

DHI

Walter Georg Leisner

Handwerkstätigkeit und Reisegewerbe

Das Handwerk im „stehenden Gewerbe“
im Spannungsfeld mit dem Reisegewerbe
unter Berücksichtigung steuerrechtlicher
Gesichtspunkte

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



DHKT
DEUTSCHER
HANDWERKSKAMMERTAG

sowie die
Wirtschaftsministerien
der Bundesländer

Walter Georg Leisner

Handwerkstätigkeit und Reisegewerbe

Das Handwerk im „stehenden Gewerbe“ im Spannungsfeld
mit dem Reisegewerbe unter Berücksichtigung
steuerrechtlicher Gesichtspunkte

© Copyright 2015 Ludwig-Fröhler-Institut
für Handwerkswissenschaften, München
Bereich Handwerksrecht (HRI)
Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut*

ISBN 978-3-7734-0339-1

Kommissionsverlag: Gildebuchverlag GmbH
22605 Hamburg

Druck: Stürtz GmbH
97080 Würzburg

* Das Deutsche Handwerksinstitut e.V. wird gefördert vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie auf Grund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages sowie von den Wirtschaftsministerien der Bundesländer und vom Deutschen Handwerkskammertag.

Handwerkstätigkeit und Reisegewerbe

Das Handwerk im „stehenden Gewerbe“ im Spannungsfeld
mit dem Reisegewerbe unter Berücksichtigung
steuerrechtlicher Gesichtspunkte

von

Priv.-Doz. Dr. Walter Georg Leisner, München

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	11
A. Ausgangslage, Fragestellung und Gang der Untersuchung	13
I. Ausgangslage und Fragestellung	13
II. Gang der Untersuchung	14
Ergebnis zu A.	14
B. Stehendes Gewerbe und Reisegewerbe – die gesetzliche Systematik	15
I. Der rechtliche Rahmen	15
1. Art. 12 Abs. 1 GG	15
2. §§ 1 ff. HwO	17
a) Die Entwicklung der HwO – ein historischer Überblick	17
b) Beschränkung des großen Befähigungsnachweises auf das „stehende Gewerbe“ gem. § 1 Abs. 1 S. 1 HwO	18
c) Zulassungspflichtige und zulassungsfreie Handwerke	18
d) Ausnahmen für Unionsausländer – § 9 HwO i.V.m. EU/EWR-HwVO	19
3. §§ 2 Abs. 1, 55 GewO	19
a) Das Verhältnis von HwO und GewO	20
b) Die grundsätzliche Erfassung aller Gewerbearten in vollem Umfang durch § 55 GewO	21
c) Ausnahmsweise verbotene Tätigkeit im Reisegewerbe	22
d) Ausnahmen für Unionsbürger gem. § 4 Abs. 1 S. 2 GewO	22
4. § 1 und § 35 a GewStDV, § 15 Abs. 2 EStG	23
II. Relevanz der Unterscheidung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe	24
1. Zweck und Anforderungen der HwO	24
a) Die Anforderungen der persönlichen Zuverlässigkeit und der fachlichen Qualifikation	24
b) Der Zweck der Gefahrenabwehr	24
2. Zweck und Anforderungen der GewO	25

a) Die bloße Anforderung der persönlichen Zuverlässigkeit – wesentlicher Unterschied zur HwO	25
b) Das Reisegewerbe im Handwerk und das Reisegewerbe im Verhältnis zu anderen gewerblichen Tätigkeiten	25
3. Zweck der GewStDV	26
Ergebnis zu B.	26

C. Die Abgrenzung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe im Handwerk	28
I. Das Fehlen gesetzlicher Abgrenzungskriterien	28
1. Der unbegrenzte Anwendungsbereich des Reisegewerbes nach der GewO	28
2. Die fehlenden Abgrenzungskriterien in der HwO	29
II. Die Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung – Maßgeblichkeit des Zustandekommens des Auftrages	29
1. BVerfG v. 27.09.2000 – 1 BvR 2176/98 und BVerfG v. 27.04.2007 – 2 BvR 449/02	30
a) BVerfG v. 27.09.2000 – 1 BvR 2176/98	30
aa) Das zugrundeliegende instanzgerichtliche Urteil	30
bb) Die Beurteilung des Sachverhalts durch das BVerfG im Lichte von Art. 12 GG	31
b) BVerfG v. 27.04.2007 – 2 BvR 449/02	32
aa) Das zugrundeliegende instanzgerichtliche Urteil	33
bb) Die Beurteilung des Sachverhalts durch das BVerfG im Lichte von Art. 12 GG	33
2. OVG NRW v. 6.11.2003 – 4 A 511/02	35
a) Die zugrundeliegende instanzgerichtliche Entscheidung	35
b) Die Beurteilung des Sachverhaltes durch das OVG NRW im Lichte von Art. 12 GG	36
3. Zwischenergebnis	37
III. Kritische Analyse – Erweiterungstendenzen des Reisegewerbes?	37
1. Die Bestellung von Leistungen mit späterer Ausführung – eine Schwerpunktverlagerung?	38

a)	Die ständige Rechtsprechung zur Abgrenzung von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe vor dem Urteil des BVerfG vom 27.09.2000	38
b)	Der Wegfall des Erfordernisses der möglichen Ausführung des Auftrages vor Ort	39
c)	Die Reduzierung auf das ausschließliche Kriterium der Initiativergreifung	41
d)	Das ausdrückliche Offenlassen der Bedeutung der Existenz einer festen Werkstatt – eine Inkonsequenz?	42
aa)	Der Niederlassungsbegriff der Gewerbeordnung	42
bb)	Die Bedeutung der Existenz einer gewerblichen Niederlassung im Rahmen von § 55 Abs. 1 GewO	43
2.	Erweiterungstendenzen des Anwendungsbereiches des Reisegewerbes vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG zum großen Befähigungsnachweis	45
a)	Die Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises im Hinblick auf Art. 12 GG nach der Reform von 2003	45
b)	Die Ausstrahlungswirkung des Art. 12 GG – Zwangsläufigkeit der weiten Auslegung des § 55 GewO?	47
c)	Zwischenergebnis	48
3.	Das Problem von Wertungswidersprüchen zwischen Reisegewerbe und großem Befähigungsnachweis	48
a)	Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises aufgrund des Gemeinwohlbelanges der Gefahrenabwehr	49
b)	Gleichzeitig: Die Zulässigkeit der Ausübung vollhandwerklicher Tätigkeiten im Reisegewerbe	50
c)	Zwischenergebnis	56
4.	Geeignetheit des Abgrenzungskriteriums der sog. Initiativergreifung zur Verhinderung von Missbräuchen?	56
5.	Die Realitätsferne der derzeitigen Rechtsauslegung	59
a)	Die Behandlung von Folgeaufträgen am Beispiel des Friseurhandwerks	59
b)	Die praktische Unmöglichkeit der Ausübung des Reisegewerbes im Baugewerbe	60

6. Die derzeitige Rechtslage – ein Konflikt mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot?	62
7. Zwischenergebnis zu III.	62
Ergebnis zu C.	63
D. Die Bedeutung der Betriebsstätte bzw. Niederlassung für die Möglichkeit der Ausübung eines Reisegewerbes im Rahmen der HwO und der GewO	64
I. § 55 GewO und das mögliche Nebeneinander von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe – rechtliche Relevanz der Betriebsstätte?	64
II. Die Notwendigkeit einer Abgrenzung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe – die faktische Relevanz der Betriebsstätte	66
Ergebnis zu D.	67
E. Die steuerrechtliche Relevanz der Betriebsstätte im Reisegewerbe – eine Parallele zum Handwerksrecht?	68
I. Steuerrecht und Reisegewerbe bzw. stehendes Gewerbe – rechtliche Anknüpfungspunkte	68
1. Der Begriff der Betriebsstätte im gewerbebezogenen Steuerrecht	69
a) § 12 AO, § 30 GewStG	69
b) § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 S. 1 EStG	70
c) § 15 EStG	71
2. Die Relevanz des Betriebsstättenbegriffs im Steuerrecht	71
a) Begründung von Zuständigkeiten	72
aa) Die Relevanz des Betriebsstättenbegriffs für die Begründung der materiellen Steuerpflicht	72
bb) Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Betriebsstättenbesteuerung	73
cc) Die Relevanz des Betriebsstättenbegriffes für die Kammerzugehörigkeit	73
b) Bestimmung der Anzahl der Steuerobjekte	74
II. Verwendbarkeit der Erkenntnisse der Bedeutung der Betriebsstätte im Steuerrecht – Parallelen zum Handwerksrecht?	75
Ergebnis zu E.	76

F. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten und Werbung	
– Ein Leitfaden für die Praxis	77
I. Vertragliche Ausgestaltung zur Begründung einer Tätigkeit im Reisegewerbe und Grenzen der Werbung	77
II. Vertragliche Ausgestaltung zur Begründung einer Tätigkeit im stehenden Gewerbe und Möglichkeiten der Werbung	77
Ergebnis zu F.	78
G. Einzelergebnisse und Gesamtergebnis	79
I. Einzelergebnisse der Abschnitte A. bis F.	79
1. Abschnitt A.	79
2. Abschnitt B.	79
3. Abschnitt C.	79
4. Abschnitt D.	79
5. Abschnitt E.	80
6. Abschnitt F.	80
II. Gesamtergebnis	80
Literaturverzeichnis	82

Vorwort

Die Handwerksordnung (HwO) erlaubt nach § 1 Abs. 1 HwO die selbständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks der Anlage A als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften. In die Handwerksrolle wird eingetragen, wer in dem betreffenden Handwerk einen sog. großen Befähigungsnachweis oder einen gleichgestellten Qualifikationsnachweis besitzt.

Gleichzeitig können Handwerke der Anlage A grundsätzlich auch in Form eines sog. Reisegewerbes ausgeführt werden, mit der Folge dass nicht die HwO mit dem Erfordernis der Handwerksrolleneintragung zur Anwendung kommt, sondern die Regelungen der Gewerbeordnung. Die Gewerbeordnung kennt keine Verpflichtung zur Eintragung in die Handwerksrolle, vielmehr genießt der Grundsatz der Gewerbefreiheit Vorrang, solange keine anderweitigen Regelungen vorliegen. Erforderlich ist im Regelfall zur Ausübung des Reisegewerbes im Sinne der GewO nur das Innehaben einer Reisegewerbekarte, die aus Sicht der Handwerker wesentlich leichter zu erhalten ist, da im Gegensatz zur Eintragung in die Handwerksrolle der Gesetzgeber geringere Anforderungen an deren Erhalt stellt.

In der Praxis ist damit von maßgebender Bedeutung, ob im Einzelfall ein stehendes Gewerbe oder ein Reisegewerbe ausgeübt wird. Während in Zweifelsfällen die Handwerkskammern eher dazu tendieren werden, ein stehendes Gewerbe im Einzelfall anzunehmen, geht der Gewerbetreibende (im eigenen Interesse) davon aus, dass er ein Reisegewerbe ausübe, vor allem dann, wenn er die erforderlichen Qualifikationen der HwO für ein stehendes Gewerbe nicht aufweisen kann. Die Abgrenzung ist im Einzelfall nicht immer leicht und eindeutig zu vollziehen. Dies zeigen auch die zahlreichen Rechtsprechungen, die zwischenzeitlich hierzu ergangen sind.

Diese Abhandlung soll unter Berücksichtigung der wesentlichen Rechtsprechung darlegen, in welcher Weise eine Abgrenzung des stehenden Gewerbes von dem Reisegewerbe vorzunehmen ist, unter Einbeziehung auch steuerrechtlicher Gesichtspunkte.

Ein Leitfaden als Hilfestellung für die Praxis rundet die Abhandlung ab.

A. Ausgangslage, Fragestellung und Gang der Untersuchung

I. Ausgangslage und Fragestellung

Der Anwendungsbereich der Regelungen der Handwerksordnung (HwO) ist nur eröffnet, wenn ein Handwerk als *stehendes Gewerbe* betrieben wird (§ 1 Abs. 1 HwO), mit der Folge, dass die Zulassungsbeschränkungen der HwO gelten¹. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 HwO ist der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks im stehenden Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet. Von entscheidender Bedeutung ist demnach die Frage, ob im Einzelfall ein sog. stehendes Gewerbe ausgeübt wird. Ist dies der Fall und sind die übrigen Voraussetzungen des § 1 HwO ebenfalls erfüllt, darf eine solche zulassungspflichtige Tätigkeit nur ausüben, wenn eine Handwerksrolleneintragung sowie der große Befähigungsnachweis vorliegt^{1a}.

Wird das Handwerk als *Reisegewerbe* ausgeübt gelten die Regelungen der Gewerbeordnung, die ein solches „strenges Erfordernis“ der Eintragung nicht kennt. Abhängig davon, ob ein Handwerk in Form eines stehenden Gewerbes oder eines Reisegewerbes ausgeübt wird, ergeben sich unterschiedliche Hürden für die Betriebsausübung.

In der Praxis kommt es hier oftmals zu Diskussionen zwischen den Handwerkskammern als Führer der Handwerksrolle und den Handwerkern. Zentraler Punkt der Diskussion ist dann gerade die Abgrenzung des stehenden Gewerbes zum Reisegewerbe und den damit erforderlichen vom Handwerker vorzuzeigenden Befähigungen. Betreibt der Handwerker sein Gewerbe als stehendes Gewerbe, kommt die HwO zur Anwendung und fordert im Zusammenhang mit den sog. Gewerben der Anlage A (zulassungspflichtigen Handwerken) das Innehaben eines großen Befähigungsnachweises bzw. einer gleichgestellten Qualifikation.

Besitzt der Handwerker keinen Meistertitel bzw. kann er eine gleichwertige Qualifikation nicht vorweisen, darf er das zulassungspflichtige Handwerk nicht ausüben. Es droht auf Anregung der Handwerkskammer die Einleitung eines Untersagungsverfahrens und nicht zuletzt der Erlass einer Untersagungsverfügung². Dies hätte zur Folge, dass der Handwerker sein Handwerk in der bisher betriebenen Art nicht fortführen dürfte. Aus Sicht des Handwerkers wird dieser im Einzelfall oftmals betonen, dass er gerade kein stehendes Gewerbe ausübe, sondern ein Reisegewerbe und die Anforderungen

¹ Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 26; Honig/Knörr, HwO, § 1 Rn. 20.

^{1a} Soweit ein gleichgestellter Qualifikationsnachweis vorliegt oder einer der Ausnahmetatbestände der §§ 7 Abs. 2 HwO; 7 Abs. 3 i.V.m. §§ 8, 9 HwO; 7 Abs. 7 i.V.m. 7a, 7b HwO gegeben ist, kann eine Eintragung in die Handwerksrolle auch ohne den großen Befähigungsnachweis möglich sein.

² Vgl. § 16 Abs. 3 HwO.

der HwO in seinem Fall nicht tragend sind, da die HwO nicht anwendbar sei, sondern die Gewerbeordnung (GewO). Die GewO ihrerseits kennt das Erfordernis der Meisterqualifikation indes nicht.

Aufgrund der wesentlichen Bedeutung der Differenzierung zwischen dem stehenden Gewerbe und dem Reisegewerbe und der möglichen Gefahr der Umgehung der Vorschriften der HwO ergibt sich mithin als Arbeitstitel dieser Abhandlung:

„Handwerkstätigkeit und Reisegewerbe – das Handwerk im „stehenden Gewerbe“ im Spannungsfeld mit dem Reisegewerbe unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Gesichtspunkte“.

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung hat folgende *Vorgehensweise* zum Inhalt:

Zur besseren Übersichtlichkeit ist zu Beginn der Untersuchung die gesetzliche Systematik in Form des bestehenden rechtlichen Rahmens darzustellen (*vgl. nachfolgend unter B. I.*) sowie die Relevanz der Unterscheidung zwischen dem Reisegewerbe und dem stehenden Gewerbe (*vgl. nachfolgend unter B. II.*).

Nachfolgend erfolgt basierend auf dieser Festlegung des rechtlichen Rahmens eine Abgrenzung des stehenden Gewerbes zu dem Reisegewerbe, wobei aufgrund des Fehlens gesetzlicher Abgrenzungskriterien (*vgl. nachfolgend unter C. I.*) die Rechtsprechung einzelne Kriterien zur Abgrenzung entwickelt hat, die darzustellen sind (*vgl. nachfolgend unter C. II.*), sowie eine kritische Analyse im Zusammenhang mit gewissen Erweiterungstendenzen des Reisegewerbes (*vgl. nachfolgend unter C. III.*).

Anschließend wird die Bedeutung der Betriebsstätte bzw. der Niederlassung für die Möglichkeit der Ausübung eines Reisegewerbes im Rahmen der HwO und der GewO dargelegt (*vgl. nachfolgend unter D.*) und in Erwägung gezogen, ob dieses Kriterium eine sinnvolle Ergänzung der derzeit angewandten Abgrenzungskriterien darstellt, auch angesichts der steuerrechtlichen Relevanz der Betriebsstätte im Reisegewerbe (*vgl. nachfolgend unter E.*).

Abgerundet wird die Abhandlung durch einen Abgrenzungsleitfaden für die Praxis (*vgl. nachfolgend unter F.*).

Ergebnis zu A.

Aufbauend auf einer Darstellung des bestehenden gesetzlichen Rahmens werden die Kriterien für die Abgrenzung bzgl. der Ausübung eines Gewerbes im stehenden Gewerbe bzw. im Reisegewerbe vor dem Hintergrund des Spannungsfeldes kritisch analysiert. Eine Abrundung der Problematik durch die Behandlung der steuerrechtlichen Konsequenzen wird ergänzt durch den Versuch, der Praxis Leitfäden für die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zu geben.

B. Stehendes Gewerbe und Reisegewerbe – die gesetzliche Systematik

Nachfolgend ist auf die gesetzliche Systematik im Zusammenhang mit dem *stehenden Gewerbe* und dem *Reisegewerbe* einzugehen (vgl. unter I.) und die Relevanz der Unterscheidung zu behandeln (vgl. unter II.). Die Begrifflichkeiten bzw. die Abgrenzung der beiden Begriffe hat Bedeutung im Rahmen von Art. 12 GG, des §§ 1 ff. HwO, des § 55 Gewerbeordnung (GewO), § 1 und § 35 a Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung (GewStDV).

I. Der rechtliche Rahmen

Zunächst soll zum Zwecke der besseren Übersichtlichkeit der rechtliche Rahmen der vorstehend erläuterten Fragestellung abstrakt dargestellt werden. Dieser wird maßgeblich durch Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. unter 1.), §§ 1 ff. HwO, §§ 2, 55 GewO (vgl. unter 2.) sowie die §§ 1 und 35 a GewStDV (vgl. unter 3.) gebildet.

Diese Normen bestimmen, welchem Rechtsregime die gewerbliche Tätigkeit eines Handwerkers unterfällt und welche berufsrechtlichen und steuerrechtlichen Konsequenzen sich hieran knüpfen.

1. Art. 12 Abs. 1 GG

Aus verfassungsrechtlicher Sicht bildet Art. 12 Abs. 1 GG, der die Berufsfreiheit regelt, die maßgebliche *verfassungsrechtliche Grundlage*, so dass dieses Grundrecht eine besondere Bedeutung für das Gewerberecht hat³. Nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG haben „*alle Deutschen (...) das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden*“ (Herv. d. d. Verf.). Als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit der Berufswahl und die Freiheit der Berufsausübung⁴. Der Begriff des Berufs wird definiert als „*auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (...), die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient*“⁵ (Herv. d. d. Verf.). Geschützt wird die selbständige und die nichtselbständig ausgeübte Tätigkeit⁶. Art. 12 Abs. 1 GG umfasst seinem Inhalt nach auch die *Gewerbefreiheit*, da die unternehmerisch-wirtschaftliche Betätigung selbständige Berufsbetätigung und damit gewerbliche Freiheit ist⁷. Die Gewerbefreiheit ist insoweit

³ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 12 Rn. 382.

⁴ Sodan, in: Sodan, GG, Art. 12 Rn. 1.

⁵ Sodan, in: Sodan, GG, Art. 12 Rn. 8 unter Hinweis u.a. auf BVerfGE 102, 197 (212), BVerfGE 110, 304 (321).

⁶ Tettinger, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, Einl. Rn. 36.

⁷ Vgl. BVerfGE 22, 380 (383); 30, 292 (312); 41, 205 (228); 50, 290 (362 f.); Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 12 Rn. 4, 143; Sodan, in: Sodan, GG, Art. 12 Rn. 14.

Teil der unternehmerischen Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG⁸ und ist daher von dieser stark beeinflusst worden. Innerhalb des Gewerberechts ist zwischen dem stehenden Gewerbe, dem Reisegewerbe und dem Messe-, Ausstellungs- und Marktgewerbe zu unterscheiden, wobei diese Unterscheidung historisch bedingt ist⁹.

Die Gewerbefreiheit, als Bestandteil der Berufsfreiheit, gilt jedoch nicht in unbeschränktem Maße, vielmehr kann diese eingeschränkt werden, wenn eine hinreichende *verfassungsrechtliche Rechtfertigung* besteht. Gem. Art 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Das BVerfG hat im Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG die sog. *Drei-Stufentheorie*¹⁰ entwickelt, nach der sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis bei zunehmender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung an entsprechend höherwertigen Gemeinwohlbelangen auszurichten hat¹¹: Zu unterscheiden sind dabei *einschränkende Berufsausübungsregelungen* (sog. erste, geringste Eingriffsstufe) von Regelungen zu der Berufswahl, die wiederum in *objektive* (dritte Stufe) und *subjektive* (zweite Stufe) *Berufszulassungsregelungen* zu differenzieren sind.

Berufsausübungsregelungen werden bereits durch *vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls* legitimiert¹². Das BVerfG zeigt sich auf dieser Stufe der Kontrolle großzügig und räumt dem Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum ein, Grenze ist die Frage, ob die genannten Erwägungen sachgerecht sind¹³.

Subjektive Berufszulassungsregelungen hingegen erfordern eine Rechtfertigung durch ihre Erforderlichkeit zum Schutze besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter, die der Freiheit des Einzelnen vorgehen¹⁴. Solche Gemeinschaftsgüter können absolute Werte, unabhängig von der Tagespolitik, oder aber auch sog. relative Werte, die erst vom Gesetzgeber aufgrund seiner jeweiligen politischen Vorstellungen definiert werden, verkörpern¹⁵. Auf dieser Stufe ist die Kontrolldichte des BVerfG bereits größer, trotzdem beschränkt sich das BVerfG hier noch auf die Kontrolle hinsichtlich der Frage, ob die Erwägungen des Gesetzgebers offensichtlich fehlerhaft oder mit der Werteordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind¹⁶.

⁸ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 12 Rn. 143.

⁹ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 12 Rn. 383; vgl. auch Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 55 Rn. 12.

¹⁰ BVerfGE 7, 377 (405 ff.) (sog. Apotheken-Urteil).

¹¹ Tettinger, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 73.

¹² Vgl. für viele BVerfGE 7, 377 (405 f.); 16, 286 (297); 65, 116 (125); 70, 1 (28).

¹³ Mann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 127.

¹⁴ Mann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 131.

¹⁵ Mann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 131.

¹⁶ Mann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 132.

Schließlich erfordern *objektive Berufszulassungsregelungen*, als schwerwiegendster Eingriff, eine Rechtfertigung durch ihre Erforderlichkeit zur Abwehr von nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schwerwiegenden Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut¹⁷. Zwar gesteht das BVerfG dem Gesetzgeber auch auf dieser Stufe einen gewissen Einschätzungsspielraum bzgl. der zukünftigen tatsächlichen Entwicklung zu, jedoch nicht was die Auswahl der eingriffslegitimierenden Gemeinwohlbelange betrifft¹⁸. Die Schutzlegitimation relativer Gemeinschaftsgüter etwa sind – im Gegensatz zur Rechtfertigung von subjektiven Berufswahlregelungen – nicht mehr ausreichend¹⁹.

2. §§ 1 ff. HwO

Dieser verfassungsrechtliche Rahmen wird unter anderem durch die Vorgaben der HwO für das selbständige Betreiben eines Handwerks im stehenden Gewerbe auf einfachgesetzlicher Ebene konkretisiert. Die HwO legt die Voraussetzungen fest, nach denen ein Handwerk zulässigerweise im *stehenden Gewerbe* ausgeübt werden kann²⁰. Das Reisegewerbe ist hingegen nicht Regelungsgegenstand des Gesetzes.

a) Die Entwicklung der HwO – ein historischer Überblick

Um die Normen der HwO zur Gänze werten und in ihrem Gehalt, Zweck und Systematik verstehen zu können, ist es erforderlich, die historische Entwicklung des Gesetzes zu betrachten.

Die HwO ist in ihrer derzeit gültigen Fassung seit dem 24.09.1953 in Kraft²¹. Ursprünglich waren die Regelungen über das Betreiben eines Handwerks im stehenden Gewerbe in der GewO niedergelegt²². Sie stellt eine einfachgesetzliche Konkretisierung des Gesetzesvorbehaltes aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG dar.

In ihrer ursprünglichen Fassung war sie eine Abkehr von der nach dem Zweiten Weltkrieg in den Besatzungszonen vorherrschenden Gewerbefreiheit, wie sie in § 1 GewO grundsätzlich immer noch für die übrigen Gewerbetreibenden normiert ist²³. Die HwO unterlief anfangs keinen gravierenden Reformen, was ihre Grundkonzeption betrifft²⁴. Ständig in der Diskussion war allerdings die Frage²⁵, ob der Begriff des Handwerks i.S.d. HwO einer

¹⁷ Mann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 133.

¹⁸ Mann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 133.

¹⁹ BVerfG NJW 1958, 1035 (1038).

²⁰ Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 24 ff.

²¹ BGBl. 1953 Teil I Nr. 63, S. 1411 ff.

²² Vgl. den aufgehobenen Titel VIa §§ 104a bis 104u GewO, der die Vorschriften über die Handwerksrolle festlegte.

²³ Schwandt, Kommentar zur Handwerksordnung, Einl. 2 S. 17.

²⁴ Vgl. ausführlich zur Entwicklung der HwO Leisner, W.G., Wettbewerbschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 29 ff.

²⁵ Leisner, W.G., Wettbewerbschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 27 ff.

gesetzlichen Definition zugänglich sei, was zugunsten des *dynamischen Handwerksbegriffes* bis heute abgelehnt wird²⁶.

Erst mit der großen Handwerksnovelle aus dem Jahr 2003²⁷, deren Änderungen zum 01.01.2004 in Kraft traten²⁸, wurde ein von vielen Seiten beklagter Paradigmenwechsel vorgenommen²⁹.

Nicht mehr die Sicherung der Qualität ist nunmehr neben der Sicherung der besonderen Ausbildungsleistung der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, sondern die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben Dritter³⁰. Damit änderte sich der Charakter der HwO von einem *Berufsrecht*³¹, zu einem klassischen *Ordnungsrecht*³². Dieser neue Charakter der HwO hat auch unmittelbaren Einfluss auf ihr Verhältnis zur Gewerbeordnung, wie die folgenden Ausführungen noch zeigen werden.

b) Beschränkung des großen Befähigungsnachweises auf das „stehende Gewerbe“ gem. § 1 Abs. 1 S. 1 HwO

Der große Befähigungsnachweis für das Handwerk ist eine *Beschränkung der freien Berufswahl*³³. Der Anwendungsbereich der HwO und damit des großen Befähigungsnachweises als subjektive Berufszulassungsschranke im Bereich des Handwerks ist allerdings gem. § 1 Abs. 1 HwO auf die Ausübung des Handwerks im *stehenden Gewerbe* beschränkt.

Eine Definition des stehenden Gewerbes selbst enthält die HwO nicht, dieses definiert sich vielmehr negativ über die Abgrenzung zum Reisegewerbe und zum Marktverkehr³⁴.

c) Zulassungspflichtige und zulassungsfreie Handwerke

Soweit die HwO in ihrer derzeit geltenden Fassung Anwendung findet, also soweit ein Handwerk im stehenden Gewerbe betrieben wird, differenziert das Gesetz zwischen *zulassungspflichtigen* und *zulassungsfreien Handwerken* sowie *handwerksähnlichen Gewerben*³⁵. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf das Verhältnis der zulassungspflichtigen Berufe zum Reisegewerbe nach § 55 GewO³⁶.

²⁶ Vgl. nur BVerwGE 95, 363.

²⁷ Vgl. diesbezüglich insb. BT-Drs. 15/1192; 15/2083; 15/2138; 15/2246; 15/1422; 15/1089; 15/1224; 15/2247; sowie BR-Drs. 244/03.

²⁸ BGBl. 2003 Teil I Nr. 66, S. 2934 ff.

²⁹ Vgl. nur *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 8 ff. m.w.N.

³⁰ Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 12.

³¹ *Landmann/Rohmer*, GewO, Bd. 2, § 1 S. 39, 10. Aufl.

³² *Hüpers*, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, *GewArch* 2004, 230 (232).

³³ *Kahl*, in: *Landmann/Rohmer*, GewO, 68. Erg.-Lfg. August 2014, § 1 Rn. 11.

³⁴ Vgl. *Honig/Knörr*, HwO, § 1 Rn. 20.

³⁵ Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 2.

³⁶ Im Verhältnis der nach § 18 Abs. 1 HwO anzeigepflichtigen Berufe zum Handwerk im Reisegewerbe gem. § 55 GewO wäre die GewO das Gesetz mit den strengeren Anforderungen, da sie auch für Gewerbe, die nach der HwO im stehenden Gewerbe bloß anzeigepflichtig sind gem. § 55 GewO eine Erlaubnispflicht

Die zulassungspflichtigen Gewerbe sind in der sogenannten *Anlage A zur HwO* aufgezählt und umfassen nunmehr 41 Gewerbe³⁷. Damit sie im stehenden Gewerbe zulässig ausgeübt werden können, müssen die Voraussetzungen der §§ 1, 7 HwO, d.h. die Qualifikationsanforderungen des großen Befähigungsnachweises sowie die damit mögliche Eintragung in die Handwerksrolle, erfüllt sein³⁸. Der große Befähigungsnachweis garantiert sowohl die *persönliche* als auch die *fachliche Eignung* des Gewerbetreibenden³⁹.

d) Ausnahmen für Unionsausländer – § 9 HwO i.V.m. EU/EWR-HwVO

Hinsichtlich der eben dargelegten Anforderungen der HwO für die zulässige Ausübung eines Handwerks im stehenden Gewerbe bestehen *Ausnahmen für Unionsbürger*, die entweder eine *grenzüberschreitende Dienstleistung* erbringen wollen oder eine *Niederlassung* in Deutschland eröffnen wollen.

Gem. § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR-HwVO sind *Dienstleistungserbringer* aus dem EU-Ausland vom Eintragungserfordernis in die Handwerksrolle *vollständig befreit* (vgl. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 HwO).

Will ein Handwerker aus dem Unionsausland, der nicht die Qualifikationen der HwO erfüllt, eine *Niederlassung* in Deutschland eröffnen, so ist er zwar *eintragungspflichtig* in die Handwerksrolle, jedoch ist er mit einer *Ausnahmebewilligung* gem. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. S. 2 i.V.m. § 8 HwO dort einzutragen, ohne dass er den großen Befähigungsnachweis besitzen muss⁴⁰.

3. §§ 2 Abs. 1, 55 GewO

Neben der HwO konkretisiert auch die GewO auf einfachgesetzlicher Ebene den Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.

In der GewO wird zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe differenziert, das Gesetz regelt somit grundsätzlich beide Formen der Gewerbe-

statuiert, vgl. *Korte*, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (267). Die Untersuchung schließt ebenfalls nicht die Behandlung der im Reisegewerbe lediglich anzeigepflichtigen Gewerbe gem. § 55 c GewO ein, da diese Form des Reisegewerbes kaum Handwerksaffinität aufweist, vgl. *Korte*, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (266).

³⁷ Vor der großen Handwerksnovelle aus dem Jahr 2003 waren noch 94 Vollhandwerke in der Anlage A gelistet, vgl. *Leisner*, W.G., Der „Meister“ und sein Richter – Die handwerksrechtliche Berufs (de)regulierung der Meisterpflicht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und BVerfG, WiVerw 2014, 229 (233); sowie ausführlich *Traublinger*, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewArch 2003, 353 ff.

³⁸ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 HwO. Es gibt innerhalb der HwO mittlerweile zahlreiche Ausnahmeregelungen von diesem Grundsatz auch für den verbleibenden Rest der 41 zulassungspflichtigen Gewerbe, so z.B. § 7 Abs. 2 für Absolventen bestimmter Hochschulen, § 7 Abs. 3 i.V.m. § 8 HwO wonach die Möglichkeit besteht, ohne Meisterqualifikation mit einer Ausnahmebewilligung in die Handwerksrolle eingetragen zu werden, § 7 Abs. 3 i.V.m. § 9 HwO i.V.m. § 9 EU/EWR-HwVO für Unionsbürger; vgl. nachfolgend die Ausführungen unter B. I. 2. c) und § 7 b HwO, der es sog. Altgesellen ermöglicht, soweit sie eine gewisse Zeit eine leitende Funktion innehatten, ohne Meisterprüfung in die Handwerksrolle eingetragen zu werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG müssen diese Ausnahmeregelungen großzügig interpretiert werden, um die Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG zu gewährleisten, vgl. BVerfGE 13, 97 (121).

³⁹ BVerfG NVwZ 2014, 1241 (1244).

⁴⁰ Vgl. ausführlich zu dieser Rechtslage und dem damit zusammenhängenden Problem der Inländerdiskriminierung *Leisner*, W.G., Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsrechtsprechung, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 22 ff. sowie S. 74 ff.

ausübung. Generell wurde innerhalb der GewO versucht, die besonderen Bestimmungen des Titels III der GewO über das Reisegewerbe den Bestimmungen über das stehende Gewerbe, das die Regel bildet, anzunähern⁴¹. Hinsichtlich der Ausübung des Handwerks im stehenden Gewerbe ist jedoch die HwO *lex specialis*⁴², nur bei Fehlen von Regelungen in der HwO ist ein Rückgriff auf die GewO möglich⁴³.

Der Gewerbebegriff als solcher ist *gesetzeszweckakzessorisch*⁴⁴, so dass er jeweils im Zusammenhang mit dem jeweiligen Gesetz gesehen werden muss und etwaige Legaldefinitionen nicht ohne weiteres übertragbar sind. So wird der Begriff des Gewerbes etwa in der Gewerbeordnung (GewO), in der HwO aber auch im Steuerrecht [§ 15 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) und § 2 Gewerbesteuerengesetz (GewStG)] gebraucht. Der Begriff des Gewerbes kann in den verschiedenen Rechtsgebieten auch unterschiedliche Bedeutungen haben⁴⁵.

Die GewO selbst liefert *keine (Legal-)Definition* des Gewerbebegriffs als solchem⁴⁶. Der überwiegend in der Rechtsprechung verwendete dynamische Gewerbebegriff versteht unter Gewerbe *jede nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe und bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens*⁴⁷.

§ 2 Abs. 1 GewO legt den Grundsatz fest, dass ein stehendes Gewerbe im Inland betrieben wird und damit der Gewerbesteuer unterliegt, wenn im Inland eine Betriebsstätte existiert.

a) Das Verhältnis von HwO und GewO

Vor dem Hintergrund, dass sowohl die GewO als auch die HwO als einfachgesetzliche Konkretisierungen des Gesetzesvorbehaltes i.S.v. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG Regeln für die zulässige Ausübung eines Handwerks aufstellen, stellt sich die Frage, in welchem *Verhältnis* die beiden Gesetze zueinander stehen.

⁴¹ Vgl. ausführlich zu den vorgenommenen Reformen *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 55 Rn. 3.

⁴² Vgl. insoweit auch *Leisner, W.G.*, Wettbewerbschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 24.

⁴³ Vgl. im Folgenden die Ausführungen unter B. I. 3. a).

⁴⁴ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 5, der auch von einem „multi-funktionalen Gesetzesbegriff“ spricht.

⁴⁵ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 5.

⁴⁶ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 1.

⁴⁷ BVerwG NJW 2008, 1974; BVerwG 1997, 772; BVerwG GewArch 1976, 273; BVerwG GewArch 1993, 197.

Grundsätzlich ist die HwO hinsichtlich der Ausübung eines Handwerks im stehenden Gewerbe *spezieller* als die GewO, die Handwerke nur in ihrer Ausübung im Reisegewerbe erfasst⁴⁸.

Die GewO stellt trotzdem das grundlegende Gesetz – z.T. wird die Bezeichnung „Muttergesetz“⁴⁹ verwendet – im Gewerberecht dar und wird durch die zahlreichen Einzelgesetze, die hinsichtlich einzelner Gewerbe, für die der Gesetzgeber spezielle Anforderungen vonnöten hält, bloß ergänzt⁵⁰. Dementsprechend stehen die *grundlegenden Begrifflichkeiten* z.B. betreffend die Gewerbefreiheit oder den einheitlichen Gewerbebegriff ohne Modifizierung als Ausgangsbasis für die Spezialnormen⁵¹. Soweit allerdings die Spezialgesetze wie die HwO Anwendung finden, ist ein Rückgriff auf die GewO selbst nur möglich, soweit das betreffende Spezialgesetz selbst keine Regelung zur betreffenden Frage enthält⁵².

b) Die grundsätzliche Erfassung aller Gewerbearten in vollem Umfang durch § 55 GewO

Die Zwecksetzung von § 55 GewO ist nicht nur allgemein wirtschaftsordnender Natur, sondern vor allem auch *verbraucherschutzbezogen*⁵³.

Vor diesem Hintergrund ist die Norm des § 55 GewO auszulegen. Der *persönliche Anwendungsbereich* des § 55 GewO erfasst mittlerweile nicht mehr nur natürliche Personen, sondern seit dem Wegfall des Erfordernisses der Anforderung der Ausübung der Tätigkeit „in eigener Person“ u.a. auch juristische Personen⁵⁴. Damit ist er in persönlicher Hinsicht deckungsgleich mit dem Anwendungsbereich der HwO, die gem. § 7 Abs. 1 HwO ebenfalls natürliche und juristische Personen erfasst.

Folge dieser Änderung im Rahmen der GewO ist, dass es für die Reisegewerbekartenpflicht nicht mehr maßgeblich ist, wer mit dem Kunden in Kon-

⁴⁸ Vgl. auch *Leisner, W.G.*, Wettbewerbsschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 22 ff.

⁴⁹ *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 1 Rn. 14.

⁵⁰ Vgl. beispielhaft *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 1 Rn. 14.

⁵¹ *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 1 Rn. 14.

⁵² Vgl. allgemein zu den Konfliktlösungsregeln *lex specialis, lex posterior* – zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, *ZaöRV* 2005, 391 ff.

⁵³ *Rossi*, in: Pielow, GewO, 1. Aufl. 2009, § 55 Rn. 1; *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 55 Rn. 2; vgl. auch die Argumente des Gesetzgebers für die Aufrechterhaltung der Reisegewerbekartenpflicht: *Stenger*, Zweites Mittelstandsentlastungsgesetz: Beitrag aus dem Gewerberecht, *GewArch* 2007, 448 (449).

⁵⁴ *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 55 Rn. 7a; vgl. ausführlich *Stenger*, Zweites Mittelstandsentlastungsgesetz: Beitrag aus dem Gewerberecht, *GewArch* 2007, 448 (449); diese Änderung, die damit zu einem teilweisen Systemwechsel im Reisegewerbe führte, war dadurch motiviert, dass die bislang geltende Regelung Reisegewerbetreibenden, die aufgrund der dem Reisegewerbe innewohnenden kleingliedrigen Struktur und der häufig saisonbedingten veränderten Personalstruktur einer gewissen Flexibilität bedürfen, abforderte, im Voraus für jeden Angestellten ebenfalls eine Reisegewerbekarte anzufordern, was ein schnelles Reagieren auf äußere Umstände praktisch unmöglich machte. Nunmehr muss nur noch der Betriebsinhaber eine Reisegewerbekarte besitzen, für Angestellte entfällt die Pflicht.

takt tritt oder treten will, sondern wer *Inhaber* des Gewerbebetriebes ist⁵⁵.

Darüber hinaus erfasst § 55 GewO nach seinem Anwendungsbereich alle Gewerbearten in vollem Umfang, also auch das zulassungspflichtige Handwerk⁵⁶. Auch was den sachlichen Anwendungsbereich betrifft, besteht damit insoweit Deckungsgleichheit zur HwO.

c) Ausnahmsweise verbotene Tätigkeit im Reisegewerbe

Diese Erfassung aller handwerklichen Berufe durch das Reisegewerbe wird auch dadurch bestätigt, dass die GewO selbst in § 56 GewO festlegt, welche Gewerbe im Reisegewerbe nicht betrieben werden dürfen.

Alle übrigen Gewerbe können dementsprechend im Reisegewerbe betrieben werden. Handwerkliche Berufe sind Gewerbe⁵⁷. Dies ergibt sich schon aus § 1 HwO, der festlegt, dass den Vorschriften der HwO nur unterfällt, wer ein Handwerk im „stehenden Gewerbe“ betreibt. Die HwO selbst als Spezialgesetz für das Handwerk rekurriert damit auf den Gewerbebegriff, der durch die GewO grundlegend im Gewerberecht einheitlich festgelegt wird⁵⁸.

Dementsprechend ist nicht die Art des Gewerbes maßgeblich für den Anwendungsbereich der §§ 55 ff. GewO, soweit nicht ein Fall des § 56 GewO gegeben ist.

d) Ausnahmen für Unionsbürger gem. § 4 Abs. 1 S. 2 GewO

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch im Reisegewerbe für Unionsausländer gewisse *Ausnahmeregelungen* gelten⁵⁹.

§ 4 GewO wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der sog. *Dienstleistungsrichtlinie*, RL 2006/123/EG, vom 17.07.2009 in die GewO eingeführt⁶⁰.

Nach Abs. 1 S. 2 dieser Norm sind die §§ 55 Abs. 2 und 3 GewO grundsätzlich nicht auf Reisegewerbetreibende aus einem anderen EU-/EWR-Staat, soweit diese nur vorübergehend⁶¹ in Deutschland im Reisegewerbe tätig sind, anwendbar⁶². Zwingende Voraussetzung dafür, dass die *Privilegierung* aus § 4 GewO Anwendung findet ist der Umstand, dass die Dienstleistung von einer Niederlassung in einem anderen EU-/EWR-Staat erbracht wird⁶³.

⁵⁵ Stenger, Zweites Mittelstandsentlastungsgesetz: Beitrag aus dem Gewerberecht, GewArch 2007, 448 (449).

⁵⁶ Vgl. BVerfG GewArch 2000, 480 (482).

⁵⁷ Vgl. ausführlich hierzu *Leisner, W.G.*, Wettbewerbschutz vor Irreführung durch die HwO? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 17 ff.

⁵⁸ Vgl. *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 1 Rn. 14.

⁵⁹ Vgl. bereits für das Handwerksrecht der HwO die Ausführungen unter B. I. 2. c).

⁶⁰ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 55 Rn. 2.

⁶¹ Vorübergehend ist nicht mit „kurzfristig“ gleichzusetzen, vgl. *Storr*, in: Pielow, GewO, § 4 Rn. 16.

⁶² *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 55 Rn. 2.

⁶³ *Storr*, in: Pielow, GewO, § 4 Rn. 10.

§ 4 Abs. 2 GewO enthält eine *Rückausnahme* für den Fall, dass die Reise-gewerbetätigkeit zur Umgehung der innerdeutschen Vorschriften aus einem anderen EU-/EWR-Mitgliedstaat erbracht wird.

Handelt es sich bei dem Gewerbe nicht um ein solches, bei dem ein ge-sonderter Sachkunde- oder Unterrichtsnachweis vorausgesetzt wird, wie dies für das Handwerk im Reisegewerbe der Fall ist, entfällt auch die Anzei-g nach § 13 a GewO.

Was die Zuverlässigkeitsprüfung angeht, so sind gem. § 13 b GewO ausländi-sche Unterlagen anzuerkennen, wenn sie für die Beurteilung der Zuver-lässigkeit von Bedeutung sind⁶⁴.

Im Ergebnis sind nach dieser Vorschrift Reisegewerbetreibende, die vom EU-/EWR-Ausland aus tätig werden, von den Anforderungen des § 55 GewO befreit⁶⁵.

4. § 1 und § 35 a GewStDV, § 15 Abs. 2 EStG

Neben diesen gewerberechtlchen Vorschriften haben die Begriffe des Rei-segewerbes und des stehenden Gewerbes auch *steuerrechtliche Relevanz*.

Das Gewerbesteuerrecht unterscheidet zwischen stehenden Gewerbebetrie-ben und Reisegewerbebetrieben⁶⁶. Ein stehender Gewerbebetrieb ist gem. § 1 GewStDV jeder Gewerbebetrieb, der kein Reisegewerbebetrieb i.S.d. § 35 a Abs. 2 GewStDV ist.

§ 35 a Abs. 1 GewStDV bestimmt, dass auch Reisegewerbebetriebe der Ge-werbsteuer unterliegen, soweit sie *im Inland betrieben* werden. § 35 a Abs. 2 S. 1 GewStDV der Vorschrift definiert den Reisegewerbebetrieb dahinge-hend, dass der Inhaber des Gewerbebetriebes nach den Vorschriften der GewO einer Reisegewerbekarte bedarf. § 35 a Abs. 2 S. 2 GewStDV stellt klar, dass für den Fall, dass ein und derselbe Gewerbetreibende sowohl ein stehendes Gewerbe als auch daneben ein Reisegewerbe betreibt, der Betrieb in vollem Umfang steuerlich als stehendes Gewerbe zu behandeln sei.

§ 35 a GewStDV gilt damit im Ergebnis nur für Gewerbebetriebe i.S.d. § 15 Abs. 2 EStG i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG, die im Inland oder im Ausland be-trieben werden und die ausschließlich Reisegewerbebetriebe sind, wobei für die Definition eines Reisegewerbebetriebs auf § 55 GewO verwiesen wird⁶⁷.

Damit ist insbesondere nicht Voraussetzung für die Qualifizierung als Rei-segewerbebetrieb, dass eine Betriebsstätte fehlt⁶⁸. Auch wird durch diese

⁶⁴ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 55 Rn. 2.

⁶⁵ Storr, in: Pielow, GewO, § 4 Rn. 24.

⁶⁶ Hofmeister, in: Blümich, § 35 a GewStG Rn. 1.

⁶⁷ Hofmeister, in: Blümich, § 35 a GewStG Rn. 3.

⁶⁸ Hofmeister, in: Blümich, § 35 a GewStG Rn. 7.

Norm indirekt klargestellt, dass ein stehendes Gewerbe neben einem Reisegewerbe betrieben werden kann⁶⁹.

II. Relevanz der Unterscheidung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe

Die Unterscheidung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe hat maßgebliche Relevanz, da in der Folge an die jeweilige Qualifikation *unterschiedliche Anforderungen* an die *zulässige Ausübung* des Gewerbes geknüpft werden, was sich zum einen aus *Sinn und Zweck* der Anforderungen der HwO (vgl. unter 1.) und zum anderen der GewO (vgl. unter 2.) sowie der GewStDV (vgl. unter 3.) ergibt.

1. Zweck und Anforderungen der HwO

Die HwO bestimmt als Voraussetzung für das zulässige Betreiben eines Handwerks im stehenden Gewerbe gem. § 1 HwO, dass der Gewerbetreibende den sog. *großen Befähigungsnachweis* besitzen und in die Handwerksrolle eingetragen sein muss.

a) Die Anforderungen der persönlichen Zuverlässigkeit und der fachlichen Qualifikation

Der große Befähigungsnachweis stellt neben dem Erfordernis der *persönlichen Zuverlässigkeit* Anforderungen an die *fachliche Qualifikation* des Gewerbetreibenden. Diese Qualifikationen sind nicht zur Ausübung des Handwerks als solchem erforderlich, aber für das Betreiben des Handwerks als stehendes Gewerbe. Ein Angestellter in einem Handwerksbetrieb, der eben nicht selbständig ist, ist dem Erfordernis des großen Befähigungsnachweises nicht unterworfen. Der Meistertitel, der zum selbständigen Betreiben eines Handwerks im stehenden Gewerbe erforderlich ist, garantiert damit die „*meisterhafte*“ *Ausübung* des Handwerks⁷⁰ in Abgrenzung zur bloßen Ausübung durch den Gesellen.

Die fachlichen Qualifikationen des selbständigen Gewerbetreibenden umfassen neben *berufsspezifischen Anforderungen*, die je nach Handwerk durch bestimmte Meisterprüfungsberufsbilder festgelegt werden⁷¹, auch *allgemeine betriebswirtschaftliche, kaufmännische und rechtliche Kenntnisse*⁷² sowie *berufs- und arbeitspädagogische Kenntnisse*⁷³.

b) Der Zweck der Gefahrenabwehr

Seit der großen Handwerksnovelle von 2003 verfolgt die HwO mit dem gro-

⁶⁹ Hofmeister, in: Blümich, § 35 a GewStG Rn. 11.

⁷⁰ Deterbeck, HwO, § 45 Rn. 7.

⁷¹ § 45 Abs. 1 HwO. Vgl. ausführlich zu diesen Meisterprüfungsbildern Deterbeck, HwO, § 45 Rn. 6 ff.

⁷² § 45 Abs. 3 HwO.

⁷³ § 45 Abs. 3 HwO.

Ben Befähigungsnachweis neben dem Zweck der *Sicherung der besonderen Ausbildungsleistung* im Handwerk den Zweck der *Abwehr von Gefahren für Leib und Leben Dritter*⁷⁴.

Die in der Anlage A zur HwO aufgeführten zulassungspflichtigen Handwerke, für die der große Befähigungsnachweis erforderlich ist, weisen damit alle ein gewisses *Gefährdungspotential* auf⁷⁵.

Der Gesetzgeber geht dementsprechend davon aus, dass das selbständige Betreiben eines stehenden Gewerbes mit einem gewissen Gefährdungspotential neben der persönlichen Zuverlässigkeit auch ein Mindestmaß an fachlicher Qualifikation erfordert.

2. Zweck und Anforderungen der GewO

Im Gegensatz zur HwO verfolgt die GewO andere Ziele, was sich auf die Anforderungen des Gesetzes hinsichtlich des zulässigen Betriebens eines Gewerbes auswirkt [vgl. unter a)] und gleichzeitig auch das Verhältnis von Reisegewerbe im Handwerk zur HwO und Reisegewerbe in den übrigen Gewerben im Verhältnis zur GewO beeinflusst [vgl. unter b)].

a) Die bloße Anforderung der persönlichen Zuverlässigkeit – wesentlicher Unterschied zur HwO

Gem. § 57 GewO ist einzige Voraussetzung für die Erteilung einer Reisegewerbekarte gem. § 55 Abs. 2 GewO, dass der Antragsteller die *persönliche Zuverlässigkeit* im Hinblick auf das angestrebte Gewerbe aufweist⁷⁶. Erfüllt der Antragsteller diese Voraussetzung, besitzt er einen *Rechtsanspruch* auf Erteilung der Reisegewerbekarte⁷⁷.

Hierin liegt ein großer, wesentlicher Unterschied zur HwO, die wie dargelegt umfangreiche Anforderungen an die auch fachliche Qualifikation des Gewerbetreibenden stellt.

Folglich kann ein und dasselbe Handwerk, das im stehenden Gewerbe nur unter Nachweis auch fachlicher Qualifikation aus Gründen der Gefahrenabwehr und der Ausbildungssicherung betrieben werden darf, im Reisegewerbe ohne jeglichen Qualifikationsnachweis betrieben werden.

b) Das Reisegewerbe im Handwerk und das Reisegewerbe im Verhältnis zu anderen gewerblichen Tätigkeiten

Die HwO knüpft also *strengere Anforderungen* an die Ausübung eines

⁷⁴ Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 12 ff.

⁷⁵ Zum Teil wurde die Zuordnung der Gewerbe als willkürlich oder sogar systemwidrig kritisiert, vgl. ausführlich zu dieser Kritik Bulla, Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewArch 2012, 470 (472 ff.).

⁷⁶ Vgl. Rossi, in: Pielow, GewO, § 55 Rn. 26.

⁷⁷ Rossi, in: Pielow, GewO, § 55 Rn. 26.

Handwerks im stehenden Gewerbe, als die GewO an das Ausüben eines Handwerks im Reisegewerbe. Nach der HwO werden, wie bereits dargelegt, die persönliche und die fachliche Eignung garantiert, nach § 55 GewO hingegen nur die persönliche Zuverlässigkeit⁷⁸.

Gleichzeitig ist jedoch zu beachten, dass *innerhalb der GewO*, die grundsätzlich in § 1 GewO die volle Gewerbefreiheit vorsieht, das Reisegewerbe in § 55 GewO einen strengeren Maßstab vorsieht, da es über eine bloße Anzeigepflicht⁷⁹ hinaus eine Erlaubnispflicht in Form der Reisegewerbekarte vorsieht⁸⁰. Innerhalb der GewO ist das Reisegewerbe im Vergleich zum übrigen stehenden Gewerbe (mit Ausnahme des Handwerks, das im stehenden Gewerbe den Vorschriften der HwO unterliegt) dementsprechenden strengeren Anforderungen unterworfen. Dies begründet der Gesetzgeber mit dem Verbraucherschutzgedanken, der insbesondere auch vor Überrumpfung schützen soll⁸¹.

Damit stellt die *HwO* grundsätzlich im Verhältnis zur GewO ein *Spezialgesetz* dar, soweit das *stehende Gewerbe* betroffen ist⁸². Was das *Handwerk im Reisegewerbe* betrifft, ist die *HwO* hingegen bloßes *Auffanggesetz*⁸³.

3. Zweck der GewStDV

Die GewStDV bezweckt die einheitliche Durchführung der Gewerbesteuer, wie sie durch das GewStG vorgegeben wird. Die Gewerbesteuer ist eine *Objektsteuer*, der ein *wirtschaftlicher Betriebsbegriff* zugrunde liegt⁸⁴.

Anknüpfungspunkt für die Gewerbesteuer ist in der Regel die *Betriebsstätte*⁸⁵. Da eine solche in der Regel in Fällen des Reisegewerbes fehlt, bezweckt die Norm des § 35 a GewStG i.V.m. § 35 GewStDV unabhängig vom Merkmal der Betriebsstätte einen Anknüpfungspunkt für die Erhebung der Gewerbesteuer bei Reisegewerbebetrieben zu geben⁸⁶.

Ergebnis zu B.

Das Reisegewerbe und das stehende Gewerbe sind zwei Formen der Gewerbeausübung, die je nach ausgeübtem Gewerbe aufgrund der gesetz-

⁷⁸ BVerwG NVwZ 2014, 1241 (1244). vgl. die Ausführungen unter B. II. 1. a) und 2. a).

⁷⁹ Pielow, in: Pielow, GewO, § 1 Rn. 191.

⁸⁰ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 55 Rn. 2.

⁸¹ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 55 Rn. 2; Korte, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (265).

⁸² Leisner, W.G. Wettbewerbschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 22 ff.

⁸³ Korte, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (265).

⁸⁴ Güroff, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 2 Rn. 1.

⁸⁵ Güroff, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 2 Rn. 5.

⁸⁶ Güroff, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 2 Rn. 5.

lichen Systematik, die mit der HwO ein Spezialgesetz für das Handwerk im stehenden Gewerbe, gleichzeitig aber innerhalb der GewO Sondervorschriften auch für das Handwerk im Reisegewerbe vorsieht, in einem unterschiedlichen spezifischen Verhältnis zueinander stehen. Die Zuordnung der Gewerbetätigkeit zu einer dieser Formen der Gewerbeausübung ist von maßgeblicher Relevanz, was zum einen die Anforderungen an die Zulässigkeit der Gewerbetätigkeit, zum anderen den Anknüpfungspunkt für die Gewerbesteuer betrifft.

C. Die Abgrenzung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe im Handwerk

Vor diesem rechtlichen Hintergrund und den unterschiedlichen Zulassungsanforderungen, die für die Ausübung eines Handwerks im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe gelten, stellt sich die Frage, welche Tätigkeit dem Reisegewerbe und welchem dem stehenden Gewerbe nach welchen Kriterien zuzuordnen ist und inwieweit diese Zuordnungskriterien sich als tragfähig erweisen.

I. Das Fehlen gesetzlicher Abgrenzungskriterien

Zwar stehen *Reisegewerbe* und *stehendes Gewerbe* in einem *Ausschließlichkeitsverhältnis*⁸⁷. § 55 Abs. 1 GewO liefert zwar insoweit eine Legaldefinition, was unter Reisegewerbe zu verstehen ist. Da jedoch weder in der HwO noch in der GewO eine Definition des stehenden Gewerbes niedergelegt ist (2.) und die Tatbestandsmerkmale des § 55 GewO auslegungsbedürftig und -fähig sind, stellt die Abgrenzung der beiden Gewerbearten weiterhin ein Problem dar, vor allem, da jede vollhandwerkliche Tätigkeit auch als Reisegewerbe ausgeübt werden kann (1.).

1. Der unbegrenzte Anwendungsbereich des Reisegewerbes nach der GewO

Nach der gesetzlichen Systematik kann jede gewerbliche Tätigkeit, die ein Vollhandwerk darstellt, auch im Reisegewerbe ausgeübt werden⁸⁸. Dies folgt im *Umkehrschluss* auch aus den Vorschriften, die die Ausübung bestimmter Handwerke im Reisegewerbe untersagen⁸⁹.

Eine *Abgrenzung* des Reisegewerbes zum stehenden Gewerbe anhand des *Umfangs* der erlaubten Tätigkeiten wäre darüber hinaus mit der gesetzlichen *Systematik unvereinbar*, da das Abgrenzungskriterium der „wesentlichen Tätigkeiten eines Handwerks“ aus § 1 Abs. 2 HwO der *Abgrenzung* innerhalb des stehenden Gewerbes zwischen *eintragungspflichtigem Vollhandwerk* und *Minderhandwerk* dient⁹⁰.

Reisehandwerk ist aber *nicht* zwingend *deckungsgleich* mit *Minderhandwerk* und *Minderhandwerk* stellt nach der Systematik der HwO einen Unterfall des im stehenden Gewerbe betriebenen handwerklichen Gewerbes dar.

Dementsprechend kann nicht der Umfang der ausgeführten Tätigkeiten eines Gewerbes als solcher das Abgrenzungskriterium des Reisegewerbes

⁸⁷ Rossi, in: Pielow, GewO, 1. Aufl. 2009, § 55 Rn. 3.

⁸⁸ BVerfG GewArch 2007, 294; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 261 (261).

⁸⁹ VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 261 (261). Vgl. auch die Ausführungen unter B. I. 3.

⁹⁰ Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 12 Rn. 392.

vom stehenden Gewerbe darstellen, auch wenn in der Regel die äußeren Umstände dazu führen, dass im Reisehandwerk tendenziell minderhandwerklich gearbeitet wird⁹¹.

2. Die fehlenden Abgrenzungskriterien in der HwO

Trotz dieser *Überschneidungen im Anwendungsbereich* des Reisegewerbes und dem der HwO unterworfenen stehenden Gewerbe enthält die HwO *keine positiven Abgrenzungskriterien* zu § 55 GewO⁹².

Zwar ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit der HwO gem. § 1 Abs. 2 HwO, dass ein stehendes Gewerbe vorliegt, in den Normen der HwO selbst findet sich jedoch keine Definition des stehenden Gewerbes bzw. keine Abgrenzung zum Reisegewerbe⁹³.

Wie bereits dargelegt ist es auch nicht möglich, über den *Umfang der Tätigkeiten* eine Abgrenzung aus rechtlichen Gründen vorzunehmen, da die Ausübung von wesentlichen Tätigkeiten eines Handwerks primär der Abgrenzung zwischen Voll- und Minderhandwerk dient, nicht jedoch der Klärung der Frage, ob ein stehendes Gewerbe oder ein Reisegewerbe gegeben ist.

Auch die *Art der Tätigkeit* ist kein Abgrenzungskriterium, da ja alle Gewerbe der Anlage A der HwO auch im Reisegewerbe ausgeübt werden können⁹⁴.

Da sich jedoch das stehende Gewerbe negativ unter anderem über das Reisegewerbe definiert⁹⁵, muss eine Abgrenzung des stehenden Gewerbes vom Reisegewerbe möglich sein.

II. Die Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung – Maßgeblichkeit des Zustandekommens des Auftrages

Dieses Fehlen von gesetzlichen definierten Abgrenzungskriterien hat angesichts der unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen für die jeweilige Form der Gewerbeausübung die Notwendigkeit begründet, dass die Rechtsprechung Abgrenzungskriterien entwickelt hat.

In diesem Zusammenhang sind insbesondere zwei Beschlüsse des BVerfG (1.) sowie ein Urteil des OVG NRW (2.) hervorzuheben, die in der jüngeren Vergangenheit eine im Vergleich zur ursprünglichen Rechtsprechung weit- *aus liberalere Tendenz*⁹⁶ aufweisen und dem Reisegewerbe im Ergebnis zu

⁹¹ BVerfG NVwZ 2001, 189 (190).

⁹² *Dürr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (10).

⁹³ Vgl. *Honig/Knörr*, HwO, 4. Aufl. 2008, § 1 Rn. 20, der den stehenden Gewerbebetrieb negativ dahingehend definiert, dass kein Reisegewerbe bzw. kein Gewerbe, das zum Marktverkehr gerechnet wird vorliegt vgl. §§ 55 ff. und 64 ff. GewO.

⁹⁴ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter C. I. 1.

⁹⁵ *Honig/Knörr*, HwO, 4. Aufl. 2008, § 1 Rn. 20.

⁹⁶ *Hüpers*, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (230).

einem größeren Anwendungsbereich zu Lasten des großen Befähigungsnachweises verhelfen.

1. BVerfG vom 27.09.2000 – 1 BvR 2176/98 – und BVerfG vom 27.04.2007 – 2 BvR 449/02 –

Von Bedeutung sind im Wesentlichen die beiden Beschlüsse des BVerfG aus den Jahren 2000 und 2007, in denen das BVerfG den Grundstein für eine weitgehende Anwendbarkeit des § 55 GewO legte.

a) BVerfG vom 27.09.2000 – 1 BvR 2176/98 –

Dem Beschwerdeführer wurde in der Zeit, als er noch Steinmetzgeselle war (die Meisterprüfung bestand er im Juli 1998), eine Reisegewerbekarte für das Aufsuchen von Bestellungen und Anbieten von Steinarbeiten und Arbeiten am Bau, die damit in Zusammenhang stehen, ausgestellt. Die Reisegewerbekarte war mit dem Hinweis versehen, dass Arbeiten im stehenden Gewerbe nicht ausgeübt werden dürfen. Gegen einen ihm 1997 zugestellten Bußgeldbescheid wegen unzulässigen selbständigen Ausübens des Steinmetz- und Steinbildhauer-Handwerks nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 des Schwarzarbeitsgesetzes legte der Beschwerdeführer Einspruch ein. Mit Urteil vom 18.12.1997 verurteilte das Amtsgericht den Beschwerdeführer zu einer Geldbuße in Höhe von 5.000 DM.

Mit seiner Rechtsbeschwerde vor dem *OLG* hatte der Beschwerdeführer keinen Erfolg. Die Verfassungsbeschwerde führte zur Aufhebung der Entscheidungen und zur Zurückverweisung der Sache an das AG.

aa) Das zugrunde liegende instanzgerichtliche Urteil

Dem Beschwerdeführer wurde vom Amtsgericht ohne Beanstandung durch das *OLG* zur Last gelegt, dass er zwar um Aufträge nachgesucht, mit der Ausführung der Arbeiten aber erst zu einem später vereinbarten Zeitpunkt begonnen habe. Das Anbieten einer Leistung i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO setze aber die Bereitschaft und Fähigkeit zur sofortigen vollständigen Ausführung eines Auftrages, zumindest aber zur Erbringung von wesentlichen Teilleistungen voraus, wobei die sofortige Vornahme vorbereitender Arbeiten nicht genüge. Die dem Beschwerdeführer angelasteten Tätigkeiten unterfielen aufgrund ihrer Schwierigkeit auch nicht dem Minderhandwerk, das nach § 1 Abs. 2 HwO nicht der Eintragung in die Handwerksrolle bedürfe. Die Arbeiten wie z.B. „Erstellen einer Sandsteinmauer, Ausarbeiten von Winkel- und Laibungsflächen bei Fenstern, Garagentor und Hausecken Arbeiten von Anschlagpfalzen und Fensterbank; Fugarbeiten“; „Sanierung eines Sandsteinsockels und einer Mauer am Wohnhaus, Einbau von Außenfensterbänken aus Sandstein ...“; „Umfangreiche Steinmetz-Sanierungsarbeiten im Rahmen der Renovierung des Hauses ...“; „Treppenbau-

arbeiten aus unterschiedlichen Natursteinmaterialien im Innen- und Außenbereich“ zählten zum Vollhandwerk. Der Beschwerdeführer habe das Handwerk als stehendes Gewerbe und nicht als Reisegewerbe betrieben.

bb) Die Beurteilung des Sachverhalts durch das BVerfG im Lichte von Art. 12 GG

Das BVerfG hob im Ergebnis das Urteil des OLG und des AG wegen Verstoß gegen Art. 12 GG auf und verwies das Verfahren zur erneuten Verhandlung an das Amtsgericht.

Der Verstoß gegen Art. 12 GG wurde von den Gerichten durch das Verkennen der *Ausstrahlungswirkung* von Art. 12 GG bei der Auslegung von § 55 GewO begangen.

§ 55 GewO müsse im Lichte von Art. 12 GG von den Gerichten weit ausgelegt werden, da sonst die Berufsfreiheit *unverhältnismäßig eingeschränkt* würde⁹⁷.

Zweck der Norm sei der Schutz des Kunden vor dem Risiko unlauterer Geschäftsmethoden mittels der Erlaubnisabhängigkeit von der persönlichen Zuverlässigkeit⁹⁸. Der Gewerbetreibende sei bei Rückfragen bzw. Reklamationen schwerer greifbar.

Vor diesem Hintergrund sei unter dem „Anbieten einer Leistung“ i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO die Bereitschaft und Fähigkeit zur *sofortigen vollständigen Ausführung eines Auftrages* zu verstehen⁹⁹. Es sei Kennzeichen des Reisegewerbes, dass außerhalb einer Niederlassung und ohne vorherige Bestellung das Gewerbe betrieben wird. Dementsprechend muss grundsätzlich die Bereitschaft zur sofortigen Leistungserbringung bestehen.

Hingegen setze die Tatbestandsvariante des „Aufsuchens von Bestellungen auf Leistung“ in § 55 Abs. 1 Nr.1 GewO eine *Erfüllung im zeitlichen Abstand zum Auftrag* voraus¹⁰⁰.

Weder könnten Gemeinwohlbelange, noch der Gesetzeswortlaut eine Auslegung der Norm rechtfertigen, die die eigentliche Leistungserbringung dem stehenden Gewerbe vorbehalten würde. Eine derartige Auslegung würde auch bei der gleich zu behandelnden Tatbestandsalternative des „Feilbieten von Waren“ nicht angewandt. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spreche gegen eine andere Auslegung, wurde die Norm doch eingeführt, um Zweifel hinsichtlich der Abgrenzung des Aufsuchens von Bestellungen auf gewerbliche Leistung und dem Anbieten gewerblicher Leistungen zu besei-

⁹⁷ BVerfG NVwZ 2001, 189 (189).

⁹⁸ BVerfG NVwZ 2001, 189 (189).

⁹⁹ BVerfG NVwZ 2001, 189 (189).

¹⁰⁰ BVerfG NVwZ 2001, 189 (189).

tigen. Eine *restriktive Auslegung* der Vorschrift würde auch dem *Schutzzweck nicht genügen*. Eine Irreführung ist bei Vorlage der Reisegewerbekarte auch im Fall der verzögerten Leistungserbringung nicht zu befürchten, da dem Besteller bewusst sei, dass kein Meisterbetrieb vorliegt und

*„der Umfang und das Ausmaß möglicher Leistungen regelmäßig eingeschränkt [sei], da eine Werkstatt im Sinne eines stehenden Betriebes nicht zur Verfügung steht. [...] Tendenziell geht es insoweit um Minderhandwerk. Letztlich ist es aber nicht ausgeschlossen, dass im Reisegewerbe auch einmal die volle Kunstfertigkeit eingesetzt wird“*¹⁰¹ (Herv. u. Erg. d. d. Verf.).

Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe sei die *Initiative zur Leistungserbringung*, die im Reisegewerbe vom Anbietenden ausgeht. Im stehenden Gewerbe geht die Geschäftstätigkeit hingegen von der gewerblichen Niederlassung aus, wobei die Kunden sich dorthin begeben und um Angebote nachsuchen. Der *Besteller sei sich dessen bewusst*, dass im Reisegewerbe nur die persönliche Zuverlässigkeit, im stehenden Gewerbe hingegen zusätzlich die fachliche Qualifikation garantiert sei. Aus diesem Grund sei *keine Konkurrenz* zwischen den beiden Betätigungsformen zu besorgen¹⁰².

Der Beschluss ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der VGH BW, der ursprünglich genau diese Auffassung hinsichtlich der Auslegung der Variante des „Bestellens von Leistungen“ vertrat¹⁰³, seine Rechtsprechung mit dem Argument geändert hatte¹⁰⁴, eine klare Abgrenzung zur Meisterpflicht gem. § 1 HwO sowie das Verhindern von Umgehungen dieser Anforderungen erfordere es, § 55 GewO eng auszulegen, und hiermit in Literatur und Rechtsprechung auf große Zustimmung traf¹⁰⁵.

Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung wieder den Zustand von 1972 hergestellt¹⁰⁶.

b) BVerfG vom 27.04.2007 – 2 BvR 449/02 –

Dieser Beschluss aus dem Jahr 2000 wurde vom BVerfG im Jahr 2007¹⁰⁷ nochmals bestätigt.

Dem Verfahren zugrunde lag der Sachverhalt, dass der Beschwerdeführer über eine Reisegewerbekarte verfügte, die ihm das Feilbieten und den An-

¹⁰¹ BVerfG NVwZ 2001, 189 (189).

¹⁰² BVerfG NVwZ 2001, 189 (190).

¹⁰³ VGH BW, Beschl. v. 20.11.1972 – IV 168/72 –, GewArch 1973, 159.

¹⁰⁴ VGH BW, Urt. v. 12.09.1995 – 14 S 1215/95 –, GewArch 1995, 475.

¹⁰⁵ Vgl. *Hüpers*, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (231).

¹⁰⁶ *Hüpers*, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (232).

¹⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.04.2007 – 2 BvR 449/02 –.

kauf von Baustoffen und Beschlägen sowie das Anbieten und Aufsuchen von Bestellungen auf Baudienstleistungen aller Art gestattet. Anlässlich einer Baukontrolle, bei der die Errichtung eines Dachstuhls durch den Beschwerdeführer festgestellt wurde, erließ das zuständige Amtsgericht einen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss hinsichtlich der Wohnung und der Betriebsstätte des Beschwerdeführers. Zweck war das Auffinden von Beweismitteln, aus denen hervorgeht, dass der Beschwerdeführer Schwarzarbeit, d.h. vollhandwerkliche Tätigkeiten im stehenden Gewerbe ohne Eintragung in die Handwerksrolle gem. §§ 1, 7 HwO, ausführt.

Der Beschwerdeführer legte gegen den Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss Beschwerde vor dem Landgericht ein, die als unbegründet zurückgewiesen wurde. Hiergegen legte der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde ein.

aa) Das zugrunde liegende instanzgerichtliche Urteil

Das LG sah den Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss als rechtmäßig an, da nach dem Stand der Ermittlungen ein *hinreichender Tatverdacht* bestanden hätte. Die Errichtung eines kompletten Dachstuhls sei kein Bauvorhaben von nur untergeordnetem Umfang und Ausmaß, dies entspreche vielmehr der Neuerrichtung eines Wohnhauses. Die Tätigkeit sei deswegen dem Anschein nach dem Zimmererhandwerk zuzuordnen, für das der Beschwerdeführer nicht in die Handwerksrolle eingetragen sei. Dass die Reisegewerbekarte den Beschwerdeführer auch zur Durchführung handwerklicher Leistungen im Reisegewerbe berechtige, kann nichts daran ändern, dass wegen des Umstandes, dass einem Reisegewerbetreibenden eine Werkstatt nicht zur Verfügung steht, *Umfang und Ausmaß handwerklicher Tätigkeiten im Reisegewerbe rein faktisch beschränkt* sei. Die Errichtung eines Dachstuhls sei daher als ausreichender Anhaltspunkt für das Überschreiten der nach der Reisegewerbekarte erlaubten Tätigkeit anzusehen.

bb) Die Beurteilung des Sachverhalts durch das BVerfG im Lichte von Art. 12 GG

Das BVerfG hob in seinem Beschluss die angegriffene Entscheidung des Landgerichts wegen *Verkennung der Austrahlungswirkung* des Art. 12 GG bei der Auslegung von § 55 GewO auf¹⁰⁸.

Eine Durchsuchung erfordere einen hinreichenden Tatverdacht, insbesondere auch wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Bei Durchsuchungen bei Handwerkern, wegen Verstoßes gegen die HwO und das SchwarzArbG, ist stets Art. 12 GG zu berücksichtigen. Wenn im Rahmen der Ermittlungstätigkeit Unklarheit darüber besteht, ob überhaupt eine Ord-

¹⁰⁸ BVerfG GewArch 2007, 294 (295).

nungswidrigkeit gegeben ist, muss eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden, v.a. auch im Hinblick auf die Auslegung der §§ 1, 7 HwO bzw. § 55 GewO.

Diesen Anforderungen sei das Landgericht nicht gerecht geworden. Die Auslegung von § 55 GewO sei fehlerhaft vorgenommen worden, so dass kein hinreichender Anfangsverdacht für einen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss gegeben war.

Das BVerfG beanstandete zwar nicht die Feststellung des Landgerichts, dass

„Umfang und Ausmaß möglicher handwerklicher Leistungen im Reisegewerbe regelmäßig eingeschränkt sein werden, da eine Werkstatt im Sinne eines stehenden Betriebs bei Reisegewerbetreibenden nicht zur Verfügung steht“¹⁰⁹ (Herv. d. d. Verf.).

Trotz dieses *tendenziell minderhandwerklichen Charakters* der Tätigkeiten im Reisegewerbe stellte das BVerfG jedoch nochmals ausdrücklich klar, dass auch der vollständige *Leistungsumfang eines Vollhandwerks* im Reisegewerbe durchgeführt werden kann, da ausschließlich die Initiative des Anbietenden das Abgrenzungskriterium zum stehenden Gewerbe sei¹¹⁰. Der Leistungsumfang kann daher keinen ausreichenden Anfangsverdacht begründen. Das BVerfG lässt allerdings in dieser Entscheidung ausdrücklich offen,

„ob die Existenz einer Werkstatt dazu führt, dass auch auf Initiative des Gewerbetreibenden zustande gekommene handwerkliche Aufträge als handwerkliche Tätigkeiten im stehenden Gewerbe anzusehen sind“¹¹¹ (Herv. d. d. Verf.).

Dieser Satz ist zwar grundsätzlich vor dem Hintergrund zu sehen, dass das BVerfG darüber zu entscheiden hatte, ob die Ausstrahlungswirkung von Art. 12 GG im Rahmen der zulässigen Annahme eines Anfangsverdachts beachtet wurde.

„Der Anfangsverdacht als Eingriffsvoraussetzung i.S.d. § 94 Abs. 2 StPO muss eine Tatsachengrundlage haben, aus der sich die Möglichkeit der Tatbegehung durch den Beschuldigten ergibt, ohne dass es auf eine erhöhte Wahrscheinlichkeit ankommt, nur eine bloße Vermutung reicht nicht aus. Andererseits muss sich aus den Umständen, die den Anfangsverdacht tragen, nicht bereits eine genaue Tatkonkretisierung ergeben“¹¹² (Herv. d. d. Verf.).

¹⁰⁹ BVerfG GewArch 2007, 294 (295).

¹¹⁰ BVerfG GewArch 2007, 294.

¹¹¹ BVerfG GewArch 2007, 294.

¹¹² BVerfG NSTZ-RR 2004, 143 (143).

Wenn das BVerfG also auf die gegebenenfalls Maßgeblichkeit der Existenz einer Werkstatt für die zulässige Annahme eines Anfangsverdachts eingeht, dann kann hieraus aber nicht der zwingende Schluss gezogen werden, dass die Existenz einer Werkstatt rechtlich stets auch das Vorliegen eines Reisegewerbes ausschließt. Die Werkstatt ist hier vielmehr Teil der Tatsachengrundlage, die eine bloße Vermutung begründen kann.

Die Formulierung des BVerfG legt hingegen nahe, dass die Existenz einer Werkstatt nicht nur für die Begründung des Anfangsverdachts maßgeblich sein könnte, sondern auch für die rechtliche Zuordnung zum Reisegewerbe.

Daher vertritt das BVerfG in diesem Punkt zwar nicht zwangsläufig eine ausdrücklich andere Ansicht als das OVG NRW¹¹³, die Art der Formulierung sowie die ausdrückliche Bezugnahme auf das Urteil des OVG NRW in diesem Kontext führen jedoch dazu, dass das Urteil in diesem Sinne zu verstehen sein dürfte.

2. OVG NRW vom 06.11.2003 – 4 A 511/02 –

Zeitlich zwischen diesen beiden Beschlüssen des BVerfG erging ein Beschluss des OVG NRW¹¹⁴ zur Abgrenzung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe, in dem das OVG eine partiell andere Auffassung als das BVerfG in seinem Beschluss aus dem Jahr 2007 hinsichtlich der Konsequenzen der Existenz einer Werkstatt vertrat.

a) Die zugrunde liegende instanzgerichtliche Entscheidung

Dem Beschluss lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein gelernter Zimmerer über eine Reisegewerbekarte verfügte, die es ihm ermöglichte, Zimmererarbeiten im Rahmen des Reisegewerbes auszuführen. In der Folge wurde dem Beschwerdeführer die selbständige Ausübung des Zimmerergewerbes im stehenden Gewerbe unter Androhung eines Zwangsgeldes untersagt. Begründet wurde die Anordnung damit, dass der Beschwerdeführer ausschließlich von seiner Wohnung aus, die seinen Betriebssitz darstellen würde, tätig wurde, was zur Konsequenz habe, dass der Kläger im stehenden Gewerbe tätig würde. Auch im Umfang habe der Beschwerdeführer ein stehendes Gewerbe betrieben, er habe einen Dachstuhl erstellt bzw. zumindest teilweise errichtet, wobei der Beschwerdeführer die nötigen Vorarbeiten im Sägewerk eines Dritten durchgeführt habe.

Die für das Reisegewerbe kennzeichnende *sofortige Leistungsbereitschaft* sei auch beim Aufsuchen von Bestellungen für Handwerksarbeiten maßgeblich. Handwerksarbeiten, die erst später ausgeführt werden, erfordern die

¹¹³ BVerfG GewArch 2007, 294 (295); vgl. *Dürr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (9).

¹¹⁴ OVG NRW GewArch 2004, 32.

Erfüllung der Voraussetzungen der HwO für das zulässige Ausüben eines stehenden Gewerbes.

Der Widerspruch des Beschwerdeführers war erfolglos, ebenso wie die Klage in erster Instanz.

b) Die Beurteilung des Sachverhaltes durch das OVG NRW im Lichte von Art. 12 GG

Das OVG hob im Ergebnis die Untersagungsverfügung auf, da der Beschwerdeführer zulässigerweise im Reisegewerbe tätig geworden sei.

Das OVG schloss sich in seiner Entscheidung damit der Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahr 2000 im weitesten Sinne an, vertrat jedoch hinsichtlich der *Auswirkungen der Existenz einer Werkstatt* einen anderen Standpunkt als das BVerfG nachfolgend in seinem Beschluss aus dem Jahr 2007¹¹⁵.

Das OVG ordnete das Vorgehen des Beschwerdeführers als Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen ein, welches ihm mit der Reisegewerbekarte auch erlaubt war¹¹⁶. Im Folgenden schloss es sich der Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahr 2000 an, dass auch eine nach Absprache mit dem Kunden auf einen späteren Zeitpunkt verlegte Ausführung handwerklicher Leistungen vom Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen umfasst wird¹¹⁷. Darüber hinaus übernahm es die Auffassung des BVerfG, dass auch die Ausführung vollhandwerklicher Leistungen im Reisegewerbe ohne großen Befähigungsnachweis zulässig sei¹¹⁸, mithin seien nicht der Umfang und das Ausmaß der Leistungen das entscheidende Abgrenzungskriterium. Allerdings stellte das OVG NRW im Unterschied zum BVerfG in seinem Beschluss aus dem Jahr 2007 klar, dass die *Existenz einer gewerblichen Niederlassung* neben dem Kriterium der Vertragsanbahnung für die Zuordnung eines Gewerbes zum Reisegewerbe oder zum stehenden Gewerbe *unerheblich* sei¹¹⁹:

„Geht die Initiative zum Erbringen der Leistung vom Handwerker aus – sofern der Gewerbetreibende eine gewerbliche Niederlassung besitzt gilt das nur im Rahmen seiner „Außen­tätigkeit“ – [...] liegt Reisege­werbe vor“¹²⁰ (Erg. d. d. Verf.).

[...]

¹¹⁵ Vgl. hierzu auch ausführlich *Diirr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, *GewArch* 2011, 8 (9).

¹¹⁶ OVG NRW *GewArch* 2004, 32 (33).

¹¹⁷ OVG NRW *GewArch* 2004, 32 (33).

¹¹⁸ OVG NRW *GewArch* 2004, 32 (33).

¹¹⁹ OVG NRW *GewArch* 2004, 32 (33).

¹²⁰ OVG NRW *GewArch* 2004, 32 (33).

„Für die Zuordnung einer Tätigkeit zum Reisegewerbe ist das Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung unerheblich“¹²¹.

Begründet wird dies mit dem Wortlaut von § 55 GewO, der ausdrücklich auch den Fall vorsieht, dass ein Reisegewerbetreibender neben dem Reisegewerbe eine gewerbliche Niederlassung besitzt. Damit setzt sich das OVG NRW jedoch nicht zwangsläufig in Widerspruch zu dem nachfolgend ergangenen Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2007. Das OVG NRW beurteilte nämlich die *Rechtmäßigkeit einer Untersagungsverfügung*, mit der eine abschließende rechtliche Zuordnung einer Tätigkeit zum stehenden Gewerbe vorgenommen wurde. Das BVerfG hingegen beurteilte die Frage, ob die Existenz einer Werkstatt eine hinreichende Vermutung bzgl. des Vorliegens eines stehenden Gewerbes für die Begründung eines Anfangsverdachts im Rahmen eines Durchsuchungsbeschlusses darstellen könne. Die Begründung eines Anfangsverdachts ist noch keine abschließende rechtliche Zuordnung einer Tätigkeit zum stehenden Gewerbe, vielmehr soll sie die Ermittlung der notwendigen Tatsachen, die eine solche Zuordnung erfordert, ermöglichen. Aus der Formulierung des BVerfG sowie aus dem Umstand, dass das BVerfG in diesem Zusammenhang explizit die andere Ansicht des OVG NRW anführte ist jedoch zu schließen, dass das BVerfG durchaus die rechtliche Zuordnung der Tätigkeit im Blick hatte.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass seit dem ersten Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2000 die Rechtsprechung einhellig das Reisegewerbe vom stehenden Gewerbe ausschließlich über das Erfordernis der *Initiative zur Leistungserbringung* des Anbietenden im Reisegewerbe abgrenzt. Zwar haben die äußeren Umstände des Reisegewerbes, die darin bestehen, dass es genau keine Betriebsstätte mit einer Werkstatt gibt, von der aus die Tätigkeit (ursprünglich) ausgeht, insoweit Einfluss auf das Ausmaß und den Umfang der Tätigkeit, als sie faktisch dazu führen, dass bestimmte Tätigkeiten nicht im Reisegewerbe ausgeführt werden können. Rechtliches Kriterium ist die Existenz einer Werkstatt für die Beurteilung der Art des Gewerbes jedoch nicht.

Auch die Nutzung einer gewerblichen Niederlassung z.B. eines Dritten zur Ausführung bestimmter erforderlicher Arbeiten hindert nicht die Annahme eines Reisegewerbes.

III. Kritische Analyse – Erweiterungstendenzen des Reisegewerbes?

Die vorstehend analysierte Rechtsprechung führt dazu, dass im Grunde *ein Reisegewerbetreibender vollhandwerklich tätig werden kann, ohne den gro-*

¹²¹ OVG NRW GewArch 2004, 32 (33).

ßen Befähigungsnachweis zu besitzen. Erreicht wird dieser Effekt dadurch, dass der Schwerpunkt der Abgrenzung vom Zeitpunkt hinsichtlich der Ausübung der Tätigkeit auf den der Art der Vertragsanbahnung verschoben wird (1.). Diese Schwerpunktverlagerung ist insbesondere als konsequente Fortführung der Rechtsprechung des BVerfG zum großen Befähigungsnachweis zu sehen (2.) und steht gleichzeitig im Spannungsfeld mit letzterem (3.), wobei sich auch die Frage nach der Geeignetheit, sowohl in praktischer Hinsicht als auch im Hinblick auf verfassungsrechtliche Anforderungen, des alleinigen Abgrenzungskriteriums der Initiative der Vertragsanbahnung (4., 5. und 6.) im Rahmen einer kritischen Analyse stellt.

1. Die Bestellung von Leistungen mit späterer Ausführung – eine Schwerpunktverlagerung?

In dem erneuten Abgrenzen von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe durch das Kriterium der *Initiative des Anbieters zur Vertragsanbahnung* könnte im Vergleich zum zwischenzeitlich relevanten Kriterium des Zeitmoments der Ausführung der Tätigkeit eine rechtlich relevante *Schwerpunktverlagerung* zu sehen sein.

- a) Die ständige Rechtsprechung zur Abgrenzung von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe vor dem Urteil des BVerfG vom 27.09.2000

Wie schon angedeutet nahm die Rechtsprechung vor dem Beschluss des BVerfG vom 27.09.2000 die Abgrenzung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe, was das Tatbestandsmerkmal des Aufsuchens von Bestellungen in § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO betraf, maßgeblich anhand des Kriteriums der sofortigen Bereitschaft zur Auftragsausführung vor¹²². Nach dieser Rechtsprechung war die nicht sofortige, sondern in Absprache mit dem Kunden auf einen späteren Zeitpunkt verlegte Ausführung handwerklicher Leistungen nicht vom Tatbestandsmerkmal des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistungen umfasst, mit der Begründung, diese restriktive Auslegung sei im Interesse einer klaren Abgrenzung zum stehenden Gewerbe geboten¹²³. Dieser Annahme liegt die Ansicht zugrunde, dass der Vertragsabschluss und seine Erfüllung als Einheit im Sinne einer bestehenden Bereitschaft zur sofortigen Leistungserbringung verstanden werden¹²⁴.

Die Bereitschaft zur sofortigen Leistung erforderte zwar nach dieser Rechtsprechung nicht, dass die sofortige Ausführung des gesamten Auftrages an Ort und Stelle möglich war¹²⁵, die Bereitschaft zur sofortigen Ausführung

¹²² VGH BW GewArch 1995, 475 (476); OVG NRW GewArch 1999, 32.

¹²³ Hüpers, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (231).

¹²⁴ Korte, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (268).

¹²⁵ VGH BW GewArch 1995, 475 (476).

einer Teilleistung sei ausreichend¹²⁶. Allerdings durfte es sich bei der Teilleistung

„nicht lediglich um vorbereitende Tätigkeiten, wie etwa das Grundieren von Flächen, handeln“¹²⁷.

[...]

„[Es] muss vielmehr mit der Ausführung des eigentlichen Auftrags, also mit der wesentlichen handwerksspezifischen Arbeit bereits begonnen worden sein“¹²⁸ (Änd. d. d. Verf.).

Schon in der damaligen Rechtsprechung war mithin der Umfang der ausgeübten Tätigkeit nicht entscheidend.

Maßgebliches Kriterium neben der Initiative der Leistungserbringung¹²⁹ durch den Gewerbetreibenden war allerdings der Zeitpunkt der Ausführung eines mehr als nur vorbereitenden Teils des auf eigene Initiative erworbenen Auftrags. Auch im Fall des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistung war diese Teilleistung sofort, d.h. an Ort und Stelle, beim Kunden zu erbringen.

Die Existenz einer Betriebsstätte hatte in diesem Zusammenhang nur *indirekt rechtliche Relevanz*. Mit der Auftragsakquirierung beim Kunden musste der Reisegewerbetreibende nämlich eine wesentliche Teilleistung sofort, d.h. nicht an seiner bzw. der gewerblichen Niederlassung eines Dritten, erbringen. Ob er später einen Teil des Auftrages im Rahmen seiner bzw. der gewerblichen Niederlassung eines Dritten erbringt, änderte an der Qualifizierung der Tätigkeit als Reisegewerbe hingegen grundsätzlich nichts.

Während diese erste Entscheidung des VGH BW also noch offen lies, ob zumindest ein Teil des Auftrages zeitlich später ausgeführt werden könne, bezog das Gericht in einem späteren Urteil diesbezüglich ausdrücklich Stellung und erklärte, dass angesichts des Interesses an einer klaren Abgrenzung zu dem für handwerkliche Tätigkeiten geltenden Meisterprinzips die Tatbestandsvariante auch des „Aufsuchen(s) von Bestellungen auf Leistung“ restriktiv dahingehend ausgelegt werden müsse, dass eine spätere Ausführung des Auftrages nicht umfasst sei¹³⁰.

b) Der Wegfall des Erfordernisses der möglichen Ausführung des Auftrages vor Ort

Genau dieses *Erfordernis der Bereitschaft zur Ausführung einer wesentlichen Teilleistung* sofort, d.h. vor Ort, wurde vom BVerfG und in der Folge

¹²⁶ VGH BW GewArch 1995, 475 (476) unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung.

¹²⁷ VGH BW GewArch 1995, 475 (477).

¹²⁸ VGH BW GewArch 1995, 475 (477).

¹²⁹ VGH BW GewArch 1995, 475 (476).

¹³⁰ Hüpers, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (231).

auch von den Fachgerichten für die Tatbestandsvariante des „Aufsuchens von Bestellungen auf Leistung“ gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO *nicht mehr aufrecht erhalten*.

Das BVerfG wies ausdrücklich darauf hin, dass auch die zeitlich nach der Auftragsakquirierung liegende tatsächliche Ausführung des Auftrages vom Merkmal des „Aufsuchens von Bestellungen auf Leistung“ umfasst sei, ja das dieses Merkmal eine zeitlich später erfolgende Auftragsdurchführung geradezu voraussetze¹³¹. Der *Gesetzgeber hat diesen Umstand*, der die Abgrenzung zum stehenden Gewerbe erschwert, auch *bewusst in Kauf genommen*, da er diese Tatbestandsvariante des Reisegewerbes erst 1960 in die GewO aufgenommen habe¹³². Zuvor gab es nur die Möglichkeit, das Reisegewerbe gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO mittels des Anbietens von Leistungen auszuüben. Das „Anbieten von Leistungen“ setzt jedoch unzweifelhaft die

*„Bereitschaft und Fähigkeit zur sofortigen vollständigen Ausführung eines Auftrags“*¹³³

voraus.

Diese Interpretation des Gesetzgeberwillens ist indes nicht unbestritten:

In ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen¹³⁴ hinsichtlich der Frage, ob die Bundesregierung gesetzgeberischen Klarstellungsbedarf hinsichtlich des § 55 GewO sehen würde, vertrat die Bundesregierung die Ansicht, der Gesetzgeber habe mit dem Schaffen der Variante des „Aufsuchens von Bestellungen auf Leistung“ nicht die zeitlich nachfolgende Vertragserfüllung dem Reisegewerbe zuordnen wollen¹³⁵.

Der Gesetzgeber habe hingegen mit der Aufnahme der Ausübungsform des Reisegewerbes durch das „Aufsuchen von Bestellungen auf Leistung“ gerade *Schwierigkeiten*, die sich bei der Grenzziehung zwischen der sofortigen Leistungsbereitschaft, die im Rahmen der *Abgrenzung* des bereits erlaubnispflichtigen *Aufsuchens von Bestellungen auf Waren* und dem *Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen* ergaben, *beseitigen* wollen¹³⁶. Erfasst werden sollten v.a. Fälle, bei denen das Haustürgeschäft nur auf den Vertragsabschluss gerichtet ist und die Vertragserfüllung durch andere Gewerbetreibende erfolgt (z.B. Werbekolonnen für Zeitschriften und Vergleichbares)¹³⁷. Mit dieser Änderung sollte hinsichtlich des Kriteriums des Anbietens einer

¹³¹ BVerfG NVwZ 2001, 189 (189).

¹³² BVerfG NVwZ 2001, 189 (189).

¹³³ BVerfG NVwZ 2001, 189 (189).

¹³⁴ BT-Drs. 13/10396.

¹³⁵ BT-Drs. 13/10676, S. 6 ff.

¹³⁶ BT-Drs. 13/10676, S. 6; vgl. übereinstimmend auch BVerfG NVwZ 2001, 189 (190).

¹³⁷ BT-Drs. 13/10676, S. 6.

Leistung nicht die sofortige Leistungsbereitschaft überflüssig gemacht werden¹³⁸. Insbesondere sollte durch diese Tatbestandsalternative nicht die Möglichkeit geschaffen werden, durch spätere Ausführung bestellter Handwerksleistungen ein stehendes Gewerbe ohne Beachtung der spezialrechtlichen Vorgaben der HwO zu betreiben¹³⁹. Demnach sei die spätere Erbringung der bestellten Leistung nicht mehr als dem Reisegewerbe zugehörig anzusehen und nur durch Handwerksbetriebe zulässig, nur das Aufsuchen von Bestellungen darf durch jedermann erfolgen¹⁴⁰. Die Bundesregierung bezog sich hier ausdrücklich auf die Rechtsprechung des VGH BW aus dem Jahr 1995.

Folge dieser Ansicht war eine *Doppelregulierung* von Reisehandwerkern¹⁴¹.

Das BVerfG ging in seinem Beschluss aus dem Jahr 2000 ausführlich auf den Willen des Gesetzgebers bei der Schaffung der Alternative „Aufsuchen von Bestellungen von Leistungen“ ein und kam zu einem anderen Ergebnis. Mit der Einführung dieser Tatbestandsalternative sollten die früher in der Praxis aufgetauchten Zweifel hinsichtlich der Frage, wann das Aufsuchen von Bestellungen ende und die Vertragserfüllung anfangs, beseitigt werden¹⁴². Dies ergebe sich schon aus der *Gleichstellung* des Anbietens von Leistungen mit dem Aufsuchen von Bestellungen. Darüber hinaus sollten mittels der Einführung gleicher Tatbestandsvoraussetzungen für Waren und Leistungen Abgrenzungsschwierigkeiten bzgl. der Frage, ob Bestellungen auf eine Ware oder auf eine gewerbliche Leistung aufgesucht worden sind beseitigt werden, da für Waren von jeher auch das Aufsuchen von Bestellungen bereits im Reisegewerbe möglich war¹⁴³. Der Gesetzgeber habe insbesondere auch das *Konfliktpotential mit dem Recht der HwO* gesehen, da er mit den §§ 56 Abs. 1 Nr. 1 d), Nr. 5, 30 b GewO die ihm erforderlichen *Ausnahmen* für bestimmte Handwerke festgelegt hat¹⁴⁴.

Unabhängig vom Gesetzgeberwillen begründete das BVerfG seine weitere Auslegung von § 55 GewO mit den Erfordernissen von Art. 12 GG, eine enge Auslegung der Norm sei mangels rechtfertigenden vernünftigen Gründen des Gemeinwohls nicht verfassungskonform¹⁴⁵.

c) Die Reduzierung auf das ausschließliche Kriterium der Initiativergreifung

Die Ansicht des BVerfG, nur eine weite Auslegung des § 55 GewO sei mit Art. 12 GG vereinbar, führt zwangsläufig dazu, dass allein das Kriterium der

¹³⁸ BT-Drs. 13/10676, S. 6.

¹³⁹ BT-Drs. 13/10676, S. 6.

¹⁴⁰ BT-Drs. 13/10676, S. 6.

¹⁴¹ Korte, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (268).

¹⁴² BVerfG NVwZ 2001, 189 (190).

¹⁴³ BVerfG NVwZ 2001, 189 (190).

¹⁴⁴ BVerfG NVwZ 2001, 189 (190).

¹⁴⁵ Vgl. hierzu auch ausführlich Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 28.

Initiative zum Vertragsschluss, die vom Gewerbetreibenden ausgehen muss, die Zuordnung zum Reisegewerbe begründen kann.

Denn weder das Zeitmoment noch der Umfang bzw. die Art der Tätigkeit können nach vorstehend ausgeführtem der Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe dienen.

Konsequenterweise stellt das BVerfG in seinen Beschlüssen aus dem Jahr 2000 und 2007 dann auch ausschließlich darauf ab, ob der Gewerbetreibende die Initiative zur Vertragsanbahnung erbracht hat¹⁴⁶.

d) Das ausdrückliche Offenlassen der Bedeutung der Existenz einer festen Werkstatt – eine Inkonsequenz?

Unklarheit wird hinsichtlich der maßgeblichen Abgrenzungskriterien allerdings dadurch erzeugt, dass das BVerfG in seinem Beschluss aus dem Jahr 2007 unter ausdrücklicher Nennung der Ansicht des OVG NRW, das die Irrelevanz dieses Umstandes für die Frage, ob eine Tätigkeit im Reisegewerbe vorliege, festgestellt hat¹⁴⁷, offen lässt, welche *Bedeutung die Existenz einer gewerblichen Niederlassung* für einen Gewerbetreibenden hat¹⁴⁸, zumindest was die Begründung eines Anfangsverdachts i.S.v. § 94 Abs. 2 StPO betrifft.

aa) Der Niederlassungsbegriff der Gewerbeordnung

Zunächst ist in diesem Zusammenhang der Niederlassungsbegriff der GewO herauszuarbeiten. Der Begriff der gewerblichen Niederlassung ist § 4 Abs. 3 GewO zu entnehmen¹⁴⁹.

Eine Niederlassung liegt demnach vor, wenn eine *selbständige gewerbsmäßige Tätigkeit auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Einrichtung von dieser aus tatsächlich ausgeübt wird*.

Diese Norm wurde im Rahmen der Umsetzung der sog. Dienstleistungsrichtlinie erlassen¹⁵⁰. Die *ursprüngliche Definition* der Niederlassung war in § 42 Abs. 2 GewO a.F. enthalten und wurde ersatzlos aufgehoben¹⁵¹. Der *Schwerpunkt* der neuen Legaldefinition liegt nun nicht mehr in der ordnungspolitischen verbraucherorientierten Abgrenzung zwischen stehendem und Reise-Gewerbe¹⁵², sondern in der *europarechtlich relevanten Abgrenzung* zwischen der dem Recht des Aufnahmestaates unterworfenen *Niederlassung* und der rechtlich überwiegend dem Entsendestaats unterworfenen *grenzüberschreitenden Dienstleistung*¹⁵³. Zweck der Dienstleistungs-

¹⁴⁶ BVerfG GewArch 2007, 294 (295); BVerfG NVwZ 2001, 189 (190).

¹⁴⁷ OVG NRW GewArch 2004, 32 (33).

¹⁴⁸ BVerfG GewArch 2007, 294 (295).

¹⁴⁹ Rossi, in: Pielow, GewO, § 55 Rn. 9.

¹⁵⁰ Vgl. insb. Art. 4 Abs. 5 RL 2006/123/EG; vgl. Storr, in: Pielow, GewO, § 4 Rn. 39.

¹⁵¹ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 4 Rn. 32.

¹⁵² Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 4 Rn. 45.

¹⁵³ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 4 Rn. 32.

richtlinie, vor deren Hintergrund § 4 Abs. 3 GewO grundsätzlich auszulegen ist, ist die Förderung der grenzüberschreitenden Dienstleistung, weshalb der Niederlassungsbegriff eher eng auszulegen ist¹⁵⁴.

Die Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe in der GewO, die an den Niederlassungsbegriff anknüpft, verfolgt hingegen angesichts der Erlaubnispflicht aus § 55 GewO bzw. der Anzeigepflicht aus § 56 GewO einen Verbraucherschützenden Zweck¹⁵⁵. Diese unterschiedlichen gesetzgeberischen Zielvorstellungen sind bei der Auslegung des Niederlassungsbegriffs im Rahmen von § 55 GewO zu berücksichtigen und gegebenenfalls modifizierend in Ansatz zu bringen¹⁵⁶.

bb) Die Bedeutung der Existenz einer gewerblichen Niederlassung im Rahmen von § 55 Abs. 1 GewO

Es stellt sich vor diesem Begriffsverständnis der Niederlassung die Frage, welche Bedeutung der Umstand der Existenz einer gewerblichen Niederlassung für die Qualifikation einer Tätigkeit als Reisegewerbe aufweist und inwieweit eine Berücksichtigung dieses Kriteriums im Rahmen der Abgrenzung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG vereinbar wäre.

Das OVG NRW stellt in diesem Zusammenhang überzeugend auf den Wortlaut von § 55 Abs. 1 GewO ab¹⁵⁷.

§ 55 Abs. 1 GewO setzt voraus, dass die gewerbliche Tätigkeit entweder *außerhalb der eigenen gewerblichen Niederlassung* oder *ohne eine solche* stattfindet.

Sobald also eine Voraussetzung des § 4 Abs. 3 fehlt, handelt der Gewerbetreibende ohne Niederlassung und § 55 Abs. 1 GewO findet Anwendung¹⁵⁸.

Aus dem Umstand, dass auch das Handeln außerhalb der *eigenen gewerblichen Niederlassung* explizit § 55 Abs. 1 GewO unterfällt, lässt sich schließen, dass das bloße Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung dem Vorliegen einer Tätigkeit im Reisegewerbe nicht entgegensteht¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 4 Rn. 45. Folge der Erfüllung der Voraussetzungen einer Niederlassung ist im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie ja, dass die Niederlassung vollständig dem Recht des Aufnahmestaates unterworfen wird.

¹⁵⁵ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 4 Rn. 45.

¹⁵⁶ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 4 Rn. 46; vgl. auch in diesem Sinne Korte, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (267).

¹⁵⁷ OVG NRW GewArch 2004, 32 (33).

¹⁵⁸ Korte, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (267).

¹⁵⁹ Korte, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (267); vgl. auch in diesem Sinne Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 27; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 55 Rn. 51, hier auch unter Verweis auf die Gesetzesbegründung in der BT-Drs. 3/318, S. 41, wonach der Gesetzgeber davon ausging, dass der angesprochene Personenkreis in der Regel nicht über eine gewerbliche Niederlassung verfügen werde.

Zudem kann die *Nutzung einer fremden gewerblichen Niederlassung* nicht der Qualifikation einer Tätigkeit als Reisegewerbe entgegenstehen, da sich nach dem Wortlaut der Norm die Alternative „ohne eine solche zu haben“¹⁶⁰ auf die Alternative „außerhalb seiner Niederlassung“ bezieht¹⁶¹. Mithin ist das vollständige Fehlen einer Betriebsstätte genauso zu behandeln, wie die Tätigkeit von einer fremden Niederlassung aus¹⁶².

Die bloße Existenz einer gewerblichen Niederlassung sieht das OVG daher überzeugend als rechtlich unerheblich an.

Im Gegensatz dazu lies das BVerfG in seinem Beschluss aus dem Jahr 2007 ausdrücklich offen, ob allein die bloße Existenz einer festen Werkstatt des Gewerbetreibenden zur Folge hat, dass

„auch auf Initiative des Anbietenden zustande gekommene handwerkliche Aufträge als handwerkliche Tätigkeiten im stehenden Gewerbe **anzusehen** sind“¹⁶³ (Herv. d. d. Verf.).

Im Hinblick auf das vorstehend ausgeführte, stellt sich dies als inkonsequent dar¹⁶⁴. Auf der einen Seite stellt das BVerfG ausschließlich auf das Abgrenzungskriterium der Initiative des Anbietenden ab, auf der anderen Seite zieht es offensichtlich in Betracht, die Existenz einer festen Werkstatt als Ausschlusskriterium zumindest im handwerklichen Bereich anzusehen. Damit wäre für das Handwerk gerade nicht nur die Initiative zur Leistungserbringung entscheidend. Dass das BVerfG auf die bloße Existenz einer festen Werkstatt abstellt, erscheint in diesem Zusammenhang zu weitgehend, insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 55 GewO explizit vorsieht, dass Reisegewerbe und stehendes Gewerbe nebeneinander ausgeübt werden können.

Wenn das BVerfG nun trotzdem in seinem Beschluss im Anschluss an das Urteil des OVG NRW sogar so weit geht, anzudenken, die bloße Existenz einer Werkstatt könne bereits gegen die Annahme eines Reisegewerbes sprechen, so scheint dem BVerfG die Konsequenz seiner vorherigen Rechtsprechung, nämlich eine völlige *Verwischung der Grenzen* zwischen Handwerk im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe bewusst geworden zu sein. In der Aussage des BVerfG kann vor diesem Hintergrund der Versuch gesehen werden, zumindest was die Abgrenzung von handwerklichen Tätigkeiten im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe betrifft, Einschränkungen zugunsten des Handwerks im stehenden Gewerbe vorzunehmen.

¹⁶⁰ D.h. eine eigene gewerbliche Niederlassung.

¹⁶¹ Korte, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 (267).

¹⁶² OVG NRW GewArch 2004, 32 (33).

¹⁶³ BVerfG GewArch 2007, 294 (295).

¹⁶⁴ Ebenso Dürr, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (9).

Würde das BVerfG seine Rechtsprechung hingegen auch im Bereich handwerklicher Tätigkeiten konsequent weiterverfolgen, so könnte die Existenz einer gewerblichen Niederlassung die Zulässigkeit einer Tätigkeit im Reisegewerbe nicht berühren, da weder die zeitlich versetzte Ausführung eines Auftrages, noch der Tätigkeitsumfang, noch der Ort der Ausführung entscheidend sind, sondern allein das Kriterium der Initiative der Vertragsanbahnung¹⁶⁵.

2. Erweiterungstendenzen des Anwendungsbereiches des Reisegewerbes vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG zum großen Befähigungsnachweis

Diese bisher analysierte Rechtsprechung des BVerfG zur Auslegung von § 55 GewO, die sich vor allem durch ein sehr *liberales Verständnis von Art. 12 Abs. 1 GG* erklären lässt, ist zur Gänze nur fassbar, wenn sie im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises als subjektive Berufszulassungsbeschränke gesehen wird, zu der sie im Ergebnis eine konsequente Fortführung darstellt¹⁶⁶.

a) Die Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises im Hinblick auf Art. 12 GG nach der Reform von 2003

Das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen¹⁶⁷, gerade auch im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen Handwerk im stehenden Gewerbe und im Reisegewerbe, die *Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises* grundsätzlich bestätigt, allerdings unter gewissen Einschränkungen.

Zusammengefasst lässt sich die Linie des BVerfG dahingehend darstellen, dass sich der große Befähigungsnachweis im Lichte von Art. 12 Abs. 1 GG als *subjektive Berufszulassungsbeschränkung* darstellt¹⁶⁸. Diese subjektive Berufszulassungsbeschränkung ist *gerechtfertigt*, wenn sie *wichtigen Zielen des Allgemeinwohls* dient und auch im Übrigen *verhältnismäßig* ist¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Vgl. so auch ausdrücklich *Dürr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (10 ff.), der darauf hinweist, dass das BVerfG in seinem Urteil aus dem Jahr 2000 sich explizit dem Standpunkt des BUH (Berufsverband unabhängiger Handwerkerinnen und Handwerker) angeschlossen hat, wonach zum Zeitpunkt des reisegewerblichen Leistungsangebotes zunächst nur vorbereitende Tätigkeiten abgewickelt würden, womit automatisch die Irrelevanz der Frage, wo und wie die weitere Leistungserbringung erfolgt bzw. vorbereitet wird, feststehe.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Leisner*, W.G., Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 55 ff.

¹⁶⁷ BVerfG 13, 97 ff. als erste Entscheidung des BVerfG zum großen Befähigungsnachweis und hierauf aufbauend in jüngerer Vergangenheit BVerfG GewArch 2000, 480; BVerfG NVwZ 2003, 856; BVerfG GewArch 2007, 294.

¹⁶⁸ BVerfGE 13, 97 (106).

¹⁶⁹ BVerfGE 13, 97 (107) und (115). Vgl. grundlegende Ausführungen des BVerfG zur 3-Stufen-Theorie in BVerfGE 7, 377 (Apotheken-Urteil).

Ursprünglich verfolgte der Gesetzgeber mit dem großen Befähigungsnachweis das *Ziel der Ausbildungs- und Qualitätssicherung*¹⁷⁰.

Diese Ziele wurden als wichtige Ziele des Allgemeinwohls qualifiziert, die durch den großen Befähigungsnachweis auch in verhältnismäßiger, d.h. geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise umgesetzt würden¹⁷¹. Die Angemessenheit, also die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, wurde vom BVerfG damals allerdings mit der Maßgabe bejaht, dass

„[...] von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden sollte“¹⁷² (Erg. d. Verf.).

„Eine großzügige Praxis käme jedenfalls dem Ziele der Handwerksordnung entgegen, die Schicht leistungsfähiger selbständiger Handwerkerexistenzen zu vergrößern. Dem Bestreben des Gesetzes, den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks zu erhalten und zu fördern, läuft eine weite Auslegung des Begriffs der Ausnahmefälle nicht zuwider, weil ein Berufsbewerber in jedem Falle die zur selbständigen Ausübung seines Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen muss“¹⁷³.

Im Jahr 2003 allerdings wurden vom Gesetzgeber im Rahmen der *großen Handwerksnovelle* grundlegende Änderungen, auch was die durch den großen Befähigungsnachweis verfolgten Ziele angeht, vorgenommen¹⁷⁴. Diese Reformbemühungen hatten nicht zuletzt den Hintergrund, die *Verfassungskonformität* des großen Befähigungsnachweises angesichts der faktischen und rechtlichen Umwälzungen seit dem Jahr 1961 *zu sichern*, insbesondere ihn *europafest* zu machen¹⁷⁵.

Nunmehr dient der große Befähigungsnachweis neben der *Ausbildungssicherung* dem Zweck der *Abwehr von Gefahren für Leib und Leben*¹⁷⁶.

Die Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises auch hinsichtlich dieser Gesetzeszwecke wurde vom BVerfG *indirekt* bereits *bestätigt*¹⁷⁷. Neben dieser neuen Zwecksetzung der HwO wurden Ausnahmeregelungen vom großen Befähigungsnachweis geschaffen, namentlich um das Problem der *Inländerdiskriminierung*, dass sich über die Unanwendbarkeit

¹⁷⁰ Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 10 ff.

¹⁷¹ BVerfGE 13, 97 (121).

¹⁷² BVerfGE 13, 97 (121).

¹⁷³ BVerfGE 13, 97 (121).

¹⁷⁴ BT-Drs. 15/2138.

¹⁷⁵ Vgl. *Leisner, W.G.*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsrechtsprechung, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 72 ff.

¹⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 15/2246 S. 22 für die Gefahrenabwehr sowie BR-Plenarprotokoll 795/2003 S. 517 für die Sicherung der besonderen Ausbildungsleistung.

¹⁷⁷ Vgl. BVerfG GewArch 2006, 71 ff., zwar noch zur alten Rechtslage jedoch mit ausdrücklichem Hinweis auf die nunmehr geltenden Regelungen.

der Qualifikationsanforderungen auf Unionsausländer stellt¹⁷⁸, die von ihrer Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 und Art. 56 AEUV Gebrauch machen, zu entschärfen¹⁷⁹. Auch dies war ein Erfordernis nach Art. 12 Abs. 1 GG, da das BVerfG die Inländerdiskriminierung als zu berücksichtigendes Element im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung des Eingriffs in die Berufsfreiheit qualifizierte¹⁸⁰.

In Summe stellt das BVerfG damit fest, dass der große Befähigungsnachweis zwar zum Zweck der Gefahrenabwehr und der Sicherung der besonderen Ausbildungsleistung ein gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit sein kann, jedoch nur, wenn *ausreichend Härtefallregelungen* existieren. Damit wurde das System des großen Befähigungsnachweises zum einen durch eine wesentliche *Verminderung* der dem großen Befähigungsnachweis unterfallenden *Gewerbe*¹⁸¹ sowie durch die *Erweiterung der Ausnahmetatbestände* für die verbleibenden zulassungspflichtigen Gewerbe in seinem Wirkungsumfang aufgrund der verfassungsrechtlichen Anforderungen, namentlich denen aus Art. 12 Abs. 1 GG, wesentlich eingeschränkt¹⁸².

Art. 12 Abs. 1 GG in dieser liberalen Auslegung fördert unter diesem Blickwinkel die Gewerbefreiheit zu Lasten des großen Befähigungsnachweises.

b) Die Ausstrahlungswirkung des Art. 12 GG – Zwangsläufigkeit der weiten Auslegung des § 55 GewO?

Vor dem Hintergrund dieser Interpretation von Art. 12 GG erklärt sich auch die weite Auslegung des § 55 GewO durch das BVerfG¹⁸³.

Wenn der *große Befähigungsnachweis* nur sehr *eingeschränkt verfassungskonform* ist, weitet sich gleichzeitig der Anwendungsbereich des Reisegewerbes, das mit seinen geringeren Anforderungen einen leichteren Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt, aus. Zwar ist die Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises grundsätzlich unabhängig vom Reisegewerbe zu beurteilen. Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass die *maßgeblichen Entscheidungen* des BVerfG hinsichtlich der Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises im Rahmen der Abgrenzung auch zwischen Reisegewerbe und Handwerk im stehenden Gewerbe

¹⁷⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Leisner; W.G.*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH und Verfassungsgerichtsrechtsprechung, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 76 ff.

¹⁷⁹ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die sogenannte Altgesellenregelung aus § 7 b HwO.

¹⁸⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Leisner; W.G.*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH und Verfassungsgerichtsprechung, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 66 ff.

¹⁸¹ Von ursprünglich 94 Gewerben unterfallen nunmehr nur noch 41 dem Erfordernis des großen Befähigungsnachweises, vgl. auch *Leisner; W.G.*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH und Verfassungsgerichtsprechung, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 71.

¹⁸² *Honig/Knörr*, HwO, § 1 Rn. 1 spricht sogar von der faktischen Einführung der Gewerbefreiheit auch im Handwerk.

¹⁸³ Vgl. BVerfG GewArch 2000, 480; das BVerfG begründete seine grundrechtsfreundliche Auslegung der HwO nämlich ausdrücklich im Zusammenhang mit der Reisegewerbekartenpflicht nach § 55 GewO.

ergingen¹⁸⁴. Denn Art. 12 GG, in der Auslegung des BVerfG, berührt nicht nur die Auslegung der §§ 55 ff. GewO bzw. der §§ 1, 7 HwO, sondern wirkt bereits entscheidend bei der *vorgelagerten Frage des Anwendungsbereiches der Normen*, wobei sich das stehende Gewerbe ja negativ über das Reisegewerbe definiert.

Wenn nun das BVerfG auf der einen Seite verlangt, dass die Ausnahmeregelungen vom großen Befähigungsnachweis, die die HwO vorsieht, großzügig angewendet werden müssen¹⁸⁵ so stellt es auf der anderen Seite bereits im Vorfeld die Anforderung, § 55 GewO, der ebenfalls eine Art Ausnahme vom großen Befähigungsnachweis darstellt, weit zu interpretieren, womit bereits die Anwendbarkeit der HwO als solche ausgeschlossen ist.

In der Zusammenschau mündet das Vorgehen des BVerfG damit in eine stringente liberale Auslegung des § 12 Abs. 1 GG, der auf der einen Seite bereits eine enge Auslegung des Anwendungsbereiches der HwO und auf der anderen Seite im Anwendungsbereich der HwO eine weite Auslegung der Ausnahmebestimmungen vom großen Befähigungsnachweis fordert.

c) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich des Reisegewerbes wird zu Lasten der Anwendbarkeit der HwO und damit des großen Befähigungsnachweises weit ausgelegt und fügt sich damit in die Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich der Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises im Lichte von Art. 12 Abs. 1 GG nahtlos ein. Denn dadurch wird der Anwendungsbereich der HwO bereits beschränkt, was funktionell denselben Effekt hat, wie die von Art. 12 Abs. 1 GG geforderte großzügige Anwendung der Ausnahmeregelungen vom großen Befähigungsnachweis. Konsequenterweise wird mit dieser Rechtsprechung der Anwendungsbereich des Reisegewerbes zu Lasten des großen Befähigungsnachweises erweitert.

3. *Das Problem von Wertungswidersprüchen zwischen Reisegewerbe und großem Befähigungsnachweis*

Vor dem Hintergrund, dass nunmehr im Hinblick auf die Reisegewerbekartenzpflicht unerheblich ist, wer den Auftrag akquiriert und persönlich ausführt, da es ausreicht, wenn der Betriebsinhaber eine Reisegewerbekarte hat, ist das Abstellen auf das Kriterium der Initiative zum Vertragsschluss als Abgrenzung zum stehenden Gewerbe insoweit nachvollziehbar, als die Reisegewerbekartenzpflicht zwar nur für den Betriebsinhaber besteht, jedoch auch der Angestellte im Reisegewerbe tätig sein muss, um zulässig das Handwerk ohne großen Befähigungsnachweis auszuüben. Hingegen stellt

¹⁸⁴ Vgl. BVerfG GewArch 2000, 480 ff. sowie BVerfG, GewArch 2006, 71 ff.

¹⁸⁵ BVerfGE, 13, 97 (120).

sich jedoch die Frage, ob die derzeitige weite Auslegung des § 55 GewO auch bzgl. handwerklicher Gewerbe wegen der daraus resultierenden Ungleichbehandlung zwischen handwerklicher Betätigung im stehenden Gewerbe und im Reisegewerbe in dann verfassungswidrigem Widerspruch [vgl. unter b)] zu dem Umstand steht, dass der große Befähigungsnachweis (nunmehr) dem Zweck der Abwehr von Gefahren für Leib und Leben dient [vgl. unter a)].

a) Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises aufgrund des Gemeinwohlbelanges der Gefahrenabwehr

Ursprünglich war der mit dem großen Befähigungsnachweis verfolgte Gemeinwohlbelang der der Qualitätssicherung sowie der Sicherung der besonderen Ausbildungsleistung im Handwerk¹⁸⁶.

Mit der Novelle von 2003 wurde die HwO grundlegend reformiert und verfolgt nunmehr nicht mehr die Qualitätssicherung als primären Zweck, sondern neben der Sicherung der besonderen Ausbildungsleistung den *Schutz vor Gefahren für Leib und Leben von Dritten*¹⁸⁷.

Das BVerfG hat sich in diesem Zusammenhang im Jahr 2005 explizit hinsichtlich der Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises zur Erreichung dieser Gemeinwohlbelange i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG geäußert¹⁸⁸.

Gerade vor dem Hintergrund *tatsächlicher Veränderungen* z.B. durch die unionsrechtlich bedingte *Inländerdiskriminierung*¹⁸⁹ wäre der große Befähigungsnachweis zur Erreichung der Qualitätssicherung als Gemeinwohl- aspekt wohl nicht mehr zumutbar und damit unverhältnismäßig gewesen¹⁹⁰. Darüber hinaus wurde die Reduktion der zulassungspflichtigen Berufe der Anlage A auch damit begründet, dass die Meisterpflicht im Verhältnis zur *Gewerbefreiheit* gem. § 1 GewO nur dann zu rechtfertigen sei, wenn sie auf Abwägungen der Sicherheit gestützt werden könne¹⁹¹.

Die Novelle von 2003 hingegen hat über die Schaffung weiterer Ausnahmen vom großen Befähigungsnachweis, die v.a. auch unter dem Aspekt der neuen Zwecksetzung der Gefahrenabwehr möglich waren, diese verfassungsrechtlichen Bedenken weitgehend ausgeräumt¹⁹².

¹⁸⁶ BVerfGE 13, 97 (108 ff.).

¹⁸⁷ BT-Drs. 15/1206, S. 41 bzgl. des Ziels der Gefahrenabwehr sowie Bericht des Staatsministers Erwin Huber zu den Punkten 64 a und b der Tagesordnung, Protokoll des Bundesrates, 795. Sitzung, 19.12.2003, S. 517 bzgl. der Sicherung der besonderen Ausbildungsleistung.

¹⁸⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Leisner; W.G.*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH und Verfassungsgerichtsrechtsprechung, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 69 ff.

¹⁸⁹ BVerfG GewArch 2006, 71 (72).

¹⁹⁰ BVerfG GewArch 2006, 71 (72 ff.).

¹⁹¹ *Diirr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (10).

¹⁹² BVerfG GewArch 2006, 71 (73); ausführlich hierzu vgl. *Leisner; W.G.*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 69 ff.

Aus dieser neuen Zwecksetzung ergibt sich jedoch auch, dass nunmehr nur noch solche Handwerke *zulassungspflichtige* der Anlage A der HwO sein können, die auch eine *gewisse Gefahrgeneigtheit* aufweisen¹⁹³. Wenn dies auch im Verhältnis zur Gewerbefreiheit gem. § 1 GewO die Rechtfertigung der Anforderungen des großen Befähigungsnachweises erleichtert, so wird die Rechtfertigung im Hinblick auf die Anforderungen an das im Reisegewerbe betriebene Handwerk stark erschwert.

Es stellt sich die Frage, wie die Gefahrgeneigtheit auf der einen Seite die Notwendigkeit des großen Befähigungsnachweises begründen kann, auf der anderen Seite jedoch dasselbe Handwerk, sobald es im Reisegewerbe betrieben wird, diese Gefahrgeneigtheit offensichtlich nicht mehr aufweist.

Diese *rechtliche Ungleichbehandlung* der im stehenden Gewerbe und im Reisegewerbe Tätigen erscheint gerade auch vor dem Hintergrund, dass das BVerfG die Abgrenzung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe allein am Kriterium der Initiative zur Vertragsanbahnung vornimmt und gerade nicht an der Art der Tätigkeit, widersprüchlich¹⁹⁴.

b) Gleichzeitig: Die Zulässigkeit der Ausübung vollhandwerklicher Tätigkeiten im Reisegewerbe

Diese zuletzt aufgeworfene Problematik verschärft sich noch, berücksichtigt man den Umstand, dass die Rechtsprechung auf überzeugende Weise anhand der Gesetzssystematik die Meinung vertritt¹⁹⁵, dass auch im Reisegewerbe ein Vollhandwerk ausgeübt werden kann¹⁹⁶. Denn wenn der *Leistungsumfang* nach der gesetzlichen Systematik in Reisegewerbe und stehendem Gewerbe *derselbe* sein kann, dann stellt sich die Frage, warum bei der Initiative der Vertragsanbahnung durch den Gewerbetreibenden die Gefährlichkeit der Ausführung der Tätigkeit geringer sein soll¹⁹⁷. Denn genau die Gefährlichkeit der Tätigkeit und nicht etwa die Gefährlichkeit speziell des *stehenden* Gewerbes, rechtfertigt ja die Anforderungen an die fachliche und die persönliche Zuverlässigkeit der HwO im Vergleich zu der bloß die persönliche Zuverlässigkeit erfordernde Reisegewerbekartenpflicht aus § 55 Abs. 2 GewO¹⁹⁸.

Genau diese Differenzierung wird jedoch von der Rechtsprechung versäumt – wenn nicht verkannt –, wenn sie auf der einen Seite vordergründig allein

¹⁹³ Müller, Meisterpflicht und Gefahrgeneigtheit – zum Grundverständnis der Handwerksordnung nach der Novelle 2004, GewArch 2007, 361 ff.

¹⁹⁴ Ebenso vertreten durch Diirr, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (13 ff.); sowie Hüpers, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (232 ff.).

¹⁹⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen unter C. I. 1.

¹⁹⁶ BVerfG GewArch 2007, 294 (295).

¹⁹⁷ Vgl. Hüpers, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (233); sowie Diirr, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (13 ff.).

¹⁹⁸ Hüpers, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (232).

danach abgrenzt, wer die Initiative zum Vertragsschluss ergriffen hat, auf der anderen Seite jedoch ausdrücklich davon ausgeht, dass aufgrund dieser anderen Form der Auftragsakquise im Reisegewerbe in der Regel Gewerbe

„üblicherweise nicht oder nur selten“¹⁹⁹

derart betrieben werden können, dass die Auftragsdurchführung

„handwerklich aufwendigere und kompliziertere Arbeiten, die unter dem Aspekt der Gefahrgeneigtheit erhöhte Anforderungen stellen“²⁰⁰

umfasst²⁰¹. Die Rechtsprechung hat sich in diesem Zusammenhang die Überlegungen des Gesetzgebers zu Eigen gemacht, der ebenfalls bei der Novelle der HwO von 2003 im Bewusstsein der Problematik davon ausging, dass

„in der Regel im Reisegewerbe nur handwerklich weniger aufwendige und weniger komplizierte Tätigkeiten und Arbeiten durchgeführt werden, die deshalb mit einem geringeren Gefahrenpotential verbunden sind“²⁰².

Nach der Rechtsprechung wird die Geeignetheit des großen Befähigungsnachweises zur Abwehr von Gefahren durch die

„Sonderregelungen für die Niederlassung von Handwerkern aus dem EU/EWR-Ausland (§ 7 Abs. 3 iVm. § 9 HwO), die Zulassungsfreiheit der Friseur Tätigkeit im Reisegewerbe (vgl. § 56 Abs. 1 GewO) und die erlaubte Selbstgefährdung bei der häuslichen, nicht gewerblichen Verwendung von Chemikalien zur Haarbehandlung“²⁰³

nicht in Frage gestellt, da kein

„Verdrängungswettbewerb mit der Folge, dass diese Anforderungen mangels Anwendungsbereich praktisch wirkungslos würden“²⁰⁴,

stattfindet.

Das Argument des *fehlenden Verdrängungswettbewerbs* wird von der Rechtsprechung auch im Zusammenhang mit der Prüfung der Angemessenheit des großen Befähigungsnachweises bemüht²⁰⁵. Die Angemessenheit wäre nach den Ausführungen des Gerichts dann in Frage gestellt, wenn sich aus dem Verdrängungswettbewerb tatsächlich ergeben würde, dass

¹⁹⁹ Vgl. die entsprechende Argumentation des OVG NRW GewArch 2010, 249 (251).

²⁰⁰ OVG NRW GewArch 2010, 249 (251).

²⁰¹ Entsprechend bzgl. der strukturellen Besonderheiten des Reisegewerbes *Stenger*, Zweites Mittelstandsentlastungsgesetz: Beitrag aus dem Gewererecht, GewArch 2007, 448.

²⁰² BT-Drs. 15/1481, S. 19.

²⁰³ BVerwG GewArch 2012, 35 (38), das Urteil erging im Bereich des Friseurhandwerks.

²⁰⁴ BVerwG GewArch 2012, 35 (38).

²⁰⁵ BVerwG GewArch 2012, 35 (38).

„sich das mit der Beschränkungsregelung angestrebte Niveau der Gefahrenabwehr im Friseurhandwerk nicht durchsetzen könnte“²⁰⁶.

Maßgeblich für die Annahme, dass ein solcher Verdrängungseffekt speziell für das Friseurhandwerk nicht vorliegt, war für das Gericht der Umstand, dass die Friseur Tätigkeit im Reisegewerbe einen

„vergleichsweise geringen Marktanteil[s]“²⁰⁷

besitzt und daher das

„Niveau der Gefahrenabwehr insgesamt nicht wesentl. beeinträchtigen“²⁰⁸ würde.

Daneben ist für das BVerwG in einer am selben Tag ergangenen Entscheidung²⁰⁹ maßgeblich, dass der Zweck der Gefahrenabwehr deshalb nur für das Handwerk im stehenden Gewerbe eine Erforderlichkeit aus Gemeinwohlgründen heraus sein kann, da zwischen Handwerk im stehenden Gewerbe und Handwerk im Reisegewerbe grundlegende *strukturelle Unterschiede* bestehen, die dazu führen, dass in der Regel Gewerbe im Reisegewerbe

„üblicherweise nicht oder nur selten“²¹⁰

derart betrieben werden können, dass die Auftragsdurchführung

„handwerklich aufwendigere und kompliziertere Arbeiten, die unter dem Aspekt der Gefahrgeneigtheit erhöhte Anforderungen stellen“²¹¹

umfasst²¹². Diese Unterschiede ergeben sich unter anderem aus der fehlenden *verlässlichen Auftragsstruktur* im Reisegewerbe²¹³.

Das BVerwG bezieht sich zur Untermauerung dieser Ausgangsthese auf die aus dieser Unsicherheit im Reisegewerbe resultierende *begrenzt mögliche personelle und sachliche Ausstattung*²¹⁴. Dies begründete auch die Einschätzung des Gesetzgebers, dass im Reisehandwerk keine gefahrgeneigten Arbeiten in größerem Umfang durchgeführt würden²¹⁵, wobei es gleichzeitig darauf hinweist, dass vor diesem Hintergrund bei einigen Gewerben eine Ausübung im Reisegewerbe „kaum vorstellbar“ sei²¹⁶.

²⁰⁶ BVerwG GewArch 2012, 35 (38).

²⁰⁷ BVerwG GewArch 2012, 35 (38).

²⁰⁸ BVerwG GewArch 2012, 35 (38).

²⁰⁹ BVerwG GewArch 2012, 39 ff.; hier im Rahmen des Dachdeckerhandwerks.

²¹⁰ Vgl. die entsprechende Argumentation des OVG NRW GewArch 2010, 249 (251).

²¹¹ OVG NRW GewArch 2010, 249 (251).

²¹² Entsprechend bzgl. der strukturellen Besonderheiten des Reisegewerbes *Stenger*, Zweites Mittelstandsentlastungsgesetz: Beitrag aus dem Gewerberecht, GewArch 2007, 448.

²¹³ Vgl. OVG NRW GewArch 2010, 249 (251).

²¹⁴ BVerwG GewArch 2012, 39 (41).

²¹⁵ Vgl. BT-Drs. 15/148, S. 19; seither ständige Rechtsprechung vgl. nur BVerwG GewArch 2012, 35 (38); BVerwG GewArch 2012, 39 (41); BVerwG GewArch 2014, 317 (319); OVG NRW GewArch 2010, 249 (251).

²¹⁶ Vgl. entsprechend OVG NRW v. 06.10.2014 Rn. 56 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Urteile des BVerwG GewArch 2012, 35; BVerwG GewArch 2012, 39; sowie OVG Münster GewArch 2010, 249 (251).

Zu Recht wird die *Konsequenz* dieser, isoliert betrachtet, *gesetzessystematisch nicht angreifbaren Auslegung* in der Literatur zum Teil heftig *kritisiert*²¹⁷. Diese Ungleichbehandlung handwerklich Tätiger im stehenden Gewerbe und im Reisegewerbe stelle, betrachtet man das System von HwO und GewO gesetzesübergreifend, einen *Wertungswiderspruch*²¹⁸, ja einen *Systembruch*²¹⁹ dar.

Der Gesetzgeber war sich bei der Novelle der HwO dieser Widersprüchlichkeiten durch die Ungleichbehandlung von Handwerk im stehenden Gewerbe und im Reisegewerbe wohl bewusst. Im Bundesrat wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gefordert, den Anwendungsbereich des großen Befähigungsnachweises auf das Reisegewerbe auszuweiten²²⁰. Die Bundesregierung hingegen schloss in ihrer diesbezüglichen Gegenäußerung die Ausweitung des Anwendungsbereiches des großen Befähigungsnachweises auf das Reisegewerbe mit der Begründung aus, dass im Reisegewerbe

*„in der Regel nur handwerklich weniger aufwendige und weniger komplizierte Tätigkeiten und Arbeiten durchgeführt werden, die deshalb mit einem geringeren Gefahrenpotential verbunden sind“*²²¹.

Überdies war die Bundesregierung der Ansicht, dass der Anwendungsbereich des Reisegewerbes

*„bei handwerklichen Dienstleistungen ausgesprochen eng“*²²²

sei, da die Ausübung des Reisegewerbes gem. § 55 Abs. 1 GewO „ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung“ im

*„Falle eines Tätigwerdens auf den Anruf eines Kunden hin“*²²³

nicht möglich sei, da dann eine vorherige Bestellung vorläge. Die die

*„Gefährlichkeit des jeweiligen Gewerbes ausmachenden Tätigkeitsbereiche [würden] im Reisegewerbe praktisch nicht angeboten“*²²⁴ (Erg. d. d. Verf.),

²¹⁷ Hüpers, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (233) sowie Dürr, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (13).

²¹⁸ Dürr, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (13).

²¹⁹ Hüpers, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 (233).

²²⁰ BT-Drs. 15/1481, S. 10.

²²¹ BT-Drs. 15/1481, S. 19; damit wird auch gleichzeitig die Auffassung des OLG Jena widerlegt, GewArch 2009, 208 ff., dass die Aussagen des BVerfG von 2000 und 2007 dahingehend verstanden werden müssen, dass wesentliche Tätigkeiten eines nach der Anlage A der HwO zulassungspflichtigen Handwerks dann nicht im Reisegewerbe ausgeführt werden dürfen, wenn diese Tätigkeiten den Reformgesetzgeber von 2004 dazu bewegen haben, das Handwerk im Interesse der Sicherheit der Anlage A vorzubehalten; vgl. entsprechend auch Dürr, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (10).

²²² BT-Drs. 15/1481, S. 19.

²²³ BT-Drs. 15/1481, S. 19.

²²⁴ BT-Drs. 15/1481, S. 19.

da diese zumeist eine aufwendige Planung und Organisation erfordern, die ohne eine vorherige Bestellung nicht möglich sei²²⁵. Die aus der nur begrenzten Möglichkeit, Aufträge auf Vorrat zur akquirieren, resultierende erhebliche *wirtschaftliche Unsicherheit*, mache es aus praktischen Gesichtspunkten heraus fast unmöglich, einem im Reisegewerbe handwerklich Tätigen handwerkliche Tätigkeiten im gleichen Umfang auszuüben wie einem im stehenden Gewerbe handwerklich Tätigen²²⁶. Denn die wirtschaftliche Unsicherheit habe zur Folge, dass der Betrieb des Reisegewerbetreibenden weder im Hinblick auf die personelle Ausstattung noch was die

„Ausstattung der Werkstatt“²²⁷

betrifft, einem im stehenden Gewerbe betriebenen Handwerk gleichkomme. Ohne

„verlässliche Auftragsstruktur [sei] die Anschaffung von Maschinen und Werkzeugen nur in begrenztem Umfang möglich. Handwerklich aufwendige und komplizierte Arbeiten [seien] im Reisegewerbe schon deshalb unüblich“²²⁸ (Erg. d. d. Verf.).

Schließlich habe auch der Bundesrat darauf hingewiesen, dass

„die Streichung der Ausnahmeregelung nur geringe wirtschaftliche Folgen hätte“²²⁹.

Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass der Gesetzgeber die Problematik der Widersprüchlichkeit darüber entkräften will, dass er praktische Gesichtspunkte ins Feld führt ohne diese jedoch rechtlich eindeutig klarzustellen²³⁰.

Was rechtlich theoretisch möglich sei, sei praktisch nahezu ausgeschlossen, mithin die absolute Ausnahme. Unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 Abs. 1 GG bleibt damit eine Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung bestehen. Fraglich ist, ob diese rein praktischen Gesichtspunkte einer *sachlichen Rechtfertigung* der offensichtlichen Ungleichbehandlung von handwerklichen Tätigkeiten im stehenden Gewerbe und im Reisegewerbe dienen können. Der sachliche Grund, den die Bundesregierung als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung angegeben hat, ist zusammengefasst der, dass wegen der äußeren Gegebenheiten die gefährlichen Tätigkeiten im Reisehandwerk praktisch nicht ausgeübt werden können sowie die sich aus der

²²⁵ BT-Drs. 15/1481, S. 19.

²²⁶ BT-Drs. 15/1481, S. 19.

²²⁷ BT-Drs. 15/1481, S. 19.

²²⁸ BT-Drs. 15/1481, S. 19 und 20.

²²⁹ BT-Drs. 15/1481, S. 20.

²³⁰ Offensichtlich geht der Gesetzgeber von dem Leitbild des Reisegewerbetriebes ohne eigene Betriebsstätte aus.

wirtschaftlichen Unsicherheit ergebende andere personelle und technische Struktur des Reisegewerbes im Verhältnis zum stehenden Gewerbe. Es fehle also an einer tatsächlichen Ungleichbehandlung mangels Konkurrenz.

Die Rechtsprechung sieht diese Erwägungen als die Ungleichbehandlung rechtfertigende sachlichen Gründe, zumal bislang nicht dargelegt werden konnte, dass faktisch das handwerkliche Reisegewerbe einen Umfang annimmt, der einem Verdrängungswettbewerb gleichkommt²³¹.

Der *Vorwurf des Systembruchs* hingegen, der z.T. erhoben wird²³², kann mit dieser Argumentation im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG *nicht entkräftet* werden. Denn dieser Vorwurf zielt über die Ungleichbehandlung hinaus. Nach dieser Ansicht bedeutet der neue Gesetzeszweck nämlich zusätzlich zu einem neuen verfolgten Allgemeinwohlbelang, dass sich der *Charakter der HwO* von einem *Berufsrecht* des Handwerks²³³ zu dem eines klassischen öffentlichen *Ordnungsrechts*, das ein *Schutzgesetz für die Öffentlichkeit* darstellen soll, gewandelt hat²³⁴. Wenn nun aber die handwerkliche Betätigung im stehenden Gewerbe einem Schutzgesetz unterworfen ist, müsste auch das Betreiben eines Handwerks im Reisegewerbe diesem Schutzgesetz unterworfen werden²³⁵. Die Ausführungen der Bundesregierung, nach denen im Reisehandwerk die gefahrgeneigten Aspekte der handwerklichen Tätigkeiten in der Regel nicht ausgeführt werden können, überzeugen nicht, v.a. unter Berücksichtigung des Umstandes, dass grundsätzlich das Vollhandwerk im Reisegewerbe zulässig und auch bei bestimmten Gewerben ohne Probleme vorstellbar ist, z.B. beim Friseur²³⁶.

Die Rechtsprechung ist sich dieses Umstands, auch wenn sie in ihm keinen Verfassungsverstoß sieht, auch wohl bewusst, da sie auf Kritik damit antwortet, dass nach

„der Wertung des Gesetzgebers [...] im stehenden Betrieb neben der persönlichen auch die fachliche Zuverlässigkeit des Inhabers [...] garantiert [wird]; im Reisegewerbe wird lediglich die persönliche Zuver-

²³¹ Vgl. zuletzt BVerwG GewArch 2014, 317.

²³² *Hüpers*, GewArch 2004, 230 (233).

²³³ Vgl. in diesem Sinne noch ausführlich Landmann/Rohmer, GewO, 10. Aufl., Bd. 2, § 1 S. 39, womit explizit die Ungleichbehandlung zum Reisehandwerker gerechtfertigt wird.

²³⁴ *Hüpers*, GewArch 2004, 230 (233).

²³⁵ Zustimmung auch *Dirr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (13).

²³⁶ Die Rechtsprechung des BVerfG erfährt auch von Seiten der weiteren in diesem Bereich ergangenen Obergerichtlichen Rechtsprechung Kritik, vgl. OLG Jena GewArch 2009, 208 (208), wonach die Rechtsprechung des BVerfG diesbezüglich unklar sei. Auf die Urteile des BVerfG aus dem Jahr 2000 und 2007 ließe sich nicht die Aussage stützen, dass wesentliche Tätigkeiten eines A-Handwerks ohne Berücksichtigung der konkreten Art der Tätigkeiten im Reisegewerbe ausgeführt werden könnten, soweit es sich gerade um die Tätigkeiten handelt, die vom Gesetzgeber im Interesse der Sicherheit der betroffenen Verkehrskreise den zugelassenen Handwerken vorbehalten sind. Es ist bezeichnend, dass es sich bei diesem Urteil um einen Rechtsstreit im unlauteren Wettbewerb dreht; das UWG nimmt klassischerweise eine Verbraucherschützende Perspektive ein und stellt dementsprechend ein klassisches Ordnungsrecht dar.

lässigkeit überwacht. Dies ist für den Besteller deutlich, so dass eine Konkurrenz zwischen den beiden Betätigungsformen nicht zu besorgen ist. Diese vom Gesetzgeber getroffene Einschätzung kann von den Gerichten mangels gesetzlicher Grundlage nicht korrigiert werden“²³⁷ (Änd. u. Herv. d. d. Verf.).

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt über den Wandel der HwO vom Berufsrecht zum öffentlichkeitsschützenden Ordnungsrecht ein zu konstatierender Systembruch bestehen, da handwerkliche Tätigkeiten im Reisegewerbe nicht den Anforderungen der HwO und damit des großen Befähigungsnachweises unterliegen. Die Argumente der Rechtsprechung und des Gesetzgebers, die sich hauptsächlich auf die Verschiedenheit der Gefährdungspotentiale handwerklicher Tätigkeiten im stehenden Gewerbe und im Reisegewerbe auf Grund der strukturellen Unterschiede berufen, überzeugen insoweit nicht, da sie nicht allgemeingültig auf alle Handwerke der Anlage A der HwO übertragbar sind. Die Rechtsprechung zieht sich zusätzlich im Bewusstsein der Problematik auf ihre fehlende Kompetenz, bewusste Entscheidungen des Gesetzgebers zu korrigieren, soweit diese keinen Verfassungsverstoß darstellen, zurück.

4. *Geeignetheit des Abgrenzungskriteriums der sog. Initiativergreifung zur Verhinderung von Missbräuchen?*

Neben dem Vorwurf der Systemwidrigkeit muss sich diese Erweiterung des Anwendungsbereiches des Reisegewerbes durch die ausschließliche Anwendung des Kriteriums der Initiativergreifung zum Vertragsschluss auch die Kritik gefallen lassen, dass ihre *Kontrolle* durch die zuständigen Ordnungsämter²³⁸ *kaum realisierbar* ist. Darüber hinaus bestehen *Unstimmigkeiten im Bewertungsmaßstab*.

Die Reisegewerbekarte legt zwar den Umfang der zulässigerweise im Reisegewerbe erbrachten handwerklichen Leistungen gem. § 55 Abs. 3 GewO fest. Häufig wird allerdings eine solche Vielfalt von Tätigkeiten aus einem

²³⁷ BVerfG GewArch 2000, 480 (482). Vgl. allerdings die insoweit a.A. des OLG Jena GewArch 2009, 208 (209), das für die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer Werbung eines Reisegewerbetreibenden eindeutig darauf abstellt, dass der durchschnittlich informierte Verbraucher bei der Ausführung von wesentlichen Tätigkeiten eines Handwerks nach der Novelle der HwO von 2003 davon ausgeht, dass ein Handwerker, der die Qualifikationsanforderungen der HwO erfüllt, tätig wird; zustimmend auch *Schreiner*, Zu Reisegewerbe und Handwerk, GewArch Nr. 06/2015.

²³⁸ Gem. § 17 HwO ist die Handwerkskammer dafür zuständig, zu kontrollieren, ob ein Gewerbebetrieb in die Handwerksrolle einzutragen wäre, die Gewerbetreibenden sind dementsprechend gem. § 17 Abs. 1 HwO auskunftspflichtig und müssen gem. § 17 Abs. 2 HwO eventuelle Haus- und/oder Betriebsbesichtigungen dulden, die die Beauftragten der Handwerkskammern gem. § 17 Abs. 2 HwO i.V.m. § 29 Abs. 2 GewO durchführen dürfen. Für die Erteilung von Reisegewerbekarten sind hingegen gem. § 61 GewO i.V.m. § 155 Abs. 2 GewO i.V.m. dem jeweiligen Landesgesetz in der Regel die Landratsämter zuständig. Vgl. eine Übersicht über die diesbezüglich erlassenen Regelungen bei *Martinez*, in: Pielow, GewO, § 155 Rn. 8 ff.

Handwerk genehmigt²³⁹, da es mehr als wahrscheinlich ist, dass „bei Gelegenheit“ auch eine vollhandwerkliche Tätigkeit durch den Reisegewerbetreibenden im stehenden Gewerbe ausgeführt wird²⁴⁰. Nach der gesetzlichen Ausgangslage besteht allerdings auch *keine Notwendigkeit* einer *Beschränkung der Reisegewerbekarte*. Nur § 55 Abs. 3 GewO sieht die Möglichkeit von Beschränkungen, Befristungen oder Auflagen und zwar ausschließlich soweit dies zum Schutz der Allgemeinheit oder der Verbraucher erforderlich ist, vor. Da das BVerfG davon ausgeht, dass es dem Besteller einer Leistung bewusst sei, dass ein reisegewerblich tätiger Handwerker keinen Meisterbetrieb führe und daher auch nicht die Qualifikationsanforderungen der HwO erfülle, sei keine Konkurrenz zwischen der handwerklichen Tätigkeit im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe zu befürchten²⁴¹. Wenn aber der *Besteller* sich der *Unterschiede* zwischen den Genehmigungen im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe *bewusst* ist, dann ist er auch *nicht schutzbedürftig*.

Bei der Erteilung von Reisegewerbekarten ist die *Genehmigungsbehörde* darauf angewiesen, zunächst auf die vom Antragsteller *erklärten Absichten zu vertrauen*²⁴². Wenn dieser erklärt, er beabsichtige herumzufahren und seine Leistungen anzubieten, dann genügt dies für die Erteilung einer Reisegewerbekarte, da ein solches Verhalten dazu führt, dass die Initiative zum Vertragsschluss vom Reisegewerbetreibenden ausgeht²⁴³. So konsequent diese Rechtsprechung in Ansehung des alleinigen Abgrenzungskriteriums der Initiative zur Vertragsanbahnung auch ist, so offensichtlich ist ihre *Unzweckmäßigkeit* in der Praxis. Die bloße Behauptung des Antragstellers, *ohne* dass dieser einen irgendwie gearteten *objektiven Nachweis* erbringen muss oder kann, ist für eine Behörde nie nachprüfbar. Das Kriterium der Initiative zum Vertragsschluss basiert auf einer subjektiven Absicht; damit will die Rechtsprechung im Ergebnis darauf hinaus, dass ohne wirksame Kontrollmöglichkeiten jedem Antragsteller die Reisegewerbekarte erteilt werden muss, der nur diese subjektive Absicht behauptet. Diese Schwierigkeiten zeigen sich auch dadurch, dass die zum Teil vorgenommene Argumentation der Gerichte weiter dahingehet, dass es für die Erteilung der Reisege-

²³⁹ Z.B. „Baudienstleistungen aller Art“ vgl. BVerfG GewArch 2007, 294 (294); oder aber Reisegewerbekarten für die Bereiche Tischlerarbeiten, Zimmerer-, Dach-, Malerarbeiten, Innenausbau, Garten- und Landschaftsbau, Baumpflege, Baudienstleistungen, Feilbieten, Ankauf von Holz, Beschlägen, Baustoffen, Farben, Eisenwaren, Möbeln, Brennholz, Neuwagen und Nutzfahrzeugen vgl. *Diirr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (11) mit noch weiteren Beispielen. Vgl. auch die unerschwellige Kritik des OLG Jena, an einer „wenig konkret gefassten Reisegewerbeerlaubnis“ OLG Jena GewArch 2009, 208 (208).

²⁴⁰ *Diirr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (11).

²⁴¹ BVerfG GewArch 2000, 480 (482); vgl. diesbezüglich auch *Diirr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (11).

²⁴² Vgl. VG Würzburg, Urt. v. 11.02.2004 – W 6 K 03.1040 –, *Diirr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (11).

²⁴³ VG Würzburg, Urt. v. 11.02.2004 – W 6 K 03.1040 –.

werbekarte nicht darauf ankommen kann, ob die beabsichtigte Leistung im Reisegewerbe unüblich sei, mithin die Überprüfung der subjektiven Absicht an objektiven Anknüpfungspunkten bzgl. der Realisierung der vorgetragenen subjektiven Absicht nicht möglich sei²⁴⁴. Zwar ist es nicht die Aufgabe der Gewerbebehörde, dem Antragsteller von mit großer Wahrscheinlichkeit erfolglosen Geschäftsmodellen abzuhalten, gleichzeitig jedoch muss es der Genehmigungsbehörde gestattet sein, insbesondere vor dem Hintergrund der großen Überschneidungen zwischen Handwerk im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe, die Glaubhaftigkeit der Angaben des Antragstellers hinsichtlich seiner Absichten zu überprüfen²⁴⁵.

Irritierend ist die Ansicht der Rechtsprechung auch vor dem Hintergrund, dass die Gewerbebehörden die *Entscheidung über die persönliche Zuverlässigkeit*, von der sie die Erteilung von Genehmigungen in der Regel abhängig machen, immer in Form einer *Prognoseentscheidung*, die auf *objektiven Anhaltspunkten* basiert, trifft. Wenn man nämlich die Maßstäbe, die von der Rechtsprechung für die Erteilung einer Reisegewerbekarte angelegt werden, auf die übrigen Entscheidungen der Genehmigungsbehörden übertragen würde, dann hieße dies überspitzt, die Genehmigungsbehörde könne keine Genehmigung mehr versagen, wenn der bisher (aufgrund von Straftaten etc.) Unzuverlässige seine Absicht bekundet, von nun an nur noch zuverlässig zu handeln²⁴⁶.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang überdies, dass die *Handwerkskammern* zwar die Möglichkeiten aus § 17 *HwO* haben, um zu überprüfen, ob der Gewerbetreibende auch wirklich nur im Reisegewerbe tätig wird. Bei dieser Kontrolle stehen sie aber tendenziell vor denselben Schwierigkeiten wie die zuständigen Behörden für die Reisegewerbekartenerteilung. Wenn ausschließlich die Initiative zum Vertragsschluss maßgeblich ist, können *objektive Anknüpfungspunkte* wie die Existenz einer Betriebsstätte etc. grundsätzlich auch nicht dazu führen, dass ein stehendes Gewerbe betrieben wird. Den *Nachweis* zu erbringen, dass der Gewerbetreibende nicht auf eigene Initiative hin seine Aufträge akquiriert, dürfte den Handwerkskammern häufig *schwer* fallen, da diese Frage in offiziellen Dokumenten wie dem Vertrag etc. in der Regel keine Rolle spielt. Auch der *äußere Anschein* der Tätigkeit bietet kaum Anhaltspunkte für die Überprüfung, da ja auch im Reisegewerbe die Erfüllung eines Auftrages in einer Werkstatt nach der Rechtsprechung möglich ist²⁴⁷.

²⁴⁴ VG Würzburg, Urt. v. 11.02.2004 – W 6 K 03.1040 –; vgl. *Dierr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, *GewArch* 2011, 8 (11).

²⁴⁵ *Dierr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, *GewArch* 2011, 8 (11).

²⁴⁶ *Dierr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, *GewArch* 2011, 8 (12).

²⁴⁷ Vgl. *Dierr* Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, *GewArch* 2011, 8 (12).

Erschwert wird den Handwerkskammern die Wahrnehmung ihrer Kontrollfunktion darüber hinaus dadurch, dass nach immer noch herrschender Meinung die Gewerbeanzeige vor den Gewerbebehörden gem. § 14 GewO auch dann vollständig ist, wenn der Antragsteller seiner Pflicht aus § 16 Abs. 1 HwO, dieser Gewerbeanzeige den Handwerkskammern vorzulegen, missachtet²⁴⁸. Da damit den Handwerkskammern zumeist schon die *Kenntnis fehlt*, wen sie zu überprüfen hätte, ist die Effektivität des Kontrollmechanismus aus § 17 HwO stark beeinträchtigt.

Im Ergebnis lässt sich also festhalten, dass das *rein subjektive Kriterium der Initiative zum Vertragsschluss*, ohne die Möglichkeit, dies an objektiven Anhaltspunkten zu überprüfen, den Genehmigungsbehörden keinerlei effektive Kontrollmöglichkeit an die Hand gibt und damit der *Begehung von Schwarzarbeit* Vorschub leistet.

5. Die Realitätsferne der derzeitigen Rechtsauslegung

Schließlich entspricht die derzeitige Rechtsauslegung durch die Rechtsprechung, die ja auch dem Willen der Politik entspricht, nicht den Anforderungen der Realität. Weder das Problem der *Behandlung von Folgeaufträgen* (a) noch die Beeinträchtigungen, die speziell einzelne Gewerbe durch diese Form der Rechtsanwendung erfahren (b) begegnen einer angemessenen Lösung.

a) Die Behandlung von Folgeaufträgen am Beispiel des Friseurhandwerks
Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Reisegewerbes führt auch zu der Streitfrage, wie *Folgeaufträge* von ursprünglich im Reisegewerbe akquirierten Aufträgen zu behandeln sind.

Unter der derzeitigen Auslegung der gesetzlichen Vorschriften durch die Rechtsprechung dürfte ein bloßer Reisehandwerker, der nicht daneben zulässigerweise ein stehendes Gewerbe betreibt, zwar während der zeitlich nach der Auftragsakquirierung liegenden Auftragsbefreiung telefonisch und persönlich erreichbar sein. Hingegen dürfte er keinerlei Folgeaufträge, die sich aus diesem Auftragsverhältnis ergeben, annehmen, da dies die Ausübung eines stehenden Gewerbes darstellen würde.

Es erscheint *realitätsfern*, wenn ein Reisehandwerker, der den ursprünglichen Kundenkontakt selbst initiiert hat, einen aus diesem Geschäftsverhältnis resultierenden Folgeauftrag nur dann realisieren dürfte, wenn er gleichzeitig auch berechtigt ist, ein stehendes Gewerbe zu betreiben²⁴⁹. Es ist aber genauso realitätsfern, dass der Reisehandwerker, der keine Berech-

²⁴⁸ Vgl. ausführlich zu dieser Problematik und der gewichtigen Kritik an dieser h.M., *Dürr*, Vorrang Handwerksrolleneintragung vor Gewerbeanzeige, § 16 Abs. 1 HwO – § 14, 15 GewO, *GewArch* 2006, 107 ff.

²⁴⁹ *Dürr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, *GewArch* 2011, 8 (10).

tigung zum Betreiben eines stehenden Gewerbes hat, den Folgeauftrag ablehnen wird²⁵⁰.

Die unterschiedliche Behandlung von Vollhandwerk im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe erscheint auch diesbezüglich problematisch. Denn ein *Reisegewerbe* ist unter diesen Voraussetzungen nur *sehr schwer dauerhaft* zu betreiben. Der reisegewerbetreibende Handwerker kann nie einen *Kundenstamm* aufbauen, da er ja nur auf eigene Initiative an den Kunden herantreten kann. Praktisch wird man aber anerkennen müssen, dass ein zufriedener Kunde gerne wieder denselben Handwerker beauftragt, unabhängig davon, ob dieser die Tätigkeit im Reisegewerbe oder im stehenden Gewerbe betreibt.

Diese an der Realität vorbeigehende Steuerung wird jedoch offensichtlich vom Gesetzgeber nicht nur in Kauf genommen, sondern vielmehr gerade (gleich einem Zirkelschluss) als *Verteidigung der gesetzlichen Systematik* verwendet. Wie bereits ausführlich dargelegt, rekurriert der Gesetzgeber und in der Folge auch die Rechtsprechung darauf, dass aufgrund der Auftragsstruktur das Reisehandwerk keine Konkurrenz für das Vollhandwerk darstellen würde, weshalb das Reisehandwerk nicht den gesetzlichen Regelungen der HwO unterworfen werden müsse²⁵¹. Die *Auftragsstruktur* ist aber *nicht Prämisse, sondern Folge* des gesetzlichen Abgrenzungskriteriums der Initiative zum Vertragsschluss. Es ist vor diesem Hintergrund inkonsequent, wenn gleichwohl die Ausübung des Handwerks als Vollhandwerk im Reisegewerbe durch die gesetzliche Systematik erlaubt wird, obwohl die Art der Auslegung der Norm eine solche Ausübung des Vollhandwerks de facto verhindert. Eine klare Regelung bzgl. des Umfangs der zulässigen handwerklichen Tätigkeiten im Reisegewerbe wäre wünschenswert.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung von Missbräuchen ist die durch die gesetzliche Lage hervorgerufene Situation kritisch zu sehen. Denn es ist für die Ordnungsbehörden kaum nachvollziehbar, ob der Folgeauftrag auf Initiative des Reisegewerbetreibenden oder auf Initiative des Kunden zu Stande gekommen ist.

b) Die praktische Unmöglichkeit der Ausübung des Reisegewerbes im Baugewerbe

Die eben angesprochene Problematik der Behandlung von Folgeaufträgen kommt indirekt auch dann zum Tragen, wenn teilweise der Vorwurf erhoben wird, dass *bestimmte Gewerbe* unter den derzeitigen Voraussetzungen realistischerweise nicht im Reisegewerbe betrieben werden könnten.

²⁵⁰ Dürr, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (10).

²⁵¹ Vgl. die Ausführungen unter C. III. 3. b).

Die Rechtsprechung stellt zum Teil darauf ab, dass gewisse Tätigkeiten nicht im Reisegewerbe durchgeführt werden können²⁵², da die Bereitschaft zur sofortigen Leistung aus praktischen Gründen in der Regel nicht möglich sein wird²⁵³. Ausschlaggebend war in diesen Fällen, dass neben der Streitfrage, ob das Aufsuchen von Bestellungen auf Leistung auch die nachfolgende Ausführung der Handwerksleistung erfasst, häufig, dass das betreffende Handwerk bei Ausübung seines wesentlichen Kerns in jedem Fall Tätigkeiten umfasst, die nicht außerhalb einer gewerblichen Niederlassung durchgeführt werden können²⁵⁴. Auf den Punkt gebracht ist dies das häufig vorgebrachte Argument, dass wesentliche Tätigkeiten eines Vollhandwerks der Anlage A nicht außerhalb einer gewerblichen Niederlassung, die im stehenden Gewerbe betrieben wird, erbracht werden können²⁵⁵.

Von Relevanz ist diese Problematik insbesondere auch im *Baugewerbe*²⁵⁶. Gerade in diesem Handwerk ist der Anteil der reisegewerblichen Tätigkeit sehr hoch²⁵⁷. Und gerade in diesem Handwerk kann das Erfordernis, dass die Initiative zur Leistungserbringung immer vom Anbietenden ausgehen muss, praktisch nicht eingehalten werden²⁵⁸. Außerdem wird häufig vorgebracht, dass in diesem Handwerk die wesentlichen Tätigkeiten zu komplex seien, als dass sie im Reisegewerbe vorgebracht werden können²⁵⁹.

Es ist nun aber in der GewO eindeutig vorgesehen, dass auch das Baugewerbe als Vollhandwerk im Reisehandwerk betrieben werden kann, dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 56 GewO, der ausdrücklich normiert, welche Tätigkeiten im Reisegewerbe verboten sind. Vor diesem Hintergrund erscheint es widersinnig, wenn zwar die Norm das Bauhandwerk im Reisegewerbe vorsieht, gleichzeitig jedoch wegen der Auslegung der Norm in der Realität die Ausübung dieses Handwerks im Reisegewerbe praktisch unmöglich ist.

²⁵² Vgl. nur die Ausführungen des BVerwG GewArch 2014, 317 (319).

²⁵³ VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 261 (261).

²⁵⁴ VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 261 (262).

²⁵⁵ Vgl. die Ausführungen des beklagten Landratsamtes im Urteil des VG Würzburg v. 11.02.2004 – W 6 K 03.1040 –, Rn. 17, wonach der Beschluss des BVerfG GewArch 2000, 480 ff. dahingehend interpretiert werden müsse, dass hinsichtlich der Ausübung wesentlicher Kerntätigkeiten eines Vollhandwerks der Anlage A der HwO zur Ausübung im Reisegewerbe ein Regel-Ausnahmeverhältnis bestünde. Dieses Argument wurde jedoch vom VG Würzburg in besagtem Urteil damit abgelehnt, dass nach dem Beschluss des BVerfG GewArch 2000, 480 ff. die Vorschriften der HwO gerade nicht in § 55 GewO hineininterpretiert werden könnten, um der Gefahr einer Umgehung entgegenzuwirken.

²⁵⁶ Vgl. *Dierr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (10).

²⁵⁷ Vgl. die Ausführungen der Handwerkskammer als Beklagte im Urteil des VG Würzburg v. 11.02.2004 – W 6 K 03.1040 –, Rn. 3; interessant ist dies vor allem vor dem Hintergrund, dass noch im Jahr 1984 mit der Begründung, die Vorschrift sei bedeutungslos, die 1907 in die GewO eingeführte Sonderregelung des § 53 a GewO gestrichen wurde, die die Untersagung der Bauausführung bzw. Bauleitung bei mangelnder Eignung des Gewerbetreibenden erlaubte. Daraus lässt sich schließen, dass über eine lange Zeit hinweg im Baugewerbe kein Reisehandwerk betrieben wurde, vgl. diesbezüglich *Dierr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (10).

²⁵⁸ *Dierr*, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 (10).

²⁵⁹ Vgl. in diesem Sinne auch für die wesentlichen Tätigkeiten des Maler- und Lackiererhandwerks VG Würzburg GewArch 2005, 259 (260), dass die Beantwortung dieser Frage jedoch offen ließ.

6. Die derzeitige Rechtslage – ein Konflikt mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot?

Abschließend sei angemerkt, dass die derzeitige Rechtslage im Hinblick auf das *rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot* gem. Art. 20 Abs. 3 GG zumindest problematisch erscheint.

Vor dem Hintergrund, dass sich die betroffenen Handwerker bei Verstößen gegen die GewO bzw. gegen die HwO der Gefahr einer bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeit mit den entsprechenden Verfahren ausgesetzt sehen, ist die derzeitige Rechtslage unklar.

Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verlangt, dass *für jede staatliche Anordnung, insbesondere auch was gesetzliche Anordnungen betrifft* (sog. Normenklarheit) *Bestimmtheit im Sinne von Klarheit gegeben ist*²⁶⁰. Dies umfasst auch die Widerspruchsfreiheit der Norm, sowie eine wirksame (gerichtliche) Kontrolle²⁶¹.

Die Betroffenen müssen *aus der Norm heraus erkennen* können, ob sie sich gesetzeskonform verhalten.

Berücksichtigt man die bislang geübte Kritik an der derzeitigen Rechtslage, wie sie sich auch durch die von der durch die Rechtsprechung in Einklang mit dem Gesetzgeberwillen vorgenommene Auslegung darstellt, bestehen, gerade was diese Anforderungen von Verfassungen wegen betrifft, Zweifel²⁶².

7. Zwischenergebnis zu III.

Als Ergebnis dieser kritischen Beleuchtung der dargestellten Rechtslage lässt sich zusammengefasst feststellen, dass zwar die *Auslegung*, die die *Rechtsprechung* vornimmt, eine in sich geschlossene, auf den gesetzlichen Grundlagen und ausgehend vom gesetzgeberischen Willen grundsätzlich statthafte Position darstellt.

Gleichzeitig jedoch, wenn man sie im übergeordneten Zusammenhang des Zusammenspiels der GewO und der HwO insbesondere vor dem Hintergrund der Novelle der HwO aus dem Jahr 2004 und dem damit verbundenen Paradigmenwechsel sieht, werden hierdurch *praktische Widersprüche* und *realitätsferne Lösungen* hervorgerufen, die vor dem geschilderten Hintergrund im Ergebnis (vereinzelt) verfassungsrechtliche Bedenken heranzurufen vermögen.

²⁶⁰ BVerfGE 99, 216 (249); 144, 1 (53) – st. Rspr.; vgl. *Leisner, W.G.*, in: Sodan, GG, 2. Aufl. 2011, § 20 Rn. 55.

²⁶¹ *Leisner, W.G.*, in: Sodan, GG, 2. Aufl. 2011, § 20 Rn. 55.

²⁶² Vgl. die Ausführungen unter C.; sowie zu dieser Problematik *Dürr*, Gedanken zur Schwarzarbeitsbekämpfung, vor allem im Handwerk, GewArch 2007, 61 (64 ff.) der insbesondere auch in diesem Zusammenhang auf die unpraktikablen Auskünfte, die den Betroffenen z.T. von den Handwerkskammern bzw. den Genehmigungsbehörden i.S.d. GewO gegeben werden, hinweist.

Ergebnis zu C.

Die Rechtsprechung nimmt in Ermangelung diesbezüglicher gesetzlicher Kriterien die Abgrenzung von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe allein am Kriterium der Initiative zum Vertragsschluss vor. Dieser Ansatz wird vom Willen des Gesetzgebers gestützt, obwohl die dadurch erzeugten Erweiterungstendenzen des Reisegewerbes zu Lasten des Anwendungsbereiches der HwO im größeren rechtlichen Kontext gesehen zu sowohl rechtlichen als auch praktischen bedenklichen Konsequenzen führen.

Mit der derzeitigen gesetzlichen Lage jedoch kann die Rechtsprechung, will sie keine Überinterpretation vornehmen, an dieser Situation nichts ändern, solange sie vom Bundesverfassungsgericht trotz der hervorgerufenen Widersprüchlichkeiten noch als verfassungskonform angesehen wird.

D. Die Bedeutung der Betriebsstätte bzw. Niederlassung für die Möglichkeit der Ausübung eines Reisegewerbes im Rahmen der HwO und der GewO

Angesichts der momentan durch die Rechtsprechung praktizierten *Abgrenzung* allein anhand des *Kriteriums der Initiative zum Vertragsschluss*²⁶³ und den daraus resultierenden Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten²⁶⁴ stellt sich die Frage, ob das Merkmal einer Betriebsstätte eine *sinnvolle Ergänzung* im Rahmen der Abgrenzung darstellen würde. Es wird daher im Folgenden untersucht, welche rechtliche (vgl. unter I.) und welche tatsächliche (vgl. unter II.) Bedeutung die Betriebsstätte für das stehende Gewerbe bzw. das Reisegewerbe hat.

I. § 55 GewO und das mögliche Nebeneinander von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe – rechtliche Relevanz der Betriebsstätte?

Handwerk, das im stehenden Gewerbe betrieben wird, unterliegt gem. § 1 HwO den Regelungen der HwO. Was ein stehender Gewerbebetrieb ist, wird *negativ* dahingehend *definiert*, dass ein stehendes Gewerbe jedes Gewerbe ist, das nicht zum Reisegewerbe oder Marktverkehr gerechnet wird²⁶⁵. Rechtlich gesehen hängt also die Bedeutung der gewerblichen Niederlassung bzw. Betriebsstätte für das stehende Gewerbe davon ab, ob sie für die Zuordnung zu § 55 GewO relevant ist.

§ 55 GewO sieht jedoch ausdrücklich ein *mögliches Nebeneinander* von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe vor²⁶⁶. Entgegen der Andeutungen des BVerfG in seinem Beschluss aus dem Jahr 2007²⁶⁷ kann man daher rechtlich aus der bloßen Existenz einer gewerblichen Niederlassung noch kein Rückschluss auf die Zulässigkeit einer Tätigkeit im Reisegewerbe ziehen.

Offen gelassen wurde allerdings vom OVG NRW, wie die Situation zu beurteilen sei, in der der Gewerbetreibende zwar außerhalb seiner eigenen gewerblichen Niederlassung auf eigene Initiative den Vertrag schließt, die anschließende Erfüllung jedoch in seiner gewerblichen Niederlassung, vornimmt²⁶⁸.

Von praktischer Bedeutung könnte mithin zwar nicht die bloße Existenz einer gewerblichen Niederlassung, hingegen aber ihre *aktive Nutzung zur Auftrags Erfüllung* sein.

Die *praktische Relevanz* dieser Konstellation dürfte allerdings *gering* sein. Denn wenn ein Gewerbetreibender eine gewerbliche Niederlassung hat, so

²⁶³ Vgl. die Ausführungen unter C. II.

²⁶⁴ Vgl. die Ausführungen unter C. III.

²⁶⁵ *Honig/Knörr*, HwO, § 1 Rn. 20.

²⁶⁶ Vgl. bereits die Ausführungen unter C. III. 1. d) bb).

²⁶⁷ BVerfG GewArch 2007, 294 (295).

wird er diese in der Regel auch als stehendes Gewerbe betreiben und muss dementsprechend so oder so auch die Voraussetzungen von §§ 1, 7 HwO erfüllen.

Nur für den Fall, dass ein Reisegewerbetreibender eine gewerbliche Niederlassung besitzt, die er nicht auch gleichzeitig als stehendes Gewerbe betreibt²⁶⁹, stellt sich die Frage, ob das Vorliegen einer gewerblichen Niederlassung bzw. einer Betriebsstätte, in der später die unzweifelhaft im Reisegewerbe akquirierten Aufträge erfüllt werden, die Qualifizierung einer Tätigkeit als Reisegewerbe ausschließt bzw. zumindest in Form einer widerleglichen Vermutung negiert.

Nach dem oben Festgestellten kann das Reisegewerbe im Zusammenhang mit festen Werkstätten in *drei Konstellationen* ausgeübt werden:

1. Der Reisegewerbetreibende hat gar *keine eigene gewerbliche Niederlassung*, wird aber in der *festen Werkstatt eines Dritten* bei der Ausführung des auf eigene Initiative akquirierten Auftrages tätig oder,
2. Der Reisegewerbetreibende hat eine *eigene gewerbliche Niederlassung* ohne die Voraussetzungen von §§ 1, 7 HwO zu erfüllen, wird aber in der *festen Werkstatt eines Dritten* bei der Ausführung des auf eigene Initiative akquirierten Auftrages tätig oder,
3. Der Reisegewerbetreibende hat eine *eigene gewerbliche Niederlassung* ohne die Voraussetzungen der §§ 1, 7 HwO zu erfüllen und wird in dieser bei der Ausführung des auf eigene Initiative akquirierten Auftrages tätig.

Nur der auch vom OVG NRW aufgeworfene dritte Fall²⁷⁰ stellt, was den Sachverhalt betrifft, eine *direkte Konkurrenzlage* zum Handwerk im stehenden Gewerbe dar, berücksichtigt man insbesondere den Umstand, dass das stehende Gewerbe eine gewerbliche Niederlassung de facto zwingend voraussetzt, während sie für das Reisegewerbe nur kein Ausschlusskriterium ist.

Auch nach der derzeitigen Rechtsprechung des BVerfG, zumindest in den ersten beiden genannten Fällen, kann das Vorliegen einer Tätigkeit im Reisegewerbe nicht an der Nutzung der gewerblichen Niederlassung eines Dritten scheitern.

Nur in der dritten Konstellation ist offen, inwieweit eine eigene gewerbliche Niederlassung die Zuordnung einer Tätigkeit zum Reisegewerbe hindert.

²⁶⁸ OVG NRW GewArch 2004, 32 (34).

²⁶⁹ D.h. es findet kein Publikumsverkehr statt, da ja dann keine Auftragsakquise auf Initiative des Gewerbetreibenden, sondern auf Initiative des Kunden stattfinden würde, was zu einem stehenden Gewerbe führt.

²⁷⁰ Vgl. OVG NRW GewArch 2004, 32 (34).

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, kann allerdings, was den Gesetzeswortlaut betrifft, die alleinige Existenz einer gewerblichen Niederlassung nicht zwingend zum Vorliegen eines stehenden Gewerbes führen.

Ob die Nutzung der Werkstatt rein faktisch ein Abgrenzungskriterium darstellt, ist im Folgenden zu untersuchen.

II. Die Notwendigkeit einer Abgrenzung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe – die faktische Relevanz der Betriebsstätte

Zwar hat die Existenz einer gewerblichen Niederlassung bzw. Betriebsstätte im Ergebnis keine rechtliche Relevanz für die Abgrenzung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe, in *tatsächlicher Hinsicht* aber hat sie eine gewisse Bedeutung und zwar dann, wenn eine gewerbliche Niederlassung bzw. eine Betriebsstätte zur Erfüllung des im Reisegewerbe unstreitig akquirierten Auftrages genutzt wird²⁷¹.

Die Rechtsprechung weist häufig vage auf die *strukturellen Unterschiede* zwischen einer Tätigkeit im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe hin²⁷². Dieser Hinweis verbirgt ein *alt hergebrachtes Verständnis vom Reisegewerbe*, das früher auch das ambulante Gewerbe²⁷³ oder Wandergewerbe bzw. Gewerbe im Umherziehen²⁷⁴ genannt wurde und suggeriert, dass wegen der strukturellen Unterschiede keine Konkurrenz zum stehenden Gewerbe bestünde, da komplizierte Tätigkeiten in größerem Umfang im Reisegewerbe aus praktischen Gründen nicht durchgeführt werden können²⁷⁵. Mittlerweile allerdings haben sich diese strukturellen Unterschiede, auch wenn sie immer noch im Kern verbleiben, vermindert. Im handwerklichen Reisegewerbe werden verstärkt auch handwerkliche Tätigkeiten vorgenommen, die zu ihrer Ausführung eine Werkstatt erfordern.

Zwar stellt die bloße Existenz einer eigenen Werkstatt im Sinne einer Betriebsstätte noch kein Ausschlusskriterium für die Zuordnung zum Reisegewerbe dar; wird allerdings die *eigene* Werkstatt zur Ausführung des im Reisegewerbe akquirierten Auftrages genutzt, so scheinen die „strukturellen Unterschiede“ zum stehenden Gewerbe zu verschwinden.

Der Hinweis, dass keine Konkurrenz zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe im Handwerk bestünde, kann in diesen Konstellationen nicht greifen. Im Unterschied zu der Konstellation, dass ein Reisegewerbetrei-

²⁷¹ OVG Lüneburg GewArch 2012, 361 (364).

²⁷² Vgl. nur BVerwG GewArch 2014, 317 (319).

²⁷³ BVerwG, Urt. v. 06.03.1964 – IV C 109.63 –.

²⁷⁴ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. Erg.-Lfg. 2014, § 55 Rn. 1.

²⁷⁵ Vgl. nur BVerwG, Urt. v. 09.04.2014 – 8 C 50/12 –; BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 9/10 –; OVG NRW, Beschl. v. 26.02.2010 – 4 A 2008/05 –.

bender die Werkstatt eines Dritten nutzt, hat der Reisegewerbetreibende hier sehr wohl die Möglichkeit, sich von seiner festen Betriebsstätte aus Aufträge im Umfang eines stehenden Gewerbes zu verschaffen.

In diesem Zusammenhang auf das bloße Kriterium der Initiative zum Vertragsschluss zur Zuordnung einer Tätigkeit zum stehenden Gewerbe zurückzugreifen, obgleich praktisch sonst alle Merkmale eines stehenden Gewerbebetriebs vorliegen, erscheint rechtlich zwar möglich, praktisch jedoch nicht opportun. Es wäre angezeigt, einem Reisegewerbetreibenden die Ausführung wesentlicher Teile von im Reisegewerbe akquirierten Aufträgen in der eigenen Werkstatt als unzulässiges Tätigwerden im stehenden Gewerbe zu untersagen.

Ergebnis zu D.

Wenn die Existenz einer eigenen Werkstatt auch rechtlich keinerlei Bedeutung für die Zuordnung einer gewerblichen Tätigkeit zum stehenden Gewerbe haben kann, so muss jedenfalls die Ausführung wesentlicher Teile von im Reisegewerbe akquirierten Aufträgen in faktischer Hinsicht dahingehend berücksichtigt werden, dass dies einer Ausübung eines Handwerks im stehenden Gewerbe im Ergebnis entspricht und damit unzulässig ist.

E. Die steuerrechtliche Relevanz der Betriebsstätte im Reisegewerbe – eine Parallele zum Handwerksrecht?

Es stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis z.T. durch die *Relevanz der Betriebsstätte* auch im Reisegewerbe in anderen Rechtsgebieten, vornehmlich dem *Steuerrecht* unterstützt wird bzw. ob sich aus dem Verhältnis von Betriebsstätte und Reisegewerbe im Steuerrecht Rückschlüsse für das Verhältnis der Betriebsstätte zum Reisegewerbebegriff im Gewerberecht ziehen lassen.

Der Gewerbebegriff ist *gesetzeszweckakzessorisch*²⁷⁶, d.h. je nach verfolgtem Gesetzeszweck kann sich sein Inhalt ändern. Dementsprechend können weder die steuerliche Legaldefinition des § 15 Abs. 2 EStG, noch die Merkmale von § 2 Abs. 2 S. 1 GewStG ohne weiteres auf die GewO oder die HwO übertragen werden²⁷⁷.

Trotz dieses *multifunktionalen Gesetzesbegriffs*²⁷⁸ lässt sich allerdings feststellen, dass zum Begriff des Gewerbes in den unterschiedlichen Rechtsgebieten ein gemeinsamer Kern besteht und zu einem großen Teil entsprechende Streit- und Problemfragen diskutiert werden²⁷⁹. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, in welcher Weise und anhand welcher Merkmale im Steuerrecht die Unterscheidung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe vorgenommen wird und inwieweit diese Erkenntnisse auf die Problematik im Rahmen der GewO und der HwO übertragbar ist.

Zunächst wird zu diesem Zweck untersucht, welche Normen im Steuerrecht an die Begrifflichkeiten des Reisegewerbes bzw. des stehenden Gewerbes anknüpfen und ob hier die Betriebsstätte eine Relevanz bei der Abgrenzung der beiden Gewerbearten hat (I.), um im Anschluss zu überprüfen, inwieweit diese Erkenntnisse auf die Abgrenzung zwischen Reisehandwerk und stehendem Gewerbe im Rahmen der GewO und der HwO vergleichbar bzw. übertragbar sind (II.).

I. Steuerrecht und Reisegewerbe bzw. stehendes Gewerbe – rechtliche Anknüpfungspunkte

Der Gewerbebegriff im Steuerrecht ist ein *zweckgebundener*²⁸⁰ und vom Gewerbebegriff der GewO zu unterscheiden. Der steuerrechtliche Gewerbebegriff ist *sehr weit* und wird im Wesentlichen durch die Legaldefinition des

²⁷⁶ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 5; vgl. auch die Ausführungen unter B. I. 3.

²⁷⁷ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 5.

²⁷⁸ D.h. der Begriff kann verschiedene Funktionen je nach Gesetz, in dem er verwendet wird, finden, was in direktem Zusammenhang mit der Gesetzeszweckakzessorietät des Begriffs steht, vgl. *Ennuschat* in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 5.

²⁷⁹ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 5.

²⁸⁰ *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, 67. Erg.-Lfg. 2014, § 1 Rn. 5.

§ 15 Abs. 2 EStG sowie durch § 2 GewStG bestimmt. In der Regel wird bei der Besteuerung von Gewerbebetrieben ein einheitlicher Gewerbebegriff sowohl für das Reisegewerbe als auch für das stehende Gewerbe verwendet. Die Spezialnorm des § 35 GewStG verweist allerdings ausdrücklich auf § 55 GewO, so dass sich im Rahmen dieser Norm das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals des Reisegewerbes grundsätzlich nach § 55 GewO beurteilt²⁸¹.

Trotzdem finden im Bereich des Steuerrechts auch die allgemeinen Normen, mit Bezug zu Gewerbebetrieben auf das Reisegewerbe Anwendung. In diesem Rahmen wird auch häufig an das Vorliegen einer Betriebsstätte angeknüpft, auch was das Reisegewerbe betrifft (1.). Die Zwecksetzung dieser Normen besteht allerdings nicht in der Abgrenzung von Gewerbearten, vielmehr dienen sie der Vereinheitlichung, indem sie Gewerbe gleich welcher Art denselben Regelungen unterwerfen (2.).

1. Der Begriff der Betriebsstätte im gewerbebezogenen Steuerrecht

Der Begriff der Betriebsstätte hat im Rahmen der Besteuerung von Gewerbebetrieben steuerrechtliche Relevanz. Im Folgenden soll untersucht werden, welche Funktion und Bedeutung die Betriebsstätte bei der Besteuerung von Gewerbebetrieben hat.

a) § 12 AO, § 30 GewStG

In § 12 AO findet sich eine Legaldefinition der Betriebsstätte. Danach ist eine Betriebsstätte

*„jede feste Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit des Unternehmens dient“*²⁸².

Ein Reisegewerbetreibender

*„verfügt im Zweifel am privaten Wohnsitz über eine Betriebsstätte i.S.d. § 12 AO“*²⁸³.

Dieser Betriebsstättenbegriff ist jedoch nicht zwingend identisch mit dem Betriebsstättenbegriff, wie er in anderen Einzelsteuergesetzen verwendet wird²⁸⁴. Insbesondere zum gewerbesteuerrechtlichen Betriebsstättenbegriff bestehen Unterschiede, knüpft doch die *Gewerbsteuer* an die *Betriebsstätte im Inland* als *Steuerobjekt* an, wohingegen im sonstigen Steuerrecht Einkünfte und Vermögen nicht nach Unternehmensteilen getrennt, sondern dem

²⁸¹ Vgl. diesbezüglich nur die Gewerbesteuerrichtlinien 2009, BR-Drs. 52/10, S. 31.

²⁸² Vgl. § 12 S. 1 AO, wobei § 12 S. 2 AO in der Folge 8 Regelbeispiele für Betriebsstätten in nicht abschließender Weise auflistet, darunter auch Fabrikations- und Werkstätten (Nr. 4); vgl. auch *Loschelder*, in: Schmidt, EStG § 49 Rn. 21 ff.

²⁸³ VG Osnabrück, NJOZ 2006, 4579 (4579).

²⁸⁴ *Driën*, in: Blümich, GewStG, 125. Aufl. 2015, § 2 Rn. 301.

jeweiligen Steuersubjekt als Welteinkommensempfänger zugerechnet werden²⁸⁵.

Insbesondere das Merkmal fest begründet im Rahmen der AO das Erfordernis einer gewissen *Ortsbezogenheit*, d.h. einen auf Dauer angelegten Bezug zu einem bestimmten Teil der Erdoberfläche²⁸⁶. Da die AO jedoch nicht zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe differenziert, besteht ein ausreichender Ortsbezug bereits dann, wenn sich eine Einrichtung in regelmäßigen Abständen für eine gewisse Zeit an einer bestimmten Stelle befindet, wie dies z.B. bei transportablen Marktständen der Fall ist²⁸⁷. Was die erforderliche Zeitspanne betrifft, so gibt es keine allgemeingültige Mindestfrist, vielmehr sind die Gesamtumstände des Einzelfalles entscheidend²⁸⁸.

§ 12 Abs. 1 S. 2 AO zählt einige Regelbeispiele auf, die stets als Betriebsstätten anzusehen sind. Von besonderem Interesse im Hinblick auf das Handwerk sind hier insbesondere § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und Nr. 8 AO.

§ 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AO erklärt Fabrikations- und Werkstätten als Betriebsstätten, § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 AO erklärt Bauausführungen oder Montagen unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen zu Betriebsstätten soweit die Bauausführung länger als sechs Monate dauert²⁸⁹.

Hinsichtlich der Gewerbebesteuer wird für § 2 GewStG, der bezüglich des Gewerbebegriffs grundsätzlich an §§ 2, 15 EStG anknüpft²⁹⁰, auf die Definition der Betriebsstätte i.S.d § 12 AO zurückgegriffen²⁹¹.

§ 30 GewStG sieht überdies die Möglichkeit einer *mehrgemeindlichen Betriebsstätte* vor. Für eine solche Betriebsstätte ist Voraussetzung, dass die Betriebsstätte in räumlicher, organisatorischer, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit bildet und ihr räumliches Ausdehnungsgebiet auf mehrere Gemeinden entfällt²⁹².

b) § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 S. 1 EStG

Neben diesen verfahrensrechtlichen Anknüpfungen wird auch im Einkommenssteuergesetz im Rahmen der Besteuerung von Gewerbebetrieben auf den Begriff der Betriebsstätte Bezug genommen.

Beispielsweise für die Frage, ob steuerrechtlich absetzbare Reisekosten eines bilanzierenden Steuerpflichtigen²⁹³ vorliegen, ist es von maßgeblicher

²⁸⁵ Koenig, in: Koenig, AO, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 1.

²⁸⁶ Koenig, in: Koenig, AO, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 9.

²⁸⁷ Koenig, in: Koenig, AO, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 9.

²⁸⁸ Koenig, in: Koenig, AO, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 10.

²⁸⁹ Koenig, in: Koenig, AO, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 31.

²⁹⁰ Güroff, in: Glanegger/Güroff, GewStG, § 2 Rn. 11.

²⁹¹ Drien, in: Blümich, GewStG, 125. Aufl. 2015, § 2 Rn. 300.

²⁹² Koenig, in: Koenig, AO, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 42.

²⁹³ Gem. § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG können neben Einkünften aus selbständiger Tätigkeit und aus Land- und Forstwirtschaft nur noch Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. § 4 EStG im Gewinneinkünfteverfahren ermittelt werden.

Bedeutung, wie der Begriff der Betriebsstätte in diesem Zusammenhang zu verstehen ist.

Die Rechtsprechung führt in diesem Zusammenhang aus, dass im Gegensatz zu § 12 AO

*„Betriebsstätte i.S.v. § 4 Abs. 5 Nr. 6 EStG und für die Beurteilung, ob Reisekosten vorliegen, der Ort, an dem oder von dem aus die betrieblichen Leistungen erbracht werden“*²⁹⁴

maßgeblich ist.

Was die steuerrechtliche Betriebsstätte im Reisegewerbe betrifft, so

*„ist der Ort der Betriebsstätte dort, wo die Leistung gegenüber dem Kunden erbracht wird“*²⁹⁵.

Der Betriebsstättenbegriff ist im Rahmen dieser Norm also, soweit das Reisegewerbe betroffen ist, *leistungsbezogen*, was sich aus ihrer Funktion, nämlich der Berechnung der abzugsfähigen Reisekosten, erklärt.

c) § 15 EStG

Schließlich ist auch der Gewerbebegriff des § 15 EStG auf seinen Zusammenhang mit dem Begriff der Betriebsstätte zu untersuchen. Die Norm begründet die Rechtsgrundlage für die Besteuerung von Einkünften aus Gewerbebetrieb²⁹⁶.

Der Begriff des Gewerbebetriebs im Sinne dieser Vorschrift ist nicht streng definiert, setzt jedoch eine Reihe von *zwingenden Merkmalen* voraus: Selbständigkeit und Nachhaltigkeit der Betätigung, Gewinnerzielungsabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sowie in negativer Hinsicht kein Vorliegen von § 18 EStG und Land und Forstwirtschaft²⁹⁷.

Der Norm liegt damit ein weiter Gewerbebegriff zugrunde, der sowohl Reisegewerbe als auch stehendes Gewerbe umfasst und gerade nicht auf den Begriff der Betriebsstätte als Voraussetzung zurückgreift. Für die materielle Einkommenssteuerpflicht von Gewerbebetrieben hat der Begriff der Betriebsstätte damit keine Relevanz.

2. Die Relevanz des Betriebsstättenbegriffs im Steuerrecht

Der Begriff der Betriebsstätte dient im Steuerrecht damit in verschiedenen Bereichen als Anknüpfungspunkt. Eine Analyse der Funktionen, die der Begriff in diesen Vorschriften erfüllt, wird zeigen, dass er zwar nicht der ma-

²⁹⁴ FG München, Urt. v. 05.01.2000 – 13 K 3494/96 –.

²⁹⁵ BFH, Urt. v. 15.04.1993 – IV R 5/92 –.

²⁹⁶ Wacker, in: Schmidt, EStG, 33. Aufl. 2014, § 15 Rn. 2.

²⁹⁷ Vgl. Bode, in: Blümich, EStG, 125. Aufl. 2015, § 15 Rn. 13.

teriellen Zuordnung zu einem Steuertatbestand dient, trotzdem aber für das Reisegewerbe maßgebliche Bedeutung vor allem in verfahrensrechtlicher Hinsicht hat.

a) Begründung von Zuständigkeiten

Der Betriebsstättenbegriff hat für das Reisegewerbe in steuerrechtlicher Hinsicht maßgebliche Relevanz, was die Begründung der Gewerbesteuerpflicht in materieller Hinsicht betrifft aa). Hingegen wird explizit auf eine Betriebsstättenbesteuerung, was die Zuständigkeiten der heheberechtigten Gemeinden betrifft, verzichtet bb). Auch was die zuständige Kammer betrifft ist der Betriebsstättenbegriff von Relevanz cc).

aa) Die Relevanz des Betriebsstättenbegriffs für die Begründung der materiellen Steuerpflicht

Wenn auch im Rahmen der Einkommensteuer nicht auf die Betriebsstätte als Merkmal des Gewerbebetriebes angeknüpft wird, da ja dem jeweiligen Steuersubjekt als Welteinkommensempfänger die steuerbaren Einkünfte zugerechnet werden²⁹⁸, so ist dies bei der Gewerbesteuer, die ja eine *Objektsteuer* darstellt, anders²⁹⁹.

Besteuert wird der Gewerbebetrieb der im Inland belegen ist bzw. betrieben wird gem. §§ 2, 35a GewStG. Ob der Gewerbebetrieb im Inland belegen ist, und damit nach deutschem Recht die Pflicht zur Gewerbesteuer besteht, bestimmt sich damit maßgeblich nach dem Betriebsstättenbegriff, der als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der örtlichen Belegenheit des Gewerbebetriebes dient.

Zwar sieht § 12 AO einen einheitlichen Betriebsstättenbegriff vor, der nicht zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe differenziert, jedoch müssen trotzdem Zugeständnisse im Rahmen der Auslegung aufgrund der speziellen Struktur des Reisegewerbes, das ja gerade nicht ortsfest ausgeübt wird, gemacht werden. Die Rechtsprechung legt den Betriebsstättenbegriff für das Reisegewerbe daher leistungsbezogen aus³⁰⁰.

Hieran wird deutlich, dass die *Betriebsstätte* zwar im Steuerrecht entscheidendes *Regelkriterium* für die Begründung der materiellen Gewerbesteuerpflicht darstellt, für das *Reisegewerbe* aber in der Regel *Auffangtatbestände* bzw. angepasste Auslegungen oder Zweifelsregeln herangezogen werden müssen, da eine eigene Betriebsstätte nach Ansicht des Gesetzgebers *in der Regel* gerade nicht vorliegt³⁰¹.

²⁹⁸ Koenig, in: Koenig, AO, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 1.

²⁹⁹ Güroff, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 2 Rn. 1.

³⁰⁰ BFH, Urt. v. 15.04.1993 – IV R 5/92 –.

³⁰¹ Vgl. die Ausführungen unter E. I. 1. a).

bb) Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Betriebsstättenbesteuerung Neben dieser Relevanz im Hinblick auf die materielle Begründung der Gewerbesteuerpflicht hat sich der Gesetzgeber im Rahmen der Erhebung der Gewerbesteuer gegen eine *Betriebsstättenbesteuerung* von Reisegewerbebetrieben entschieden. Die Norm des § 12 AO, definiert den Betriebsstättenbegriff in verfahrensrechtlicher Hinsicht, diese Definition gilt grundsätzlich für alle Steuern und ist auch im Rahmen von § 35 a Abs. 1 GewStG was die Begründung der Gewerbesteuerpflicht betrifft, heranzuziehen³⁰².

Welche Gemeinde jedoch für die Erhebung der Gewerbesteuer zuständig ist, bestimmt sich gem. § 35 a Abs. 3 GewStG danach, wo sich der *Mittelpunkt der gewerblichen Tätigkeit* des Reisegewerbetreibenden befindet³⁰³. Der Mittelpunkt der gewerblichen Tätigkeit eines Reisegewerbetreibenden ist aber in Ermangelung einer festen Betriebsstätte *regelmäßig die Wohnsitzgemeinde*, in Ausnahmefällen eine auswärtige Gemeinde, wenn die gewerbliche Tätigkeit von dort aus, z.B. vom dort belegten Büro bzw. Warenlager aus, ausgeübt wird und hilfsweise der Ort, an dem der Reisegewerbetreibende *polizeilich gemeldet bzw. meldepflichtig* ist³⁰⁴.

Da der Gesetzgeber dementsprechend auf eine Betriebsstättenbesteuerung bewusst verzichtet hat, findet gem. § 35 a Abs. 2 GewStDV im Grundsatz keine Zerlegung der Gewerbesteuer auf die verschiedenen Gemeinden, in denen das Reisegewerbe ausgeübt wird, statt³⁰⁵. Auch hieran sieht man, dass der Schwerpunkt des Reisegewerbes nach der Auffassung des Gesetzgebers in der *Leistungserbringung an wechselnden Örtlichkeiten* zu sehen ist, im Gegensatz zum stehenden Gewerbe, wo die Leistungserbringung örtlich gebunden ist und damit als Anknüpfungspunkt der Besteuerung auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht dienen kann.

cc) Die Relevanz des Betriebsstättenbegriffes für die Kammerzugehörigkeit Wenn der Betriebsstättenbegriff zwar mit diesem Verständnis vom Reisegewerbe keine Bedeutung für die Heheberechtigung der Gemeinde hat, so wirkt sich der steuerrechtliche Anknüpfungspunkt an die Betriebsstätte in § 12 AO jedoch indirekt auf die *Kammerzugehörigkeit* von Reisegewerbebetreibenden aus, die ebenfalls grundsätzlich an die Betriebsstätte anknüpft.

Der Betriebsstättenbegriff der AO wird für das Reisegewerbe leistungsbezogen ausgelegt³⁰⁶, mithin ist der *Ort der Auftragsausführung* entscheidend. Diese weite Interpretation des Betriebsstättenbegriffs begründet sich unter

³⁰² Gersch, in: Klein, AO, 12. Aufl. 2014, § 12 Rn. 1.

³⁰³ VG Augsburg, Urt. v. 21.03.2007 – Au 6 K 04.1103 –.

³⁰⁴ Selder, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 35 a Rn. 3.

³⁰⁵ Selder, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Auflage 2009, § 35 a Rn. 3.

³⁰⁶ Vgl. die Ausführungen unter E. I. 1. a).

anderem maßgeblich dadurch, dass über die Betriebsstätte im Inland die Steuerpflicht des Gewerbebetriebes überhaupt dem Grunde nach begründet wird. Der Gesetzgeber hat ein Interesse daran, Gewerbebetriebe steuerlich zu belangen und hat daher über ein weites Betriebsstättenverständnis im Rahmen des Gewerbebegriffs seine Zuständigkeiten extensiv begründet.

Dieses Betriebsstättenverständnis führt allerdings hinsichtlich der Kammerzugehörigkeit von Reisegewerbetreibenden dazu, dass diese ggf. in *mehreren Kammern* Pflichtmitglied sind³⁰⁷. Der Gesetzgeber hat dies bewusst in Kauf genommen, um der Kammertätigkeit eine breite Basis zu ermöglichen, da auf diese Weise eine

„möglichst weitgehende Einbeziehung aller Unternehmen eines Bezirks in die Kammer bewirkt“³⁰⁸

wird.

b) Bestimmung der Anzahl der Steuerobjekte

Da die Gewerbesteuer eine *Objektsteuer* ist, spielt der Betriebsstättenbegriff schließlich auch eine Rolle bei der Beantwortung der Frage, ob mehrere Gewerbebetriebe oder ein einheitlicher vorliegen.

Die Rechtsprechung vertritt die These, dass eine Person mehrere Gewerbebetriebe unterhalten kann³⁰⁹. Hierfür wird generell in der Rechtsprechung zur Bestimmung, ob ein einheitlicher oder mehrere Gewerbebetriebe vorliegen, darauf abgestellt, ob die *Tätigkeiten räumlich weit voneinander ausgeübt und ungleichartig sind*. Ist dies der Fall, sind die Gewerbebetriebe zu trennen. Diese Grundsätze sind auch auf einen Unternehmer anzuwenden, der sowohl ein stehendes Gewerbe als auch ein Reisegewerbe betreibt³¹⁰.

Für das Reisegewerbe liegt jedoch mit § 35 Abs. 2 S. 2 GewStDV eine Sonderregelung für diese Konstellation vor für den Fall, dass ein Reisegewerbe und ein stehendes Gewerbe nach den eben dargelegten Grundsätzen als einheitlicher Gewerbebetrieb anzusehen sind.

Da in diesem Fall immer eine feste Betriebsstätte vorliegt, ist der Reisegewerbebetrieb steuerrechtlich einheitlich dem stehenden Gewerbebetrieb zuzurechnen, auch wenn daneben noch ein Reisegewerbe betrieben wird vgl. § 35 Abs. 2 S. 2 GewStDV. Eine vorhandene Betriebsstätte macht den selbständigen Inhaber eines Reisegewerbebetriebs damit zwar noch nicht zum Unternehmer eines stehenden Gewerbes, da die fehlende Betriebsstätte nicht

³⁰⁷ VG Osnabrück, NJOZ 2006, 4579 (4581), in diesem Fall war der Wohnsitz des Gewerbetreibenden im Inland, während er nach eigenen Angaben seine Reisegewerbetätigkeit nur im Unionsausland ausübte, wo er auch kammerzugehörig war.

³⁰⁸ BVerwG NVwZ-RR 1999, 243 (244).

³⁰⁹ BFH, Urt. v. 09.08.1989 – X R 130/87 – unter Hinweis darauf, dass es diesbezüglich auch andere Ansichten gibt.

³¹⁰ Selder, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 35 a Rn. 2.

Merkmal eines Reisegewerbebetriebes ist³¹¹. Hingegen *entfällt die Notwendigkeit der Sonderregelung* des § 35 a GewStG i.V.m. § 35 GewStDV, da ja nunmehr das gem. § 2 GewStG grundlegende Anknüpfungskriterium der Betriebsstätte vorliegt, was in der Regel bei Reisegewerbebetriebe, ja gerade nicht der Fall ist³¹².

II. Verwendbarkeit der Erkenntnisse der Bedeutung der Betriebsstätte im Steuerrecht – Parallelen zum Handwerksrecht?

Fraglich ist, ob die gefundenen Erkenntnisse Rückschlüsse für die Erforderlichkeit der Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe in der GewO und der HwO auch anhand des Kriteriums der Betriebsstätte zulassen.

Das Steuerrecht geht im Hinblick auf das Reisegewerbe davon aus, dass *keine eigene Betriebsstätte im klassischen Sinn* gegeben ist. Aus diesem Umstand heraus wurden insbesondere im Gewerbesteuerrecht mit § 35 a GewStG i.V.m. § 35 GewStDV *Sonderregelungen* geschaffen, um die notwendigen Anknüpfungspunkte in steuerrechtlicher Hinsicht zu schaffen.

Zwar begründet sich dies, speziell was das Steuerrecht betrifft, auch aus der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Notwendigkeit, das Steuersubjekt der nur für das Inland durch den deutschen Staat bestehenden Kompetenz, Steuern zu erheben, zu unterwerfen.

Dieser Gedanke kann als solcher jedoch nicht auf das Gewerberecht übertragen, dort etwa aktiviert werden, da nicht nur die Handwerkskammern die Überwachung von Gewerbebetrieben sicherstellen, sondern auch die Industrie- und Handelskammern, so dass der Gewerbebetrieb auch als Reisegewerbebetrieb unabhängig vom Vorliegen einer Betriebsstätte letztlich jedenfalls einer Kammer zugeordnet werden muss.

Auch kann nicht zwingend vom Steuerrecht auf die gewerberechtliche Zuordnung geschlossen werden³¹³. Trotzdem zeigt die vorliegende Analyse der steuerrechtlichen Behandlung von Reisegewerbebetrieben, dass eine *eigene Betriebsstätte*, die zur Leistung genutzt wird, auch vor dem Hintergrund der leistungsbezogenen Auslegung des Betriebsstättenbegriffs im Reisegewerbe zumindest einen Anhaltspunkt für das Betreiben eines stehenden Gewerbebetriebs darstellen muss, da dies nicht dem *gesetzlichen Leitbild* des Gesetzgebers vom Reisegewerbe entspricht. Der Gesetzgeber hat die Erforderlichkeit von steuerrechtlichen Sonderregelungen für das Reisegewerbe ja gerade wegen des fehlenden Anknüpfungspunktes der Betriebsstätte gesehen.

³¹¹ Selder, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 35 a Rn. 2.

³¹² Selder, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 35 a Rn. 2.

³¹³ Selder, in: Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl. 2009, § 35 a Rn. 2.

Der Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang gleichzeitig in der steuerrechtlichen Sonderregelung des § 35 a GewStG ausdrücklich für den Begriff des Reisegewerbes auf § 55 GewO verwiesen. Wenn er aber eine so ausdrückliche *Parallelität der Begrifflichkeiten* durch Rechtsverweis begründet, ist die Notwendigkeit einer *einheitlichen Begriffsbildung* auch gesetzesübergreifend verstärkt. In der Konsequenz müsste die Betriebsstätte auch für den gewerberechtlichen Begriff des Reisegewerbes bei der Auslegung von § 55 GewO Berücksichtigung finden.

Ergebnis zu E.

Auch im Steuerrecht ist die Unterscheidung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe von Relevanz, wobei ersichtlich wird, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit zur Schaffung von Sonderregelungen für das Reisegewerbe durch den Umstand begründet sieht, dass das Merkmal der eigenen Betriebsstätte, das im Gewerbesteuerrecht der grundlegende Anknüpfungspunkt für die Begründung der Steuerpflicht zum einen und die Bestimmung der Parameter der Steuerpflicht zum anderen darstellt, beim Reisegewerbe nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht gegeben ist. Zwar lassen sich steuerrechtliche Beweggründe nicht ohne weiteres auf die gewerberechtliche Beurteilung von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe übertragen. Jedoch wird insbesondere vor dem Hintergrund des leistungsbezogenen Betriebsstättenverständnisses des Gesetzgebers und diesem gesetzlichen Leitbild des Reisegewerbes mit der hier expliziten Verweisung des GewStG auf die GewO die Notwendigkeit einer einheitlichen Begriffsbestimmung verstärkt, da der Gesetzgeber von einer Parallelität der Begrifflichkeiten auszugehen scheint.

F. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten und Werbung – Ein Leitfaden für die Praxis

Betrachtet man sich die rechtliche Situation, innerhalb derer sich das Handwerk im Reisegewerbe und das Handwerk im stehenden Gewerbe befinden, zeigt sich deutlich, dass allein über eine vertragliche Gestaltung der Reisegewerbetreibende nach der derzeitigen Rechtslage ein zulassungspflichtiges Handwerk in vollem Umfang ausüben kann. Der einzige verbleibende Zweifel besteht darin, ob er dies auch in der eigenen Betriebsstätte darf.

I. Vertragliche Ausgestaltung zur Begründung einer Tätigkeit im Reisegewerbe und Grenzen der Werbung

Der *Reisegewerbetreibende* muss in der Ausgestaltung seiner Verträge grundsätzlich *keine Besonderheiten* beachten. Denn unabhängig von dem Umstand, auf wessen *Initiative* der Werkvertrag, der einer handwerklichen Leistung zugrunde liegen wird³¹⁴, zustande gekommen ist, werden die Parteien immer Auftraggeber und Auftragnehmer sein. Auch vom vereinbarten *Umfang* her ist der Reisegewerbetreibende im Handwerk grundsätzlich nicht in seiner Vertragsfreiheit eingeschränkt, soweit er den *Rahmen* der ihm erteilten *Reisegewerbekarte* nicht überschreitet.

Einzig die Frage, ob der Reisegewerbetreibende auch vertraglich festlegen kann, dass er wesentliche Teile des akquirierten Auftrages *in seiner eigenen Betriebsstätte* ausführt³¹⁵, wirft Zweifel auf, ist jedoch bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden worden.

Hinsichtlich seiner *Werbemöglichkeiten* ist ein handwerklicher Reisegewerbetreibender jedoch im Vergleich zum Handwerk im stehenden Gewerbe massiv *eingeschränkt*. Ein handwerklicher Reisegewerbetreibender setzt sich nämlich dann ggf. dem Vorwurf des unlauteren Wettbewerbs durch *irreführende Werbung* i.S.v. § 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG aus, soweit die Werbung suggeriert, er betreibe ein stehendes Gewerbe³¹⁶. Nicht erlaubt ist daher Werbung eines handwerklichen Reisegewerbetreibenden, die Angaben zu Anschrift, Telefon- und E-Mail-Anschluss beinhalten und so das Interesse potentieller Auftraggeber auf sich zieht³¹⁷.

II. Vertragliche Ausgestaltung zur Begründung einer Tätigkeit im stehenden Gewerbe und Möglichkeiten der Werbung

Vor diesem Hintergrund verbleibt den Handwerkskammern und den Handwerksbetrieben im stehenden Gewerbe nur die Möglichkeit, die entstehende

³¹⁴ Vgl. allgemein zum Werkvertrag *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 1 ff.

³¹⁵ Sozusagen eine Klausel hinsichtlich des Erfüllungsortes.

³¹⁶ Vgl. OLG Jena GewArch 2009, 208 ff.

³¹⁷ OLG Jena GewArch 2009, 208 (208).

faktische Konkurrenz zu vermindern, indem sie im Rahmen der ihnen verbleibenden vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten dem Verbraucher die Unterschiede zwischen Handwerk im stehendem Gewerbe und im Reisegewerbe klar vor Augen halten, damit der vom BVerfG behauptete Zustand, der Verbraucher sei sich dieser Unterschiede bewusst, womit die Konkurrenzsituation nicht bestehe³¹⁸, Realität wird.

Anbieten würden sich für diesen Zweck *vertragliche Präambeln*, in denen auf die besondere Qualifikation von handwerklichen Meisterbetrieben hingewiesen wird.

Darüber hinaus können *Werbemaßnahmen*, die den Reisegewerbetreibenden so nicht möglich sind³¹⁹, die Auftragslage des stehenden Gewerbes sichern³²⁰. Denn ein Handwerksbetrieb im stehenden Gewerbe darf mit seinem Titel, seiner Qualifikation und mit Anschrift, E-Mail- und Telefonanschluss werben und kann so deutlich leichter mehr Kunden auf einmal ansprechen, als ein Reisegewerbetreibender, der nach der Rechtsprechung jeden potentiellen Kunden einzeln ansprechen muss.

Ergebnis zu F.

Im Rahmen von vertraglicher Gestaltung und Werbung ist der handwerkliche Reisegewerbetreibende zwar im Vergleich zum stehenden Gewerbe nur durch den Umfang der im mit der Reisegewerbekarte erlaubten Tätigkeiten sowie durch das Verbot, mittels Werbung zu suggerieren, er betreibe ein stehendes Gewerbe, im Vergleich zum Handwerker im stehenden Gewerbe beschränkt. Trotzdem verbleiben den Handwerkern im stehenden Gewerbe Möglichkeiten z.B. über vertragliche Präambeln und gezielte Werbung die Besonderheit ihres rechtlichen Status herauszustellen und einen größeren Kundenkreis auf einem anderen Niveau anzusprechen, als dies dem handwerklichen Reisehandwerker möglich ist.

³¹⁸ BVerfG GewArch 2000, 480 (482).

³¹⁹ Vgl. die Ausführungen unter F. I.

³²⁰ Vgl. OLG Jena GewArch 2009, 208 ff.

G. Einzelergebnisse und Gesamtergebnis

I. Einzelergebnisse der Abschnitte A. bis F.

1. Abschnitt A.

Aufbauend auf einer Darstellung des bestehenden gesetzlichen Rahmens werden die Kriterien für die Abgrenzung bzgl. der Ausübung eines Gewerbes im stehenden Gewerbe bzw. im Reisegewerbe vor dem Hintergrund des Spannungsfeldes kritisch analysiert. Eine Abrundung der Problematik durch die Behandlung der steuerrechtlichen Konsequenzen wird ergänzt durch den Versuch, der Praxis Leitfäden für die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zu geben.

2. Abschnitt B.

Das Reisegewerbe und das stehende Gewerbe sind zwei Formen der Gewerbeausübung, die je nach ausgeübtem Gewerbe aufgrund der gesetzlichen Systematik, die mit der HwO ein Spezialgesetz für das Handwerk im stehenden Gewerbe, gleichzeitig aber innerhalb der GewO Sondervorschriften auch für das Handwerk im Reisegewerbe vorsieht, in einem spezifischen Verhältnis zueinander stehen. Die Zuordnung der Gewerbetätigkeit zu einer dieser Formen der Gewerbeausübung ist von maßgeblicher Relevanz, was zum einen die Anforderungen an die Zulässigkeit der Gewerbetätigkeit, zum anderen den Anknüpfungspunkt für die Gewerbesteuer betrifft.

3. Abschnitt C.

Die Rechtsprechung nimmt in Ermangelung diesbezüglicher gesetzlicher Kriterien die Abgrenzung von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe allein am Kriterium der Initiative zum Vertragsschluss vor. Dieser Ansatz wird vom Willen des Gesetzgebers gestützt, obwohl die dadurch erzeugten Erweiterungstendenzen des Reisegewerbes zu Lasten des Anwendungsbereiches der HwO im größeren rechtlichen Kontext gesehen zu sowohl rechtlichen als auch praktischen bedenklichen Konsequenzen führen.

Mit der derzeitigen gesetzlichen Lage jedoch kann die Rechtsprechung, will sie keine Überinterpretation vornehmen, an dieser Situation nichts ändern, solange sie vom Bundesverfassungsgericht trotz der hervorgerufenen Widersprüchlichkeiten noch als verfassungskonform angesehen wird.

4. Abschnitt D.

Wenn die Existenz einer eigenen Werkstatt auch rechtlich keinerlei Bedeutung für die Zuordnung einer gewerblichen Tätigkeit zum stehenden Gewerbe haben kann, so muss jedenfalls die Ausführung wesentlicher Teile von im Reisegewerbe akquirierten Aufträgen in faktischer Hinsicht dahingehend

berücksichtigt werden, dass dies einer Ausübung eines Handwerks im stehenden Gewerbe im Ergebnis entspricht und damit unzulässig ist.

5. Abschnitt E.

Auch im Steuerrecht ist die Unterscheidung von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe von Relevanz, wobei ersichtlich wird, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit zur Schaffung von Sonderregelungen für das Reisegewerbe durch den Umstand begründet sieht, dass das Merkmal der eigenen Betriebsstätte, das im Gewerbesteuerrecht der grundlegende Anknüpfungspunkt für die Begründung der Steuerpflicht zum einen und die Bestimmung der Parameter der Steuerpflicht zum anderen darstellt, beim Reisegewerbe nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht gegeben ist. Zwar lassen sich steuerrechtliche Beweggründe nicht ohne weiteres auf die gewerberechtliche Beurteilung von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe übertragen. Jedoch wird insbesondere vor dem Hintergrund des leistungsbezogenen Betriebsstättenverständnisses des Gesetzgebers und diesem gesetzlichen Leitbild des Reisegewerbes mit der hier expliziten Verweisung des GewStG auf die GewO die Notwendigkeit einer einheitlichen Begriffsbestimmung verstärkt, da der Gesetzgeber von einer Parallelität der Begrifflichkeiten auszugehen scheint.

6. Abschnitt F.

Im Rahmen von vertraglicher Gestaltung und Werbung ist der handwerkliche Reisegewerbetreibende zwar im Vergleich zum stehenden Gewerbe nur durch den Umfang der im mit der Reisegewerbekarte erlaubten Tätigkeiten sowie durch das Verbot, mittels Werbung zu suggerieren, er betreibe ein stehendes Gewerbe, im Vergleich zum Handwerker im stehenden Gewerbe beschränkt. Trotzdem verbleiben den Handwerkern im stehenden Gewerbe Möglichkeiten z.B. über vertragliche Präambeln und gezielte Werbung die Besonderheit ihres rechtlichen Status herauszustellen und einen größeren Kundenkreis auf einem anderen Niveau anzusprechen, als dies dem handwerklichen Reisehandwerker möglich ist.

II. Gesamtergebnis

Das Handwerk im Reisegewerbe und das Handwerk im stehenden Gewerbe sind nach der gesetzlichen Ausgangslage, dem Willen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung allein über das Kriterium der Initiative zum Vertragsschluss, die im Reisegewerbe vom Gewerbetreibenden und im stehenden Gewerbe vom Kunden ausgehen muss, abzugrenzen. Hieran lässt sich berechtigte Kritik im Hinblick auf Widersprüchlichkeiten hinsichtlich des Zwecks der Gefahrenabwehr des großen Befähigungsnachweises, der praktischen Unmöglichkeit der Aus-

übung des Reisegewerbes in manchen Handwerken, sowie der kaum realisierbaren Kontrollverpflichtungen sowohl der Handwerkskammern als auch der Genehmigungsbehörden der Reisegewerbekarten üben.

Überdies erscheint es bedenklich, dass das gesetzliche Leitbild des Reisegewerbebetriebes im Steuerrecht, wo ausdrücklich auf die Begrifflichkeiten der GewO Bezug genommen wird und damit vom Gesetzgeber selbst eine Parallelität der Begrifflichkeiten offensichtlich gewünscht ist, davon ausgeht, dass Reisegewerbetreibende keine eigene Betriebsstätte zur Leistungserbringung besitzen, wohingegen dies zumindest nach der derzeitigen Rechtsprechung kein Ausschlusskriterium für die Zuordnung einer Tätigkeit zum Reisegewerbe in gewerbe-rechtlicher Hinsicht darstellt.

Mit der derzeitigen Rechtslage kann jedoch nur schwerlich ein anderes Ergebnis hergeleitet werden, möchte die Rechtsprechung nicht eine Überinterpretation vornehmen. Die Verantwortung liegt dementsprechend beim Gesetzgeber, der sich der Problempunkte bewusst ist, jedoch (zumindest bislang) keinen Handlungsbedarf sieht.

Literaturverzeichnis

Brockmeyer Bernhard / Gersch, Eva-Maria / Jäger, Markus / Rätke, Bernd / Ratschow, Eckart / Rüsken, Reinhart / Werth, Franceska

Klein, Abgabenordnung, 12. Aufl., München 2014

Bulla, Simon

Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewArch 2012, 470 ff.

Detterbeck, Steffen

Handwerksordnung, 4. Aufl., München 2008

Dürr, Wolfram

Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewArch 2011, 8 ff.

Gedanken zur Schwarzarbeitsbekämpfung, vor allem im Handwerk, GewArch 2007, 61 ff.

Güroff, Georg

Glanegger/Güroff, Gewerbesteuergesetz, 7. Aufl. München 2009

Herzog, Roman / Scholz, Rupert / Herdegen, Matthias / Klein, Hans

Maunz/Dürrig, Grundgesetz, 72. Ergänzungslieferung, München 2014

Heuermann, Bernd/ Brandis, Peter

Blümich, EStG, KStG, GewStG, 125. Aufl., München 2015

Honig, Gerhart / Knörr, Matthias

Handwerksordnung, 4. Aufl., München 2008

Hüpers, Frank

Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewArch 2004, 230 ff.

Koenig, Ulrich

Abgabenordnung, 3. Aufl., München 2014

Korte, Stefan

Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewArch 2010, 265 ff.

Leisner, Walter Georg

Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung, LFI- Schriftenreihe 2014

Der „Meister“ und sein Richter – Die handwerksrechtliche Berufs (de)regulierung der Meisterpflicht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und BVerfG, WiVerw 2014, 229 ff.

Wettbewerbsschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks, LFI Schriftenreihe 2014

Neumann, Dirk / Bleutge, Peter / Fuchs, Bärbel / Gotthardt, Michael / Pielow, Christian / Kahl, Georg / Schönleiter, Ulrich / Stenger, Anja

Landmann/Rohmer, GewO, 67. Ergänzungslieferung 2014

Müller, Martin

Meisterpflicht und Gefahrgeneigtheit – zum Grundverständnis der Handwerksordnung nach der Novelle 2004, GewArch 2007, 361 ff.

Pielow, Johann-Christian

Gewerbeordnung, Kommentar, 1. Aufl., München 2009

Sachs, Michael

Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2014

Säcker, Jürgen / Rixecker, Roland

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. München 2012

Schreiner, Manja

Zu Reisegewerbe und Handwerk, GewArch Nr. 06/2015

Schwannecke, Holger

Die Deutsche Handwerksordnung, Kommentar, Berlin Stand März 2014

Schwindt, Hannes

Kommentar zur Handwerksordnung, Bad Wörishofen 1954

Sodan, Helge

Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2011

Stenger, Anja

Zweites Mittelstandsentlastungsgesetz: Beitrag aus dem Gewerberecht,
GewArch 2007, 448 ff.

Tettinger, Peter / Wank, Rolf / Ennuschat, Jörg

Gewerbeordnung, Kommentar, 8. Aufl., München 2011

Traublinger, Heinrich

Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?,
GewArch 2003, 353 ff.

Vranes, Erich

Lex superior, lex specialis, lex posterior – zur Rechtsnatur der „Konflikt-
lösungsregeln“, ZaöRV 2005 391 ff.

Weber-Grellet, Heinrich

Schmidt, Einkommensteuergesetz, 33. Aufl., München 2014