

Sachverhalt

K ist als diplomierter Bauingenieur in der Baubehörde der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) angestellt. Daneben hat er einen Baubetrieb mit fünf Maurergesellen, zwei Auszubildenden, sieben angelernten Arbeitern und einem Büroangestellten in Hamburg-Harburg. Drei der in dem Betrieb Beschäftigten sind Brüder des K, denen er mit der Gründung des Betriebes einen Arbeitsplatz verschaffen wollte. Für die Führung des Betriebes hat ihm die Stadt Hamburg eine Nebentätigkeitsgenehmigung erteilt.

Etwa zwei Drittel der betrieblichen Tätigkeit und des Umsatzes beziehen sich auf die Errichtung des Mauerwerks für Neubauten. Im übrigen werden auch Arbeiten an von anderen Firmen erstellten, noch zu verfügenden Gebäuden und an älteren Gebäuden übernommen. Dabei handelt es sich zum einen um die reine Verfüugung von Mauerwerk und zum anderen um die Imprägnierung von Mauerwerk gegen Umwelteinflüsse mit einer speziellen, einfach aufzusprühenden Flüssigkeit. Die Verfüugungs- und die Mauerschutzarbeiten werden von zwei eingearbeiteten Arbeitskolonnen erledigt, die aus jeweils einem Gesellen und zwei angelernten Arbeitern bestehen. Oft werden die Mitarbeiter des Betriebes auf verschiedenen - höchstens jedoch vier - Baustellen eingesetzt.

K ist als Inhaber eines Maurerbetriebes in die Handwerksrolle bei der Handwerkskammer Hamburg auf der Grundlage einer unbeschränkten Ausnahmegenehmigung eingetragen. Die Eintragung erfolgte 1985. Dabei wußte die Handwerkskammer davon, daß K Verwaltungsangestellter ist, ging aber irrtümlich davon aus, daß er in der Baubehörde nur eine "halbe Stelle" habe. Außerdem hatte K zu jener Zeit noch einen Maurermeister als seinen regelmäßigen Vertreter beschäftigt, der aber 1988 aus dem Betrieb ausschied.

Im Juni 1993 wies der Baugewerbe- Verband Hamburg die Handwerkskammer Hamburg darauf hin, daß K gleichzeitig Mitarbeiter der Baubehörde sei. Der Verband gab zu bedenken, daß die handwerkliche Aufsicht des Betriebes darunter leide und K durch sein regelmäßiges Einkommen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung gegenüber Konkurrenzbetrieben habe.

Daraufhin beantragte die Handwerkskammer bei dem Bezirksamt Harburg der FHH, K die Fortsetzung des Betriebes zu untersagen: K könne den Betrieb nicht eigenverantwortlich und mit allen sich aus der Handwerksordnung ergebenden Verpflichtungen und Konsequenzen führen und zugleich in der Behörde tätig sein. Außerdem habe er seit 1988 keinen Handwerksmeister mehr in seinem Unternehmen beschäftigt. Es müsse jedoch gefordert werden, daß ein Handwerker seinen Betrieb selber führe oder zumindest einen angestellten Handwerker mit der Leitung des Betriebes betraue.

Das Bezirksamt teilte K den Eingang des Antrages mit und bat ihn um Stellungnahme. K äußerte, daß es sich bei seiner Firma um einen Sonderfall handle, da er mit seinen drei Brüdern gemeinschaftlich zusammenarbeite. Dadurch sei er von den üblichen Arbeiten wie der Personalführung weitgehend entlastet und könne sich auf die handwerkliche und technische Kontrolle sowie wichtige kaufmännische Entscheidungen konzentrieren. Zu keinem Zeitpunkt habe er das Gefühl gehabt, daß es ihm aus irgendwelchen Gründen nicht möglich gewesen sei, eine umfassende Überwachung der gesamten Tätigkeit in seinem Unternehmen auszuüben. Durch die flexible Arbeitszeitregelung der Baubehörde könne er die Arbeitszeiten in der Behörde weitgehend den Erfordernissen des Betriebes anpassen. Sollte in besonderen Fällen einmal seine gantztägige Anwesenheit auf einer Baustelle notwendig sein, könnten diese Arbeiten auf einen Samstag gelegt werden oder er könne sich Urlaub nehmen. Kein Bauherr habe bisher Anlaß gehabt, die Arbeiten der Firma sachlich ernsthaft zu

kritisieren. Einen Rechtsstreit um ein Bauwerk habe es nie gegeben und alle Beiträge und Steuern seien stets ordnungsgemäß abgeführt worden. Zudem hätten die Auszubildenden seines Betriebes immer überdurchschnittlich bei der Gesellenprüfung abgeschnitten.

Das Bezirksamt Harburg lehnte die Anträge der Handwerkskammer mit Bescheid vom 10. Oktober 1993 ab. Es sei bereits fraglich, ob gegen den Betrieb des K, der verschiedene Tätigkeiten umfasse, überhaupt insgesamt nach der Handwerksordnung vorgegangen werden könne. Außerdem sei K nach wie vor in der Handwerksrolle eingetragen. Sie dürfe diese Eintragung nicht über die Vorschrift des § 16 III HwO korrigieren, da die Vorschriften über die Rücknahme rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte vorrangig seien. Zudem lägen in der Sache keine Gründe vor, dem Antrag zu entsprechen. Es sei kein Verstoß gegen Vorschriften der Handwerksordnung ersichtlich; im Gegenteil führe K seit Jahren den Betrieb ohne Beanstandungen, so daß er auf die Fortführung des Betriebes vertrauen dürfe. Schließlich käme eine Untersagung des gesamten Gewerbes nach ihrem Ermessen ohnehin nicht in Betracht. Gegen den ablehnenden Bescheid legte die Handwerkskammer eine Woche später Widerspruch ein. Den Widerspruch wies das Bezirksamt Harburg mit Bescheid vom 20. März 1994 zurück.

Hat eine Klage der Handwerkskammer Hamburg gegen die FHH vor dem Verwaltungsgericht Hamburg Erfolg, mit der sie die Untersagung der Fortführung des Betriebes des K - hilfsweise die Untersagung der Einstellung neuer Lehrlinge - erstrebt?

Inhaltsverzeichnis

	Seite
SACHVERHALT	II
LITERATURVERZEICHNIS	VII
FALLBEARBEITUNG	1
I. HAUPTANTRAG	1
A. Zulässigkeit	1
1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO	1
a) § 16 III HwO	1
b) § 35 GewO	1
(1) Rechtsstreitigkeit öffentlich-rechtlicher Art	1
(2) Nichtverfassungsrechtlicher Art	2
(3) Sonderzuweisung an ein anderes Gericht	2
2. Statthafte Klageart und klageartabhängige Sachurteilsvoraussetzungen	2
a) Statthafte Klageart, § 42 I VwGO	2
(1) Klageziel	2
(2) Erlaß eines Verwaltungsakts	2
b) klageartabhängige Sachurteilsvoraussetzungen	3
(1) erfolgloser Antrag	3
(2) Vorverfahren, § 68 II VwGO	3
(3) Klagefrist, § 74 VwGO	3
3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO	3
a) § 16 III HwO	3
b) § 35 GewO	4
4. Beklagtenbefugnis, § 78 VwGO	4
5. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO	4
6. Rechtsschutzbedürfnis	4
B. Begründetheit	5
1. Rechtmäßigkeit des beantragten Verwaltungsakts	6
a) Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts	6
b) Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts	6
(1) Vereinbarkeit von VA und Ermächtigungsgrundlage	6
(a) Formelle Illegalität	6
(b) Materielle Illegalität	6
[i] Handwerksbetrieb, § 1 HwO	7
[a] Gewerbsmäßigkeit, § 11 HwO	7
(α) Gewerbe	7
aa) erlaubte Tätigkeit	7
bb) Gewinnerzielungsabsicht	7
cc) selbständig	7
dd) kein Ausnahmefall	8
aaa) Urproduktion	8
bbb) freier Beruf	8
ccc) bloße Verwaltung eigenen Vermögens	8
(β) stehend	8
aa) Reisegewerbe	9
bb) Messen, Märkte, Ausstellungen	9
[b] Handwerksfähigkeit, § 1 II HwO	9
(α) Verfugen	9

(β) Imprägnieren	10
aa) Maurer	10
bb) Maler und Lackierer	10
(γ) Errichten von Mauerwerk	11
aa) Tätigkeit des Maurerhandwerks	11
bb) wesentlich	12
[c] Handwerksmäßigkeit	12
(α) die persönliche Mitarbeit des Betriebsinhabers	13
(β) die fachliche Qualität der Mitarbeiter	14
(γ) Arbeitsteilung im Betrieb	14
(δ) Verwendung von Maschinen	15
(ε) Betriebsgröße	15
(φ) Kapitaleinsatz	15
[ii] Ausnahmen von der Erlaubnispflicht	16
[a] unerheblicher Nebenbetrieb	16
[b] Hilfsbetrieb	16
[iii] entgegen den Vorschriften des Gesetzes	16
[a] nicht leitet	17
[b] Leitung eines qualifizierten anderen	18
(α) § 8 HwO	18
(β) § 9 HwO	19
(2) Ermessensfehler, § 40 VwVfG, § 114 VwGO	20
(a) Ermessensnichtgebrauch	20
(b) Ermessensüberschreitung	20
(c) Ermessens Fehlgebrauch	21
[i] bezogen auf die Ermächtigungsgrundlage	21
[ii] bezogen auf Verwaltungsrecht	23
(d) Verhältnismäßigkeit	24
[i] Eignung	25
[ii] Erforderlichkeit	25
[iii] Angemessenheit	26
(3) Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage	27
(a) Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes	27
[i] Art. 12 GG	27
[ii] Art. 3 GG	27
(b) Verstoß gegen geltendes Gemeinschaftsrecht	28
2. Ermessensreduktion auf Null	29
HILFSGUTACHTEN	30
II. ZULÄSSIGKEIT DER OBJEKTIVEN KLAGEHÄUFUNG	30
A. derselbe Beklagte	30
B. in Zusammenhang	30
C. dasselbe Gericht	31
III. EVENTUALANTRAG	31
A. Zulässigkeit	31
1. Verwaltungsrechtsweg	31
2. Statthafte Klageart und klageartabhängige Sachurteilsvoraussetzungen	31
a) Klageziel	31
b) Erfolgloser Antrag bei der zuständigen Behörde	31
B. Klageänderung, § 91 VwGO	32

C. Feststellungsklage	32
1. Verwaltungsrechtsweg	32
2. Statthafte Klageart	32
(1) Rechtsverhältnis	32
(2) streitig	33

Literaturverzeichnis

- Aberle, Hans-Jürgen Die deutsche Handwerksordnung
26. Ergänzungslieferung
Schmidt, Berlin 1995
- Achterberg, Norbert Allgemeines Verwaltungsrecht
Ein Lehrbuch
5. Auflage
C. F. Müller, Heidelberg 1984
- Czybulka, Detlef Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluß des
Europäischen Gemeinschaftsrechts
in Gewerbearchiv 1994, 89 (95)
- Czybulka, Detlef Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie
in
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1990, 137 (138)
- Eyermann, Erich Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
Fröhler, Ludwig 9. Auflage
C. H. Beck, München 1988
- Fröhler, Ludwig Kommentar zur Gewerbeordnung
Kormann, Joachim C. F. Müller, Heidelberg 1978
- Frotscher, Werner Wirtschaftsverfassungs- und
Wirtschaftsverwaltungsrecht
2. Auflage
C. H. Beck, München 1994
- Honig, Gerhard Kommentar zur Handwerksordnung
C.H. Beck, München 1993
- Jarras, Hans-Dieter Wirtschaftsverwaltungsrecht und
Wirtschaftsverfassungsrecht
2. Auflage
Metzner, Frankfurt am Main 1984
- Knack, Hans Joachim Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
4. Auflage
Heymann, Bonn 1994
- Kopp, Ferdinand O. Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
10. Auflage
C. H. Beck, München 1992

- Kopp, Ferdinand O. Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
5. Auflage
C. H. Beck, München 1991
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht
9. Auflage
C. H. Beck, München 1994
- Münch v., Ingo Grundgesetz-Kommentar
4. Auflage
C. H. Beck, München 1992
- Redeker, Konrad
Oertzen v., Hans Joachim Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
11. Auflage
Kohlhammer, Stuttgart 1994
- Schönke, Adolf
Schröder, Horst Kommentar zum Strafgesetzbuch
24. Auflage
C. H. Beck, München 1991
- Schwerdtfeger, Gunther Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung
9. Auflage
C. H. Beck, München 1993
- Siegert, Albrecht
Musielak, Hans-Joachim Das Recht des Handwerks
2. Auflage
Vahlen, München 1984
- Steiner, Udo Besonderes Verwaltungsrecht
Ein Lehrbuch
3. Auflage
C. F. Müller, Heidelberg 1988
- Stober, Rolf Wirtschaftsverwaltungsrecht
7. Auflage
- Stolz, Jürgen Zur Verbundenheit zwischen Haupt- und Nebenbetrieb
nach § 2 Nr. 3, § 3 Handwerksordnung
in Gewerbearchiv 1982, 359 (364)
- Weides, Peter Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren
3. Auflage
C. H. Beck, München 1993
- Wolff, Hans-Jürgen
Bachof, Otto Verwaltungsrecht Band I
10. Auflage
C. H. Beck, München 1994

Zieckow, Jan

Zur Einführung: Handwerksrecht
in Juristische Schulung 1992, 728 (732)

Fallbearbeitung

Die Klage der Handwerkskammer¹ hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Hauptantrag

A. Zulässigkeit

1. VERWALTUNGSRECHTSWEG, § 40 I VwGO²

Fraglich ist, ob für die Klage der Handwerkskammer der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I VwGO gegeben ist. Ein Klagebegehren kann sich auf mehrere materielle Ansprüche stützen.³ Als materielle Ansprüche der H kommen § 16 III HwO sowie § 35 GewO in Betracht.

a) § 16 III HwO

Der Handwerkskammer ist für eine Untersagung nach § 16 III HwO ausdrücklich der Verwaltungsrechtsweg eröffnet worden.⁴

b) § 35 GewO

Die Behörde könnte die Untersagung der Fortführung des Betriebes jedoch auch aus § 35 Gewerbeordnung⁵, der unabhängig neben der Untersagung aus § 16 III Handwerksordnung⁶ anwendbar ist,⁷ verlangen.

Dazu müßte es sich auch in diesem Falle um eine Rechtsstreitigkeit öffentlich-rechtlicher, nicht verfassungsrechtlicher Art handeln. Die Streitigkeit dürfte nicht mittels einer Sonderzuweisung an ein anderes Gericht zugewiesen sein.

(1) *Rechtsstreitigkeit öffentlich-rechtlicher Art*

Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten sind alle Streitigkeiten, deren Streitgegenstand sich als unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts darstellt, daß heißt bei denen sich das Klagebegehren als Folge eines Sachverhalts darstellt, der nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist.⁸ Die streitentscheidende Norm muß demzufolge öffentlichen Recht zuzuordnen sein.

Nach der modifizierten Subjektstheorie werden dem öffentlichen Recht die Rechtssätze zugeordnet, die nur den Staat oder einen sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt zum Zuordnungssubjekt haben, sich also ausschließlich an den Staat

¹ im Folgenden H

² §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche der VwGO

³ Kopp, VwGO, § 44 Rz. 2

⁴ Aberle in Aberle, § 16 Rz. 20

⁵ im Folgenden GewO

⁶ im Folgenden HwO

⁷ Jarass, § 19 Rz. 20

⁸ Kopp, VwGO § 40 Rz. 6

oder einen sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen wenden.⁹

Der materielle Anspruch der H auf Untersagung könnte sich auf § 35 GewO stützen.

§ 35 GewO ermächtigt nur *“die zuständige Behörde”* den Betrieb eines Handwerks zu untersagen.

Die Tätigkeit einer Behörde beruht auf der Übertragung hoheitlicher Befugnisse.¹⁰ Sie ist Träger hoheitlicher Gewalt und handelt auch in ihrer Eigenschaft als solcher.

Es handelt sich folglich um eine Rechtsstreitigkeit öffentlich-rechtlicher Art.

(2) *Nichtverfassungsrechtlicher Art*

Da die H weder ein Verfassungsorgan noch ein am Verfassungsleben beteiligter Rechtsträger ist, handelt es sich gem. § 40 um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.

(3) *Sonderzuweisung an ein anderes Gericht*

Eine Sonderzuweisung an ein anderes Gericht ist nicht ersichtlich

2. STATTHAFTE KLAGEART UND KLAGEARTABHÄNGIGE SACHURTEILSVORAUSSETZUNGEN

Als mögliche Klageart kommt die Verpflichtungsklage in Betracht, die inzident stets die Aufhebung etwa entgegenstehender (ablehnender) Verwaltungsakte der Verwaltung enthält, ohne daß dies besonders beantragt werden müßte.¹¹

a) Statthafte Klageart, § 42 I VwGO

Die Verpflichtungsklage ist nach § 42 I VwGO statthaft, wenn das Klageziel der Erlaß eines Verwaltungsakts ist.

(1) *Klageziel*

Klageziel ist die *“Untersagung der Fortführung des Betriebes”*.

(2) *Erlaß eines Verwaltungsakts*

Fraglich ist, ob es sich bei der Untersagung um einen Verwaltungsakt handeln würde.

Ein Verwaltungsakt ist nach der Legaldefinition des § 35 VwVfG jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Die Untersagung eines Betriebes durch die zuständige Behörde gem. § 16 III HwO oder § 35 GewO richtet sich ausschließlich an den Betroffenen und setzt eine verbindliche Rechtsfolge. Damit ist sie als Regelung eines Einzelfalles zu qualifizieren.

⁹ Maurer, § 3 Rz. 17, 18

¹⁰ Redeker / von Oertzen § 42 Rz. 64

¹¹ vgl.: Kopp, VwGO § 42 Rz. 21

Sie ist auch eine hoheitliche Maßnahme, da die beantragte Untersagung in Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des § 16 III HwO bzw. § 35 GewO (siehe oben: I. A. 0) erginge.

Die Rechtsfolge tritt auch bei einem einzelnen außerhalb der Verwaltung, nämlich dem Betreibenden, ein und entfaltet daher unmittelbare Rechtswirkung.

Das Klageziel ist somit der Erlaß eines Verwaltungsaktes.

b) klageartabhängige Sachurteilsvoraussetzungen

(1) *erfolgloser Antrag*

Der erfolglose Antrag bei der zuständigen Behörde ist gegeben, wenn ein Antrag des Antragstellers durch einen versagenden Verwaltungsakt abgelehnt wurde oder die Behörde untätig blieb. Nach der Hamburger Anordnung über Zuständigkeiten nach der HwO¹² sind die zuständigen Behörden zur Durchführung des § 16 der HwO die Bezirksämter. Für Gewerbeuntersagungen gemäß § 35 GewO ebenso.

Die H beantragte bei dem Bezirksamt Harburg die Betriebsuntersagung. Das Bezirksamt ist zuständig, und lehnt die Anträge mit Bescheid vom 10.10.1993 ab.

Ein erfolgloser Antrag ist gegeben.

(2) *Vorverfahren, § 68 II VwGO*

Nach § 68 II ist vor Erhebung der Verpflichtungsklage die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit in einem Vorverfahren nachzuprüfen.

Das Bezirksamt weist den Widerspruch mit Bescheid vom 20.03.1994 zurück.

Das Vorverfahren nach den §§ 68 II, 73 I 3 VwGO hat stattgefunden.

(3) *Klagefrist, § 74 VwGO*

Nach § 74 VwGO muß die Klage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben werden.

Es ist davon auszugehen, daß H fristgemäß Klage erhebt.

3. KLAGEBEFUGNIS, § 42 II VwGO

Weiter Voraussetzung für die Zulässigkeit ist die Klagebefugnis der H gemäß § 42 II.

Die Klagebefugnis ist gegeben, wenn eine Beeinträchtigung subjektiver öffentlicher Rechte des Klägers nicht eindeutig und nach jeder denkbaren Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint.¹³

¹² vom 05. Oktober 1971 (Amtl. Anzeiger, S. 1425)

¹³ Kopp, VwVfG § 42 Rz. 39

a) § 16 III HwO

Das Erfordernis der Klagebefugnis ist nicht notwendig, wenn ohne Rücksicht auf die Betroffenheit des Klägers ein Bundesgesetz ein Klagerecht ausdrücklich vorsieht.¹⁴

Die nach § 42 II erforderliche Klagebefugnis ergibt sich aus § 16 III S. 2 HwO.¹⁵

b) § 35 GewO

Fraglich ist jedoch, ob die Behörde auch bezüglich der Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO klagebefugt ist. Diese Norm gibt der Handwerkskammer keine spezialgesetzliche Klagebefugnis.

§ 35 GewO will nicht bestimmten einzelnen die Rechtsmacht einräumen. Eine Verpflichtungsklage Dritter mit dem Ziel die Untersagung nach § 35 GewO zu erzwingen, scheidet aus.¹⁶

Folglich ist die Handwerkskammer für eine Untersagung nach § 35 GewO nicht klagebefugt.

4. BEKLAGTENBEFUGNIS, § 78 VwGO

Zudem müßte die Antragsgegnerin beklagtenbefugt sein.

Verpflichtungsklagen sind nach § 78 I 1 VwGO grundsätzlich an die Körperschaft zu richten, deren Behörde den beantragten Verwaltungsakt versagt hat. Ausnahmsweise können die Länder durch Landesrecht nach § 78 I 2 VwGO bestimmen, daß die Klage gegen die zuständige Behörde selbst zu richten ist.

Von dieser Ermächtigung hat die Hansestadt Hamburg keinen Gebrauch gemacht,¹⁷ so daß die FHH als Körperschaft der Behörde beklagtenbefugt ist.

Die Klage der H richtet sich gegen die FHH. Die Beklagtenbefugnis nach § 78 ist somit gegeben

5. BETEILIGTENFÄHIGKEIT, § 61 VwGO

Beteiligtenfähig sind zunächst alle natürlichen und juristischen Personen. Juristische Personen sind alle Personen des öffentlichen (oder privaten) Rechts, z.B. die einzelnen Länder und die Körperschaften des öffentlichen Rechts.¹⁸

H ist nach § 90 I HwO eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. H als Körperschaft des öffentlichen Rechts und die Hansestadt Hamburg als Land sind nach § 61 VwGO beteiligtenfähig.

6. RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS

H müßte weiterhin ein Rechtsschutzbedürfnis haben.

¹⁴ Kopp, VwGO, § 42, Rz. 103

¹⁵ VGH Kassel in NVwZ 1991, 280 (281)

¹⁶ Fröhler / Kormann, § 35 Rz. 55

¹⁷ vgl. Redeker / v. Oertzen § 78 Rz. 10

¹⁸ Kopp, VwGO, § 61, Rz. 6

Dies liegt immer dann vor, wenn der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Entscheidung des Gerichts hat und das Gericht nicht für unlautere oder unnütze Zwecke in Anspruch nimmt.¹⁹ Es fehlt, wenn der Kläger das mit der Klage verfolgte Ziel auf andere, einfachere und näher liegende Weise erreichen kann.²⁰

Die Handwerkskammer kann nach § 13 I HwO die Eintragung in die Handwerksrolle löschen, wenn die Voraussetzungen für die Eintragungen nicht (mehr) vorliegen. Führte die Löschung aus der Handwerksrolle ebenfalls zur Fortführungsuntersagung, könnte sie das erstrebte Ziel auf einfachere Weise erreichen und bräuchte das Gericht nicht für unnütze Zwecke in Anspruch nehmen.

Betreibt der K nach der Löschung den Betrieb weiter, betreibt er ein Handwerk als stehendes Gewerbe entgegen der Vorschrift des § 1 HwO. Zwar wird der Betrieb eines Handwerks auch ohne die Untersagung rechtswidrig und damit unzulässig; verboten (mit der zwangsweisen Einstellungsmöglichkeit des § 16 IV HwO) wird er jedoch erst nach der förmlichen Untersagung.²¹

Sollte die Handwerkskammer die Löschung vornehmen und einen erneuten Antrag auf Fortführungsuntersagung bei der Behörde stellen, wird diese jedoch wiederum die Fortführung nicht untersagen, da ihrer Meinung nach *“Verstöße gegen die HwO ohnehin nicht ersichtlich seien”*. Die Behörde kann die Betriebsuntersagung allerdings nicht verfügen, wenn die Handwerksrolleneintragung nicht vorliegt, die materiellen Eintragungsvoraussetzungen aber gegeben sind. Denn dann ist die Eintragung von Amts wegen nach § 10 I HwO *“lex specialis”* gegenüber § 16 III HwO.²²

Ohne übereinstimmende Meinung der Behörde und der H ist eine Betriebsuntersagung demnach nicht möglich. Will die Handwerkskammer die Fortführungsuntersagung erreichen, ist sie daher gezwungen den Rechtsweg zu wählen.

Das Rechtsschutzbedürfnis der H ist somit gegeben.

Die Verpflichtungsklage auf Untersagung der Fortführung des Betriebes aus § 16 III HwO zulässig.

B. Begründetheit

Die Verpflichtungsklage ist nach § 113 V begründet, wenn die Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes rechtswidrig ist, der Kläger in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist.

Das ist immer dann der Fall, wenn der Kläger einen Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt hat. Anspruch bedeutet, daß der Kläger ein subjektives öffentliches Recht hat.²³

¹⁹ Kopp, VwGO, vor § 40 Rz. 30

²⁰ Kopp, VwGO, vor § 40 Rz. 32

²¹ vgl.: Honig, § 16 Rz. 18

²² Honig, § 16 Rz. 17

²³ vgl.: Schwerdtfeger, Rz. 196

Mit der Zulassung der Klage ohne Rücksicht auf die persönliche Betroffenheit des Klägers ist allerdings notwendig verbunden, daß auch für die Begründetheit der Klage die Verletzung eigener Rechte nicht erforderlich ist. Die Verpflichtungsklage muß vielmehr schon dann Erfolg haben, wenn die Ablehnung eines Verwaltungsaktes objektiv rechtswidrig ist.²⁴

Der Anspruch der H ergibt sich somit schon aus der objektiven Rechtswidrigkeit der Ablehnung des Verwaltungsaktes. Das ist dann der Fall, wenn der beantragte Verwaltungsakt rechtlich möglich ist, das heißt rechtmäßig zu erlassen ist. Soweit Ermessen eingeräumt ist, müßte eine Ermessensreduktion auf Null gegeben sein.²⁵

1. RECHTMÄßIGKEIT DES BEANTRAGTEN VERWALTUNGSAKTS

Der beantragte Verwaltungsakt müßte formell und materiell rechtmäßig sein und sich auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage stützen können.

a) Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

Das Bezirksamt Harburg der FHH kann den beantragten Verwaltungsakt formell rechtmäßig erlassen.

b) Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

Der materiell rechtmäßige Verwaltungsakt müßte mit der Ermächtigungsgrundlage vereinbar und ermessensfehlerfrei sein.

(1) *Vereinbarkeit von VA und Ermächtigungsgrundlage*
§ 16 III HwO²⁶ ermächtigt dazu den selbständigen Betrieb eines Handwerks zu untersagen, wenn dieser entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung betrieben wird. Ein Handwerk kann formell und materiell illegal betrieben werden.

(a) *Formelle Illegalität*

Die sogenannte formelle Illegalität²⁷ liegt vor, wenn der ein Handwerk Betreibende nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist.²⁸

Die Behörde ist an die formelle Rechtmäßigkeit durch eine bestehende Eintragung in die Handwerksrolle gebunden, so daß sie an einer auf die Rechtswidrigkeit der Eintragung gestützten Untersagung gehindert ist,²⁹ für eine Betriebsuntersagung nach § 16 III ist daher kein Raum.³⁰

Somit darf für die Begründetheit der Klage der H gegen die FHH nicht berücksichtigt werden, ob die Erteilung der Ausnahmegewilligung rechtswidrig erfolgte und demnach auch

²⁴ Kopp, § 42 Rz. 105

²⁵ Wolff - Bachof, § 31 Rz. 55

²⁶ i m Folgenden sind §§ ohne nähere Bezeichnung solche der HwO

²⁷ Frotscher, Rz. 311

²⁸ Siegert / Musielak, § 16 Rz. 10

²⁹ Zieckow in JuS 1992, 728 (731)

³⁰ Siegert / Musielak, § 16 Rz. 10

nicht, daß die Behörde bei der Erteilung der Ausnahmegewilligung davon ausging, daß K nur “eine halbe Stelle” habe.

K ist mit einer Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle eingetragen.

Eine formelle Illegalität liegt nicht vor.

(b) *Materielle Illegalität*

Fraglich ist, ob der Betrieb von K materiell illegal betrieben wird.

Um materielle Illegalität³¹ handelt es sich, wenn der selbständige Handwerker den Betrieb nicht selbst leitet und mit dieser Aufgabe auch keine Person betraut hat, die die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt³²

Zunächst müßte der Betrieb des K nach der Handwerksordnung erlaubnispflichtig, das heißt Handwerksbetrieb im Sinne des § 1 II sein, und keine Ausnahme im Sinne der HwO sein.

[i] *Handwerksbetrieb, § 1 HwO*

Aus § 1 ergibt sich, daß es sich nur um einen erlaubnispflichtigen Handwerksbetrieb im Sinne der HwO handelt, wenn ein stehender Gewerbebetrieb handwerksmäßig betrieben wird, und vollständig oder in wesentlichen Teilen ein Gewerbe umfaßt, daß in der Anlage A zur HwO aufgeführt ist.³³

[a] *Gewerbsmäßigkeit, §II HwO*

Fraglich ist, ob der Betrieb des K gewerbsmäßig ist.

(α) *Gewerbe*

Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung ist jede nicht sozial unwertige (generell nicht verbotene = “erlaubte”), auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe und bloße Verwaltung eigenen Vermögens.

aa) *erlaubte Tätigkeit*

Die Tätigkeit des Baugewerbes ist erlaubt. Denn sie ist nicht sozial unwertig. Ein gesetzliches Verbot liegt nicht vor.³⁴

bb) *Gewinnerzielungsabsicht*

Die ausgeübte Tätigkeit muß auf die Erzielung eines Gewinns gerichtet sein.³⁵

Im Gegensatz dazu stehen bei Privatpersonen Tätigkeiten, die unmittelbar einen gemeinnützigen Zweck verfolgen.³⁶

³¹ Frotscher, Rz. 311

³² Siegert / Musielak, § 16 Rz. 10

³³ Frotscher, Rz. 305

³⁴ vgl.: Frotscher, Rz. 161

³⁵ Frotscher, Rz. 162

K wollte seinen Brüdern mit der Gründung seines Betriebes einen Arbeitsplatz verschaffen. Hiermit verfolgt er jedoch keinen gemeinnützigen, sondern allenfalls seinen Brüdern nützenden Zweck. Als Betriebsinhaber ist K im Regelfall an dem wirtschaftlichen Gewinn zumindest beteiligt, so daß seine Tätigkeit als auf die Erzielung eines Gewinnes gerichtet einzuordnen ist.

cc) selbständig

Der Gewerbebegriff setzt weiterhin das Element der Selbständigkeit voraus.

Dieses wird durch die Kriterien "Handeln im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und in eigener Verantwortlichkeit" näher bestimmt.³⁷

K selbst legt dar, "daß er sich auf wichtige kaufmännische Entscheidungen konzentrieren könne". Aus dieser Äußerung geht hervor, daß K die Entscheidungskompetenz für den Betrieb hat. Diese setzt das die Eigenverantwortlichkeit für den Betrieb voraus.

Folglich übt K das Gewerbe selbständig aus.

dd) kein Ausnahmefall

Desweiteren dürfte es sich bei dem Betrieb des K weder um eine Urproduktion, einen freien Beruf noch um die bloße Verwaltung eigenen Vermögens handeln.

aaa) Urproduktion

Da K Häuser baut, verfußt und imprägniert, mithin also neue Werke herstellt, und nicht gewinnt, handelt es sich nicht um Gewinnung roher Naturerzeugnisse³⁸, mithin nicht um Urproduktion.

bbb) freier Beruf

Zu den sogenannten freien Berufen, die ebenfalls aus dem Gewerbebegriff herausgenommen werden, zählt einmal die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische oder schriftstellerische Tätigkeit höherer Art³⁹, zum anderen die persönlichen Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern.⁴⁰

In Betracht kommt hier die persönliche Dienstleistung höherer Art.

Die vom K ausgeübten Tätigkeiten sind nicht in der typisierenden Beispielsliste des § 6 GewO aufgeführt.

³⁶ Arndt in Steiner, Rz. 242

³⁷ Frotscher, Rz. 164

³⁸ vgl.: Frotscher, Rz. 166

³⁹ Frotscher, Rz. 167

⁴⁰ Frotscher, Rz. 168

Für das Erlernen (und Ausüben) seiner Tätigkeiten ist nicht, wie für die in § 6 GewO aufgeführten Tätigkeiten, ein Studium erforderlich. Es handelt sich demnach nicht um Tätigkeiten, die als persönliche Dienstleistungen höherer Art zu betrachten sind.

ccc) bloße Verwaltung eigenen Vermögens

Die Verwaltung eigenen Vermögens, solange sie sich in einem angemessenen und üblichen Rahmen hält, wird nicht als Gewerbe im Sinne des Gewerberechts angesehen.⁴¹

K stellt im Auftrag seiner Kunden Häuser her oder leistet Dienste im Zusammenhang mit diesen. Die geleistete Arbeit läßt er sich entlohnen. Das dadurch entstehende Vermögen ist Produkt seiner und der seiner Gehilfen Arbeit.

Es handelt sich demnach nicht um die Verwaltung eigenen Vermögens.

Ein Ausnahmefall ist nicht gegeben.

Es handelt sich um ein Gewerbe im Sinne der GewO.

(β) *stehend*

Für die Gewerbsmäßigkeit im Sinne der HwO müßte das von K ausgeübte Gewerbe als stehendes im Sinne der GewO gelten.

Das stehende Gewerbe wird negativ abgegrenzt, und umfaßt alle gewerblichen Betätigungen, die nicht in die Sonderkategorien des Reisegewerbes oder des Messe-, Ausstellungs- und Marktgewerbes fallen.⁴²

aa) Reisegewerbe

Ein Reisegewerbe ist nach der Legaldefinition des § 55 I GewO dann anzunehmen, wenn jemand "gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben" bestimmte unter § 55 I GewO 1. und 2. Alt aufgeführte Tätigkeiten ausübt.

K wird jedoch nicht ohne vorherige Bestellung tätig werden. Ein Reisegewerbe liegt somit nicht vor.

bb) Messen, Märkte, Ausstellungen

Ein gemeinsames Kennzeichen dieser Veranstaltungen liegt darin, daß eine Vielzahl von Anbietern oder Ausstellern ihre Produkte oder Dienstleistungen feilbieten oder vorführen.⁴³

K bietet weder mit vielen anderen seine Dienstleistungen an, noch führt er sie mit solchen vor.

⁴¹ Frotscher, Rz. 169

⁴² Frotscher, Rz. 306

⁴³ Frotscher, Rz. 223

Es handelt sich nicht um Messe-, Ausstellungs- oder Marktgewerbe.

Bei dem Betrieb des K handelt es sich um einen gewerbsmäßigen Betrieb im Sinne des § 1 HwO.

[b] *Handwerksfähigkeit, §1 II HwO*

Die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit muß vollständig, oder doch in wesentlichen Teilen, einem Gewerbe entsprechen, das in der Positivliste in Form der Anlage A, die abschließenden Charakter hat, zur HwO aufgeführt ist.⁴⁴ Daß ein Betrieb sämtliche einem Handwerk zuzuordnenden Tätigkeiten ausübt, dürfte die Ausnahme sein. Deshalb stellt sich in der Regel die Frage, ob die konkret ausgeführten Tätigkeiten wesentliche Teile des Handwerksberufs darstellen.⁴⁵

Fraglich ist also, ob das Verfugen, das Imprägnieren sowie die Errichtung des Mauerwerks für Neubauten wesentliche Teile des Handwerksberufs darstellen.

(α) *Verfugen*

In Betracht kommt hier die in Anlage A aufgeführte 1. Gruppe der Bau- und Ausbaugewerbe. Das Verfugen könnte zu den wesentlichen Teilen des Maurerhandwerks (Anlage A, Gruppe 1, Nr. 1), gehören.

Eine wesentliche Teiltätigkeit liegt jedoch nicht vor wenn diese als handwerksähnliches Gewerbe der Anlage B unterfällt, auch wenn es sich dabei um ein Arbeitsgebiet des Vollhandwerks handelt.⁴⁶

Ist die Tätigkeit des Verfugens also in der Anlage B aufgeführt, ist sie jedenfalls, ganz gleich, ob sie grundsätzlich zu den Tätigkeiten des Maurerhandwerks gehört, nicht wesentlich.

In der Gruppe I, der der Bau- und Ausbaugewerbe, ist unter Nr. 5 der Fuger im Hochbau aufgeführt.

Die vom K und seinen Gehilfen ausgeübte Tätigkeit des Verfugens der von anderen Firmen erstellten Gebäude, also des Verfugens im Hochbau, ist eine handwerksähnliche Tätigkeit im Sinne des § 18 II HwO.

Die Tätigkeit des Verfugens ist keine wesentliche Tätigkeit des in Anlage A aufgeführten Maurerhandwerks.

Sie ist demnach nicht handwerksfähig im Sinne des § 1 II.

(β) *Imprägnieren*

⁴⁴ Frotscher, Rz. 307

⁴⁵ Honig, § 1 Rz. 47

⁴⁶ Honig, § 1 Rz. 70

Ein weiterer Tätigkeitsbereich im Betrieb des K ist die Imprägnierung von Mauerwerk. Diese Tätigkeit könnte nach Anlage A bezüglich der Gruppe 1 Nr. 1 (Maurer) sowie der Nr. 15 (Maler und Lackierer) handwerksfähig sein.

aa) Maurer

In der Gruppe I der Anlage B ist unter Nr. 6 das Holz- und Bautenschutzgewerbe aufgeführt. Die ausgeübte Tätigkeit ist, in Abgrenzung zum Maurerhandwerk, als handwerksähnlich zu beurteilen und somit keine wesentliche Tätigkeit des Maurerhandwerks.

bb) Maler und Lackierer

Es könnte sich bei der Tätigkeit des Imprägnierens jedoch um eine wesentliche Tätigkeit des Maler- und Lackiererhandwerks handeln.

Dazu müßte das Imprägnieren eine Tätigkeit des Malerhandwerks sein.

Das Imprägnieren durchfeuchteter Außenwandflächen mit den dafür entwickelten Imprägniermitteln einschließlich der erforderlichen Vorbehandlung fällt, wenn es sich bei der aufgetragenen Fassadenfarbe im wesentlichen um ein *Imprägnierungsmittel* - und nicht *um einen filmbildenden Anstrich, der fachkundiger Vorbereitungs- und Ausführungsarbeiten bedarf* - handelt, unter den handwerksähnlichen Tätigkeitsbereich des Bautenschützers.⁴⁷

Sind aber fachkundige Vorbereitungs- und Ausführungsarbeiten notwendig, und damit vollhandwerkliche Kenntnisse des Malers und Lackierers, so handelt es sich bei der Imprägnierung durchfeuchteter Außenwände um eine handwerksmäßige Arbeit im Sinne von § 1 II HwO.⁴⁸

Fraglich ist demnach, ob im Betrieb des K die Imprägnierung des Mauerwerk filmbildend angestrichen oder lediglich durch ein Imprägniermittel erfolgt.

Die Imprägnierung erfolgt mittels einer speziellen, einfach aufzusprühenden Flüssigkeit. Die Tätigkeit umfaßt somit nicht das *„Anstreichen“*.

Zwar muß auch die aufgesprühte Flüssigkeit trocknen, d.h. einen *„Film bilden“*, um imprägnierend wirken zu können. Die Sprühtechnik zeichnet sich im Gegensatz zur Streichtechnik jedoch dadurch aus, daß sich dieser Film fast *„selbständig“* bildet. Besondere Fertigkeiten, um fehlerhaftes Anbringen der Flüssigkeit zu vermeiden, bedarf es hierfür nicht.

⁴⁷ OLG Hamm in GewA 1979, 94 (96)

⁴⁸ OLG Hamm in GewA 1979, 94 (95 / 96)

Es handelt sich bei der ausgeübten Imprägnierungstätigkeit folglich um eine handwerksähnliche Tätigkeit des Mauerschutzes im Sinne der Gruppe I Nr. 6 der Anlage B der HwO, um eine handwerksähnliche Tätigkeit im Sinne des § 18 II HwO.

Die Tätigkeit des Imprägnierens ist demnach nicht handwerksfähig im Sinne des § 1 II HwO.

(χ) Errichten von Mauerwerk

Die ausgeübte Tätigkeit des Errichtens von Mauerwerk könnte eine wesentliche Tätigkeit des in Anlage A, Gruppe I Nr. 1 aufgeführten Maurerhandwerks sein.

aa) Tätigkeit des Maurerhandwerks

Dafür, welche Tätigkeiten zu einem in der Anlage A genannten Handwerk gehören, liefern die Berufsbilder nach § 45 HwO gewisse Anhaltspunkte.⁴⁹

§ 45 ermächtigt den Bundesminister für Wirtschaft, Rechtsverordnungen zu erlassen, die bestimmen, welche Tätigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten den einzelnen Handwerken zuzurechnen sind (Berufsbild) und welche Anforderungen in der Meisterprüfung zu stellen sind.

Alle in den entsprechenden Verordnungen genannten Kriterien sind für die Abgrenzung und Bestimmung des Handwerks tauglich. Der Umkehrschluß darf jedoch nicht gezogen werden.⁵⁰

In § 1 I 1. Alt. i.V.m. § 1 II der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung des Handwerks wird bezüglich der praktischen Prüfung auf die für die einzelnen Gewerbe der Anlage A zur HwO gesondert erlassenen Rechtsverordnungen verwiesen.

In der Verordnung über das Berufsbild und die Prüfungsanforderungen⁵¹ wird unter § 1 Nr. 2 dem Maurerhandwerk "die Herstellung von Mauerwerk" als Tätigkeit, und unter § 2 Nr. 22 als zuzurechnende Kenntnis und Fertigkeit zugeordnet.

Das Errichten von Mauerwerk gehört demnach zu den Tätigkeiten des Maurerhandwerks.

bb) wesentlich

Wird nicht der gesamte Leistungskatalog eines Handwerks abgedeckt, kommt es weiter darauf an, ob die durchgeführten Arbeiten bereits die Schwelle der Wesentlichkeit überschreiten. Denn anderenfalls handelt es sich bei dem Betrieb nicht um einen

⁴⁹ Honig, § 1 Rz. 45

⁵⁰ Honig, § 45 Rz. 6

⁵¹ Bundesgesetzblatt 1993 Teil I, S. 90

Handwerksbetrieb im Sinne des § 1 II HwO, sondern nur um ein sogenanntes Minderhandwerk oder Kleingewerbe, das den Vorschriften der GewO unterliegt.⁵²

Als wesentlich werden solche Tätigkeiten angesehen, die gerade den Kernbereich des betreffenden Handwerks ausmachen und ihm sein essentielles Gepräge verleihen.⁵³

Die Beurteilung, ob in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe der Anlage A erfaßt wird, bemißt sich nach dem tatsächlichen Berufsbild des betreffenden Handwerks.⁵⁴ Können die anfallenden Tätigkeiten ohne die Beherrschung in handwerklicher Schulung erworbener Kenntnisse und Fähigkeiten einwandfrei und gefahrlos ausgeübt werden, so daß es an der Spitze des Betriebes keines, für die selbständige Ausübung des betreffenden Handwerks, Leiters bedarf, dann liegt lediglich ein den Vorschriften der HwO nicht unterfallendes Minderhandwerk vor.⁵⁵

Abgestellt wird dabei nur auf die Qualität (Schwierigkeitsgrad, besondere fachliche Kenntnisse und Fertigkeiten), nicht auf die Quantität.⁵⁶

Wie oben schon erwähnt wird die "Herstellung von Mauerwerk" in der Verordnung über das Berufsbild des Maurerhandwerks als Kenntnis und Fertigkeit diesem zugerechnet. Also sind besondere fachliche Kenntnisse und Fertigkeiten zur ausgeführten Tätigkeit notwendig.

Es handelt sich somit nicht um ein Minderhandwerk.

Die ausgeführte Tätigkeit ist handwerksfähig im Sinne des § 1.

[c] *Handwerksmäßigkeit*

Eine handwerksfähige Tätigkeit reicht nach der Begriffsumschreibung des § 1 II HwO jedoch nicht allein zur Einordnung eines Gewerbebetriebes als Handwerksbetrieb. Der Gewerbebetrieb muß dazu handwerksmäßig betrieben werden.

Das Kriterium der Handwerksmäßigkeit dient der Abgrenzung gegenüber dem Industriebetrieb.⁵⁷

Vorzunehmen ist eine Betrachtung der Gesamtstruktur des Einzelunternehmens unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Gewerbebezweiges. Dabei muß von einem "dynamischen" Handwerksbegriff, der sich an der

⁵² Frotscher, Rz. 316

⁵³ Frotscher, Rz. 317

⁵⁴ Zieckow in JuS 1992, 728 (729)

⁵⁵ Zieckow in JuS 1992, 728 (729)

⁵⁶ Frotscher, Rz. 317

⁵⁷ Frotscher, Rz. 308

Betriebsstruktur orientiert ausgegangen werden,⁵⁸ da neue technische und wirtschaftliche Entwicklungen die Bedeutung einzelner für den Handwerksbetrieb charakteristischer Merkmale verändern können.⁵⁹

Als Entscheidungshilfe dient dabei ein Katalog verschiedener Abgrenzungskriterien, von denen jedes für sich eine Zuordnung nicht zu leisten vermag. Das Zusammentreffen mehrerer Merkmale indiziert aber die Handwerksmäßigkeit.⁶⁰

Zu beachten ist allerdings, daß handwerksmäßig betriebene Betriebsteile eine gewisse Relevanz im Gesamtbetrieb haben müssen. Bei einer deutlichen Unterordnung, so zum Beispiel nur 10% des Gesamtumsatzes⁶¹, des handwerksmäßigen, nicht industriellen Bereiches ist der Betrieb insgesamt nicht handwerklich geprägt und kann deshalb auch nicht für einen Teilbereich als Handwerksbetrieb eingestuft und in die Handwerksrolle eingetragen werden.⁶²

Das Errichten von Mauerwerk nimmt zwei Drittel der Tätigkeit und des Umsatzes des Betriebes des K ein. Diese Tätigkeit ist somit gegenüber den anderen übergeordnet.

Spricht das Verrichten dieser Tätigkeit für eine Handwerksmäßigkeit, ist damit der ganze Betrieb als handwerksmäßig betrieben anzusehen.

(α) *die persönliche Mitarbeit des Betriebsinhabers*

Indiz für die Handwerksmäßigkeit könnte die aktive Mitarbeit des Betriebsinhabers sein.

Entscheidend für die Beurteilung ist, ob Art und Struktur es dem Inhaber objektiv erlauben, die Arbeit seiner Mitarbeiter im einzelnen zu überwachen und ihnen erforderlichenfalls konkrete Anweisungen zu erteilen. Dabei ist allerdings zu beachten, daß sich auch im Handwerk die Betriebsführung moderne Methoden zu Nutze macht, die dazu führen, daß sich der Inhaber oft auf die Aufsichtstätigkeit und bloße Überwachung beschränkt.⁶³

K hat 15 Angestellte. Er nimmt für sich in Anspruch, sich auf die handwerkliche und technische Kontrolle konzentrieren zu können. Die Mitarbeiter seines Betriebes werden auf höchstens vier Baustellen gleichzeitig eingesetzt. Es ist davon auszugehen, daß die jeweiligen Baustellen nicht allzuweit von einander

⁵⁸ BVerwGE 25, 66 (71)

⁵⁹ Frotscher, Rz. 308

⁶⁰ Zieckow in JuS 1992, 728 (729)

⁶¹ OVG Koblenz in NVwZ 1989, 409 (410)

⁶² Czybulka in NVwZ 1990, 137 (138)

⁶³ Honig, § 1 Rz. 57

entfernt liegen, sondern sich im örtlichen Bereich befinden.

Objektiv ist dem K die Überwachung des Betriebes somit möglich.

(β) *die fachliche Qualität der Mitarbeiter*

Weiteres Indiz für die Handwerksmerkmäßigkeit könnte die fachliche Qualität der Mitarbeiter sein.

Die Mitarbeiter sind im Handwerk üblicherweise handwerklich so umfassend ausgebildet, daß sie im wesentlichen alle im Betrieb anfallenden Arbeiten eigenverantwortlich ausführen können und daher ohne Weiteres gegenseitig austauschbar sind.⁶⁴ Aus der Tatsache, daß in einem Betrieb Lehrlinge ausgebildet werden, kann für die Frage der Abgrenzung nichts gewonnen werden.⁶⁵

Die fünf angestellten Gesellen haben die Gesellenprüfung nach § 32 HwO erbracht. Sie können demnach alle im Betrieb anfallenden Arbeiten eigenverantwortlich ausführen. Hiervon kann im Fall der sieben angelernten Arbeiter nicht ausgegangen werden.

Für Neben- und Hilfsarbeiten können Handwerksbetriebe jedoch ungelernte Arbeitnehmer einsetzen, ohne dadurch ihren Charakter zu verlieren.⁶⁶ Die besonderen Umstände im Baugewerbe bringen es mit sich, daß der Grundsatz der überwiegenden Beschäftigung qualifizierter Mitarbeiter nur eingeschränkt gilt.⁶⁷

Das zahlenmäßige Verhältnis der ungelerten Arbeitskräfte zu den Facharbeitern wird im Wesentlichen durch die Eigenarten im Baugewerbe bestimmt,⁶⁸ die in jedem Unternehmen nach den betrieblichen Erfordernissen des Baugewerbes ausgewogen sein müssen.⁶⁹

Aus diesem lassen sich daher keine Erkenntnisse für die Beurteilung der Frage gewinnen, ob ein Betrieb dem Handwerk oder der Industrie zuzurechnen ist.⁷⁰

(χ) *Arbeitsteilung im Betrieb*

Als weiteres Indiz dient die Arbeitsteilung im Betrieb.

Für eine industrielle Struktur spricht eine soweit fortgeschrittene Arbeitsstruktur, die dazu führt, daß die Beschäftigten in der Regel stets nur einige wenige,

⁶⁴ Honig, § 1 Rz. 58

⁶⁵ Honig, § 1 Rz. 59

⁶⁶ Honig, § 1 Rz. 58

⁶⁷ Siegert / Musielak, § 1 Rz. 27

⁶⁸ BVerwGE in GewA 1965, 163 (164)

⁶⁹ BVerwGE in GewA 1965, 163 (164)

⁷⁰ BVerwGE in GewA 1965, 163 (164)

immer wiederkehrende, beschränkte Teilarbeiten auszuführen haben.⁷¹

Zu prüfen ist daher, wie die Tätigkeit des Errichtens von Mauerwerk ausgeführt wird.

Zwei eingearbeitete Arbeitskolonnen von jeweils einem Gesellen und zwei Angelernten erledigen die handwerksähnlichen Tätigkeiten. Für das Errichten des Mauerwerks bleiben demnach 3 Gesellen, 3 Angelernte und die 2 Auszubildenden.

Die Lehrlinge werden umfassend ausgebildet, müssen also stets andere Arbeiten erledigen. Die Gesellen werden das Mauerwerk gemeinschaftlich errichten, sich gegenseitig unterstützen. Auch sie werden demnach nicht nur ständig wiederkehrende Arbeiten verrichten. Die untergeordneten Hilfsarbeiten der Angelernten müssen sich denen der Gesellen anpassen, also werden auch sie sich den Gegebenheiten entsprechend verändern.

Die Angestellten des K errichten das Mauerwerk nicht durch ständig wiederkehrende Arbeiten.

(δ) *Verwendung von Maschinen*

Auch der Umfang des Einsatzes von Maschinen könnte Aufschlüsse über die Betriebsweise geben.

Für die Annahme einer industriellen Betriebsweise spricht es, wenn die Verwendung von Maschinen für die Entfaltung der Handfertigkeit keinerlei Raum mehr läßt, für einen handwerksmäßigen Betrieb, wenn der Handwerker sich ihrer nur zur Erleichterung seiner Tätigkeit und zur Unterstützung seiner persönlichen Arbeit bedient.⁷²

Die Verwendung von Maschinen dürfte schon allein aus dem Grund nur zur Erleichterung und Unterstützung dienen, daß ein kleiner Betrieb wie der des K finanziell nicht dazu in der Lage sein wird, sich die Handfertigkeit ersetzende Maschinen zu leisten.

Soweit es sich wie hier nicht um Fertigbau handelt, können Maschinen die Handfertigkeit der Arbeiter nicht ersetzen.

(ε) *Betriebsgröße*

Die eher geringe Betriebsgröße spricht hier wegen der eher geringen Ausdehnung des Betriebes und der geringen Zahl der Beschäftigten für einen handwerksmäßigen Betrieb.⁷³

(φ) *Kapitaleinsatz*

⁷¹ Honig, § 1 Rz. 60

⁷² Honig, § 1 Rz. 61

⁷³ vgl.: Honig § 1 Rz. 56

Ein geringer Kapitaleinsatz spricht für einen handwerksmäßigen Betrieb.⁷⁴ K benötigt für seinen Betrieb nicht besonders viel Kapital. Bis auf die laufenden Lohnkosten und das zu beschaffende Arbeitsmaterial hat er keine Kosten.

In der Gesamtabwägung sprechen die genannten Indizien dafür, daß das Errichten von Mauerwerk hier handwerksmäßig betrieben wird.

Wegen der Dominanz dieser Tätigkeit im Betrieb ist der Betrieb als Ganzes als handwerksmäßig betrieben anzusehen.

[ii] *Ausnahmen von der Erlaubnispflicht*

Die Eintragungs- und somit Erlaubnispflicht nach § 1 HwO könnte jedoch nach § 3 I 2 Halbsatz entfallen, wenn sich die handwerksmäßige Tätigkeit als unerheblicher Nebenbetrieb oder als bloßer Hilfsbetrieb darstellt.

[a] *unerheblicher Nebenbetrieb*

Fraglich ist, ob sich die Errichtung von Mauerwerk als Nebenbetrieb bewerten läßt.

Kennzeichnend für einen handwerklichen Nebenbetrieb ist nach § 2 Nr. 2 und 3 HwO, daß er mit einem anderen, dem Hauptbetrieb, verbunden ist, wobei der zu fordernde wirtschaftliche Zusammenhang dann vorliegt, wenn der Nebenbetrieb den Zwecken des Hauptunternehmens dient und seine Erzeugnisse oder Leistungen dazu beitragen, die Wirtschaftlichkeit und den Gewinn des Hauptbetriebes zu steigern.⁷⁵

Ein Nebenbetrieb setzt immer einen Hauptbetrieb voraus (vgl. § 2 Nr. 3 HwO). Hauptbetrieb ist der Betrieb auf dem das Schwergewicht liegt, der wirtschaftlich bedeutender ist als der andere Betrieb. Dabei kommt es unter anderem auch darauf an, welcher Betrieb den größeren Umfang oder Umsatz hat.⁷⁶

Die handwerkliche Tätigkeit des K nimmt mehr als 60% des Umsatzes des Unternehmens ein. Somit liegt auf dieser das eindeutige wirtschaftliche Schwergewicht.

Folglich kann sie nicht als Nebenbetrieb im Sinne des § 3 I HwO qualifiziert werden.

[b] *Hilfsbetrieb*

Es könnte jedoch ein Hilfsbetrieb vorliegen.

Hilfsbetriebe sind unselbständige, dem Betrieb dienende handwerkliche Betriebseinheiten, die nicht in selbständigen Leistungsaustausch mit Dritten stehen,

⁷⁴ Zieckow in JuS 1992, 728 (729)

⁷⁵ BVerwGE 67, 273 (278)

⁷⁶ Stolz in GewA 1982, 359 (361)

sondern in erster Linie Arbeiten für den Hilfsbetrieb ausführen.⁷⁷

K führt mit der Errichtung des Mauerwerks Bauarbeiten für Dritte aus, die er sich entlohnen läßt.

Ein Hilfsbetrieb liegt somit nicht vor.

K führt einen eintragungspflichtigen Betrieb im Sinne des § 1 I.

[iii] *entgegen den Vorschriften des Gesetzes*

Entgegen den Vorschriften des Gesetzes wird der Betrieb des K geführt, wenn der K ihn nicht selbst leitet und damit auch keine Person, die die Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerkskammer erfüllt, beauftragt hat.⁷⁸

[a] *nicht leitet*

Fraglich ist, ob der K seinen Betrieb selbst leitet, bzw. leiten kann.

Die gem. § 69 I HmbBeamG erforderliche Nebentätigkeitsgenehmigung ist ihm erteilt worden, so daß er nicht schon aus rechtlichen Gründen an der Leitung seines Betriebes gehindert ist.

Wie sich aus dem von der HwO geforderten Befähigungsgrundsatz ergibt, muß der Betrieb einer in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen Person in gleicher Weise wie der Handwerksbetrieb einer juristischen Person durch einen befähigten Handwerker geführt werden.⁷⁹

Auf Handwerksbetriebe natürlicher Personen ist daher die zu § 7 IV ergangene Rechtsprechung, wonach der als Betriebsleiter einer juristischen Person vorgesehene Handwerker auch tatsächlich den Betrieb zu leiten in der Lage sein muß, voll übertragbar. Die dort für Betriebsleiter einer juristischen Person aufgestellten Grundsätze sind auf den Inhaber eines Betriebes mit gleichem Inhalt anzuwenden.⁸⁰

K schuldet der FHH nach § 76 HmbBeamG (in Verbindung mit der Regelung des Senats) vermutlich eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden. Insofern könnte er jedoch *tatsächlich* an der Leitung seines Betriebes gehindert sein.

Zwar braucht der Betriebsleiter nicht in jedem Fall ständig in dem von ihm geleiteten Betrieb anwesend zu sein; gewährleistet muß aber sein, daß er in der Lage ist, während der gewöhnlichen Arbeitszeit den ihm obliegenden Leitungs- und Überwachungspflichten

⁷⁷ Frotzcher, Rz. 322

⁷⁸ vgl.: Siegert / Musielak, § 16 Rz. 10

⁷⁹ Siegert / Musielak, § 6 Rz. 9; § 16 Rz. 10

⁸⁰ VG Hannover in ZdH intern 1987 Nr. 24 VI / 1

nachzukommen⁸¹, d.h. jederzeit lenkend und korrigierend eingreifen zu können.⁸²

An die Präsenz des Betriebsleiters sind bei gefahrgeneigten Handwerken besonders hohe Ansprüche zu stellen,⁸³ so daß hier der Betriebsleiter jederzeit unverhofft zu überprüfen in der Lage sein muß, ob seine Mitarbeiter die nötigen Sicherheitsvorkehrungen getroffen haben.⁸⁴

Das Maurerhandwerk ist gefahrgeneigt. Dies ergibt sich schon daraus, daß zu den wesentlichen Kenntnissen und Fertigkeiten des Berufsbildes nach § 1 II Nr. 17 der Berufsbildverordnung⁸⁵ "Kenntnisse der berufsbezogenen Vorschriften der Arbeitssicherheit und des Arbeitsschutzes" gerechnet werden.

Auch die Tatsache, daß derjenige, der bei der Leitung eines Baues gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt, zu denen auch die Unfallverhütungs- und baurechtliche Sicherheitsvorschriften gehören,⁸⁶ möglicher Täter des Straftatbestandes des § 323 StGB ist, unterstützt diese Einschätzung.

Die Anforderungen an die Betriebsleitertätigkeit des K sind also vergleichsweise hoch zu stellen.

Die dem Betriebsleiter obliegende Aufsicht erstreckt sich damit auch auf die Art und Weise, in der die Arbeiten ausgeführt werden, was die ständige Vertrautheit mit dem Betriebsgeschehen voraussetzt.⁸⁷ Der Betriebsleiter einer Baufirma muß demnach, selbst wenn er nicht ständig auf den Baustellen anwesend zu sein hat, doch an sämtlichen Werktagen während der üblichen Arbeitszeit ununterbrochen zu Verfügung stehen, was das Fehlen eines anderweitigen Arbeitsverhältnisses (Abkömmlichkeit) voraussetzt.⁸⁸

K ist durch sein Arbeitsverhältnis mit der FHH verpflichtet 40 Stunden wöchentlich zu arbeiten. Er kann an Werktagen nicht ununterbrochen zur Verfügung stehen. Zwar kann er, wenn dies seiner Einschätzung nach notwendig ist, in besonderen Fällen ganztägig auf der Baustelle anwesend sein. Dies genügt den Ansprüchen an die Präsenz des Betriebsleiters im gefahrgeneigten Handwerk jedoch gerade nicht. Entscheidend ist, daß dieser regelmäßig

⁸¹ Siegert / Musielak, § 7 Rz. 19

⁸² Honig, § 1 Rz. 19

⁸³ Siegert / Musielak, § 7 Rz. 19

⁸⁴ OVG Lüneburg in GewA 1975, 232 (233)

⁸⁵ Bundesgesetzblatt 1993, Teil I, S. 90

⁸⁶ Cramer in Schönke - Schröder, § 323 Rz. 4

⁸⁷ OVG Berlin in GewA 1986, 135 (136)

⁸⁸ OVG Rheinland-Pfalz in GewA 1994, 66 (66)

ganztägig anwesend ist, oder aber zumindest sein kann.

Der K kann demnach Betrieb nicht leiten.

[b] *Leitung eines qualifizierten anderen*

Die materielle Illegalität setzt desweiteren voraus, daß der K mit der Leitung des Betriebes keine andere Person beauftragt hat, die die Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt.

Für die angestellten Gesellen kommen hier eventuell erfüllte Eintragungsvoraussetzungen gem. §§ 8 und 9 in Betracht.

(α) § 8 HwO

Die Ausnahmegewilligung, die auch für eine unselbständige Betriebsleitertätigkeit in Frage kommt,⁸⁹ ist nach § 8 zu erteilen, wenn von dem Betroffenen die zur selbständigen Ausübung des von ihm zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse nachgewiesen werden, und die Ablegung der Meisterprüfung für ihn eine unzumutbare Belastung darstellen würde.⁹⁰

Niemand kann sich jedoch auf "unbillige Härten berufen", wenn er wertvolle Jahre ungenutzt verstreichen ließ, und wenn von ihm etwas gefordert wird, was das Gesetz von jedem verlangt, der sich handwerklich betätigen will.⁹¹

Die Gesellen des K sind seit 1985, also seit 9 Jahren in dem Betrieb tätig. Besondere Umstände, die eine Ablegung der Meisterprüfung als eine unbillige Härte erscheinen lassen sind nicht ersichtlich.

Insofern ist die Meisterprüfung selbst verschuldet von den Gesellen nicht abgelegt worden.

Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach § 8 liegen bei keinem Angestellten des K vor.

(β) § 9 HwO

Gemäß § 9 ist Angehörigen der Europäischen Union eine Ausnahmegewilligung zu erteilen, wenn besondere Voraussetzungen erfüllt sind, die in der im Vollzug des § 9 ergangenen "Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft" geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle geregelt sind.

Die Gesellen des K sind Deutsche, also Staatsangehörige eines der Mitgliedstaaten der EU.

⁸⁹ Honig, § 1 Rz. 21

⁹⁰ Honig, § 1 Rz. 20

⁹¹ Honig, § 1 Rz. 25

Nach § 1 Abs. 1, 1. Alt. Nr. d ist die Ausnahmebewilligung zu erteilen, wenn mindestens 5 Jahre unterbrochen in leitender Stellung, davon mindestens 3 Jahre in einer Tätigkeit mit technischen Aufgaben und der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens gearbeitet wurde. Desweiteren muß in dem betreffenden Beruf eine mindestens 3-jährige Ausbildung stattgefunden haben, und nach § 1 Abs. 1, 2. Alt die ausgeübte Tätigkeit mit den wesentlichen Punkten des Berufsbildes übereinstimmen, für das die Ausnahmebewilligung beantragt wird.

Die Tätigkeit der Gesellen ist die des betreffenden Berufsbildes (siehe oben: I. B. 1. b) (b) [i] [b] (χ)). Sie haben gem. § 36 in Verbindung mit § 25 und § 1 der Verordnung über die Festsetzung der Lehrzeitdauer im Handwerk eine dreijährige Ausbildung erhalten.

Eine leitende Stellung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1d der EWG-Handwerks-VO liegt vor, wenn ein entscheidender Anteil an der Leitung des Betriebes gegeben ist, dergestalt daß ein bedeutsames Aufgabengebiet anstelle des Arbeitgebers im wesentlichen selbständig und eigenverantwortlich mit eigenem erheblichen Entscheidungsspielraum wahrgenommen wird.⁹²

Seit dem Ausscheiden des Handwerksmeisters 1988 muß ein Betriebsangehöriger diese Aufgaben ausgeübt haben. Da der K die Tätigkeit nicht selbst ausüben konnte (siehe oben I. B. 1. b) [iii] [a]), ist sie von seinen Brüdern ausgeübt worden. Diese werden Gesellen sein; es ist nicht davon auszugehen, daß ungelernete Arbeitskräfte die Ausgebildeten führen.

Insofern liegen die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung nach § 9 vor.

Diese Tätigkeit ist jedoch nicht in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt worden, so daß die Voraussetzungen für eine Eintragung gem. § 9 HwO nicht erteilt werden kann.

Der K leitet seinen Betrieb nicht, und hat auch keine Person damit beauftragt, die die Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt.

Der Betrieb des K wird materiell illegal betrieben.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Betriebsuntersagung nach § 16 III HwO sind somit gegeben.

⁹² VG Stuttgart in GewA 1992, 425 (425)

Bei der Anwendung des § 16 III HwO handelt es sich im eine Ermessensentscheidung.⁹³

Der Behörde ist also ein Ermessensspielraum eingeräumt, den sie pflichtgemäß auszufüllen hat.

(2) *Ermessensfehler, § 40 VwVfG, § 114 VwGO*

Fraglich ist, ob die Behörde den beantragten Verwaltungsakt ermessensfehlerfrei erlassen kann.

Ermessensfehler, das heißt Nichtgebrauch, Überschreiten oder fehlerhafter Gebrauch, dürften dem beantragten Verwaltungsakt nicht entgegenstehen.

(a) *Ermessensnichtgebrauch*

Ermessensnichtgebrauch läge vor, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch macht.⁹⁴ Die erste Pflicht einer Behörde bei einer Ermessensentscheidung ist, daß sie ihr Ermessen überhaupt betätigt.⁹⁵

Die Behörde kann bei dem beantragten Verwaltungsakt ihr Ermessen betätigen.

Ein Ermessensnichtgebrauch kommt als Ermessensfehler nicht in Betracht.

(b) *Ermessensüberschreitung*

Eine Überschreitung des Ermessensspielraums läge vor, wenn die Behörde eine nicht mehr im Rahmen der Ermessensvorschrift liegende Rechtsfolge wählt.⁹⁶

§ 16 III ermächtigt die Behörde den Betrieb eines Handwerks zu untersagen.

Die H verlangt die Fortführungsuntersagung.

Untersagte die Behörde den Betrieb als wirtschaftliche Einheit, könnte sie ihr Ermessen überschreiten.

Auf den Betrieb nur handwerksähnlicher Tätigkeiten gem. § 18 ,wie jene des Verfugens oder Imprägnierens, ist § 16 III wegen § 20 nicht anwendbar.

Fraglich ist allerdings, ob der § 16 III durch die Möglichkeit der Untersagung "des Betriebes eines Handwerks" zur Untersagung nur handwerklicher Tätigkeiten im Rahmen eines Gesamtbetriebes oder aber zur Untersagung des gesamten Betriebes, wenn er denn nur ein Handwerk umfaßt, ermächtigt.

Der Begriff Betrieb wird in der Handwerksordnung in unterschiedlicher Bedeutung gebraucht. In § 1 I HwO: "der selbständige Betrieb eines Handwerks" wird damit lediglich die Tätigkeit, die Ausübung eines Handwerks beschrieben.⁹⁷

⁹³ Honig, § 16 Rz. 20

⁹⁴ Maurer, § 7 Rz. 20

⁹⁵ Busch in Knack, § 40 Rz. 9.2

⁹⁶ Maurer, § 7 Rz. 21

⁹⁷ Siegert / Musielak, § 1 Rz. 10

Honig, § 1 Rz. 1

§ 16 III ermächtigt zur Untersagung “des selbständigen Betriebes eines Handwerks”. Die Wortwahl ist identisch. Das spricht dafür, daß auch nur die Untersagung der handwerklichen Tätigkeit möglich ist.

§ 16 III ermächtigt nicht dazu, auch erlaubte Tätigkeiten mit zu untersagen.⁹⁸ Handwerksähnliche Tätigkeiten sind gem. § 18 I HwO nicht erlaubnis- und eintragungspflichtig nach § 1, sondern nur anzeigepflichtig.

Sie sind also grundsätzlich erlaubt und können nicht über § 16 III untersagt werden.

Untersagte die Behörde den Betrieb als wirtschaftliche Einheit, überschritte sie ihr Ermessen, als daß sie eine über den gesetzlichen Rahmen hinausgehende Rechtsfolge wählte.

Klagt die Handwerkskammer auf Untersagung des Betriebes im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit, so wäre der beantragte Verwaltungsakt nur ermessensfehlerhaft zu erlassen; die wäre Verpflichtungsklage unbegründet.

Klagt sie auf die Untersagung der Fortführung der handwerklichen Tätigkeit, so wäre der Verwaltungsakt zumindestens nicht wegen einer Ermessensüberschreitung fehlerhaft. Davon ist hier auszugehen.

Der beantragte Verwaltungsakt könnte ohne den Fehler einer Ermessensüberschreitung erlassen werden.

(c) *Ermessensfehlgebrauch*

Fraglich ist, ob die Behörde ihr Ermessen bei der Untersagung fehlerhaft gebrauchen würde.

Ein Ermessensfehlgebrauch könnte vorliegen, wenn sich die Behörde nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensvorschrift leiten läßt,⁹⁹ oder durch das Ermessen gegen allgemeine Grundsätze der Verwaltungsvorschriften verstößt.¹⁰⁰

[i] *bezogen auf die Ermächtigungsgrundlage*

Das Gesetz darf nur in sachlicher, daß heißt in einer dem Zweck des jeweiligen Gesetzes entsprechenden Weise ausgeübt werden.¹⁰¹

Fraglich ist, ob die Behörde bei der Untersagung der handwerklichen Tätigkeit ermessensfehlerhaft gegen die Ermächtigungsgrundlage verstieße.

Dies könnte der Fall sein, wenn die beantragte Entscheidung dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage zuwiderliefe. Der § 16 III dient als Instrument zur Durchsetzung der Ziele der Handwerksordnung. Somit ist der Zweck der HwO gleichzeitig der Zweck der Ermächtigungsgrundlage.

⁹⁸ Honig, § 16 Rz. 18

⁹⁹ Maurer, § 7 Rz. 22

¹⁰⁰ Kopp, VwVfG, § 40 Rz. 19

¹⁰¹ Kopp, VwGO, § 114 Rz. 8

Maßgebendes Interesse der HwO ist die Erhaltung und Förderung eines gesunden, leistungsfähigen Handwerks als Ganzes im Interesse von Volk und Staat.¹⁰² Jedoch wurde auch schon bei der 2. ten und 3. ten Beratung des Gesetzesentwurfes hervorgehoben, daß die Meisterprüfung nicht nur das Leistungsniveau des deutschen Handwerks gewährleiste, sondern gleichzeitig einen Schutz der Verbraucher darstelle.¹⁰³ Diesen, von Anfang an erwünschten Effekt hat auch der Zentralverband des deutschen Handwerks 1988 ausdrücklich als Vorteil der Regelung des großen Befähigungsnachweises hervorgehoben. Dieser trage zur Gefahrenabwehr und zum Verbraucherschutz bei.¹⁰⁴

Das BVerfG hat in seiner Handwerksrollen- Entscheidung zwar ausdrücklich klargestellt, daß für die Rechtfertigung der Verfassungsmäßigkeit der HwO solche Gemeinschaftswerte ausreichen, die sich aus den besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Zielen des Gesetzgebers ergeben. Das Ziel der Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks allein rechtfertige die HwO.¹⁰⁵ Allgemein anerkannte Gemeinschaftswerte, wie z.B. den Schutz der Bevölkerung bedürfe es hierfür nicht.¹⁰⁶

Diese Entscheidung setzte sich jedoch mit der Verfassungsbeschwerde eines Uhrmachers, der kein gefahreneigetes Handwerk betreibt, auseinander. Dies kann jedoch nicht bedeuten, daß die HwO nicht auch, wenn auch nicht nur, dem Zweck dient, die Gesamtheit vor Gefahren zu schützen, die bei zahlreichen Handwerkszweigen drohen. Das Interesse des Volkes an der Leistungsfähigkeit des Handwerks liegt primär in dem Schutz vor unsachgemäßer Ausübung, also Verbraucherschutz und Gefahrenabwehr.

Diese Zwecke umfaßt die Handwersordnung folglich untrennbar mit dem Zweck des Schutzes des Handwerks als Ganzem.

Aus diesem Grunde obliegt den Behörden und Gerichten auch der Schutz der Öffentlichkeit vor fachlich ungeeigneten Personen, die handwerklich arbeiten.¹⁰⁷

Die beantragte Untersagung der Fortführung des Betriebes müßte diesem Zweck der Ermächtigungsgrundlage dienen.

Die Tätigkeit des Errichten von Mauerwerk ist eine gefahreneigete Tätigkeit.¹⁰⁸ Zweck der Maßnahme der Behörde ist also auch der Schutz der Öffentlichkeit.

¹⁰² BVerfGE 13, 97 (110);

bestätigend: BVerfGE in GewA 1991, 137 (137)

¹⁰³ Abgeordneter Stücklen, vgl.: BVerfGE 13, 97 (109)

¹⁰⁴ vgl.: Honig, § 1 Rz. 8

¹⁰⁵ BVerfGE 13, 97 (110)

¹⁰⁶ BVerfGE 13, 97 (97)

¹⁰⁷ vgl.: Honig, § 16 Rz. 22

Fraglich ist insofern, ob die Maßnahme dem Schutz der Öffentlichkeit und des Handwerks als Ganzem dient, insbesondere, weil der K *“den Betrieb seit Jahren ohne Beanstandungen führt”*.

Mangelhaft ausgeführte Werkleistungen gerade im Häuserbau treten nicht sofort, oder in den ersten Jahren auf, sondern regelmäßig erst nach langer Zeit. Insofern vermag dieses Argument nicht zu überzeugen.

Entscheidend aber ist, daß es für die Untersagung nach § 16 III überhaupt nicht auf die Tatsache ankommt, ob das Handwerk befriedigend oder unbefriedigend rechtswidrig ausgeübt wird. Es geht vielmehr um einen abstrakten Schutz vor nicht *“meisterhaft”* ausgeübter Tätigkeit. Die HwO regelt nicht die sachliche Ausübung des Gewerbes.¹⁰⁹ Eine Untersagung wegen mangelhafter Qualität der erbrachten handwerklichen Leistungen kommt nur nach § 35 I GewO, der auf die Unzuverlässigkeit abstellt, in Betracht.¹¹⁰

Die HwO unterstellt, daß handwerkliche Tätigkeiten von nicht nach § 1 dazu Berechtigten unzureichend ausgeführt werden. Würde die Behörde aufgrund dieser Erwägungen darauf verzichten, die handwerkliche Tätigkeit nicht zu untersagen, würde sie sachfremde Erwägungen in ihr Ermessen einbeziehen. Ihr Ermessen wäre dann fehlerhaft ausgeübt.

Die Betriebsuntersagung trägt dem Gedanken des Schutzes der Öffentlichkeit Rechnung und dient dadurch dem Zweck der Förderung des Handwerks als Ganzem.

Die Betriebsuntersagung ist im Hinblick auf die Ermächtigungsnorm ermessensfehlerfrei.

[ii] *bezogen auf Verwaltungsrecht*

Fraglich ist, ob die Behörde bei der Untersagung ermessensfehlerhaft gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts verstieße.

In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes, geregelt in den §§ 48 ff. VwVfG. Da ein Widerruf der Ausnahmegewilligung im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, richtet er sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts über den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte.¹¹¹

Die Behörde könnte gegen diesen allgemeinen Grundsatz verstoßen, wenn sie *“die Eintragung in die Handwerksrolle über den § 16 III HwO korrigierte, da die Vorschriften über die Rücknahme rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte vorrangig seien”*.

¹⁰⁸ vgl.: BVerfGE 13, 97 (110)

¹⁰⁹ Jarass, § 19 Rz. 20

¹¹⁰ vgl.: Stober, § 48 Anm.: IV

¹¹¹ Honig, § 8 Rz. 57

Über die Vorschrift des § 16 III darf (in der Tat) nicht die Eintragung in die Handwerksrolle korrigiert werden.¹¹² Die Streichung aus der Handwerksrolle ist aber keine Bedingung für ein Tätigwerden der Behörde nach § 16 III.¹¹³ Die Untersagung kann unabhängig und losgelöst von der Löschung aus der Handwerksrolle vorgenommen werden. Ob für die Korrektur der Eintragung in die Handwerksrolle die Grundsätze des Vertrauensschutzes anwendbar sind ist hier unerheblich.

Es könnte jedoch ein Ermessensfehler vorliegen, wenn es sich bei der Vorschrift des § 16 III um eine Rücknahmenvorschrift des besonderen Verwaltungsrechts handelt.

Diese Sondervorschriften sind nahezu alle unvollständig, wenn man sie am Regelungsstandard oder -umfang des § 48 VwVfG mißt.¹¹⁴ Strittig ist, ob diesen Sondervorschriften ein uneingeschränkter Vorrang eingeräumt wird, oder ob auch bei diesen in der Ermessensentscheidung die Berücksichtigung des Vertrauensschutzgrundsatzes erfolgen muß.¹¹⁵

Zunächst müßte es sich dann bei dem § 16 III um eine Sonderregelung des § 48 VwVfG handeln.

Bei der Untersagung nach § 16 III ist der entscheidungserhebliche Zeitpunkt jedoch nicht der, in dem die Ausnahmegewilligung erlassen wurde, sondern der Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides.

Für die Untersagung wird ein neu festzustellender Sachverhalt ermittelt und rechtlich neu bewertet.

Bei der Untersagung gem. § 16 III handelt es also um eine Neuregelung, nicht um eine Sondervorschrift des § 48 VwVfG. Die Grundsätze des Vertrauensschutzes sind folglich für die Anwendung des § 16 III außer Acht zu lassen.

Die Untersagung wäre demnach auch diesbezüglich ermessensfehlerfrei.

Die Untersagung wäre bezüglich allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsrechts ermessensfehlerfrei zu erlassen.

(d) *Verhältnismäßigkeit*

Der Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit wäre verletzt, wenn das Ermessen eine zwar abstrakt zulässige, im konkreten Fall aber nicht nur unzumutbare, sondern ungeeignete, nicht erforderliche oder unangemessene Rechtsfolge gewährte.¹¹⁶

[i] *Eignung*

Die Maßnahme wäre geeignet, wenn sie den erstrebten Zweck überhaupt zu erreichen vermag.¹¹⁷

¹¹² Siegert / Musielak, § 16 Rz. 10

¹¹³ Siegert / Musielak, § 16 Rz. 10

¹¹⁴ Klappstein in Knack, § 48 Rz. 1.4.1.2

¹¹⁵ Klappstein in Knack, § 48 Rz. 1.4.1.

¹¹⁶ Wolff - Bachof, § 31 Rz. 50

¹¹⁷ Maurer, § 10 Rz. 17

Die Betriebsuntersagung ist geeignet die Öffentlichkeit vor fachlich ungeeigneten Personen, die handwerklich arbeiten, zu schützen.

[ii] *Erforderlichkeit*

Die geeignete Maßnahme wäre nicht erforderlich, wenn es eine weniger belastende Alternativmöglichkeit gäbe.¹¹⁸

Die Verwaltung muß von mehreren gleich geeigneten und möglichen Mitteln das mildere wählen und anwenden.¹¹⁹

Nicht geeignet die Öffentlichkeit, und damit das Handwerk als Ganzes, zu schützen ist, auf die Untersagung des Betriebes zu verzichten.

Fraglich ist jedoch, ob dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage nicht hinreichend genüge getan wäre, wenn man dem K binnen einer angemessenen Frist auferlegte, entweder den Betrieb selbst zu leiten oder aber mit der Leitung des Betriebes eine Person zu beauftragen, die die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt.

Der maßgebliche Unterschied dieser Variante zur Betriebsuntersagung ist, daß der Betrieb des K über den Zeitraum der Frist auch ohne geeigneten Betriebsleiter weitergeführt werden kann. Erfüllt der K die Auflage nicht, wird der Betrieb nach Ablauf der Frist untersagt. Bei sofortiger Untersagung und dem Mittel der Auflage könnte er den Betrieb des Handwerks erneut führen, sobald er die Voraussetzungen dafür erfüllen würde.

Die Variante der Auflage wäre milder.

Fraglich ist aber, ob diese Möglichkeit gleich geeignet ist, also ob das Inkaufnehmen des materiell illegalen Betriebes des Handwerks während des Zeitraums der Frist dem Zweck der Norm noch hinreichend Rechnung trägt.

Zweck der Norm ist neben der Sicherung und Förderung des Handwerksstandes im Falle eines Gefahrenhandwerks auch der Schutz der Öffentlichkeit und des Einzelnen.

Zwar ist die Öffentlichkeit im eigentlichen Sinne durch den weiteren Betrieb des rechtswidrigen Handwerks nicht betroffen; wohl aber die einzelnen Auftraggeber des K.

Diese werden aber vor, durch die HwO unterstellter, nicht "meisterhafter" handwerklicher Tätigkeit, nicht geschützt. Es wird durch die Auflage in Kauf genommen, daß weiterhin die handwerkliche Tätigkeit (unterstellt) unsachgemäß betrieben wird.

Dem steht nicht entgegen, daß die Tätigkeit des K bisher noch nicht zu "ernsthafter Kritik" von seiten der Bauherren geführt

¹¹⁸ Wolff - Bachof, § 31 Rz. 55

¹¹⁹ Klappstein in Knack, § 40 Rz. 9.5.3

hat. Zum einen treten, wie bereits ausgeführt, die Mängel eines Bauwerks regelmäßig erst Jahre nach der Erstellung auf. Zum anderen wäre durch eine bisher einwandfreie, aber nicht "meisterhaft" ausgeführte Arbeit nicht gewährleistet, daß sie auch in Zukunft mangelfrei ist.

Insofern muß in Einklang mit der HwO davon ausgegangen werden, daß die Tätigkeiten des K, solange er keinen geeigneten Betriebsleiter hat, eben nicht "meisterhaft" bzw. dadurch mangelhaft ausgeübt werden. Die Bauten des K werden aus diesem Grunde mangelhaft erstellt werden. Die Sicherungsvorkehrungen im Baugewerbe werden nicht ausreichend berücksichtigt.

Die einzelnen Bauherren des K werden vor mangelhaften Tätigkeiten während der Frist nicht geschützt, ebensowenig die Angestellten vor den dem Baugewerbe eigentümlichen Gefahren.

Solange wie die fachlich Ungeeigneten nicht aus dem Beruf ausgeschieden oder auf den wünschenswerten Leistungsstand gebracht sind, können sowohl der Kundschaft (durch mangelhafte Leistungen) als auch dem Handwerksstande selbst (durch Verdrängung und Behinderung wirklich leistungsfähiger Betriebe und durch Minderung des Ansehens der handwerklichen Arbeit im ganzen) schwere Schäden zugefügt sein.¹²⁰

Die Auftraggeber und die Angestellten des K werden durch die Auflagen-Variante nicht in gleichem Maße geeignet vor den Gefahren der durch fachlich Ungeeignete ausgeführten handwerklichen Tätigkeiten geschützt.

Das Mittel der Auflage ist demnach nicht gleich geeignet wie das der Betriebsuntersagung, dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage zu entsprechen.

Ein milderes Mittel steht nicht zur Verfügung. Die beantragte Maßnahme ist erforderlich.

[iii] *Angemessenheit*

Die Maßnahme dürfte nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen.¹²¹

Zweck der HwO ist neben dem Schutz des Handwerks als Ganzem auch der Schutz der Öffentlichkeit im Falle gefahrgeneigter Tätigkeiten. Der angestrebte Erfolg der Maßnahme ist somit der Schutz der Öffentlichkeit und des Einzelnen vor mangelhaft ausgeführter Arbeit, die in der Konsequenz die Gesundheit der Betroffenen beeinträchtigen kann.

Die Maßnahme schränkt K in seiner Berufsfreiheit ein. Jedoch kann der K weiterhin die handwerksähnlichen Tätigkeiten, von denen keine Gefahren ausgehen, ausüben lassen.

¹²⁰ vgl.: BVerfGE 13, 97 (114)

¹²¹ Maurer § 10 Rz. 17

Die Maßnahme schützt die Auftraggeber und Angestellten des K vor den aus mangelhafter Arbeit resultierenden Gefahren.

Die Gesundheit ist ein höher zu bewertendes Schutzgut als das des wirtschaftlichen Interesses.

Das Ziel des Schutzes der Auftraggeber und Angestellten steht demnach nicht außer Verhältnis zu der die wirtschaftlichen Möglichkeiten und Erfolgsaussichten einschränkenden Maßnahme.

Der beantragte Verwaltungsakt wäre verhältnismäßig zu erlassen.

Der beantragte Verwaltungsakt könnte ermessensfehlerfrei erlassen werden.

(3) *Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage*

Der beantragte Verwaltungsakt müßte sich auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage stützen.

Die Ermächtigungsgrundlage ist wirksam, wenn sie nicht gegen höherrangiges Verfassungsrecht oder supranationales Europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt.

(a) *Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes*

§ 16 III ist verfassungsmäßig, wenn ein Eingriff in Grundrechte nicht vorliegt bzw. gerechtfertigt ist.

In Betracht kommt hier eine Verletzung des Art. 12 GG und des Art. 3 GG.

[i] *Art. 12 GG*

Das BVerfG hat in seiner Handwerksrollen- Entscheidung die Erhaltung des Leistungsstandards und der Leistungsfähigkeit des deutschen Handwerks als schutzbedürftiges Gemeinschaftsgut herausgestellt und die Vereinbarkeit der subjektiven Zulassungsvoraussetzung der Meisterprüfung als Befähigungsnachweis mit der Verfassung bejaht.¹²² Dieses Urteil hat das BVerfG in einer späteren Entscheidung bestätigt.¹²³

Insofern ist hier von der Verfassungsmäßigkeit der Handwerksrolle und damit der Ermächtigungsgrundlage auszugehen.

[ii] *Art. 3 GG*

In Betracht kommt jedoch ein Verstoß gegen Art. 3 GG, da Staatsangehörige der Europäischen Union, soweit sie bestimmte Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedsstaat der EU ausgeübt haben, eine Meisterprüfung nicht ablegen müssen, sondern allein aufgrund ihrer Tätigkeit in die Handwerksrolle gem. § 9 eingetragen werden können.

¹²² Frotscher, Rz. 301

ähnlich: Honig, § 1 Rz. 4

Siegert / Musielak, § 1 Rz. 5

¹²³ BVerfGE in GewA 1991, 137 (137)

Grundsätzlich kann sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG ein Anspruch des Bürgers gegen den Staat herleiten lassen. Aus Art. 3 I GG folgt im Bereich der begünstigenden Verwaltung ein Gebot gleicher Teilhabe, wenn sich die Verweigerung der Begünstigung als Verletzung des Gleichheitssatzes darstellen würde.¹²⁴

Der Art 3 I GG gebietet weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln, wobei die Feststellung der Willkür in einem objektiven Sinn verstanden werden muß.¹²⁵ Ein Verstoß gegen das Willkürgebot liegt dabei erst dann vor, wenn sich kein vernünftiger, d.h. unter Beachtung des Leistungszwecks sachgerechter Grund mehr finden läßt.¹²⁶

Ziel der EWG- Handwerk- VO ist die Verbesserung der Rechtsstellung von Handwerkern, die sich in Deutschland niederlassen wollen und nicht die Möglichkeit gehabt haben, die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach der HwO zu erfüllen. Der Handwerker, der in Deutschland tätig war, ohne die möglichen Voraussetzungen nach der HwO zu erfüllen, ist in einer anderen Situation. Würden diesem zugleich die Vergünstigungen nach der EWG- Handwerk- VO zugestanden werden, liefe dies dem Zweck der HwO erkennbar zuwider, da er sich nicht in einer vergleichbaren Situation mit der zuvor genannten Personengruppe befindet.

Die unterschiedliche Regelung von deutschen Staatsangehörigen, die der handwerklichen Tätigkeit in Deutschland nachgegangen sind im Vergleich zu Deutschen und Staatsangehörigen anderer Mitgliedsstaaten der EU, die eine solche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat ausgeübt haben, ist demnach nicht willkürlich.¹²⁷

Die Ermächtigungsgrundlage verstößt nicht gegen Art. 3 I GG.

Ein Verstoß gegen höherrangiges Verfassungsrecht liegt demnach nicht vor.

(b) *Verstoß gegen geltendes Gemeinschaftsrecht*

Die Regelung des § 9 HwO i.V.m. § 1 HwO könnte jedoch gegen geltendes Gemeinschaftsrecht verstoßen.

Art. 6 I EGV verbietet (in seinem Anwendungsbereich) allgemein jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Diese Regelung verbietet es den Mitgliedsstaaten eine schlechterstellende Differenzierung auf das Kriterium der Staatsangehörigkeit zu stützen.¹²⁸

Ein solcher Verstoß könnte in einer sogenannten "Inländerdiskriminierung" liegen, wobei es sich dann um einen

¹²⁴ BVerfGE in DÖV 1979, 912 ()

¹²⁵ Gubelt in v. Münch, Art. 3 Rz. 10

¹²⁶ BVerfGE 34, 81 (115)

¹²⁷ VG Stuttgart in GewA 1992, 425 (428)

¹²⁸ Czybulka in GewA 1994, 89 (91)

Verstoß gegen Art. 52 und 59 i.V.m. Art 60 EGV, die die Dienstleistungsfreiheit für handwerkliche Tätigkeiten in der EU schützen.

§ 9 könnte in Verbindung mit § 1 I Nr.1 EWG- Handwerk- VO könnte gegen Art. 52 und 59 i.V.m. Art. 60, 6 EGV verstoßen, da für eine Ausnahmegewilligung verlangt wird, daß die Tätigkeit “ in einem anderen Mitgliedsstaat” ausgeübt wurde. Die Betriebsuntersagung des K wäre, wenn nicht das Erfordernis bestünde, daß die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat ausgeübt sein muß, nicht möglich. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 III wären dann nicht gegeben. Verstößt die Regelung, daß die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat ausgeübt sein muß, gegen Art. 6 EGV, läge bei der Anwendung des § 16 III in diesem Falle gleichfalls ein Verstoß gegen diesen vor.

Fraglich ist, ob die Voraussetzung, daß die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat ausgeübt sein muß, gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. (sog. Inländerdiskriminierung)

Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß ein Mitgliedsstaat ein berechtigtes Interesse daran haben kann, zu verhindern, daß sich einige seiner Staatsangehörigen unter Mißbrauch der durch den Vertrag geschaffenen Erleichterungen der Anwendung ihrer nationalen Berufsbildungsvorschriften zu entziehen versuchen.¹²⁹

Aus diesem Grund sind, nach der Rechtsprechung des EuGH, Vertragsbestimmungen über die Niederlassung und den Dienstleistungsverkehr nicht auf rein interne Verhältnisse eines Mitgliedsstaates anwendbar.¹³⁰ Weist der Sachverhalt nicht irgendein grenzüberschreitendes Element auf, sind die EG-Marktfreiheiten generell unanwendbar.¹³¹

Eine unterschiedliche Regelung der Zulassung für Deutsche, die nur in Deutschland tätig waren, und für Deutsche sowie Staatsangehöriger anderer Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedsstaat der EU tätig waren, verstößt somit nicht gegen europäisches Gemeinschaftsrecht.

Die Ermächtigungsgrundlage verstößt nicht gegen Gemeinschaftsrecht.

Die Ermächtigungsgrundlage ist wirksam.

Der beantragte Verwaltungsakt ist rechtmäßig und somit rechtmöglich.

2. ERMESSENSREDUKTION AUF NULL

Fraglich ist, ob eine Ermessensreduktion auf Null vorliegt.

Ermessensreduzierung auf Null bedeutet, daß das Verwaltungsermessen fehlerfrei nur noch in einer einzigen Richtung

¹²⁹ EuGH in NJW 1979, 1761 (1762)

¹³⁰ EuGH in NJW 1979, 1761 (1761)

¹³¹ Czybulka in GewA 1994, 89 (93)

ausgeübt werden kann, jede andere Ermessensentscheidung also fehlerhaft wäre.¹³²

In der Regel erscheint es sachgerecht, die Fortführung eines rechtswidrig eröffneten Handwerksbetriebes zu untersagen. Besondere Umstände können es gerechtfertigt erscheinen lassen, die Untersagung zu unterlassen oder zurückzustellen.¹³³ Solche Umstände könnten z.B. darin liegen, daß die materiellen Voraussetzungen in nächster Zeit erfüllt werden.¹³⁴

In diesem Fall ist jedoch zum einen nicht gewährleistet, daß der K die materiellen Voraussetzungen in nächster Zeit erfüllt. Zum anderen kann bei einem Gefahrenhandwerk wie dem des Baugewerbes eine Nicht-Untersagung, bzw. eine Auflage nicht ermessensfehlerfrei erlassen werden. Sie verstoßen gegen den Zweck der Ermächtigungsgrundlage, da sie nicht geeignet sind die Öffentlichkeit vor Gefahren zu schützen.

Andere Entscheidungsalternativen sind nicht ersichtlich.

Die Untersagung ist der einzige ermessensfehlerfrei zu erlassende Verwaltungsakt.

Eine Ermessensreduzierung auf Null ist somit gegeben.

Die Behörde ist somit verpflichtet, dem K den Betrieb des Handwerks, d.h. die Tätigkeit des Errichtens von Mauerwerk zu untersagen, also den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen.

Die Klage der H ist zulässig und begründet.

HILFSGUTACHTEN

II. Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung

Nach § 44 VwGO können mehrere Klagebegehren in einer Klage zusammen verfolgt werden, wenn sie sich gegen denselben Beklagten, in Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist.

Eine eventuale objektive Klagehäufung liegt vor, wenn neben dem Hauptantrag, für den fall, daß dieser unzulässig oder unbegründet ist, ein Eventualantrag gestellt wird.¹³⁵ Die eventuale objektive Klagehäufung wird heute allgemein als zulässig angesehen.¹³⁶

A. derselbe Beklagte

Beide Klagen richten sich gegen die Freie und Hansestadt Hamburg.

¹³² Eyermann / Fröhler, § 113 Rz. 62b

¹³³ VGH Kassel in NVwZ 1991, 280 (281)

¹³⁴ VGH Kassel in NVwZ 1991, 280 (281)

¹³⁵ Kopp, VwGO, § 44 Rz. 1

¹³⁶ Eyermann / Fröhler, § 44 Rz. 1a

B. **in Zusammenhang**

Es genügt, wenn die mehreren Ansprüche nach der allgemeinen Lebenserfahrung rein tatsächlich, sei es nach dem Entstehungsgrund, sei es nach der erstrebten Wirkung nach, einen einheitlichen Lebensvorgang zuzurechnen sind. Ein Zusammenhang ist daher stets zu bejahen, wenn die Ansprüche in tatsächlicher Hinsicht den gleichen Gegenstand betreffen oder einen gleichen oder ähnlichen Erfolg bezwecken.¹³⁷

Beide Anträge der H beruhen auf der Ansicht, daß der K seinen Betrieb nicht leiten darf. Sie stehen somit in einem tatsächlichen Zusammenhang. Das Klageziel ist ähnlich.

C. **dasselbe Gericht**

Gemäß § 45 VwGO i.V.m. § 1 II Hamburger Gesetz zur Ausführung der VwGO¹³⁸ ist das Verwaltungsgericht Hamburg sachlich, gem. § 52 VwGO i.V.m. § 1 II HgzAdVwGO örtlich für beide Klagen zuständig.

Die objektive Klagehäufung ist somit zulässig.

III. **Eventualantrag**

A. **Zulässigkeit**

1. **VERWALTUNGSRECHTSWEG**

Der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 VwGO ist eröffnet, da die streitentscheidende Norm des § 24 nach Abs. 1 nur einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen ermächtigt, die Untersagung des Einstellens und Ausbildens zu veranlassen.

2. **STATTHAFTE KLAGEART UND KLAGEARTABHÄNGIGE SACHURTEILSVORAUSSETZUNGEN**

Die Verpflichtungsklage ist statthaft, wenn das Klageziel der Erlaß eines Verwaltungsakts ist.

a) Klageziel

Die Untersagung des Einstellens von Lehrlingen ist eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Außenwirkung. Klageziel der H ist der Erlaß eines Verwaltungsaktes.

b) Erfolgloser Antrag bei der zuständigen Behörde

Die H müßte einen erfolglosen Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt haben. Ob die H einen Antrag auf Untersagung des Einstellens von Lehrlingen gestellt hat, ist aus dem Sachverhalt

¹³⁷ Kopp, VwGO, § 44 Rz. 5

¹³⁸ im Folgenden: HgzAdVwGO

nicht ersichtlich. (die H beantragte die Fortsetzung des Betriebes zu untersagen / die Behörde lehnte die Anträge ab.)

Der erfolglose Antrag bei der zuständigen Behörde ist aber auch nicht gegeben, wenn der Antrag gestellt wurde, da nicht das Bezirksamt, sondern die Schulbehörde nach Abs. II der Hamburger Anordnung über Zuständigkeiten nach der HwO¹³⁹ für die Untersagung des Einstellen und Ausbildens von Lehrlingen zuständig ist.

Ein erfolgloser Antrag bei der zuständigen Behörde liegt nicht vor.

Die Verpflichtungsklage der H ist unzulässig.

B. Klageänderung, § 91 VwGO

Nach § 91 VwGO ist eine Klageänderung zulässig, wenn die Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält.

Ob die Beteiligten in die Klageänderung einwilligen, kann nicht beurteilt werden.

Sachdienlichkeit ist anzunehmen, wenn auch für die geänderte Klage der Streitstoff im wesentlichen derselbe bleibt, und die Klageänderung die endgültige Beilegung des Streites fördert, und dazu beiträgt, daß ein weiterer sonst zu erwartender Prozeß vermieden wird.

Die Frage, ob die Klage zulässig ist, spielt grundsätzlich keine Rolle für die Beurteilung der Sachdienlichkeit.¹⁴⁰

Der strittige Klagestoff bleibt im wesentlichen gleich. Die Feststellungsklage würde die endgültige Beilegung des Streites fördern. Ein weiterer Prozeß würde vermieden werden.

C. Feststellungsklage

Mit der Feststellungsklage kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden.¹⁴¹

1. VERWALTUNGSRECHTSWEG

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet (siehe oben: III. A. 1.)

2. STATTHAFTE KLAGEART

Die Feststellungsklage ist zulässig, wenn das Klageziel die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines streitigen Rechtsverhältnisses ist.¹⁴²

¹³⁹ veröffentlicht in Amtlicher Anzeiger, 1971, 1425 (1425), zuletzt geändert ebenda 1973, 615

¹⁴⁰ Kopp, VwGO, § 91 Rz. 19

¹⁴¹ Achterberg, § 23 Rz. 117

¹⁴² Kopp, VwGO, § 43 Rz. 11

(1) *Rechtsverhältnis*

Unter Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 sind “die aus einem konkreten Sachverhalt des öffentlichen Rechts sich ergebenden Beziehungen einer Person zu einer anderen oder zu einer Sache zu verstehen.¹⁴³ Nicht erforderlich ist, daß das festzustellende Rechtsverhältnis unmittelbar zwischen den Parteien des Feststellungsprozesses besteht. Die Klage kann auch auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Beklagten und einem Dritten sein.¹⁴⁴

Hier handelt es sich um die sich ergebende Beziehung der H und des K bezüglich einer Lehrlingsuntersagung gem. § 24.

(2) *streitig*

Strittig ist das Rechtsverhältnis, wenn ein bestimmter, bereits überschaubarer, das heißt konkreter und nicht nur gedachter Sachverhalt, des Rechtsfolgen festgestellt werden sollen vorliegt. Es müssen ernsthafte Meinungsverschiedenheiten zwischen Kläger und Beklagtem darüber bestehen.¹⁴⁵

Klagegegnerin der H ist die FHH. Sie müßte den Anspruch der H aus § 24 bestreiten. Ihr, das heißt ihrer zuständigen Behörde, ist noch nicht bekannt, daß die H die Untersagung des Einstellens von Lehrlingen überhaupt begehrt. Sie hat demnach auch keine Auffassung über den konkreten Sachverhalt.

Das Rechtsverhältnis ist nicht strittig.

Die Feststellungsklage ist unzulässig.

Der Eventualantrag ist, vorausgesetzt die Klage auf Betriebsuntersagung wäre erfolglos, unzulässig.

¹⁴³ Kopp, VwGO, § 43 Rz. 11

¹⁴⁴ Kopp, VwGO, § 43 Rz. 16

¹⁴⁵ Kopp, VwGO, § 43 Rz. 17