

4 A 511/02  
1 K 1934/99 Köln

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

wegen      Untersagung der Ausführung von Zimmererarbeiten im Reisegewerbe

hat der 4. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 6. November 2003

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht      Dr. F i s c h e r ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht      K ö n t o p p ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht      L a n g e

auf die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom  
06. Dezember 2001

beschlossen:

Das angefochtene Urteil wird geändert.

Die Ordnungsverfügung des Beklagten vom 7. Januar 1998 und der Widerspruchsbescheid der Bezirksregierung Köln vom 19. Februar 1999 werden aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens I. und II. Instanz.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

### G r ü n d e :

#### I.

Der Kläger ist gelernter Zimmerer. Ihm wurde im Jahre 1990 eine Reisegewerbekarte erteilt, nach der er berechtigt ist, im Rahmen des Reisegewerbes Zimmererarbeiten auszuführen.

Mit Verfügung vom 7. Januar 1998 untersagte der Beklagte unter Androhung eines Zwangsgelds in Höhe von 5.000,- DM die Fortsetzung des Zimmererhandwerksbetriebs als stehendes Gewerbe in S. , U. 5. . Hierbei handelt es sich um die Wohnanschrift des Klägers. Des weiteren forderte der Beklagte ihn auf, binnen eines Monats nach Zustellung der Verfügung die selbständige Ausübung des Zimmererhandwerks einzustellen und jegliche auf eine weitere Ausübung dieses Handwerks gerichtete Handlungen zu unterlassen. Zur Begründung wies er darauf hin, der Kläger werde ausschließlich von seiner Wohnung aus tätig und habe deshalb dort seinen Betriebssitz. Damit stellten sich die von ihm ausgeübten Tätigkeiten als stehendes Gewerbe dar mit der Folge, dass er dafür der Eintragung in die Handwerksrolle bedürfe. Er habe für die Eheleute T. den Dachstuhl erstellt oder zumindest teilweise errichtet. Auch bei den Eheleuten P. habe er entsprechende Arbeiten ausgeführt. Die nötigen Vorarbeiten habe er im Sägewerk des Herrn B. ausgeführt. Kennzeichnend

für das Reisegewerbe sei die sofortige Leistungsbereitschaft. Das Aufsuchen von Bestellungen für Handwerksarbeiten, die erst später ausgeführt würden, sei ohne Erfüllung der Voraussetzungen, die die Handwerksordnung für das stehende Gewerbe verlange, nicht zulässig.

Der Kläger erhob Widerspruch mit der Begründung, in den beiden vom Beklagten genannten Fällen seien die Aktivitäten zur Vertragsanbahnung allein von ihm ausgegangen. Einen Betriebssitz habe er nicht. Deshalb sei er – zulässigerweise – nur im Rahmen des Reisegewerbes tätig geworden.

Widerspruch (Widerspruchsbescheid vom 19. Februar 1999) und Klage (Urteil vom 6. Dezember 2001) blieben erfolglos.

Mit seiner vom Senat zugelassenen Berufung (Beschluss vom 7. Februar 2003) weist der Kläger unter Bezugnahme auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. September 2000 - 1 BvR 2176/98 - darauf hin, dass im Falle des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistungen nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO die sofortige Leistungsbereitschaft nicht erforderlich sei. Im Reisegewerbe dürfe das Zimmererhandwerk im vollem Umfang ausgeübt werden; eine Unterscheidung nach Minder- oder Vollhandwerk sei deshalb im Rahmen des § 55 Abs. 1 GewO ohne Belang.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Ordnungsverfügung des Beklagten vom 7. Januar 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Köln vom 19. Februar 1999 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, bei den vom Kläger ausgeführten Arbeiten handele es sich um wesentliche Tätigkeiten aus dem Kernbereich des Zimmererhandwerks, also um sol-

che, die dem Vollhandwerk angehörten. Dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts sei zu entnehmen, dass sich die Frage der Ausübung eines Vollhandwerks im Reisegewerbe in der Regel schon deshalb nicht stelle, weil das Vollhandwerk die Arbeit von der Niederlassung aus erfordere und damit "automatisch" ohnehin unter das stehende Gewerbe falle. Damit konstatiere das Bundesverfassungsgericht ein "Regel-Ausnahme-Verhältnis". Dieses werde vom Kläger durchbrochen, weil er den "Inbegriff" des Zimmerer-Vollhandwerks, welches nach der Grundkonzeption dem stehenden Gewerbe vorbehalten sei, unter dem "Deckmantel" des Reisegewerbes ausgeübt habe. Die Gewerbeordnung und die Handwerksordnung seien nach ihrer Systematik als aufeinander abgestimmte Regelungsgebiete zu begreifen. Der Gefahr einer Umgehung der in der Handwerksordnung niedergelegten Anforderungen für das stehende Gewerbe im Rahmen des Reisegewerbes sei zu begegnen. Im Übrigen müsse auch bei der in § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO normierten Tatbestandsvariante des "Aufsuchens einer Bestellung auf Leistungen" entsprechend der Variante des "Anbietens einer Leistung" die Bereitschaft und Fähigkeit zur sofortigen Leistung verlangt werden.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

## II.

Der Senat kann über die Berufung gemäß § 130 a VwGO durch Beschluss entscheiden, weil er sie einstimmig für begründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Den Beteiligten ist zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Die Berufung hat Erfolg. Sie ist begründet, weil die auf § 16 Abs. 3 HwO gestützte Untersagungsverfügung des Beklagten vom 7. Januar 1998 und der Widerspruchsbescheid der Bezirksregierung Köln vom 19. Februar 1999 rechtswidrig sind. Die dem Kläger untersagte Tätigkeit fällt nicht unter § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO; sie ist als Reisegewerbe nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO erlaubt.

Nach § 16 Abs. 3 Satz 1 HwO kann die Fortsetzung des selbständigen Betriebs eines Handwerks als stehendes Gewerbe (§ 1 Abs. 1 Satz 1 HwO) untersagt werden, wenn dieser entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung ausgeübt wird. Der Kläger hat sein Handwerk jedoch nicht als stehendes Gewerbe, sondern als Reisegewerbe betrieben. Die Untersagung der Ausübung des Reisegewerbes kann nicht auf § 16 Abs. 3 Satz 1 HwO gestützt werden.

Nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO betreibt ein Reisegewerbe, wer gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben selbständig oder unselbständig in eigener Person Waren feilbietet oder Bestellungen aufsucht (vertreibt) oder ankauft, Leistungen anbietet oder Bestellungen auf Leistungen aufsucht.

Die Tätigkeiten des Klägers, die zum Erlass der Untersagungsverfügung geführt haben, sind rechtlich als Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen einzuordnen. Denn er ist von sich aus an die Eheleute T. bzw. P. herangetreten, also ohne von diesen bestellt worden zu sein, und hat – im Ergebnis mit Erfolg – versucht, von ihnen einen Auftrag über die Ausführung von Zimmererarbeiten zu erhalten. Letzteres ist durch die schriftlichen Äußerungen der Eheleute T. und P. nachgewiesen.

Die früher in der Rechtsprechung und Kommentarliteratur vertretene Auffassung,

vgl. etwa VGH Bad.-Württ., Urteil vom 12. September 1995 – 14 S 1215/95 -, GewArch 1995, 475 und – im Anschluss an dieses Urteil – der Beschluss des Senats vom 10. August 1998 - OVG NRW 4 B 1225/98 -, GewArch 1999, 32 (mit Nachweisen aus der Kommentarliteratur),

eine nicht sofortige, sondern in Absprache mit dem Kunden auf einen späteren Zeitpunkt verlegte Ausführung handwerklicher Leistungen werde von dem Tatbestandsmerkmal des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistungen nicht umfasst, kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,

Beschluss vom 27. September 2000

- 1 BvR 2176/98 -, NVwZ 2001, 189 = GewArch 2000, 480,

der sich der Senat anschließt, nicht mehr aufrecht erhalten werden. Danach ist eine dahingehende Auslegung von § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO, dass beim "Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen" die Bereitschaft zur sofortigen Leistungserbringung gefordert wird, mit Artikel 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar; vielmehr setze dieser Tatbestand gerade voraus, dass die Erfüllung erst in einem gewissen zeitlichen Abstand erfolge; dem Schutzzweck des § 55 GewO, die Verbraucher vor unlauteren Geschäftsmethoden zu schützen, werde nicht nur genügt, wenn der Reisegewerbetreibende in der Lage sei, die gewerblichen Leistungen sofort auszuführen, sondern auch dann, wenn er sie erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung erbringe.

Entgegen der von dem Beklagten vertretenen Auffassung ist im Reisegewerbe die Ausführung vollhandwerklicher Leistungen ohne großen Befähigungsnachweis zulässig.

Ebenso Honig, HwO, 2. Aufl., § 1 HwO Rn. 20; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand Juli 2002, § 55 Rn. 84 und § 56 Rn. 97; Aberle, Die deutsche Handwerksordnung, 315, §1 Rn. 4; Steib in GewArch 2001, 57.

Deshalb ist es rechtlich unerheblich, ob die dem Kläger im Reisegewerbe untersagten Tätigkeiten - wie der Beklagte meint - dem "Vollhandwerk" zuzuordnen sind, weil sie den Kernbereich des Zimmererhandwerks betreffen. Soweit der Beklagte den genannten Beschluss des Bundesverfassungsgericht dahingehend interpretiert, dass dieses ein "Regel-Ausnahme-Verhältnis" konstatiere, also Tätigkeiten im Reisegewerbe, die dem Vollhandwerk unterfallen, keinesfalls die Regel sein solle, vermag der Senat dem nicht zu folgen. In dem Beschluss wird lediglich ausgeführt, dass es in der Praxis beim Reisegewerbe tendenziell um Minderhandwerk gehe. Im Anschluss daran stellt das Bundesverfassungsgericht jedoch fest: "Letztlich ist aber nicht ausgeschlossen, dass im Reisegewerbe auch einmal die volle Kunstfertigkeit eingesetzt wird". Mit anderen Worten: Im Rahmen des Reisegewerbes ist auch die Ausführung vollhandwerklicher Tätigkeiten ohne großen Befähigungsnachweis zulässig. Abgesehen davon bleibt nach den Ausführungen des Beklagten offen, welche rechtlichen Folgerungen er aus dem von ihm gesehenen "Regel-Ausnahme-

Verhältnis" ziehen will. Entgegen dem rechtlichen Ansatz des Beklagten können die Vorschriften der Handwerksordnung, "um der Gefahr einer Umgehung zu begegnen", nicht in § 55 GewO "hineingelesen" werden. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift ist unabhängig von § 1 Abs. 1 HwO allein nach ihrem Wortlaut und unter Berücksichtigung von Art 12 Abs. 1 GG festzustellen. Der Auffassung des Verwaltungsgerichts, § 55 GewO sei eng zu verstehen und biete keine Grundlage für die Ausübung wesentlicher, vollhandwerklicher Tätigkeiten, kann deshalb nicht gefolgt werden. Vielmehr ist nach dem genannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts bei Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Ausübung eines Handwerks im Reisegewerbe die Ausstrahlungswirkung der Berufsfreiheit zu beachten.

Entgegen der Ansicht des Beklagten unterfällt die untersagte Tätigkeit auch durch die Inanspruchnahme der Betriebsstätte eines Sägewerksbesitzers, in der der Kläger die zu verarbeitenden Hölzer zuvor eingekauft und abgelängt hatte, nicht dem stehenden Gewerbe.

Entscheidend für die Abgrenzung, ob ein Handwerk als stehendes Gewerbe betrieben oder aber im Rahmen des Reisegewerbes ausgeübt wird, ist das Zustandekommen des Auftrags über die Handwerksleistung. Geht die Initiative zum Erbringen der Leistung vom Handwerker aus – sofern der Gewerbetreibende eine gewerbliche Niederlassung besitzt gilt das nur im Rahmen seiner "Außentätigkeit" –, kommt er also, wie im Falle des Klägers, auf potenzielle Kunden zu ("ohne vorhergehende Bestellung"), liegt Reisegewerbe vor. Beim stehenden Gewerbe geht hingegen die Initiative vom Kunden aus, der seinerseits um ein Angebot nachsucht.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. September 2000, aaO; Honig, aaO, § 1 HwO Rn. 22.

Für die Zuordnung einer Tätigkeit zum Reisegewerbe ist das Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung unerheblich. § 55 Abs. 1 GewO verweist hinsichtlich der gewerblichen Niederlassung auf § 42 Abs. 2 GewO und stellt klar, dass ein Reisegewerbe vorliegt, wenn zwar eine eigene gewerbliche Niederlassung vorhanden ist, die genannten Tätigkeiten aber außerhalb dieser (oder ohne eine solche zu haben) ohne vorhergehende Bestellung erfolgen. Deshalb kann ein selbständiger Gewerbe-

treibender, der eine gewerbliche Niederlassung besitzt, hinsichtlich seiner Außertätigkeit unter das Reisegewerbe fallen.

Vgl. Stober, in: Friauf, GewO, Stand August 1996,  
§ 55 Rn. 7.

Es kann schließlich dahinstehen, ob ein Reisegewerbe nicht ausgeübt wird, wenn außerhalb der eigenen gewerblichen Niederlassung eine Bestellung auf handwerkliche Leistungen aufgesucht wird und die Erfüllung des Vertrages, also die Ausführung der geschuldeten Handwerksleistung, anschließend in der gewerblichen Niederlassung erfolgt.

Vgl. dazu Landmann/Rohmer, aaO, § 55 Rn. 51.

Denn der Kläger besaß keine gewerbliche Niederlassung im Sinne des § 42 Abs. 2 GewO. Danach liegt eine gewerbliche Niederlassung nur dann vor, wenn der Gewerbetreibende einen zum dauernden Gebrauch eingerichteten, ständig oder in regelmäßiger Wiederkehr von ihm benutzten Raum für den Betrieb seines Gewerbes besitzt. Dass diese Voraussetzungen im Hinblick auf das Sägewerk für den Kläger nicht vorliegen, bedarf keiner weiteren Ausführung. Der Kläger hat dieses auch nicht, wie der Beklagte meint, wie eine eigene Betriebsstätte genutzt, um auf diese Weise die Anforderungen nach § 1 Abs. 1 HwO für ein stehendes Gewerbe zu umgehen. Denn kennzeichnend für eine gewerbliche Niederlassung ist, dass sie zum dauernden Gebrauch eingerichtet ist, also den Mittelpunkt des geschäftlichen Lebens des Gewerbetreibenden bildet.

Vgl. Landmann/Rohmer, aaO, § 42 Rn. 5, 6, § 55  
Rn. 43, 44.

Das Sägewerk war nicht der geschäftliche Mittelpunkt des Klägers. Wenn man hier überhaupt von einem solchen sprechen kann, so kann er nur in den jeweiligen Baustellen gesehen werden. Hier hat er Bestellungen auf Leistungen aufgesucht und – letztlich - seine Leistungen auch erbracht. Schließlich besitzt der Kläger auch mit seiner Wohnung, in der er die Rechnungen geschrieben hat, keine gewerbliche Niederlassung. Insoweit handelt es sich nur um eine unwesentliche Tätigkeit, die nicht



den Schwerpunkt des gewerblichen Handelns des Klägers darstellt, vgl. in diesem Zusammenhang Landmann/Rohmer, aaO, § 55 Rn. 44.

Die vom Beklagten mit Blick auf die Benutzung des Sägewerks aufgezeigten Bedenken an der Bereitschaft und Fähigkeit zur sofortigen Leistung teilt der Senat nicht. In dem Sägewerk hat der Kläger lediglich die für das Anfertigen des Dachstuhls erforderlichen Hölzer eingekauft und – auch zur Erleichterung des Transports – auf die erforderliche Länge gekürzt. Gemessen an der von ihm geschuldeten Leistung liegt deshalb nur eine untergeordnete Vorbereitungshandlung vor. An Stelle des Klägers hätte auch der Kunde die Hölzer beschaffen und dem Kläger zur Verfügung stellen können. Die grundsätzliche Bereitschaft und Fähigkeit zur Sofortleistung des Gewerbetreibenden,

vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 27. September  
2000 1 BvR 2176/98 -, aaO,

wird dadurch nicht in Frage gestellt.

Da somit der Beklagte dem Kläger die in der Verfügung vom 7. Januar 1998 genannten Tätigkeiten nicht auf der Grundlage der Handwerksordnung untersagen durfte, ist auch die der Verfügung beigefügte Zwangsgeldandrohung rechtswidrig und ebenfalls aufzuheben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, der Ausspruch über deren vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 167 VwGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Für eine Zulassung der Revision fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen des §132 Abs.2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 13 Abs. 1 Satz 1 GKG.

#### Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Beschlusses einzulegen. Die Beschwerde muss den angefochtenen Beschluss bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, Gebietskörperschaften auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen.

Dr. Fischer

Köntopp

Lange