer Ausübung Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter zu befürchten sind.¹⁷⁹⁴ Daraus folgt, dass der Antragsteller im Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO vom Umfang her nicht die Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen muss, wie sie in der Meisterprüfung verlangt werden. Allerdings

¹⁷⁹⁰ Im Ergebnis ebenso Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 353, 360; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 23.

¹⁷⁹¹ Vgl. dazu BVerfG, Kammerbeschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 73.

¹⁷⁹² Begründung Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, 28; vgl. auch Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 357; unklar diesbezüglich Stober, Anmerkung zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, 393–399, 395.

¹⁷⁹³ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28; vgl. auch Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 16.

¹⁷⁹⁴ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29; sehr kritisch dazu Stober, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, 393–399, 395.

wird man, insbesondere unter Berücksichtigung der genannten Vorstellungen des Gesetzgebers zur selbstständigen Handwerksausübung durch den Gesellen, Kenntnisse und Fertigkeiten „gleich unterhalb der Meisterqualifikation“ fordern müssen, um einer unsachgemäßen Handwerksausübung durch den Gesellenbetrieb vorzubeugen.¹⁷⁹⁵ Gerade deshalb kann Sydow, die diese Anforderungen für zu hoch hält,¹⁷⁹⁶ nicht gefolgt werden. Zudem wird der Geselle ansonsten nicht in der Lage sein, einen Handwerksbetrieb wie ein Handwerksmeister selbstständig so zu führen, dass er sich am Markt behaupten kann und nicht einem erhöhten Insolvenzrisiko ausgesetzt ist.

2.1.3. Ergebnis

Inhalt und Umfang der Befähigung, die auch im Verfahren nach § 7 b HwO nachzuweisen sind, unterscheiden sich von dem durch die Meisterprüfung zu erbringenden Befähigungsnachweis in folgenden beiden Punkten: Im Gegensatz zur Meisterprüfung muss der Antragsteller die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse für die Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO nicht nachweisen. Auch vom Umfang her besteht ein wesentlicher Unterschied zur Meisterprüfung: Die nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten nach § 7 b HwO sind gleich unterhalb der Meisterqualifikation anzusiedeln. Diesbezüglich besteht auch ein Unterschied zum Umfang des Befähigungsnachweises in den Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO, der „in etwa“ dem in der Meisterprüfung entspricht.

2.2. Die Beweismittel

Für das Ausübungsberechtigungsverfahren nach § 7 b HwO hat der Gesetzgeber teilweise Regelungen zum Befähigungsnachweis getroffen, im Gegensatz zu den Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO.

Dabei ist zwischen dem Nachweis der fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse und Fertigkeiten einerseits und dem Nachweis der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse andererseits zu unterscheiden. Zwar sah der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen an dieser Stelle zunächst keine Differenzierung vor. Durch die Regelung des § 7 b HwO sollte klargestellt werden, dass die für die selbstständige Ausübung eines Handwerks erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse sämtlich durch die langjährige Berufserfahrung als Geselle im Sinne des § 7 b Abs. 1 HwO als nachgewiesen gelten. Das Erfordernis an in herausgehobener, verantwortlicher oder leitender Stellung tätigen Altgesellen,

¹⁷⁹⁵ Vgl. Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 134.

¹⁷⁹⁶ Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 457; im Ergebnis auch Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 35.

die erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse in einem Ausnahmbewilligungsverfahren nach § 8 HwO nachzuweisen, sei nicht mehr sachgerecht.¹⁷⁹⁷

Der Entwurf des Bundesrates forderte dagegen eine Ausgestaltung der Altgesellenregelung als besonderen Ausnahmetatbestand im Sinne des § 8 HwO und eine Einfügung in § 8 Abs. 1 HwO.¹⁷⁹⁸ Damit wäre, wie in den Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO, auch in jedem Verfahren auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO, also einzelfallbezogen, das Verlangen nach einem Befähigungsnachweis durch den Antragsteller zulässig gewesen. Die Auffassung des Bundesrates wurde von der Bundesregierung aber nicht geteilt. Es sollte dem Existenzgründer selbst überlassen bleiben, in welchem Umfang und wie er seine unternehmerische Qualifikation stärken möchte.¹⁷⁹⁹

Im Ergebnis konnte sich der Bundesrat mit seiner Forderung nach einem einzelfallbezogenen Befähigungsnachweis nur insoweit durchsetzen, als im Vermittlungsverfahren zum Nachweis der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse eine gesonderte Regelung als § 7 b Abs. 1 a HwO aufgenommen wurde. Ein genereller einzelfallbezogener Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten wird, im Gegensatz zur Ausnahmbewilligung nach § 8 HwO und zur Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO, als Voraussetzung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO nicht verlangt.¹⁸⁰⁰

2.2.1. Die Beweismittel für die Kenntnisse und Fertigkeiten in Fachpraxis und –theorie

Die fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse und Fertigkeiten sind dann durch den Antragsteller nachgewiesen, wenn dieser als Geselle sechs Jahre einschlägig tätig gewesen ist, davon vier Jahre in leitender Stellung. Damit wird auf die beiden Komponenten Gesellenprüfung plus Berufserfahrung für den Nachweis der beruflich-fachlichen Qualifikation abgestellt. Eine Überprüfung der Befähigung im Einzelfall findet, wie bereits ausgeführt, damit nicht statt; es handelt sich vielmehr um eine gesetzliche Fiktion des Vorhandenseins der fachpraktischen und fachtheoretischen Kenntnisse und Fertigkeiten bei dem Antragsteller.¹⁸⁰¹ Dies bedeutet im Ergebnis eine Abkehr von den „Leipziger Beschlüssen“, die Erleichterungen für den Personenkreis der langjährigen Gesellen nur bezüglich des Ausnahmefalls, nicht aber hinsichtlich des Befähigungsnachweises vorsahen; weiterhin war ein einzel-

¹⁷⁹⁷ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28; ablehnend Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 15/1481, Anlage 2, 9.

¹⁷⁹⁸ Vgl. Text Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 6.

¹⁷⁹⁹ Regierungsentwurf HwO-Novelle 2004, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache 15/1481, Anlage 3, 16.

¹⁸⁰⁰ Vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 b Rn 7; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 49; vgl. auch Erklärung von Staatsminister Huber zu Punkt 64 a) und b) der Tagesordnung, Protokoll des Bundesrates, 795. Sitzung, 19.12. 2003, 518.

¹⁸⁰¹ Vgl. Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 23; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360.

fallbezogener Befähigungsnachweis durch den Antragsteller zu erbringen.¹⁸⁰²

Zudem soll selbst dann durch die Berufserfahrung die Befähigung für das zu betreibende zulassungspflichtige Handwerk in seiner gesamten Breite nachgewiesen werden, wenn der Antragsteller das betreffende Handwerk gar nicht in seiner gesamten Breite als Geselle ausgeübt hat. Das ergibt sich aus § 7 b Abs. 1 Nr. 3 HwO, der als Anspruchsvoraussetzung lediglich verlangt, dass die durch den Antragsteller ausgeübte Tätigkeit zumindest eine wesentliche Tätigkeit des betreffenden zulassungspflichtigen Handwerks umfasst haben muss, also „im „Kernbereich“ des Handwerks.“¹⁸⁰³

Hat die Verwaltungsbehörde begründete Zweifel an der Befähigung des Antragstellers hinsichtlich seiner fachpraktischen oder fachtheoretischen Kenntnisse und Fertigkeiten, sind diese nach dem Gesetz unbeachtlich. Selbst wenn der Berufsbewerber unmittelbar vor Antragstellung in den Teilen I und II der Meisterprüfung versagt hat, kann die Behörde den Antrag auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO deshalb nicht ablehnen.¹⁸⁰⁴ Obwohl mit dem Prüfungsversagen das Nichtvorhandensein der Befähigung in der Regel feststeht, kann, im Gegensatz zum Verfahren nach § 8 HwO, der Befähigungsnachweis allein durch die Berufstätigkeit geführt werden.

Diese Regelung zum Befähigungsnachweis, der eine Privilegierung des Personenkreises der Altgesellen darstellt, ist eine Durchbrechung des Prinzips der geprüften Qualifikation bei der Berufszulassung, das sowohl für die Meisterprüfung als auch für die Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO und die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO in der Handwerksordnung gilt. Ein „echter Nachweis“ der Kenntnisse und Fertigkeiten findet nicht statt, obwohl der Gesetzgeber es verfassungsrechtlich für geboten und gerechtfertigt hält, insbesondere für die gefahrgeneigten Handwerke als Berufszugangsvoraussetzung die Ablegung der Meisterprüfung zu verlangen, um Gesundheit und Leben Dritter zu schützen, und auch in Ausnahmefällen nach § 8 HwO den Befähigungsnachweis einzelfallbezogen verlangt.¹⁸⁰⁵ Gleiches gilt für die bereits eingetragenen Handwerker, die bereits eine Meisterprüfung abgelegt haben und eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO beantragen, um ein anderes Handwerk zusätzlich auszuüben. Zwar bedeutet diese Regelung eine Privilegierung der bereits

¹⁸⁰² Bund-Länder-Ausschuss Handwerksrecht, BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000, GewArch 2001, 123–125, 125.

¹⁸⁰³ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 361; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133.

¹⁸⁰⁴ Zu Recht kritisch Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 50.

¹⁸⁰⁵ Zu Recht zur geltenden Fassung des § 7 b HwO sehr kritisch Erklärung von Staatsminister Huber zu Punkt 64 a) und b) der Tagesordnung, Protokoll des Bundesrates, 795. Sitzung, 19.12. 2003, 518; ebenso Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410; Stober, Anmerkung zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, 393–399, 395; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 361.

eingetragenen Handwerker; allerdings wird hier auf den Befähigungsnachweis im Einzelfall nicht verzichtet, sondern der Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung wird durch eine besondere Art des Nachweises der Befähigung ersetzt. Dem Verzicht auf einen einzelfallbezogenen Befähigungsnachweis und dessen Ersetzen durch die Komponente der „kaum objektivierbaren“ Berufserfahrung¹⁸⁰⁶, wie Müller diese zu Recht bezeichnet, begegnen daher erhebliche Bedenken - nicht zuletzt auch unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der Gleichbehandlung. Letztlich ist es sehr zweifelhaft, ob die Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO geeignet ist, die Schutzzwecke der Handwerksordnung, nämlich Gefahrenabwehr und Ausbildungssicherung, zu erreichen.¹⁸⁰⁷

Das Bundesverwaltungsgericht hat zum Nachweis der Befähigung durch Berufserfahrung im Ausnahmbewilligungsverfahren nach § 8 HwO festgestellt, dass ein Berufsbewerber durch die in der praktischen Berufsausübung erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten in der Regel nicht das gesamte prüfungsrelevante Spektrum abdeckt, das in der §§ 4, 5 AMVO und in dem einschlägigen Meisterprüfungsberufsbild vorgegeben ist.¹⁸⁰⁸ Warum der Gesetzgeber die für das Verfahren nach § 8 HwO diesbezüglich geltenden Grundsätze nicht für den Befähigungsnachweis durch Gesellen in qualifizierten Funktionen im Rahmen des § 7 b HwO gelten lassen will, ist nicht nachvollziehbar. Es ist nicht entscheidend, so die Argumentation in der Begründung des Entwurfes der Regierungsfractionen zur Qualifikation des Gesellen, ob das Qualitätsniveau des Gesellenbetriebes in allen Einzelheiten mit dem eines Meisterbetriebes übereinstimmt. Entscheidendes Kriterium für die Zulassung zur Handwerksausübung in gefahrgeneigten Tätigkeiten sei vielmehr, dass durch die Komponenten Gesellenprüfung plus Berufserfahrung sichergestellt ist, dass dem Gesellen die selbstständige Handwerksausübung erlaubt werden kann, ohne dass aufgrund unsachgemäßer Ausübung Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter zu befürchten ist.¹⁸⁰⁹ Warum aber ein Qualitätsdefizit des Gesellenbetriebes gegenüber dem Meisterbetrieb, dessen Vorhandensein der Gesetzgeber mit seiner diesbezüglichen Anmerkung einräumt, gleichzeitig dem Schutz von Gesundheit und Leben Dritter dienen soll, ist ein nicht lösbarer Widerspruch in sich.¹⁸¹⁰

2.2.2. Die Beweismittel für den Nachweis der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse

Diesbezüglich trifft § 7 b HwO, im Gegensatz zu § 8 HwO und § 7 a HwO, eine Regelung,

¹⁸⁰⁶ Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410.

¹⁸⁰⁷ Kormann, Joachim. Hüpers, Frank: Zur Abgrenzung des Vollhandwerks. Band II: Ein Programm. München 2007. 69; a. A. Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 4, 5.,

¹⁸⁰⁸ BVerwG, Urteil v. 29.08. 2001, GewArch 2001, 479, 481.

¹⁸⁰⁹ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29.

¹⁸¹⁰ Vgl. dazu Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133.

welche Beweismittel geeignet sind. Gemäß § 7 b Abs. 1 a Satz 1 HwO gelten die genannten Kenntnisse in der Regel durch die Berufserfahrung nach § 7 b Abs. 1 Nr. 2 HwO als nachgewiesen. Nur soweit dies nicht der Fall ist, sind die erforderlichen Kenntnisse durch Teilnahme an Lehrgängen oder auf sonstige Weise nachzuweisen, § 7 b Abs. 1 a Satz 2 HwO.

An dieser Stelle wird in erster Linie auf die Berufserfahrung als Beweismittel zum Nachweis der genannten Kenntnisse abgestellt. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob es sich bei der Regelung des § 7 b Abs. 1 a Satz 1 HwO um eine gesetzliche Fiktion oder eine widerlegbare Vermutung handelt.

Eine Fiktion würde bedeuten, dass das Vorhandensein betriebswirtschaftlicher, kaufmännischer und rechtlicher Kenntnisse beim Antragsteller angenommen wird mit der Folge, dass der Verwaltungsbehörde insoweit eine Prüfungskompetenz nicht zusteht. Für eine den Antragsteller betreffende entsprechende Nachweispflicht betreffend das Vorhandensein der genannten Kenntnisse wäre daher kein Raum. Dagegen könnte, wenn man eine widerlegbare Vermutung annimmt, den Antragsteller ausnahmsweise eine diesbezügliche Nachweispflicht treffen.

Für die letztgenannte Alternative spricht zum einen, dass § 7 b Abs. 1 a Satz 2 HwO den Kenntnissnachweis durch die Teilnahme an Lehrgängen oder auf sonstige Weise für den Fall verlangt, dass dem Antragsteller der Nachweis durch Berufserfahrung nicht gelingt. Diese Regelung wäre überflüssig, wenn eine gesetzliche Fiktion Platz greifen würde.¹⁸¹¹ Zum anderen hätte der Gesetzgeber die Formulierung „in der Regel“ nicht in § 7 b Abs. 1 a Satz 1 HwO gebraucht, wenn der Befähigungsnachweis für die allgemeinthoretischen Kenntnisse in jedem Fall durch die Berufserfahrung des Antragstellers fingiert würde.

Im Ergebnis handelt es sich daher bei der Regelung zum Nachweis der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse durch die Berufserfahrung um eine widerlegbare gesetzliche Vermutung und nicht um eine gesetzliche Fiktion.¹⁸¹²

2.2.2.1. Der Nachweis durch die Berufserfahrung

In der Regel, so ausdrücklich § 7 b Abs. 1 a Satz 1 HwO, wird der Nachweis der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse durch die Berufserfahrung im Sinne des § 7 b Abs. 1 HwO geführt. Damit liegt der Vorschrift das Regel-Ausnahme-

¹⁸¹¹ Vgl. Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133.

¹⁸¹² Ebenso Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412, 410; Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 21; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 133; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360; Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 458, a. A. ohne Begründung VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, GewArch 2006, 168.

Prinzip zugrunde, womit die Kenntnisse als vorhanden zu unterstellen sind. Hat die Verwaltungsbehörde keine Zweifel an der Befähigung, darf sie vom Antragsteller keinen über die Berufserfahrung hinausgehenden weiteren Nachweis verlangen.

2.2.2.2. Der ausnahmsweise zu erbringende Nachweis

Für die Fälle, in denen die geforderten Kenntnisse nicht durch die Berufserfahrung nachgewiesen sind, gilt die Regelung des § 7 b Abs. 1 a Satz 2 HwO. Danach sind die erforderlichen Kenntnisse durch Teilnahme an Lehrgängen oder auf sonstige Weise nachzuweisen. Allerdings ist in diesen Fällen Voraussetzung, dass die Behörde im Einzelfall aus konkreten Anhaltspunkten zur Überzeugung gekommen ist, dass die erforderlichen kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse beim Antragsteller nicht vorhanden sind.¹⁸¹³

Bei der Voraussetzung „Teilnahme an Lehrgängen“ greift der Gesetzgeber an dieser Stelle auf ein Beweismittel zurück, das auch in den Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO eine Rolle spielt.¹⁸¹⁴ Allerdings wird die Teilnahme des Antragstellers an einschlägigen Lehrgängen in diesen Verfahren nur dann als Beweismittel anerkannt, wenn diese mit einer Prüfung abschließen. Reine Teilnehmerbescheinigungen sind zumindest als alleiniger Kenntnissnachweis ungeeignet, da diese nichts über die Befähigung des Teilnehmers aussagen.¹⁸¹⁵

Denkbar ist, dass auch im Verfahren nach § 7 b HwO nur dann die Teilnahme an einschlägigen Lehrgängen zum Nachweis der erforderlichen Kenntnisse geeignet ist, wenn diese mit einer Prüfung abschließen. Gegen diese Annahme spricht aber der ausdrückliche Wortlaut der Vorschrift des § 7 b Abs. 1 a Satz 2 HwO, nach dem nicht mehr als die Teilnahme verlangt werden kann. Selbst dann, wenn der Antragsteller einen einschlägigen Lehrgang besucht hat und anschließend in Teil III der Meisterprüfung versagt hat, ist die Teilnahme an dem Lehrgang somit als Beweismittel anzuerkennen, obwohl durch das Nichtbestehen das Fehlen der erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse indiziert wird.¹⁸¹⁶

Als einschlägiger Lehrgang kommt beispielsweise der Besuch eines Meistervorbereitungslehrgangs, der den Teil III der Meisterprüfung umfasst, in Betracht. Die Teilnahme an einem Existenzgründerseminar dagegen dürfte, da in der Regel vom zeitlichen Umfang her sehr begrenzt, die erforderlichen Kenntnisse nicht vermitteln und ist daher als Beweismittel nicht geeignet.

¹⁸¹³ So auch Sydow, Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung, GewArch 2005, 456–459, 458.

¹⁸¹⁴ Die Teilnahme an Lehrgängen ist allerdings keine zwingende Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO und § 7 a HwO.

¹⁸¹⁵ Vgl. Nds. OVG, Urteil v. 17.02. 1988, AZ: 8 OVG A 15/87, S. 8, 9 des Urteilsabdrucks.

¹⁸¹⁶ So auch Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360.

Für den Nachweis auf sonstige Weise kommen alle Beweismittel in Betracht, die für den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse geeignet sind. Insoweit gelten die zum Nachweis der Befähigung im Verfahren nach § 8 HwO dargelegten Grundsätze. Geeignet sind beispielsweise Bekundungen Dritter, soweit diese Personen aufgrund ihrer fachlichen Qualifikation in der Lage sind, die Kenntnisse des Antragstellers zu beurteilen.

2.3. Das endgültige Versagen des Antragstellers in der Meisterprüfung

Nicht einheitlich wird die Frage behandelt, ob der Antragsteller, der endgültig in der Meisterprüfung versagt hat, eine Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO erhalten kann. Kormann/Hüpers verneinen eine diesbezügliche Sperrwirkung und stützen ihre Meinung auf drei Argumente: Zum einen stelle der Gesetzgeber in § 7 b HwO, anders als in § 8 Abs. 1 HwO, nicht auf die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung für den Antragsteller ab. Zum anderen habe der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO klargestellt, dass das endgültige Nichtbestehen der Meisterprüfung der Erteilung der Ausnahmebewilligung nicht im Wege stehen könne. Letztendlich sei es materiell-rechtlich im Verfahren nach § 7 b HwO unbeachtlich, ob der Antragsteller durch das endgültige Versagen in der Meisterprüfung seine fachliche Nichteignung unter Beweis gestellt habe, da hier ein Befähigungsnachweis nicht zu erbringen sei.¹⁸¹⁷ Nach der Gegenansicht kann der Antragsteller in diesen Fällen § 7 b HwO für sich nicht mehr in Anspruch nehmen.¹⁸¹⁸

Der letztzitierten Meinung ist zu folgen, weil die Argumente von Kormann/Hüpers nicht zutreffend sind. Zunächst ist die Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO ein Sonderfall einer Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO, so der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers.¹⁸¹⁹ Der Ausnahmefall, also die Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung, wird hier lediglich kraft Gesetzes angenommen. Damit stellt § 7 b HwO wie § 8 HwO auf die Unzumutbarkeit ab. Auch steht das endgültige Versagen in der Meisterprüfung der Annahme eines Ausnahmefalls im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO weiterhin entgegen, soweit der Antragsteller für das Handwerk, in dessen Meisterprüfung er endgültig versagt hat, eine Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO begehrt.¹⁸²⁰ Und auch im Verfahren nach § 7 b HwO ist ein Befähigungsnachweis zu erbringen, wenn auch dieser nicht einzelfallbezogen erfolgt.

Daher steht das endgültige Versagen des Antragstellers in der Meisterprüfung des Handwerks, für das eine Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO begehrt wird, ihrer Erteilung entgegen.

¹⁸¹⁷ Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 50; im Ergebnis auch Detterbeck, HwO, 4. A., § 7 b Rn 30.

¹⁸¹⁸ Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129–142, 135; Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 37.

¹⁸¹⁹ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 27.

¹⁸²⁰ S. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt II. 4.2.9.

3. Keine weiteren Voraussetzungen

Weder die Handwerksordnung noch andere Gesetze verlangen das Vorliegen weiterer Voraussetzungen für die Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 8 HwO verwiesen werden.¹⁸²¹

II. Keine beschränkte Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO

Die Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO kann auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten eines Handwerks beschränkt werden, § 8 Abs. 2 HwO. Gleiches gilt für die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO, wie sich aus § 7 a HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 2 HwO ergibt.

Dagegen ist die Erteilung einer auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO im Gesetz nicht geregelt. Es handelt sich dabei nicht etwa um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Dieser stellt bei der Erteilung der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO auf die Berufserfahrung „im Kernbereich“ des Gewerbes ab. Als Folge, so ausdrücklich der Gesetzgeber, wird eine „Teilausübungsberechtigung“ nicht vorgesehen;¹⁸²² ein Verweis auf § 8 Abs. 2 HwO fehlt daher. Die Meinung von Kormann/Hüpers, die zumindest dann Raum für eine beschränkte Ausübungsberechtigung sehen, wenn der Berufsbewerber diese, etwa aus Kostengründen, beantragt, kann nicht überzeugen.¹⁸²³ Denn nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Erteilung einer beschränkten Ausübungsberechtigung ausgeschlossen; insoweit entfaltet § 7 b HwO eine diesbezügliche Sperrwirkung. Für eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 8 Abs. 2 HwO ist mangels einer Regelungslücke kein Raum.

Gleichwohl wäre es systemkonform gewesen, die Möglichkeit der Erteilung einer auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkten Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO in das Gesetz aufzunehmen. Dies hätte zum einen der Grundsatz der geprüften Qualifikation und zum anderen auch der Gleichheitsgrundsatz geboten.¹⁸²⁴ So muss der mit einem zulassungspflichtigen Handwerk eingetragene Handwerksmeister, der eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO beantragt, die Kenntnisse und Fertigkeiten in Fachpraxis und Fachtheorie in ihrer gesamten Breite nachweisen. Anderenfalls kann die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 a HwO beschränkt werden. Der Berufsbewerber um eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO hingegen, der seinen Befähigungsnachweis für Fachpraxis und Fachtheorie durch seine Berufserfahrung nachweist, muss diese nur in einem Kernbereich des zu

¹⁸²¹ S. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt III.

¹⁸²² Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁸²³ Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 361.

betreibenden Handwerks ausgeübt haben, also nur in einem Teilbereich. Gleichwohl wird durch diese Tätigkeit der Befähigungsnachweis für das entsprechende Handwerk in seiner ganzen Breite fingiert, obwohl feststeht, dass der Antragsteller keine vollumfänglichen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt, sondern nur in einem Kernbereich des betreffenden Handwerks. Auch demjenigen, der mit einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 2 HwO in die Handwerksrolle eingetragen ist, kann es nicht verwehrt werden, auf § 7 b HwO „umzusatteln“, um das betreffende Handwerk in seiner gesamten Breite zu betreiben. Bedenklich ist, dass sogar in den Fällen, in denen zwei Handwerke zu einem Handwerk zusammgelegt wurden wie beispielsweise bei dem Gewerbe des Installateurs und Heizungsbauers, die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO nicht beschränkt werden kann. Das führt zu dem Ergebnis, dass ein Handwerker, der stets nur in einem dieser Handwerke tätig war, eine Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b für das neue Handwerk in seiner gesamten Breite erhält, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Von einer durch qualifizierte Tätigkeiten erworbenen Befähigung des Berufsbewerbers, wie sie der Gesetzgeber selbst fordert,¹⁸²⁵ kann hier nicht mehr gesprochen werden.

4. Abschnitt: Keine Nebenbestimmungen

Die Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO kann auch nicht unter Nebenbestimmungen, also unter Auflagen, Bedingungen oder befristet erteilt werden. Auch hier fehlt der Verweis auf § 8 Abs. 2 HwO. Zur Begründung bezieht sich der Gesetzgeber auf die Berufserfahrung des Antragstellers „im Kernbereich“ des Handwerks; ausdrücklich wird eine Befristung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO ausgeschlossen.¹⁸²⁶ Zwar regelt die Vorschrift des § 36 VwVfG die Voraussetzungen, nach denen sowohl ein gebundener als auch ein im Ermessen der Behörde stehender Verwaltungsakt mit einer Nebenbestimmung versehen werden darf. Allerdings gilt dies nur vorbehaltlich entgegenstehender Regelungen in anderen Vorschriften des Bundes. Auch hier entfaltet § 7 b HwO im Ergebnis eine Sperrwirkung.

¹⁸²⁴ Vgl. Heck, in: Schwannecke, HwO, § 7 b Rn 13; Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 361.

¹⁸²⁵ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

¹⁸²⁶ Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 28.

5. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung

Für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde im Ausübungsberechtigungsverfahren gelten, im Vergleich zu den Verfahren nach § 8 HwO und § 7 a HwO, keinen Besonderheiten.

Auf die Erteilung der Ausübungsberechtigung gemäß § 7 b HwO hat der Antragsteller einen Rechtsanspruch, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Eine diesbezügliche Regelung trifft § 7 b Abs. 2 Satz 1 HwO, wonach die Ausübungsberechtigung „erteilt wird“.

Bei der Entscheidung der Behörde steht dieser kein Beurteilungsspielraum zu. Daraus folgt, dass die Entscheidung durch die Gerichte vollumfänglich überprüfbar ist.

Die materielle Beweislast für die Voraussetzungen des § 7 b HwO trägt der Antragsteller. Wenn also der Nachweis misslingt, geht das zu seinen Lasten.¹⁸²⁷

6. Abschnitt: Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO

Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung der Ausübungsberechtigung nach § 7 b HwO richtet sich nach den im Ausnahmbewilligungsverfahren nach § 8 HwO geltenden Grundsätzen. Dies stellt das Gesetz durch die Verweisung in § 7 b Abs. 2 Satz 2 HwO auf § 8 Abs. 4 HwO ausdrücklich klar. Damit kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zu § 8 HwO verwiesen werden.¹⁸²⁸

¹⁸²⁷ Vgl. Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, 353–383, 404–408, 360; VG Köln, Urteil v. 15.12. 2005, AZ: 1264/05, S. 7 des Urteilsabdrucks.

¹⁸²⁸ Vgl. 3. Kapitel 6. Abschnitt.

6. Kapitel: Die Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO

Grundsätzlich genießen Ausländer im Geltungsbereich der Handwerksordnung keine Sonderstellung. Auch sie bedürfen für die selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks wie jeder Inländer einer Eintragung in die Handwerksrolle.¹⁸²⁹

Allerdings haben Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums sowie der Schweizer Eidgenossenschaft, im Gegensatz zu anderen Ausländern, bezüglich der materiellen Voraussetzungen für die Zulassung zur selbstständigen Handwerksausübung einen Sonderstatus inne.¹⁸³⁰

1. Abschnitt: Europäisches Recht und deutsches Handwerksrecht

Für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung an Bürger der Europäischen Union, der Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums sowie der Schweizer Eidgenossenschaft sind nicht allein nationale gesetzliche Regelungen maßgeblich, vielmehr wirken Vorschriften des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts auf diese ein.

I. Das europäische Recht

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft setzt der europäischen Staatengemeinschaft in Art. 2 EGV das Ziel der Errichtung eines „Gemeinsamen Marktes“, also die gemeinschaftsrechtliche Regelung der Grundbedingungen für das Marktgeschehen. Gewährleistet werden soll durch entsprechende Regeln insbesondere die Freiheit des Warenverkehrs, die Freizügigkeit der Niederlassung und des Dienst- und Kapitalverkehrs, insbesondere also die Personenverkehrsfreiheit für Angehörige der Mitgliedstaaten. Art. 12 Satz 1 EGV verbietet jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.¹⁸³¹

Das Recht auf freie Niederlassung ist in Art. 43 EGV geregelt. Nach Art. 43 Satz 1 EGV ist hierdurch die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen geschützt. Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, die in Art. 49 Satz 1 EGV geregelt ist, ergänzt die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung in Bezug auf Tätigkeiten, die ohne Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht werden. Der Anwendungs-

¹⁸²⁹ Vgl. VG Frankfurt a. M., Urteil v. 11.01. 1980, THwE, 245; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 1; Detterbeck, HwO, 4. A., § 9 Rn 10.

¹⁸³⁰ Vgl. Bay. VGH, Beschluss v. 16.07. 2002, GewArch 2002, 431, 432.

¹⁸³¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 07. Februar 1992 (ABl. EG C 340 S. 1, ber. BGBl. 1999 II S. 416), zuletzt geändert durch EU-Beitrittsakte 2005 v. 25.04. 2005 (ABl. EG Nr. L 157 S. 11); der Vertrag ist in seiner ursprünglichen Fassung am 01.01. 1958 in Kraft getreten gemäß Bekanntmachung v. 27.12. 1957 (BGBl. 1958 II S. 1).

bereich der Dienstleistungsfreiheit umfasst in sachlicher Hinsicht nach der Vorschrift nach Art. 50 Satz 2 c EGV ausdrücklich auch handwerkliche Tätigkeiten.¹⁸³²

Zu diesen Grundbedingungen steht die Reglementierung von Berufen in den Mitgliedstaaten in einem Spannungsverhältnis. Unter einem reglementierten Beruf versteht man hier Berufe, deren Aufnahme und Ausübung der nationale Gesetzgeber mittels Gesetzen oder Verwaltungsvorschriften vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig macht, also von bestimmten Qualifikationen.¹⁸³³ Der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit des Europarechts stehen diese nationalen Regelungen nicht entgegen. Denn jeder Mitgliedstaat hat die Kompetenz, Regelungen zum Berufsrecht, auf die zum Schutze des Verbrauchers und zur Gefahrenabwehr nicht verzichtet werden kann und die daher von allen Leistungserbringern im Inland zu beachten sind, zu erlassen. Allerdings müssen diese mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen; die Grundfreiheiten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit müssen beachtet werden. Damit sind sowohl die nationalen materiellen Voraussetzungen für die Aufnahme der Tätigkeit als auch die nationalen Verfahrensanforderungen angesprochen.¹⁸³⁴ Diese Grundsätze gelten auch für das deutsche Handwerksrecht; die Handwerksordnung muß sowohl dem primären als auch dem sekundären Europäischen Gemeinschaftsrecht entsprechen.¹⁸³⁵

Im Bereich des Handwerks besteht in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine unterschiedliche Regelungsintensität. Während in Deutschland die selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks an das Vorliegen einer bestimmten Qualifikation, in der Regel die Meisterprüfung, geknüpft wird, wird in anderen Mitgliedstaaten eine solche Qualifikation nicht verlangt.¹⁸³⁶ Zudem entsprechen sich die Berufsbilder bestimmter Berufe in den Mitgliedstaaten teilweise nicht, was die Beurteilung der Vergleichbarkeit nicht vereinfacht. Die effektive Ausübung der Personenverkehrsfreiheiten wird dadurch insgesamt erschwert.

¹⁸³² Vgl. auch Früh, Gudrun: Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?. *GewArch* 1998, 402–406. 403; Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1995–2001, *NVwZ* 2003, 164–172, 165; zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit s. u. 7. Kapitel I. Abschnitt III.

¹⁸³³ Vgl. EuGH, Urteil „Aranitis“ v. 01.02. 1996, *Slg.* 1996, S. I–135 Rn 18; Stork, in: Schwannecke, *HwO*, § 9 Rn 7.

¹⁸³⁴ EuGH, Urteil v. 29.10. 1998, *GewArch* 1999, 107; EuGH, Urteil v. 03.10. 2000, *GewArch* 2000, 476; ebenso Nds. OVG, Beschluss v. 24.11. 1998, *GewArch* 1999, 79, 80; LG Stuttgart, Beschluss v. 10.05. 1996, *GewArch* 1997, 298, 299.

¹⁸³⁵ Vgl. Leisner, Walter: Handwerksrecht und Europarecht. *GewArch* 1998, 445–453. 445. Früh, Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?, *GewArch* 1998, 402–406, 404.

¹⁸³⁶ Ausführlich und grundlegend dazu Klinge, Gabriele: Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG. *Düsseldorf* 1990. 145; Klinge, Gabriele: Das Berufszulassungs- und Berufsausübungsrecht des selbstständigen Handwerkers im Europäischen Binnenmarkt. *WiVerw* 1992, 1–55. 1; Klinge, Gabriele: Europäisches Niederlassungsrecht im Handwerk. *WiVerw* 1987, 137–158; Klinge, Gabriele: Freizügigkeit. Niederlassungsrecht und freier Dienstleistungsverkehr nach dem EWG-Vertrag im Bereich des Handwerks. *GewArch* 1983, 290–294, 324–328, 379–380.

Dem entgegenwirken soll nach dem Willen der Gemeinschaft sowohl die Koordinierung als auch der Erlass von Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen. Dabei bedient sich die Gemeinschaft des Instrumentes von Richtlinien, die auf Rechtsgrundlage des Art. 47 Abs. 1 und 2 EGV erlassen werden.¹⁸³⁷

Die zunächst erlassene Richtlinie 64/427/EWG des Rates vom 07. Juli 1964 „über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbstständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe in Industrie und Handwerk“ stützte sich auf das „Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs“, Art. 54 EGV.¹⁸³⁸ Bis 1999, obwohl ursprünglich als Übergangsmaßnahme geplant, stellte die Richtlinie 64/427/EWG den europäischen Maßstab dar, an dem das geltende deutsche Recht des Handwerks zu messen war.¹⁸³⁹ Durch spätere Richtlinien waren deren Grundsätze nicht wesentlich verändert worden, sondern allenfalls noch in Einzelpunkten konkretisiert worden.¹⁸⁴⁰ Als Ausgangspunkt sahen die Bestimmungen der Richtlinie vor, dass eine Aufhebung der Beschränkungen anzustreben ist. Vorher, zugleich oder danach sollte die Frage geprüft werden, ob eine Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung dieser Tätigkeiten erforderlich ist. Bis zu deren Inkrafttreten sah die Richtlinie in Art. 6 Übergangsvorschriften vor: Ein System der Anerkennung bestimmter Zeiten der praktischen Berufstätigkeit des Antragstellers im Herkunfts-Mitgliedstaat diene als Ersatz für einen Befähigungsnachweis im Aufnahmeland.

Allerdings erfolgte bis heute keine Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten. Dies resultiert daraus, dass zum einen die Definition des Handwerks und damit dessen Abgrenzung gegenüber der Industrie in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich ist. Zum anderen unterscheiden sich die für die Ausübung einer handwerklichen Tätigkeit geltenden Zulassungsvorschriften der Mitgliedstaaten erheblich. Die Richtlinie 64/427/EWG als auch spätere Richtlinien werden daher als Dauerlösung akzeptiert.

Mit der Richtlinie 1999/42/EG über ein Verfahren zur Anerkennung der Diplome für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten, der sogenannten „Dritten Allgemeinen Anerkennungsrichtlinie“,¹⁸⁴¹ wurden insgesamt 35 Einzel-

¹⁸³⁷ Ausführlich dazu Schwannecke, Holger: System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk. WiVerw 2001, 247–259; vgl. auch Klinge, Das Berufszulassungs- und Berufsausübungsrecht des selbstständigen Handwerkers im Europäischen Binnenmarkt, WiVerw 1992, 1–55, 6.

¹⁸³⁸ Richtlinie 64/427/EWG des Rates vom 07. Juli 1964 über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbstständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23–40 (Industrie und Handwerk) (ABl. EG Nr. P 117 vom 23.07. 1964 S. 1863).

¹⁸³⁹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 26.06. 1990, Buchholz 451.45 § 9 HwO Nr. 2, 10, 11.

¹⁸⁴⁰ Ausführlich dazu Leisner, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, 445–453, 449, 450.

¹⁸⁴¹ Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juni 1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden

richtlinien, die zwischen 1963 und 1992 erlassen wurden und vor allem in den Bereichen des Handwerks und des Handels, des Gewerbes sowie der Land- und Forstwirtschaft Übergangs- und Liberalisierungsbestimmungen enthielten, zusammengefasst.¹⁸⁴² Damit wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass sich der Europäische Gerichtshof zwischenzeitlich in seiner Judikatur umfänglich mit dem Recht von Berufsangehörigen auf Niederlassung und Beschäftigung auseinandergesetzt und hierdurch eine nicht unbeachtliche indirekte Harmonisierung stattgefunden hatte. Die bewährten Regelungen der Übergangsmaßnahmen der Richtlinie 64/427/EWG befanden sich nunmehr in Art. 4 der Richtlinie 1999/42/EG. Weitere Regelungen zu den Voraussetzungen des Art. 4 wurden in Art. 6 der Richtlinie 1999/42/EG festgelegt; eine Definition des Begriffs des Betriebsleiters, der bei der Anerkennung der beruflichen Tätigkeit eine wichtige Rolle spielt, enthielt Art. 7 der Richtlinie 1999/42/EG.¹⁸⁴³ Durch die Richtlinie wurde das Anerkennungsprinzip, das auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in die Gleichwertigkeit der Berufszulassungsvoraussetzungen beruht, erheblich gestärkt.¹⁸⁴⁴

Von besonderer Bedeutung für die Berufszulassung zur Ausübung eines Gesundheitshandwerks war die sogenannte „Zweite Allgemeine Anerkennungsrichtlinie“, die Richtlinie 92/51/EWG vom 18. Juni 1992,¹⁸⁴⁵ die in Ergänzung und weitgehender Anlehnung an die sogenannte „Hochschuldiplomrichtlinie“, die Richtlinie 89/48/EWG,¹⁸⁴⁶ konzipiert wurde.¹⁸⁴⁷ Sie regelte die gegenseitige Anerkennung von Befähigungsnachweisen unterhalb der dreijährigen Hochschulebene und betraf auch die fünf in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführte Gesundheitshandwerke, nämlich Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Orthopädietechniker, Orthopädienschuhmacher und Zahntechniker.¹⁸⁴⁸

Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise (Abl. EG Nr. L 201 vom 31.07. 1999 S. 77).

¹⁸⁴² Vgl. dazu die Übersicht bei Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 9 Rn 1; vgl. auch Jeder, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, 5, 6.

¹⁸⁴³ Vgl. ausführlich Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 10; Schwannecke, System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk, WiVerw 2001, 247–259, 254, 255.

¹⁸⁴⁴ Zu Recht Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. A., 103.

¹⁸⁴⁵ Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG (Abl. EG Nr. L 209 vom 24. Juli 1992 S. 25), zuletzt geändert durch die Entscheidung 2004/108/EG (Abl. Nr. L 32 vom 05. Februar 2004 S. 15).

¹⁸⁴⁶ Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausübung abschließen (Abl. EG Nr. L 019 vom 24. Januar 1989 S. 16), geändert durch die Richtlinie 2001/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Abl. L 206 vom 31. Juli 2001 S. 1); vgl. dazu ausführlich Henninger, Michael-Peter: Richtlinie des Rates über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen. GewArch 1989, 259–262.

¹⁸⁴⁷ Vgl. Schwannecke, System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk, WiVerw 2001, 247–259, 249.

¹⁸⁴⁸ Zuvor forderte schon Klinge, Das Berufszulassungs- und Berufsausübungsrecht des selbstständigen Handwerkers im Europäischen Binnenmarkt, WiVerw 1992, 1–55, 10, eine entsprechende Regelung für diese Handwerke.

Gemeinsam war den drei genannten Anerkennungsrichtlinien, dass sie dann zur Anwendung kamen, wenn ein Beruf in dem Mitgliedstaat, in dem er ausgeübt werden sollte, also im Aufnahmestaat, reglementiert war. Für die Anerkennung von Berufsqualifikationen nach den Richtlinien waren drei Kriterien entscheidend: Zum einen musste der Antragsteller Staatsbürger eines EU-Mitgliedstaates sein. Zum anderen musste die Qualifikation, die anerkannt werden soll, nach überwiegender Ausbildung in einem Mitgliedstaat erlangt worden sein. Schließlich musste die erlangte Qualifikation im Herkunfts-Mitgliedstaat unmittelbar den Zugang zu dem entsprechenden Beruf eröffnen.

Herauszuheben ist, dass die allgemeinen Anerkennungsrichtlinien nicht zu einer automatischen Anerkennung der durch den Berufsbewerber erworbenen Berufsqualifikation führten. Vielmehr war ein Anerkennungsverfahren durchzuführen.¹⁸⁴⁹

Das System der wechselseitigen Anerkennung von Befähigungsnachweisen und Berufsqualifikationen durch Richtlinien ist allerdings durch den europäischen Gesetzgeber im Jahr 2005 einer einschneidenden Änderung unterworfen worden, von der auch der Bereich des Handwerks betroffen ist.

Mit der neuen EU-Berufsanerkennungsrichtlinie vom 7. September 2005¹⁸⁵⁰, die am 20. Oktober 2005 in Kraft getreten ist,¹⁸⁵¹ wird die Anerkennung von Berufsqualifikationen im europäischen Binnenmarkt für alle reglementierten Berufe neu geregelt und geordnet. Ziel des europäischen Gesetzgebers war es dabei, die Freizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit der Angehörigen reglementierter Berufe im Binnenmarkt zu vereinfachen und zu verbessern, nicht zuletzt im Hinblick auf die Erweiterung der Europäischen Union.¹⁸⁵² Die neue Richtlinie ersetzt und implementiert die bisher erlassenen 15 berufsspezifischen Richtlinien und Richtlinien für einzelne Berufsgruppen; deren Regelungen werden neu geordnet und gestrafft. Im Ergebnis werden damit die bisher geltenden sektoralen Richtlinien durch eine sektorübergreifende Gesamtrichtlinie ersetzt. Art. 62 RL 2005/36/EG bestimmt daher mit Wirkung vom 20. Oktober 2007 die Aufhebung der genannten 15 Richtlinien.

¹⁸⁴⁹ Vgl. ausführlich Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 12 ff.

¹⁸⁵⁰ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. EU L 255 vom 30.09. 2005 S. 22), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2006/100/EG des Rates vom 20. November 2006 zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich Freizügigkeit anlässlich des Beitritts Bulgariens und Rumäniens (ABl. EU NR. L 363 S. 141).

¹⁸⁵¹ Gemäß Art. 63 der Richtlinie 2005/36/EG trat die Richtlinie am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung in Kraft.

¹⁸⁵² Vgl. Erwägungsgründe Richtlinie 2005/36/EG, 1, 2; Kluth, Winfried. Rieger, Frank: Die neue EU-Anerkennungsrichtlinie – Regelungsgehalt und Auswirkungen für Berufsangehörige und Berufsorganisationen. EuZW 2005, 486–492. 486; Mann, Thomas: Randnotizen zum Richtlinienentwurf über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. EuZW 2004, 615–619. 616; Henssler, Martin: Der Richtlinienentwurf über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. EuZW 2003, 229–233. 229.

Bei den Voraussetzungen für die Anerkennung von Berufsqualifikationen für die Berufsausübung wird bezüglich der Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit einerseits und der Niederlassungsfreiheit andererseits unterschieden.¹⁸⁵³

Für den Fall der vorübergehenden grenzüberschreitenden Tätigkeit, die in Titel II RL 2005/36/EG geregelt ist, wird durch Art. 5 bestimmt, dass der Marktzugang aufgrund der Berufsqualifikation nicht eingeschränkt werden darf. Als Mindestvoraussetzung zur Gleichwertigkeit wird eine zweijährige Berufstätigkeit in den vergangenen zehn Jahren verlangt. Ist der Beruf in dem Niederlassungsmittgliedstaat reglementiert, muss der Dienstleister rechtmäßig niedergelassen sein.

Die Regelungen im Falle der Errichtung einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat enthält Titel III RL 2005/36/EG, wobei dieser in vier Kapitel unterteilt werden.

Für die reglementierten Berufe im Bereich des Handwerks, die weiterhin stark unterschiedlichen Anforderungen in den einzelnen Mitgliedstaaten unterworfen sind, findet durch die neue Richtlinie keine Mindestharmonisierung der Berufsqualifikationen statt.¹⁸⁵⁴ Vielmehr enthält Kapitel II RL 2005/36/EG eine Regelung zur Anerkennung von Berufserfahrung für den weiten Bereich von Berufen in Handwerk, Industrie und Handel. Die verschiedenen Berufsgruppen werden im Anhang IV RL 2005/36/EG in den Verzeichnissen I bis III identifiziert; der Abgrenzung liegen verschiedene Arten der Berufserfahrung zu Grunde. Für die im Verzeichnis I erfassten Berufe wird gemäß Art. 17 RL 2005/36/EG eine erforderliche Berufserfahrung von sechs Jahren als Selbstständiger oder Betriebsleiter verlangt. Diese Regelung findet auf alle zulassungspflichtigen Handwerke mit Ausnahme des Augenoptikers, Zahntechnikers, Hörgeräteakustikers, Orthopädietechnikers, des Orthopädienschuhmachers und des Schornsteinfegerhandwerks Anwendung; insoweit bleibt es bei der vorherigen Rechtslage. Für die genannten Gesundheitshandwerke gilt Kapitel I des Titels III, wonach die Mitgliedstaaten Berufsqualifikationen, die in anderen Mitgliedstaaten erworben wurden, gemäß Art. 13 RL 2005/36/EG anerkennen. Dabei wird in fünf Gruppen nach dem Niveau der Befähigungsnachweise unterschieden. Für die Anerkennung einer Berufsqualifikation bezüglich der Gesundheitshandwerke, die in Artikel 11 Buchstabe c ii in Verbindung mit Anhang II Nummer 2 der Richtlinie aufgeführt sind, ist die dritte Qualifikationsstufe, das Niveau c einschlägig; diesem entspricht ein Diplom für den Abschluss einer postsekundären

¹⁸⁵³ Zur Abgrenzung vgl. 7. Kapitel 1. Abschnitt.

¹⁸⁵⁴ Kluth/Rieger, Die neue EU-Anerkennungsrichtlinie – Regelungsgehalt und Auswirkungen für Berufsangehörige und Berufsorganisationen, EuZW 2005, 486–492, 488; ausführlich auch Stork, Stefan: Die neue Rahmenrichtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG) unter besonderer Berücksichtigung reglementierter Handwerksberufe. WiVerw 2006, 152-180.

Ausbildung oder eines besonders strukturierten Ausbildungsgangs.¹⁸⁵⁵ Dieser dritten Qualifikationsstufe sind nunmehr durch eine entsprechende Änderung des Anhangs II der Richtlinie auch die anderen Anlage A – Berufe zur Handwerksordnung zugeordnet.¹⁸⁵⁶ Die Bundesrepublik Deutschland hatte im Jahr 2007 einen entsprechenden Antrag auf Einstufung auch der anderen Handwerke der Anlage A zur Handwerksordnung in die dritte Qualifikationsstufe gestellt. Der dafür zuständige Ausschuss hat am 4. Oktober 2007 über diesen Antrag positiv entschieden. Durch sogenannte Ausgleichsmaßnahmen wie die in Art. 14 Abs. 2 RL 2005/36/EG genannten Anpassungslehrgänge und Eignungsprüfungen haben die Mitgliedstaaten hier einen Spielraum für zusätzliche Regelungen, wenn das erforderliche Niveau für die Anerkennung der Berufsqualifikation unterschritten wird.

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union wurden gemäß Art. 63 RL 2005/36/EG zu ihrer Umsetzung in das nationale Recht bis zum 20. Oktober 2007 verpflichtet.

II. Die Umsetzung der Richtlinien in das deutsche Recht

Zur Umsetzung der europäischen Richtlinien, die in der Regel nicht direkt gelten,¹⁸⁵⁷ bedarf es nationaler Rechtssetzungsakte. Diese haben neben anderen Berufszulassungsvorschriften der Handwerksordnung auch in deren Ausnahmbewilligungsrecht ihren Niederschlag gefunden.¹⁸⁵⁸

Der deutsche Gesetzgeber ist im Jahre 1965 seiner Verpflichtung zur Transformation in deutsches Recht aus Art. 8 der Richtlinie 64/427/EWG nachgekommen.¹⁸⁵⁹ Im Rahmen der HwO-Novelle 1965 wurde das Rechtsinstitut der Ausnahmbewilligung für Angehörige der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft durch die neue Vorschrift des § 9 HwO in die Handwerksordnung aufgenommen. Jedoch hat der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, die Richtlinie unmittelbar in die Handwerksordnung aufzunehmen. Es sollte verhindert werden, dass zur Übernahme jeder in Zukunft erlassenen Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft im Bereich des Handwerks eine Änderung oder Ergänzung der Handwerksordnung vorgenommen werden muss. Daher wurde der Bundesminister für Wirtschaft in § 9 HwO 1965 ermächtigt, die vom Rat der Europäischen Wirtschaftsgemein-

¹⁸⁵⁵ Kluth/Rieger, Die neue EU-Anerkennungsrichtlinie – Regelungsgehalt und Auswirkungen für Berufsangehörige und Berufsorganisationen, EuZW 2005, 486–492, 488.

¹⁸⁵⁶ Verordnung 1430/2007/EG vom 5. Dezember 2007, ABl. EG Nr. L 320/3 vom 6.12. 2007.

¹⁸⁵⁷ Nur unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Richtlinie unmittelbare Wirkung entfalten, etwa wenn die in der Richtlinie zu ihrer Umsetzung in nationales Recht gesetzte Frist abgelaufen ist, vgl. EuGH, Urteil „Becker“ vom 19.01. 1982, Slg. 1982, S. 53 Rn. 21 ff; BVerfG, Beschluss v. 08.04. 1987, BVerfGE 75, 223, 240; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 10.

¹⁸⁵⁸ Vgl. § 7 Abs. 2 a HwO und § 46 Abs. 2 HwO; ausführlich 2. Kapitel 2. Abschnitt I. 3.2., 4; Anhang A 5. Abschnitt.

¹⁸⁵⁹ Vgl. zur Umsetzung in das deutsche Recht VG Stuttgart, Urteil v. 29.11. 1991, GewArch 1992, 425, 427, 428.

schaft erlassene Übergangsrichtlinie für Industrie und Handwerk im Wege der Rechtsverordnung in deutsches Recht zu transformieren.¹⁸⁶⁰

Auf Rechtsgrundlage dieser Ermächtigung wurde im Jahr 1966 die „Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle“ vom 04. August 1966 erlassen.¹⁸⁶¹

Seit der HwO-Novelle 2004 trägt sie aufgrund einer redaktionellen Änderung die Kurzbezeichnung „EU/EWR-Handwerk-Verordnung“.¹⁸⁶² Bis heute regelt sie aufgrund der Ermächtigung, die nunmehr in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO enthalten ist,¹⁸⁶³ näher die Voraussetzungen, unter denen Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz eine Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO erhalten. Bei deren Erlass wurde inhaltlich weitestgehend wörtlich die Richtlinie 64/427/EWG übernommen. Die EWG/EWR HwV wurde bis heute elfmal geändert, zuletzt im Jahr 2007, um sie europarechtlichen Vorgaben anzupassen.

Hier sind insbesondere vier Änderungen herauszuheben: Die „Zweite Allgemeine Anerkennungsrichtlinie“ vom 18. Juni 1992 wurde, soweit sie die genannten fünf Gesundheitshandwerke der Anlage betrifft, durch Änderung der EWG/EWR HwV im Jahre 1994 transformiert;¹⁸⁶⁴ die „Dritte Allgemeine Anerkennungsrichtlinie“ durch erneute Änderung der EWG/EWR HwV am 09. Oktober 2002¹⁸⁶⁵.

Eine Erweiterung des von der EU/EWR HwV begünstigten Personenkreises erfolgte durch deren Änderung vom 22. Juni 2004,¹⁸⁶⁶ nunmehr werden auch Staatsangehörige der Schweizer Eidgenossenschaft erfasst. Dies ist Folge des Abkommens zwischen der EU und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 21. Juni 1999, wonach wechselseitig für unselbstständige und selbstständige Erwerbstätige der Zugang zum Arbeitsmarkt geregelt wird.¹⁸⁶⁷

Allerdings fand diese Regelung zunächst nur in der Überschrift der EU/EWR HwV Niederschlag und nicht in deren materiell-rechtlichen Vorschriften, die die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO regelten. Dabei handelte es sich

¹⁸⁶⁰ Ausdrücklich Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, BT-Drucksache IV/2335, 6, 7; ebenso Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 9 Rn 1.

¹⁸⁶¹ VO Handwerk EWG v. 04.08. 1966 (BGBl. I S. 469), zuletzt geändert durch Art. 4 der Verordnung über den Erlass und die Änderung handwerksrechtlicher Vorschriften vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1314, 1316).

¹⁸⁶² Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 46.

¹⁸⁶³ Die Ermächtigung in § 9 HwO gilt auch für den „freien Dienstleistungsverkehr“, also für „grenzüberschreitende“ Handwerkstätigkeiten, d. h. für Tätigkeiten, die in Deutschland ausgeübt werden, ohne dass hier, im Inland, eine Niederlassung besteht, vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1481, 30.

¹⁸⁶⁴ Art. 58 Nr. 2 b des Gesetzes zur Ausführung des Abkommens vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Ausführungsgesetz) vom 27. April (BGBl. I S. 512, 539).

¹⁸⁶⁵ Fünfte Verordnung zur Änderung der EWG/EWR-Handwerk-Verordnung vom 9. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4022).

¹⁸⁶⁶ Art. 4 der Verordnung über den Erlass und die Änderung handwerksrechtlicher Vorschriften vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1314, 1316).

aber nur um ein Redaktionsversehen des Verordnungsgebers. Die EU/EWR HwV wurde insoweit gemeinschaftsrechtskonform dahingehend ausgelegt, dass für Staatsangehörige der Schweizer Eidgenossenschaft dieselben Anerkennungsgrundsätze galten wie für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU und der Vertragsstaaten des EWR.¹⁸⁶⁸

Eine Umsetzung der neuen Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG in deutsches Recht erfolgte zunächst durch die Neufassung und Aktualisierung der formell-gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 9 Abs. 1 HwO durch das zweite Mittelstandsentlastungsgesetz.¹⁸⁶⁹

Mit der aufgrund der neuen Verordnungsermächtigung neugefassten EU/EWR HwV vom 20. Dezember 2007¹⁸⁷⁰ ist der Verordnungsgeber seiner Umsetzungsverpflichtung aus Art. 63 RL 2005/36/EG nachgekommen. Dabei berücksichtigt die Verordnung bereits die einheitliche Zuordnung aller zulassungspflichtigen Handwerksberufe der Anlage A zur Handwerksordnung zur dritten Niveaustufe des Art. 11 RL 2005/36/EG durch die Verordnung 1430/2007/EG. Aufgrund der komplexen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist der Umfang der EU/EWR HwV 2007 mit insgesamt 11 Vorschriften im Vergleich zu den bisherigen vier Einzelregelungen der EU/EWR HwV 2004 recht umfangreich geworden. Neu ist auch die Aufnahme einer Ordnungswidrigkeitsvorschrift, die § 10 EU/EWR HwV enthält.

III. Keine Inländerdiskriminierung durch § 9 Abs. 1 HwO und die EU/EWR HwV

Die gemeinschaftsrechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit ist ein umfassendes Freiheitsrecht, das nicht nur das Verbot der Ausländerdiskriminierung umfasst. Vielmehr können sich auch Angehörige eines Mitgliedstaates gegenüber ihren Gesetzgebungs- und Verwaltungsinstanzen auf die Niederlassungsfreiheit berufen.¹⁸⁷¹

Aus der Begünstigung von ausländischen und auch deutschen Handwerkern, die aus dem EU-Ausland kommen, also Zu- und Rückwanderern, gegenüber deutschen Handwerkern könnte sich eine sogenannte „Inländerdiskriminierung“ dadurch ergeben, dass letztere bei dem Erwerb der Berechtigung zur selbstständigen Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks höhere Hürden der Zulassung überwinden müssen. Daher berufen sich nicht selten deutsche Berufsbewerber auf das Grundrecht der Gleichbehandlung nach Art. 3 GG und begehren die Zulassung zur selbstständigen Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks nach den für Zu- und Rückwanderer geltenden Voraussetzungen. Das Bundesverwaltungsgericht konnte, so seine ständige Rechtsprechung, in dieser unterschiedlichen

¹⁸⁶⁷ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (ABl. EG L 114 vom 30.04. 2002 S. 6).

¹⁸⁶⁸ Ebenso Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 19.

¹⁸⁶⁹ Art. 9a Zweites Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft vom 7.9. 2007 (BGBl. I S. 2246).

¹⁸⁷⁰ Verordnung über die für für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks (EU/EWR-Handwerk-Verordnung – EU/EWR HwV) vom 20. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3075).

Behandlung der genannten Personengruppen keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG feststellen.¹⁸⁷² Denn die Zu- und Rückwanderer hätten nicht die Möglichkeit, die nach der Handwerksordnung erforderliche Qualifikation zu erwerben. Diese Begründung ist auch zielführend, da die Anwendung der Vergünstigungen bei der Zulassung auch auf deutsche Handwerker, die in Deutschland tätig sind, praktisch eine Umgehung des Befähigungsnachweises nach der Handwerksordnung zur Folge hätte.

Die übrige Rechtsprechung schließt sich dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an.¹⁸⁷³ Die herrschende Meinung in der Literatur ist dieser Meinung im Ergebnis gefolgt.¹⁸⁷⁴

Das Vorgesagte gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung der Geltung des neuen Handwerksrechts, das qualifizierten Gesellen durch die neue Vorschrift des § 7 b HwO die Berufszulassung ermöglicht. Auch die sich daraus ergebenden Unterschiede in den Zulassungsvoraussetzungen, wobei deren Bedingungen sogar vergleichbar sind, sind sachlich gerechtfertigt und stellen keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz dar.¹⁸⁷⁵

Die Frage der Diskriminierung inländischer Handwerksgesellen durch die für Zu- und Rückwanderer aus dem EU/EWR-Ausland und der Schweizer Eidgenossenschaft geltenden Zulassungsvoraussetzungen stellt sich auch aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen nicht. Denn Voraussetzung für die Anwendung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, die der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen sollen, ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt. Handelt es sich aber um rein innerstaatliche Vorgänge, ist dieses Element nicht erfüllt. Vielmehr besteht bei letztgenannten Vorgängen das Recht des Mitglied-

¹⁸⁷¹ Vgl. EuGH, Urteil „Knoors“ v. 07.02. 1979, NJW 1979, 1761; zustimmend Leisner, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, 445–453, 450.

¹⁸⁷² BVerwG, Beschluss v. 22.01. 1970, GewArch 1970, 129, 130; BVerwG, Urteil v. 16.05. 1984 Buchholz 451.45 § 8 HwO Nr. 10, 5; BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386, 387; BVerwG, Beschluss v. 09.10. 1994, Buchholz 451.45 § 9 Nr. 5, 1; BVerwG, Beschluss v. 25.03. 1996, Buchholz 451.45 § 9 Nr. 6, 3; BVerwG, Beschluß v. 27.05. 1998, GewArch 1998, 470; BVerwG, Beschluss v. 22.12. 1998, GewArch 1999, 108, 109; BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 489.

¹⁸⁷³ Statt aller Hess. VGH, Urteil v. 31.10. 1990, GewArch 1990, 173, 174; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 22; Nds. OVG, Beschluss v. 30.06. 2003, GewArch 2003, 487, 488, 489; Bay. VGH, Beschluss v. 31.03. 2004, GewArch 2004, 259; Nds. OVG, Beschluss v. 30.09. 2004, AZ.: 8 ME 77/04, S. 6 des Urteilabdrucks.

¹⁸⁷⁴ Sehr ausführlich Meyer, Werner. Diefenbach, Wilhelm: Handwerksordnung und Europäische Union: Ausländer/Inländerdiskriminierung?. München 2001, 87; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 37, 38; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 6, 10; Hahn, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ab 2004, GewArch 2005, 393–401, 399; Leisner, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, 445–453, 451; Diefenbach, Wilhelm: Zu Fragen der Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 09.12. 1999 und des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10. 2000. GewArch 2001, 353–360, 353; Gerhardt, Michael: Zu neueren Entwicklungen der sogenannten Inländerdiskriminierung im Gewerberecht. GewArch 2000, 372–377, 373, 374; Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990–1994, NVwZ 1995, 538–547, 544; anderer Meinung Jeder, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, 121, die die Rechtsprechung des BVerwG aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen als überholt bezeichnet; im Ergebnis auch Früh, Anmerkung zu EuGH, Urteil „Corsten“ v. 03.10. 2000, EuZW 2000, 767, 768; Früh, Die Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht und das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Erleichterung des Gewerbezugangs, GewArch 2001, 58–60, 59; Basedow, Jürgen: Meisterbrief oder Dienstleistungsfreiheit? Ein neuer Anstoß des EuGH zur Handwerksreform. EuZW 2001, 97; Beaucamp, Guy: Meister ade – Zur Novelle der Handwerksordnung. DVBl. 2004, 1458–1463, 1462.

staates, den inländischen Verkehr schlechter zu stellen, also Inländer und Ausländer unterschiedlich zu behandeln.¹⁸⁷⁶ In diesem Sinne urteilt auch der Europäische Gerichtshof insbesondere zu handwerklichen Tätigkeiten.¹⁸⁷⁷ Danach steht das Gemeinschaftsrecht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die für den Betrieb eines Frisiersalons von den Angehörigen dieses Mitgliedstaates den Besitz eines Diploms verlangt, während sie den Friseuren, die Angehörige anderer Mitgliedstaaten sind, den Betrieb eines Frisiersalons ohne ein solches Diplom erlaubt. Diese sind auch nicht verpflichtet, einen fachmännischen Geschäftsführer, der Inhaber dieses Diploms ist, mit dem Betrieb dieses Frisiersalons zu betrauen.

IV. Die Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfällen

Allerdings differenzierte vor der HwO-Novelle 2004 weder die Handwerksordnung, insbesondere in § 9 HwO 1998, noch die EWG/EWR HwV in ihrer Fassung vom 09. Oktober 2002¹⁸⁷⁸ zwischen niedergelassenen und nur vorübergehend tätigen Handwerkern.¹⁸⁷⁹ Strittig wurde daher die Frage behandelt, ob dadurch gegen das europarechtliche Gleichheitsgebot verstoßen wurde.¹⁸⁸⁰

Der Europäische Gerichtshof hat sich in seinem Urteil vom 03. Oktober 2000, der sogenannten „Corsten-Entscheidung“, mit dieser Frage befasst.¹⁸⁸¹ Folgender Sachverhalt lag dem Urteil zugrunde: Ein Architekt hatte ein in den Niederlanden ansässiges Unternehmen beauftragt, in Deutschland Estricharbeiten auszuführen. Das Unternehmen war zur Ausführung dieser Arbeiten im Herkunftsland berechtigt, jedoch nicht in Deutschland in die Handwerksrolle eingetragen. Im Vorabentscheidungsverfahren war dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt worden, ob es mit dem EU-Recht über den freien Dienstleistungsverkehr vereinbar ist, dass ein niederländisches Unternehmen, das in den Niederlanden alle Voraussetzungen für eine gewerbliche Tätigkeit erfüllt, weitergehende - wenn auch nur formale -

¹⁸⁷⁵ BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 489; Bay. VGH, Urteil v. 31.01. 2005, GewArch 2005, 156, 157; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn 6.

¹⁸⁷⁶ BVerwG, Beschluss v. 25.03. 1996, Buchholz 451.45 § 9 HwO Nr. 6, 3; BVerwG, Beschluss v. 01.04. 2004, GewArch 2004, 488, 489; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 22; Bay. VGH, Beschluss v. 12.07. 2001, GewArch 2001, 422; Bay. VGH, Urteil v. 31.01. 2005, GewArch 2005, 156, 157; Stober, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, 393–399, 398; Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. A., 113, 114; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 38, 39; Hahn, Das Handwerksrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1996 bis 2001, GewArch 2001, 441–447, 444; Hahn, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ab 2004, GewArch 2005, 393–401, 399; Kormann, Joachim. Hüpers, Frank: Zur Abgrenzung des Vollhandwerks. Band II: Ein Programm. München 2007. 27, 28.

¹⁸⁷⁷ EuGH, Urteil v. 16.02. 1995, GewArch 1995, 476, Rn 13.

¹⁸⁷⁸ Vgl. Fünfte Verordnung zur Änderung der EWG/EWR-Handwerk-Verordnung vom 09. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4022).

¹⁸⁷⁹ vgl. Meyer, Werner: Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 03. Oktober 2000 - Rs C-58/98 - auf das deutsche Handwerksrecht. GewArch 2001, 265–276.

¹⁸⁸⁰ Bejahend Früh, Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?, GewArch 1998, 402–406, 403, 404; dagegen Leisner, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, GewArch 445–453, 451.

¹⁸⁸¹ EuGH, Urteil „Corsten“ v. 03.10. 2000, GewArch 2000, 476, Rn 49.

Voraussetzungen erfüllen muss, nämlich die Eintragung in die Handwerksrolle, um diese Tätigkeit in Deutschland auszuführen. Das Gericht hat die Frage dahingehend verstanden, dass geklärt werde sollte, ob das Gemeinschaftsrecht zum freien Dienstleistungsverkehr der Regelung eines Mitgliedstaates entgegensteht, der die Verrichtung handwerklicher Tätigkeiten in dessen Hoheitsgebiet durch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistende davon abhängig macht, dass diese in die Handwerksrolle eingetragen sind.

Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Rechtsstreit entschieden, dass die handwerkliche Tätigkeit von Dienstleistenden aus anderen Mitgliedstaaten, die in Deutschland ohne inländische Niederlassung handwerklich tätig sind, aus Gründen der Dienstleistungsfreiheit nicht von einem Verfahren zur Erteilung einer Erlaubnis abhängig gemacht werden darf, das geeignet ist, die Verwirklichung dieses Rechts zu erschweren. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Voraussetzungen für die Aufnahme der betreffenden Tätigkeiten bereits geprüft worden sind und festgestellt worden ist, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. Zudem dürfe das etwaige Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle - falls dieses gerechtfertigt ist - weder zusätzliche Verwaltungskosten noch die obligatorische Zahlung von Beiträgen an die Handwerkskammer nach sich ziehen.

Aus dieser Rechtsprechung, die der Europäische Gerichtshof durch die Schnitzer-Entscheidung vom 11. Dezember 2003 bestätigt hat,¹⁸⁸² folgt zum einen, dass bei lediglich „grenzüberschreitender“ Ausübung eines Handwerks ein zweistufiges Ausnahmebewilligungsverfahren unzulässig ist. Zum anderen widerspricht in diesen Fällen eine Eintragung in die Handwerksrolle mit daraus folgender Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer und Beitragspflicht dem Gemeinschaftsrecht.¹⁸⁸³

Der Gesetzgeber hatte zunächst durch die Aufhebung der EWG/EWR HwV, soweit sie eine Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle für die grenzüberschreitende Tätigkeit verlangt und geregelt hat, das deutsche Recht vorläufig an das Gemeinschaftsrecht angepasst und das Urteil des Europäischen Gerichtshofs umgesetzt.¹⁸⁸⁴ Im Rahmen der Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 2004 wurde § 9 HwO um die Absätze 2 und 3 ergänzt, um auch die Handwerksordnung selbst an die europarechtlichen Vorgaben anzupas-

¹⁸⁸² EuGH, Urteil „Schnitzer“ v. 11.12. 2003, GewArch 2004, 62, 63 Rn 36.

¹⁸⁸³ Vgl. dazu Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und europäische Union. Ausländer-/Inländerdiskriminierung?, 14 ff; Diefenbach, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10. 2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern, GewArch 2001, 305–360, 305; Meyer, Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 3.10. 2000-Rs C 58/98-auf das deutsche Handwerksrecht, GewArch 2001, 265–276, 265; Stork, Stefan: Die Reichweite der indirekten Harmonisierung am Beispiel der Dienstleistungsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung C-58/98 (Corsten). WiVerw 2001, 229–246. 229; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 1; Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1995–2001, NVwZ 1993, 164–172, 170; Honig, Gerhart: Handwerksordnung – Quo vadis? NVwZ 2003, 172–176. 175; die neue Berufsankennungsrichtlinie 2005/36/EG relativiert das vom EuGH begründete Verbot allerdings insoweit, als gemäß Art. 7 der Richtlinie eine Pro-Forma-Mitgliedschaft in einer Berufsorganisation, z. B. einer Kammer, ohne Kosten und Verwaltungsaufwand zulässig ist.

sen.¹⁸⁸⁵ Der bisherige Regelungsgehalt des § 9 HwO wurde ohne inhaltliche Änderungen in § 9 Abs. 1 HwO überführt; der neue § 9 Abs. 2 HwO regelte nunmehr als zentrale Vorschrift das Verfahren für die Zulassung der Handwerksausübung in Deutschland bei lediglich grenzüberschreitender Tätigkeit. Der Weg zur Berufsausübung führte in diesen Fällen nicht mehr über die Erteilung einer Ausnahmegewilligung. Die Anerkennung der für die beabsichtigte Tätigkeit notwendigen Befähigung erfolgte vielmehr durch das neue Rechtsinstitut der „Bescheinigung“; eine Eintragung in die Handwerksrolle ist durch die Streichung des § 6 Abs. 2 HwO 1998, der die örtliche Zuständigkeit der Handwerkskammer für die Handwerksrolleneintragung von selbstständigen Handwerkern regelte, die im Inland keine gewerbliche Niederlassung unterhalten, nicht erforderlich. Der neue § 9 Abs. 3 HwO regelte die Berufsausübung für die Dienstleistungsfälle, in denen der EU- oder EWR-Ausländer über einen durch Rechtsverordnung gleichgestellten Befähigungsnachweis verfügt.

Die EU/EWR HwV wurde im Zuge der HwO-Novelle 2004 an den neuen § 9 HwO angepasst; § 4 EU/EWR HwV regelte nunmehr die Voraussetzungen für die Erteilung der Bescheinigung gemäß § 9 Abs. 2 HwO.¹⁸⁸⁶

Der neue § 9 Abs. 1 HwO differenziert nunmehr bei der Verordnungsermächtigung zwischen zwei Sachverhalten: § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO sieht vor, dass für den Fall, dass der Antragsteller eine gewerbliche Niederlassung unterhalten oder als Betriebsleiter tätig werden will, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle durch Rechtsverordnung bestimmt werden können. Demgegenüber enthält § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO die Verordnungsermächtigung für den Fall, dass ein Antragsteller, der im Inland keine gewerbliche Niederlassung unterhält, grenzüberschreitend im Inland eine Dienstleistung erbringen will. In diesen Fällen sieht § 9 Abs. 1 Satz 3 HwO vor, dass die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 1 Abs. 1 HwO keine Anwendung findet. Der bisherige § 9 Abs. 2 HwO, der die Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung regelte, wurde aufgrund der neuen Verordnungsermächtigung aufgehoben. In dem neuen § 9 Abs. 2 HwO wird klargestellt, dass in Dienstleistungsfällen auch in den Fällen des § 7 Abs. 2 a HwO und § 50 a HwO keine Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 1 Abs. 1 HwO erfolgt.

Die neue EU/EWR HwV unterscheidet folglich in ihren zwei Abschnitten zwischen den verschiedenen Sachverhalten: Im ersten Abschnitt wird in den §§ 1 bis 6 EU/EWR HwV geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO zur Eintragung in die Handwerksrolle zu erteilen ist, wenn also im Inland eine gewerbliche Niederlassung unterhalten oder eine Betriebsleitertätigkeit ausgeübt werden

¹⁸⁸⁴ Vgl. dazu den durch die Fünfte Verordnung zur Änderung der EWG/EWR-Handwerk-Verordnung vom 9. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4022) eingefügten neuen § 4 EWG/EWR HwV; vgl. auch Bayer, StMWVT, Schreiben vom 16.01. 2001-43350-H 256, GewArch 2001, 234, 235.

¹⁸⁸⁵ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 30.

soll. Durch den zweiten Abschnitt wird auf Grundlage des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO durch die §§ 7 bis 9 EU/EWR HwV die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen geregelt.

2. Abschnitt: Der Gegenstand der Ausnahmegewilligung

Für alle in der Anlage A aufgeführten Gewerbe, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können, kann eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO erteilt werden. Dieser Grundsatz konnte bis zur Änderung der Handwerksordnung im Jahre 2007 für eine Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO keine Geltung beanspruchen.

Vom Anwendungsbereich der EU/EWR HwV waren seit ihrem Erlass bestimmte Handwerke ausgenommen; schon § 1 Abs. 1 der VO Handwerk EWG vom 04. August 1966 regelte dies für insgesamt zwölf Handwerke.¹⁸⁸⁷

Durch die Änderungen der EU/EWR HwV vom 24. November 1976 wurde das Zahntechniker-Handwerk nachträglich vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen.¹⁸⁸⁸ Die nachträgliche Herausnahme verstößt weder gegen primäres noch sekundäres Gemeinschaftsrecht, da für das Zahntechnikerhandwerk keine Übergangsmaßnahmen durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft getroffen worden waren, insbesondere nicht durch die Richtlinie 64/427/EWG.¹⁸⁸⁹

Im Rahmen der HwO-Novelle 1994 wurde für bestimmte in der Anlage A der Handwerksordnung genannte Gesundheitshandwerke, nämlich Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Orthopädietechniker, Orthopädienschuhmacher sowie Zahntechniker die Möglichkeit des Zugangs für Berufsbewerber aus den Mitgliedstaaten neu geregelt und damit eine Anerkennungslücke geschlossen. Die „Zweite Allgemeine Anerkennungsrichtlinie“ wurde konkret über § 3 der EU/EWR HwV umgesetzt. § 3 Abs. 2 EU/EWR HwV bestimmte, dass unter

¹⁸⁸⁶ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 36; siehe dazu ausführlich 7. Kapitel.

¹⁸⁸⁷ Vgl. dazu und zu den diesbezüglichen späteren Änderungen ausführlich Hess. VGH, Urteil v. 31.10. 1989, GewArch 1990, 173, 174.

¹⁸⁸⁸ Art. 1 der Zweiten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die für Staatsangehörige der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle (VO Handwerk EWG) vom 24. November 1976 (BGBl. I S. 3244).

¹⁸⁸⁹ Vgl. Begründung Zweite Verordnung, BR-Drucksache 492/76, 2; bestätigt durch BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386; ausführlich auch OVG NW, Urteil v. 16.09. 1987, GewArch 1988, 98; Hess. VGH, Urteil v. 31.10. 1989, GewArch 1990, 173; Bay. VGH, Beschluss v. 31.03. 2004, GewArch 2004, 259; Honig, Der große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 33; zunächst offen gelassen von Czybulka, Detlef: Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts. GewArch 1994, 89–95. 94.

bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle zu erteilen ist.¹⁸⁹⁰

Damit war von den in der Anlage A aufgeführten 41 zulassungspflichtigen Handwerken nur noch das Gewerk des Schornsteinfegers grundsätzlich vom Anwendungsbereich der EU/EWR HwV ausgenommen.¹⁸⁹¹ Dieses ergab sich zum einen aus § 1 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 EU/EWR HwV; die genannten Vorschriften nahmen ausdrücklich das Schornsteinfegerhandwerk, die Nummer 12 der Anlage A, von der Anwendung der jeweiligen Vorschrift aus. Zum anderen galt § 3 Abs. 2 EU/EWR HwV nach dem Wortlaut der Vorschrift nur für die Gesundheitshandwerke, die Nummern 33 bis 37 der Anlage A. Begründet wurde diese Herausnahme des Schornsteinfegerhandwerks mit Art. 45 Satz 1 EGV, der die Regelungen des Niederlassungsrechts auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, für nicht anwendbar erklärt. Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass mit dem Zugang ausländischer Erwerbstätiger aufgrund der Niederlassungsfreiheit Teile der öffentlichen Gewalt, die im Aufnahmeland Privaten überlassen worden sind, in die Hände der zuziehenden ausländischen Begünstigten übergeht.¹⁸⁹² Der Bezirksschornsteinfegermeister nimmt gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG öffentliche Aufgaben wahr, womit aufgrund der ihm übertragenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse Art. 45 EGV auf seinen Beruf Anwendung findet. Der Beruf des Bezirksschornsteinfegermeisters wurde damit nicht vom Niederlassungsrecht erfasst, womit er deutschen Staatsangehörigen vorbehalten blieb.¹⁸⁹³

Die neue EU/EWR HwV bringt für das Schornsteinfegerhandwerk eine wesentliche Änderung. Die maßgebliche Vorschrift zur Anerkennung von Berufserfahrung, der § 2 EU/EWR HwV 2007, nimmt nur noch die fünf Gesundheitshandwerke von dieser Regelung aus. Damit wird nunmehr auch das Schornsteinfegerhandwerk vom Anwendungsbereich der EU/EWR HwV erfasst ist.¹⁸⁹⁴ Der Verordnungsgeber hat damit auf die Kritik an der dem Schornsteinfegerhandwerk eingeräumten Sonderstellung reagiert.

Dagegen werden die zulassungsfreien Handwerke der Anlage B Abschnitt 1 oder ein handwerksähnliches Gewerbe der Anlage B Abschnitt 2 zur Handwerksordnung nicht vom Anwendungsbereich des Verfahrens nach § 9 Abs. 1 HwO erfasst. Denn im deutschen Handwerksrecht ist der Berufszugang nur bei zulassungspflichtigen Handwerken an den Besitz

¹⁸⁹⁰ Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990–1994, NVwZ 1995, 538–547, 539, stimmt aufgrund des neuen § 3 EU/EWR HwV nunmehr der nachträglichen Herausnahme des Zahntechnikerhandwerks vom Anwendungsbereich des § 1 EU/EWR HwV zu.

¹⁸⁹¹ Vgl. auch Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit: Eckpunkte für eine Reform des Schornsteinfegerrechts. BT-Ausschussdrucksache 15(9)/1723, 3; a. A. bezüglich der früheren Rechtslage im Hinblick auf das Schornsteinfegerhandwerk zu Unrecht Honig, HwO, 3. A., § 9 Rn 11.

¹⁸⁹² Müller-Graff, Peter-Christian, in: Streinz, Rudolf: EUV/EGV. Kommentar. München 2003. Art. 45 EGV, Rn 6.

¹⁸⁹³ Kritisch dazu nunmehr Musielak, Hans-Joachim. Schira, Hans-Peter. Manke, Michael: Schornsteinfegergesetz. Kommentar. 6. Auflage. Dieburg 2003. § 3 Rn 9.

bestimmter Berufsqualifikationen – im Regelfall gemäß § 7 Abs. 1 a HwO an das Bestehen der Meisterprüfung – geknüpft. Eine vorherige Anerkennung von Berufsqualifikationen nach den Vorschriften der EU/EWR HwV ist daher weder für die zulassungsfreien Handwerke noch für die handwerksähnlichen Gewerbe geboten. Diese können sowohl von dem in § 9 Abs. 1 HwO genannten Personenkreis als auch von deutschen Staatsangehörigen ohne weiteres im Inland ausgeübt werden.¹⁸⁹⁵

3. Abschnitt: Das Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung

Die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO bestimmt ausdrücklich, dass § 8 Abs. 2 bis 4 HwO in den in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 genannten Fällen Anwendung findet. Das Verfahren zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO ist damit dem Verfahren zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO nachgebildet.¹⁸⁹⁶ Auf dieses Verwaltungsverfahren finden die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung.¹⁸⁹⁷

I. Der Rechtscharakter der Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO

Die Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO ist ein Verwaltungsakt. Ihr Inhaber wird zur selbstständigen Ausübung des zulassungspflichtigen Handwerks, für das die Ausnahmegewilligung erteilt wurde, berechtigt. Damit hat die Ausnahmegewilligung rechtsbegründende Wirkung und stellt für den Antragsteller einen begünstigenden Verwaltungsakt dar. Für die Handwerkskammer, die zur Eintragung des Inhabers einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO verpflichtet wird, bedeutet sie einen belastenden Verwaltungsakt.

II. Die für die Erteilung sachlich und örtlich zuständige Behörde

Sachlich zuständig für die Erteilung der Ausnahmegewilligung ist die höhere Verwaltungsbehörde, § 8 Abs. 2 Satz 1 HwO. Allerdings bestimmt § 124 b HwO nach der HwO-Novelle 2004 nunmehr ausdrücklich, dass die Landesregierungen ermächtigt werden, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die nach der Handwerksordnung der höheren Verwaltungsbehörde oder den sonstigen nach Landesrecht zuständigen Behörden übertragene Zuständigkeit nach § 9 HwO auf andere Behörden oder auf Handwerkskammern übertragen werden

¹⁸⁹⁴ Ausdrücklich Stork, Stefan: Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung. GewArch 2008, 177-186. 178.

¹⁸⁹⁵ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 10, 11.

¹⁸⁹⁶ Ausdrücklich Beschlussempfehlung und Bericht des 9. Ausschusses zum MEG II, BT-Drucksache 16/5522, 44; vgl. auch Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 19.

kann.¹⁸⁹⁸ Wie im Verfahren nach § 8 HwO haben alle Landesregierungen von dieser Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht und den Handwerkskammern die Zuständigkeit für die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO übertragen.

Die örtliche Zuständigkeit ist für die Verwaltungsbehörde gegeben, in deren Bezirk das zulassungspflichtige Gewerbe betrieben werden soll. Hier gilt § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG.¹⁸⁹⁹ Dagegen kommt bei der Frage der örtlichen Zuständigkeit für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung eine Zuständigkeit nach gewöhnlichem Aufenthalt, wie sie in Ausnahmefällen durch § 3 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG geregelt ist, nur dann in Betracht, wenn der Antragsteller bereits einen Wohnsitz im Geltungsbereich der Handwerksordnung hat. Dieses dürfte in der Praxis aber eher selten sein.

III. Der Antrag auf Erteilung

Auch die Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO wird nur auf Antrag des Gewerbetreibenden erteilt und kann nicht von Amts wegen ersetzt werden.¹⁹⁰⁰ Dies bestimmt ausdrücklich § 1 Satz 1 EU/EWR HwV. Wie im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO sind nur natürliche Personen im Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO antragsberechtigt.¹⁹⁰¹

Allerdings ist nicht jeder Ausländer antragsberechtigt. Vielmehr sind Begünstigte der Vorschrift des § 9 Abs. 1 HwO nur Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz, § 9 Abs. 1 Satz 1 HwO. Im Zusammenhang mit der EU-Osterweiterung sind im Beitrittsabkommen keine Sonderregelungen für die Anerkennung von Berufsqualifikationen vorgesehen; auch die Staatsangehörigen dieser neuen Mitgliedstaaten der EU sind damit ohne Einschränkung antragsberechtigt.¹⁹⁰² Dagegen sind Bürger von Staaten, die mit der Europäischen Union assoziiert sind, nicht antragsberechtigt; das Gemeinschaftsrecht bindet lediglich die Mitgliedstaaten. Beispielsweise sind türkische Staatsangehörige nicht antragsberechtigt.¹⁹⁰³

¹⁸⁹⁷ Vgl. VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1992, GewArch 1992, 64, 66.

¹⁸⁹⁸ Vgl. aber zunächst Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 29, 30, die die Zuständigkeit bei der höheren Verwaltungsbehörde belassen wollte; dagegen Begründung Antrag Freistaat Bayern HwO-Novelle 2004, BR-Drucksache 466/03, 30, 32.

¹⁸⁹⁹ Ebenso Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und europäische Union. Ausländer-/Inländerdiskriminierung?, 11.

¹⁹⁰⁰ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 46; Czybulka, Gewerbenebenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, I, 115–218, 143; Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und europäische Union. Ausländer-/Inländerdiskriminierung?, 11.

¹⁹⁰¹ Vgl. Diefenbach, Das Urteil des europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern, GewArch 2001, 305–360, 306.

¹⁹⁰² Vgl. die Staatenliste bei Stork, in: Schwannecke, HwO, Stand 41. Lieferung, § 9 Rn 19.

¹⁹⁰³ Vgl. VG Frankfurt a. M., Urteil v. 11.01. 1980, THwE, 245.

Auch deutsche Staatsangehörige, die etwa ihren Wohnsitz in einem EU/EWR-Mitgliedstaat haben oder hatten, sind als Rückwanderer bezüglich der Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO antragsberechtigt.¹⁹⁰⁴

Zunächst aber sah § 9 HwO 1965 nur die Erteilung an Staatsangehörige der „übrigen Mitgliedstaaten“ der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vor. Entsprechend dieser Vorschrift regelte § 1 Abs. 1 EU/EWR HwV vom 04. August 1966 die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 HwO 1965 nur an Staatsangehörige der „übrigen Mitgliedstaaten“ vor. Daraus folgte, dass deutsche Staatsangehörige von der Vorschrift des § 9 HwO 1965 nicht erfasst wurden.¹⁹⁰⁵ Das Bundesverwaltungsgericht konnte in dieser Regelung keinen Verstoß gegen deutsches Verfassungsrecht, insbesondere gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung des Artikels 3 GG, feststellen.¹⁹⁰⁶

Der Europäische Gerichtshof hat dagegen im Jahr 1979 entschieden, dass als „Begünstigte“ im Sinne der Richtlinie 64/427 auch die eigenen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates sind, die innerhalb der Europäischen Union von der Personenverkehrsfreiheit Gebrauch gemacht haben und hierdurch diejenigen Berufsqualifikationen erworben haben, die nach den Regelungen in den Richtlinien als Voraussetzung für eine Anerkennung der Gleichwertigkeit genannt werden.¹⁹⁰⁷ Der Wortlaut des § 9 HwO 1965 wurde daher im Jahr 1985 entsprechend geändert; das Wort „übrigen“ wurde vor dem Begriff „Mitgliedstaaten“ gestrichen.¹⁹⁰⁸ Eine Umsetzung des Urteils in der EU/EWR HwV erfolgte durch Änderung der Überschrift und des § 1 Abs. 1 EU/EWR HwV im Jahr 1985, womit seit diesem Zeitpunkt auch Deutsche antragsberechtigt sind.¹⁹⁰⁹

In der Verordnungsbegründung der neuen EU/EWR HwV wird nunmehr ausdrücklich klar gestellt, dass auch für deutsche Staatsangehörige, die ihre Berufsqualifikation – oder Teile davon – in anderen Mitgliedstaaten der EU, des EWR oder in der Schweiz erworben haben, die Anerkennung dieser Berufsqualifikationen in der EU/EWR HwV geregelt ist.¹⁹¹⁰

Fraglich ist, ob der bereits in die Handwerksrolle eingetragene Handwerker ein Antragsrecht hat. Das Verwaltungsgericht Lüneburg vertritt die Meinung, dass dieser Handwerker eine

¹⁹⁰⁴ Ausdrücklich BVerwG, Beschluß v. 16.05. 1984, Buchholz 451.45 § 8 HwO Nr. 10, 5; BVerwG, Urteil v. 23.06. 1990, GewArch 1991, 386, 387; ebenso statt aller Hess. VGH, Urteil v. 31.10. 1989, GewArch 1990, 173, 175; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 50, 22; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 10; Czybulka, Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts, GewArch 1994, 89–95, 91; Beaucamp, Meister ade – Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl. 2004, 1458–1463, 1460; unklar Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 37.

¹⁹⁰⁵ Die Frage der möglichen Gleichstellung eines deutschen Staatsangehörigen mit von der Regelung des § 9 HwO 1965 begünstigten Staatsangehörigen der Mitglieds- und Vertragsstaaten ließ das OVG Lüneburg, Urteil v. 15.09. 1972, GewArch 1973, 65, 66, mit Anmerkung Becker, offen.

¹⁹⁰⁶ BVerwG, Beschluss v. 22.01. 1970, GewArch 1970, 129; sehr kritisch Czybulka, Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts, GewArch 1994, 89–95, 91.

¹⁹⁰⁷ EuGH, Urteil v. 07.02. 1979, NJW 1979, 1761.

¹⁹⁰⁸ Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Titels III der Gewerbeordnung und anderer gewerblicher Vorschriften vom 25. Juli 1984 (BGBl. I S. 1008, 1014).

¹⁹⁰⁹ Art. 1 der Vierten Verordnung zur Änderung der EWG-Handwerk-Verordnung vom 08.10. 1985 (BGBl. I, 1957).

Ausnahmebewilligung nach § 9 HwO nicht erhalten kann. Vielmehr führe der Weg für den bereits eingetragenen Handwerker über § 7 a HwO.¹⁹¹¹ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar heißt es in § 9 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz HwO wörtlich: „In den in (§ 9 Abs. 1) Satz 1 Nr. 1 (HwO) genannten Fällen bleibt § 8 Abs. 1 HwO unberührt“. Daraus folgt, dass für den Antragsteller ein Wahlrecht besteht, ob er den Weg über § 9 Abs. 1 HwO oder § 8 Abs. 1 HwO geht. Dagegen wird die Vorschrift des § 7 a HwO in § 9 Abs. 1 HwO nicht ausdrücklich genannt. Gleiches gilt für § 1 Abs. 1 EU/EWR HwV. Dieser Wortlaut könnte zunächst für die Meinung des Verwaltungsgerichts Lüneburg sprechen. Dagegen spricht aber zum einen, dass es sich bei der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO um einen Unterfall der Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO handelt, womit auch dem bereits in die Handwerksrolle eingetragenen Berufsbewerber ein Wahlrecht zwischen dem Verfahren nach § 7 a HwO und § 9 Abs. 1 HwO zusteht. Zum anderen würde ein Ausschluss der Antragsbefugnis betreffend eine Ausnahmebewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO für den bereits eingetragenen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates die Verwirklichung der durch das Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Niederlassungsfreiheit erschweren. Denn der Berufsbewerber müsste sich, würde man der Meinung des Verwaltungsgerichts Lüneburg folgen, der Überprüfung seiner Kenntnisse und Fertigkeiten in Fachpraxis und Fachtheorie im Einzelfall stellen, möglicherweise sogar durch eine Eignungsfeststellung. Einen solchen ausschließlichen Weg sieht die Handwerksordnung für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten, insbesondere unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts, aber gerade nicht vor. Folglich sind auch die bereits in die Handwerksrolle eingetragenen Staatsbürger eines Mitgliedstaates berechtigt, einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO zu stellen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmebewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO durch den Antragsteller erfüllt werden.

Für die Form des Antrages gelten die Ausführungen zu § 8 HwO. Ein entsprechendes Antragsformular ist in der Verwaltungspraxis auch hier gebräuchlich.

IV. Umfang der amtswegigen Prüfung

Die zuständige Behörde hat auch im Ausnahmebewilligungsverfahren nach § 9 Abs. 1 HwO das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmebewilligung zu prüfen; diese regelt im einzelnen die EU/EWR HwV. Gleichfalls hat sie die Pflicht der Prüfung anderer Möglichkeiten der Eintragung des Antragstellers in die Handwerksrolle.

Auch entscheidet die Behörde, wie im Verfahren nach § 8 HwO, darüber, ob die Tätigkeit, die der Antragsteller ausüben will, handwerksmäßig betrieben wird und vollständig oder in

¹⁹¹⁰ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 10

¹⁹¹¹ VG Lüneburg, Urteil v. 17.06. 2003, IBR 2003, 509.

wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe erfasst, das in der Anlage A aufgeführt ist. Dagegen hat sie nicht zu prüfen, ob der Antragsteller mit seinem Betrieb in die Handwerksrolle eingetragen werden kann; diese Entscheidung obliegt der Handwerkskammer.

Aufgrund der derzeitigen Zuständigkeitsübertragung für das Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO auf die Handwerkskammer prüft diese alle vorstehend genannten Voraussetzungen.

V. Das Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers

Wie auch im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO muß der Antragsteller auch im Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO ein Sachbescheidungsinteresse an der Entscheidung der Verwaltung haben.

Im Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO besteht nicht nur dann ein Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers, wenn dieser eine selbstständige Tätigkeit anstrebt. Vielmehr besteht dieses auch dann, wenn eine Betriebsleitertätigkeit angestrebt wird. Dies ergibt sich aus § 1 Satz 1 EU/EWR HwV, wonach eine Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO auch für eine Tätigkeit als Betriebsleiter erteilt werden kann. Durch diese Vorschrift wird Art. 2 Abs. 1 RL 2005/36/EG umgesetzt, der ausdrücklich die Geltung der Berufsanerkennungsrichtlinie auch für die Ausübung eines „reglementierten Berufs“ als abhängig Beschäftigter klarstellt und damit auch die gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit betrifft. Zudem besteht durch das Betriebsleitersystem im deutschen Handwerksrecht in § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO auch für abhängig Beschäftigte die Berufszugangsmöglichkeit bei Vorliegen der erforderlichen Berufsqualifikation.¹⁹¹²

Dieses rechtlich schutzwürdige Interesse fehlt dem Antragsteller dagegen dann, wenn er weder eine selbstständige Tätigkeit noch eine Betriebsleitertätigkeit anstrebt. Will der Antragsteller etwa das Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO zwecks der Anerkennung der Gleichwertigkeit seiner Berufsqualifikation zur Klärung von Eingruppierungsfragen betreiben, ist das Ausnahmegewilligungsrecht der Handwerksordnung nicht einschlägig. Als Grundlage für eine adäquate Einstufung von im Ausland erworbenen Berufsqualifikationen bietet sich hier der Europäische Qualifikationsrahmen an.¹⁹¹³

VI. Die Anhörung Dritter

Die Frage, ob die Beteiligung Dritter, also der Handwerkskammer und der fachlich zuständigen Innung oder Berufsvereinigung, durch ihre Anhörung im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 9 Abs. 1 HwO überhaupt geboten ist, wird nicht einheitlich behandelt.

¹⁹¹² Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 11.

¹⁹¹³ Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008, 177-186, 178; Detterbeck, HwO, 4. A., § 9 Rn 65.

Dazu vertreten Musielak/Detterbeck die Meinung, die Anhörung der Handwerkskammer und damit auch der vom Antragsteller benannten Berufsvereinigung bei der Erteilung einer im Rahmen des § 9 Abs. 1 HwO zu erteilenden Ausnahmegewilligung als gegenstandslos zu unterbleiben hat.¹⁹¹⁴ Dagegen hält Stork sowohl eine Anhörung der Handwerkskammer und damit auch der Berufsvereinigung für zulässig, soweit der Antragsteller diese benennt.¹⁹¹⁵ Der letztzitierten Meinung ist deshalb zu folgen, weil § 9 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz HwO ausdrücklich und ohne Einschränkung die Anwendung des § 8 Abs. 3 HwO und damit die Anhörung Dritter im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 9 Abs. 1 HwO regelt. Allerdings soll nach Meinung von Stork eine obligatorische Anhörung der Handwerkskammer und der Berufsvereinigung nicht erfolgen.¹⁹¹⁶ Dem kann nur hinsichtlich der Anhörung der Berufsvereinigung gefolgt werden, deren obligatorische Anhörung sich aus § 8 Abs. 3 Satz 2 HwO heraus verbietet.¹⁹¹⁷ Diese Einschränkung gilt allerdings nicht für die Beteiligung der Handwerkskammer, welche gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO stets anzuhören ist. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber eine andere Regelung getroffen und nicht auf § 8 Abs. 3 HwO verwiesen.

Aufgrund der Übertragung der Zuständigkeit für das Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO auf die Handwerkskammer entfällt derzeit diese Verfahrensstufe.

VII. Bearbeitungsdauer

Für die Verfahren, welche ausschließlich Niederlassungsvorgänge betreffen, wurde in der EU/EWR HwV 2004 bezüglich einer bestimmten Bearbeitungsdauer differenziert: Für die Fälle, die die Anerkennung einer Qualifikation des Antragstellers aufgrund praktischer Berufserfahrung gemäß § 1 EU/EWR HwV 2004 betrafen, war eine bestimmte Bearbeitungsdauer nicht geregelt. Erfolgte dagegen die Anerkennung der Befähigung aufgrund von Diplomen, Prüfungszeugnissen oder sonstigen Befähigungsnachweisen des Antragstellers gemäß § 3 Abs. 1 und 2 EU/EWR HwV 2004, musste eine Entscheidung über die Anerkennung spätestens vier Monate nach der Vorlage der vollständigen Unterlagen des Antragstellers ergehen, wobei die Entscheidung mit einer Begründung zu versehen ist. Dies bestimmte ausdrücklich § 3 Abs. 3 Satz 3 EU/EWR HwV 2004.

Die neue EU/EWR HwV 2007 beinhaltet dagegen in ihrem § 6 Abs. 3 detaillierte Fristenregelungen, die eine zügige Abwicklung des Anerkennungsverfahrens sicherstellen sollen. Zunächst ist die zuständige Behörde gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 EU/EWR HwV verpflichtet, dem Antragsteller binnen eines Monats den Empfang der Unterlagen zu bestätigen und die-

¹⁹¹⁴ Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 9 Rn 10.

¹⁹¹⁵ Stork, in: Schwannecke, § 9 HwO, Rn 27.

¹⁹¹⁶ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 27; an anderer Stelle spricht dieser dagegen von einer Anhörungspflicht der Handwerkskammer, vgl. Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 41.

¹⁹¹⁷ Ausführlich s. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt VI. 2.1.

sem mitzuteilen, ob Unterlagen fehlen. Eine Entscheidung zu einem Antrag nach den §§ 2 bis 4 EU/EWR HwV, so § 6 Abs. 3 Satz 2 EU/EWR HwV, muss spätestens drei Monate nach Einreichung der vollständigen Unterlagen ergangen sein. Durch die Formulierung „vollständige Unterlagen“ wird dabei klargestellt, dass die 3-Monats-Frist erst dann zu laufen beginnt, wenn diese der zuständigen Behörde vorliegen.¹⁹¹⁸ Durch dieses Vollständigkeitserfordernis wird verhindert, dass die Behörde eine Entscheidung trifft, obwohl ihr noch nicht alle entscheidungserheblichen Unterlagen vorliegen. In begründeten Fällen kann die Frist um einen Monat verlängert werden, § 6 Abs. 3 Satz 3 EU/EWR HwV. Eine besondere Fristenregelung trifft § 6 Abs. 3 Satz 4 EU/EWR HwV für den Fall, dass die Behörde berechnete Zweifel an der Echtheit von Bescheinigungen und Ausbildungsnachweisen oder an den dadurch verliehenen Rechten hat. Der Fristablauf ist hier so lange gehemmt, bis durch Nachfrage bei der zuständigen Behörde oder Stelle des Herkunftsstaates die Echtheit der vorgelegten Unterlagen oder die dadurch verliehenen Rechte überprüft sind. Bei Nichteinhaltung der Bearbeitungsfristen stehen dem Antragsteller die Rechtsbehelfe nach §§ 68 Abs. 2, 75 VwGO zur Verfügung.¹⁹¹⁹

4. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO

Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO regelt nicht die Vorschrift selbst. Insoweit besteht ein Unterschied zu der Regelung in § 8 HwO, der die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegewilligung nennt. Die Vorschrift des § 9 Abs. 1 HwO unterscheidet hingegen lediglich zwischen denjenigen Staatsangehörigen der Mitglied- und Vertragsstaaten und der Schweiz, die eine Niederlassung im Inland unterhalten und denen, die keine Niederlassung im Inland unterhalten. Vielmehr bestimmt zum einen die EU/EWR HwV die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO. Weiter ist denkbar, dass sich das Erfordernis des Vorliegens weiterer Voraussetzungen aus anderen Rechtsvorschriften ergibt.

Dabei ist, wie bei der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO, zwischen der unbeschränkten und beschränkten Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO zu unterscheiden.

¹⁹¹⁸ Ausdrücklich Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 22; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 103.

¹⁹¹⁹ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 22.

I. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO

Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO verlangt das Vorliegen eines Ausnahmefalls sowie den Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten. Diese Anspruchsvoraussetzungen werden grundsätzlich auch im Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO gefordert, wobei zum Verfahren nach § 8 HwO jedoch erhebliche Unterschiede bestehen.

1. Der Ausnahmegrund

Während für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO in jedem Einzelfall das Vorliegen eines Ausnahmefalls vorausgesetzt wird, wird dieser einzelfallbezogen bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO nicht verlangt. Vielmehr gilt dieser für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweizer Eidgenossenschaft kraft Gesetzes, was sich aus der Regelung in § 9 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz HwO, wonach in den in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO genannten Fällen § 8 Abs. 1 HwO unberührt bleibt, ergibt.¹⁹²⁰ Denn einem Ausländer wird in der Regel eine zur Meisterprüfung führende Ausbildung und ein entsprechender Berufsweg nicht zur Verfügung gestanden haben.¹⁹²¹ Allerdings muß der Antragsteller die in der EU/EWR HwV normierten Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung erfüllen.

Damit knüpft der Gesetzgeber die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO an rechtliche Bedingungen, die gegenüber Inländern, die ausschließlich im Inland handwerklich tätig gewesen sind, zumindest bis zur HwO-Novelle 2004, günstiger waren.¹⁹²²

3. Der Nachweis der Befähigung

Im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO hat der Antragsteller die für die Ausübung des betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen. Gleiches gilt für das Verfahren nach § 9 HwO.

Während aber im Verfahren nach § 8 HwO eine diesbezügliche Einzelfallüberprüfung der Befähigung des Antragstellers stattfindet, etwa durch eine Eignungsfeststellung,¹⁹²³ wird im

¹⁹²⁰ Ausdrücklich Beschlussempfehlung und Bericht des 9. Ausschusses zum MEG II, BT-Drucksache 16/5522, 44; vgl. auch Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 45; Früh, Die Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht und das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Erleichterung des Gewerbezugangs, GewArch 2001, 58–60, 59; Detterbeck, HwO, 4. A., § 9 Rn 12.

¹⁹²¹ BVerwG, Beschluss v. 22.01. 1970, GewArch 1970, 129, 130; OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 20.01. 1998, GewArch 1998, 195, 196; VG Stuttgart, Urteil v. 29.11. 1991, GewArch 1992, 425, 428; VG Stade, Urteil v. 31.08. 1998, GewArch 1999, 120, 121.

¹⁹²² vgl. BVerwG, Beschluss v. 22.01. 1970, GewArch 1970, 129, 130; Karsten, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn 6; Kormann/Hüpers, Das neue Handwerksrecht, 41, stellen sogar die Frage, ob die Vorschrift des § 7 b HwO zu einer Besserstellung der Inländer gegenüber den EU/EWR-Ausländern führt.

Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO auf diese im Regelfall verzichtet. Vielmehr wird hier die Fähigkeit zur verantwortlichen Ausübung eines Handwerks allein durch die Anerkennung von Berufsqualifikationen geführt, also unter deutlich erleichterten Bedingungen in fachlicher Hinsicht.¹⁹²⁴ Die Anforderungen regelt die EU/EWR HwV, wobei zwei Wege aufgezeigt werden: Zum einen kann der Nachweis der Befähigung durch die tatsächliche Ausübung eines Handwerks unter den in § 2 EU/EWR HwV genannten Voraussetzungen geführt werden, also auf Grundlage praktischer Berufserfahrungen. Zum anderen kann die Anerkennung der Befähigung gemäß §§ 3 und 4 EU/EWR HwV durch die Prüfung von Diplomen, Prüfungszeugnissen oder sonstigen Befähigungsnachweisen des Antragstellers auf ihre Gleichwertigkeit mit den im innerstaatlichen Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten erfolgen.

2.1. Die Anerkennung auf Grundlage praktischer Berufserfahrungen gemäß § 2 EU/EWR HwV

Die maßgeblichen Voraussetzungen finden sich dazu in § 2 EU/EWR HwV, der für die Anerkennung auf Grundlage praktischer Berufserfahrungen umfassende Regelungen trifft. Dabei wird eine mehrjährige Berufserfahrung mit herausgehobener beruflicher Verantwortung gefordert.¹⁹²⁵ Allerdings bestimmt § 2 Abs. 1 Satz 2 EU/EWR HwV ausdrücklich, dass die Gesundheitsheitshandwerke, die Nummern 33 bis 37 der Anlage A zur Handwerksordnung, nicht von der Regelung der Anerkennung von Berufserfahrung erfasst werden.

2.1.1. Die fünf Anerkennungsalternativen zu den praktischen Berufserfahrungen

Das System der Berufsanerkennung in der EU/EWR HwV stützt sich auf verschiedene Arten der praktischen Berufserfahrung. Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV bestimmt diesbezüglich, dass der Antragsteller die notwendige Berufserfahrung in dem betreffenden Gewerbe besitzen muss, für das eine Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle begehrt wird. Der Antragsteller muss also die notwendige Berufserfahrung bereits vor Antragstellung erworben haben. Zur Erfüllung dieser Voraussetzung nennt § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV enumerativ fünf Anerkennungsalternativen, während die EU/EWR HwV 2004 in ihrem § 1 nur vier Alternativen aufzeigte. Dabei werden sowohl Tätigkeiten als Selbstständiger, als Betriebsverantwortlicher sowie als Arbeitnehmer berücksichtigt. Die

¹⁹²³ S. o. 3. Kapitel 3. Abschnitt I. 4.2.8.

¹⁹²⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 73; Nds. OVG, Beschluss v. 30.06. 2003, GewArch 2003, 487, 488, 489; Früh, Die Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht und das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Erleichterung des Gewerbezugangs, GewArch 2001, 58–60, 59; Diefenbach, Zu Fragen der Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshof vom 09.12.1999 und des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000, GewArch 2001, 353–360, 358; Meyer, Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 3. Oktober 2000-Rs C-58/98- auf das deutsche Handwerksrecht, GewArch 2001, 265–276, 265.

Zeit der nachzuweisenden verantwortlichen Betriebsführung verkürzt sich bei entsprechender Fachausbildung, was im Ergebnis zu zwei Fallgruppen bei der Anerkennung der Berufserfahrung führt. Den Anerkennungsalternativen ist gemein, dass sie insgesamt eine mindestens sechsjährige Ausübung der betreffenden Tätigkeit voraussetzen.

Die erste Fallgruppe bei den Anerkennungsalternativen betrifft die Fälle, in denen allein auf das Vorhandensein einer einschlägigen Berufserfahrung abgestellt wird. § 2 Abs. 2 Nr. 1 EU/EWR HwV verlangt als erste Anerkennungsalternative eine mindestens sechs Jahre ununterbrochene Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsverantwortlicher. Die vierte Anerkennungsalternative verlangt in § 2 Abs. 2 Nr. 4 EU/EWR HwV eine mindestens drei Jahre ununterbrochene Tätigkeit als Selbstständiger und eine mindestens fünf Jahre andauernde Tätigkeit als Arbeitnehmer.

Das Erfordernis einer einschlägigen Berufserfahrung kombiniert die zweite Fallgruppe mit der einer vorangegangenen Ausbildung. Eine mindestens drei Jahre ununterbrochene Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsverantwortlicher ist nach mindestens dreijähriger Ausbildung in der Tätigkeit ausreichend, § 2 Abs. 2 Nr. 2 EU/EWR HwV. Eine mit der EU/EWR HwV 2007 neu eingefügte Kombination enthält die dritte Anerkennungsalternative; diese verlangt eine mindestens vier Jahre ununterbrochene Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsverantwortlicher und eine der Tätigkeit vorangegangene zweijährige Ausbildung, § 2 Abs. 2 Nr. 3 EU/EWR HwV. Letztlich ist nach der fünften Anerkennungsalternative, die § 2 Abs. 2 Nr. 5 Satz 1 EU/EWR HwV festschreibt, eine mindestens fünfjährige ununterbrochene Tätigkeit in einer leitender Stellung eines Unternehmens, von denen mindestens drei Jahre auf eine Tätigkeit mit technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens, entfallen müssen, nachdem der Antragsteller in dem betreffenden Beruf eine mindestens dreijährige Ausbildung erhalten hat, ausreichend. Allerdings findet die letztgenannte Anerkennungsalternative auf das Friseurhandwerk keine Anwendung, so ausdrücklich § 2 Abs. 2 Nr. 5 Satz 2 EU/EWR HwV. Dies folgt aus der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe aus Art. 17 Abs. 3 RL 2005/36/EG; eine entsprechende Bereichsausnahme enthielt schon die Vorgängerregelung in der EU/EWR HwV.¹⁹²⁶

Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 EU/EWR HwV definiert den Begriff des Betriebsverantwortlichen im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 EU/EWR HwV; diese entspricht der Richtlinien-Definition in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe i RL 2005/36/EG. Der Verordnungsgeber hat dabei

¹⁹²⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 05.12.2005, GewArch 2006, 71, 72.

¹⁹²⁶ Vgl. dazu Hollje-Lüerßen, Gerriet: Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung. Dissertation Oldenburg 1996. 51, 52, 55.

den Begriff des Betriebsleiters, den noch § 1 EU/EWR HwV 2004 enthielt, durch den Begriff des Betriebsverantwortlichen in der neuen EU/EWR HwV ersetzt. Dadurch sollen Verwechslungen mit dem im Rahmen des deutschen Handwerksrechts fest umrissenen Begriff des Betriebsleiters nach § 7 Abs. 1 HwO, der nicht inhaltsgleich mit der Richtlinien-Definition ist, vermieden werden; allerdings ist die Definition inhaltlich weitgehend gleich geblieben. Allein die zweite Anerkennungsvariante in § 2 Abs. 2 Nr. 2 EU/EWR HwV stellt nunmehr darauf ab, dass der Antragsteller als Stellvertreter des Unternehmers eine der vertretenen Person vergleichbare Verantwortung getragen haben muss, während bisher die Verantwortung der des Vertretenen entsprechen musste.¹⁹²⁷

§ 2 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EU/EWR HwV nennt drei Alternativen: Danach ist zum einen derjenige Betriebsverantwortlicher, der in einem Unternehmen des entsprechenden Gewerbes als Leiterin oder Leiter des Unternehmens oder einer Zweigniederlassung tätig war. Die zweite Alternative umfasst die Tätigkeit als Stellvertreterin oder Stellvertreter einer Inhaberin oder eines Inhabers oder einer Leiterin oder eines Leiters des Unternehmers, wenn mit dieser Stellung eine Verantwortung verbunden ist, die der der vertretenen Person vergleichbar ist. Schließlich ist ein Betriebsverantwortlicher die Person, die in leitender Stellung mit kaufmännischen oder technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens tätig ist.

Eine leitende Stellung im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 3 EU/EWR HwV setzt einen entscheidenden Anteil des Arbeitnehmers an der Leitung des Betriebes voraus. Dabei muss dieser ein bedeutsames Aufgabengebiet anstelle des Arbeitgebers im Wesentlichen selbstständig und eigenverantwortlich mit eigenem erheblichem Entscheidungsspielraum wahrnehmen. Eine „Vorgesetztenstellung“, deren ausschließlicher Zweck darin besteht, den arbeitstechnischen Ablauf der Produktion nach vorgegebenen Daten sicherzustellen, genügt diesen Anforderungen nicht. Vielmehr kann eine „leitende Stellung“ nur dann vorliegen, wenn „unternehmerische (Teil-)Funktionen“ wahrgenommen werden. Derartige Funktionen können folglich nur von „leitenden Angestellten“ wahrgenommen werden, wobei diese ein bedeutsames Aufgabengebiet anstelle des Arbeitgebers im Wesentlichen selbstständig und unter eigener Verantwortung zu leiten haben. Entscheidende Abgrenzungskriterien der Stellung des „leitenden Angestellten“ gegenüber anderen Arbeitnehmern sind der eigene erhebliche Entscheidungsspielraum und die unmittelbare Beeinflussung der Zielvorstellung und der Produktion des gesamten Unternehmens durch seine Tätigkeit. Dies unterscheidet den leitenden Angestellten von einem Arbeitnehmer in einer Vorgesetztenstellung.¹⁹²⁸ Demzufolge kann die Tätigkeit eines Antragstellers, der als Maurer-Vorarbeiter beschäftigt war und eine Arbeitsgruppe

¹⁹²⁷ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 16; Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008, 177-186, 179.

¹⁹²⁸ Ebenso zur Abgrenzung Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 72.

von fünf bis neun Personen geleitet hat, nicht als leitende Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 3 HwV eingeordnet werden, ebenso wie die Tätigkeit des Antragstellers als Werkpolier.¹⁹²⁹

Voraussetzung für die Anerkennung der betreffenden handwerklichen Tätigkeit ist selbstverständlich, dass der Antragsteller diese während des maßgeblichen Zeitraums auch tatsächlich ausgeübt hat. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV. Eine bloße nominelle Inhaberschaft, etwa die Eintragung des Antragstellers als Gewerbetreibender in einem im Ausland geführten Firmenregister, ist nicht ausreichend. Gleiches gilt für ein Strohmannunternehmen. Erforderlich ist vielmehr die tatsächliche Ausübung des Handwerks.¹⁹³⁰

Zudem darf die ausgeübte Tätigkeit gemäß § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV in den Fällen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 EU/EWR HwV vom Zeitpunkt der Antragstellung an gerechnet nicht vor mehr als zehn Jahren beendet worden sein. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift ist es zwingend geboten, vor mehr als zehn Jahren beendete Tätigkeiten nicht zu berücksichtigen. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Fiktion des Befähigungsnachweises durch bestimmte Tätigkeiten in § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV, der auf eine schwierige und zeitaufwendige Einzelfallprüfung verzichtet. Innerhalb der mit zehn Jahren bemessenen Frist ist von der Fortdauer der durch entsprechende Berufspraxis im Herkunftsland erworbenen Befähigung auszugehen. Nach der Lebenserfahrung kann aber bei weit länger als zehn Jahre zurückliegenden Tätigkeiten nicht ohne weiteres, also ohne eine Einzelfallprüfung, von der Fortdauer der Befähigung ausgegangen werden. Daher kann durch diese Tätigkeiten der Befähigungsnachweis im Ausnahmewilligungsverfahren nach § 9 Abs. 1 HwO nicht fiktiv geführt werden. Das gilt auch dann, wenn der Herkunftstaat erst nach Ablauf der für den Antragsteller maßgeblichen Zehn-Jahresfrist der Europäischen Union beigetreten ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frist mit zehn Jahren „recht wohlwollend“ bemessen ist.¹⁹³¹

Eine Definition des Begriffs „Ausbildung“ im Sinne der Vorschrift des § 2 EU/EWR HwV ist in der EU/EWR HwV nicht enthalten. Der Europäische Gerichtshof versteht darunter eine Ausbildung, die in dem Mitgliedstaat, in dem sie erworben wurde, Zugang zu dem betreffenden Beruf gewährt.¹⁹³² Eine umfassende Definition liefert Art. 3 Abs. 1 Buchstabe e RL

¹⁹²⁹ vgl. VG Stuttgart, Urteil v. 29.11. 1991, GewArch 1992, 425, 427.

¹⁹³⁰ BVerwG, Beschluss v. 30.09. 1986, Buchholz 451.45 § 9 HwO Nr. 1, 1; VG Stuttgart, Urteil v. 28.02. 1986, GewArch 1987, 28; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 20; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 73; Czybulka, Gewerbenenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, I, 115–218, 143; Früh, Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?, GewArch 1998, 402–406, 402.

¹⁹³¹ OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27; Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008,

¹⁹³² EuGH, Urteil „van de Bijl“ v. 27.09. 1989, Slg. 1989 S. 3039 Rn 32.

2005/39/EG: Danach ist eine reglementierte Ausbildung eine Ausbildung, die speziell auf die Ausübung eines bestimmten Berufs ausgerichtet ist und aus einem abgeschlossenen Ausbildungsgang oder mehreren abgeschlossenen Ausbildungsgängen besteht, der gegebenenfalls durch eine Berufsausbildung, durch ein Berufspraktikum oder durch Berufspraxis ergänzt wird. Dabei muß deren Aufbau und Niveau in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des jeweiligen Mitgliedstaats festgelegt sind oder von der zu diesem Zweck bestimmten Stelle kontrolliert oder genehmigt werden.

2.1.2. Die ausgeübte Tätigkeit als wesentliche Tätigkeit des Gewerbes der Anlage A zur Handwerksordnung

Als weitere Voraussetzung bestimmt § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV, dass die ausgeübte Tätigkeit zumindest eine wesentliche Tätigkeit des Gewerbes umfasst haben muß, für das die Ausnahmegenehmigung beantragt wird.¹⁹³³

Wie die betreffende Tätigkeit, die der Antragsteller in Deutschland ausüben will, im Herkunftsland eingeordnet wird, ist nicht entscheidend. So kommt es nicht darauf an, ob die betreffende Tätigkeit im Rahmen eines handwerklichen oder eines industriellen Berufes ausgeübt wurde.¹⁹³⁴ Lediglich die faktische selbstständige Ausübung einer inhaltsgleichen Tätigkeit über einen bestimmten Zeitraum dient als Anerkennungsgrundlage.

2.1.3. Die „ununterbrochene Tätigkeit“

Ausdrücklich wird in den fünf Anerkennungsalternativen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 EU/EWR HwV verlangt, dass es sich bei der nachzuweisenden Tätigkeit um eine „ununterbrochene Tätigkeit“ in einem anderen Mitgliedstaat, in einem anderen Vertragsstaat oder in der Schweiz handelt. Die Tätigkeit darf daher nicht aus einem anderen Grund unterbrochen worden sein als durch eine nicht lang andauernde, also kurze Erkrankung, oder durch den üblichen Urlaub.¹⁹³⁵

¹⁹³³ Vgl. BVerwG, Beschluss v. 30.09. 1986, Buchholz 451.45 § 9 HwO Nr. 1, 1; VG Stuttgart, Urteil v. 29.11. 1991, GewArch 1992, 425, 427.

¹⁹³⁴ So auch Klinge, Europäisches Niederlassungsrecht im Handwerk, WiVerw 1987, 137–158, 143; Pechstein, Matthias. Kubicki, Philipp: Dienstleistungsfreiheit im Baugewerbe für polnische Handwerker. EuZW 2004, 167–172. 172.

¹⁹³⁵ EuGH, Urteil „van de Bijl“ v. 27.09. 1989, Slg. 1989 S. 3039 Rn 16; Schwannecke, System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk, WiVerw 2001, 247–259, 255; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 73.

2.1.3.1. Das Erfordernis der Tätigkeit in einem „einzigem“ Mitgliedstaat oder Vertragsstaat

Nicht einheitlich wird in diesem Zusammenhang die Frage behandelt, ob sich aus dem Tatbestandsmerkmal der „ununterbrochenen Tätigkeit“ ergibt, dass diese in einem „einzigem“ Mitgliedstaat oder Vertragsstaat ausgeübt worden sein muss.

Dazu vertritt Czybulka die Meinung, dass das Gegenteil auf der Hand liegt: Es müsse dem Betreffenden möglich sein, seine Qualifikation, sei es in der Ausbildung, sei es bei der verlangten selbstständigen Tätigkeit, in einer Art moderner „Wanderschaft“ in mehreren Mitglieds- oder Vertragsstaaten zu erwerben. Das Erfordernis der dauerhaften Niederlassung in einem einzigen Staat sei widersinnig und gegen jede Tradition im Handwerk selbst; das Handwerk würde sich anderenfalls internationalen Entwicklungen und Erfahrungen verschließen. Letztendlich lasse sich das Gegenteil auch nicht aus dem Wortlaut der einschlägigen Vorschrift in der EU/EWR HwV ableiten.¹⁹³⁶

Der Europäische Gerichtshof kommt dagegen zu Recht zu einem anderen Ergebnis. Danach lässt es die Voraussetzung der „ununterbrochenen“ Tätigkeit nicht zu, dass der Antragsteller die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, auch wenn die Unternehmenstätigkeit im Herkunftsland nicht aufgegeben worden ist.¹⁹³⁷ Damit interpretiert der Europäische Gerichtshof das Erfordernis der ununterbrochenen Tätigkeit als Residenzpflicht. Dieses Ergebnis ist deshalb sachgerecht, weil der Nachweis der Befähigung im Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO allein durch die Anerkennung von Berufsqualifikationen erfolgt, also unter erleichterten Bedingungen. Das Verlangen nach einer gewissen Kontinuität beim Nachweis auf Grundlage der praktischen Berufserfahrungen ist daher gerechtfertigt.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob Ausbildung und ausgeübte Tätigkeit in ein und demselben Mitgliedstaat zurückgelegt sein müssen. Nach Meinung von Honig ist dies nicht zwingend notwendig.¹⁹³⁸ So urteilt auch der Europäische Gerichtshof: Die Ausbildung kann danach auch in einem anderen Mitgliedstaat als dem absolviert worden sein, in dem die Tätigkeiten ausgeübt worden sind;¹⁹³⁹ damit wird der Niederlassungsfreiheit Rechnung getragen.

¹⁹³⁶ Czybulka, Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, GewArch 1994, 89–95, 93.

¹⁹³⁷ EuGH, Urteil „van de Bijl“ v. 27.09. 1989, Slg. 1989 S. 3039 Rn 19; zustimmend Schwannecke, System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk, WiVerw 2001, 247–259, 255, 256; vgl. auch VG Stuttgart, Urteil v. 28.02. 1986, GewArch 1987, 176.

¹⁹³⁸ Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 34; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 21.

¹⁹³⁹ EuGH, Urteil „van de Bijl“ v. 27.09. 1989, Slg. 1989 S. 3039 Rn 32.

2.1.3.2. Das Erfordernis der ausschließlichen Tätigkeit in einem bestimmten Handwerk

Fraglich ist, ob die Voraussetzung einer „ununterbrochenen Tätigkeit“ in § 2 Abs. 1 EU/EWR HwV dahingehend auszulegen ist, dass der Antragsteller eine ausschließliche Tätigkeit in einem bestimmten Handwerk ausgeübt hat.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass, wenn der Antragsteller gleichzeitig mehrere Handwerke ausgeübt hat, für das einzelne Handwerk keine ununterbrochene mehrjährige selbstständige Tätigkeit vorliegt. In diesen Fällen sei grundsätzlich für kein Handwerk die Erteilung einer Ausnahmegewilligung möglich. Eine andere Beurteilung sei allerdings in den Fällen geboten, in denen im Rahmen eines einheitlichen Betriebes handwerkliche Tätigkeiten ausgeübt werden, die nach der einschlägigen Regelung in der Handwerksordnung miteinander verwandt sind oder zumindest in einem engen fachlichen Zusammenhang miteinander stehen und im Herkunftsland vielleicht berufsrechtlich nicht getrennt sind. In diesen Fällen wäre, wobei stets auf den Einzelfall abzustellen ist, von einer Erfüllung der Voraussetzungen der Ausnahmeregelung nach § 9 Abs. 1 HwO für die Handwerke auszugehen, die die ausgeübten Tätigkeiten im Herkunftsland umfassen.¹⁹⁴⁰ Wenn es sich allerdings um fachlich völlig unterschiedliche Handwerke handelt, seien für keines der Handwerke die Voraussetzungen erfüllt. Besteht eine relative fachliche Verbundenheit, wäre darüber zu entscheiden, auf welchem Gebiet der Schwerpunkt der selbstständigen Ausübung im Herkunftsland liegt, wenn auch kein Verwandtschaftsverhältnis besteht. Eine Ausnahmegewilligung könne dann nur für dieses Handwerk erteilt werden.

Diese Meinung kann aber nicht überzeugen. Würde man ihr folgen, wäre es dem Antragsteller aufgrund der Zehn-Jahres-Frist des § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 4 EU/EWR HwV nicht möglich, die Erlaubnis zur Ausübung von mehr als zwei Tätigkeiten zu erlangen. Daher kann auch nach Meinung des Europäischen Gerichtshofs nicht verlangt werden, dass die Zeiten der tatsächlichen Ausübung von verschiedenen Berufen, deren Tätigkeitsbereich durch die Rechtsvorschriften des Aufnahme - Mitgliedstaates definiert worden sind, durch den Antragsteller gesondert zurückgelegt worden sein müssen.¹⁹⁴¹ Allerdings muss deren Ausübung von den zuständigen Stellen des Herkunfts - Mitgliedstaates bescheinigt worden sein. Legt danach ein Berufsbewerber eine sogenannte „EU-Bescheinigung“ vor, in der ihm die mehrjährige gleichzeitige Ausübung von drei verschiedenen Tätigkeiten, beispielsweise eines Dachdeckers, Klempners und Zimmermanns bestätigt wird, ist die Voraussetzung der ununterbrochenen Tätigkeit für diese Handwerke erfüllt.

¹⁹⁴⁰ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 73; Klinge, Europäisches Niederlassungsrecht im Handwerk, WiVerw 1987, 137–158, 142.

¹⁹⁴¹ EuGH, Urteil v. 29.10. 1998, GewArch 1999, 107, 108; ebenso Detterbeck, HwO, 4. A., § 9 Rn 6; Hönig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 20.

2.1.3.3. Die Frage der Berücksichtigung handwerklicher Tätigkeit in Deutschland

Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV bestimmt, dass der Antragsteller die betreffende Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat der EU, einem Vertragsstaat des EWR oder in der Schweiz ausgeübt haben muss. Fraglich ist, ob bei der Ausübung der Tätigkeit nur solche zu berücksichtigen sind, die in den genannten Staaten ausgeübt worden sind. Denkbar wäre, dass auch in Deutschland ausgeübte Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Dabei ist zu bedenken, dass die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und die zu ihrer Flankierung erlassenen Richtlinien zur Anerkennung von Berufsqualifikationen nicht bei rein internen Sachverhalten anwendbar sind. Darunter versteht man solche, denen jeglicher Bezug zu irgendeinem der Tatbestände fehlt, die das Gemeinschaftsrecht regelt, denen Merkmale also sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen.¹⁹⁴²

Schon allein nach dem ausdrücklichen Wortlaut der des § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV muß die nachzuweisende Tätigkeit zwingend in einem „anderen Mitgliedstaat, einem anderen Vertragsstaat oder in der Schweiz“ ausgeübt worden sein und nicht in der Bundesrepublik Deutschland. Damit sind die auf § 9 Abs. 1 HwO basierenden Ausnahmeregelungen nicht bei rein internen Sachverhalten, deren Merkmale also nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen, anwendbar.¹⁹⁴³ Auch dann, wenn ein Auslandsbezug vorhanden ist, dieser aber in missbräuchlicher Weise zwecks Rechtsumgehung herbeigeführt wurde, ist die Berufung von Deutschen auf die Regelungen der EU/EWR HwV unzulässig.¹⁹⁴⁴

Abgesehen vom Verordnungswortlaut spricht auch Sinn und Zweck der Regelung für die ausschließliche Berücksichtigung von Tätigkeiten, die in einem anderen Mitgliedstaat oder einem anderen Vertragsstaat ausgeübt worden sind. Die Niederlassungsfreiheit soll die Inländergleichbehandlung niedergelassener EU-Bürger gewährleisten. Es würde Sinn und Zweck dieser Regelung widersprechen, von einem ausländischen EU-Angehörigen, der das betreffende Handwerk in seinem Heimatland jahrelang ausgeübt hat, das Absolvieren des handwerklichen Ausbildungsgangs in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend der Handwerksordnung und den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten in einem förmlichen Prüfungsverfahren zu verlangen.

¹⁹⁴² Ausführlich Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 47.

¹⁹⁴³ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 10; EuGH, Urteil v. 16.02. 1995, 195, Rn 9; BVerwG, Beschluß v. 16.05. 1984, Buchholz 451.45 § 8 HwO Nr. 10, 5; BVerwG, Urteil v. 26.06. 1990, Buchholz 451.45 § 9 HwO Nr. 2, 8, 9; BVerwG, Beschluß v. 03.12. 1992, Buchholz § 9 HwO Nr. 3, 14; BVerwG, Urteil v. 08.11. 1996, BVerwGE 102, 204, 210; BVerwG, Beschluss v. 27.05. 1998, GewArch 1998, 470; Bay. VGH, Beschluss v. 12.07. 2001, GewArch 2001, 422; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 20.01. 1998, GewArch 1998, 195, 196; VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25; OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27; Schwannecke, System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk, WiVerw 2001, 247–259, 256; Leisner, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, 445–453, 446; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 10; Detterbeck, HwO, 4. A., § 9 Rn 11; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 63.

Hat hingegen der EU-Ausländer jahrelang handwerkliche Tätigkeiten in der Bundesrepublik ausgeübt, befindet er sich in der gleichen Situation wie der inländische Handwerker. Es würde eine ungerechtfertigte Bevorzugung des EU-Ausländers und damit eine Inländerdiskriminierung darstellen, wenn man ihm in diesem Fall eine Ausnahmegewilligung gemäß § 9 HwO erteilt, während der inländische Handwerker den in der Handwerksordnung vorgeschriebenen Ausbildungsgang durchlaufen muss. Im Ergebnis sind daher nur in einem anderen Mitgliedstaat, in einem anderen Vertragsstaat oder in der Schweiz ausgeübte Tätigkeiten zu berücksichtigen.¹⁹⁴⁵

2.1.3.4. Legale Tätigkeit

Auch im Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO gilt, dass nur legale Tätigkeiten des Antragstellers zu berücksichtigen sind, diese also nach der jeweiligen Rechtsordnung zulässig gewesen sein müssen.¹⁹⁴⁶ Das ergibt sich zwingend daraus, dass Rechte nur aus einer rechtmäßigen Betätigung hergeleitet werden können. Anderenfalls würden die Berufsbewerber benachteiligt, die sich rechtstreuen verhalten haben und sich nicht aus illegaler Tätigkeit einen Vorteil verschafft haben.

Für dieses Ergebnis spricht auch eine entsprechende Regelung in der neuen Berufsanerkenntnisrichtlinie 2005/36/EG. Diese definiert in Art. 3 Abs. 1 f den Begriff „Berufserfahrung“ als die tatsächliche und rechtmäßige Ausübung des betreffenden Berufes in einem Mitgliedstaat.

2.2. Die Anerkennung von Ausbildungs- und Befähigungsnachweisen

Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO kommt auch bei einer den im innerstaatlichen Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten gleichwertigen Berufsqualifikation des Antragstellers in Betracht.

Die Vorschrift des § 3 EU/EWR HwV regelt dazu, unter welchen Voraussetzungen eine vom Antragsteller erworbene Berufsqualifikation als gleichwertig anzuerkennen ist. Ergänzend regelt § 4 EU/EWR HwV die Frage der Gleichstellung von bestimmten Ausbildungen mit den in § 3 EU/EWR HwV genannten beruflichen Prüfungen.

¹⁹⁴⁴ Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008, 177-186, 178.

¹⁹⁴⁵ Ebenso Klinge, Europäisches Niederlassungsrecht im Handwerk, WiVerw 1987, 137-158, 142; vgl. auch OVG Bremen, Urteil v. 12.06. 1992, GewArch 1993, 26, 27; a. A. Mirbach, Horst. Anfang vom Ende des Meisterzwang?. NVwZ 2001, 161-163. 163.

¹⁹⁴⁶ Ausdrücklich VGH Bad.-Württ., Urteil v. 07.11. 2003, GewArch 2004, 21, 25.

2.2.1. Subsidiarität der Anerkennung beruflicher Qualifikationen

Für die Regelungen über die Anerkennung beruflicher Qualifikationen nach §§ 3 und 4 EU/EWR HwV ist nur dann Raum, wenn aus besonderen und außergewöhnlichen Gründen eine Anerkennung von Berufserfahrung nach § 2 EU/EWR HwV nicht möglich ist. Dies folgt aus Art. 10 Buchstabe a RL 2005/36/EG, wonach die Regelungen über die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen in den Art. 11 bis 15 für die in Anhang IV der Richtlinie aufgeführten Tätigkeiten – zu denen alle Berufe der Anlage A zur Handwerksordnung mit Ausnahme der Gesundheitshandwerke gehören - gelten, wenn der Migrant die Anforderungen der Art. 17, 18 und 19 nicht erfüllt. Aufgrund dieser Subsidiarität der Anerkennung beruflicher Qualifikationen hat der Antragsteller kein echtes Wahlrecht, auch wenn er neben der erforderlichen Berufserfahrung ebenfalls die Voraussetzungen der Anerkennung beruflicher Qualifikationen erfüllt. Der Antragsteller ist in diesen Fällen auf den Weg der Anerkennung praktischer Berufserfahrung nach § 2 EU/EWR HwV zu verweisen; dieses Anerkennungsverfahren ist in der Regel auch leichter durchzuführen, sofern eine EU-Bescheinigung beigebracht werden kann.¹⁹⁴⁷ Lediglich Antragsteller aus den Gesundheitshandwerken, für die das Anerkennungsverfahren nach § 2 EU/EWR HwV nicht offensteht, müssen stets das Verfahren über die Anerkennung beruflicher Qualifikationen beschreiten.

2.2.2. Die Anerkennung gemäß § 3 EU/EWR HwV

Auch die Vorschrift des § 3 EU/EWR HwV zeigt verschiedene Wege der Berufsankennung auf; sie nennt in Anlehnung an Art. 13 RL 2005/36/EG drei Fallgruppen bezüglich der Anerkennung der Berufsqualifikation des Antragstellers und spiegelt damit deren Aufbau wieder.

Die Fälle, in denen im Herkunftsstaat des Antragstellers die fragliche berufliche Betätigung reglementiert ist, also eine bestimmte berufliche Qualifikation Voraussetzung für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit ist, regelt § 3 Abs. 1 und 2 EU/EWR HwV. Umgesetzt wird damit Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 11 RL 2005/36/EG. § 3 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV, wonach Voraussetzung für die Anerkennung von Befähigungs- oder Ausbildungsnachweisen aus einem anderen Mitgliedstaat der EU, einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den EWR oder aus der Schweiz eine bescheinigte Berufsqualifikationsstufe des Antragstellers zumindest unmittelbar unter dem im Inland geforderten Niveau ist. Das fünfstufige System der Qualifikationsstufen in Art. 11 RL 2005/36/EG ist dabei maßgeblich für die Einordnung der verschiedenen Qualifikationsstufen; alle Handwerke der Anlage A zur Handwerksordnung sind mittlerweile der dritten Qualifikationsstufe zugeord-

¹⁹⁴⁷ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 17; Stork, Die neue EU/EWR- Handwerk-Verordnung, GewArch 2008, 177-186, 179.

net.¹⁹⁴⁸ Unmittelbar unter dem im Inland geforderten Niveau liegt eine ausländische Berufsqualifikation dann, wenn sie eine Qualifikationsstufe tiefer einzuordnen ist als die im Inland geforderte Berufsqualifikation.

Inhaltlich geht § 3 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV vom Grundsatz der Gleichwertigkeit der ausländischen Berufsqualifikation als Voraussetzung für deren Anerkennung aus, wobei die einheitliche Zuordnung aller Handwerke der Anlage A zur Handwerksordnung bereits berücksichtigt wird. Eine Ausnahmegewilligung wird danach vorbehaltlich der Anordnung von Ausgleichsmaßnahmen nach § 5 EU/EWR HwV erteilt, sofern die berufliche Qualifikation der im Inland erforderlichen beruflichen Qualifikation gleichwertig ist, mindestens aber der Qualifikationsstufe nach § 3 Abs. 2 EU/EWR HwV entspricht. Damit muß die ausländische Berufsqualifikation mindestens der zweiten Qualifikationsstufe zugeordnet sein, wobei § 3 Abs. 2 EU/EWR HwV die mindestens erforderliche Qualifikation definiert.

Als weitere Voraussetzung verlangt § 3 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV ausdrücklich, dass es sich um eine Berufsqualifikation handelt, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU, eines Vertragsstaats des EWR und der Schweiz erworben wurde. Berufsqualifikationen, die in Drittstaaten erworben wurden, können daher nicht auf Grundlage von § 3 Abs. 1 und 2 EU/EWR HwV anerkannt werden. Letztendlich muss die erworbene Berufsqualifikation Voraussetzung für die Ausübung zumindest einer wesentlichen Tätigkeit des betreffenden Gewerbes sein.

Die zweite Fallgruppe bei der Anerkennung der Berufsqualifikation wird in § 3 Abs. 3 EU/EWR HwV erfasst. Danach kann auch dann eine Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn die fragliche berufliche Betätigung im Herkunftsstaat des Antragstellers nicht reglementiert ist, also nicht unter § 3 Abs. 1 EU/EWR HwV fällt, und auch keine staatlich geregelte Ausbildung im Sinne des § 3 Abs. 4 EU/EWR HwV existiert. Voraussetzung ist in diesem Fall eine berufliche Qualifikation, die mindestens der Qualifikationsstufe nach § 3 Abs. 2 EU/EWR HwV entspricht. Diese muß auch hier in einem Mitgliedstaat- oder Vertragsstaat der EU, des EWR oder Schweiz erworben worden sein. Darüber hinaus muß der Antragsteller eine wesentliche Tätigkeit des betreffenden Gewerbes in Vollzeitbeschäftigung über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren ausgeübt haben, wobei Zeiten, die länger als zehn Jahre vor der Antragstellung liegen, unberücksichtigt bleiben. Nach Meinung von Stork soll bei einer Teilzeitbeschäftigung ein entsprechend längerer Betätigungsnachweis ausreichend sein. Allerdings soll nicht jedwede Berufsausübung geeignet sein, sondern eine in herausgehobener Stellung als Selbstständiger oder Betriebsverantwortlicher.¹⁹⁴⁹ Dieser Meinung kann aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts der Vorschrift bezüglich der Teilzeitbeschäftigung nicht gefolgt werden; diese ist nicht als Betätigungsnachweis ausreichend.

¹⁹⁴⁸ Vgl. Verordnung 1430/2007/EG vom 5. Dezember 2007, ABl. EG Nr. L 320/3 vom 6.12. 2007.

Die dritte und letzte Fallgruppe betrifft den Fall, in dem im Herkunftsstaat des Antragstellers die in Frage stehende Tätigkeit des Antragstellers nicht reglementiert, aber staatlich geregelt ist. Dazu bestimmt zum einen § 3 Abs. 4 Nr. 1 EU/EWR HwV, dass die Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO dann erfüllt ist, wenn der Antragsteller über eine abgeschlossene Ausbildung verfügt, die in Anhang III RL 2005/36/EG aufgeführt ist. Zum anderen ist nach § 3 Abs. 4 Nr. 2 EU/EWR HwV eine abgeschlossene staatlich geregelte Ausbildung dann ausreichend, wenn diese der Qualifikationsstufe nach § 3 Abs. 2 EU/EWR HwV entspricht und sie in einem Mitgliedstaat der EU, des EWR und der Schweiz erworben wurde.

2.2.3. Gleichgestellte Ausbildungen nach § 4 EU/EWR HwV

Ziel des Ordnungsgebers bei der Neufassung der EU/EWR HwV war es, dem Gedanken der Absicherung einer möglichst hohen Mobilität von Bürgern der Mitgliedstaaten innerhalb des Binnenmarktes Rechnung zu tragen, der in Art. 12 RL 2005/36/EG durch die Gleichstellungen bestimmter Ausbildungen, die nicht von der Kernregelung in Art. 13 in Verbindung mit Art. 11 EU/EWR HwV erfasst werden, zum Ausdruck kommt. Durch die Vorschrift des § 4 EU/EWR HwV werden daher bestimmte Ausbildungen, die nicht von § 3 EU/EWR HwV erfasst werden, diesen gleichgestellt; bereits erworbene Rechte werden geschützt.

Ersteres betrifft gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV zum einen Ausbildungen, die von einem Mitgliedstaat der EU, einem Vertragsstaat des EWR und der Schweiz im Hinblick auf die jeweilige Tätigkeit als gleichwertig anerkannt werden und in Bezug auf die Aufnahme oder Ausübung eines Berufs dieselben Rechte verleihen. Die Gleichstellung gilt darüber hinaus nach § 4 Abs. 1 Satz 2 EU/EWR HwV auch in Bezug auf die Qualifikationsstufe.

Die Bestandsschutzregelung in § 4 Abs. 1 Satz 3 EU/EWR HwV erfasst die Ausbildungen, die in dem Staat, in dem sie durchgeführt wurde, nicht mehr als Berufsqualifikation aufgrund der aktuellen Anforderungen der Rechts- und Verwaltungsvorschriften ausreichen, aber die ursprünglich erworbene Rechtsposition anerkannt wird mit der Folge des Fortbestehens der Berechtigung zur Aufnahme und Ausübung des Berufs. In der Praxis betrifft dies die Fälle, in denen ein Staat das Niveau einer Ausbildung anhebt, die für die Zulassung zu einem Beruf oder dessen Ausübung erforderlich ist. Denkbar ist auch, dass ein Antragsteller, der zuvor eine Ausbildung durchlaufen hat, die nicht den Erfordernissen der neuen Qualifikation entspricht, aufgrund nationaler Rechts- oder Verwaltungsvorschriften Inhaber erworbener Rechte ist. Hier ist die Ausbildung entsprechend dem Niveau der neuen Ausbildung zu behandeln.¹⁹⁵⁰

¹⁹⁴⁹ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 84..

¹⁹⁵⁰ Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008, 177-186, 181.

Wie bereits ausgeführt, werden von § 3 EU/EWR HwV nur Berufsqualifikationen erfasst, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU, einem Vertragsstaat des EWR und der Schweiz erlangt wurden, nicht dagegen solche aus Drittstaaten. Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen werden diese allerdings nach § 4 Abs. 2 EU/EWR HwV den in § 3 EU/EWR HwV genannten beruflichen Qualifikationen gleichgestellt. Vorausgesetzt wird zunächst in § 4 Abs. 2 Nr. 1 EU/EWR HwV, dass der andere Mitgliedstaat der EU, der Vertragsstaat des EWR oder die Schweiz dem Antragsteller aufgrund einer Ausbildung in einem Drittstaat die Ausübung eines Berufs gestattet hat. Darüber hinaus muß die Berufsausübung in dem Anerkennungsstaat reglementiert sein, so dass diese ohne die Anerkennung nicht zulässig wäre. Als weitere Voraussetzung verlangt § 4 Abs. 2 Nr. 2 EU/EWR HwV eine dreijährige Ausübung des Berufs auf dem Gebiet des betreffenden Staates. Gerade durch die beiden letztgenannten Voraussetzungen wird einer Mißbrauchsmöglichkeit vorgebeugt. Denn es wäre durchaus möglich, dass der Antragsteller aus einem Drittstaat zunächst in einem besonders liberalen Mitgliedstaat eine Anerkennung seines Ausbildungsnachweises betreibt, um anschließend im eigentlichen Zielstaat eine Berechtigung zur Berufsausübung zu erlangen.¹⁹⁵¹

2.2.4. Ausgleichsmaßnahmen nach § 5 EU/EWR HwV

Schon die EU/EWR HwV 2004 regelte in § 3 Abs. 1 EU/EWR HwV die Fälle, in denen der Vergleich der durch den Befähigungsnachweis bescheinigten Kenntnisse und Fertigkeiten mit den für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnissen ergab, dass diese grundlegende Unterschiede zu den erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnissen aufweisen. Für diesen Fall war ein Defizitausgleich durch bestimmte Anpassungsinstrumente vorgesehen, nämlich Anpassungslehrgang oder Eignungsprüfung.

Die neue EU/EWR HwV trifft in ihrem § 5 ebenfalls umfangreiche Regelungen zu Ausgleichsmaßnahmen für die Fälle, in denen bestehende Qualifikationsdefizite bei dem Antragsteller zu kompensieren sind, also Niveauunterschiede, sei bei der handwerklichen Ausbildung oder bezüglich der unterschiedlichen Ausbildungsfächer zumindest teilweise ausgeglichen werden können. Dabei wird auf die bewährten Anpassungsinstrumente Anpassungslehrgang und Eignungsprüfung zurückgegriffen. Allerdings besteht für den Antragsteller diesbezüglich kein Wahlrecht. Zwar regelt Art. 14 Abs. 2 RL 2005/36/EG grundsätzlich die Wahlfreiheit hinsichtlich der genannten Ausgleichsmaßnahmen; für die zulassungspflichtigen Handwerke greift aber Art. 14 Abs. 3 Satz 3 RL 2005/36/EG. Danach kann der Aufnahmestaat ohne Wahlrecht dann einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung verlangen, wenn Tätigkeiten als Selbstständiger oder als Betriebsleiter ausgeübt werden sollen, die die Kenntnis und die Anwendung der geltenden spezifischen innerstaatlichen Vorschriften

¹⁹⁵¹ Zu Recht Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 89.

erfordern. Allerdings muß die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats auch für die eigenen Staatsangehörigen die Kenntnis und die Anwendung dieser innerstaatlichen Vorschriften für den Zugang zu den Tätigkeiten vorschreiben. Dies ist bei den zulassungspflichtigen Handwerken der Anlage A zur Handwerksordnung der Fall; auch für die eigenen Staatsangehörigen ist gemäß § 8 HwO eine Ausnahmegewilligung nur dann erforderlich, wenn Tätigkeiten als Selbstständiger oder Betriebsleiter ausgeübt werden sollen. Diesbezüglich werden fachspezifische Kenntnisse vom Berufsbewerber verlangt; auch der Prüfling bei einer Meisterprüfung muß nach § 45 Abs. 3 HwO Kenntnisse in der Allgemeinheit besitz-
zen.¹⁹⁵²

Die Definition eines Anpassungslehrgangs im Sinne des § 5 Abs. 1 EU/EWR HwV liefert Art. 3 Abs. 1 Buchstabe g Satz 1 RL 2005/36/EG: Man versteht darunter die Ausübung eines reglementierten Berufes, die in dem Aufnahmestaat unter der Verantwortung eines qualifizierten Berufsangehörigen erfolgt und gegebenenfalls mit einer Zusatzausbildung einhergeht. Die Einzelheiten des Anpassungslehrgangs, der Gegenstand einer Bewertung ist, werden gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchstabe g Satz 2 RL 2005/36/EG von den zuständigen Behörden des Aufnahmestaates festgelegt. Eine Eignungsprüfung ist nach Art. 3 Abs. 1 Buchstabe h Satz 1 RL 2005/36/EG eine ausschließlich die beruflichen Kenntnisse des Antragstellers betreffende und von den zuständigen Stellen des Aufnahmestaates durchgeführte Prüfung, mit der die Fähigkeit des Antragstellers, in diesem Mitgliedstaat einen reglementierten Beruf auszuüben, beurteilt werden soll. Einzelheiten zum Inhalt der Eignungsprüfung werden in der genannten Vorschrift ebenfalls bestimmt. Für die Durchführung einer Eignungsprüfung gelten die im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO geltenden Grundsätze; Art. 3 Abs. 1 Buchstabe h Satz 6 RL 2005/36/EG verweist bezüglich der Art der Durchführung auf die jeweilig national zuständige Behörde.

Für die Anordnung von Ausgleichsmaßnahmen sieht § 5 Abs. 1 EU/EWR HwV drei verschiedene Fallkonstellationen vor. So ermöglicht § 5 Abs. 1 Nr. 1 EU/EWR HwV die Anordnung der Durchführung einer Ausgleichsmaßnahme dann, wenn die nachgewiesene Ausbildungsdauer mindestens ein Jahr unter der im Inland geforderten Ausbildungsdauer liegt. Dabei ist nicht allein die einschlägige fachspezifische Qualifikation, sondern die Gesamtausbildung des Antragstellers und damit der schulischen Bildung zu berücksichtigen.

Die Fälle, in denen sich die bisherige Ausbildung des Antragstellers auf Fächer bezieht, die sich wesentlich von denen unterscheiden, die durch eine inländische Meisterprüfung in dem entsprechenden Handwerk abgedeckt werden, regelt § 5 Abs. 1 Nr. 2 EU/EWR HwV; auch hier kann eine Ausgleichsmaßnahme angeordnet werden.

¹⁹⁵² Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 20.

Eine Ausgleichsmaßnahme kann auch dann angeordnet werden, wenn das Gewerbe, für das eine Ausnahmegewilligung beantragt wird, im Inland wesentliche Tätigkeiten umfasst, die im Herkunftsstaat des Antragstellers nicht Bestandteil des entsprechenden Berufs sind, § 5 Abs. 1 Nr. 3 EU/EWR HwV. Dabei muss der Unterschied in einer besonderen Ausbildung bestehen, die im Inland erforderlich ist und sich auf Fächer bezieht, die sich wesentlich von denen unterscheiden, die durch den vorgelegten Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis abgedeckt werden.

Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 EU/EWR HwV regelt dagegen die Fälle, in denen keine Ausgleichsmaßnahmen angeordnet werden. An erster Stelle in dieser Negativliste stehen dabei in § 5 Abs. 2 EU/EWR HwV die Fälle, in denen eine Anerkennung von Berufserfahrung nach § 2 EU/EWR HwV erfolgt. Hier ist für die Anordnung von Ausgleichsmaßnahmen kein Raum; bei der Erfüllung der Voraussetzungen wird hierdurch die Gleichwertigkeit mit den im Inland geforderten Berufsqualifikationen fingiert.

Auch dann, wenn die vom Antragsteller im Rahmen der Berufserfahrung erworbenen Kenntnisse geeignet sind, die in § 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EU/EWR HwV genannten Unterschiede auszugleichen, wird nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 EU/EWR HwV auf Ausgleichsmaßnahmen verzichtet. Gleiches gilt nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 EU/EWR HwV, wenn die berufliche Qualifikation den Anforderungen entspricht, die nach Art. 15 Abs. 2 RL 2005/36/EG auf der Grundlage gemeinsamer Plattformen von der Kommission der Europäischen Gemeinschaft beschlossen worden sind.

Die Forderung der zuständigen Behörde in den Fällen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EU/EWR HwV an den Antragsteller, einen Anpassungslehrgang zu absolvieren oder sich einer Eignungsprüfung zu unterziehen, ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, nämlich dann, wenn „wesentliche Unterschiede“ zwischen der Ausbildung des Herkunfts- und Aufnahme Staates bestehen. Allein die bloße Feststellung einer Abweichung rechtfertigt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit keine der für den Defizitenausgleich vorgesehenen Instrumente Anpassungslehrgang oder Eignungsprüfung.¹⁹⁵³ Es muss sich vielmehr um große Ausbildungs- und Erfahrungsunterschiede handeln. Die Ausgleichsmaßnahmen dürfen zudem nur im Hinblick auf die festgestellten Unterschiede und nur als Ausgleich für diese verlangt werden; die Eignungsprüfung darf nicht etwa einer vollständigen inländischen Meisterprüfung entsprechen.¹⁹⁵⁴ Daraus folgt allerdings auch, dass die zuständige Behörde nicht zu einer automatisierten Anerkennung der Prüfungszeugnisse verpflichtet ist.¹⁹⁵⁵

¹⁹⁵³ Schwannecke, System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk, WiVerw 2001, 247–259, 252.

¹⁹⁵⁴ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 20.

¹⁹⁵⁵ Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. A., 103.

In der Praxis haben Anpassungslehrgänge und Eignungsprüfungen, deren Ausgestaltung im Einzelnen nach den einschlägigen Vorschriften von der zuständigen Stelle festzulegen und von Land zu Land unterschiedlich sind, nach Feststellung der Kommission kaum Schwierigkeiten ausgelöst.¹⁹⁵⁶

3. Die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Antragstellers als weitere Voraussetzung

Die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Antragstellers im Sinne des § 35 GewO ist im Ausnahmbewilligungsverfahren nach § 8 HwO keine Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung.

Dies gilt in der Regel auch für das Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO. Allerdings trifft § 6 Abs. 1 Nr. 6 EU/EWR HwV für die von § 4 Abs. 2 EU/EWR HwV erfaßten Fälle eine gesonderte Regelung; die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Antragstellers wird hier als weitere Voraussetzung gefordert. Danach kann die zuständige Behörde von der zuständigen Behörde des Herkunftsstaates ausgestellte Unterlagen verlangen, die belegen, dass die Ausübung des Gewerbes nicht wegen Unzuverlässigkeit untersagt worden ist.

Die EU/EWR HwV macht in ihrem § 6 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 von der in Anhang VII Nr. 1 Buchstabe d RL 2005/35/EG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, Unterlagen zur gewerberechtlichen Zuverlässigkeit des Antragstellers zu verlangen. Wenn auch diese nicht bereits im Rahmen des Ausnahmbewilligungsverfahrens zu berücksichtigen ist, soll verhindert werden, dass ein im Herkunftsstaat gewerberechtlich unzuverlässiger Antragsteller, in die Handwerksrolle eingetragen wird, ohne dass die für die Erteilung der Ausnahmbewilligung zuständige Behörde von der Gewerbeuntersagung erfährt.¹⁹⁵⁷ Diese Unterlagen können, wenn der Herkunftsstaat derartige Unterlagen nicht ausstellt, durch eine Versicherung an Eides Statt oder eine feierliche Erklärung des Antragsstellers vor einer dafür zuständigen Stelle seines Herkunftsstaates ersetzt werden; die Unterlagen dürfen nicht älter als drei Monate sein, § 6 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 EU/EWR HwV.

4. Die Beweismittel

Die Erfüllung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO müssen auch im Ausnahmbewilligungsverfahren nach § 9 Abs. 1 HwO nachgewiesen werden. Auf welche Weise der Nachweis der einzelnen Voraussetzungen zu erbringen ist, regelt detailliert § 6 EU/EWR HwV. In der genannten Vorschrift wird zwischen dem Nachweis der Berufserfahrung, sei es als Selbstständiger, Betriebsleiter oder Unselbstständiger einerseits und der vorangegangenen Ausbildung andererseits unterschieden.

¹⁹⁵⁶ Vgl. Schwannecke, System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk, WiVerw 2001, 247–259, 250.

An erster Stelle der in § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 EU/EWR HwV aufgelisteten Unterlagen und Bescheinigungen steht dabei der Nachweis der Staatsangehörigkeit, § 6 Abs. 1 Nr. 1 EU/EWR HwV; nur der in § 9 Abs. 1 HwO genannte Personenkreis ist antragsberechtigt. Daher ist es sinnvoll, zunächst zu überprüfen, ob der persönliche Anwendungsbereich des Verfahrens nach § 9 Abs. 1 HwO, das im Einzelnen in der EU/EWR HwV geregelt ist, eröffnet ist

4.1. Der Nachweis der praktischen Berufserfahrung

Zum Nachweis der praktischen Berufserfahrung bestimmt § 6 Abs. 1 Nr. 2 und 4 EU/EWR HwV, dass die Voraussetzungen in den in §§ 2 und § 3 Abs. 3 EU/EWR HwV genannten Fällen durch eine Bescheinigung über die Art und Dauer der Tätigkeit nachgewiesen werden, die von der zuständigen Behörde oder Einrichtung des Herkunftstaates ausgestellt wird. Daraus folgt, dass nur eine - von den offiziell bestimmten Behörden des jeweiligen Herkunftstaates erteilte - Bescheinigung als Nachweis geeignet ist. Dagegen reicht die Bescheinigung anderer, selbst amtlicher Stellen, nicht aus.¹⁹⁵⁸

In den in § 4 Abs. 2 EU/EWR HwV geltenden Fällen kann eine Bescheinigung der Berufserfahrung durch die zuständige Behörde des Staates, der die Ausübung des Berufs gestattet hat, verlangt werden.

Die von der zuständigen Behörde des Herkunftstaates erteilte sogenannte „EU-Bescheinigung“ ist für die Behörden des Aufnahmestaates grundsätzlich bindend. Dieses gilt sowohl hinsichtlich der Art als auch der Dauer der Berufstätigkeiten, die der Antragsteller tatsächlich ausgeübt hat. Auch wenn die Tätigkeiten, deren Ausübung bescheinigt wird, in den Tätigkeitsbereich mehrerer Gewerbe der Anlage A zur Handwerksordnung fallen, ist die vom Herkunftstaat erteilte Bescheinigung bindend. Denn dessen zuständige Stellen stützen sich bei der Ausstellung der Bescheinigung über die vom Antragsteller ausgeübten Tätigkeiten auf die wesentlichen Punkte des vorher vom Aufnahmestaat mitgeteilten Berufsbildes. Aus der Bindungswirkung der Bescheinigung folgt, dass dem Nachweis der Befähigung im Ausnahmewilligungsverfahren nach § 9 Abs. 1 HwO zwecks Qualitätssicherung im Wesentlichen nur eine formelle Bedeutung zukommt.¹⁹⁵⁹

Wenn sich allerdings für den Aufnahmestaat aus objektiven Umständen Grund zu der Annahme ergibt, dass die vorgelegte Bescheinigung - gleiches gilt auch für Ausbildungsnachweise - offensichtlich Unrichtigkeiten enthält, kann sich der Aufnahmestaat wegen zusätzli-

¹⁹⁵⁷ Begründung EU/EWR HwV, BR- Ducksache 818/07, 21, 22.

¹⁹⁵⁸ Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 34; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 34.

¹⁹⁵⁹ EuGH, Urteil „Corsten“ v. 03.10. 2000, GewArch 2000, 476, 478 Rn 41; zustimmend Meyer, Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 3. Oktober 2000-Rs C-58/98-auf das deutsche Handwerksrecht, GewArch 2001, 265–276, 266; Stork, Die Reichweite der indirekten Harmonisierung am Beispiel der Dienstleis-

cher Auskünfte an den Herkunftstaat wenden. Dies folgt aus Art. 50 Abs. 2 und 3 RL 2005/36/EG; der durch § 6 Abs. 3 Satz 4 EU/EWR HwV in deutsches Recht umgesetzt wurde. Allerdings besteht auch hinsichtlich dieser angeforderten zusätzlichen Auskünfte eine Bindungswirkung der Behörden des Aufnahmestaates.¹⁹⁶⁰ Etwas anderes gilt allerdings für den Fall, in dem dem Antragsteller im Herkunftsstaat eine zurückgelegte Zeit der Berufstätigkeit bescheinigt wird, obwohl feststeht, dass dieselbe Person während desselben Zeitraums im Gebiet des Aufnahmestaates eine Berufstätigkeit ausgeübt hat. Hier kann das Aufnahmeland nicht verpflichtet sein, solche Vorgänge, die sich in seinem eigenen Hoheitsgebiet zugetragen haben, außer Acht zu lassen. Enthält also die vorgelegte Bescheinigung eine offensichtliche Unrichtigkeit, ist die zuständige Behörde nicht verpflichtet, die beantragte Genehmigung ohne weiteres zu erteilen.¹⁹⁶¹

Im Interesse einer erleichterten und einheitlichen Handhabung hat die EG-Kommission im Jahr 1974 ein bestimmtes Formular für die sogenannte „EU-Bescheinigung“ entwickelt und vorgeschlagen; in der diesbezüglichen Bekanntmachung wurden die zum damaligen Zeitpunkt zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten benannt.¹⁹⁶² Alle Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 56 Abs. 3 RL 2005/36/EG gegenüber den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission bis 20. Dezember 2007 verpflichtet, die für die Ausstellung der EU-Bescheinigung zuständigen Behörden zu benennen; bis heute sind dieser Verpflichtung noch nicht alle Staaten nachgekommen.¹⁹⁶³ Das gilt insbesondere für die beigetretenen osteuropäischen Staaten.

4.2. Der Nachweis der geleisteten Ausbildung

In den Fällen, in denen eine Anerkennung von Ausbildungs- und Befähigungsnachweisen als Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO erforderlich ist, verlangt § 3 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 3 EU/EWR HwV die Vorlage eines Ausbildungs- oder Befähigungsnachweises. Weitere Regelungen trifft § 6 EU/EWR HwV.

Die Fälle, in denen neben bestimmten Zeiträumen der praktischen Berufserfahrung nach eine vorangegangene Berufsausbildung nachgewiesen werden muss, regelt § 6 Abs. 1 Nr. 3 EU/EWR HwV. Danach ist in den in § 2 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 5 EU/EWR HwV genannten Fällen eine Bescheinigung der Ausbildung durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis oder die

tungsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung C-58/98 (Corsten), WiVerw 2001, 229–246, 242.

¹⁹⁶⁰ EuGH, Urteil „van de Bijl“ v. 27.09. 1989, Slg. 1989 S. 3039 Rn 23; EuGH, Urteil v. 29.10. 1998, GewArch 1999, 107, 108, Rn 31; EuGH, Urteil „Corsten“ v. 03.10. 2000, GewArch 2000, 476, 478, Rn 41; Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und Europäische Union: Ausländer/Inländerdiskriminierung?, 11; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 22.

¹⁹⁶¹ EuGH, Urteil „van de Bijl“ v. 27.09. 1989, Slg. 1989 S. 3039 Rn 25, 26, 27.

¹⁹⁶² Bekanntmachung der EG-Kommission v. 13.07. 1974 (Abl EG Nr. C 81/3); ein Muster der „EU-Bescheinigung“ enthält Anlage 1.

Anerkennung der Ausbildung durch eine zuständige Berufsorganisation des Herkunftsstaates vorzulegen. Bei der Anerkennung von Ausbildungs- und Befähigungsnachweisen sowie gleichgestellten Ausbildungen nach §§ 3 und 4 EU/EWR HwV ist die Vorlage einer beglaubigten Kopie des Befähigungs- oder Ausbildungsnachweises, der von der zuständigen Behörde des Herkunftsstaates ausgestellt wurde, zulässig. Hierdurch soll die Authentizität und Integralität vorgelegter Unterlagen sichergestellt werden, da es sich bei den verlangten Ausbildungs- und Befähigungsnachweisen um besonders wichtige und fälschungssichere Unterlagen handelt.¹⁹⁶⁴ Genügen die vorgelegten Nachweise nicht diesen Anforderungen, sind sie zwingend nicht zu berücksichtigen.¹⁹⁶⁵

Allerdings gibt es in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine praktisch unüberschaubare Vielfalt entsprechender Nachweise. Die bestehenden Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstigen Befähigungsnachweise wurden bis heute durch die Europäische Kommission nicht insgesamt erfasst und aufgeschlüsselt. In der Praxis ist es daher schwierig festzustellen, ob zwischen den Ausbildungen in der Bundesrepublik Deutschland und in den Mitglieds- und Vertragsstaaten wesentliche Unterschiede bestehen; gerade deshalb werden in der EU/EWR HwV nur Regelungen in allgemeiner Form getroffen.¹⁹⁶⁶ Stork will diese praktischen Probleme nicht überbewerten.¹⁹⁶⁷ Dem ist deshalb zuzustimmen, weil in den Fällen, in denen die Anerkennung bereits aufgrund der praktischen Berufserfahrung im Sinne des § 2 EU/EWR HwV erfolgt, eine Prüfung der Voraussetzungen des §§ 3 und 4 EU/EWR HwV nicht erfolgen muss.

Die Mitgliedstaaten stehen zudem für Rückfragen zur Verfügung und haben gemäß § 57 Buchstabe RL 2005/36/EG die zuständigen Kontaktstellen benannt, die Informationen über reglementierte Berufe geben.¹⁹⁶⁸

In bestimmten Fällen kann es für den Antragsteller auch zweckmäßig sein, sich selbst an die ausstellende Stelle im Herkunftsland zu wenden und sich von dort eine Bescheinigung geben zu lassen, aus der hervorgeht, dass die erforderlichen Bildungsinhalte vermittelt wurden. Eine hinreichende Entscheidungsgrundlage wird sich so häufig schneller herbeiführen lassen als durch Rückgriff auf die Kontaktstellen. Die für das Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO zuständige Handwerkskammer hat den Antragsteller gegebenenfalls auf diese Möglichkeit hinzuweisen.¹⁹⁶⁹

¹⁹⁶³ Vgl. die Auflistung der benannten Stellen bei Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 145.

¹⁹⁶⁴ Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008, GewArch 2008, 177-186, 182.

¹⁹⁶⁵ Vgl. VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1990, GewArch 1992, 64, 65.

¹⁹⁶⁶ Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 13, 14; Czybulka, Die handwerksrechtlichen Änderungen des Gesetzes vom 20.12. 1993, NVwZ 1995, 953-956, 955; Schwannecke/Heck, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129-142, 139.

¹⁹⁶⁷ Vgl. Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 76, 77.

¹⁹⁶⁸ Vgl. die Liste der Kontaktstellen der EU-Staaten, der EWR-Vertragsstaaten und der Schweiz in: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie: Anerkennung handwerklicher Berufsqualifikationen nach der EU-Anerkennungsrichtlinie. Dokumentation Nr. 569. Berlin 2008. 80 - 84.

II. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO

Die Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HwO kann, so bestimmt Absatz 2 der genannten Vorschrift, auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkt werden, die zu einem in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten Gewerbe gehören. Ausdrücklich wird in § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO die Vorschrift des § 8 Abs. 2 HwO für anwendbar erklärt. Daraus folgt die Zulässigkeit der Beschränkung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten.

Auch für die Erteilung einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 2 HwO gilt, dass die Prüfung des Vorliegens eines Ausnahmegrundes entfällt. Dieser liegt kraft Gesetzes vor. Allerdings wird verlangt, dass der Antragsteller den Voraussetzungen der aufgrund von § 9 Abs. 1 HwO erlassenen Rechtsverordnung, der EU/EWR HwV, genügt. Insbesondere ist Voraussetzung, dass sich die Berufstätigkeit des Antragstellers im Herkunftsland mit der handwerklichen Tätigkeit deckt, für die eine Ausnahmegewilligung beantragt wurde.¹⁹⁷⁰

Neben den in § 9 Abs. 1 HwO in Verbindung mit der EU/EWR HwV genannten Voraussetzungen werden an die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO keine weiteren Voraussetzungen geknüpft. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 8 HwO verwiesen werden.¹⁹⁷¹

5. Abschnitt: Die Nebenbestimmungen

Durch den ausdrücklichen Verweis in § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO auf § 8 Abs. 2 HwO wird klar gestellt, dass die Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO auch unter Auflagen oder Bedingungen oder befristet erteilt werden kann. Insoweit gelten die für die Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO geltenden Grundsätze.¹⁹⁷²

6. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung

Der Antragsteller hat auf die Erteilung der unbeschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 HwO einen Rechtsanspruch, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Das ergibt

¹⁹⁶⁹ Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008, 177-186, 182.

¹⁹⁷⁰ Detterbeck, HwO, 4. A., § 9 Rn 12; vgl. auch Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 20 ff.

¹⁹⁷¹ 3. Kapitel 3. Abschnitt III.

¹⁹⁷² Ausführlich s. o. 3. Kapitel 4. Abschnitt; vgl. auch Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 46.

sich aus der Formulierung in der genannten Norm, wonach die Ausnahmegewilligung „zu erteilen ist“.¹⁹⁷³ Ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer beschränkten Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 2 HwO besteht dagegen, wie auch im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO, nicht. Denn § 9 Abs. 1 HwO modifiziert die Vorschrift des § 8 Abs. 2 HwO nur in Hinblick auf die beiden Voraussetzungen Ausnahmegrund und Befähigung. Gleiches gilt bezüglich des Rechtsanspruchs auf die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unter Nebenbestimmungen, § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO in Verbindung mit § 8 Abs. 2 HwO.¹⁹⁷⁴

Die Entscheidung der zuständigen Behörde ist dabei gerichtlich vollumfänglich überprüfbar; ein Beurteilungsspielraum steht der Behörde bei ihrer Entscheidung, wie auch im Verfahren nach § 8 HwO, nicht zu.

Den Antragsteller trifft die materielle Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO. Denn die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung durch die Behörde, auch unter Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, endet dort, wo die Mitwirkungspflicht des klagenden Bürgers beginnt. Erbringt der Antragsteller den Nachweis nicht, geht dies zu seinen Lasten.¹⁹⁷⁵

7. Abschnitt: Der Rechtsschutz bei Versagung und Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO

Durch den Verweis auf § 8 Abs. 4 HwO in § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO stellt der Gesetzgeber klar, dass die für den Rechtsschutz im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § § 8 HwO geltenden Grundsätze auch auf das Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO Anwendung finden,¹⁹⁷⁶ auf die bereits gemachten Ausführungen kann daher verwiesen werden.¹⁹⁷⁷ Zu ergänzen ist, dass durch den Verweis auf § 8 Abs. 4 HwO ausdrücklich der Verwaltungsrechtsweg der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit auch den Staatsangehörigen der übrigen Mitgliedstaaten und der Vertragsstaaten sowie Staatsangehörigen der Schweizer Eidgenossenschaft gegen die Entscheidung der zuständigen Behörde eröffnet wird.

¹⁹⁷³ Vgl. BVerwG, Beschluss v. 22.01. 1970, GewArch 1970, 129, 130; Bay. VGH, Urteil v. 27.10. 1983, GewArch 1984, 125, 126; VG Trier, Urteil v. 11.03. 1999, GewArch 2000, 77, 79.

¹⁹⁷⁴ Zu Recht Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 46; Detterbeck, HwO, 4. A., § 9 Rn 13.

¹⁹⁷⁵ VG Saarland, Urteil v. 17.10. 1990, GewArch 1992, 64, 66; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 8 Rn 21; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 34.

¹⁹⁷⁶ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 22; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 19; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 46.

¹⁹⁷⁷ Vgl. 3. Kapitel 6. Abschnitt.

7. Kapitel: Das Anzeigeverfahren gemäß § 9 Abs. 1 HwO

Das neue Anzeigeverfahren gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO findet auf die Fälle Anwendung, in denen ein Berufsbewerber ein zulassungspflichtiges Handwerk in Deutschland als stehendes Gewerbe betreiben will, ohne im Inland eine gewerbliche Niederlassung zu unterhalten. Damit trägt die Vorschrift der jüngeren Rechtsprechung zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in Bezug auf handwerkliche Tätigkeiten Rechnung. Detaillierte Regelungen trifft nicht die genannte Vorschrift in der Handwerksordnung selbst, sondern die §§ 7 bis 9 EU/EWR HwV. Diese Regelungen unterscheiden sich erheblich von der bisherigen Regelung in § 4 EU/EWR HwV. Diese knüpfte bezüglich der Voraussetzungen, die von Gewerbetreibenden, die in Deutschland Dienstleistungen erbringen wollten, ohne hier eine Niederlassung zu unterhalten, an dieselben Voraussetzungen an, die für Niederlassungsfälle galten. Lediglich die Eintragung in die Handwerksrolle erfolgte in diesen Fällen nicht. Dagegen erleichtert das Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EU/EWR HwV die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung; im Regelfall findet keine vorherige Prüfung der Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation mehr statt.¹⁹⁷⁸

Folglich ist, bezogen auf den jeweiligen Einzelfall, zunächst zu differenzieren: Will der Berufsbewerber im Inland ein zulassungspflichtiges Handwerk betreiben und eine eigene Niederlassung im Inland unterhalten, führt der Weg zur Zulassung über die Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO. Sollen hingegen Dienstleistungen betreffend ein zulassungspflichtiges Handwerk grenzüberschreitend erbracht werden, ohne eine eigene Niederlassung zu unterhalten, greift das Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO. Daher ist hier die Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit von erheblicher praktischer Bedeutung. Dies gilt insbesondere deshalb, weil insbesondere in grenznahen Gebieten deutsche Handwerker in ernsthafter Konkurrenz mit Handwerkern aus anderen EU-Staaten stehen.¹⁹⁷⁹

1. Abschnitt: Die Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Im Kapitel 2 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, der das Niederlassungsrecht, also die Freizügigkeit der unternehmerischen Tätigkeiten und die Freiheit der Standortwahl des Unternehmers regelt, wird der Begriff der Niederlassung nicht definiert; es handelt sich damit um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Unter dem Begriff der Niederlassung im Sinne des Artikels 43 EGV versteht man die Errichtung eines ständigen gewerblichen oder beruflichen Mittelpunktes durch Staatsangehörige eines Mitgliedstaates oder Ge-

¹⁹⁷⁸ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 23.

sellschaften außerhalb des Heimatlandes im Staatsgebiet eines anderen Mitgliedstaates. Dies kann durch vollständige Übersiedlung oder durch Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften mit dem Ziel der Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten erfolgen. Kennzeichnend für den Begriff der Niederlassung ist die „in stabiler und kontinuierlicher Weise“ erfolgende Teilnahme als Selbständiger am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates als der des Herkunftsstaates.¹⁹⁸⁰

Die Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft bezüglich der Dienstleistungsfreiheit sind subsidiär gegenüber den Niederlassungsvorschriften.¹⁹⁸¹ Das Kapitel 3 des Vertrages, welches Regelungen zu Dienstleistungen durch selbständig erwerbstätige Unionsbürger¹⁹⁸² und Gesellschaften¹⁹⁸³ trifft, enthält in Artikel 50 Satz 1 EGV eine Definition des Begriffs Dienstleistung im Sinne des Vertrages: Danach sind Dienstleistungen Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Als Dienstleistungen gelten gemäß Artikel 50 Satz 2 Buchstabe c EGV insbesondere auch handwerkliche Tätigkeiten.

Eine Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsvorgängen ist nicht generell, sondern im Einzelfall und jeweils nach den gesamten Umständen vorzunehmen. Wie sich aus Artikel 50 Satz 3 EGV ergibt, ist entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung dabei der nur vorübergehende Charakter der Dienstleistung im Vergleich zu der Leistung, die durch eine Niederlassung erbracht wird. Dies ist in der Praxis dann schwierig, wenn Dienstleistungen mit einer gewissen Regelmäßigkeit erbracht werden und der Dienstleistungserbringer etwa ein vorübergehend besetztes Büro in einem anderen Mitgliedstaat unterhält.¹⁹⁸⁴ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kommt es bei der Beurteilung des Sachverhalts auf die Dauer, Häufigkeit, Regelmäßigkeit und Kontinuität der erbrachten Leistungen an. Dabei schließt es der nur vorübergehende Charakter der Dienstleistungserbringung nicht aus, dass sich deren Erbringer im Aufnahmestaat mit einer bestimmten Infrastruktur ausstattet, soweit diese für die Erbringung der betreffenden Leistung erforderlich ist.¹⁹⁸⁵ Die

¹⁹⁷⁹ Vgl. dazu BVerfG, Kammerbeschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 72.

¹⁹⁸⁰ Vgl. EuGH, Urteil „Schnitzer“ v. 11.12. 2003, GewArch 2004, 62, 63.

¹⁹⁸¹ Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und Europäische Union, Ausländer-/Inländerdiskriminierung?, 21, Fn 45; Stork, Die Reichweite der indirekten Harmonisierung am Beispiel der Dienstleistungsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung C-58/98 (Corsten), WiVerw 2001, 229–246, 243, Fn 57.

¹⁹⁸² Vgl. Art. 48 Satz 1 EGV.

¹⁹⁸³ Vgl. Art. 49 Satz 1, 55 i. V.m. 48 EGV.

¹⁹⁸⁴ So auch Früh, Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?, GewArch 1998, 402–406, 403; Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und Europäische Union, Ausländer-/Inländerdiskriminierung?, 21, Fn 45.

¹⁹⁸⁵ Ausdrücklich EuGH, Urteil „Gebhard“, v. 30.11. 1995, Slg. 1995, I-4165, Rn 27; EuGH, Urteil „Schnitzer“ v. 11.12. 2003, GewArch 2004, 62, 63; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 27; Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 24; vgl. auch Fiege, Der Filialhandwerker in Europa, GewArch 2001, 409–415, 413; Klinge, Das Berufszulassungs- und Berufsausübungsrecht des selbstständigen Handwerkers im Europäischen Binnen-

dauerhafte Anmietung von Büro- oder Lagerräumen wird aber im Allgemeinen zunächst für eine Niederlassung und gegen eine nur vorübergehende Tätigkeit sprechen. Ansonsten ist in diesen Fällen eine Abgrenzung kaum noch möglich.

Ohne eine Infrastruktur, die es dem Dienstleistungserbringer erlaubt, in dem anderen Mitgliedstaat in stabiler und kontinuierlicher Weise einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, reicht allein die wiederholte oder mehr oder weniger regelmäßige Erbringung gleicher oder ähnlicher Dienstleistungen nicht aus, um ihn als in diesem Staat niedergelassen anzusehen. Denn der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft enthält keine Vorschrift, die eine abstrakte Bestimmung der Dauer oder Häufigkeit ermöglicht, ab der die Erbringung einer Dienstleistung oder einer bestimmten Art von Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat nicht mehr als eine Dienstleistung im Sinne des Vertrages angesehen werden kann. Daher kann auch die Erbringung einer Dienstleistung über einen längeren Zeitraum, etwa im Rahmen eines Großbauprojektes über mehrere Jahre, unter den Begriff der Dienstleistung fallen.¹⁹⁸⁶ Beginnt der in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Handwerker eine Tätigkeit im Inland, wird eine feste Zuordnung zunächst nicht möglich sein. Daher wird man im Zweifel von einem Dienstleistungsfall auszugehen haben.¹⁹⁸⁷ Eine andere Beurteilung kann dann gerechtfertigt sein, wenn eine bewusste Betriebsausrichtung auf eine Leistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt.¹⁹⁸⁸

In Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Dienstleistungsfreiheit enthält die neue EU-Berufanerkenntnisrichtlinie 2005/36/EG eine Abgrenzungsregel bezüglich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in Art. 5 Abs. 2 Satz 2: Danach kommt es bei der Beurteilung, ob es sich um einen vorübergehenden und gelegentlichen Charakter der Erbringung der Dienstleistung handelt, insbesondere auf die Dauer, die Häufigkeit die regelmäßige Wiederkehr und die Kontinuität der Dienstleistung im jeweiligen Einzelfall an. Die im Richtlinienentwurf zunächst vorgesehene Regelung, wonach als Erbringung von Dienstleistungen die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit in einem Mitgliedstaat während höchstens 16 Wochen pro Jahr durch in einem anderen Mitgliedstaat

markt, WiVerw 1992, 1–55, 5, 6; Stork, Die Reichweite der indirekten Harmonisierung am Beispiel der Dienstleistungsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung C-58/98 (Corsten), WiVerw 2001, 229–246, 243; Herdegen, Matthias: Europarecht. 5. Auflage München 2005. 261; Oppermann, Thomas: Europarecht. 3. Auflage München 2005. 539; Bröhmer, Jürgen, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 43 EGV Rn 11; Geiger, Rudolf: EUV/EGV. Kommentar. 4. Auflage. München 2004. Art. 50 EGV Rn 1.

¹⁹⁸⁶ EuGH, Urteil „Schnitzer“ v. 11.12. 2003, GewArch 2004, 62, 63; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 9 Rn 16; Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 46, 47; Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksach 15/1206, 30; vgl. auch Lottes, Ralf: Das erweiterte Zeitmoment beim Begriff Dienstleistung. EuZW 2004, 112–114. 113; Pechstein/Kubicki, Dienstleistungsfreiheit im Baugewerbe für polnische Handwerker, EuZW 2004, 167–172, 169; Kugelmann, Dieter: Die Dienstleistungs-Richtlinie der EG zwischen der Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell. EuZW 2005, 327–331. 328, 329.

¹⁹⁸⁷ Vgl. Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und Europäische Union, Ausländer-/Inländerdiskriminierung?, 21, Fn 45.

¹⁹⁸⁸ Vgl. Hailbronner, Kay. Nachbaur, Andreas: Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt 1992. WiVerw 1992, 57–130. 69.

zugelassenen Berufsangehörigen anzusehen ist, wurde dagegen im Gesetzgebungsverfahren gestrichen.¹⁹⁸⁹

2. Abschnitt: Der Gegenstand des Anzeigeverfahrens gemäß § 9 Abs. 1 HwO

Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO wird auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung in einem zulassungspflichtigen Handwerks Bezug genommen. Dementsprechend bestimmt § 7 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV, dass die Dienstleistungserbringung in einem Handwerk der Anlage A zur Handwerksordnung gestattet werden kann. Daraus folgt, dass alle 41 zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A Gegenstand der Dienstleistungserbringung sein können. Auch das Schornsteinfeger-Handwerk, das zuvor weder Gegenstand der Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 HwO 2004 noch der Bescheinigung gemäß § 9 Abs. 2 HwO 2004 sein konnte,¹⁹⁹⁰ wird nunmehr erfasst. Das Vorgesagte folgt auch aus den Regelungen zur erstmaligen Erbringung von Dienstleistungen in §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 EU/EWR HwV, die ausdrücklich das Schornsteinfegerhandwerk als Nr. 12 der Anlage A zur Handwerksordnung einbeziehen.

3. Abschnitt: Das Verfahren nach § 9 Abs. 1 HwO

Das Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO ist mit dem Verfahren zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO nicht deckungsgleich. Vielmehr weicht es wesentlich von diesem Verfahren ab. Dies folgt aus der Absicht des Gesetzgebers, bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen keine zusätzlichen Erschwernisse für Berufsbewerber zu schaffen, insbesondere vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.¹⁹⁹¹

I. Anwendbarkeit des VwVfG

Für das Anzeigeverfahren gemäß § 9 Abs. 1 HwO gilt, dass auch auf dieses Verwaltungsverfahren das Verwaltungsverfahrensgesetz, wie bei allen anderen auf die Erteilung einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung gerichteten Verfahren, Anwendung findet. Allerdings wird das Verwaltungsverfahrensgesetz durch bestimmte Verfahrensregelungen ergänzt, die Eingang in die EU/EWR HwV gefunden haben.

¹⁹⁸⁹ Ausführlich Mann, Randnotizen zum Richtlinienentwurf über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, EuZW 2004, 615–619, 619; vgl. auch Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 24.

¹⁹⁹⁰ S. o. 6. Kapitel 2. Abschnitt.

¹⁹⁹¹ Vgl. dazu Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 30.

II. Die für das Verfahren sachlich und örtlich zuständige Behörde

Im Gegensatz zum § 9 Abs. 2 Satz 2 HwO 2004 trifft der neue § 9 HwO keine ausdrückliche Regelung der sachlichen Zuständigkeit für das Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO. Nach dem früheren ausdrücklichen Wortlaut des § 9 Abs. 2 Satz 2 HwO 2004 war die höhere Verwaltungsbehörde für die Erteilung der Bescheinigung sachlich zuständig. Allerdings regelte § 9 Abs. 2 Satz 2 HwO 2004 die entsprechende Geltung von § 8 Abs. 3 Satz 4 HwO, wonach die Landesregierungen zur Bestimmung der Zuständigkeit einer anderen Behörde durch Rechtsverordnung ermächtigt werden.

Nach Vorstellung der Bundesregierung sollte es bei der Erteilung der Bescheinigung gemäß § 9 Abs. 2 HwO 2004 grundsätzlich bei der ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde verbleiben. Es handele sich, so die Begründung der Regierungsfractionen, bei der Zulassung zur selbstständigen Handwerksausübung um einen staatlichen Hoheitsakt, mit dem das bestehende repressive Berufsverbot im konkreten Fall zurückgenommen wird, wenn die Voraussetzungen für die Aufhebung des Berufsverbots vorlägen. Dies sei originäre Staatsaufgabe.¹⁹⁹² Dagegen sah der Gesetzentwurf des Bundesrates die Möglichkeit der Übertragung der sachlichen Zuständigkeit für die Erteilung der Bescheinigung auf die Handwerkskammern vor. Die Übertragung der Zuständigkeit diene der Beschleunigung von Verwaltungsverfahren; für diese Zuständigkeitsverlagerung spreche allgemein auch die größere Sachnähe der Handwerkskammern.¹⁹⁹³

Im Vermittlungsverfahren hat man sich im Ergebnis darauf verständigt, die Erteilung einer Bescheinigung gemäß § 9 Abs. 2 HwO auch in die Regelung zur Zuständigkeitsübertragung nach § 124 b HwO einzubeziehen. Die sachliche Zuständigkeit für die Erteilung der Bescheinigung kann damit auch auf andere Behörden oder auf Handwerkskammern übertragen werden, § 124 b Satz 1 HwO. Dieses ist durch alle Bundesländer auch für die Verfahren nach § 9 HwO erfolgt, wozu auch das neue Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO zählt.

Die örtlich zuständigen Behörde ist die, in deren Zuständigkeitsbereich die erstmalige Dienstleistungserbringung erfolgen soll, § 8 Abs. 1 Satz 2 EU7EWR HwV.

¹⁹⁹² So ausdrücklich Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 30, 31.

¹⁹⁹³ Vgl. Begründung Entwurf Bundesrat HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/2138, 22.

III. Die Anzeige bei der zuständigen Behörde und die Bearbeitungsdauer

Der Dienstleistungserbringer muß gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV die beabsichtigte Erbringung einer Dienstleistung schriftlich anzeigen. Insoweit weicht das Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 HwO von den Verfahren nach §§ 8, 7 a und 7 b sowie § 9 Abs. 1 Nr. 1 HwO ab, die die Schriftform des Antrages nicht verlangen. Ursprünglich war die Einführung eines europaweit einheitlichen Meldeformulars beabsichtigt; ein entsprechender Entwurf wurde allerdings nicht weiterverfolgt. Allerdings wäre die Einführung nicht zuletzt im Interesse des Dienstleistungserbringers gewären angesichts einer vereinfachten Durchführung des Anzeigeverfahrens.¹⁹⁹⁴

Die zuständige Behörde ist nach § 8 Abs. 3 Satz 1 und 2 EU/EWR HwV verpflichtet, dem Dienstleistungserbringer eine Eingangsbestätigung zu erteilen. Aus dem Inhalt dieser Eingangsbestätigung muß hervorgehen, ob die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV vorliegen oder die Befähigung des Dienstleistungserbringers im Fall des § 7 Abs. 2 EU/EWR nachgeprüft wird, es sich also um Erbringung einer Dienstleistung aus dem Schornsteinfegerhandwerk oder einem Gesundheitshandwerk handelt. Dabei soll die Eingangsbestätigung innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige und der vollständigen Unterlagen erteilt werden. Eine Verlängerung der Frist ist in besonderen Fällen möglich, da es sich hier um eine Sollvorschrift handelt. Die Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 4 EU/EWR HwV betreffend des Hemmung des Fristablaufs wird durch § 8 Abs. 3 Satz 2 EU/EWR HwV ausdrücklich für anwendbar erklärt. Die Eingangsbestätigung ist aber weder eine formell- noch materiellrechtliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Leistungserbringung.

Der Dienstleistungserbringer ist nach § 8 Abs. 4 Satz 2 EU/EWR HwV zum einen verpflichtet, die Anzeige formlos alle zwölf Monate seit der letzten Anzeige zu wiederholen, solange die weitere Erbringung von Dienstleistungen beabsichtigt ist. Darüber hinaus ist der Dienstleistungserbringer gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 EU/EWR HwV verpflichtet, beim Eintritt einer die Dienstleistungserbringung betreffende wesentliche Änderung von Umständen diese Änderung schriftlich anzuzeigen; die materiellrechtlichen Voraussetzungen nach § 7 EU/EWR HwV sind dann erneut nachzuweisen.

Besondere Regelungen trifft die EU/EWR HwV bezüglich der Bearbeitungsdauer für die Fälle, in denen nach § 9 EU/EWR HwV eine Nachprüfung der Berufsqualifikation erforderlich ist, also in den Fällen des § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV. Innerhalb eines Monats, so § 9 Abs. 1 Satz 1 bis drei EU/EWR HwV, soll der Dienstleistungserbringer nach Eingang seiner Anzeige und der vollständigen Unterlagen durch die zuständige Behörde über das Ergebnis unterrichtet werden. Bei einer diesbezüglichen Verzögerung ist er über die Gründe zu informieren; ein Zeitplan für eine Entscheidung ist ihm mitzuteilen. Spätestens innerhalb von

zwei Monaten nach Eingang der Anzeige und der vollständigen Unterlagen muß aber das Ergebnis der Nachprüfung mitgeteilt werden.

IV. Umfang der amtswegigen Prüfung

Die zuständige Behörde hat im Anzeigesverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EU/EWR HwV zu prüfen, ob der Gewerbetreibende die Voraussetzungen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO in Verbindung mit §§ 7 ff EU/EWR HwV erfüllt.

Ob die Tätigkeit, die der Antragsteller ausüben will, handwerksmäßig betrieben werden soll und vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe umfasst, das in der Anlage A aufgeführt ist, zählt ebenfalls zum Prüfungsumfang der Behörde. Denn es muß sich nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV um eine Erbringung von Dienstleistungen in einem Handwerk der Anlage A zur Handwerksordnung handeln.

V. Die Anhörung und Unterrichtungspflicht Dritter

Im Gegensatz zum Verfahren nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 HwO, bei dem eine Anhörungspflicht der Handwerkskammer besteht – aufgrund der aktuellen Rechtslage bezüglich der Zuständigkeit entfällt derzeit diese Verfahrensstufe - gilt dies nicht für das Verfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO. Denn § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO verweist nur bezüglich des Verfahrens nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 HwO auf § 8 Abs. 3 Satz 1 HwO, der die Anhörungspflicht der Handwerkskammer regelt.

4. Abschnitt: Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Dienstleistungserbringung

Auch bezüglich der materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Dienstleistungserbringung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO gilt, dass die Vorschrift nicht selbst regelt, unter welchen Voraussetzungen diese zulässig ist. Vielmehr werden diese in § 7 EU/EWR HwV geregelt. Ein besonderer Ausnahmegrund ist auch hier nicht erforderlich, sondern ist kraft Gesetzes anzunehmen.

Bei den Voraussetzungen der Dienstleistungserbringung trifft § 7 EU/EWR HwV für die Gesundheitshandwerke und das Schornsteinfegerhandwerk für den Fall, dass die Dienstleistung erstmalig erbracht wird, besondere Regelungen; hier gelten strengere Voraussetzungen.

¹⁹⁹⁴ Zu Recht Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008,

I. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV

Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV setzt Art. 5 Abs. 1 und 2 RL 2005/36/EG um, der die Voraussetzungen für eine zulässige grenzüberschreitende Tätigkeit regelt.

1. Vorübergehende und gelegentliche Erbringung von Dienstleistungen

Zunächst wird in § 7 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV klargestellt, dass das Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO nur für die Fälle gilt, in denen lediglich eine vorübergehende und gelegentliche Dienstleistung durch den Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates, eines EWR-Vertragsstaates oder der Schweiz erbracht wird.

2. Rechtmäßige Niederlassung im Herkunftsstaat, vergleichbare Tätigkeit

Ausdrücklich verlangt § 7 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV darüber hinaus, dass der Staatsangehörige in einem dieser Staaten zur Ausübung vergleichbarer Tätigkeiten rechtmäßig niedergelassen ist.

Ist die rechtmäßige Niederlassung zu bejahen, kann die Dienstleistungsfreiheit nicht aufgrund der Berufsqualifikation eingeschränkt werden. Diese Regelung betrifft, was sich aus § 7 Abs. 1 Satz 2 EU/EWR HwV ergibt, die Fälle, in denen der Niederlassungsstaat für die Ausübung der fraglichen beruflichen Tätigkeiten eine bestimmte berufliche Qualifikation verlangt.

Wird im Niederlassungsstaat für die Ausübung der betreffenden Tätigkeiten keine bestimmte berufliche Qualifikation vorausgesetzt und gibt es dort auch keine staatlich geregelte Ausbildung im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 2 EU/EWR HwV, greift § 7 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV nur unter den in § 7 Abs. 1 Satz 2 EU/EWR HwV genannten erweiterten Voraussetzungen. Danach müssen die Tätigkeiten mindestens zwei Jahre lang im Niederlassungsstaat ausgeübt worden sein und nicht länger als zehn Jahre zurückliegen. Dabei ist, wie in den Fällen nach § 2 EU/EWR HwV, eine Vollzeittätigkeit zu verlangen. Auch ist nicht jede Tätigkeit ausreichend; es muß sich um eine Tätigkeit als Selbstständiger oder Betriebsverantwortlicher handeln.

II. Die Voraussetzungen in § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV

Für das Schornsteinfegerhandwerk und die Gesundheitshandwerke verlangt § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV strengere Voraussetzungen; insoweit wird von der in Art. 7 Abs. 4 RL 2005/36/EG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, ausnahmsweise doch eine vorherige Nachprüfung der Berufsqualifikation vorzusehen. Vor erstmaliger Erbringung von

Dienstleistungen kann die zuständige Behörde die Berufsqualifikation des Dienstleistungserbringers nachprüfen, wenn unter Berücksichtigung der konkret beabsichtigten Tätigkeit bei unzureichender Qualifikation eine schwere Gefahr für die Gesundheit oder Sicherheit der Dienstleistungsempfänger bestünde. Allerdings bedeutet dies nicht, dass stets in den genannten Fällen eine Überprüfung stattfindet. Vielmehr ist diese Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen; die diesbezügliche Einzelentscheidung steht im Ermessen der Behörde.¹⁹⁹⁵

Auch deutsche Sprachkenntnisse können von der zuständigen Behörde vom Dienstleistungserbringer verlangt werden. Dies ist aber nur im Einzelfall dann zulässig, wenn die Gefährlichkeit der konkreten Tätigkeit und Gründe des Verbraucherschutzes dies erfordern.¹⁹⁹⁶

III. Die Beweismittel

Auch im Anzeigeverfahren nach § 9 Abs.1 Satz 1 Nr. 2 HwO sind die Voraussetzungen der Dienstleistungserbringung nachzuweisen. Dabei ist zwischen den von § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV und § 7 Abs. 2 EU/EWR HwR erfassten Sachverhalten zu differenzieren.

Dazu bestimmt § 8 Abs. 1 Satz 1 EU/EWR HwV für den Regelfall des § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV, dass der Dienstleistungserbringer das Vorliegen der Voraussetzungen durch Unterlagen nachweisen muss. Weitere Einzelheiten werden dazu nicht genannt; die Unterlagen müssen aber zum Nachweis geeignet sein. Der Nachweis der Berufserfahrung hat durch die „EU-Bescheinigung“ zu erfolgen; insoweit gilt das zu Niederlassungsvorgängen Gesagte. Bescheinigungen insoweit nicht zuständiger Stellen sind nicht ausreichend.

Dabei handelt es sich hier um eine allein formelle Überprüfung der Voraussetzungen.

Ist in den Fällen des § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV eine Überprüfung der Berufsqualifikation nach der Ermessensentscheidung der Behörde erforderlich, ist diese nach den in § 9 EU/EWR HwV normierten Grundsätzen vorzunehmen. Der Prüfungsrahmen bei dieser Äquivalenzprüfung hat sich dabei inhaltlich an dem zu orientieren, der in den Niederlassungsfällen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO Anwendung findet.

Dabei kann die zuständige Behörde, nachdem der Antragsteller die vollständigen Unterlagen vorgelegt hat, zu dem Ergebnis kommen, dass die berufliche Qualifikation des Dienstleistungserbringers ausreicht. In diesen Fällen ist dem Dienstleistungserbringer gemäß § 9 Abs. 4 Satz 1 EU/EWR HwV eine Bescheinigung zu erteilen; bezüglich deren Inhaltes gibt es keine besonderen Vorgaben.

¹⁹⁹⁵ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 25; Stork, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewArch 2008, 177-186, 184.

¹⁹⁹⁶ Begründung EU/EWR HwV, BR-Drucksache 818/07, 25.

Ergibt die Nachprüfung dagegen, dass das Qualifikationsniveau des Dienstleistungserbringers wesentlich unter dem im Inland geforderten liegt, greift § 9 Abs. 2 Satz 1 EU/EWR HwV. Die zuständige Behörde muß in diesen Fällen dem Dienstleistungserbringer die Gelegenheit geben, die für eine ausreichende berufliche Qualifikation im Sinne des § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nachzuweisen. Als Ausgleichsmaßnahme wird an dieser Stelle insbesondere die Durchführung einer Eignungsprüfung genannt.

Wann die Durchführung einer Eignungsprüfung geboten ist, wird in § 9 Abs. 2 EU/EWR HwV nicht geregelt. Als Anhaltspunkt kann diesbezüglich § 5 Abs. 1 EU/EWR HwV dienen, der ausführliche Regelungen zu dieser Frage trifft. Durch das Wort „insbesondere“ wird klargestellt, dass der Nachweis nicht in jedem Fall zwingend durch eine Eignungsprüfung zu führen ist; insoweit steht der Behörde bei ihrer Entscheidung ein Ermessen zu. Insoweit kann Stork nicht gefolgt werden, der einen Qualifikationsnachweis regelmäßig über eine Eignungsprüfung fordert.¹⁹⁹⁷

IV. Der Beginn der Dienstleistungserbringung

Bei der Frage, ab wann der Dienstleistungserbringer zeitlich berechtigt ist, seine Dienstleistung tatsächlich zu erbringen, ist zwischen den Fällen nach § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV und § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV zu unterscheiden.

In den Fällen des § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV darf gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 EU/EWR HwV der Dienstleistungserbringer sofort seine beabsichtigte Dienstleistung nach der Anzeige erbringen. Die Prüfung der Anzeige durch die zuständige Behörde muß nicht abgewartet werden.

Dagegen darf die Dienstleistung in den Fällen des § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV nicht sofort erbracht werden. Voraussetzung ist vielmehr nach § 8 Abs. 2 Satz 2 EU/EWR HwV, dass die Behörde dem Dienstleistungserbringer mitgeteilt hat, dass keine Nachprüfung der Berufsqualifikation beabsichtigt ist oder wenn eine ausreichende Berufsqualifikation festgestellt wurde. Hat allerdings die zuständige Behörde die in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 EU/EWR HwV festgesetzten Fristen nicht eingehalten, darf die Dienstleistung erbracht werden, § 8 Abs. 2 Satz 2 EU/EWR HwV. Die sich daraus ergebende Genehmigungsfiktion entfaltet aber keine Dauerwirkung; kommt die Behörde nach Ablauf der Überprüfungsfrist zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für die Dienstleistungserbringung nicht vorliegen, wird der Dienstleistungserbringer durch eine entsprechende Mitteilung der Behörde für die Zukunft an einer Leistungserbringung gehindert.¹⁹⁹⁸

¹⁹⁹⁷ Stork, in: Schwannecke, HwO, § 9 Rn 127.

¹⁹⁹⁸ Zu Recht Stork, Die neue EU/EWR- Handwerks-Verordnung, GewArch 2008,

5. Abschnitt: Die Beschränkung der Dienstleistungserbringung in den Fällen des § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV

Da in § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO lediglich für die Fälle des § 9 Abs. 1 Satz Nr. 1 HwO auf § 8 Abs. 2 HwO verweist, kann die nach § 9 Abs. 4 EU/EWR HwV erteilte Bescheinigung zunächst nicht unter Auflagen oder Bedingungen oder befristet erteilt werden. Gleiches gilt zunächst für deren Beschränkung. Allerdings trifft die EU/EWR HwV selbst in § 9 Abs. 4 Satz die Regelung, wonach die Bescheinigung auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkt werden kann, die zu einem Handwerk der Nummern 12 oder 33 bis 37 der Anlage A zur Handwerksordnung gehören.

6. Abschnitt: Die Entscheidung der Verwaltung

Aufgrund der Ausgestaltung des Verfahrens nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO als Anzeigeverfahren trifft die zuständige Behörde im Regelfall, also in den Verfahren nach § 7 Abs. 1 EU/EWR HwV, keine Entscheidung. Nur in den Verfahren nach § 7 Abs. 2 EU/EWR HwV, wenn also Dienstleistungen aus dem Tätigkeitsbereich des Schornsteinfegerhandwerks und der gesundheitshandwerke erbracht werden sollen, trifft die zuständige Behörde Entscheidungen im Bereich der Nachprüfung von Berufsqualifikationen. Dabei handelt es sich nicht um Ermessensentscheidungen, wie die Formulierung „ist eine Bescheinigung zu erteilen“ in § 9 Abs. 4 Satz 1 EU/EWR HwV ergibt.

7. Abschnitt: Der Rechtsschutz

Der Rechtsschutz im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 9 Abs. 1 HwO richtet sich nach den für das im Verfahren nach § 8 HwO geltenden Grundsätzen; insoweit verweist § 9 Abs. 1 Satz 2 HwO auf § 8 Abs. 4 HwO. Dagegen fehlt für das Anzeigeverfahren nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HwO ein solcher ausdrücklicher Verweis.

Mangels einer speziellen Rechtswegzuweisung an das Verwaltungsgericht ist nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO für den Dienstleistungserbringer der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn er von für ihn nachteiligen Entscheidungen der zuständigen Behörde betroffen ist.

8. Kapitel: Der Vergleich der Rechtsstellung des Inhabers einer Ausnahmegewilligung und Ausübungsberechtigung im Vergleich zu der des aufgrund einer Meisterprüfung eingetragenen Handwerkers

Der selbstständige Handwerker, der aufgrund einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO und § 9 Abs. 1 HwO oder Ausübungsberechtigung nach § 7a HwO und § 7 b HwO mit einem zulassungspflichtigen Handwerk in die Handwerksrolle eingetragen ist, hat nicht die gleiche Rechtsstellung wie derjenige Handwerker, der aufgrund der Ablegung der Meisterprüfung in die Handwerksrolle eingetragen ist.

1. Abschnitt: Die Führung des Meistertitels

Die Handwerksordnung bestimmt in ihrem Dritten Teil, 1. Abschnitt in § 51, dass die Ausbildungsbezeichnung Meister/Meisterin in Verbindung mit einem zulassungspflichtigen Handwerk oder in Verbindung mit einer anderen Ausbildungsbezeichnung, die auf eine Tätigkeit in einem oder mehreren zulassungspflichtigen Handwerken hinweist, nur der führen darf, der für dieses zulassungspflichtige Handwerk oder für diese zulassungspflichtigen Handwerke die Meisterprüfung bestanden hat. Damit gehört der handwerkliche Meistertitel zu den gesetzlich geschützten Ausbildungsbezeichnungen. Alleinige Voraussetzung dieses Schutzes ist das erfolgreiche Bestehen der Meisterprüfung oder einer ausländischen Prüfung, die nach § 50 a Satz 1 HwO in Verbindung mit der entsprechenden Rechtsverordnung einer deutschen Meisterprüfung gleichgestellt ist.¹⁹⁹⁹ An den Betrieb eines selbstständigen Handwerks ist die Befugnis der Titelführung nicht geknüpft; insbesondere darf auch der unselbstständige Handwerker, der „Meistergeselle“, den Meistertitel führen.²⁰⁰⁰ Daraus folgt, dass der Inhaber einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung nicht die Berechtigung hat, sich als Handwerksmeister zu bezeichnen.²⁰⁰¹

2. Abschnitt: Die Berechtigung zur selbstständigen Handwerksausübung

Die Handwerksordnung macht die selbstständige Führung eines Handwerksbetriebes gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO nur von der Eintragung in die Handwerksrolle abhängig. Auf welchem Wege diese Eintragung erreicht worden ist, ist insoweit nicht zu berücksichtigen. Der

¹⁹⁹⁹ Detterbeck, HwO, 4. A., § 51 Rn 1; Webers, in: Schwannecke, HwO, § 51 Rn 1.

²⁰⁰⁰ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 51 Rn 1.

²⁰⁰¹ BVerwG, Urteil v. 09.10. 1959, GewArch 1959/1960, 161, 162; Hollje-Lürßen, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, 71, 72; Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 250; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 10.

Inhaber einer Ausnahmegewilligung und Ausübungsberechtigung tritt damit gleichberechtigt neben den Handwerksmeister. Der aufgrund einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung in die Handwerksrolle eingetragene selbstständige Handwerker ist daher in gleicher Weise wie der aufgrund der Meisterprüfung eingetragene Handwerksmeister zur Ausführung aller im Rahmen des jeweiligen Handwerks anfallenden Arbeiten legitimiert.²⁰⁰² Der Inhaber einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung ist daher nicht als Handwerker minderen Grades oder als Außenseiter anzusehen, weil dies mit der gesetzlichen Regelung nicht in Einklang stehen würde.²⁰⁰³

Die Rechtstitel Ausnahmegewilligung und Ausübungsberechtigung sind, ebenso wie der Rechtstitel Meisterprüfung, für den gesamten Geltungsbereich der Handwerksordnung gültig. Daher muss der Handwerker, der eine Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung besitzt, diese nicht von der Verwaltungsbehörde, die für den Bezirk zuständig ist, in dem das Handwerk betrieben werden soll, erhalten haben. Vielmehr kann deren Inhaber wie der Handwerksmeister in jedem beliebigem Kammerbezirk seine Eintragung herbeiführen. Das Vorgesagte erfolgt nicht zuletzt daraus, dass die Ausnahmegewilligung und Ausübungsberechtigung als personenbezogenes Surrogat zur Meisterprüfung erteilt werden. Hätte der Gesetzgeber die Ausnahmegewilligung und Ausübungsberechtigung in ihrer räumlichen Wirkungsweise beschränken wollen, hätte er dies ausdrücklich im Gesetz regeln müssen. Davon hat er aber gerade abgesehen.²⁰⁰⁴ Im Ergebnis hat damit der Inhaber einer Ausnahmegewilligung und Ausübungsberechtigung durch ihre Erteilung eine schutzwürdige Rechtsstellung erlangt, an die jede Behörde gebunden ist.

3. Abschnitt: Die Berechtigung zum Einstellen und Ausbilden von Lehrlingen (Auszubildenden)

Die Handwerksordnung regelt in ihrem Zweiten Teil, Erster Abschnitt die Berechtigung zum Einstellen und Ausbilden. Dabei wird differenziert zwischen der Einstellungs- und Ausbildungsbefugnis. Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 HwO darf Lehrlinge (Auszubildende) nur einstellen, wer persönlich geeignet ist. Lehrlinge (Auszubildende) darf nur ausbilden, wer persönlich und fachlich geeignet ist, § 22 Abs. 1 Satz 2 HwO. Es handelt sich somit um zwei verschiedene Befugnisse, die einer Person zustehen können. Jedoch können Einstellungs- und Ausbildungsbefugnis auch auseinander fallen.

²⁰⁰² BVerwG, Urteil v. 09.10. 1959, GewArch 1959/1960, 161, 162; BVerwG, Urteil v. 26.01. 1962, GewArch 1962, 95, 97.

²⁰⁰³ Vgl. Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 10.

²⁰⁰⁴ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 7 Rn 24; Fröhler, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, 38, 39; Perkuhn, Aktuelle Probleme der Handwerksordnung, GewArch 1967, 52–57, 55, 56, 57.

I. Die Berechtigung zum Einstellen von Lehrlingen (Auszubildenden)

Einstellen bedeutet die Befugnis aller natürlichen und juristischen Personen, mit Lehrlingen Berufsausbildungsverträge abzuschließen. Die Handwerksordnung regelt dabei nicht ausdrücklich, wem die Befugnis zusteht, Lehrlinge einzustellen. Damit gilt § 41 GewO, wonach die Befugnis zum selbstständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes das Recht beinhaltet, Lehrlinge (Auszubildende) auszubilden. Damit ist grundsätzlich jeder selbstständige Handwerker, der ein zulassungspflichtiges Handwerk im Sinne des § 1 HwO betreibt, einstellungsberechtigt.²⁰⁰⁵ Allerdings wird diese Befugnis zum Einstellen von Lehrlingen gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 HwO eingeschränkt. Nur der selbstständige Handwerker darf Lehrlinge (Auszubildende) einstellen, der persönlich geeignet ist. Dabei sind die in § 22 a HwO normierten beispielhaften Ausschlussgründe zu beachten; insoweit enthält die genannte Vorschrift eine Negativabgrenzung. Allerdings kann die mangelnde persönliche Eignung auch auf anderen Gründen beruhen, was sich auch der Formulierung „insbesondere“ in § 22 a HwO ergibt. Die Aufzählung in § 22 a HwO ist damit nicht abschließend.

Aus dem Vorgesagten folgt, dass, soweit die persönliche Eignung vorliegt, sowohl der mit der Meisterprüfung eingetragene selbstständige Handwerker als auch der mit der Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO oder § 9 Abs. 1 HwO eingetragene selbstständige Handwerker zum Einstellen von Lehrlingen (Auszubildenden) berechtigt ist. Gleiches gilt für den Inhaber einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO und § 7 b HwO.

II. Die Berechtigung zur Ausbildung von Lehrlingen (Auszubildenden)

Von der Einstellungsbefugnis ist die Befugnis zur Ausbildung von Lehrlingen zu unterscheiden. § 22 Abs. 1 Satz 2 HwO bestimmt, dass nur derjenige Lehrlinge (Auszubildende) ausbilden darf, wer persönlich und fachlich geeignet ist. Damit müssen kumulativ beide Voraussetzungen vorliegen. Während für die persönliche Eignung auch hier § 22 a HwO einschlägig ist, sind die Voraussetzungen für die fachliche Eignung zur Ausbildung in einem zulassungspflichtigen Handwerk in § 22 b Abs. 2 HwO geregelt.

Dabei differenziert das Gesetz seit der HwO-Novelle 2004²⁰⁰⁶ ausdrücklich zwischen der Meisterprüfung und der Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO oder § 7 b HwO beziehungsweise der Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO.²⁰⁰⁷

²⁰⁰⁵ Vgl. Honig/Knör, HwO, 4. A., § 21 Rn 2.

²⁰⁰⁶ Vgl. Begründung Regierungsentwurf HwO-Novelle 2005, BT-Drucksache 15/1206, 33, 34; BVerfG, Kammerbeschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 73; Begründung Gesetzentwurf der Bundesregierung Bundesbildungsreformgesetz, BT-Drucksache 15/3980, 64.

²⁰⁰⁷ Zur Rechtslage vor der HwO-Novelle 2004 vgl. OVG Brandenburg, Beschluss v. 20.01. 1999, GewArch 1999, 165; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 22 Rn 7.

Die fachliche Eignung besitzt gemäß § 22 b Abs. 2 Nr. 1 HwO zunächst derjenige, der die Meisterprüfung in dem zulassungspflichtigen Handwerk, in dem ausgebildet werden soll, oder in einem mit diesem verwandten Handwerk bestanden hat. Daraus folgt, dass die fachliche Eignung allein durch den Nachweis der bestandenen Meisterprüfung erbracht ist; die Erfüllung weiterer Voraussetzungen wird nicht gefordert.

Etwas anderes gilt zunächst für den Inhaber einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO oder § 7 b HwO und den Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO. Neben ihrem Erhalt, so § 22 b Abs. 2 Nr. 2 b und c HwO, muss dieser Personenkreis zusätzlich den Teil IV der Meisterprüfung oder eine gleichwertige andere Prüfung, insbesondere eine Ausbilder-eignungsprüfung auf der Grundlage einer nach § 30 Abs. 5 BBiG erlassenen Rechtsverordnung bestanden haben. Daraus folgt, dass die Meisterprüfung weiter reicht als die Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO beziehungsweise Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO und § 7 b HwO: Der Inhaber der letztgenannten Rechtsinstitute kann mit dieser zwar das zulassungspflichtige Handwerk, das Gegenstand der Bewilligung ist, selbstständig ausüben, ist jedoch nicht gleichzeitig zur Ausbildung von Lehrlingen berechtigt.

Der Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO war in der Vergangenheit grundsätzlich nicht zur Ausbildung von Lehrlingen berechtigt; in § 22 b Abs. 2 HwO 2004 wurde er in der Aufzählung der Personen, die fachlich geeignet sein können, nicht genannt.

Der neue im Zuge des II.Mittelstandentlastungsgesetzes geänderte § 22 b Abs. 2 Nr. 2 HwO stellt nunmehr den Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO mit dem einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO gleich.²⁰⁰⁸ Denn Art. 4 Abs. RL 2005/36/EG fordert, dass es der begünstigten Person, also dem Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 HwO, ermöglicht wird, im Inland ihren Beruf unter denselben Voraussetzungen wie Inländer auszuüben.

4. Abschnitt: Die Mitgliedschaft in Gesellen- und in Meisterprüfungsausschüssen

Auch die Mitgliedschaft in den genannten Prüfungsgremien setzt die fachliche Befähigung voraus; die Prüfungsausschussmitglieder müssen für ihr Prüfungsgebiet sachkundig und für die Durchführung von Prüfungen geeignet sein.

Ein Prüfer, der einem gemäß § 33 Abs. 1 HwO von der Handwerkskammer oder von der Handwerksinnung errichtetem Gesellenprüfungsausschuss angehört, ist gemäß § 34 Abs. 3 Satz 1 HwO als selbstständiger Handwerker dann als sachkundig anzusehen, wenn er in dem zulassungspflichtigen Handwerk, für das der Prüfungsausschuss errichtet ist, die Meisterprü-

fung abgelegt hat oder zum Ausbilden berechtigt ist. Damit kann der mit einer Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO und § 9 Abs. 1 HwO oder Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO und § 7 b HwO in die Handwerksrolle eingetragene selbstständige Handwerker dann Mitglied eines Gesellenprüfungsausschusses sein, wenn er die Befugnis zur Ausbildung von Lehrlingen gemäß § 22 b Abs. 2 Nr. 2 HwO besitzt.²⁰⁰⁹

Die Mitgliedschaft in einem nach § 47 HwO errichteten Meisterprüfungsausschuss setzt gemäß § 48 Abs. 3 HwO ebenfalls voraus, das die selbstständigen Handwerker als Beisitzer die Meisterprüfung in dem zulassungspflichtigen Handwerk, für das Ausschuss errichtet ist, die Meisterprüfung abgelegt haben oder das Recht zum Ausbilden von Lehrlingen besitzen. Gleiches gilt für den Betriebsleiter, der in seiner Person die Voraussetzungen zur Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt. Damit kann auch hier der Inhaber einer Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO oder § 9 Abs. 1 HwO beziehungsweise einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO oder § 7 b HwO Mitglied eines Meisterprüfungsausschusses nur dann sein, wenn er gemäß § 22 b HwO die persönliche und fachliche Eignung zur Ausbilden von Lehrlingen besitzt.

5. Abschnitt: Mitgliedschaft und Interessenvertretung durch Organisationen des Handwerks

Das handwerkliche Organisationsrecht regelt die Mitgliedschaft und die Interessenvertretung sowohl des in die Handwerksrolle eingetragenen selbstständigen Handwerksmeister sowie des selbstständigen Handwerkers, der mit einer Ausnahmebewilligung oder Ausübungsberechtigung in die Handwerksrolle eingetragen ist.

I. Die Handwerksinnung

Die Handwerksordnung regelt in ihrem Vierten Teil, 1. Abschnitt zum einen, wer Gründungsmitglied einer Handwerksinnung sein kann. Zum anderen wird die Mitgliedschaft bei bestehenden Innungen geregelt.

Gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. HwO können Inhaber von Betrieben des gleichen zulassungspflichtigen Handwerks, die sich fachlich oder wirtschaftlich nahe stehen, zur Förderung ihrer gemeinsamen gewerblichen Interessen innerhalb eines bestimmten Bezirks zu

²⁰⁰⁸ Vgl. Bechlußempfehlung des 9. Ausschusses zum II. Mittelstandsentlastungsgesetz, BT-Drucksache 16/5522, 44,45.

²⁰⁰⁹ Vgl. auch Küffner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 250, 251; Ritgen, Die Ausnahmebewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 10.

einer Handwerksinnung zusammentreten. Handwerker in diesem Sinne sind die bei der Handwerkskammer nach §§ 6, 7 HwO eingetragenen natürlichen und juristischen Personen; diese können Gründungsmitglied einer Innung sein. Damit geht die Handwerksordnung von der rechtlichen Gleichstellung aller in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerker aus. Daraus folgt, dass es keinen Unterschied macht, ob ein selbstständiger Handwerker aufgrund bestandener Meisterprüfung oder aufgrund einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO beziehungsweise § 9 Abs. 1 HwO oder Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO beziehungsweise § 7 b HwO in die Handwerksrolle eingetragen worden ist.²⁰¹⁰ Das Vorgesagte gilt auch dann, wenn die Eintragung in die Handwerksrolle aufgrund einer bedingten oder befristeten Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 2 HwO oder § 9 Abs. 1 HwO oder Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO erfolgt ist. Gleiches gilt, wenn diese nach § 8 Abs. 2 HwO nur für einen Teilbereich des betreffenden Handwerksberufes erteilt wurden, selbst wenn dieser Teilbereich gegenüber den Gesamttätigkeiten noch so unbedeutend erscheinen mag. Denn jeder selbstständige Handwerker, also auch derjenige, der nur Teile eines Handwerks ausübt, muss die Möglichkeit haben, an der Interessenvertretung der Handwerksinnung zu partizipieren.²⁰¹¹

Daher kann auch nicht die Innungssatzung bestimmen, dass nur solche selbstständige Handwerker Mitglied einer Innung werden können, wenn sie die Meisterprüfung abgelegt haben. Die Handwerksordnung vollzieht damit eine Abkehr vom Prinzip der sogenannten Meisterinnung.²⁰¹² Mitglied einer Handwerksinnung kann gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. HwO jeder Inhaber eines Handwerks werden, der das Gewerbe ausübt, für welches die Handwerksinnung gebildet ist, also auch der Inhaber einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung.

Grundsätzlich haben alle von der Handwerksinnung erfassten Berufszugehörigen gleiche Rechte und Pflichten. Dieses ergibt sich sowohl aus dem rechtlichen Charakter der Innung als einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, § 53 Satz 1 HwO, als auch aus der der Innung durch die Handwerksordnung zugewiesenen Aufgabenstellung; dies ist eine Auswirkung des Grundrechts auf Gleichbehandlung aus Artikel 3 GG im Rahmen des Körperschaftsverhältnisses.

²⁰¹⁰ Vgl. Fröhler, Das Recht der Handwerksinnung, 26, 48; Küffner, 251; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 10; im Ergebnis Perkuhn, Aktuelle Probleme der Handwerksordnung, GewArch 1967, 52–57, 55.

²⁰¹¹ Müller, Gerhard, in: Schwannecke, HwO, § 52 Rn 9; Honig/Knörr, HwO, 4 A., § 52 Rn 4; Stolz, Jürgen. Das Recht des selbstständigen Handwerkers auf Eintritt in einer Handwerksinnung, GewArch 1982, 153–155. 153; Fröhler, Ludwig: Das Organisationsrecht der Handwerksordnung. München 1973. 16.

²⁰¹² Fröhler, Das Recht der Handwerksinnung, 48; Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 10; Küffner, Das Gewerbebezugsrecht der Handwerksordnung, 251; vgl. auch Bay. VGH, Beschluss v. 24.03. 2005, GewArch 2005, 349.

Daraus folgt, dass die Innung bei der ihr gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 HwO zugewiesenen Aufgabe, die gemeinsamen gewerblichen Interessen der selbstständigen Handwerker zu fördern, nicht zwischen Handwerksmeistern und Inhabern einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung unterscheiden darf. Etwas anderes könnte sich zwar aus § 54 HwO ergeben. Als eine Pflichtaufgabe der Innung bestimmt § 54 Abs. 1 Nr. 2 HwO, ein gutes Verhältnis zwischen Meistern, Gesellen und Lehrlingen anzustreben. Das handwerksübliche Können der Meister und Gesellen soll gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 5 1. Halbsatz HwO gefördert werden. In der diesen Pflichtaufgaben der Innung umreißenen Vorschrift werden zwar ausdrücklich nur die Handwerksmeister genannt. Allerdings dürfen darunter nicht nur solche Handwerker verstanden werden, die die Meisterprüfung bestanden und damit die Berechtigung erworben haben, sich als Handwerksmeister zu bezeichnen. Dieser Ausdruck bezieht sich vielmehr entsprechend der historischen Entwicklung auf alle selbstständigen Handwerker. Zudem konkretisieren die in § 54 HwO im einzelnen genannten Maßnahmen lediglich die in § 52 Abs. 1 Satz 1 HwO und § 54 Abs. 1 Satz 1 HwO genannte Generalklausel, wonach die Innung die gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder zu fördern hat.

Aus dem vor Gesagten resultiert auch, dass alle Mitglieder der Innung gleichermaßen das Recht haben, die Einrichtungen und Anstalten der Handwerksinnung nach Maßgabe der Satzung, der Nebensatzung und der Beschlüsse der Innungsversammlung zu benutzen. Insbesondere kann auch das Innungsmitglied, welches mit einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung in die Handwerksrolle eingetragen ist, zum Mitglied des Vorstandes der Innung gewählt werden. Daher wäre es nicht zulässig, wenn die Satzung für Vorstandsmitglieder als weitere persönliche Qualifikation die Ablegung der Meisterprüfung zwingend vorschreiben würde. Dieses gilt auch für das Amt des Obermeisters.²⁰¹³

II. Die Kreishandwerkerschaft und die Handwerkskammer

Der Kreishandwerkerschaft in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, § 89 Abs. 1 Nr. 1 HwO in Verbindung mit § 53 Satz 1 HwO, hat die Aufgabe, die Gesamtinteressen des selbstständigen Handwerks und des handwerksähnlichen Gewerbes sowie die gemeinsamen Interessen der Handwerksinnungen ihres Bezirkes wahrzunehmen. Dabei handelt es sich um eine Pflichtaufgabe.

Aus dem Körperschaftsstatus der Innung und dem Gleichheitsgrundsatz folgt, dass die Kreishandwerkerschaft bei der Interessenwahrnehmung keinen Unterschied zwischen den mit der Meisterprüfung oder mit einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung

²⁰¹³ A. A. Fröhler, Das Recht der Handwerksinnung, 62; offen gelassen von Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 10.

in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerkern machen darf.²⁰¹⁴

Die Handwerkskammer ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die zur Vertretung der Interessen des Handwerks errichtet wird, § 90 Abs. 1 HwO. Zu ihr gehören gemäß § 90 Abs. 2 HwO unter anderem die selbstständigen Handwerker des Handwerkskammerbezirkes. Dies sind gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO die in die Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften. Daraus folgt, dass sowohl der mit einer Meisterprüfung als auch der mit einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung in die Handwerksrolle eingetragene selbstständige Handwerker Mitglied der Handwerkskammer ist; insoweit macht das Gesetz keinen Unterschied.

Bei der Interessenvertretung durch die Handwerkskammer ist diese, wie die Innung und die Kreishandwerkerschaft, nicht berechtigt, zwischen den aufgrund einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung und den nach bestandener Meisterprüfung in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerkern zu unterscheiden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Formulierung in § 91 Abs. 1 Nr. 7 HwO, wonach Aufgabe der Handwerkskammer insbesondere die technische und betriebswirtschaftliche Fortbildung der Meister und Gesellen zur Erhaltung und Steigerung der Leistungsfähigkeit des Handwerks zu fördern ist. Der Ausdruck Meister bezieht sich dabei auf alle selbstständigen Handwerker.

Bei der Wahl zur Vollversammlung der Handwerkskammer ist zwischen aktivem und passivem Wahlrecht zu unterscheiden. Berechtigt zur Wahl der Vertreter des Handwerks sind gemäß § 96 Abs. 1 HwO die in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften. Wahlberechtigt sind damit alle die in die Handwerksrolle nach §§ 6, 7 HwO eingetragenen selbstständigen Handwerker und damit auch der mit einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung in die Handwerksrolle eingetragene selbstständige Handwerker. Dagegen bestimmt § 97 Abs. 1 Nr. 1 b HwO unter anderem als Voraussetzung für das passive Wahlrecht der wahlberechtigten natürlichen Personen als Vertreter des zulassungspflichtigen Handwerks, dass sie die Befugnis zum Ausbilden von Lehrlingen besitzen müssen. Damit ist der Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO und § 9 Abs. 1 HwO oder Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO und § 7 b HwO nur dann wählbar, wenn er zusätzlich Inhaber der Ausbildungsberechtigung gemäß § 22 HwO ist.

Ist der Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO und § 9 Abs. 1 HwO oder Ausübungsberechtigung nach § 7 a HwO und § 7 b HwO allerdings gleichzeitig gesetzlicher Vertreter der wahlberechtigten juristischen Person oder vertretungsberechtigter Gesellschaf-

²⁰¹⁴ Ritgen, Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht, BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, 10; Küff-

ter der wahlberechtigten Personengesellschaft, § 97 Abs. 2 1. Halbsatz HwO, ist die Befugnis zum Ausbilden von Lehrlingen keine Wählbarkeitsvoraussetzung. Nur die juristische Person als solche muss diese besitzen. Damit kann auch der Inhaber einer Ausnahmegewilligung oder Ausübungsberechtigung unter den genannten Voraussetzungen ein passives Wahlrecht innehaben. Die bloße Funktion als Betriebsleiter genügt hingegen nicht.²⁰¹⁵

ner, Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung, 251.

²⁰¹⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 97 Rn 4.

Schlussbemerkung

Die Voraussetzungen für die Zulassung zur selbstständigen Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks werden auch künftig im Mittelpunkt der Diskussion um die Handwerksordnung stehen. Das System der Ausnahmeregelungen als Teil der Berufszulassungsbestimmungen wird davon ebenfalls betroffen sein.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 5. Dezember 2005 Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der bis Ende des Jahres 2003 geltenden Regelungen über die Ausgestaltung der Berufszulassung zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks geäußert.²⁰¹⁶ Zwar hat das Gericht nicht über diese Frage entschieden und damit an seiner früheren Rechtsprechung, nach der der Große Befähigungsnachweis für das Handwerk mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Artikel 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, festgehalten. Zudem dürften die Bedenken des Bundesverfassungsgerichts nach der Novellierung der Handwerksordnung im Jahr 2003/2004 und der damit verbundenen Erleichterungen bezüglich der Zulassungsvoraussetzungen, insbesondere durch die Einfügung der „Altgesellenregelung“ nach § 7 b HwO, nicht mehr bestehen. Die Verfassungsmäßigkeit des Großen Befähigungsnachweises wurde durch diese Novellierung sogar stabilisiert. Dennoch wird diese Entscheidung Anlass für die Erörterung der Frage der weiteren Lockerung der Zugangsvoraussetzungen für die selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks sein, obwohl die Meisterprüfung als Berufszugangsvoraussetzung durch die Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 2003/2004 bereits eine erhebliche Entwertung erfahren musste.

Ist das nun der Anfang vom Ende des Meisterzwangs, wie ihn Mirbach schon vor einiger Zeit prophezeite?²⁰¹⁷ Sagt man dem Meisterbief ade, wie es Beaucamp formuliert?²⁰¹⁸ Handwerksordnung - Quo vadis? fragt Honig.²⁰¹⁹

Die neue, seit Ende des Jahres 2005 im Amt befindliche Bundesregierung hält in jedem Fall am Berufszulassungssystem der Handwerksordnung fest. Eine Evaluierung der seit Jahresbeginn 2004 in Kraft getretenen Novelle der Handwerksordnung, so der Koalitionsvertrag vom 11. November 2005,²⁰²⁰ wird zeigen, ob und welche Korrekturen vorgenommen werden müssen. Der Meisterbrief dürfe nicht durch EU-Vorgaben zur Dienstleistungsrichtlinie und der Richtlinie zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen ausgehöhlt werden.

²⁰¹⁶ BVerfG, Kammerbeschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 72.

²⁰¹⁷ Mirbach, Anfang vom Ende des Meisterzwangs?, NVwZ 2001, 161–163.

²⁰¹⁸ Beaucamp, Meister ade – Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl 2004, 1458–1463.

²⁰¹⁹ Honig, Handwerksordnung – Quo vadis?, NVwZ 2003, 172–176.

²⁰²⁰ Gemeinsam für Deutschland. Mit Mut und Menschlichkeit. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD. 11. November 2005. 24, 25.

Es bleibt in diesem Zusammenhang abzuwarten, ob die heftig kritisierte „Altgesellenregelung“ des § 7 b HwO hinsichtlich des Nachweises der Befähigung Bestand haben wird oder diesbezüglich durch den Gesetzgeber eine wünschenswerte Verschärfung in Form eines einzelfallbezogenen Befähigungsnachweises erfährt.

Die neue europäische Berufsankennungsrichtlinie, die Richtlinie 2005/36/EG vom 7. September 2005, hat bei ihrer Umsetzung in das nationale Recht eine Angleichung der Vorschriften der §§ 7 und 9 HwO und der EU/EWR-Handwerk-Verordnung an das europäische Recht erfordert. Der in der Berufsankennungsrichtlinie enthaltene Rechtsgedanke, wonach bei dem Befähigungsnachweis durch Berufserfahrung nur legale Tätigkeiten zu berücksichtigen sind²⁰²¹, wird künftig auch beim Befähigungsnachweis im übrigen Ausnahmerecht, also in den Verfahren nach § 8 HwO, nach § 7 a HwO und § 7 b HwO seinen Niederschlag finden..

Die Notwendigkeit, den hohen Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des deutschen Handwerks durch besondere Zulassungsvoraussetzungen für die selbstständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks zu gewährleisten, besteht weiterhin fort. Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Handwerks für die Nachwuchssicherung der gesamten gewerblichen Wirtschaft, aber auch das Kriterium der Gefahrenabwehr bedingen daher ein Ausnahmesystem in der Handwerksordnung, das diese Erfordernisse ausreichend berücksichtigt. Im Ergebnis ist daher eine weitere Lockerung der Zulassungsregelungen weder geboten noch erforderlich.

²⁰²¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 f RL 2005/36/EG.

Anhang A: Die Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk

Der Befähigungsnachweis im Handwerk muss im Regelfall durch eine Prüfung, nämlich durch die Meisterprüfung, erbracht werden. Das Ziel der Meisterprüfung, so der Gesetzgeber, ist die Feststellung der berufsspezifischen Befähigung auf meisterlichem Niveau, der Fähigkeit zur selbstständigen Betriebsführung und der Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Ausbildung.²⁰²²

Abgelegt werden kann die Meisterprüfung zum einen in einem zulassungspflichtigen Handwerk, § 45 Abs. 1 HwO. Zum anderen kann die Meisterprüfung in einem zulassungsfreien Handwerk oder unter bestimmten Voraussetzungen in einem handwerksähnlichen Gewerbe abgelegt werden, § 51 a Abs. 1 HwO. Von Interesse ist hier die Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk.

1. Abschnitt: Die rechtlichen Grundlagen für die Meisterprüfung

Die Meisterprüfung als Berufszulassungsvoraussetzung und das Verfahren für ihre Durchführung ist durch Gesetze und Rechtsverordnungen detailliert geregelt. Zuständig für das Meisterprüfungswesen sind das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, die oberste Landesbehörde, die höhere Verwaltungsbehörde und die Handwerkskammer.²⁰²³

I. Die gesetzlichen Grundlagen

Die Handwerksordnung legt in ihrem III. Teil, I. Abschnitt, §§ 45-51, die rechtlichen Grundsätze der Ablegung der Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigem Handwerk fest. Insbesondere werden die Errichtung und Zusammensetzung der Prüfungsausschüsse, §§ 47, 48 HwO, die Zulassung zur Meisterprüfung, § 49 HwO, die Gliederung der Meisterprüfung und deren grundsätzliche Prüfungsinhalte, § 45 HwO, sowie die Befreiung von der Ablegung bestimmter Prüfungsteile, § 46 HwO, geregelt.

Bei dem Meisterprüfungsverfahren handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren; damit findet das Verwaltungsverfahrensgesetz Anwendung.

²⁰²² Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 36.

²⁰²³ Vgl. die Übersicht in Schwannecke, HwO, Vorbemerkung zu HwO Dritter Teil, Rn 4 bis 8.

II. Die Rechtsverordnungen

Keine Regelung trifft die Handwerksordnung hingegen zu den einzelnen Prüfungsanforderungen sowie zum formellen Prüfungsverfahren. Die Handwerksordnung wird daher diesbezüglich ergänzt durch verschiedene Rechtsverordnungen.

1. Die Meisterprüfungsverfahrensordnung und die Meisterprüfungsordnungen

Die Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk regelt die bei der Abnahme der Meisterprüfung zu beachtenden zentralen Verfahrensfragen.²⁰²⁴ Der Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im Jahr 2001 von seiner Ermächtigung aus § 50 Abs. 2 HwO, der im Rahmen der HwO-Novelle 1998 neu eingefügt wurde, Gebrauch gemacht und mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung das Zulassungs- und Prüfungsverfahren bundesweit einheitlich geregelt. Ziel war dabei die Identität der formalen Anforderungen für alle jungen Handwerksgehilfen, wo immer diese in Deutschland ihre Meisterprüfung ablegen.²⁰²⁵ Schon bei Einfügung des § 50 Abs. 2 in die Handwerksordnung hielt der Gesetzgeber voneinander abweichende Regelungen des Zulassungs- und Prüfungsverfahrens durch unterschiedliche Meisterprüfungsordnungen der einzelnen Handwerkskammern aufgrund des grundrechtseinschränkenden Charakters der Meisterprüfung für nicht mehr hinnehmbar.²⁰²⁶ Denn bis zur bundeseinheitlichen Regelung erließ die jeweilige Handwerkskammer gemäß §§ 50 Abs. 1 Satz 2, 91 Abs. 1 Nr. 6 HwO die das Zulassungs- und Prüfungsverfahren regelnde Meisterprüfungsordnung, indem die Vollversammlung der jeweiligen Handwerkskammer einen entsprechenden Beschluss fasste, § 106 Abs. 1 Nr. 11 HwO. Nach der in § 106 Abs. 2 Satz 1 HwO erfolgten Genehmigung durch die oberste Landesbehörde war die Meisterprüfungsordnung in den für die Bekanntmachungen der Handwerkskammer bestimmten Organen zu veröffentlichen, § 106 Abs. 2 Satz 2 HwO. Jede Handwerkskammer hatte eine Meisterprüfungsordnung erlassen, was zu recht unterschiedlichen Regelungen führte. Dies hielt der Gesetzgeber nicht mehr für vertretbar; zudem war das Genehmigungsverfahren auch sehr verwaltungsaufwändig. Zwar besteht die Kammerermächtigung in § 50 Abs. 1 Satz 2 HwO weiterhin fort. Den Meisterprüfungsordnungen der Handwerkskammern kommt nunmehr lediglich ergänzende Bedeutung zu, soweit die Meisterprüfungsverfahrensordnung Einzelregeln nicht regelt, wie

²⁰²⁴ Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk (Meisterprüfungsverfahrensverordnung-MPVerfVO) vom 17. Dezember 2001 (BGBl. I S. 4154).

²⁰²⁵ Vgl. BMWi: Neue Regeln für Meisterprüfungen im Handwerk. GewArch 2002, 60–61, 61.

²⁰²⁶ Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 22; so auch Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 50 Rn 1, Fehling, Neuere Entwicklungen bei den Rechtsverordnungen für Meisterprüfungen im Handwerk, GewArch 2003, 41–46, 43.

die Fragen von Prüfungsgebühren oder der Einführung und Gestaltung formalisierter Bewertungsmaterialien.²⁰²⁷

2. Die Verordnungen über die Meisterprüfungsberufsbilder A und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung

Die aufgrund des § 45 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 HwO erlassenen Verordnungen über die Meisterprüfungsberufsbilder A und über die Prüfungsanforderungen im praktischen Teil und im fachtheoretischen Teil der Meisterprüfung regeln zum einen für das jeweilige Handwerk das Meisterprüfungsberufsbild A, also welche Kenntnisse und Fertigkeiten in den einzelnen zulassungspflichtigen Handwerken zum Zwecke der Meisterprüfung zu berücksichtigen sind. Damit umfasst das Meisterprüfungsberufsbild A den potenziellen Prüfungsstoff. Zum anderen wird bestimmt, welche Anforderungen an den Prüfling in der Meisterprüfung zu stellen sind, um die erforderliche Qualifikation nachzuweisen, über die ein Handwerker verfügen muss, damit er das von ihm auszuübende zulassungspflichtige Handwerk auch wirklich „meisterhaft“ ausüben und selbstständig führen kann sowie Lehrlinge ordnungsgemäß ausbilden kann. Zuständig für den Erlass der jeweiligen Verordnung ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung. Es handelt sich dabei um Rechtsverordnungen, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Ziel des Gesetzgebers ist dabei die Gewährleistung eines geordneten und einheitlichen Meisterprüfungswesens.²⁰²⁸ Dabei ist es dem Gesetzgeber aufgrund des ihm diesbezüglich eingeräumten Ermessens unbenommen, für ein Handwerk beide Gebiete des § 45 Abs. 1 HwO, also das Meisterprüfungsberufsbild A und die Prüfungsanforderungen, zusammengefasst oder getrennt zu regeln, wobei er von der erstgenannten Alternative Gebrauch gemacht hat.²⁰²⁹

3. Die Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk

Die Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk und in handwerksähnlichen Gewerben regelt auf Rechtsgrundlage des § 45 Abs. 1 Nr. 2 HwO in Ergänzung der einzelnen Verordnungen zum Meisterprüfungsberufsbild A und zu den Prüfungsanforderungen für das jeweilige Handwerk die Fragen, die für alle Meisterprüfungen

²⁰²⁷ Vgl. BMWi: Erläuterungen zu der Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk. BAnz v. 24.10. 2002, Nr. 199, 23 970–23 973. 23 971.

²⁰²⁸ Detterbeck, HwO, 4. A., § 45 Rn 4; Dietrich, in: Schwannecke, HwO, § 45 Rn 1.

²⁰²⁹ Vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 45 Rn 3; Detterbeck, HwO, 4. A., § 45 Rn 5.

im Handwerk einheitlich geregelt werden können, also nicht berufsbezogen sind.²⁰³⁰ Es handelt sich hierbei somit um eine „allgemeine Meisterprüfungsverordnung“, womit auch die Abkürzung AMVO für diese Verordnung erklärt ist.²⁰³¹

4. Der Grundsatz der „handlungsorientierten Prüfung“

Der Ordnungsgeber hat die Prüfungsstrukturen der handwerklichen Meisterprüfung nach der HwO-Novelle 1998 einer grundlegenden Änderung unterzogen. Sowohl die am 01. November 2000 in Kraft getretene novellierte Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk und in handwerksähnlichen Gewerben als auch die neuen Meisterprüfungsverordnungen für einzelne Gewerbe haben für die Prüfungsanforderungen in den Teilen I bis IV der Meisterprüfung eine neue Terminologie eingeführt. Die Meisterprüfungen sollen künftig handlungsorientierter und praxisnäher gestaltet werden. Dabei sollen praktische Probleme in der Meisterprüfung selbstständig und zielorientiert gelöst und die gefundenen Lösungen kritisch überprüft und bewertet werden. Ausgangspunkt für die Aufgabenstellung in der Meisterprüfung sollen daher Situationen sein, die für die Berufsausübung bedeutsam und typisch sind. Die notwendigen Handlungen sollen vom Prüfling möglichst selbstständig geplant, durchgeführt, überprüft, gegebenenfalls korrigiert und schließlich bewertet werden. Die berufliche Wirklichkeit soll möglichst ganzheitlich erfasst und widergespiegelt werden. Der „Meister der Zukunft“ soll zwar sein Handwerk wie bisher verrichten können, darüber hinaus aber auch managementorientiert arbeiten.²⁰³² Dieses spiegelt sich in einer Art Präambel wieder, die allen neuen Meisterprüfungsverordnungen in § 2 Abs. 1 vorangestellt ist: „Durch die Meisterprüfung im -Handwerk wird festgestellt, dass der Prüfling befähigt ist, einen Handwerksbetrieb selbstständig zu führen, Leitungsaufgaben in den Bereichen Technik, Betriebswirtschaft, Personalführung und -entwicklung wahrzunehmen, die Ausbildung durchzuführen und seine berufliche Handlungskompetenz selbstständig umzusetzen und an neue Bedarfslagen anzupassen.“²⁰³³

²⁰³⁰ Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk und in handwerksähnlichen Gewerben vom 18. Juli 2000 (BGBl. 2000 I S. 1078), geändert durch Erste Änderungsverordnung vom 16. August 2004 (BGBl. I S. 2121).

²⁰³¹ Vgl. Kuhfuß, ohne Vorname: Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk. Gesetzestext mit Erläuterungen. Alfeld/Leine und Düsseldorf, ohne Datum. 12.

²⁰³² Fehling, Neuere Entwicklungen bei den Rechtsverordnungen für Meisterprüfungen im Handwerk, GewArch 2003, 41–46, 43.

2. Abschnitt: Der Gegenstand der Meisterprüfung

Gegenstand der Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk kann gemäß § 45 HwO nur ein Vollhandwerk sein, also ein Gewerbe, das in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführt ist. Die Anlage A, die sogenannte Positivliste, ist offizieller Bestandteil des Gesetzes und kann nur vom Gesetzgeber geändert werden.²⁰³⁴ Sie umfasst in ihrer Eigenschaft als Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungspflichtiges Handwerk im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO betrieben werden können, 41 Handwerke. Damit wird klargestellt, dass eine Teil-Meisterprüfung, also die Ablegung der Meisterprüfung in einem Teilhandwerk, nicht zulässig ist.²⁰³⁵ Allerdings besteht nach § 45 Abs. 4 HwO die Möglichkeit der Schwerpunktbildung.

3. Abschnitt: Der Inhalt und Umfang des Befähigungsnachweises

Der Gedanke der Einheit des Befähigungsnachweises kommt in der Vorschrift des § 45 HwO deutlich zum Ausdruck. Gemäß § 45 Abs. 2 HwO ist durch die Meisterprüfung festzustellen, ob der Prüfling befähigt ist, ein zulassungspflichtiges Handwerk auszuüben und selbstständig zu führen sowie Lehrlinge ordnungsgemäß auszubilden.

Das Erreichen der Meisterqualifikation setzt den Nachweis der dafür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten voraus. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Inhalt und Umfang des Befähigungsnachweises, also dessen Quantität, und dem Umfang des Befähigungsnachweises, also dessen Qualität.

I. Der Inhalt des Befähigungsnachweises

Diesen Befähigungsnachweis hat der Prüfling gemäß § 45 Abs. 3 HwO in vier selbstständigen Prüfungsteilen zu erbringen:

Er muss wesentliche Tätigkeiten seines Gewerbes meisterhaft verrichten können, Teil I, die erforderlichen fachtheoretischen Kenntnisse, Teil II, die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse, Teil III, sowie die erforderlichen berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse, Teil IV, besitzen.

Bei der Prüfung in Teil I können in der Rechtsverordnung nach § 45 HwO Schwerpunkte gebildet werden, § 45 Abs. 4 Satz 1 HwO. In diesen Fällen sind für den schwerpunktüber-

²⁰³³ Vgl. § 2 Abs. 1 Verordnung über das Meisterprüfungsbild und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Maler- und Lackierer-Handwerk (Maler- und Lackierermeisterverordnung-MuLMstrV) vom 13. Juni 2005 (BGBl. I S. 1659).

²⁰³⁴ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 1 Rn 60.

²⁰³⁵ Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 310; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 46 Rn 8.

greifenden Bereich die Grundfertigkeiten und Grundkenntnisse nachzuweisen, die die fachgerechte Ausübung auch dieser Tätigkeiten ermöglichen, § 45 Abs. 4 Satz 2 HwO. Damit wird ermöglicht, die Meisterprüfung unter Betonung eines gewissen Teilsektors abzuhalten.

1. Die praktische Prüfung (Teil I) und die fachtheoretische Prüfung (Teil II)

Die Anforderungen in der Meisterprüfung sind für das jeweilige Gewerk durch Rechtsverordnung nach § 45 Abs. 1 HwO festgelegt. Dabei soll sich die Prüfung nicht auf die gesamten Fertigkeiten und Kenntnisse eines Gewerbes der Anlage A beziehen, sondern nur auf einen für die Prüfung geeigneten Ausschnitt.²⁰³⁶ Um dies zu verdeutlichen, hat der Gesetzgeber im Rahmen der HwO-Novelle 2004 die Formulierung „gebräuchliche Arbeiten“ in § 46 Abs. 2 Satz 1 HwO 1998 durch den Begriff „wesentliche Tätigkeiten“ im neuen § 45 Abs. 3 HwO ersetzt. Denn es kommt darauf an, ob der Berufsbewerber die Ausübung „wesentlicher“ Tätigkeiten beherrscht und nicht darauf, ob Tätigkeiten gebräuchlich sind.²⁰³⁷

Der Strukturentwurf für neue Meisterprüfungsverordnungen sieht vor, dass Teil I in der Regel aus zwei verschiedenen Prüfungsbereichen besteht. An die Stelle der „Meisterprüfungsarbeit“, auch Meisterstück genannt, ist die „Projektarbeit“ getreten. Die „Situationsaufgabe“ ersetzt die bisherige „Arbeitsprobe“, bei der es insbesondere auf die Ausführung der Arbeiten ankommt. In einem auf die Projektarbeit oder, falls dieser Prüfungsbereich für das jeweilige Gewerk nicht vorgesehen ist, auf die Situationsaufgabe bezogenen Fachgespräch als weiterem neuen Prüfungselement muss jeder Prüfling seine mündliche Artikulationsfähigkeit nachweisen.

Im Mittelpunkt der Prüfung steht damit die Bearbeitung eines realen oder fiktiven Kundenauftrags; im Fachgespräch soll der Prüfling berufsbezogene Probleme und deren Lösungen darstellen. Die Situationsaufgabe soll die Bearbeitung realer oder fiktiver betrieblicher Arbeitsaufträge repräsentieren, zum Beispiel die Abwicklung eines kleineren Kundenauftrages.

Für Teil II der Meisterprüfung ist in den neuen Meisterprüfungsverordnungen eine schriftliche Prüfung in verschiedenen Prüfungsfächern vorgeschrieben. Dabei werden die Prüflinge mit einer aus der Berufspraxis abgeleiteten Situation beziehungsweise Problemkonstellation konfrontiert. Damit soll sichergestellt werden, dass nicht reines Lehrbuchwissen abgefragt, sondern Praxis- und Fallbezug hergestellt wird. Auf die klassische Einteilung der Prüfungsfächer unter anderem in Fachkunde, Fachmathematik und Fachzeichnen wird dabei zugunsten von Handlungsfeldern wie Auftragsabwicklung, Betriebsführung und Betriebsorganisation verzichtet.

²⁰³⁶ Vgl. Begründung HwO-Novelle 1998, BT-Drucksache 13/9388, 35.

²⁰³⁷ Ausdrücklich Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 36.

Die schriftlichen Prüfungen können durch eine mündliche Prüfung ergänzt werden, wenn diese für das Bestehen der Prüfung den Ausschlag geben kann.

Um zu zeigen, wie ein Prüfling unter Beweis stellen soll, dass er eine Aufgabe seines Gewerkes planen, durchführen und abschließen kann, sollen im folgenden die Anforderungen in der Meisterprüfung für das Kraftfahrzeugtechniker-Handwerk dargestellt werden, die sich aus der Verordnung über das Meisterprüfungsberufsbild und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Kraftfahrzeugtechniker-Handwerk ergeben.²⁰³⁸

Dabei regelt § 3 KfzTechMstrV die Gliederung, Prüfungsdauer und das Bestehen des Teils I. Danach umfasst der Teil I der Meisterprüfung als Prüfungsbereich eine Situationsaufgabe, wobei deren Ausführung 6,5 Stunden nicht überschreiten soll und ein darauf bezogenes Fachgespräch, das nicht länger als 30 Minuten dauern soll, § 3 Abs. 1, 2 KfzTechMstrV. Der Prüfling kann zwischen zwei verschiedenen Situationsaufgaben wählen: Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 KfzTechMstrV ist eine Diagnose an drei vom Meisterprüfungsausschuss vorgegebenen Fahrzeugsystemen zum Zwecke der Fehlersuche vorzunehmen unter Bestimmung und Beurteilung von Instandsetzungswegen und Instandsetzungsalternativen. Für eines der Fahrzeugsysteme ist nach Vorgabe des Meisterprüfungsausschusses ein Kostenvoranschlag zu erstellen und eine Instandsetzung durchzuführen; dabei sind die Diagnose- und Instandsetzungsergebnisse zu dokumentieren sowie eine Nachkalkulation durchzuführen. Als zweite Situationsaufgabe bestimmt § 4 Abs. 2 Nr. 2 KfzTechMstrV die Vermessung und Bestimmung des Instandsetzungsweges einer schadhafte Fahrzeugkarosserie; dabei sind Instandsetzungsalternativen zu beurteilen, Kostenvoranschläge zu erstellen, die Instandsetzung durchzuführen und zu dokumentieren sowie eine Nachkalkulation durchzuführen.

Auf Grundlage der Prüfungsleistungen in der Situationsaufgabe ist gemäß § 5 KfzTechMstrV anschließend ein Fachgespräch zu führen, in dem der Prüfling unter anderem die der Situationsaufgabe zugrunde liegenden fachlichen Zusammenhänge aufzeigen und den Ablauf der Situationsaufgabe begründen soll.

Bei der Prüfung der fachtheoretischen Kenntnisse im Teil II der Meisterprüfung soll der Prüfling durch Verknüpfung technologischer, ablauf- und verfahrenstechnischer, werkstofftechnischer und mathematischer Kenntnisse nachweisen, dass er Probleme analysieren und bewerten sowie geeignete Lösungswege aufzeigen und dokumentieren kann, § 6 Abs. 1 KfzTechMstrV. Dabei sind Prüfungsfächer Kraftfahrzeuginstandhaltungstechnik und Kraftfahrzeugtechnik, Auftragsabwicklung, Betriebsführung und Betriebsorganisation, § 6 Abs. 2

²⁰³⁸ Verordnung über das Meisterprüfungsberufsbild und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Kraftfahrzeugtechniker-Handwerk (Kraftfahrzeugtechnikermeisterverordnung-KfzTechMstrV) vom 10.08. 2000 (BGBl. I S. 1286).

Nr. 1-3 KfzTechMstrV. Die Prüfung im Teil II wird schriftlich durchgeführt; sie soll insgesamt nicht länger als acht Stunden dauern und eine Prüfungsdauer von sechs Stunden täglich nicht überschreiten, § 6 Abs. 4 KfzTechMstrV. Die schriftliche Prüfung ist durch eine mündliche Prüfung, die sogenannte Ergänzungsprüfung, zu ergänzen, wenn diese das Bestehen des Teils II der Meisterprüfung ermöglicht; die Ergänzungsprüfung soll je Prüfling nicht länger als 20 Minuten dauern, § 6 Abs. 5 KfzTechMstrV.

2. Die Prüfungsanforderungen in der Allgemeinheit (Teil III und IV)

Die Prüfungsanforderungen in den Teilen III und IV der Meisterprüfung werden in der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk und in handwerksähnlichen Gewerben für alle handwerklichen Meisterprüfungen gleich geregelt. Es handelt sich damit um die Prüfungsinhalte, die nicht berufsbezogen sind.

Die im Jahr 2000 grundlegend novellierte Verordnung hat auch hier die alte Fächersystematik zugunsten von Handlungsfeldern aufgelöst. Nunmehr muss der Prüfungsteilnehmer Aufgaben in drei Handlungsfeldern bearbeiten, wobei mindestens eine Aufgabe fallorientiert zu formulieren ist.

Bei der Neufassung der Verordnung wurden die kaufmännischen, rechtlichen und pädagogischen Prüfungsinhalte neu formuliert. Dabei stand die Absicht des Gesetzgebers im Vordergrund, dass von den Meisterprüflingen solche Kenntnisse erworben und geprüft werden, die bei der Existenzgründung und Existenzsicherung besonders wichtig sind.²⁰³⁹ Damit soll, so der Verordnungsgeber, vermieden werden, dass sich der Prüfling einer „Expertenausbildung und -prüfung“, etwa im akademischen Sinne, unterziehen muss.²⁰⁴⁰

Der Inhalt der Prüfung der betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse, der Teil III der Meisterprüfung, ist in § 4 Abs. 1 AMVO geregelt. Die zur selbstständigen Führung eines Handwerksbetriebes erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse hat der Prüfling in drei Handlungsfeldern nachzuweisen: Grundlagen des Rechnungswesens und Controllings, Grundlagen wirtschaftlichen Handelns im Betrieb und rechtliche und steuerliche Grundlagen.

Kenntnisse der Buchführung, des Jahresabschlusses und Grundzüge der Auswertung, der Kosten- und Leistungsrechnung und des Controllings werden in dem Handlungsfeld Grundlagen des Rechnungswesens und Controllings verlangt, § 4 Abs. 1 Nr. 1 a-c AMVO.

²⁰³⁹ BMWi, Neue Regeln für Meisterprüfungen im Handwerk, GewArch 2002, 60–61, 61; Fehling, Neuere Entwicklungen bei den Rechtsverordnungen für Meisterprüfungen im Handwerk, GewArch 2003, 41–46, 44, 45.

²⁰⁴⁰ BMWi: Erläuterungen zu der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk. BAnz v. 13.09. 2000, Nr. 173. 18 335–18 337. 18 336.

Zu den Grundlagen des wirtschaftlichen Handelns im Betrieb, § 4 Abs. 1 Nr. 2 a-g AMVO zählen Handwerk in Wirtschaft und Gesellschaft, Marketing, Organisation, Personalwesen und Mitarbeiterführung, Finanzierung, Planung und Gründung. Zu den rechtlichen und steuerlichen Grundlagen im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 3 AMVO gehören: Bürgerliches Recht, Mahn- und Klageverfahren, Zwangsvollstreckung und Insolvenzverfahren, Handwerks- und Gewerberecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht; Arbeitsrecht; Sozial- und Privatversicherungen; Steuern.

Die Inhalte für den Teil IV der Meisterprüfung regelt § 5 AMVO. Für die ordnungsgemäße Ausbildung von Lehrlingen muss der Prüfling berufs- und arbeitspädagogische Kenntnisse in sieben Handlungsfeldern nachweisen: Allgemeine Grundlagen der Berufsbildung, Planung der Ausbildung, Einstellung von Auszubildenden, Ausbildung am Arbeitsplatz, Förderung des Lernprozesses, Ausbildung in der Gruppe und Abschluss der Ausbildung. Auch hier muss mindestens eine Aufgabe fallorientiert sein. Im praktischen Teil dieses Prüfungsteils muss der Prüfling eine Ausbildungseinheit präsentieren oder praktisch durchführen, also eine Lehreinheit real ausführen.

II. Der Umfang des Befähigungsnachweises

Der Umfang der in der Meisterprüfung nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten darf aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht außer Verhältnis zu dem Ziel ordnungsgemäßer Erfüllung der Berufstätigkeit durch den selbstständigen Handwerker stehen. Daher sollen in der Meisterprüfung keine außergewöhnlichen Leistungen verlangt werden. Zwar wird von dem Berufsbewerbergefordert, dass er sein zulassungspflichtiges Handwerk „meisterhaft“ ausüben und selbstständig führen kann. Allerdings heißt „meisterhaft“ hier nicht, dass das fachliche Können das allgemeine Niveau weit überschreiten muss. Der Berufsbewerber muss vielmehr imstande sein, die wesentlichen Tätigkeiten seines Gewerbes selbstständig nach den allgemeinen handwerklichen Grundsätzen werkgerecht auszuführen. Keineswegs dürfen die Zulassungsbeschränkungen der Handwerksausübung dazu missbraucht werden, eine unbequeme Konkurrenz vom Markt fernzuhalten.²⁰⁴¹

²⁰⁴¹ BVerfG, Beschluss v. 17.07. 1961, GewArch 1961, 157, 159; Honig, Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder, 16, 17; Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 45 Rn 12; Musielak/Detterbeck, HwO, 3. A., § 46 Rn 14; vgl. auch Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 27.

4. Abschnitt: Die Zulassungsvoraussetzungen zur Meisterprüfung

Die Voraussetzungen zur Zulassung zur Meisterprüfung in einem zulassungspflichtigen Handwerk regelt § 49 HwO. Durch die HwO-Novelle 2004 hat der Gesetzgeber eine noch schnellere Zulassung zur Meisterprüfung ermöglicht.

Gemäß § 49 Abs. 1 HwO 1998 war zur Meisterprüfung zuzulassen, wer eine Gesellenprüfung oder eine entsprechende Abschlussprüfung in einem anerkannten Ausbildungsberuf bestanden hatte und in dem Handwerk, in dem er die Meisterprüfung ablegen wollte, oder in einem mit diesem verwandten Handwerk eine mehrjährige Tätigkeit ausgeübt hatte oder zum Ausbilden von Lehrlingen in dem Handwerk, in dem er die Meisterprüfung ablegen will, fachlich geeignet war. Dabei durften für die Zeit der Berufstätigkeit nicht mehr als drei Jahre gefordert werden.

Nunmehr wird auf das Erfordernis einer mehrjährigen Berufstätigkeit in bestimmten Fällen verzichtet. Hat der Prüfling eine Gesellenprüfung in dem zulassungspflichtigen Handwerk, in dem er die Meisterprüfung ablegen will oder in einem damit verwandten zulassungspflichtigen Handwerk bestanden, ist er zur Meisterprüfung zuzulassen, § 49 Abs. 1 HwO. Gleiches gilt, wenn eine entsprechende Abschlussprüfung in einem anerkannten Ausbildungsberuf oder eine freiwillige Meisterprüfung in einem zulassungsfreien Handwerk oder handwerksähnlichem Gewerbe abgelegt wurde, wobei für letztere eine Ausbildungsordnung bestehen muss.²⁰⁴²

Weist dagegen die Gesellen- oder Abschlussprüfung keinen Bezug zu dem Handwerk auf, für das die Zulassung zur Meisterprüfung begehrt wird, wird weiterhin eine mehrjährige Berufstätigkeit verlangt. Wer eine andere Gesellenprüfung oder eine andere Abschlussprüfung in einem anerkannten Ausbildungsberuf bestanden hat, muss in dem zulassungspflichtigen Handwerk, in dem der Prüfling die Meisterprüfung ablegen will, eine mehrjährige Berufstätigkeit ausgeübt haben, § 49 Abs. 2 Satz 1 HwO. Dabei dürfen nicht mehr als drei Jahre Berufstätigkeit gefordert werden, § 49 Abs. 2 Satz 2 HwO; der erfolgreiche Besuch einer Fachschule ist gemäß § 49 Abs. 2 Satz 3 HwO anzurechnen.

Anzurechnen ist ebenfalls eine selbstständige Tätigkeit des Prüflings in dem betreffenden zulassungspflichtigen Handwerk, eine Tätigkeit als Werkmeister oder in ähnlicher Stellung sowie eine der Gesellentätigkeit gleichwertige praktische Tätigkeit, § 49 Abs. 3 HwO.

§ 49 Abs. 4 HwO regelt die ausnahmsweise Zulassung zur Meisterprüfung. Danach kann ein Antragsteller im Einzelfall auch dann zur Meisterprüfung zugelassen werden, wenn er den gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen nicht genügt. Dabei soll diese Vorschrift nicht

²⁰⁴² Vgl. dazu § 51 a Abs. 1, Abs. 2 HwO.

kleinlich gehandhabt werden.²⁰⁴³ Die Handwerkskammer kann auf Antrag hier insbesondere eine auf drei Jahre festgesetzte Dauer der Berufstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Gesellen- oder Abschlussprüfung und während der Gesellenzeit nachgewiesenen beruflichen Befähigung abkürzen, § 49 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 HwO. In Ausnahmefällen kann der Prüfling von den Voraussetzungen des § 49 Abs. 1 bis 4 HwO ganz oder teilweise befreit werden, auch unter Berücksichtigung ausländischer Bildungsabschlüsse und Zeiten der Berufstätigkeit im Ausland, § 49 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 HwO. Dabei kann die Handwerkskammer eine Stellungnahme des Meisterprüfungsausschusses einholen, § 49 Abs. 4 Satz 2 HwO.

Das Verfahren der Zulassung im Einzelnen regelt ergänzend § 10 MPVerfVO.

Zuständig für das Zulassungsverfahren ist der Meisterprüfungsausschuss, der zum Zeitpunkt der Antragstellung zuständig ist. Der Antrag auf Zulassung zur Meisterprüfung ist schriftlich zu stellen unter Beifügung der erforderlichen Unterlagen, § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 MPVerfVO. Die Zulassung wird gemäß § 49 Abs. 5 Satz 1 HwO vom Vorsitzenden des Meisterprüfungsausschusses ausgesprochen. Hält der Vorsitzende die Zulassungsvoraussetzungen nicht für gegeben, so entscheidet der Prüfungsausschuss, § 49 Abs. 5 Satz 2 HwO in Verbindung mit § 10 Abs. 2 MPVerfVO.

5. Abschnitt: Die Befreiung von Teilen der Meisterprüfung

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Meisterprüfling von Teilen, Prüfungsbereichen, Prüfungsfächern und Handlungsfeldern der Meisterprüfung befreit werden. Der allgemein sinnvolle Gedanke, dass bereits anderweitig geprüfte Gebiete nicht noch einmal zu prüfen sind, wird durch die Vorschrift des § 46 HwO für das Meisterprüfungsverfahren fixiert. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der HwO-Novelle 2004 die bereits vorher bestehenden Befreiungsmöglichkeiten nochmals erweitert; die Vorschrift des § 46 HwO trifft diesbezüglich nunmehr umfassende Regelungen.²⁰⁴⁴

Bei den verschiedenen Befreiungsmöglichkeiten unterscheidet § 46 HwO zwischen gesetzlichen Befreiungen und Befreiungen auf Antrag.

Die Befreiung kraft Gesetzes von Teilen der Meisterprüfung regelt § 46 Abs. 1 HwO und nennt drei Alternativen. So ist der Prüfling von der Ablegung einzelner Teile der Meisterprüfung befreit, wenn er eine dem jeweiligen Teil der Meisterprüfung vergleichbare Prüfung

²⁰⁴³ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 49 Rn 14, 16; Detterbeck, HwO, 4. A., § 49 Rn 10.

erfolgreich abgelegt hat, § 46 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. HwO. Angesprochen sind hier Prüfungen, die auf Grund einer nach § 42 HwO, § 51 a Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 HwO erlassenen Rechtsverordnung abgelegt werden. Gleiches gilt für Prüfungen nach § 53 BBiG. Ein weiterer Befreiungstatbestand ist die erfolgreiche Ablegung einer anderen vergleichbaren Prüfung vor einer öffentlichen oder staatlich anerkannten Bildungseinrichtung oder vor einem staatlichen Prüfungsausschuss, § 46 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. HwO. Damit werden Prüfungen nach der Ausbildereignungsverordnung oder Abschlüsse in einem betriebswirtschaftlichen Studium. Auf das Antragerfordernis wird hier deshalb verzichtet, um den in der Praxis aufgetretenen Problemen hinsichtlich der Beurteilung der Gleichartigkeit mit dem entsprechenden Teil der Meisterprüfung entgegen zu treten.²⁰⁴⁵

Letzendlich ist der Prüfling von der Ablegung der Teile III und IV befreit, wenn er die Meisterprüfung in einem anderen zulassungspflichtigen oder zulassungsfreien Handwerk oder in einem handwerksähnlichen Gewerbe bestanden hat, § 46 Abs. 1 Satz 2 HwO.

Die Befreiungsmöglichkeiten auf Antrag sind in § 46 Abs. 2, 3 und 4 HwO geregelt, wobei die Entscheidung durch den Meisterprüfungsausschuss getroffen wird.²⁰⁴⁶

Werden, so § 46 Abs. 2 Satz 1 HwO, in anderen deutschen staatlichen Prüfungen oder staatlich anerkannten Prüfungen mindestens die gleichen Anforderungen gestellt wie in der Meisterprüfung, sind erfolgreiche Teilnehmer auf Antrag durch den Meisterprüfungsausschuss von einzelnen Teilen der Meisterprüfung zu befreien. Diplome, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum erworben wurden und entsprechend der Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 anzuerkennen sind,²⁰⁴⁷ werden dabei der Abschlussprüfung an einer deutschen Hochschule gleichgestellt, § 46 Abs. 2 Satz 2 HwO. Weitere Befreiungsmöglichkeiten bestehen gemäß § 46 Abs. 3 HwO in gleichartigen Prüfungsbereichen, Prüfungsfächern oder Handlungsfeldern dann, wenn eine entsprechende Meisterprüfung oder eine vergleichbare Prüfung vor einer öffentlichen oder staatlich anerkannten Bildungseinrichtung oder vor einem staatlichen Prüfungsausschuss durch den Prüfling erfolgreich abgelegt wurde.

Letzendlich entscheidet der Meisterprüfungsausschuss auf Antrag des Prüflings auch über Befreiungen auf Grund ausländischer Bildungsabschlüsse, § 46 Abs. 4 HwO, nicht zuletzt

²⁰⁴⁴ Vgl. Begründung Entwurf Regierungsfractionen HwO-Novelle 2004, BT-Drucksache 15/1206, 36, 37.

²⁰⁴⁵ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 46 Rn 3; kritisch Schwannecke/Heck, Die neue Handwerksordnung, GewArch 1998, 305–317, 311.

²⁰⁴⁶ Ergänzend regelt § 11 MPVerfVO das diesbezügliche Verfahren.

²⁰⁴⁷ Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausübung abschließen (ABl. EG Nr. L 019 vom 24.01. 1989 S. 16), geändert durch die Richtlinie 2001/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 206 vom 31. Juli 2001 S. 1); vgl. dazu ausführlich Henninger, Richtlinie des Rates über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen – Ihre Bedeutung für nichtakademische Ausbildungsabschlüsse, insbesondere im Handwerk –, GewArch 1989, 259–262.

wegen der zunehmenden Internationalisierung der Berufsbildung. Dabei handelt es sich, im Gegensatz zu den anderen Befreiungsmöglichkeiten auf Antrag, um eine Ermessensentscheidung.

Das Bundesministerium für Wirtschaft war vor der HwO-Novelle 2004 gemäß § 46 Abs. 3 Satz 6 HwO 1998 im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Technologie durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates berechtigt zu bestimmen, welche Prüfungen nach § 46 Abs. 3 Satz 3 HwO 1998 den Anforderungen einer Meisterprüfung entsprachen; das Ausmaß der Befreiung konnte ebenfalls geregelt werden. Das Bundesministerium für Wirtschaft hatte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und entsprechende Rechtsverordnungen erlassen;²⁰⁴⁸ Befreiungsmöglichkeiten aus den genannten Rechtsverordnungen ergaben sich danach für die Teile II und III der Meisterprüfung. Allerdings wurde die entsprechende Verordnungsermächtigung im Rahmen der HwO-Novelle 2004 aufgehoben, um eine Einzelfallprüfung bei der Prüfung der Befreiungsmöglichkeiten zu ermöglichen und bürokratischen Aufwand zum Erlass einer Rechtsverordnung zu vermeiden. Die Verordnung vom 02. November 1982 galt zunächst weiterhin,²⁰⁴⁹ wurde allerdings durch § 6 der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005 außer Kraft gesetzt.²⁰⁵⁰ Allerdings gelten Prüfungen, die aufgrund der Verordnung vom 02. November 1982 anerkannt sind, entsprechend der ausdrücklichen Übergangsregelung in § 5 der Verordnung vom 29. Juni 2005 weiterhin als anerkannt.

6. Abschnitt: Der Meisterprüfungsausschuss

Die maßgeblichen Vorschriften zur Rechtsstellung und zur Zusammensetzung des Meisterprüfungsausschusses sind §§ 47 und 48 HwO.

Die Vorschrift des § 47 Abs. 1 Satz 1 HwO bestimmt, dass die Meisterprüfung durch Meisterprüfungsausschüsse abgenommen werden. Dabei haben diese die Funktion einer staatlichen Prüfungsbehörde und nehmen damit hoheitliche Aufgaben wahr, § 47 Abs. 1 Satz 2 HwO. Damit sind sie weder Teil noch Organ der Handwerkskammer, sondern organisatorisch selbstständig. Insoweit sind die Prüfungsausschüsse in der Sache, also hinsichtlich der

²⁰⁴⁸ Vierte Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk vom 26.06. 1981 (BGBl. I S. 1 596) in der Fassung vom 20.12. 1991 (BGBl. I S. 2383); Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung im Handwerk vom 02.11. 1982 (BGBl. 1982 I S. 1475).

²⁰⁴⁹ Vgl. Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 46 Rn 4.

²⁰⁵⁰ Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen für die Eintragung in die Handwerksrolle vom 29. Juni 2005 (BGBl. I S. 1935).

Bewertung der Prüfungsleistungen, nicht weisungsgebunden. Ein Eingriff in den Ablauf der Meisterprüfung oder die Bestimmung einzelner Prüfungsaufgaben ist damit ausgeschlossen.²⁰⁵¹

Errichtet werden die Prüfungsausschüsse am Sitz der Handwerkskammer für ihren Bezirk, § 47 Abs. 1 Satz 2 HwO. Damit ist grundsätzlich für jeden Handwerkskammerbezirk und für jedes Handwerk ein Meisterprüfungsausschuss zu errichten. Allerdings kann die oberste Landesbehörde in besonderen Fällen, insbesondere mit Rücksicht auf Handwerkszweige mit geringen Betriebszahlen, die Errichtung eines Meisterprüfungsausschusses für mehrere Handwerkskammerbezirke anordnen. In diesem Fall ist die für den Sitz des Meisterprüfungsausschusses zuständige höhere Verwaltungsbehörde zu beauftragen, § 47 Abs. 1 Satz 3 HwO. In ganz besonderen Ausnahmefällen kann der Meisterprüfungsausschuss sogar für Handwerkskammerbezirke mehrerer Bundesländer zuständig sein, soweit das Einvernehmen der beteiligten obersten Landesbehörden hergestellt ist, § 47 Abs. 1 Satz 4 HwO.

Die Zuständigkeit für die Errichtung der Meisterprüfungsausschüsse nach Anhörung der Handwerkskammer weist § 47 Abs. 2 Satz 1 HwO der höheren Verwaltungsbehörde zu, nicht zuletzt deshalb, um die neutrale Stellung der Prüfungsausschüsse zu unterstreichen.²⁰⁵² Damit liegt die diesbezügliche Organisationshoheit nicht bei der Handwerkskammer. Die höhere Verwaltungsbehörde ernennt aufgrund der Vorschläge der Handwerkskammer die Mitglieder und die Stellvertreter für längstens fünf Jahre. Dabei besteht keine Bindungswirkung für die Verwaltungsbehörde; mangels der erforderlichen Eignung und Zuverlässigkeit eines vorgeschlagenen Mitglieds muss sie vielmehr diesen Vorschlag zurückweisen und die Handwerkskammer um einen neuen Vorschlag bitten.

Die Geschäftsführung der Meisterprüfungsausschüsse ist gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 HwO der Handwerkskammer übertragen, an deren Ort der Meisterprüfungsausschuss seinen Sitz hat.

Die Zusammensetzung der Meisterprüfungsausschüsse regelt § 48 HwO. Grundsätzlich besteht der Meisterprüfungsausschuss aus fünf Mitgliedern, wobei für diese Stellvertreter zu berufen sind, § 48 Abs. 1 Satz 1 HwO. Ist also ein Ausschussmitglied an der Mitwirkung im Prüfungsausschuss verhindert, tritt sein Stellvertreter für die Dauer des gesamten Prüfungsverfahrens an seine Stelle. Die Sollvorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 2 HwO bestimmt, dass die Mitglieder und Stellvertreter das 24. Lebensjahr vollendet haben sollen. In begründeten Ausnahmefällen kann somit auch ein jüngerer Handwerker als Prüfer ernannt werden, soweit er für die Prüfertätigkeit geeignet ist und die gesetzlich vorgeschriebene Qualifikation besitzt.

²⁰⁵¹ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 47 Rn 2; Dietrich, in: Schwannecke, HwO, § 47 Rn 1, 8; Detterbeck, HwO, 4. A., § 47 Rn 1.

²⁰⁵² Vgl. Dietrich, in: Schwannecke, HwO, § 47 Rn 7, 8.

Der Vorsitzende des Meisterprüfungsausschusses, so bestimmt § 48 Abs. 2 HwO, braucht nicht Handwerker zu sein. Ist er Handwerker, soll er dem zulassungspflichtigen Handwerk, für welches der Meisterprüfungsausschuss errichtet worden ist, nicht angehören. Damit soll der Vorwurf mangelnder Objektivität möglichst vermieden werden. Allerdings handelt es sich jedoch auch hier um eine Sollvorschrift, von der ebenfalls in begründeten Fällen abgewichen werden kann. In der Praxis hat es sich vielfach als sinnvoll erwiesen, geeignete neutrale Persönlichkeiten, wie zum Beispiel Lehrer an Berufsbildenden Schulen, Richter oder Verwaltungsbeamte mit der Aufgabe des Vorsitzes der Meisterprüfungskommission zu betrauen.²⁰⁵³

Für die weiteren Mitglieder, die Beisitzer, wird eine unterschiedliche Qualifikation gefordert. Auch dies dient der neutralen Stellung des Ausschusses und seiner Ausgewogenheit.

Weitere Mitglieder des Meisterprüfungsausschusses sind zwei Meisterbeisitzer, § 48 Abs. 3 HwO, die in dem Handwerk, für das der Ausschuss errichtet ist, in der Regel die Meisterprüfung abgelegt haben müssen. Zudem müssen sie dieses Handwerk seit mindestens einem Jahr selbstständig als bestehendes Gewerbe betreiben. Neu ist seit der HwO-Novelle 2004, dass nunmehr auch die Möglichkeit zum Einsatz von Betriebsleitern mit Meisterqualifikation in dem zulassungspflichtigem Handwerk besteht.

Als Gesellenbeisitzer im Sinne des § 48 Abs. 4 HwO kommen zum einen Gesellen in Betracht, die in dem zulassungspflichtigen Handwerk, für das der Ausschuss errichtet ist, die Meisterprüfung abgelegt haben und in ihm tätig sind. Zum anderen sind auch die Gesellen geeignet, die das Recht zum Ausbilden von Lehrlingen in dem zu prüfenden Handwerk besitzen.

Weiter gehört gemäß § 48 Abs. 5 HwO dem Ausschuss ein Fachbeisitzer an, der mit den zu fordernden kaufmännischen, rechtlichen und berufserzieherischen Maßnahmen besonders vertraut ist. Bei den genannten Vorschriften zu den Gesellenbeisitzern und zu dem Fachbeisitzer handelt es sich allerdings um Sollvorschriften, von denen in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden kann. Allerdings darf die Zahl der Mitglieder des Meisterprüfungsausschusses in keinem Fall vermindert werden. Dieses ist eine zwingende Voraussetzung für die ordnungsgemäße Besetzung.

7. Abschnitt: Der Ablauf der Meisterprüfung

Die Meisterprüfungsverfahrensordnung regelt das Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk durch die Meisterprüfungsausschüsse, § 1 Satz 1 MPVerfVO. Dabei weist § 9 MPVerfVO die Vorbereitung und Organisation der Prüfung dem Vorsitzenden des Meister-

²⁰⁵³ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 48 Rn 2; Detterbeck, HwO, 4. A., § 48 Rn 2; Dietrich, in: Schwannecke, HwO, §

prüfungsausschusses zu. Der Vorsitzende beraumt die Prüfungstermine nach Bedarf an, § 9 Abs. 1 Satz 1 MPVerfVO, bestimmt Ort und Zeit der zu erbringenden Prüfungsleistung, § 9 Abs. 2 MPVerfVO und regelt die Aufsicht während der Prüfung, § 9 Abs. 3 MPVerfVO. Dabei nimmt er die genannten Aufgaben in Abstimmung mit den übrigen Mitgliedern des Meisterprüfungsausschusses wahr, § 9 Abs. 4 MPVerfVO. Vor Beginn der Prüfung haben die Prüflinge ihre Zulassung zur Prüfung schriftlich zu beantragen; Anträge auf Befreiung von einzelnen Teilen der Meisterprüfung sind ebenfalls vor Beginn der Prüfung zu stellen. Mindestens zwei Wochen vor Beginn der Prüfung werden Ort und Zeit dem Prüfling schriftlich bekannt gegeben, § 12 Satz 1 MPVerfVO.

Die Prüfungsaufgaben werden gemäß § 14 Abs. 1 MPVerfVO vom Prüfungsausschuss beschlossen. Der zulässige Prüfungsstoff bestimmt sich dabei in den Teilen I und II nach dem jeweiligen Meisterprüfungsberufsbild A und in den Teilen III und IV nach der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk und in handwerksähnlichen Gewerben. Dabei ist der Meisterprüfungsausschuss bei der Festlegung der Prüfungsaufgaben an die Vorgaben dieser Rechtsverordnungen gebunden; er ist nicht befugt, hiervon abzuweichen.²⁰⁵⁴

Dabei legt der Meisterprüfungsausschuss auch fest, welches Meisterprüfungsprojekt oder welche Meisterprüfungsarbeit vom Prüfling anzufertigen ist. Art, Umfang und Dauer des Meisterprüfungsprojekts oder der Meisterprüfungsarbeit sind dabei durch die Berufsbildverordnung des jeweiligen Gewerkes festgelegt. Unter bestimmten Voraussetzungen sind dabei die Vorschläge des Prüflings zu berücksichtigen, § 14 Abs. 2 MPVerfVO.

Das Meisterprüfungsprojekt oder die Meisterprüfungsarbeit hat der Prüfling, nachdem er den Beginn der Durchführung beziehungsweise der Anfertigung dem Meisterprüfungsausschuss mitgeteilt hat, § 15 Abs. 1 MPVerfVO, dem Meisterprüfungsausschuss mit den vorgeschriebenen Unterlagen am festgesetzten Ort zur festgesetzten Zeit vorzustellen, § 15 Abs. 3 Satz 1 MPVerfVO. Mindestens drei Mitglieder der Meisterprüfungskommission werden vom Vorsitzenden mit der Bewertung des Meisterprüfungsprojekts oder der Meisterprüfungsarbeit beauftragt, § 15 Abs. 6 Satz 1 MPVerfVO.

Das Fachgespräch ist durch mindestens drei Mitglieder der Meisterprüfungskommission als Einzelgespräch zu führen, § 16 Abs. 1 Satz 1, 2 MPVerfVO. Anschließend erfolgt eine Bewertung der Prüfungsleistungen, § 16 Abs. 3 MPVerfVO.

48 Rn 5.

²⁰⁵⁴ Königsfeld, Daniela. Monschau, Norbert. Koßmann, Rainer. Selbeck, Werner: Rechtsgrundlagen der Meisterprüfung. Düsseldorf 1999. 24.

Die Durchführung der Situationsaufgabe oder Arbeitsprobe und der praktischen Prüfung soll durch mindestens drei Mitglieder der Meisterprüfungskommission durchgeführt werden, die vom Vorsitzenden beauftragt worden sind. Dabei ist die Durchführung einer Gruppenprüfung möglich, § 17 Abs. 1 Satz 1, 3 MPVerfVO. Gleiches gilt bezüglich der Zahl der Prüfer für die Durchführung des praktischen Teils der Prüfung im Teil IV der Meisterprüfung, § 17 Abs. 2 Satz 1 MPVerfVO.

Die Beschlüsse über die Prüfungsergebnisse sowie über das Bestehen oder Nichtbestehen des jeweiligen Teils der Meisterprüfung und der Meisterprüfung insgesamt werden vom Meisterprüfungsausschuss gefasst, § 19 Abs. 1 MPVerfVO; die jeweils getroffene Entscheidung ist ein Verwaltungsakt.²⁰⁵⁵ Über jeden Teil der Meisterprüfung ist eine Niederschrift zu fertigen, die von allen Mitgliedern des jeweiligen Meisterprüfungsausschusses zu unterzeichnen ist, § 20 Abs. 1 MPVerfVO; ausführlich regelt § 20 Abs. 2 MPVerfVO die erforderlichen Angaben in der Niederschrift.

§ 3 Abs. 1 AMVO bestimmt, dass die einzelnen Teile der Meisterprüfung dreimal wiederholt werden können.²⁰⁵⁶ Diese für alle Meisterprüfungen einheitlich und abschließend getroffene Regelung zur Wiederholungsmöglichkeit der Meisterprüfung ist für den Meisterprüfungsausschuss bindend.

Bei den Prüfungsaufgaben sind gemäß § 14 Abs. 4 MPVerfVO die besonderen Belange behinderter Menschen zu berücksichtigen, nicht zuletzt aus Gründen der Chancengleichheit. Damit auch Behinderte die Chance haben, die Prüfungsaufgaben zu bewältigen, sind diese entsprechend zu gestalten. Dies kann auch geschehen durch technische Erleichterungen, zum Beispiel durch Benutzung bestimmter Hilfsmittel oder Einräumung längerer Bearbeitungszeiten. Allerdings sind Abstriche an den Prüfungsanforderungen selbst nicht möglich.²⁰⁵⁷

8. Abschnitt: Die Kosten der Meistervorbereitung und Meisterprüfung

Für einen Meisterprüfungskandidaten ist die Vorbereitung auf die Meisterprüfung und die Meisterprüfung selbst mit finanziellen Aufwendungen verbunden. Hierbei sind insbesondere Meistervorbereitungslehrgänge mit den damit zusammenhängenden Kosten, Prüfungsgebüh-

²⁰⁵⁵ Vgl. BMWi, Erläuterungen zu der Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk, BAnz v. 24.10. 2002, Nr. 199, 23 970–23 973, 23 972.

²⁰⁵⁶ Die Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk vom 12. Dezember 1972 (BGBl. I S. 2381) in der Fassung vom 20. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2256) regelte hingegen in § 3 Satz 1, dass die Meisterprüfung nur zweimal wiederholt werden konnte.

²⁰⁵⁷ Vgl. BMWi, Erläuterungen zu der Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk, BAnz v. 24.10. 2002, Nr. 199, 23 970–23 973, 23 972.

ren nebst Kosten für das Meisterstück und nicht zuletzt Einkommensverluste, wenn der Kandidat im Zeitraum der Prüfungsvorbereitung nicht voll erwerbsfähig sein kann, zu berücksichtigen. Eine durchschnittliche Kostenbelastung für Kandidaten der Meisterprüfung zu ermitteln, erscheint aufgrund der recht unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Handwerkszweigen und nicht zuletzt aufgrund der persönlichen Lebensverhältnisse der Prüflinge wenig sinnvoll.²⁰⁵⁸ Der Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts, die Meisterprüfung erfordere einen großen finanziellen Aufwand,²⁰⁵⁹ kann daher nur eingeschränkt gefolgt werden.

I. Die Meistervorbereitungslehrgänge

Obwohl die Teilnahme an Meistervorbereitungslehrgängen keine Zulassungsvoraussetzung für die Meisterprüfung ist, wird diese Form der Prüfungsvorbereitung von der Mehrzahl der Kandidaten genutzt. Anbieter sind Innungen, Kreishandwerkerschaften, Handwerkskammern und Fachverbände. Die Lehrgänge werden sowohl in Vollzeitform als auch in Teilzeitform angeboten. Nicht selten sind den Meisterschulen Wohnheime mit geringen Mieten angegliedert. Die Lehrgangsgebühren und die Dauer der Lehrgänge sind, schon allein aus gewerkspezifischen Gründen, recht unterschiedlich.

So bietet die Handwerkskammer Braunschweig-Lüneburg-Stade für das Kraftfahrzeugtechniker-Handwerk einen berufsbegleitenden Vorbereitungskurs auf die Meisterprüfung in Fachpraxis und Fachtheorie mit einer Dauer von 860 Stunden zu einer Gebühr von 4700 Euro inklusive Fachbücher an, wobei der Unterricht an drei bis vier Abenden in der Woche stattfindet. Der Vorbereitungskurs in Vollzeitform dagegen erstreckt sich bei der gleichen Stundenzahl über neun Monate bei einer Gebühr von ebenfalls 4700 Euro.²⁰⁶⁰

Die Kreishandwerkerschaft Braunschweig veranstaltet Meistervorbereitungskurse zur Vorbereitung auf Teil III und Teil IV der Meisterprüfung in Teilzeitform und Vollzeitform mit 240 Unterrichtsstunden. Dabei entstehen Gebühren in Höhe von 1190,- je Teilnehmer inklusive Fachbücher.²⁰⁶¹

II. Die Meisterprüfung

Die durch die Abnahme der Meisterprüfung entstehenden Kosten trägt nicht der Staat, sondern gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 HwO die Handwerkskammer als Geschäftsführerin der Meisterprüfungsausschüsse, § 47 Abs. 2 Satz 2 HwO. Die durch die Abnahme der Meisterprüfung

²⁰⁵⁸ Klemmer, Paul. Schrupf, Heinz: Der Große Befähigungsnachweis im deutschen Handwerk. Essen 1996. 68, 69.

²⁰⁵⁹ BVerfG, Beschluss v. 05.12. 2005, GewArch 2006, 71, 72.

²⁰⁶⁰ Vgl. Handwerkskammer Braunschweig-Lüneburg-Stade: Weiterbildung 2009. Braunschweig/Lüneburg 2009. 68.

²⁰⁶¹ Vgl. Handwerkskammer Braunschweig-Lüneburg-Stade, Weiterbildung 2009, 65.

entstehenden Kosten werden damit nicht im Einzelnen berechnet und dem Prüfling auferlegt. Diese Regelung bedeutet jedoch nicht, dass die Meisterprüfung für den Prüfling kostenfrei ist. Die Handwerkskammer setzt vielmehr in ihrer Gebührenordnung gemäß § 113 Abs. 4 HwO die Prüfungsgebühren fest, um einen finanziellen Ausgleich ihres Aufwandes herbeizuführen.²⁰⁶² Diese Gebühren werden dem Meisterprüfling aufgegeben.²⁰⁶³

Die Prüfungsgebühren sind von den Handwerkskammern nicht einheitlich geregelt. Die Handwerkskammer Braunschweig hatte in ihrer Gebührenordnung vom 16. April 1985 in der Fassung der 8. Änderung vom 29. November 2004 folgende Prüfungsgebühren für die Abnahme der Meisterprüfung festgesetzt: Für die Abnahme der Gesamprüfung Teil I bis IV 900 Euro, bei der Abnahme von Teilprüfungen 350 Euro für Teil I, für Teil II 300 Euro und für die Teile III und IV jeweils 250 Euro.²⁰⁶⁴

Neben diesen Gebühren entstehen für den Prüfling noch Kosten für die Herstellung des Meisterstücks oder der Meisterprüfungsarbeit.

III. Das „Meister-BAföG“

Das rückwirkend zum 01. Januar 1996 in Kraft getretene Gesetz zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung, das sogenannte „Meister-BAföG“, hat einen individuellen Rechtsanspruch auf die Förderung von beruflichen Aufstiegsfortbildungen eingeführt.²⁰⁶⁵ Dabei geht das Gesetz davon aus, dass schulische, berufliche und akademische Ausbildung gleichwertig sind.²⁰⁶⁶ Gleichzeitig sollen Anreize besonders im mittelständischen Bereich durch Heranbildung künftiger Meister und Techniker sowie anderer mittlerer Führungskräfte für Existenzgründungen und Betriebsübernahmen geschaffen werden.²⁰⁶⁷ Das Änderungsgesetz zum Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz, das zum 01. Januar 2002 in Kraft getreten ist, hat die Förderung ausgeweitet und wesentlich verbessert.²⁰⁶⁸ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das „Meister-BAföG“ eine vernünftige Finanzierungsgrundlage für den Lebensunterhalt sowie die Lehrgangsgebühren für die Fortbildungskurse gewährleisten.²⁰⁶⁹

Dabei bestimmt § 1 AFBG, das Teilnehmerinnen und Teilnehmer an beruflichen Aufstiegsfortbildungen durch Beiträge sowohl zu den Kosten der Maßnahme als auch zum Lebensun-

²⁰⁶² Vgl. Begründung HwO-Novelle 1994, BT-Drucksache 12/5918, 22.

²⁰⁶³ Honig/Knörr, HwO, 4. A., § 50 Rn 5; Detterbeck, HwO, 4. A., § 50 Rn 1.

²⁰⁶⁴ Gebührenordnung und Gebührentarif der Handwerkskammer Braunschweig vom 16.04. 1985 in der Fassung der 8. Änderung vom 29.01. 2004, Norddeutsches Handwerk 2005 Nr. 3, 8; diese gilt auch nach der Fusion mit der Handwerkskammer Lüneburg-Stade zum 01.01. 2009 weiter.

²⁰⁶⁵ Gesetz zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung (Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz-AFBG) in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung vom 10. Januar 2002 (BGBl. I S. 402) zuletzt geändert durch Artikel 6 Abs. 4 G v. 19.8. 2007 (BGBl. I S. 1970).

²⁰⁶⁶ Beckmann, Edmund: „Meister-BAföG“ – Grundzüge zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung. GewArch 1997, 89–92. 89.

²⁰⁶⁷ Hablitzel, Hans. Orlitsch, Florian: Grundzüge des novellierten Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetzes (AFBG). WiVerw 2003, 248–266. 248.

²⁰⁶⁸ Gesetz zur Änderung des Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetzes vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I 4029).

²⁰⁶⁹ BMWi: Große Reform des „Meister-BAföGs“. GewArch 2001, 367.

terhalt finanziell unterstützt werden. Darüber hinaus werden Leistungen zum Lebensunterhalt gewährt, soweit die erforderlichen Mittel anderweitig nicht zur Verfügung stehen.

Zu den förderungsfähigen Ausbildungen öffentlicher oder privater Träger gehört gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 AFBG unter anderem auch die Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen, die in fachlicher Richtung gezielt auf eine öffentlich-rechtliche Prüfung auf der Grundlage des § 45 HwO, also die Meisterprüfung vorbereitet. Förderungsfähig sind Maßnahmen sowohl in Vollzeitform als auch in Teilzeitform, § 2 Abs. 3 Nr. 1 und 2 AFBG, wobei ein bestimmter Umfang und Dauer der Maßnahme erforderlich ist.

Die Vorschriften der §§ 10 bis 16 AFBG regeln Förderungsart, -höhe und -dauer. Als Leistungen werden den Teilnehmern an Vollzeitmaßnahmen Unterhaltsbeiträge als Zuschuss und Darlehen gewährt, wobei deren Höhe von den individuellen Einkommens- und Vermögensverhältnissen abhängig ist; der maximale Förderungsbetrag für Alleinstehende beträgt monatlich 854 Euro, für Verheiratete 1248 €. In gleicher Weise werden Lehrgangs- und Prüfungsgebühren gefördert; der Maßnahmebeitrag beträgt höchstens 10226 €. Die notwendigen Kosten für das Meisterstück oder eine vergleichbare Prüfungsarbeit werden bis zur Hälfte, höchstens bis 1534 Euro im Rahmen eines zinsgünstigen Darlehns gefördert. Kinderbetreuungskosten werden pauschal mit 113 € monatlich bezuschusst.

Die aufgezeigten Förderungsmöglichkeiten, die in ihrem Leistungsvolumen durch die Novellierung des AFBG im Jahr 2002 deutlich gestiegen sind, werden von den Teilnehmern an den vom Gesetz erfassten Weiterbildungsmaßnahmen vermehrt in Anspruch genommen. Dies wird durch das Förderungsvolumen im Jahr 2003 belegt: Die Zahl der „Meister-BAföG“-Empfänger stieg gegenüber dem Vorjahr um 39 %. Im Jahr 2006 erhielten rund 136.000 Personen „Meister-BAföG“; an Förderleistungen wurden insgesamt rund 369 Millionen Euro bewilligt.²⁰⁷⁰

²⁰⁷⁰ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilungen v. 09.07. 2004 und v. 03.07. 2006.

Anhang B: Statistik zum Ausnahmerecht im Handwerkskammerbezirk Braunschweig

Statistik 1: Neueintragungen in die Handwerksrolle

Statistik 2: Ausnahmewilligungen nach § 8 Abs. HwO

Statistik 3: Ausübungsberechtigungen nach § 7 a HwO und § 7 b HwO

Statistik 4: Ausnahmewilligungen nach § 9 HwO bzw. § 9 Abs. 1 HwO

Erläuterung zu Statistik 1: Die Neueintragungen in die Handwerksrolle aufgrund einer Meisterprüfung beziehen sich auf Einzelbetriebe.

Erläuterung zu Statistik 2, 3 und 4: Dargestellt sind die abgegebenen Stellungnahmen der Handwerkskammer Braunschweig zu den Anträgen in den jeweiligen Verfahren gegenüber der höheren Verwaltungsbehörde.²⁰⁷¹ Seit Ende 2004 hatte die Handwerkskammer Braunschweig als zuständige Behörde selbst über die Anträge nach der Zuständigkeitsübertragung auf die Handwerkskammern in Niedersachsen nach § 124 b HwO zu entscheiden.²⁰⁷²

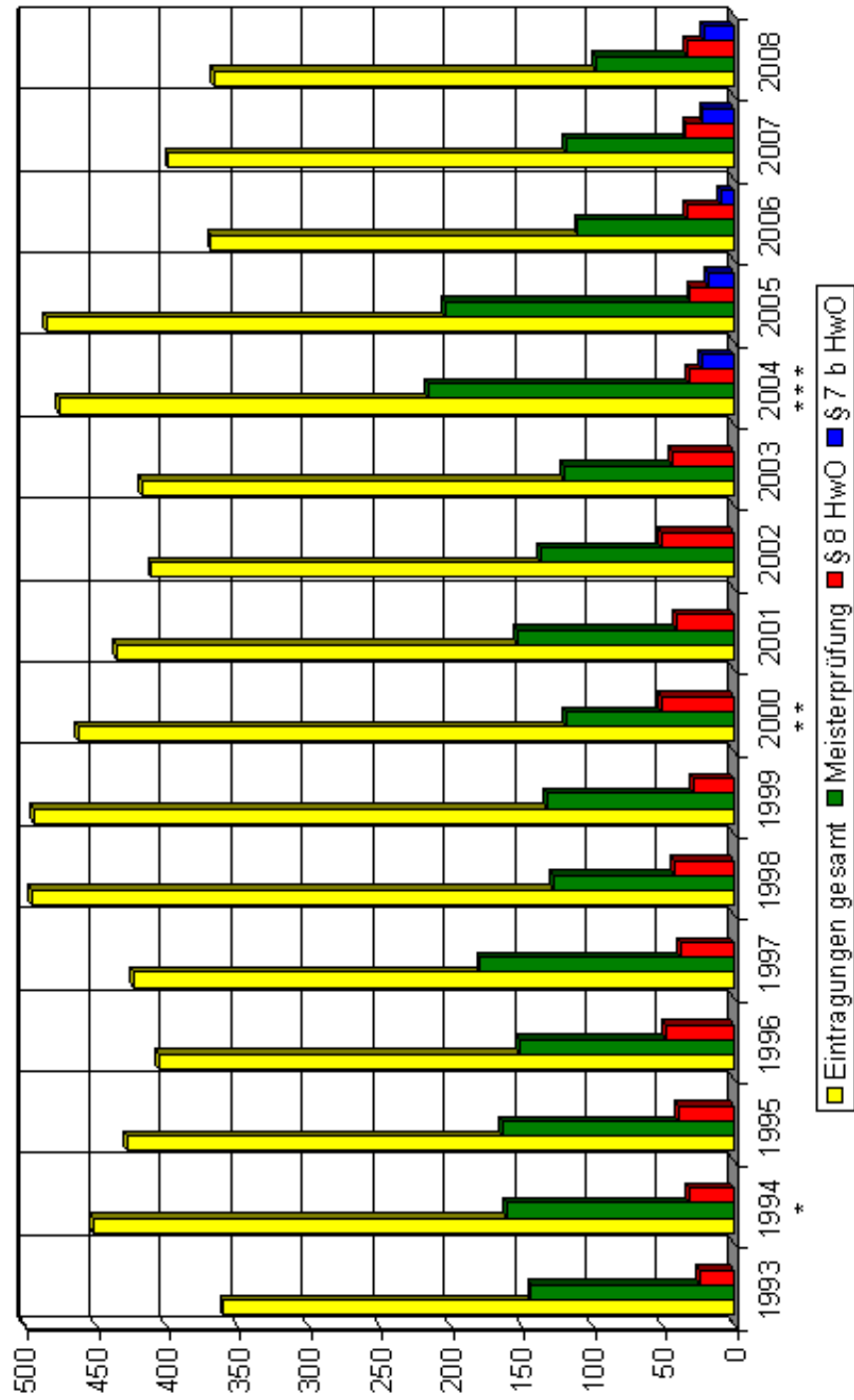
Legende:

- * HwO-Novelle 1994
- ** „Leipziger Beschlüsse“ 2000
- *** HwO-Novelle 2003/2004

²⁰⁷¹ Handwerkskammer Braunschweig: Jahresberichte 1993 bis 2008. Braunschweig 1993 bis 2008; vgl. zur Gesamtentwicklung in Deutschland Müller, Klaus: Erste Auswirkungen der Novellierung der Handwerksordnung von 2004. Göttingen 2006. 47, 49; zur Entwicklung in Niedersachsen vgl. Müller, Klaus: Die Auswirkungen der HwO-Reform auf das niedersächsische Handwerk. Göttingen 2006. 16, 24.

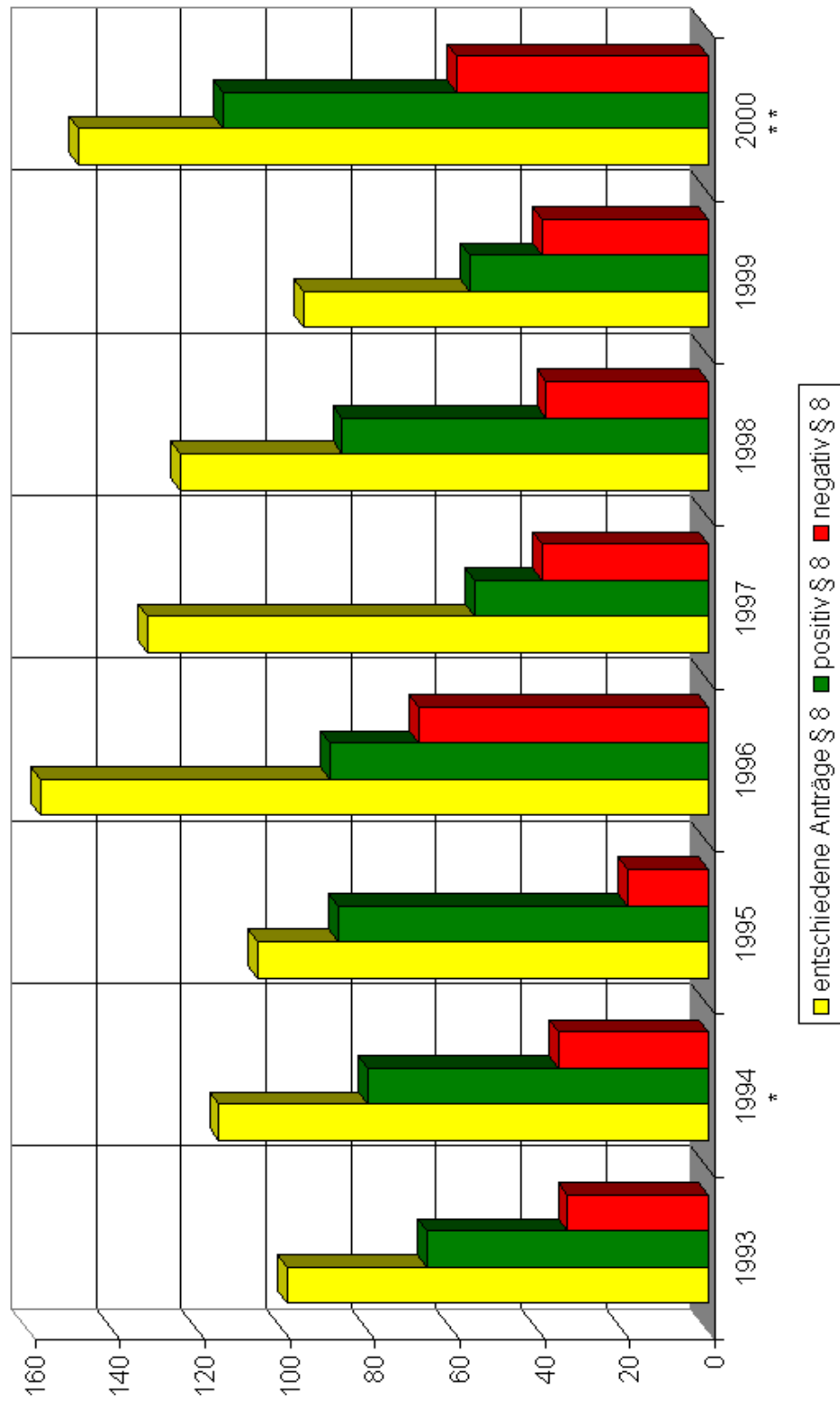
²⁰⁷² Vgl. § 1 Abs. 1 ZustVO-Wirtschaft i.V.m. Nr. 3.1. der Anlage.

Statistik 1: Neueintragungen in die Handwerksrolle

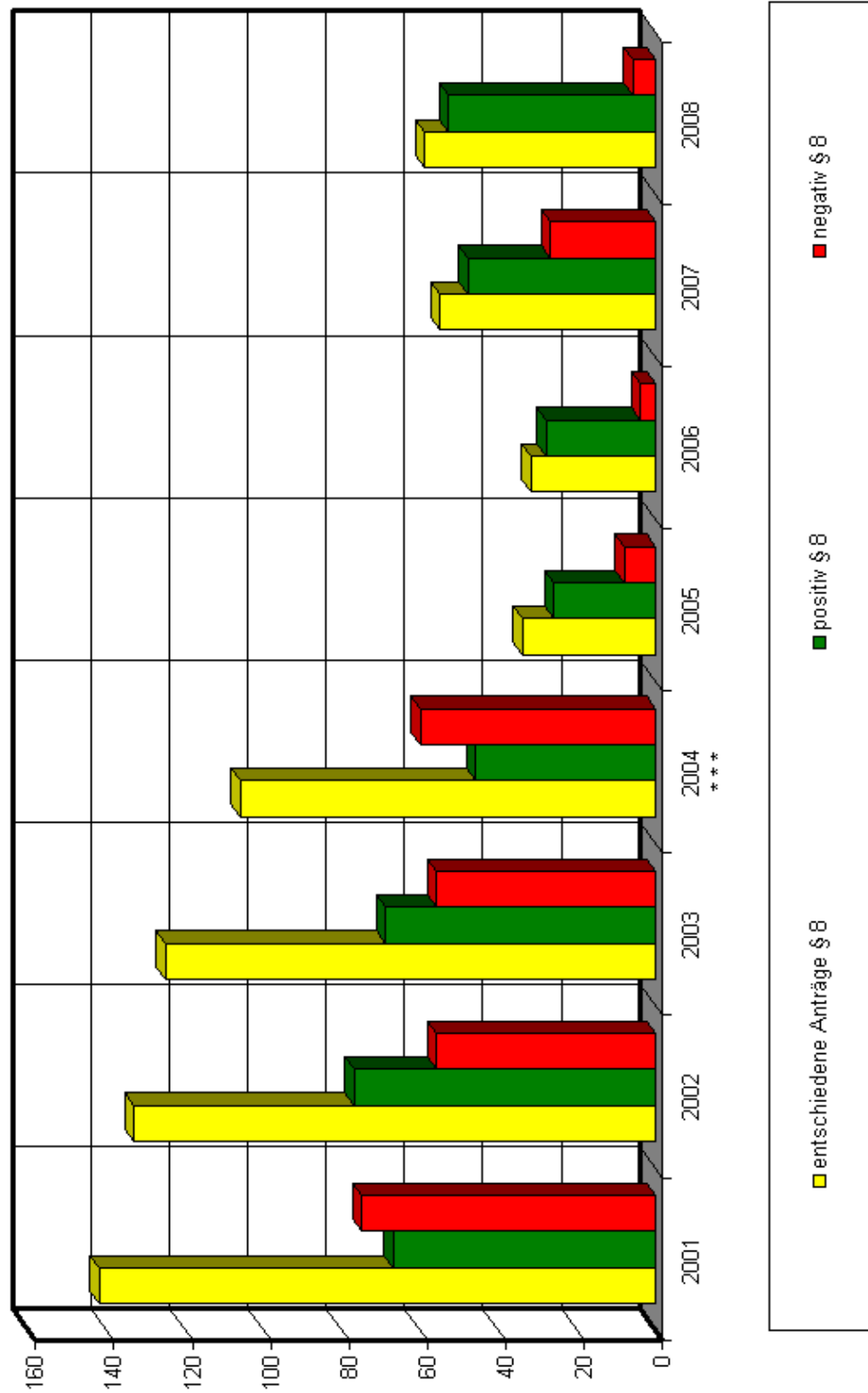


* HwO-Novelle 1994 / ** Leipziger Beschlüsse 2000 / *** HwO-Novelle 2004

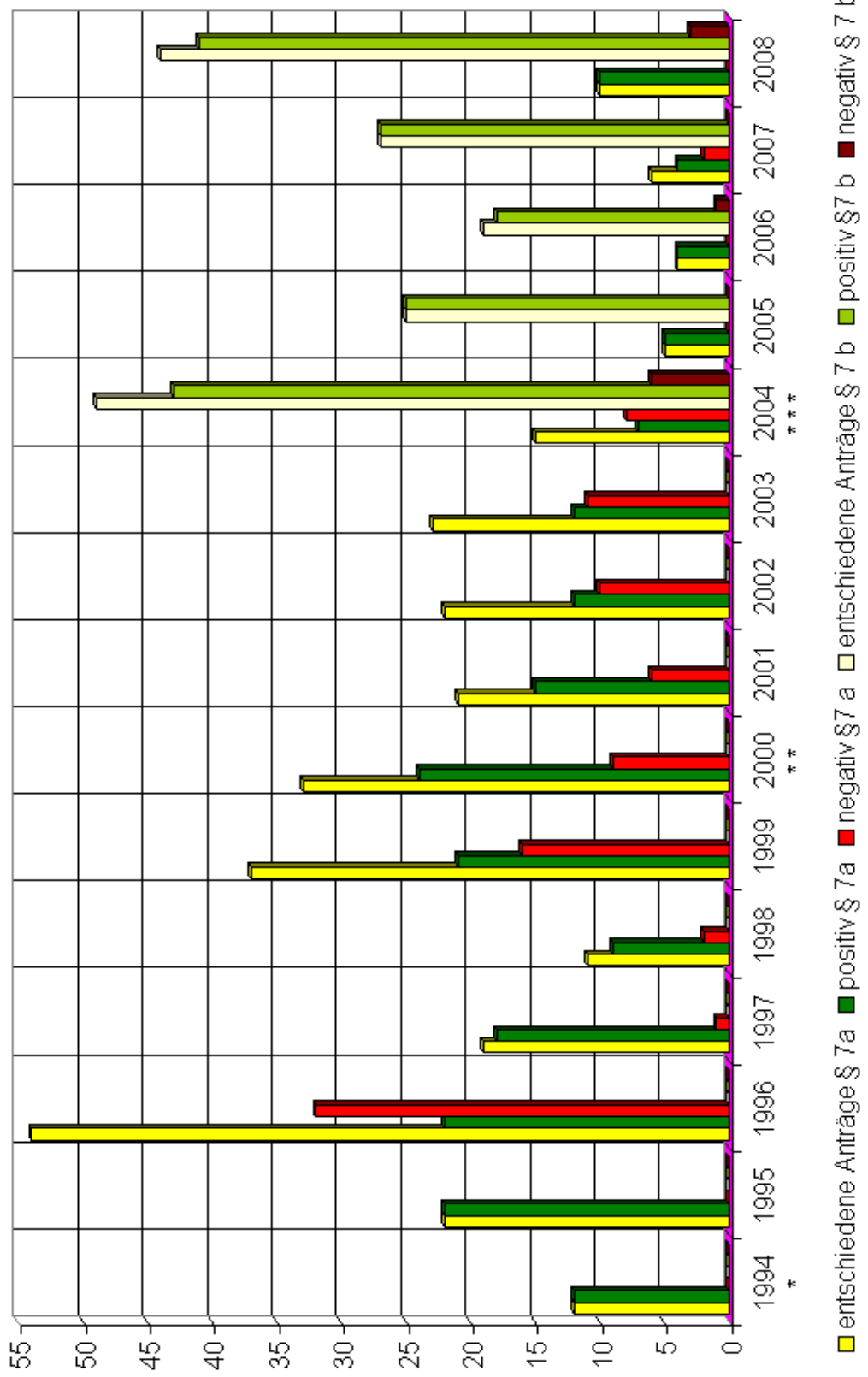
Statistik 2: Ausnahmewilligungen nach § 8 HwO Teil 1



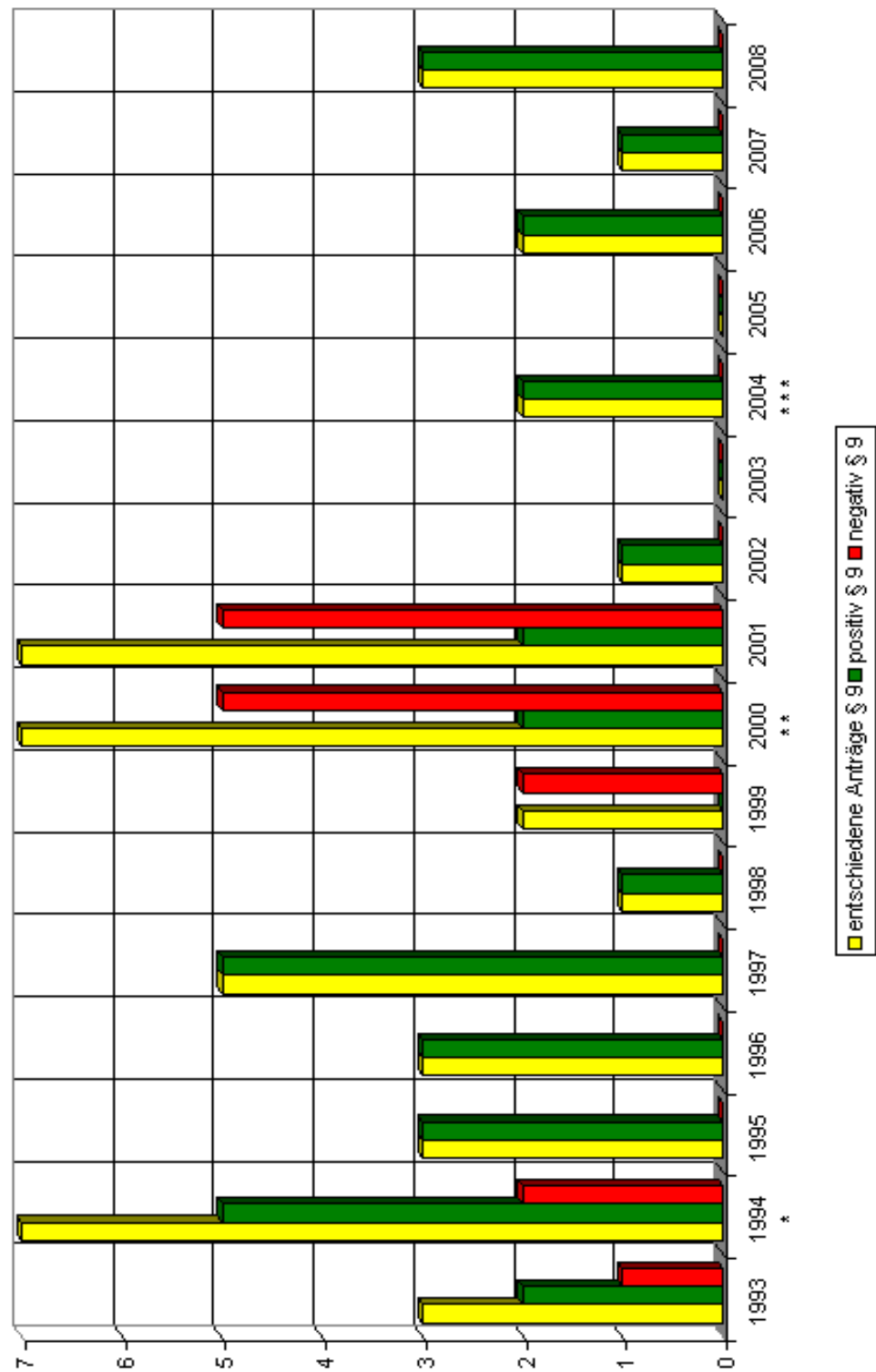
Statistik 2: Ausnahmbewilligungen nach § 8 HwO Teil 2



Statistik 3: Ausübungsberechtigungen nach § 7 a HwO und § 7 b HwO



Statistik 4 : Ausnahmehewilligungen nach § 9 HwO bzw. § 9 Abs. 1 HwO



Literaturverzeichnis

- Aberle, Hans-Jürgen
Taschenlexikon Handwerksrechtlicher Entscheidungen (THwE). Loseblattsammlung. 4. Auflage 1992. Stand 18. Ergänzungslieferung Juni 2002. Berlin 2002.
- Albach, Horst
Deregulierung im Handwerk. Wiesbaden 1992.
- Apel, Erich
Bushart, Christoph
Waffenrecht. Band 2: Waffengesetz. Kommentar. 3. Auflage. Stuttgart 2004.
- App, Michael
Steuerliche Berücksichtigung der Aufwendungen für die Anfertigung eines Meisterstücks im Handwerk. GewArch 1991, 93.
- Arbeitsgemeinschaft der
Handwerkskammern
Rheinland-Pfalz
Die Ausübungsberechtigung – Ein Erfahrungsbericht nach zwei Jahren. Gewerbeinformation 1/1996. Koblenz 1996.
- Badura, Peter
Das handwerksrechtliche Gebot der Meisterpräsenz in den Gesundheitshandwerken, dargestellt am Beispiel des Augenoptikerhandwerks. GewArch 1992, 201-208.
- Balze, Wolfgang
Rebel, Wolfgang
Schuck, Peter
Outsourcing und Arbeitsrecht. München 1997.
- Basedow, Jürgen
Meisterbrief oder Dienstleistungsfreiheit?
Ein neuer Anstoß des EuGH zur Handwerksreform. EuZW 2001, 97.
- Baumeister, Peter
Handwerksrechtliche Zulassungspflicht für „gefährgeneigte“ Minderhandwerke oder Neben- und Hilfsbetriebe? GewArch 2007, 310-320.
- Beaucamp, Guy
Meister ade - Zur Novelle der Handwerksordnung. DVBl 2004, 1458-1463.
- Beckmann, Edmund
„Meister-BAFöG“ - Grundzüge zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung. GewArch 1997, 89-92.
- Bundesministerium für Wirtschaft
Erläuterungen zu der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk. BAnz v. 13.09. 2000, Nr. 173, 18 335-18 337.
- Bundesministerium für Wirtschaft
Erläuterungen zu der Verordnung über das Zulassungs- und Prüfungsverfahren für die Meisterprüfung im Handwerk. BAnz v. 24.10. 2002, Nr. 199, 23 970-23 973.
- Bundesministerium für Wirtschaft
und Technologie
Anerkennung handwerklicher Berufsqualifikationen nach der EU-Anerkennungsrichtlinie. Dokumentation Nr. 569. Berlin 2008.

Böttcher, Dirk	Zur Passivlegitimation der Handwerkskammern. GewArch 2004, 466-468.
Brinckmann, Hans Grimmer, Hans Höhmann, Anne Kuhlmann, Stefan Schäfer, Wolfgang	Formulare im Verwaltungsverfahren. Darmstadt 1986.
Britsch, ohne Vorname	Zur Frage der Auswirkungen der Handwerksentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. GewArch 1962, 1-3.
Britze, Hans-Henning	Rechtskriterien des Handwerksbetriebes in gewerberechtl. Hinsicht. Münster 1962.
Brühl, Raimund	Entscheiden im Verwaltungsverfahren. Köln 1990.
Büttner, Erhard	Die Eintragung von Vertriebenen und Heimatvertriebenen, Sowjetzonenflüchtl. in die Handwerksrolle. GewArch 1966, 265-269.
Bund-Länder-Ausschuss Handwerksrecht	BMWi, Bekanntmachung vom 17.12. 1987. GewArch 1988, 59-61.
Bund-Länder-Ausschuss Handwerksrecht	BMWi, Bekanntmachung vom 30.06. 1994. GewArch 1994, 381-385.
Bund-Länder-Ausschuss Handwerksrecht	BMWi, Bekanntmachung vom 21.11. 2000. GewArch 2001, 123-125.
Buschatzki, Wolf-Dieter	Die Zulassung zum selbstständigen Betrieb eines Handwerks. Dissertation Würzburg 1955.
Czybulka, Detlef	Die Entwicklung des Handwerksrechts. NVwZ 1991, 230-238.
Czybulka, Detlef	Die handwerksrechtlichen Änderungen des Gesetzes vom 20.12. 1993. NVwZ 1994, 953-956.
Czybulka, Detlef	Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts. GewArch 1994, 89-95.
Czybulka, Detlef	Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990-1994. NVwZ 1995, 538-547.
Czybulka, Detlef	Gewerbenebenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht. In: Schmidt, Rainer: Öffentliches Wirtschaftsrecht. Besonderer Teil. I. Berlin 1995, 115-218.
Czybulka, Detlef	Die Handwerksnovelle 1998. NVwZ 2000, 136-141.

Czybulka, Detlef	Die Entwicklung des Handwerksrechts 1995-2001. NVwZ 2003, 164-172.
Dannbeck, ohne Vorname	Anmerkung zu OVG Münster, Urteil v. 07.12. 1960. GewArch 1961, 121.
Dannbeck, ohne Vorname	Anmerkung zu VGH Bad.-Württ., Beschluss v. 19.03. 1962. GewArch 1962, 178.
Dannbeck, ohne Vorname	Anmerkung zu OVG Rheinl.-Pfalz, Urteil v. 19.10. 1964. GewArch 1965, 104-105.
Dannbeck, ohne Vorname	Anmerkung zu Bay. ObLG, Beschluss vom 24.08. 1965. GewArch 1966, 90.
Dannbeck, Siegmund	Ausnahmebewilligung nur zur Eintragung in die Handwerksrolle? GewArch 1973, 228-229.
Depenbrock, Johannes	Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle. BB 1962, 1063-1066.
Deregulierungskommission	Zweiter Bericht der Deregulierungskommission. Kürzere Fassung. GewArch 1991, 256-259, 296-299.
Detterbeck, Stefan	Das Recht des Handwerks. Kommentar. 4. Auflage. München 2008.
Detterbeck, Stefan Will, Martin	Die Bauvorlageberechtigung der Handwerksmeister und das Problem handwerksrechtlich gleichgestellter Personen. GewArch 2001, 310-317
Dieckmann, Gerrit	Die Ausnahmebewilligung nach § 8 der Handwerksordnung. WiVerw 1986, 138-153.
Diefenbach, Wilhelm	Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern. GewArch 2001, 305-360.
Diefenbach, Wilhelm	Zu Fragen der Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 09.12. 1999 und des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10. 2000. GewArch 2001, 353-360.
Dittmann, Hans-Martin	Die Rechtsbeziehungen zwischen Versorgungsunternehmen, Installateuren und Kunden. Frankfurt a. M. 1995.
Dohrn, Max-Jürgen	Der selbstständige Augenoptiker. 2. Auflage. Heidelberg 1979.
Dürr, Wolfram	Anmerkung zu OVG Brandenburg, Beschluss v. 29.01. 1999. GewArch 1999, 166.

Dürr, Wolfram	Gedanken zu den „Leipziger Beschlüssen“ zu § 8 HwO. GewArch 2002, 451-453.
Dürr, Wolfram	Meisterprüfung als präventives Sicherheitselement? GewArch 2003, 415-216.
Dürr, Wolfram	Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk. GewArch 2007, 18-24.
Ehrenforth, Werner.	Bundesvertriebenengesetz. Kommentar. Berlin/Frankfurt a. M. 1959.
Erdmann, Joachim	Die Novellierung der Handwerksordnung aus niedersächsischer Sicht. NdsVBl. 1995, 270-274.
Erdmann, Joachim	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit. Kommentar. Stuttgart 1996.
Eyermann, Erich Fröhler, Ludwig	Kommentar zur Handwerksordnung. München/Berlin 1953
Eyermann, Erich Fröhler, Ludwig	Handwerksordnung. Kommentar. 2. Auflage. München/Berlin 1967.
Eyermann, Erich Fröhler, Ludwig Honig, Gerhart	Handwerksordnung. Kommentar. 3. Auflage. München 1973.
Faber, Joachim	Die befristete Ausnahmewilligung gem. § 8 HwO bei noch nicht bestandener Meisterprüfung. GewArch 1987, 6-12.
Fehling, Friedrich	Neuere Entwicklungen bei den Rechtsverordnungen für Meisterprüfungen im Handwerk. GewArch 2003, 41-46.
Fiege, Carsten	Der Filialhandwerker in Deutschland und Europa. GewArch 2001, 409-415.
Frenz, Walter	Die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen nach der Berufsankennungsrichtlinie. GewArch 2007, 27-28.
Frenz, Walter	Grundfragen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im neuen Gewande. GewArch 2007, 98-108.
Frenzel, Gerhard Jäkel, Ernst Junge, Werner Hinz, Hans-Werner Möllering, Jürgen	Industrie- und Handelskammergesetz. Kommentar. 6. Auflage. Köln 1999.
Frers, Dirk	Die Konkurrentenklage im Gewerberecht. DÖV 1988, 670-679.

Fröhler, Ludwig	Das Recht der Handwerksinnung. München 1959.
Fröhler, Ludwig	Anmerkung zu OVG Lüneburg, Urteil v. 28.10. 1960. GewArch 1961, 79-80.
Band I:Fröhler, Ludwig	Anregungen für eine Novelle zur Handwerksordnung. München 1962.
Fröhler, Ludwig	Die Bedeutung des § 35 n. F. GewO für das Handwerk. GewArch 1964, 49-53.
Fröhler, Ludwig	Zur Eintragung in die Handwerksrolle. München 1969.
Fröhler, Ludwig	Die Bedeutung der „Kenntnisse“ für den Handwerksbegriff. GewArch 1969, 241-244.
Fröhler, Ludwig	Rechtsprobleme des Teilhandwerks. München 1968.
Fröhler, Ludwig	Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung. München 1971.
Fröhler, Ludwig	Das Organisationsrecht der Handwerksordnung. München 1973.
Fröhler, Ludwig Stolz, Jürgen	Die Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 8 HwO in der Rechtsprechung. München 1978.
Fröhler, Ludwig Mörtel, Georg	Die „Berufsbildlehre“ des Bundesverfassungsgerichts. GewArch 1978, 249-259.
Früh, Gudrun	Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit? GewArch 1998, 402-406.
Früh, Gudrun	Die Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht und das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Erleichterung des Gewerbezugangs. GewArch 2001, 58-60.
Früh, Gudrun	Anmerkung zu EuGH, Urteil „Corsten“ vom 03.10. 2000. EuZW 2000, 767-768.
Gerhardt, Michael	Zu neueren Entwicklungen der sogenannten Inländerdiskriminierung im Gewerbebereich. GewArch 2000, 372-377.
Geiger, Rudolf	EUV/EGV. Kommentar. 4. Auflage. München 2004.
Geisendörfer, Ulrich	Die Ausnahmegewilligung, handwerksrechtliches Existenzgründungsinstrument in den neuen Bundesländern. GewArch 1991, 121-124.
Geisendörfer, Ulrich	Deregulierung und Reform des Handwerksrechts. GewArch 1992, 361-364.

Geisendörfer, Ulrich	Berufs- und Gewerbebefreiheit, ein Grundrecht für Unternehmer. GewArch 1995, 41-45.
Hablitzel, Hans Orlitsch, Florian	Grundzüge des novellierten Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetzes (AFBG). WiVerw 2003, 248-266.
Hagebölling, Lothar	Die rechtliche Sonderstellung des Handwerks in Abgrenzung zur Industrie. Dissertation Braunschweig 1983.
Hagebölling, Lothar	Handwerksbegriff und struktureller Wandel. GewArch 1984, 209-216.
Hahn, Dittmar	Das Handwerksrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1996 bis 2001. GewArch 2001, 441-447.
Hahn, Dittmar	Das Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ab 2004. GewArch 2005, 393-408.
Hailbronner, Kay Nachbaur, Andreas	Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt 1992. WiVerw 1992, 57-130.
Hammen, Heinz	Verwaltungsvereinfachung im Handwerk durch Übertragung staatlicher Aufgaben auf die Handwerkskammern. GewArch 1995, 405-414.
Handwerkskammer Braunschweig	Merkblatt für alle Beteiligten bei Eignungsfeststellungen. Braunschweig, ohne Datum.
Handwerkskammer Braunschweig	Jahresberichte 1993 bis 2008. Braunschweig 1993 bis 2008.
Handwerkskammer Braunschweig- Lüneburg-Stade	Weiterbildung 2009. Braunschweig/Lüneburg. 2009.
Handwerksrechts-Institut München e. V.	Handwerksordnung und Grundgesetz. Drei Rechtsgutachten. München 1954.
Hartmann, Karl	Neues Handwerksrecht II-III. Handbuch. 2. Auflage. Teil II. Berlin 1936.
Hartmann, Karl Philipp, Franz	Handwerksordnung. Kommentar. Darmstadt/Berlin 1954.
Haußleiter, Otto	Probleme der neuen Handwerksordnung. DVBl. 1953, 558-562.
Heck, Hans-Joachim	Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks. GewArch 1995, 217-231.

Heck, Hans-Joachim	Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO - Anmerkungen zu den „Leipziger Beschlüssen“ des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“. WiVerw 2001, 277-290.
Heinrich, Herbert	Der Rechtsschutz Dritter in der Rechtsprechung zum Gewerberecht. WiVerw 1985, 1-22.
Henninger, Michael-Peter	Richtlinie des Rates über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen. GewArch 1989, 259-262.
Henssler, Martin	Der Richtlinienvorschlag über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. EuZW 2003, 229-233.
Herdegen, Matthias	Europarecht. 5. Auflage. München 2005.
Herkert, Josef Törtl, Harald	Berufsbildungsgesetz. Kommentar mit Nebenbestimmungen. Loseblattsammlung. Stand 66. Aktualisierung März 2009. Regensburg/Berlin 2009.
Hollje-Lüerßen, Gerriet	Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung. Dissertation Oldenburg 1996.
Honig, Gerhart	Handwerksordnung. Kommentar. 1. Auflage. München 1993.
Honig, Gerhart	Handwerksordnung. Kommentar. 2. Auflage. München 1999.
Honig, Gerhart	Handwerksordnung. Kommentar. 3. Auflage. München 2004.
Honig, Gerhart Knörr, Matthias	Handwerksordnung. Kommentar. 4. Auflage. München 2008.
Honig, Gerhart	Der Große Befähigungsnachweis und die Einheitlichkeit der handwerklichen Berufsbilder. München 1994.
Honig, Gerhart	Die neue Handwerksordnung. GewArch 1966, 25-30.
Honig, Gerhart	Probleme um § 119 HwO. GewArch 1966, 243-247.
Honig, Gerhart	Die Eignungsprüfung im Handwerk. GewArch 1976, 369-371.
Honig, Gerhart	Nicht-Meister als Inhaber eines Handwerksbetriebes. WiVerw 1980, 124-139.
Honig, Gerhart	„Reisegewerbe“ und Scheinarbeitnehmer. GewArch 1991, 10-15.

Honig, Gerhart	Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle. BB 1994, 1442-1445.
Honig, Gerhart	Die neue Handwerksordnung – Unstimmigkeiten. GewArch 1994, 227.
Honig, Gerhart	Meisterprüfung und BVerfG. GewArch 1994, 222-226.
Honig, Gerhart	Landwirtschaft und Handwerksordnung. GewArch 1996, 314-318.
Honig, Gerhart	Kommanditgesellschaft und Handwerksordnung. GewArch 1997, 230-235.
Honig, Gerhart	Handwerksordnung - Quo vadis? NVwZ 2003, 172-176.
Hüpers, Frank	Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis. GewArch 2004, 230-233.
Jahn, Ralf	Die Handwerksnovelle zum Akustik- und Trockenbau. GewArch 2000, 465-470.
Jahn, Ralf	Die Änderungen im Kammerrecht durch das Zweite Mittelstands-Entlastungsgesetz. GewArch 2007, 353-361.
Jeder, Petra	Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand. Zur Vereinbarkeit der Berufszulassungsvorschriften des deutschen Handwerksrechts mit dem Niederlassungsrecht der EWGV und den Grundrechten des GG. Pfaffenweiler 1992.
Klemmer, Paul Schrumpf, Heinz	Der große Befähigungsnachweis im Deutschen Handwerk - Relikt der Ständegesellschaft oder modernes Instrument der Wirtschaftspolitik? Essen 1996.
Klinge, Gabriele	Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG. Düsseldorf 1990.
Klinge, Gabriele	Freizügigkeit, Niederlassungsrecht und freier Dienstleistungsverkehr nach dem EWG-Vertrag im Bereich des Handwerks. GewArch 1983, 290-294, 324-328, 379-380.
Klinge, Gabriele	Europäisches Niederlassungsrecht im Handwerk. WiVerw 1987, 137-158.
Klinge, Gabriele	Das Handwerks- und Berufsbildungsrecht Luxemburgs. GewArch 1991, 361-366.
Klinge, Gabriele	Das Berufszulassungs- und Berufsausübungsrecht des selbstständigen Handwerkers im europäischen Binnenmarkt. WiVerw 1992, 1-55.

- Knack, Joachim
Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. 8. Auflage. Köln/Berlin/Bonn/München 2004.
- Knoblich, Peter
Die Ordnung des Handwerks in beiden deutschen Staaten. Dissertation Würzburg 1976.
- Königsfeld, Daniela
Monschau, Norbert
Koßmann, Rainer
Selbeck, Werner
Rechtsgrundlagen der Meisterprüfung. Düsseldorf 1999.
- Kolb, Heinrich L.
Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften. GewArch 1998, 217-223.
- Kolbenschlag, H.
Leßmann, Kurt
Stücklen, Richard
Die neue Handwerksordnung. Kommentar. Köln 1954.
- Kollner, Werner
Befähigungsnachweis im Handwerk mit dem Grundgesetz vereinbar. GewArch 1961, 193-196.
- Kollner, Werner
Zur Kritik an der Karlsruher Handwerksentscheidung. GewArch 1962, 73-76.
- Kopp, O. Ferdinand
Ramsauer, Ulrich
Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. 10. Auflage. München 2008.
- Kopp, O. Ferdinand
Schenke, Wolf-Rüdiger
Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 15. Auflage. München 2007.
- Kormann, Joachim
Hüpers, Frank
Das neue Handwerksrecht. München 2004.
- Kormann, Joachim
Wolf, Ulrike
Ausbildungsordnung und Ausbildungsberufsbild. München 2003/2004.
- Kormann, Joachim
Hüpers, Frank
Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004. GewArch 2004, 353-363, 404-408.
- Kormann, Joachim
Liegmann, Jörg
Zur Abgrenzung des Vollhandwerks.
Band I: Eine Bestandsaufnahme. München 2007.
- Kormann, Joachim
Hüpers, Frank
Zur Abgrenzung des Voolandwerks.
Band II: Ein Programm. München 2007.
- Kratzer, Jakob
Die Einwirkung der Verwaltungsgerichtsordnung auf die Handwerksordnung. GewArch 1961, 169-174.
- Kröger, Günter
Ist es zulässig, eine Ausnahmegewilligung und die Eintragung in die Handwerksrolle auf ein Teilhandwerk zu beschränken? GewArch 1963, 193-194.

Kröger, Günter	Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts. GewArch 1967, 145-152.
Kröger, Günter	Anmerkung zu BVerwG, Beschluss v. 23.02. 1970. GewArch 1971, 165-166.
Kucera, Gustav Stratenwerth, Wolfgang	Deregulierung des Handwerks. Gutachten erstellt im Auftrag der Deregulierungskommission beim Bundesminister für Wirtschaft. Göttingen 1989.
Küffner, Gerhard	Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung. Dissertation Erlangen 1977.
Kugelman, Dieter	Die Dienstleistungsrichtlinie der EG zwischen der Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell. EuZW 2005, 327-331.
Kuhfuhs, ohne Vorname	Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk. Gesetzestext mit Erläuterungen. Alfred/Leine/Düsseldorf, ohne Datum.
Landmann, ohne Vorname Rohmer, ohne Vorname	Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften. Kommentar. Loseblattsammlung. Band I – Gewerbeordnung. Stand 53. Ergänzungslieferung Januar 2009. München 2009.
Lange, Marina	Die Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit durch Ausländer nach ausländerrechtlichen Regelungen. GewArch 1996, 359-366.
Leinemann, Wolfgang Taubert, Thomas	Berufsbildungsgesetz. Kommentar. München 2002.
Leisner, Walter	Der Verfassungsschutz des Handwerks und die Abgrenzung Handwerk – Industrie. GewArch 1997, 393-400.
Leisner, Walter	Handwerksrecht und Europarecht - Verstößt der Große Befähigungsnachweis gegen Gemeinschaftsrecht? GewArch 1998, 446-453.
Leisner, Walter	Der Meistertitel im Handwerk-(weiter) ein Zwang?-Europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme. GewArch 2004, 393-395.
Liesegang, Georg	Die handwerksrechtliche Bedeutung der Ausübung eines Teilhandwerks. DVBl. 1961, 198-202.
Lottes, Ralf	Das erweiterte Zeitmoment beim Begriff Dienstleistung. EuZW 2004, 112-114.
Mallmann, Otto	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht. GewArch 1996, 89-96.

Mann, Thomas	Randnotizen zum Richtlinienentwurf über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. EuZW 2004, 615–619.
Maunz, Theodor	Handwerksberuf und Grundgesetz, GewArch 1955/56, 101-106.
Metzner, Richard	Die Rechtsprechung zur Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO und zum Spielrecht nach §§ 33 c ff GewO. WiVerw 1981, 43-64.
Meyer, Helmut	Die nationalsozialistischen Grundlagen der Handwerksgesetzgebung im Dritten Reich. Dissertation Erlangen 1939.
Meyer, Werner	Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 03.10. 2000 -Rs C 58/98- auf das deutsche Handwerksrecht. GewArch 2001, 265-276.
Meyer, Werner Diefenbach, Wilhelm	Handwerksordnung und europäische Union. Ausländer-/Inländerdiskriminierung? München 2001.
Mirbach, Horst-G.	Das Recht auf selbstständige Arbeit. Unternehmensgründung und Handwerksrecht. 3. Auflage. Bonn 1993.
Mirbach, Horst-G.	Anfang vom Ende des Meisterzwangs? NVwZ 2001, 161-163.
Mörtel, Georg	Die Berufsbilder nach § 25 und § 45 der Handwerksordnung. WiVerw 1980, 88-124.
Mohn, Astrid Sybille	Das Gewerbe im Europa 1993 - Die Verwirklichung des Binnenmarktes im Bereich des Niederlassungsrechts. GewArch 1990, 203-206.
Mohn, Astrid Sybille	Neue Entwicklungen im Bereich des Niederlassungsrechts der Europäischen Gemeinschaften? GewArch 1991, 55-57.
Monopolkommission	Reform der Handwerksordnung. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB. Bonn 2001.
Monopolkommission	16. Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005. BT-Drucksache 16/2460.
Müller, Klaus	Generationswechsel im Handwerk: Handlungsbedarf aufgrund einer Erhebung für Niedersachsen. Göttingen 1997.
Müller, Klaus	Erste Auswirkungen der Novellierung der Handwerksordnung von 2004. Göttingen 2006.

Müller, Klaus	Die Auswirkungen der HwO-Reform auf das niedersächsische Handwerk. Göttingen 2006.
Müller, Martin	Die Novellierung der Handwerksordnung 2004. NVwZ 2004, 403-412.
Müller, Martin	Meisterpflicht und Gefahrgeneigtheit. GewArch 2007, 361-370.
Musielak, Hans-Joachim	Teilhandwerk und Ausnahmegewilligung nach der Handwerksordnung. GewArch 1963, 265-267.
Musielak, ohne Vorname	Anmerkung zu VG Oldenburg, Beschluss v. 19.04.1967. GewArch 1967, 251-252.
Musielak, Hans-Joachim Detterbeck, Steffen	Das Recht des Handwerks. Kommentar. 3. Auflage. München 1995.
Musielak, Hans-Joachim Schira, Hans-Peter Manke, Michael	Schornsteinfegergesetz. Kommentar. 6. Auflage. Dieburg 2003.
Nauermann, Carl	Übersicht über die wesentlichen Änderungen der Handwerksordnung. DB 1965, 1084-1086.
Obermayer, Klaus	Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. 3. Auflage. Neuwied/Kriftel 1999.
Oppermann, Thomas	Europarecht. 3. Auflage. München 2005.
Pechstein, Matthias Kubicki, Philipp	Dienstleistungsfreiheit im Baugewerbe für polnische Handwerker. EuZW 2004, 167-172.
Perkuhn, Fritz	Aktuelle Probleme der Handwerksordnung. GewArch 1967, 52-57.
Perkuhn, Fritz	Freie Berufswahl und Ausnahmegewilligung gemäß § 8 Abs. 1 HwO. GewArch 1967, 246-248.
Redeker, Konrad	Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 14. Auflage. Stuttgart 2004.
Regler, Armin Baumbach, Oliver	Erfahrungen der Handwerkskammer und Industrie- und Handelskammer mit der probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Mittelfranken. GewArch 2007, 466-468.
Reuß, Wilhelm	Das Bundesverfassungsgericht zur Handwerksordnung. DVBl. 1961, 865-871.
Richardi, Reinhard	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. 11. Auflage. München 2008.
Ritgen, Wolfgang	Die Ausnahmegewilligung im Handwerksrecht. BB 1966, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966.

Roemer-Blum, Dieter Johannes	Zur Abgrenzung zwischen Handwerk und Kunst. GewArch 1986, 9-14
Rüth, Herbert	Kunsth Handwerk - Handwerk oder Kunst? GewArch 1995, 363-367.
von Schenckendorff, Max	Vertriebenen- und Flüchtlingsrecht. Kommentar. Loseblattsammlung. Stand 83. Ergänzungslieferung Dezember 2008. Regensburg/Berlin 2005.
Schmitz, Rolf	Das Recht des Handwerkers. 2. Auflage. Baden-Baden 1991.
Schmitz, Klaus	Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk. WiVerw 1999, 88-99.
Schulze, Roland	Erleichterung von Existenzgründungen und Förderung von Kleinunternehmen im Bereich einfacher Tätigkeiten. GewArch 2003, 283-288.
Schwaab, Hermann	Handwerksrolle und großer Befähigungsnachweis. Dissertation Würzburg 1936.
Schwannecke, Holger	System und Fortentwicklung der Anerkennung von Qualifikations- und Befähigungsnachweisen auf europäischer Ebene und seine Ausstrahlung auf das Handwerk. WiVerw 2001, 247-259.
Schwannecke, Holger	Die Deutsche Handwerksordnung, Kommentar. Loseblattsammlung. Stand 42. Lieferung Dezember 2008. Berlin 2008.
Schwannecke, Holger Heck, Hans-Joachim	Die neue Handwerksordnung. GewArch 1998, 305-317.
Schwannecke, Holger Heck, Hans-Joachim	Die Handwerksordnungsnovelle 2004. GewArch 2004, 129-142.
Schwappach, Jürgen	Die heutige Stellung des Handwerks unter gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Aspekten. WiVerw 1986, 117-129.
Schwappach, Jürgen	Handwerksordnung: Die neuen Bestimmungen der §§ 5, 7 a und 7 Abs. 6 HwO. GewArch 1994, 308-312.
Schwappach, Jürgen	Die Novelle zur Handwerksordnung. GewArch 1993, 441-445.
Schwappach, Jürgen Schmitz, Klaus	Das Handwerksrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union. WiVerw 1996, 1-63.
Schwarz, Paul	Der Handwerksbegriff heute. GewArch 1966, 1-7.
Schwindt, Hanns	Kommentar zur Handwerksordnung. Bad Wörishofen 1954.
Seidl, Franz-Peter	Datenschutz im Handwerk. WiVerw 1994, 55-81.

Siebert, Christian	Anmerkung zu OVG NW, Urteil v. 29.10. 1999. GewArch 2000, 77.
Siegel, Thorsten	Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange. Berlin 2001.
Siegert, Albrecht	Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung. BB 1965, 1090-1093.
Siegert, ohne Vorname.	Anmerkung zu LVG Düsseldorf, Urteil v. 20.01. 1960. GewArch 1959/1960, 231.
Steib, Hans	Handwerk im Reisegewerbe erleichtert. GewArch 2001, 57.
Stelkens, Paul Bonk, Heinz Joachim Sachs, Michael	Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar. 7. Auflage. München 2008.
Stober, Rolf	Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht. 12. Auflage. Stuttgart/Berlin/Köln 2001.
Stober, Rolf	Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht. 14. Auflage. Stuttgart/Berlin/Köln 2007.
Stober, Rolf	Anmerkung zur Reform der Handwerksordnung. GewArch 2003, 393-399.
Stolz, Jürgen	Die Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO in der Rechtsprechung. GewArch 1979, 8-12.
Stolz, Jürgen	Das Recht des selbstständigen Handwerkers auf Eintritt in eine Handwerksinnung. GewArch 1982, 153-155.
Stork, Stefan	Die Reichweite der indirekten Harmonisierung am Beispiel der Dienstleistungsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung C-58/98 (Corsten). WiVerw 2001, 229-246.
Stork, Stefan	Die neue Rahmenrichtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG) unter besonde- rer Berücksichtigung reglementierter Handwerksberufe. WiVerw 2006, 152-180.
Stork, Stefan	Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung. GewArch 2008, 177-186.
Strassmann, Walter	Bundesvertriebenengesetz. Kommentar. 2. Auflage. München und Berlin 1958.
Streinz, Rudolf	EUV/EGV. Kommentar. München 2003.

- Sydow, Maren Die Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“ zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21.11.2000 („Leipziger Beschlüsse“) und ihre Auswirkungen in der Praxis. GewArch 2002, 458-460.
- Sydow, Maren Auslegung des § 7 b der Handwerksordnung. GewArch 2005, 456-459.
- Tettinger, Peter-J.
Wanck, Rolf
Tietgen, Walter Gewerbeordnung. Kommentar. 7. Auflage. München 2004.
Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 14.05. 1963. DVBl. 1963, 780-782.
- Tilch, Horst
Arloth, Frank Deutsches Rechts-Lexikon. 3. Auflage. Band 3. München 2001.
- Traublinger, Heinrich Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform? GewArch 2003, 353-358.
- von Turegg, Kurt Egon Der Befähigungsnachweis im Handwerk. NJW 1954, 96-98.
- Ule, Carl Hermann
Laubinger, Hans-Werner Verwaltungsverfahrensrecht. 4. Auflage. Köln 1995.
- Umbach, Dieter C.
Clemens, Thomas
Dollinger, Franz-Wilhelm Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch. 2. Auflage. Heidelberg 2005.
- Webers, Gerhard Das Handwerk im Spiegel des Grundgesetzes - Die Handwerksordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. WiVerw 2001, 260-276.
- Zentralverband des Deutschen Handwerks Stellungnahme zum Großen Befähigungsnachweis und zur Bedeutung der Handwerksordnung als Voraussetzungen für den hohen Leistungsstand des deutschen Handwerks und die Sicherung hochwertiger Aus- und Weiterbildung im Interesse der Gesamtwirtschaft. Bonn 1988.
- Zentralverband des Deutschen Handwerks Richtlinien für die Überprüfung im Ausnahmewilligungsverfahren zur Feststellung der meisterlichen Kenntnisse und Fertigkeiten. Anlage zu ZDH-Intern Nr. 18 VI/1, April 1982.
- Zentralverband des Deutschen Handwerks Daten & Fakten 2008. Berlin 2008.
- Zimmermann, Eric Die Altgesellenregelung des § 7 b HwO. GewArch 2008.334-340.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a. d.	an der
a. F.	alte Fassung
AFBG	Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz
AG	Ausführungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
a. M.	am Main
AMVO	Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk
Anm.	Anmerkung
Änd.V	Änderungsverordnung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AZ	Aktenzeichen
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
Bay. ObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
Bay. OVG	Bayerisches Obergerverwaltungsgericht
Bay. VBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
ber.	berichtigt
BerBiRefG	Berufsbildungsreformgesetz
betr.	betreffend
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (mit Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (mit Band und Seite)
BVFG	
DB	Der Betrieb
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EStG	Einkommenssteuergesetz
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EU	Europäische Union
Eu/EWR HwV	EU/EWR Handwerk-Verordnung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum

ff.	fortfolgende
Fn	Fußnote
G	Gesetz
GBL	Gesetzblatt
GBR	Gesellschaft Bürgerlichen Rechts
GewArch	Gewerbearchiv
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HandwG	Gesetz zur Förderung des Handwerks
Hess. VGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HFIV	Hackfleischverordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HwK	Handwerkskammer
HVO	Verordnung zum vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks
HwO	Handwerksordnung
IBR	Immobilien- und Baurecht
IHKG	Industrie- und Handelskammergesetz
JVEG	Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz
KfBG	Kriegsfolgenbereinigungsgesetz
KfzTechMstrV	Kraftfahrzeugtechnikermeisterverordnung
KG	Kommanditgesellschaft
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LVG	Landesverwaltungsgericht
LwKG	Gesetz über Landwirtschaftskammern
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuLMstrV	Maler- und Lackiererverordnung
MPVerFVO	Meisterprüfungsverfahrensverordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NArchG	Niedersächsisches Architektengesetz
Nds. OVG	Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
Nds. VBl.	Niedersächsisches Verwaltungsblatt
n. F.	neue Fassung
NInG	Niedersächsisches Ingenieurgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW	Nordrhein-Westfalen
Nr.	Nummer
NVerwVfG	Niedersächsisches Verwaltungsverfahrensgesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungsreport
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OMGUS	Office of Military Government for Germany (US)
OVG	Oberverwaltungsgericht

RGBL.	Reichsgesetzblatt
Rheinl.-Pfalz	Rheinland-Pfalz
Rn	Randnummer
RWM	Reichswirtschaftsminister
S.	Seite
Sächs. OVG	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
SchfG	Schornsteinfegergesetz
Schl.-H.	Schleswig-Holstein
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg	Sammlung der Entscheidungen des EuGH
s. o.	siehe oben
StPO	Strafprozessordnung
s. u.	siehe unten
THwE	Taschenlexikon Handwerksrechtlicher Entscheidungen
v.	vom
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WaffG	Waffengesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
ZDH	Zentralverband des Deutschen Handwerks
ZPO	Zivilprozessordnung
Zust. VO	Zuständigkeitsverordnung