



22.07.2015

Wichtige neue Entscheidung

Gewerberecht: Kein Anspruch auf Ausübungsberechtigung nach unzulässiger selbständiger Handwerksausübung

§ 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 7 Abs. 1 und 1a, § 7b, § 8 Abs. 1 und 2 HwO,
§ 35 Abs. 1 GewO, Art. 12. Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG

Ausübungsberechtigung für zulassungspflichtiges Handwerk (Maler und Lackierer)
Tätigkeit in leitender Stellung bei Ein-Mann-Betrieb

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 13.05.2015, Az. 8 C 12.14

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite eingestellt.

www.landesanwaltschaft.bayern.de

Leitsätze:

1. Zeiträume der handwerksrechtlich unzulässigen selbständigen Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks ohne die erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle können nicht für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO angerechnet werden.
2. Eine legale selbständige Handwerksausübung im Ein-Mann-Betrieb ist als Berufserfahrung in leitender Stellung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO zu berücksichtigen.

Hinweis:

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) bestätigt in seiner Entscheidung im Ergebnis das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGH) vom 19.03.2014 (Az. 22 B 13.2012, vgl. hierzu „Wichtige neue Entscheidung“ der LAB vom 04.04.2014), in dem der BayVGH entschieden hat, dass nur die legale Ausübung eines Handwerks einen Anspruch auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung begründen kann. Zeiten einer handwerksrechtlich unzulässigen Handwerkstätigkeit können für den erforderlichen Nachweis der mindestens vierjährigen Tätigkeit in leitender Stellung nicht angerechnet werden.

Das BVerwG weist klarstellend darauf hin, dass auch eine selbständige Tätigkeit in einem Ein-Mann-Unternehmen für den vierjährigen Mindestzeitraum einer Tätigkeit in leitender Stellung gemäß § 7b Abs. 1 Nr. 2 HwO berücksichtigt werden kann, sofern sie im Einklang mit den handwerksrechtlichen Anforderungen erfolgt. Insofern teilt er nicht die vom BayVGH vertretene Auffassung, dass eine selbständige Tätigkeit in einem Ein-Mann-Unternehmen für den vierjährigen Mindestzeitraum nur ausnahmsweise berücksichtigt werden könne. Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis sei gesetzlich nicht vorgesehen. Eine vorhandene – legale – selbständige Handwerksausübung sei deshalb auch bei einem Ein-Mann-Betrieb als berufliche Erfahrung in leitender Stellung zu berücksichtigen.

Mühlich
Landesanwältin

22 B 13.2021

Au 5 K 12.325

Großes Staats-
wappen

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

***** * *****
***** , *****

- ***** -

*****.

***** *****
***** ,

***** * *****
***** , *****

gegen

Handwerkskammer *** *****

***** ***** *** ***** *** *****

***** * * *****

- Beklagte -

bevollmächtigt:

***** *****

***** *****

beteiligt:

Landesanwaltschaft Bayern

als Vertreter des öffentlichen Interesses,

Ludwigstr. 23, 80539 München,

wegen

Ausübungsberechtigung gemäß § 7b HwO;

hier: Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 7. März 2013,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schenk,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Dietz,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Ertl

aufgrund mündlicher Verhandlung vom 13. März 2014

am 19. März 2014

folgendes

Urteil:

- I. Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 7. März 2013 wird geändert.

- II. Die Klage wird abgewiesen.

- III. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen.

- IV. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

- V. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Der 1959 geborene Kläger begehrt von der Beklagten die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO für das Maler- und Lackiererhandwerk.

- 2 Nach einer Lehrzeit vom 1. Februar 1985 bis zum 4. Juli 1986 legte der Kläger die Gesellenprüfung im Maler- und Lackiererhandwerk am 4. Juli 1986 mit der Note „befriedigend“ ab. Anschließend war er als Malergeselle in verschiedenen Betrieben tätig. Er legte ein Arbeitszeugnis vor, wonach er vom 18. November 1991 bis zum 31. Januar 1998 als Maler und Lackierer tätig war und alle Arbeiten völlig selbständig erledigt hatte, die im Maler- und Lackiererhandwerk anfallen. Einem weiteren vorgelegten Arbeitszeugnis zufolge war er vom 13. Februar 2001 bis zum 31. Januar 2003 als Malergeselle tätig und mit allen in der Praxis eines kleineren Malerbetriebs anfallenden Arbeiten vertraut. Seinen ursprünglichen Angaben gegenüber der Beklagten zufolge ist er seit 2005 selbständig als Raumausstatter tätig (Bl. 5 der Behördenakten). Seiner Gewerbebeanmeldung zufolge ist er seit 1. Oktober 2005 als Raumausstatter und als Parkettleger, Fliesenleger, Plattenleger und Mosaikleger und Bodenleger tätig sowie mit dem Einbau von genormten Baufertigteilen beschäftigt.
- 3 Unter dem 27. August 2007 und dem 5. März 2009 erließ das Landratsamt G***** Bußgeldbescheide gegen den Kläger. Der Kläger habe in der Zeit von Anfang Juni bis Ende August 2006 sowie für einen unbestimmten späteren Zeitraum einen unzulässigen Gewerbebetrieb ausgeübt. Er habe 2006 Elektrotechnikerarbeiten durchgeführt und später klassische Maler- und Lackierertätigkeiten, insbesondere das Streichen von Fassaden und das Lackieren von Fenstern und Türen. Diese Bußgeldbescheide sind rechtskräftig.
- 4 Der Kläger legte der Beklagten eine Bestätigung seiner Ehefrau ohne Datum vor. Der Kläger sei seit 2005 selbständig im Malerhandwerk tätig. Seine Ehefrau erledige für ihn die Büroarbeiten und die Vorbereitung der Buchungsunterlagen, nehme Telefonate entgegen, schreibe Rechnungen und Angebote. Diese Arbeiten müsse seine Ehefrau ausführen, da er selbst ständig auf Baustellen unterwegs sei. Der Kläger legte sodann sechs Rechnungen aus dem Zeitraum vom 5. September 2011 bis zum 5. Oktober 2011 vor: 850 Euro für Malerarbeiten in einer Wohnung, 1.000 Euro für Malerarbeiten in einer Wohnung, 238 Euro für Tapezierarbeiten in einer Wohnung, 512 Euro für Anstricharbeiten in einer Wohnung, 850 Euro für Lackierarbeiten an Türen, 650 Euro für Lackierarbeiten an Hoftor und Schaufensterkästen.
- 5 Der Kläger legte eine weitere Bestätigung seiner Ehefrau vom 5. Dezember 2011 vor. Die übersandten Rechnungen würden das typische berufliche Leistungsbild des Klägers wiedergeben. Diese Arbeiten verrichte er das ganze Jahr über in vollschichti-

ger Tätigkeit. Er arbeite hierbei alleine. Er arbeite also selbständig und eigenverantwortlich, sei der Inhaber des Betriebs und leite damit auch sein Ein-Mann-Unternehmen. In diesem Bereich und in diesem Umfang arbeite er seit 2005 selbständig.

- 6 Mit Bescheid vom 8. Februar 2012 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers ab. Die vorgeschriebene mindestens vierjährige Tätigkeit in leitender Stellung sei nicht nachgewiesen. Die Gewerbeanmeldung des Klägers spreche gegen eine solche Tätigkeit; sie beziehe sich auf zulassungsfreie Handwerke. Der zeitliche Umfang der behaupteten Gewerbeausübung im Maler- und Lackiererhandwerk sei nicht nachgewiesen. Die vorgelegten Rechnungen deckten kaum mehr als einen Monat ab; teilweise seien die Adressfelder gelöscht. Abgesehen davon seien ohne erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle ausgeübte Tätigkeiten im Rahmen des § 7b HwO nicht berücksichtigungsfähig.

- 7 Der Kläger erhob Verpflichtungsklage zum Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO. Das Verwaltungsgericht gab der Klage statt (Urteil vom 7.3.2013). Eine Tätigkeit in leitender Stellung sei auch in Kleinstbetrieben wie dem Ein-Mann-Unternehmen des Klägers möglich. Der Kläger habe glaubhaft versichert, dass er neben der eigentlichen handwerklichen Tätigkeit auf den Baustellen auch die Auswahl der von ihm zu übernehmenden Aufträge, deren Akquisition und nach Abschluss der Arbeiten die Rechnungstellung zumindest veranlasse. Seine Ehefrau, die seit vielen Jahren Hausfrau sei, übernehme aufgrund besserer Fertigkeiten im Umgang mit dem PC die Rechnungstellung für ihn. Die Rechnungstellung erfolge aber nach genauen Vorgaben des Klägers, der die jeweils dafür nötigen Angaben liefere (Zahl der aufgewendeten Arbeitsstunden, Art der ausgeübten Tätigkeit, anzusetzende Fahrtkosten). Umfang und Art der auszuführenden Tätigkeiten würden ausschließlich durch den Kläger bestimmt. Die Tätigkeit seiner Ehefrau beschränke sich neben der tatsächlichen Rechnungserstellung auf die Sichtung möglicher Aufträge auf der Internetplattform des Klägers. Welche Aufträge der Kläger hiervon letztlich annehme, obliege ausschließlich seiner eigenen Einschätzung nach Machbarkeitskriterien. Die handwerkliche Ausführung der Arbeiten auf den Baustellen obliege ebenfalls ausschließlich dem Kläger. Lediglich bei Bedarf ziehe er insoweit einen mitarbeitenden Kollegen zur Ausführung hinzu. Diese Ausführungen stimmten mit dem Auftritt des Klägers auf seiner Internetplattform überein (S. 9 des Urteilsabdrucks). Der Kläger habe glaubhaft versichert, dass er sein Ein-Mann-Unternehmen seit 2005 in dieser Form führe (S. 10 des Urteilsabdrucks). Der Kläger habe ferner glaubhaft ausgeführt, dass sich die von ihm ausgeführten Arbei-

ten nahezu vollständig auf Malertätigkeiten beschränkten. Fußbodenarbeiten habe er nur zweimal 2011 und einmal 2012 durchgeführt. Dies stimme mit dem Auftritt des Klägers auf seiner Internetplattform überein. Weiter habe der Kläger erklärt, dass er sowohl in Innenräumen als auch an Außenfassaden arbeite. Der Kläger habe glaubhaft vorgetragen, dass er seit Gründung seines Unternehmens durchgängig auch Außenarbeiten durchgeführt habe. Die vom Kläger vorgetragene Verputzarbeiten an Außenfassaden stellten neben dem Streichen von Innenräumen wesentliche Elemente aus dem Kernbereich des Maler- und Lackiererhandwerks dar (S. 11 f. des Urteilsabdrucks).

- 8 Die Beklagte hat die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Berufung eingelegt.
- 9 Sie beantragt die Aufhebung des Urteils des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 7. März 2013 und die Abweisung der Klage.
- 10 Sie macht geltend: Zwar könne auch bei sog. Ein-Mann-Betrieben grundsätzlich unter bestimmten Voraussetzungen „eine leitende Stellung“ im Sinn des § 7b Abs. 1 Nr. 2 HwO angenommen werden. Doch müsse der Kläger dann nachweisen, dass er in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk insgesamt vier Jahre in leitender Stellung tätig gewesen sei und dass die ausgeübte Tätigkeit zumindest eine wesentliche Tätigkeit des zulassungspflichtigen Handwerks umfasse, für das die Ausübungsberechtigung beantragt werde. Die Nichterweislichkeit der Voraussetzungen gehe zu Lasten des jeweiligen Antragstellers. Der Nachweis müsse nach dem Gesetz durch Arbeitszeugnisse, Stellenbeschreibungen oder in anderer Weise erfolgen; die andere Weise müsse in etwa der inhaltlichen Qualität von Arbeitszeugnissen oder Stellenbeschreibungen entsprechen. Eigene Erklärungen des Klägers, Internetauftritte des Klägers sowie sehr pauschale Bestätigungen der Ehefrau des Klägers, die bei der beruflichen Tätigkeit des Klägers nicht anwesend gewesen und im Maler- und Lackiererhandwerk nicht ausgebildet sei, reichten nicht aus. Rechnungen, die lediglich einen Zeitraum von kaum mehr als einem Monat abdeckten und nur ungenaue Beschreibungen der erbrachten Leistung enthielten, reichten nicht aus. Aus den Äußerungen des Klägers ergebe sich nicht, welche Zahl von Aufträgen im Maler- und Lackiererhandwerk der Kläger ausgeführt habe und welchen zeitlichen Rahmen diese eingenommen hätten.

- 11 Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Berufung.
- 12 Das Gesetz lasse ausdrücklich jeden Nachweis und jede Nachweisform der praktisch ausgeübten Tätigkeit in leitender Stellung zu. Es gebe keinen intensiveren Nachweis der Qualifizierungszeit nach § 7b HwO als den der Führung des gesamten Betriebs und der Ausführung sämtlicher in dem Betrieb anfallenden handwerklichen Arbeiten, wie dies für einen Ein-Mann-Betrieb typisch sei. Die Bußgeldbescheide des Landratsamts G***** von 2007 und 2009 seien Beweis dafür, dass der Kläger ein eintragungspflichtiges Malerhandwerk betrieben habe. Die tägliche Arbeitszeit des Klägers liege zwischen sechs und zwölf Stunden, und dies an fünf Tagen pro Woche. Auch bei den Tätigkeiten des Klägers innerhalb von Wohnungen handle es sich um wesentliche Tätigkeiten des Malerhandwerks.
- 13 Der Vertreter des öffentlichen Interesses beteiligte sich am Verfahren. Die Berufstätigkeit des Klägers im Maler- und Lackiererhandwerk in seinem Ein-Mann-Betrieb ohne erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle sei illegal gewesen und daher nicht berücksichtigungsfähig.
- 14 Der Kläger hat auf Aufforderung des Verwaltungsgerichtshofs weitere Rechnungen vorgelegt, die die Monate Oktober 2008 (3), Oktober 2009 (4), September 2010 (4), September/Oktobre 2011 (12) und Oktober 2012 (3) betreffen. Ferner hat der Verwaltungsgerichtshof die Ehefrau des Klägers als Zeugin vernommen.
- 15 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 16 Die Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Verpflichtungsklage des Klägers zu Unrecht stattgegeben. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrte Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Strittig zwi-

schen den Beteiligten ist allein die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal des § 7b Abs. 1 Nr. 2 HwO „davon insgesamt vier Jahre in leitender Stellung“ erfüllt ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist bei der hier zu beurteilenden Verpflichtungsklage auf Erlass eines gebundenen Verwaltungsakts der Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts (Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 113 Rn. 217 m.w.N.), hier also März 2014. Die gesamte bisherige Entwicklung muss daher berücksichtigt werden.

- 17 Dem Kläger ist zwar einzuräumen, dass seine selbständige handwerkliche Tätigkeit seit 1. Oktober 2005 zumindest eine wesentliche Tätigkeit des zulassungspflichtigen Maler- und Lackiererhandwerks (Anlage A Nr. 10 zur HwO) umfasst hat (§ 7b Abs. 1 Nr. 3 HwO). Die von ihm ausweislich der vorgelegten Rechnungen vielfach ausgeübten Tätigkeiten des Anstreichens von Wohnungen, des Lackierens von Türen und Fenstern und des Anstreichens von Fassaden stellen, wie es der Bevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof formuliert hat, klassische Malertätigkeiten dar. Es handelt sich hierbei nicht um Tätigkeiten, die zum Berufsbild des zulassungsfreien Raumausstatterhandwerks (Anlage B Abschnitt 1 Nr. 27 zur HwO) gehören (vgl. zu diesem Kriterium OVG RhPf, U.v. 30.10.2012 – 6 A 10702/12 – Rn. 52 m.w.N.). Die vom Raumausstatterhandwerk umfassten Tätigkeiten wie das Behandeln von Oberflächen (§ 4 Nr. 14 RaumAAusbV vom 18.5.2004, BGBl. I S. 980) und das Gestalten, Bekleiden und Beschichten von Wand- und Deckenflächen (§ 4 Nr. 19 RaumAAusbV) umfassen grundsätzlich keine großflächigen Anstricharbeiten an Wänden und Decken und keine Lackierarbeiten an Türen und Fenstern. Dies ergibt sich eindeutig aus den Spezifizierungen des Ausbildungsrahmenplans nach § 5 RaumAAusbV (vgl. lfd. Nrn. 14 und 19 der Anlage zu § 5 RaumAAusbV). Demgegenüber erfasst § 2 Abs. 3 Nr. 1c MuLMstrV vom 13. Juni 2005 (BGBl. I S. 1659) Beschichtungen, Applikationen, Bekleidungen, Beläge und Dekorationen in Räumen, an Fassaden und Objekten unter Beachtung der Alterungsästhetik und historischer Gegebenheiten sowie physikalischer und chemischer Anforderungen; damit wird das Tätigkeitsspektrum des Klägers zutreffend abgebildet.
- 18 Dem Kläger ist auch einzuräumen, dass er eine derartige Tätigkeit in ausreichendem Umfang nachgewiesen hat. Bedenkt man den zwischen dem Beginn der selbständigen handwerklichen Tätigkeit des Klägers am 1. Oktober 2005 und der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof am 13. März 2014 verstrichenen Zeitraum, so bedarf es hierzu nicht notwendig einer Vollzeittätigkeit (vgl. auch BayVGh, B.v. 2.5.2012 – 22 ZB 11.884). Der Nachweis kann im vorliegenden Fall durch die

vorgelegten Rechnungen für repräsentative Monate geführt werden; in welchem Umfang solche Nachweise nötig sind, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Hier ergibt sich aus Zahl und Umfang der vorgelegten Rechnungen und auch aus der glaubwürdigen Zeugenaussage der Ehefrau des Klägers, dass der Kläger seit dem 1. Oktober 2005 ohne Unterbrechung wenn schon nicht in Vollzeit, dann doch mit einem überwiegenden Teil der üblichen Arbeitszeit einschlägig tätig war.

- 19 Gleichwohl kann das Tatbestandsmerkmal der „leitenden Stellung“ nicht bejaht werden. Eine leitende Stellung hat ein Geselle, wenn ihm eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse in einem Betrieb oder in einem Betriebszweig übertragen worden sind (§ 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO). Die Amtliche Begründung nennt als Beispiele die Funktion eines Poliers oder Ausbildungsfunktionen (BT-Drs. 15/2006, S. 28). Eine Tätigkeit in leitender Stellung im Sinne des § 7b HwO muss sich qualitativ deutlich von den Tätigkeiten von Durchschnittsgesellen abheben (Nds OVG, B.v. 4.7.2011 – 8 LA 288/10 – GewArch 2011, 494 ff.; Günther GewArch 2011, 189/192; Detterbeck, HwO, 4. Aufl. 2008, § 7b Rn. 22 m.w.N.).
- 20 Eine Tätigkeit in leitender Stellung im Sinn von § 7b Abs. 1 Nr. 2 HwO ist in Ein-Mann-Betrieben allenfalls in Ausnahmefällen rechtlich denkbar. In Ein-Mann-Betrieben ist der vom Gesetzgeber vorausgesetzte Erfahrungsaustausch mit einem Meister nicht vorhanden. Wenn vom Gesetz die „Übertragung“ eigenverantwortlicher Entscheidungsbefugnisse verlangt wird (§ 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO), meint es in erster Linie die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen durch einen Meister (VG Gelsenkirchen, U.v. 31.1.2012 – 19 K 1479/10 – GewArch 2012, 325/327). Richtig ist zwar, dass der Gesetzgeber gleichwohl in § 7b Abs. 1 Nr. 2 HwO nicht zwischen größeren, kleineren und Ein-Mann-Betrieben unterschieden hat, so dass Art. 12 Abs. 1 GG mangels hinreichend bestimmter gesetzlicher Einschränkung für die Berücksichtigung einer leitenden Stellung in Ein-Mann-Betrieben Raum lässt. Andererseits entspricht es aber auch nicht den Intentionen des Gesetzgebers, im Falle von Ein-Mann-Betrieben generell von einer Tätigkeit in leitender Stellung auszugehen, weil sozusagen der Inhaber eines Ein-Mann-Betriebs notwendigerweise sein eigener Chef ist. Der Gesetzgeber hat auch insofern eine Nachweisführung vorgeschrieben. Diese ist umso ernster zu nehmen, als es hier jedenfalls nach dem Leitbild des Gesetzgebers nicht um den typischen Fall eines „Altgesellen“ geht. Im vorliegenden Fall kommt eine solche Ausnahme jedenfalls nicht in Betracht, weil die genannte klassische Malertätigkeit des Klägers rechtlich nicht zulässig war.

21 Es können jedenfalls bei Ein-Mann-Betrieben keine solchen Tätigkeiten berücksichtigt werden, die illegal ohne erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle durchgeführt worden sind. § 7b HwO lässt sich zwar unmittelbar nur ein qualifikationsbezogener Prüfungsmaßstab entnehmen, unabhängig davon, auf welche legale oder illegale Weise die Qualifikation erworben wurde. Im Hinblick auf die in § 8 Abs. 1 Satz 1 HwO geforderten notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten wurde seit jeher angenommen, dass die Handwerksordnung keinen Rechtssatz kennt, dass nur die rechtmäßige Gewerbeausübung bei der Ermittlung der Befähigung eines Bewerbers beachtet werden darf (BVerwG, U.v. 8.6.1962 – VII C 244/59 – GewArch 1962, 251/252; Detterbeck, HwO, 4. Aufl. 2008, § 8 Rn. 21 m.w.N.; zurückhaltend BVerwG, B.v. 1.4.2004 – 6 B 5.04 – GewArch 2004, 488/489). Die Amtliche Begründung lässt zunächst unter ausdrücklicher Bezugnahme auf alle Fälle des § 8 HwO jede Art der Tätigkeit als Qualifikationsnachweis genügen (S. 28), um dann allerdings im Hinblick auf die Gefahrgeneignetheit zulassungspflichtiger Handwerke eine langjährige unselbständige Tätigkeit in qualifizierter Funktion zu verlangen (S. 29), was jedenfalls die Tätigkeit im eigenen illegalen Ein-Mann-Betrieb ausschließt und das Leitbild des Erfahrungsaustausches mit einem Meister widerspiegelt. Das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie versteht dies in ständiger Praxis so, dass Gesellen, die in einem illegal arbeitenden Betrieb abhängig beschäftigt sind und sich nicht selbst ordnungswidrig verhalten haben, begünstigt sein sollen, nicht aber Gesellen, die selbst in unzulässiger Weise selbständig tätig werden (Schreiben vom 7.10.2004, Bl. 58 der VG-Akte, und vom 14.2.2014, Bl. 133 der VGH-Akte). Ein mehrjähriger Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe ohne erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle (§ 1 Abs. 1 Satz 1 HwO) kann in der Regel nur dann praktiziert werden, wenn nach außen hin der Standpunkt vertreten wird, dass keine wesentlichen Tätigkeiten des zulassungspflichtigen Handwerks ausgeübt werden (§ 1 Abs. 2 HwO). Für die spätere Geltendmachung der Ansprüche nach § 7b HwO muss die Argumentation gewissermaßen umgedreht werden und auf Ausübung zumindest einer wesentlichen Tätigkeit des zulassungspflichtigen Handwerks (§ 7b Abs. 2 Nr. 3 HwO) plädiert werden. Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber ein derart widersprüchliches Verhalten den Bewerbern nach § 7b HwO ansinnen oder den Handwerkskammern insofern die Wahrheitsfindung zumuten wollte. Letztlich ausschlaggebend spricht gegen die Berücksichtigungsfähigkeit solcher Tätigkeiten der Gedanke der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, nämlich dass illegales, bußgeldbewehrtes Verhalten nicht belohnt werden soll, dass hierfür keine Anreize geschaffen werden sollen, sondern dass der Präventionsgedanke Vorrang hat (VG Köln, U.v. 28.10.2010 – 1 K 1419/10 – GewArch 2011, 444/445; Günther, GewArch, 2011, 189/191; Zimmermann, GewArch 2008, 334/337;

Kormann/Hüpers, GewArch 2004, 354/358). Diese Grundsätze gelten rechtsgebietsübergreifend. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit einer ohne erforderliche Erlaubnis ausgeübten psychotherapeutischen Vortätigkeit ebenfalls darauf erkannt, dass diese bei der Einleitung der Approbation als psychologischer Psychotherapeut im Rahmen einer Übergangsregelung nicht berücksichtigt werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht sah einen Wertungswiderspruch, wenn der Gesetzgeber eine bisherige rechtswidrige Tätigkeit durch die Zuweisung eines neuen herausgehobenen Status honorieren würde (BVerwG, U.v. 28.11.2002 – 3 C 44/01 – Rn. 23).

- 22 Der wegen unzulässiger Ausübung des Maler- und Lackiererhandwerks unter dem 5. März 2009 erlassene Bußgeldbescheid des Landratsamts G***** ändert an dieser rechtlichen Beurteilung nichts. Durch diese Sanktionierung (insofern werden 300 Euro Geldbuße verhängt) wird das geahndete Verhalten nicht rechtmäßig; die Sanktionierung erfasst zudem allenfalls einen nicht näher genannten Zeitraum nach dem Erlass eines früheren, nicht das Maler- und Lackiererhandwerk betreffenden Bußgeldbescheides vom 27. August 2007 und vor dem 5. März 2009. § 8 HwO enthält deshalb keine vergleichbare Problematik, weil die Vorschrift entscheidend auf den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten abstellt, nicht aber auf die Dauer einer qualifizierten Tätigkeit, und zudem im Gegensatz zu § 7b HwO das Vorliegen eines Ausnahmefalls voraussetzt. Der Begriff des Ausnahmefalls lässt unter Umständen Raum für die Bewertung der Illegalität einer bisherigen Tätigkeit (vgl. Günther, Urteilsanmerkung, GewArch 2011, 446 m. w. N.).
- 23 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen, dass die selbständige handwerkliche Tätigkeit des Klägers im Sinn des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 HwO nicht wesentlich und deshalb erlaubt gewesen sein könnte (falls Wesentlichkeit hier eine andere Bedeutung haben könnte als in § 7b Abs. 1 Nr. 3 HwO). Der Verwaltungsgerichtshof sieht diese Voraussetzung nicht als gegeben an. Die Ausbildung allein im Prüfen, Bewerten und Vorbereiten von Untergründen sowie im Herstellen, Bearbeiten, Behandeln und Gestalten von Oberflächen (§ 5 Nrn. 11 und 12 MalerLackAusbV vom 3.7.2003, BGBl. I S. 1064 i.V.m. der Anlage zu § 7 dieser Verordnung) dauert schon fast sechs Monate. Die Beweisaufnahme hat zudem nicht ergeben, dass der Kläger sich auf besonders einfache Tätigkeiten beschränkt hat.
- 24 Kosten: § 154 Abs. 1 VwGO.

- 25 Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 167 Abs. 2 VwGO, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
- 26 Zulassung der Revision: § 132 Abs. 2 VwGO: Bedeutung einer handwerklichen Tätigkeit im Ein-Mann-Betrieb ohne erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle bei der Anwendung von § 7b HwO.

Rechtsmittelbelehrung

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

29 Dr. Schenk

Dr. Dietz

Ertl

30

Beschluss:

31

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 15.000 Euro festgesetzt.

32 Dr. Schenk

Dr. Dietz

Ertl