

Sachgebiet:

BVerwGE: ja  
Fachpresse: ja

Wirtschaftsverwaltungsrecht einschließlich des  
Spielbankenrechts und des Wett- und Lotterierechts, des  
Ladenschlussrechts und des Arbeitszeitrechts

Rechtsquelle/n:

GG Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1  
GewO § 35 Abs. 1  
HwO § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 7 Abs. 1 und 1a, §§ 7b, 8  
Abs. 1 und 2,  
§ 16 Abs. 3 Satz 1, § 117 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2  
VwGO § 137 Abs. 1

Titelzeile:

kein Anspruch auf Ausübungsberechtigung nach unzulässiger  
selbständiger Handwerksausübung

Stichworte:

Altgesellenregelung; Ausübungsberechtigung; Ausnahmegewilligung; illegaler  
Betrieb; Legalisierung; Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung;  
Wertungswiderspruch; zulassungspflichtiges Handwerk; leitende Stellung;  
Gewerbeuntersagung, Ein-Mann-Betrieb.

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 Ausübungs-  
berechtigung nach § 7b HwO zu berücksichtigen.

Urteil des 8. Senats vom 13. Mai 2015 - BVerwG 8 C 12.14

- I. VG Augsburg vom 7. März 2013  
Az: VG Au 5 K 12.325
- II. VGH München vom 19. März 2014  
Az: VGH 22 B 13.2021





# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

BVerwG 8 C 12.14  
VGH 22 B 13.2021

Verkündet  
am 13. Mai 2015

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 2015  
durch den Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Dr. Christ,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth und Dr. Häußler,  
und die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Hooch und Dr. Rublack

für Recht erkannt:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger begehrt die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b Handwerksordnung (HwO) für das Maler- und Lackiererhandwerk.
- 2 Er legte 1986 die Gesellenprüfung im Maler- und Lackiererhandwerk, Fachrichtung Maler, ab. Anschließend war er über mehrere Jahre in verschiedenen Betrieben als Maler- und Lackierergeselle tätig. Zum 1. Oktober 2005 meldete der Kläger als Einzelunternehmer das Gewerbe des Raumausstatters, Parkettlegers, Fliesen-, Platten- und Mosaiklegers, Bodenlegers und des Einbaus von genormten Baufertigteilen als zulassungsfreies Handwerk an. Zum 1. Mai 2009

erweiterte er seine Gewerbebeanmeldung um die Tätigkeiten eines Bauten- und Objektbeschichters.

- 3 Am 11. September 2011 beantragte der Kläger bei der beklagten Handwerkskammer zunächst die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 i.V.m. § 7 Abs. 3 HwO für das Maler- und Lackiererhandwerk und gab an, er sei seit 2005 selbständig als Raumausstatter tätig. Die Ablegung der Meisterprüfung sei ihm aus finanziellen und Altersgründen nicht zumutbar. Dieses Begehren ist nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens, nachdem der Kläger seine diesbezügliche Klage vor dem Verwaltungsgericht zurückgenommen hat. Nachdem er die Absolvierung eines Eignungstests zum Nachweis ausreichender Kenntnisse für eine solche Ausnahmegewilligung abgelehnt hatte, beantragte der Kläger mit Schreiben vom 23. September 2011 die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO für das Maler- und Lackiererhandwerk. Unter Bezug auf schriftliche Bestätigungen seiner Ehefrau und Rechnungen über Malerarbeiten trug er vor, er sei seit Oktober 2005 als Inhaber eines Ein-Mann-Malerbetriebs selbständig tätig.
- 4 Mit Bescheid vom 8. Februar 2012 lehnte die beklagte Handwerkskammer die Erteilung der beantragten Ausübungsberechtigung ab, weil der Kläger die nach § 7b HwO erforderliche mindestens vierjährige Tätigkeit in leitender Stellung nicht nachgewiesen habe. Auf die hiergegen gerichtete Klage hat das Verwaltungsgericht die Beklagte mit Urteil vom 7. März 2013 verpflichtet, dem Kläger eine Ausübungsberechtigung für das Maler- und Lackiererhandwerk zu erteilen. Der Kläger erfülle aufgrund seiner selbständigen Tätigkeit auch die Erteilungsvoraussetzung der mindestens vierjährigen Tätigkeit in leitender Stellung nach § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO. Es komme nicht darauf an, ob diese Tätigkeit erlaubt gewesen sei.
- 5 Mit Urteil vom 19. März 2014 hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof das Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Klage abgewiesen. Der Kläger habe zwar eine dem Maler- und Lackiererhandwerk zuzuordnende wesentliche Tätigkeit in ausreichendem Umfang nachgewiesen. Gleichwohl liege bei ihm die tatbestandliche Voraussetzung einer vierjährigen Tätigkeit in leitender Stellung

nicht vor. Eine solche Tätigkeit müsse sich qualitativ deutlich von den Tätigkeiten eines Durchschnittsgesellen abheben und sei in Ein-Mann-Betrieben wegen des fehlenden Erfahrungsaustausches mit einem Meister allenfalls in Ausnahmefällen rechtlich denkbar. Vorliegend komme eine Ausnahme nicht in Betracht, weil die ohne Eintragung in die Handwerksrolle durchgeführte selbständige Malertätigkeit des Klägers rechtlich nicht zulässig gewesen sei und daher nach dem Gedanken der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung sowie wegen des Vorrangs des Präventionsgedankens im Rahmen des § 7b HwO nicht berücksichtigt werden könne.

- 6 Der Kläger hat die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision am 28. April 2014 eingelegt. Zur Begründung macht er geltend, als Tätigkeiten in "leitender Stellung" im Sinne von § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO seien unabhängig von einer Eintragung in die Handwerksrolle auch Tätigkeiten im eigenen selbständigen Betrieb zu berücksichtigen. Ausweislich der Gesetzesbegründung habe der Gesetzgeber Handwerker aus der Illegalität herausholen wollen. Es komme allein auf das Vorhandensein von Kenntnissen und Fertigkeiten an, für die § 7b HwO einen formalisierten Nachweis zulasse. An die Tätigkeit in leitender Stellung dürften aus verfassungsrechtlichen Gründen keine qualitativ deutlich höheren Anforderungen als an die Tätigkeit eines gewöhnlichen Gesellen gestellt werden. Einen in vielen Betrieben ohnehin kaum möglichen Erfahrungsaustausch mit einem Meister setze § 7b HwO nicht voraus. Die von ihm, dem Kläger, ausgeübten und nachgewiesenen Tätigkeiten seien im Übrigen nicht nur dem zulassungspflichtigen Maler- und Lackiererhandwerk, sondern gleichermaßen dem Berufsbild des zulassungsfreien Raumausstatterhandwerks zugehörig. Dieses umfasse ein weitaus größeres Tätigkeitsspektrum als der Beruf des Malers.
- 7 Mit bestandskräftigem Bescheid vom 8. Dezember 2014 ist dem Kläger wegen Unzuverlässigkeit aufgrund bestehender Steuerschulden die Ausübung des Gewerbes "Raumausstattung, Bodenlegen, Fliesenlegen, Einbau von Baufertigteilen, Fassadenmontage, Parkettleger, Bauten- und Objektbeschichter" und gleichzeitig die selbständige Ausübung aller Gewerbe untersagt worden. Der Kläger macht geltend, er strebe nach wie vor die Ausübung des Maler- und La-

ckiererhandwerks und die Erteilung der hierfür erforderlichen Ausübungsbe-  
rechtigung an.

8 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom  
19. März 2014 zu ändern und die Beklagte unter Auf-  
hebung von Ziffer I 2 ihres Bescheides vom 8. Februar  
2012 zu verpflichten, dem Kläger eine Ausübungsberech-  
tigung für das Maler- und Lackiererhandwerk zu erteilen.

9 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

10 Sie verteidigt im Wesentlichen das angegriffene Berufungsurteil. Jedenfalls eine  
handwerksrechtlich illegale Tätigkeit im Ein-Mann-Unternehmen könne für die  
nach § 7b HwO erforderlichen Zeiten der Tätigkeit in leitender Stellung nicht  
berücksichtigt werden. Die vom Kläger angebotenen Leistungen seien dem zu-  
lassungspflichtigen Maler- und Lackiererhandwerk, aber nicht gleichzeitig dem  
Handwerk des Raumausstatters als wesentlich zuzuordnen.

11 Der Vertreter des Bundesinteresses trägt vor, im Rahmen von § 7b HwO sei  
zwar eine selbständige Tätigkeit in der Form eines Ein-Mann-Betriebs berück-  
sichtigungsfähig, nicht jedoch eine illegale Tätigkeit. Es entspreche einem all-  
gemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz, dass aus einem  
rechtswidrigen Verhalten keine für den Rechtsbrecher günstigen Folgen abge-  
leitet werden dürften.

## II

12 Die zulässige Revision ist unbegründet. Das angegriffene Berufungsurteil ver-  
stößt nicht gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO).

13 1. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Klage zu Recht als zulässig angesehen.  
Der während des Revisionsverfahrens ergangene, auf § 35 Abs. 1 Gewerbe-  
ordnung (GewO) gestützte und zwischenzeitlich bestandskräftige Gewerbeun-

tersagungsbescheid lässt das Rechtsschutzbedürfnis an der auf die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO gerichteten Klage nicht entfallen. Die erstrebte handwerksrechtliche Genehmigung kann dem Kläger bis zu einer gewerberechtlichen Wiedergestattung handwerksrechtlich eine Tätigkeit zum Beispiel als angestellter Betriebsleiter nach § 7 Abs. 1 HwO ermöglichen und gewerberechtlich die Grundlage für eine - von der gegenüber dem Kläger ergangenen, auf alle Gewerbe erweiterten Untersagungsverfügung nicht erfassenden - Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragter Person nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO bieten und damit seine Rechtsposition verbessern.

- 14 2. Die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, der Kläger habe keinen Anspruch auf die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO, ist im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 15 a) Zwar ist nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils davon auszugehen, dass der Kläger nach Bestehen der Gesellenprüfung in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk des Malers und Lackierers eine Tätigkeit von insgesamt mindestens sechs Jahren ausgeübt hat. Dieser für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO erforderliche Mindestzeitraum ist im Übrigen, unabhängig von der Berücksichtigung der selbständigen Handwerksausübung seit Oktober 2005, bereits durch die von den Tatsachengerichten festgestellten Zeiten der abhängigen Beschäftigung als Geselle in Malerbetrieben nachgewiesen.
- 16 Der Verwaltungsgerichtshof hat dabei zu Recht angenommen, dass die Erteilung einer Ausübungsberechtigung keine Vollzeittätigkeit in den von § 7b HwO tatbestandlich geforderten Mindestzeiträumen voraussetzt. Nach den getroffenen Feststellungen war der Kläger seit Oktober 2005 wenn schon nicht in Vollzeit, dann doch mit einem überwiegenden Teil der üblichen Arbeitszeit tätig. Soweit das Berufungsgericht den Zeitraum einer mindestens sechsjährigen Tätigkeit als Geselle in dem zu betreibenden Handwerk für den Kläger allerdings wegen dessen insgesamt über acht Jahre währenden Tätigkeit als erfüllt angesehen hat (UA S. 7 f.), ist klarstellend darauf hinzuweisen, dass eine Verlänge-



derung der in § 7b HwO normierten Mindestzeiträume bei einer lediglich teilzeitigen handwerklichen Tätigkeit nicht vorgesehen ist. Als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 GG bedürfte eine solche Modifikation der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Zulassung zur Ausübung eines eintragungspflichtigen Handwerks einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Entscheidung, die sich der Handwerksordnung jedoch nicht entnehmen lässt. Angesichts der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils bedarf es vorliegend keiner Entscheidung, inwieweit die § 7b HwO zugrunde liegende, allein an die bisherigen Tätigkeitszeiträume anknüpfende Vermutung ausreichender Kenntnisse und Fertigkeiten für eine selbständige Handwerksausübung bei einer gänzlich untergeordneten, nur gelegentlichen Tätigkeit tragfähig wäre und wo die Untergrenze des berücksichtigungsfähigen Tätigkeitsumfangs verlief.

- 17 b) Zutreffend hat das Berufungsgericht jedoch festgestellt, dass der Kläger die weitere Erteilungsvoraussetzung des § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 und 2 HwO einer Tätigkeit von insgesamt vier Jahren in leitender Stellung nicht erfüllt. Hierfür hat es maßgeblich darauf abgestellt, dass der Kläger in seinem Ein-Mann-Betrieb ohne die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle und damit illegal tätig war. Dagegen ist im Ergebnis revisionsrechtlich nichts zu erinnern.
- 18 aa) Das gilt zunächst für die Annahme einer Eintragungspflicht. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils hat der Kläger seit Oktober 2005 selbständig zumindest eine wesentliche Tätigkeit des Maler- und Lackiererhandwerks ausgeübt. Als wesentliche Tätigkeit des zulassungspflichtigen Handwerks, die nach § 7b Abs. 1 Nr. 3 HwO von der bisherigen Handwerksausübung mindestens umfasst sein muss, kann in Übereinstimmung mit den nach ständiger Rechtsprechung bestehenden Voraussetzungen für die Wesentlichkeit einer Tätigkeit nach § 1 Abs. 2 Satz 1 und 2 HwO (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. April 2014 - 8 C 50.12 - BVerwGE 149, 265 Rn. 21 m.w.N.) nur eine Tätigkeit im Kernbereich des Handwerks in Betracht kommen, die diesem sein essentielles Gepräge verleiht. Mit der bisherigen, zumindest eine wesentliche Tätigkeit umfassenden Handwerksausübung soll im Rahmen des § 7b HwO eine Berufserfahrung im Kernbereich des zu betreibenden Handwerks

belegt werden (vgl. die Entwurfsbegründung in BT-Drs. 15/1206 S. 28). Das trifft für die vom Berufungsgericht als "klassische Malertätigkeit" gewertete Handwerksausübung des Klägers zu, die das Anstreichen von Wohnungen und von Fassaden sowie das Lackieren von Türen und Fenstern umfasste. Der Einwand des Klägers, diese Tätigkeit könne für das Maler- und Lackiererhandwerk nicht wesentlich sein, weil sie dem zulassungsfreien, von ihm angemeldeten Handwerk des Raumausstatters zugeordnet werden könne, überzeugt nicht. Zwar kann eine Tätigkeit nicht dem Kernbereich eines Handwerks zuzuordnen sein, wenn sie als zulassungsfreies Handwerk oder handwerksähnliches Gewerbe der Anlage B zur Handwerksordnung unterfällt (BVerwG, Urteil vom 9. April 2014 - 8 C 50.12 - BVerwGE 149, 265 Rn. 26). Das trifft hier aber nicht zu. Denn die vom Berufungsgericht festgestellte Tätigkeit des Klägers überschritt schon deshalb die ausschließlich auf Innenräume bezogene Tätigkeit des zulassungsfreien Raumausstatterhandwerks (vgl. ebd. Rn. 27), weil sie auch das Anstreichen von Fassaden umfasste.

- 19 bb) Das Berufungsgericht hat auch im Ergebnis zu Recht angenommen, dass Zeiten des handwerksrechtlich unzulässigen selbständigen Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks ohne die erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nicht als "Ausübung einer Tätigkeit in leitender Stellung" im Sinne des § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO angerechnet werden können. Es sieht es als letztlich ausschlaggebendes Argument gegen die Berücksichtigungsfähigkeit handwerksrechtlich unzulässiger Tätigkeiten im Rahmen des § 7b HwO an, dass nach dem Gedanken der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung illegales, bußgeldbewehrtes Verhalten nicht belohnt werden dürfe und dafür auch keine Anreize geschaffen werden sollen (UA S. 9). Soweit darin ein verfassungsrechtliches Argument gesehen werden soll, kann dem allerdings nicht zugestimmt werden. Würde man dem folgen, dann wäre eine einfachgesetzliche Auslegung des § 7b HwO als Rechtsgrundlage der Erteilung einer Ausübungsberechtigung dahingehend, dass auch Zeiträume illegaler Handwerksausübung berücksichtigungsfähig wären, als Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot von vorneherein ausgeschlossen. Darüber hinaus würde der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für die Regelung der Berufszulassung erfahrener Gesellen in sachlich nicht gerechtfertigt

tigter Weise eingeengt. Das rechtsstaatliche Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ist jedoch nicht berührt, wenn derselbe Normgeber den Erwerb einer Rechtsposition an ein Verhalten knüpft, das rechtswidrig und mit Bußgeld bewehrt war.

- 20 Richtig ist, dass bei einer Anerkennung von Zeiträumen einer gegen den Eintragungsgrundsatz des § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO verstoßenden Handwerksausübung als für eine Ausübungsberechtigung berücksichtigungsfähige Berufserfahrung ein normatives Spannungsverhältnis zu dem Eintragungsvorbehalt zulassungspflichtiger Handwerke, zu der ihn bewehrenden Bußgeldvorschrift des § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO sowie zu § 16 Abs. 3 Satz 1 HwO als Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung der Fortsetzung eines handwerksrechtlich unrechtmäßigen selbständigen Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe entstände. Gleichwohl könnten sachgerechte Gründe den Gesetzgeber unter Beibehaltung der Untersagungsbefugnis und der Bußgeldbewehrung für die Zeiten illegaler Handwerksausübung zu einer Legalisierungsentscheidung für bislang unrechtmäßige Tätigkeiten veranlassen. Das Rechtsstaatsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG stünde einem solchen Regelungskonzept ebenso wenig entgegen wie in anderen Rechtsbereichen, in denen der Gesetzgeber - etwa im Aufenthaltsrecht, vgl. § 25 Abs. 5, § 25a Abs. 1, § 104a Abs. 1 AufenthG - tatsächlich eingetretenen Gegebenheiten durch eine differenzierte Legalisierungsentscheidung Rechnung trägt. Es verpflichtet den Gesetzgeber zur Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit der von ihm getroffenen Regelungen (vgl. BVerfG, Urteil vom 20. Dezember 2007 - 2 BvR 2433/04, 2434/04 - BVerfGE 119, 331 <366>; Kammerbeschluss vom 28. April 2009 - 1 BvR 224/07 - BVerfGK 15, 377 <384>). Diesen Anforderungen würde auch eine Berücksichtigung von Zeiten illegaler Handwerksausübung für die Erteilung einer - in die Zukunft gerichteten - Ausübungsberechtigung gerecht. Die Untersagungsmöglichkeit nach § 16 Abs. 3 HwO und die Bußgeldbewehrung des Verbotes der Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks ohne Eintragung in die Handwerksrolle nach § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO bis zum Zeitpunkt der Legalisierung blieben durch sie unberührt. Eine Untersagung ab dem Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen bis zur Entscheidung über die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO wäre regelmäßig ermessensfehlerhaft.

Eine rechtsstaatswidrige Normkollision im Sinne von sich ausschließenden Rechtsfolgen wäre somit nicht gegeben.

- 21 Soweit der Gedanke der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung über diese Anforderungen hinaus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herangezogen wird, um widersprüchliche gesetzliche Verhaltensanforderungen gegenüber den Normbetroffenen zu vermeiden, soll dadurch eine Koordinierung des sachlichen Gehaltes von Regelungen unterschiedlicher Normgeber gewährleistet werden (vgl. BVerfG, Urteile vom 7. Mai 1998 - 2 BvR 1876/91, 1083/92, 2188/92, 2200/92, 2624/94 - BVerfGE 98, 83 <97 ff.> und vom 7. Mai 1998 - 2 BvR 1991/95, 2004/95 - BVerfGE 98, 106, <118 ff.>), etwa im Verhältnis zwischen Sachgesetzgeber und Steuergesetzgeber sowie zwischen Bundes- und Landesgesetzgeber. Anders als in derartigen Fällen fehlt es bei Regelungen desselben Normgebers mit unterschiedlicher Zielrichtung aber an einer rechtlichen Regel zur Auflösung des normativen Spannungsverhältnisses, um die Geltung einer der betreffenden Regelungen nach dem Gedanken der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung einschränken zu können. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass das Berufungsgericht das rechtsstaatliche Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung grundrechtlicher Freiheit herangezogen hat. Das widerspricht dem Wesen des Rechtsstaatsprinzips als Instrument zur Mäßigung und Begrenzung der Staatsgewalt.
- 22 cc) Nach allem ist im Wege der Auslegung des § 7b HwO zu ermitteln, ob auch Zeiten des unzulässigen selbständigen Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks ohne die erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle einen Anspruch auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung begründen können. In diesem Zusammenhang erlangt auch der Gesichtspunkt des "Wertungswiderspruchs" Bedeutung. Denn es ist anerkannt, dass bei der Auslegung einfachen Rechts innerhalb der Grenzen des methodisch Zulässigen ein Auslegungsergebnis vermieden werden soll, das zu normativen Wertungswidersprüchen führt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - BVerfGE 126, 286 <306> und Kammerbeschluss vom 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06, 469/07 - NJW 2012, 669 Rn. 45 m.w.N.). Ausgehend davon bestätigt die Ausle-

gung des § 7b HwO das Ergebnis des Verwaltungsgerichtshofs, wonach Zeiten illegaler selbständiger Ausübung des zulassungspflichtigen Handwerks für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung nicht angerechnet werden können.

- 23 Dem Wortlaut des § 7b HwO lässt sich allerdings keine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Legalisierung eines bislang unter Verstoß gegen die Handwerksordnung geführten Betriebs entnehmen. Dass § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO mit dem "zu betreibenden" zulassungspflichtigen Handwerk eine künftige selbständige Tätigkeit auf Grundlage der zu erteilenden Ausübungsberechtigung in den Blick nimmt, schließt die Berücksichtigung einer bisherigen selbständigen Handwerksausübung schon deshalb nicht aus, weil diese durchaus in Übereinstimmung mit der Handwerksordnung - etwa auf Grundlage einer befristeten Ausnahmegenehmigung nach § 8 Abs. 1 und 2 HwO - erfolgt sein kann.
- 24 Entsprechend der rechtsstaatlichen Zielsetzung einer Vermeidung normativer Wertungswidersprüche gewinnt für die Auslegung des § 7b HwO an Bedeutung, dass der Gesetzgeber bei Einführung dieser Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung sowohl an der Befugnis der handwerksrechtlichen Untersagung illegaler Betriebe nach § 16 Abs. 3 HwO als auch an dem Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 117 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 HwO festgehalten hat, welcher das selbständige Betreiben eines in § 1 Abs. 1 HwO genannten Gewerbes als stehendes Gewerbe entgegen der Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle mit einem Bußgeld von bis zu zehntausend Euro bedroht. Hierzu stünde es in einem Wertungswiderspruch, wenn durch die Möglichkeit, auf Grundlage der Zeiten einer illegalen selbständigen Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks über die Erteilung einer Ausübungsberechtigung die Eintragung in die Handwerksrolle zu erreichen, ein permanenter Anreiz zu einem Verstoß gegen den Eintragungsgrundsatz des § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO und die Vorschriften der §§ 7 ff. HwO über die Voraussetzungen einer Eintragung erzeugt würde. So lange der Gesetzgeber nicht erkennbar eine Legalisierung eines gegen die Handwerksordnung verstoßenden Betriebs bzw. die Berücksichtigung der durch Führung eines illegalen selbständigen Betriebs erreichten Tätigkeitszeiträume vorsieht, ist eine Auslegung des § 7b HwO vorzu-

ziehen, mit der kein fortwährender Anreiz zu unrechtmäßigem Verhalten verbunden ist. Weder der Wortlaut der Regelung noch ihre systematische Stellung, ihre Entstehungsgeschichte oder ihr Sinn und Zweck geben einen klaren Hinweis auf eine solche Legalisierung. Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber ein gesetzlich verbotenes Verhalten nicht zur Tatbestandsvoraussetzung für einen Anspruch auf Genehmigung der Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks hat machen wollen.

- 25 (1) Der Regelungszusammenhang des § 7b Abs. 1 Nr. 2 HwO spricht nicht für, sondern gegen eine nachträgliche Legalisierung des selbständigen Betriebs eines Handwerks ohne die erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle. Voraussetzung des Anspruchs auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung ist nach § 7b Abs. 1 Nr. 1 HwO, dass der Antragsteller eine Gesellenprüfung in dem zu betreibenden oder mit diesem verwandten zulassungspflichtigen Handwerk oder eine Abschlussprüfung in einem entsprechenden anerkannten Ausbildungsberuf bestanden hat. Damit hat der Gesetzgeber eine legale berufliche Entwicklung in den Blick genommen, auf deren Grundlage die nach § 7b Abs. 1 Nr. 2 HwO geforderte Berufserfahrung erworben worden ist. Auch die in § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 HwO normierten Nachweismöglichkeiten für eine leitende Tätigkeit durch Arbeitszeugnisse, Stellenbeschreibungen oder in anderer Weise sind ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber an eine legale handwerkliche Tätigkeit angeknüpft hat, die durch im Rechtsverkehr gebräuchliche Dokumente belegbar ist.
- 26 (2) Auch der Entstehungsgeschichte sowie dem Sinn und Zweck der sog. Altgesellenregelung des § 7b HwO lassen sich keine durchgreifenden Argumente zugunsten einer Berücksichtigung von Zeiten illegaler Handwerksausübung entnehmen. Mit der Einführung des § 7b HwO im Rahmen der Dritten Handwerksnovelle (Art. 1 Nr. 10 des Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 2003, BGBl. I S. 2934) sollte dem tüchtigen Altgesellen eine verbesserte Perspektive der selbständigen Handwerksausübung geboten und neben den bestehenden Zugangswegen der Meisterprüfung (§ 7 Abs. 1a HwO) und der Ausnahmebewilligung unter Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeit-

ten (§ 8 Abs. 1 HwO) eine weitere, prüfungsfreie Möglichkeit eröffnet werden, um zur Eintragung in die Handwerksrolle zu gelangen (vgl. die Begründung des Entwurfs in BT-Drs. 15/1206 S. 27 bis 29). Die gesetzliche Festlegung bestimmter Tätigkeitszeiträume in dem selbständig zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk sollte typisierend die Lebenssituation eines Altgesellen nach mehreren Jahren der Handwerksausübung erfassen, für welche die Unzumutbarkeit eines Ablegens der Meisterprüfung von Gesetzes wegen unterstellt wurde. Zugleich sollte die Regelung klarstellen, dass die für eine selbständige Handwerksausübung erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch die langjährige Berufserfahrung als nachgewiesen gelten (vgl. BT-Drs. 15/1206 S. 28). Die Tragfähigkeit dieser gesetzlichen Typisierungen wird bei einem regelwidrigen beruflichen Verlauf, der die gefahrenabwehrenden Vorschriften der Zulassungspflicht selbständiger stehender Handwerksausübung (vgl. für das Maler- und Lackiererhandwerk BVerwG, Urteil vom 9. April 2014 - 8 C 50.12 - BVerwGE 149, 265 Rn. 41 f.) nicht beachtet hat, in Frage gestellt. Dass ein illegaler Betrieb über mehrere Jahre am Markt Bestand gehabt hat, mag zwar ein gewisses Indiz für ein ausreichendes fachliches Können sein. Ein solcher Betrieb hat aber über Jahre hinweg die Mindestvoraussetzungen nicht erfüllt, die nach der Handwerksordnung zur Gefahrenvermeidung verlangt werden. Es kann nicht typisierend unterstellt werden, dass dieses fachliche Defizit nach Ablauf des Mindestzeitraums von vier Jahren gemäß § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO durch die praktische Erfahrung des betreffenden Handwerkers ausgeglichen ist.

- 27 Dass mit der Dritten Handwerksnovelle neben einer Absicherung der Verhältnismäßigkeit des Meisterzwangs und der Verringerung der Unterschiede zwischen der Berufszulassung von inländischen Handwerkern und von Handwerkern aus anderen EU-Mitgliedstaaten auch die Zielsetzung verfolgt wurde, der Schwarzarbeit im Handwerk entgegenzuwirken, spricht nicht für eine Berücksichtigung der Zeiträume illegaler selbständiger Tätigkeit im Rahmen des § 7b HwO. Eine Eindämmung von Schwarzarbeit sollte vor allem durch die Eingrenzung des Kreises zulassungspflichtiger Handwerke in Anlage A der Handwerksordnung auf die im Interesse der Gefahrenabwehr dem Meisterzwang vorzubehaltenden Handwerke sowie durch die Aufgabe des sog. Inhaberprin-

zips zugunsten des Betriebsleiterprinzips in § 7 Abs. 1 HwO erreicht werden (vgl. BT-Drs. 15/1206 S. 20, 22, 26; BT-Drs. 15/1481 S. 12). Auch in der Erleichterung des Zugangs langjährig erfahrener Gesellen zur Selbständigkeit hat der Gesetzentwurf einen Beitrag zum Abbau von Schwarzarbeit gesehen (vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zu einem vom Bundesrat während des Gesetzgebungsverfahrens eingebrachten eigenen Entwurf, BT-Drs. 15/2138 S. 24). Auf eine Legalisierung bestehender handwerksrechtlich unzulässiger Betriebe nehmen die Materialien des Gesetzgebungsverfahrens keinen Bezug. Soweit die Entwurfsbegründung darauf verweist, auch eine Tätigkeit in einem unzulässigen Handwerksbetrieb stelle eine für die verlangten Mindestzeiträume der Berufserfahrung ausreichende Handwerksausübung dar (vgl. BT-Drs. 15/1206 S. 28), bezieht sich dies auf die von der heutigen Sechsjahresfrist des § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO erfasste Gesellentätigkeit, nicht jedoch auf den Zeitraum einer qualifizierten Tätigkeit in leitender Stellung. Die Einbeziehung einer Tätigkeit im unzulässigen Betrieb soll den abhängig beschäftigten Gesellen schützen, der für die handwerksrechtliche Illegalität seines Betriebs keine Verantwortung trägt und deshalb an der Möglichkeit eines erleichterten Zugangs zur Existenzgründung teilhaben soll.

- 28 Schon in der Eröffnung einer zusätzlichen Möglichkeit der Eintragung erfahrener, im eigenen Verantwortungsbereich legal tätiger Gesellen in die Handwerksrolle liegt ein Beitrag zur Eindämmung der Schattenwirtschaft. Demgegenüber würde das gesetzgeberische Ziel einer Verringerung der Schwarzarbeit durch eine fortwährende Möglichkeit der Anrechnung von Tätigkeitszeiten eigener handwerksordnungswidriger selbständiger Handwerksausübung verfehlt. Der Anspruch auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung würde sich letztlich als Ersitzungstatbestand für Gesellen darstellen, die mit einem handwerksrechtlich unzulässigen Betrieb die in § 7b Abs. 1 Nr. 2 HwO geforderten Mindestzeiträume ohne den Vollzug einer behördlichen Untersagung überstehen. Dass ein solcher fortlaufender gesetzlicher Anreiz zur vorzeitigen, handwerksrechtlich unzulässigen Existenzgründung vom Gesetzgeber in Kauf genommen worden wäre, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht ansatzweise entnehmen.



- 29 dd) Die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG gebietet es nicht, anknüpfend an eine gegen die Eintragungspflicht des § 1 Abs. 1 HwO verstoßende selbständige Handwerksausübung eine Ausübungsberechtigung nach § 7b HwO zu erteilen. Zur Sicherung des Gemeinwohlzwecks der Abwehr von Gesundheitsgefahren für Dritte ist die Berufsbeschränkung der Eintragungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 7 ff. HwO für das Maler- und Lackiererhandwerk verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. April 2014 - 8 C 50.12 - BVerwGE 149, 265 Rn. 37 ff.). Die Verhältnismäßigkeit der Eintragungspflicht wird dadurch gesichert, dass dem Gewerbetreibenden neben dem Großen Befähigungsnachweis mit der einzelfallbezogenen Ausnahmewilligung des § 8 HwO wegen Unzumutbarkeit und der pauschal an Tätigkeitszeiträume anknüpfenden Altgesellenregelung des § 7b HwO nunmehr zwei weitere Möglichkeiten des Erwerbs der Eintragungsvoraussetzungen zur Seite stehen (vgl. in Bezug auf die Altgesellenregelung bereits BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 - 8 C 9.10 - BVerwGE 140, 276 Rn. 36). Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, dem Gewerbetreibenden eine weitere Möglichkeit des Erwerbs der Eintragungsvoraussetzungen durch mehrjährige rechtswidrige selbständige Tätigkeit ohne Eintragung in die Handwerksrolle zu eröffnen, die letztlich von einer lückenhaften Untersagungspraxis abhängt. Eine Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 7b HwO, welche den Erteilungsanspruch auf Fälle legaler bisheriger Handwerksausübung beschränkt, kann sich demgegenüber auf den gefahrenabwehrenden Zweck der berufseinschränkenden handwerksrechtlichen Regelungen stützen. Denn bei Berücksichtigung illegaler selbständiger Tätigkeit würde ein jahrelanger Zustand nachträglich zur Grundlage einer Berufszulassung gemacht, bei dem die Abwehr von Gefahren einer Handwerksausübung für die Gesundheit Dritter nach der gesetzlichen Konzeption der Eintragungspflicht nicht gewährleistet war. Infolge der fehlleitenden Anreizwirkung auf Gesellen, sich faktisch vor Ablauf der gesetzlichen Mindestzeiträume selbständig zu machen, entstünde gleichzeitig eine Lücke in dem gefahrenpräventiven Regelungskonzept der §§ 1, 7 ff. der Handwerksordnung.
- 30 ee) Das Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 Abs. 1 GG ist durch die Voraussetzung einer mindestens vierjährigen handwerksrechtlich legalen Tätigkeit in

leitender Stellung für die Erteilung einer Ausübungsberechtigung schon nicht in seinem Schutzbereich betroffen. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG schützt das Erworbene als Ergebnis einer Betätigung, während Art. 12 Abs. 1 GG den Erwerb, die Betätigung selbst, schützt (BVerfG, Entscheidung vom 16. März 1971 - 1 BvR 52/66, 665/66, 667/66, 754/66 - BVerfGE 30, 292 <335>; Beschlüsse vom 25. Mai 1993 - 1 BvR 345/83 - BVerfGE 88, 366 <377> und vom 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06, 469/07 - NJW 2012, 669 Rn. 40). Eine erworbene Rechtsposition steht hier nicht in Rede.

- 31 ff) Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass der - insoweit nicht entscheidungstragenden - Auffassung des Berufungsgerichts, eine selbständige Tätigkeit in einem Ein-Mann-Unternehmen könne für den vierjährigen Mindestzeitraum einer Tätigkeit in leitender Stellung gemäß § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HwO nur ausnahmsweise berücksichtigt werden, nicht gefolgt werden kann. Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis besteht weder dem Gesetzeswortlaut nach, welcher keine Vorgaben zur Betriebsgröße oder zur Betriebsform enthält, noch nach dem Sinn und Zweck der Regelung. Auch vor Erteilung einer Ausübungsberechtigung und ohne Großen Befähigungsnachweis ist eine für den vierjährigen Mindestzeitraum der Tätigkeit in leitender Stellung nach § 7b HwO relevante selbständige Handwerksausübung in Einklang mit den handwerksrechtlichen Anforderungen denkbar, etwa auf Grundlage einer befristeten Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 und 2 HwO oder in Form eines Reisegewerbes. Eine solche selbständige Tätigkeit, die vielfach zunächst als Ein-Mann-Betrieb beginnt, vermittelt dem Gewerbetreibenden mindestens ebenso wie dem abhängig in leitender Position beschäftigten Gesellen die für die erfolgreiche und gefahrvermeidende Führung eines Handwerksbetriebs erforderliche berufliche Erfahrung in verantwortlicher Position. Dass die im Vermittlungsverfahren eingefügte (vgl. BT-Drs. 15/2246 S. 3) Legaldefinition der leitenden Stellung in § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 HwO auf die "Übertragung" eigenverantwortlicher Entscheidungsbefugnisse an den Gesellen abstellt, erklärt sich daraus, dass der Gesetzentwurf sich an dem Normalfall einer erstmaligen Existenzgründung nach Erteilung der erstrebten Ausübungsberechtigung und folglich vorherigen unselbständigen qualifizierten Gesellentätigkeit in leitender Funktion orientiert hat (vgl. BT-Drs. 15/1206 S. 28 f.; BT-Drs. 15/1481 S. 12 f., 16). Daraus ist jedoch

nicht zu schließen, dass eine bisherige legale selbständige Tätigkeit des Gesellen nur im Ausnahmefall als Handwerksausübung in leitender Stellung anzuerkennen wäre. Eine solche Einschränkung wäre durch Gesichtspunkte der Gefahrenabwehr nicht begründbar. Sie ließe sich auch nicht aus einem Idealbild des kontinuierlichen Erfahrungsaustausches zwischen Gesellen und Meister im Betrieb ableiten, das in der betrieblichen Wirklichkeit vielfach nicht eingelöst werden kann (vgl. auch BT-Drs. 15/1206 S. 29). Der Fall eines legal selbständig ein Handwerk Ausübenden ist vielmehr neben der häufigeren Erscheinungsform des abhängig im Betrieb beschäftigten Gesellen auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetzeswortlaut oder in den Gesetzesmaterialien mitgedacht. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Regelung des § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 HwO zu den Nachweisen über eine Tätigkeit in leitender Stellung, denn diese sind auch "in anderer Weise" möglich, also etwa durch Rechnungen oder Zeugenaussagen, wie sie das Berufungsgericht im vorliegenden Fall seinen Tatsachenfeststellungen zugrunde gelegt hat. Im Übrigen ging der Entwurf der Dritten Handwerksnovelle ausdrücklich davon aus, dass die Leitung eines Unternehmens (als eine Alternative der EU-rechtlichen Definition des Betriebsleiters) über die Anforderungen an eine Berufserfahrung nach der Altgesellenregelung hinausgehe und wegen der mit § 7b HwO angestrebten Erleichterung für Altgesellen nicht verlangt werden dürfe (BT-Drs. 15/1206 S. 28). Umso mehr aber ist eine vorhandene - legale - selbständige Handwerksausübung als berufliche Erfahrung in leitender Stellung bei der Erteilung einer Ausübungsberechtigung zu berücksichtigen.

- 32 gg) Den Einwand der Revision, der Verwaltungsgerichtshof habe den verfassungsrechtlichen Spielraum für die Auslegung des § 7b HwO dadurch überschritten, dass er Tätigkeiten in leitender Stellung nur bei qualitativ gegenüber einer gewöhnlichen Gesellentätigkeit herausgehobenen Handwerksausübung anerkenne, kann der Senat schon auf Grundlage des Wortlauts der Regelung nicht nachvollziehen, der in § 7b Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 und 2 HwO eine klare Abstufung von nicht weiter qualifizierter sechsjähriger Gesellentätigkeit und vierjähriger Tätigkeit mit gesteigerter Verantwortung vorsieht. Die Gesetz gewordene Formulierung ist zudem auf das parlamentarische Vermittlungsverfahren zurückzuführen, dessen Ergebnis eine Steigerung der ursprünglichen Anforderung

rungen des Entwurfs an den Mindestzeitraum in "herausgehobener, verantwortlicher oder leitender Stellung" gewährleisten sollte (vgl. BT-Drs. 15/1206 S. 6, 27 f.; BT-Drs. 15/1481 S. 9 und 16; BT-Drs. 15/2246 S. 3 und BR-Plenarprotokoll 795 vom 19. Dezember 2003 S. 502 f.). Auch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Kammerbeschluss vom 5. Dezember 2005 - 1 BvR 1730/02 - GewArch 2006, 71) ergibt sich nichts anderes.

33 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Dr. Christ

Dr. Deiseroth

Dr. Häußler

Hoock

Dr. Rublack

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 15 000 € festgesetzt.

Dr. Christ

Dr. Deiseroth

Dr. Häußler

Hoock

Dr. Rublack