

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe bei Zustandekommen des Vertrags unter Einsatz des Internets der Dinge

A. Problemstellung

Mit IoT-Technologie ausgestattete Geräte können oft auch Reparatur- oder Wartungsbedarf erkennen.⁴¹⁴ Diese Information kann dem Besitzer des Geräts über das Steuerungsmodul, sei es auf einem im Gerät integrierten Bildschirm oder über eine Smartphone-App, angezeigt werden. Oft werden die Daten, aus denen sich diese Informationen ablesen lassen, aber auch dem Hersteller der Sache oder dem Bereitsteller der Software übermittelt. Der Erstzugriff auf diese Informationen bietet die Möglichkeit, dem Kunden schon in einem Zug mit der Fehlermeldung die eigenen Dienste anzutragen oder die Vermittlung eines geeigneten Fachmanns vorzuschlagen. Das wirft zunächst wettbewerbsrechtliche Fragen auf. Aber auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht führt dies zu Einordnungsfragen: Werden über das Steuerungsmodul handwerkliche Leistungen, wie beispielsweise die Reparatur des Geräts, angeboten, ist nicht auf den ersten Blick klar, ob auf diesem Wege akquirierte Aufträge im stehenden oder im Reisegewerbe ausgeübt werden.

Die Frage ist von besonderer Relevanz, weil die Handwerksordnung gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 18 Abs. 1 S. 1 HwO nur für das stehende Gewerbe gilt. Aber auch im Reise- und Marktgewerbe können handwerkliche Leistungen erbracht werden. Mangels Anwendbarkeit der handwerksrechtlichen Regelungen gilt dafür die Gewerbeordnung, speziell die §§ 55 ff., 64 ff. GewO. Die Einordnung wirkt sich besonders darauf aus, welche Anforderungen an die Aufnahme des Betriebs zu stellen sind. Während für die Ausübung wesentlicher Tätigkeiten der Anlage A im stehenden Gewerbe gem. § 1 Abs. 1 S. 1 HwO die Pflicht zur an hohe Voraussetzungen geknüpften Eintragung in die Handwerksrolle besteht, sieht § 55 Abs. 2 GewO bei der Ausübung im Reisegewerbe lediglich eine Erlaubnis-

⁴¹⁴ Kfz könnten so etwa bereits Ersatzteile ordern und Reparaturarbeiten buchen, vgl. Wagner, Connected Cars und das Internet of Things – Auf der Überholspur in die datengetriebene Zukunft, in: Roßnagel/Hornung (Hrsg.), Grundrechts-schutz im Smart Car, S. 201 ff., 206.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

pflicht in Form einer Reisegewerbekartenpflicht vor. Sollten die akquirierten Aufträge als Reisegewerbe einzuordnen sein, so ginge mit dem Ersten oder einzigen Zugriff auf die Informationen also nicht nur ein Wettbewerbsvorteil einher, sondern gleichzeitig könnten Betriebe, die diese Informationen zur Auftragsakquise nutzen, Reparaturen und Wartungen, die zu wesentlichen Tätigkeiten von Berufen der Anlage A gehören, auch ohne qualifizierten Betriebsleiter ausführen. Bei der Ausübung von Berufen der Anlage B sieht die Handwerksordnung mit der reinen Anzeigepflicht in § 18 Abs. 1 S. 1 HwO hingegen gerade eine gegenüber der Reisegewerbskartenpflicht mildere Regelung vor.

Die Einordnung als stehendes oder Reisegewerbe ist auch ausschlaggebend dafür, ob der Inhaber des Betriebs Mitglied der Industrie- und Handelskammer gem. § 2 Abs. 1 IHKG ist oder ob gem. § 90 Abs. 2, Abs. 3 HwO der Inhaber und der sonstige in § 90 Abs. 2 HwO genannte Personenkreis Mitglieder der Handwerkskammern sind.

B. Einordnung der Erbringung handwerklicher Leistungen zur Erfüllung von über die Steuerungsmodule intelligenter Dinge eingeworbenen Verträgen

Über das Steuerungsmodul einer IoT-fähigen Sache kann dem Kunden verbunden mit einem Wartungsaufruf oder einer Fehlermeldung, die das Reparaturbedürfnis der Sache anzeigt, auch ein Angebot in Bezug auf die Durchführung der benötigten Reparatur mitgeteilt werden. Dieses kann in diesem Kontext entweder schon direkt auf die Durchführung der angezeigten Leistung oder aber auf die Vermittlung eines passenden Handwerkers gerichtet sein. Es ist denkbar, dass darin Fälle des Reisegewerbes gem. § 55 Abs. 1 GewO zu sehen sind. Dazu muss das Anzeigen solcher Angebote gem. § 55 Abs. 1 GewO gewerbsmäßig, ohne vorhergehende Bestellung und außerhalb der möglicherweise vorhandenen gewerblichen Niederlassung im Sinne des § 4 Abs. 3 HwO erfolgen und zusätzlich noch eines der alternativen Elemente der § 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GewO erfüllt sein.

I. Anzeigen der Möglichkeit, handwerkliche Leistungen zu bestellen

Das Anzeigen der Option, unmittelbar handwerkliche Leistungen zu buchen, ist eine der möglichen Fallgestaltungen.

1. Gewerbe

Das antizipierte Durchführen handwerklicher Leistungen ist erlaubt und auf Dauer angelegt. Diese Tätigkeiten werden auch mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt. Zwar ist dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 GewO nach nur die Gewerbsmäßigkeit, also das Vorliegen der positiven Elemente des Gewerbebegriffs, gefordert. § 1 Abs. 1 GewO zeigt jedoch, dass die Gewerbeordnung nur für „Betriebe eines Gewerbes“ gilt, sodass auch für die Anwendbarkeit des Reisegewerberechts die Gewerbsfähigkeit vorliegen muss, also keiner der negativen Begriffsbestandteile erfüllt sein darf.⁴¹⁵ Bedenken an dem Vorliegen der Gewerbsfähigkeit der Art der Tätigkeiten bestehen nicht.

2. Ohne vorhergehende Bestellung

Eine vorherige Bestellung gerade des Kunden⁴¹⁶ schließt gem. § 55 Abs. 1 GewO das Vorliegen eines Reisegewerbes aus. Nur wenn die erste Initiative vom Gewerbetreibenden ausgeht, kann es sich um Reisegewerbe handeln.⁴¹⁷ Eine das Reisegewerbe ausschließende Bestellung kann auf jede Weise erfolgen, etwa auch telefonisch.⁴¹⁸ Eine Bestellung kann nur angenommen werden, wenn der Kunde dem Gewerbetreibenden einen Geschäftsabschluss in Aussicht stellt, nicht aber, wenn allein ein Informationsgespräch gewünscht wird.⁴¹⁹ Eine vorherige Bestellung im Sinne des § 55 Abs. 1 GewO muss sowohl hinsichtlich des Verhandlungsgegenstandes⁴²⁰ als auch bezüglich Zeit und Ort der Beratungen hinreichend konkret sein.⁴²¹ Gleichzeitig muss der Kunde einen Vertragsschluss konkret in Aussicht stellen, das kann ausdrücklich oder konkludent geschehen.⁴²²

415 Vgl. Wormit, JuS 2017, 641, 642 f.; Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 67; Rossi, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK Gewerbeordnung, § 55 Rn. 6.

416 Vgl. Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 31 ff.

417 Vgl. Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 30.

418 Vgl. Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 31.

419 Vgl. dazu Ratzke, GewA 2014, 71 ff.

420 Vgl. Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 103.

421 Vgl. Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 105.

422 Vgl. Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 106 ff.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

Auch falls beim Kauf des IoT-fähigen Geräts vertraglich solchen Anzeigen zugestimmt worden ist,⁴²³ ist damit der Verhandlungsgegenstand noch nicht in ausreichender Weise konkretisiert, um diese Anforderungen an eine vorhergehende Bestellung zu erfüllen. In der untersuchten Fallgestaltung kommt somit allenfalls eine konkludente Bestellung durch das Nutzen des Steuerungsmoduls der Sache in Betracht. Dessen Verwendung ist aber nötig, um das Gerät zu steuern und Fehlermeldungen zu erhalten. Seine Nutzung zielt also nicht direkt darauf ab, konkrete Angebote über die Durchführung von Reparaturleistungen oder über die Vermittlung von Handwerkern zu erhalten und kann somit auch nicht als konkludente Bestellung gewertet werden. Eine vorherige Bestellung durch den Kunden liegt daher nicht vor.

3. Außerhalb der gewerblichen Niederlassung

Die Tätigkeiten müssen auch außerhalb der gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben ausgeübt werden. Eine feste Niederlassung im Sinne des § 55 Abs. 1 GewO liegt laut § 4 Abs. 3 GewO, auf den ausdrücklich verwiesen wird, vor, wenn von dieser aus auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Einrichtung die gewerbsmäßigen Tätigkeiten tatsächlich ausgeübt werden. Ob eine solche feste Einrichtung vorliegt, ist Frage des Einzelfalls.

Für die Anzeige im Steuerungsmodul eines IoT-fähigen Geräts ist beispielsweise die Programmierung erforderlich. Diese kann durchaus von einem Standort vorgenommen werden, der als Niederlassung im Sinne von § 4 Abs. 3 GewO eingestuft werden kann. Das muss aber nicht der Fall sein.⁴²⁴ Wird von einer gewerblichen Niederlassung aus programmiert, wird teilweise gefolgert, dass die §§ 55 ff. GewO nicht anwendbar sind.⁴²⁵ Für diese Ansicht spricht, dass das Programmieren tatsächlich innerhalb der Niederlassung erfolgt. Allerdings sind die Bezugspunkte für das Merkmal „außerhalb der Niederlassung“ nicht die im Gewerbe ausgeübten Tätigkeiten, sondern gerade die Merkmale der § 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2

423 Vgl. zur Datenverarbeitung bei intelligenten Dingen am Beispiel der Verkehrstelematik Roßnagel, NZV 2006, 281 ff.

424 Vgl. dazu Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 96 für die Einordnung von Angeboten im Internet, sowie Rn. 94 für die telefonische Akquisition von Aufträgen und Rn. 95 für Bestellangebote im Fernsehen.

425 So Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 96.

HwO, die sich auf das Zustandekommen des Auftrags beziehen. Entscheidend ist also, ob insbesondere das hier in Betracht kommende Anbieten von Leistungen gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO oder Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO außerhalb der Niederlassung erfolgt.

Während sich in der klassischen Reisegewerbesituation Reisegewerbetreibender und Kunde am selben Ort aufhalten, ist der Kunde bei Internet-Angeboten an einem anderen Ort als der Anbieter. Nicht zwingend ist also der Standort des Anbieters relevant, sondern es kommt auch das Abstellen auf den Standort des Kunden in Betracht.⁴²⁶ Zur Beantwortung der Frage, auf welche Sicht abzustellen ist, kann das Telos des Reisegewerberechts herangezogen werden. Ziel ist in erster Linie der Schutz des Kunden vor Risiken infolge der schwierigeren Kontaktaufnahme zum Reisegewerbetreibenden bei Rückfragen oder Reklamationen.⁴²⁷ Überzeugender ist es also, darauf abzustellen, ob das Anbieten von Leistungen oder Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen aus Kundensicht außerhalb der gewerblichen Niederlassung des Gewerbetreibenden erfolgt. Dafür spricht auch, dass es sonst zu einer unterschiedlichen Einordnung solcher Fälle käme, in denen von einer Niederlassung aus programmiert wird, und solcher, in denen dies von einer Wohnung aus geschieht oder in denen die Programmierung durch eine Fremdfirma vorgenommen wird,⁴²⁸ obwohl dieselben Risiken für die Kunden bestehen. Eine solche unterschiedliche

426 Anderer Ansicht wohl *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 94, der für die telefonische Auftragsakquisition, bei der ebenfalls Kunde und Gewerbetreibender nicht am selben Ort sind, ausdrücklich allein auf den Standort des Gewerbetreibenden abstellt. Dabei wird nur verwiesen auf *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 44. Dort heißt es ohne Nachweise, dass nicht schon dann ein Reisegewerbe vorliegt, wenn den Geschäften telefonisch außerhalb der Niederlassung „nachgegangen“ wird, die Vertragserfüllung aber im Ladengeschäft erfolgt. Mit Blick auf den Wortlaut des § 55 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 GewO spielt der Ort der Vertragserfüllung für die Einordnung als Reisegewerbe keine Rolle, sondern allein der Ort, an dem die Merkmale des § 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GewO erfüllt werden. Der Aussage *Schönleiters* kann vielmehr deshalb zugestimmt werden, weil mit der Vereinbarung der Abwicklung im Ladengeschäft von vorneherein ein Niederlassungsbezug bestand. Auch *Korte* selbst umschreibt das Merkmal „außerhalb einer gewerblichen Niederlassung [...] oder ohne eine solche zu haben“ als „fehlender Niederlassungsbezug“, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Überschrift vor Rn. 84, sowie Rn. 93.

427 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 481.

428 Dies sieht auch *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 96.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

Einordnung dieser Fallgruppen wäre angesichts der Zielsetzung des Reisegewerberechts willkürlich. Für die Einordnung von Internet-Angeboten ist daher auf die Kundensicht abzustellen.

Das Angebot, einen Handwerker zu vermitteln oder Handwerksleistungen durchzuführen, erscheint auf dem Steuerungsmodul des IoT-fähigen Geräts, also beim Kunden. Aus Kundensicht besteht dabei keinerlei Bezug zu einer eventuell vorhandenen gewerblichen Niederlassung. Das Anzeigen der Angebote erfolgt somit nach der hier vertretenen Auffassung außerhalb der gewerblichen Niederlassung, sofern denn überhaupt eine solche vorhanden sein sollte.

4. Erfüllen eines besonderen Merkmals

Die Einordnung als Reisegewerbe erfordert neben der Erfüllung dieser allgemeinen Merkmale auch das Vorliegen eines der besonderen Merkmale des § 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GewO. Die Varianten der Nr. 2 scheiden hier aus, da es nicht um unterhaltende Tätigkeiten geht, sondern um handwerkliche Leistungen, insbesondere Wartungs- und Reparaturarbeiten. Für Leistungen kommen sodann allein die vierte und fünfte Variante der in § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO aufgezählten Erscheinungsformen des Reisegewerbes in Betracht. Leistungen im Sinne dieser Varianten sind weit zu verstehen und umfassen vor allem Werk- und Dienstleistungen,⁴²⁹ also auch die infrage stehenden handwerklichen Leistungen.

a) Anbieten von Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO

Wird im Systemsteuerungsmodul ein Angebot über die Durchführung der im Einzelfall konkret erforderlichen Handwerksleistung angezeigt, könnte es sich dabei um einen Fall des Anbietens von Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO handeln. Das setzt nach allgemeiner Auffassung die sofortige Leistungsbereitschaft zumindest für eine wesentliche Teilleistung voraus.⁴³⁰ Kann die Leistung vom Gewerbetreibenden hingegen erst später erbracht werden, so kann allenfalls ein Fall des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5

429 Vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 75.

430 Statt vieler vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 80; *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), § 55 Rn. 167, 169 ff.

GewO vorliegen. Irrelevant für die Einordnung ist eine spätere Leistungserbringung dann, wenn sie auf Wunsch des Kunden hin erfolgt.⁴³¹ Die Bereitschaft zur sofortigen Erbringung einer Teilleistung ist im Handwerk nicht immer einfach zu erfüllen. Gerade bei komplizierteren handwerklichen Tätigkeiten, die möglicherweise auch spezielle und schwierig zu transportierende Gerätschaften erfordern, ist die sofortige Ausübung oft nicht möglich, sodass kein Reisegewerbe, sondern stehendes Gewerbe vorliegt.

Zumindest die Anfahrt des Handwerkers zum Kunden ist in der untersuchten Konstellation noch nötig. Eine solche sofortige Leistungsbereitschaft kann über die Anzeige auf einem Systemsteuerungsmodul folglich nicht ausgedrückt werden. Ein Fall des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO liegt also nicht vor.

b) Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO

Allerdings erfasst § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO auch das Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen. Das Aufsuchen einer Bestellung erfordert das konkrete und ernsthafte Bemühen um die Akquisition von Aufträgen für spätere Leistungen dem Kunden gegenüber.⁴³² Bei Internet-Angeboten etwa über Popup-Fenster oder bei dem generellen Vorhalten von Bestellportalen fehlt es an einem Bemühen gerade diesem Kunden gegenüber.⁴³³ In diesen Fällen werden die bestellbaren Produkte oder Leistungen zwar beworben und Bestellungen sind selbstverständlich erwünscht, es wird aber keine konkrete Bestellung aufgesucht.⁴³⁴ Anders verhält es sich bei dem Anzeigen des Angebots über das Steuerungsmodul einer intelligenten Sache. Hier wird die im Einzelfall zu diesem Zeitpunkt zur Erhaltung der konkreten Sache nötige handwerkliche Reparatur- oder Wartungsleistung genau und nur demjenigen Kunden angeboten, der diese Sache besitzt. Die angebotene Handwerksleistung ist so spezifisch auf die Situation zugeschnitten, dass bis auf den Zeitpunkt der Durchführung keine weiteren Details geklärt werden müssen.

431 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 482.

432 Vgl. dazu nur Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 159.

433 Vgl. dazu nur Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 162.

434 Vgl. dazu nur Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 162.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

Bezugspunkt des Aufsuchens in § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO ist nicht der Kunde, sondern die Bestellung. Während das Aufsuchen des Kunden dem Wortsinn nach voraussetzen würde, dass der Reisegewerbetreibende in örtlicher Hinsicht zu dem Kunden kommt, kann das Aufsuchen einer Bestellung nur verstanden werden als Akquisition einer Bestellung. Darin ist somit keine Beschränkung auf solche Fälle, in denen der Gewerbetreibende den Kunden persönlich aufsucht, angelegt. Mit der Anzeige im Steuerungsmodul wird also gezielt eine ganz konkrete Bestellung aufgesucht.

Zu klären bleibt, ob auch diese Variante des Reisegewerbes die Bereitschaft des Gewerbetreibenden zur sofortigen Erfüllung mindestens einer Teilleistung vorauszusetzen ist. Wird eine solche Leistungsbereitschaft nicht vorausgesetzt, so umfasst § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO auch solche Fälle einschließlich der Erfüllung der eingeworbenen Aufträge, bei denen zwar die Auftragsakquise außerhalb, die gesamte oder ein Teil der Auftragsabwicklung dann aber in einer gewerblichen Niederlassung erfolgt. Verlangt man hingegen die sofortige Leistungsbereitschaft zur Erfüllung des Tatbestands des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO und es wird ein Auftrag eingeworben, für den keine sofortige Leistungsbereitschaft besteht, so basiert die spätere Leistungserbringung wiederum auf einer Bestellung des Kunden. Diese vorhergehende Bestellung schließt dann gem. § 55 Abs. 1 GewO das Vorliegen eines Reisegewerbes aus, sodass die entsprechenden Tätigkeiten im stehenden Gewerbe ausgeübt werden. Werden wesentliche Tätigkeiten der Anlage A handwerksmäßig ausgeübt, gilt nach dieser Auffassung somit für die Akquise die Reisegewerbekartenpflicht, für die Ausübung selbst die Eintragungspflicht in die Handwerksrolle.⁴³⁵ Gerade im Handwerk ist für die Ausübung vieler Tätigkeiten das Nutzen einer Werkstatt unumgänglich und somit erst die spätere Ausübung der handwerklichen Leistungen möglich. Hier ist eine sofortige Leistungsbereitschaft also oft nicht möglich, sodass der Frage eine äußerst hohe praktische Relevanz zukommt. Zugleich zieht die Einordnung als Reise- oder stehendes Gewerbe im Handwerk die bereits dargelegten, schwerwiegenden Konsequenzen mit sich.

Die Auffassung der Rechtsprechung dazu hat mehrere Wandel durchlaufen.⁴³⁶ Während der VGH Baden-Württemberg § 55 Abs. 1 Var. 5 GewO zunächst weit auslegte und auch die erst spätere Leistungserfüllung

⁴³⁵ Vgl. etwa *Korte*, GewA 2010, 265, 268.

⁴³⁶ Übersichtlich dargestellt bis 2004 von *Hüpers*, GewA 2004, 230, 231 f.

davon umfasst sah,⁴³⁷ entschied er später, dass die nachträgliche Erfüllung gerade nicht von § 55 Abs. 1 Var. 5 GewO umfasst sei, wenn der Gewerbetreibende nicht leistungsbereit sei.⁴³⁸ Dazu wird argumentiert, die spätere Erfüllung erfolge dann gerade auf die vorhergehende Bestellung hin und mit dieser Bestellung sei der Tatbestand des § 55 Abs. 1 GewO dann für die spätere Leistungserbringung ausgeschlossen.⁴³⁹ Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass Bezugspunkt des Merkmals „ohne vorhergehende Bestellung“ in § 55 Abs. 1 GewO die Merkmale der Nr. 1 und Nr. 2 sind, nicht die Leistungserbringung selbst.

Auch das Bundesverfassungsgericht schloss sich dem nicht an. Es ist der Auffassung, das „Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen“ im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO umfasse auch solche Fälle, in denen „die Erfüllung erst in einem gewissen zeitlichen Abstand“ erfolgen soll.⁴⁴⁰ Dabei wird angemerkt, dass schon der Wortlaut eine andere Begründung kaum zulasse und auch die Entstehungsgeschichte nichts anderes vermuten lasse. Es wird auch die Parallele zum Aufsuchen von Bestellungen über Waren gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewO gezogen, bei dem eine sofortige Leistungsbereitschaft unstreitig nicht erforderlich ist und darauf hingewiesen, dass Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Bestellung von Waren oder Leistungen gerade vermieden werden sollten. Zudem werde die reisegewerberechtliche Zielsetzung des Kundenschutzes auch durch die Einbeziehung der nachfolgenden Leistung gefördert. Zwar wirkt sich die Einordnung als Reisegewerbe bei der Ausübung wesentlicher Leistungen von Berufen der Anlage A konträr aus, indem es für dieses gegenüber der Handwerksordnung milder Regeln vorsieht. Darauf habe der Gesetzgeber aber mit dem Verbot der Erbringung gewisser handwerklicher Leistungen im Reisegewerbe in § 56 Abs. 1 Nr. 1 lit. d GewO⁴⁴¹ reagiert.⁴⁴² Daher

437 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 20. November 1972 – VI 168/72 –, GewA 1973, 159, 159.

438 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 12. September 1995 – 14 S 1215/95 –, GewA 1995, 475, 477.

439 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 12. September 1995 – 14 S 1215/95 –, GewA 1995, 475, diesen Lösungsansatz verfolgte zuvor schon Honig, GewA 1991, 10, 14 f.

440 BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 481.

441 Die ebenfalls erwähnten §§ 56 Abs. 1 Nr. 5, 30b GewO wurden zwischenzeitlich aufgehoben.

442 Zum Ganzen vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 481.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

erfordere es das Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, auch die spätere Erfüllung noch als reisegewerblich einzuordnen.⁴⁴³

Allerdings erklärt das Bundesverfassungsgericht, „Umfang und Ausmaß möglicher Leistungen“ seien „regelmäßig eingeschränkt, da eine Werkstatt im Sinne eines stehenden Betriebs nicht zur Verfügung“ stehe und somit „im Wesentlichen Reparaturen und kleinere Handreichungen an Ort und Stelle beim Kunden“⁴⁴⁴ betreffe. Die Prämisse, eine Werkstatt stünde nie zur Verfügung, kommt an mehreren Stellen der Entscheidung zum Vorschein.⁴⁴⁵ Sie ist nicht mit dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 GewO in Einklang zu bringen, der sich mit der Formulierung „außerhalb der gewerblichen Niederlassung [...] oder ohne eine solche zu haben“ nur auf die besonderen Merkmale der Nr. 1 und Nr. 2 bezieht und somit das Betreiben eines Reisegewerbes auch bei Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung wie etwa einer Werkstatt und ihrer Nutzung zur Leistungserfüllung zulässt.⁴⁴⁶ Diese Prämisse des Bundesverfassungsgerichts führt jedoch dazu, dass das Reisegewerbe, wenn auch nicht durch das Erfordernis der sofortigen Leistungsbereitschaft, so doch durch das Fehlen einer Werkstatt begrenzt wäre.⁴⁴⁷

Der Fokus der Einordnung liegt aber auch bei der Ausübung von Handwerksberufen darauf, ob ein Fall des Reisegewerbes vorliegt, und nicht darauf, ob ein stehender Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 HwO vorliegt.⁴⁴⁸ Zwar stellt die Handwerksordnung gegenüber der Gewerbeordnung das speziellere Gesetz dar. Nur wenn ihr Anwendungsbereich nicht eröffnet ist, kommt somit die Gewerbeordnung zur Anwendung. In der Beschreibung ihres Anwendungsbereichs in §§ 1 Abs. 1 S. 1 HwO,

443 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 481.

444 BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 481 f.

445 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 481; So falle „derjenige, der nicht Waren, sondern Leistungen anbietet, ebenfalls unter § 55 GewO [...], sofern er zur Ausführung der Leistung keine gewerbliche Niederlassung in Anspruch nimmt.“

446 Vgl. dazu auch *Laubinger*, Reisehandwerk, in: Gornig/Kramer/Volkmann (Hrsg.), Frotscher-Festschrift, S. 497, 506 und 527; *Korte*, GewA 2010, 265, 269; *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 247.

447 Dies wurde offen gelassen in BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. April 2007 – 2 BvR 449/02 –, GewA 2007, 294, 295; gefordert wird die gesteigerte Berücksichtigung dieses Aspekts von *Leisner*, Handwerkstätigkeit und Reisegewerbe, S. 66 f. und *ders.*, GewA 2015, 435, 438 ff.

448 A.A. *Schreiner*, GewA 2015, 233, 234.

18 Abs. 1 S. 1 HwO wird mit dem Merkmal des „stehenden Betriebs“ aber ein Element der Gewerbeordnung vorausgesetzt. Stehend ist nach der Systematik der Gewerbeordnung ein Gewerbe eben dann, wenn es kein Reise- oder Marktgewerbe ist. Die Frage nach der Reisegewerbeeigenschaft geht somit zwingend der Frage nach dem stehenden Gewerbe vor und ist von ihr unabhängig zu beurteilen.⁴⁴⁹ Aus dem Vorhandensein einer handwerklichen Werkstatt und somit einer gewerblichen Niederlassung kann also nicht geschlossen werden, dass kein Fall des Reisegewerbes vorliegt.⁴⁵⁰

In Folge dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird von der herrschenden Rechtsprechung die Bereitschaft zur sofortigen Leistungserfüllung nicht mehr als Tatbestandselement des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO gesehen.⁴⁵¹ Dabei wurde zunächst angesichts des klaren Wortlauts des § 55 Abs. 1 GewO nur gefordert, dass die Erfüllung der Merkmale des § 55 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GewO außerhalb einer gewerblichen Niederlassung erfolgt, nicht, dass gar keine gewerbliche Niederlassung vorhanden sein darf.⁴⁵² Somit kommt es für die Einordnung als Reisegewerbe nur noch darauf an, ob die Initiative vom Gewerbetreibenden oder vom Kunden ausgeht.⁴⁵³ In neueren Entscheidungen wurde allerdings in Verkennung des Wortlauts bei dem Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung die Reisegewerbeeigenschaft dennoch verneint.⁴⁵⁴

In der untersuchten Fallkonstellation führt das Bejahen des Erfordernisses des sofortigen Erbringens mindestens einer Teilleistung dazu, dass auch die Variante des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistungen gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO mangels sofortiger Leistungsbereitschaft bzw. -möglichkeit des Handwerkers hinsichtlich der Vertragserfüllung nicht

449 So auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. November 2003 – 4 A 511/02 –, GewA 2004, 32, 33 f.

450 Vgl. auch Korte, GewA 2010, 265, 268.

451 Vgl. Steib, GewA 2001, 57, 57; Laubinger, Reisehandwerk, in: Gornig/Kramer/Volkmann (Hrsg.), Frotscher-Festschrift, S. 497, S. 505 f.; Korte, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 93; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. November 2003 – 4A 511/02 – GewA 2004, 32; VG Würzburg vom 11. Februar 2004 – W 6 K 01.1040 –, DVP 2005, 258, 258; OVG Nordrhein-Westfalen vom 06. November 2003, GewA 2004, 32, 33; kritisch Hüpers, GewA 2004, 230, 232.

452 Vgl. Dürr, GewA 2011, 8, 10; Korte, GewA 2010, 265, 269 ff. will die Erfüllungsleistung nur in bestimmten Fällen mit einbeziehen.

453 Vgl. etwa Thiel, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 29.

454 Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20. März 2017 – 4 A 489/14 –, NVwZ-RR 2017, 870 Rn. 32; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 09. August 2018 – 4 A 1882/16 –, GewA 2019, 29, 30.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

einschlägig sein kann, denn der Handwerker muss sich erst noch zum Kunden begeben. Allein die Einwerbung des Auftrags würde im Reisegewerbe ausgeübt. Die spätere handwerkliche Leistung würde dann auf dem Vertragsschluss über das Systemsteuerungsmodul und somit auf einer das Reisegewerbe ausschließenden vorhergehenden Bestellung basieren. Legt man allerdings das heute herrschende Verständnis zugrunde und fordert keine sofortige Leistungsbereitschaft, dann zählt auch die spätere Ausübung der handwerklichen Leistungen noch zum Reisegewerbe. Somit lassen sich handwerkliche Leistungen infolge ihres Anbietens über das Systemsteuerungsmodul einer intelligenten Sache als Reisegewerbe nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO einordnen und zwar im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut unabhängig davon, ob eine gewerbliche Niederlassung unterhalten wird.

5. Zwischenergebnis

Wird über die Systemsteuerungssoftware eines intelligenten Geräts die Möglichkeit angezeigt, unmittelbar eine konkrete handwerkliche Leistung zu buchen und führt dies zu einem Auftrag, so werden die betroffenen Tätigkeiten dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO nach reisegewerblich ausgeübt.

II. Anzeigen der Möglichkeit, sich einen Handwerker zur Durchführung der Leistung vermitteln zu lassen

Auch die reine Vermittlung von Handwerkern wird in der Regel gewerblich ausgeübt.⁴⁵⁵ Wird dem Nutzer über die Systemsteuerungssoftware einer IoT-fähigen Sache im Zuge der Anzeige eines Reparatur- oder Wartungsbedürfnisses die Option angezeigt, die Vermittlung eines geeigneten Handwerkers zu beauftragen, könnte dies folglich als Anbieten von Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO eingestuft werden. Dazu ist erforderlich, dass zumindest eine wesentliche Teilleistung sofort erfolgen kann. Ein solcher Vermittlungsauftrag kann über eine digitale Plattform unmittelbar nach Annahme des Angebots durch den Kunden durchgeführt werden. Die nötigen Suchparameter wie die Adresse des Kunden und die genaue gewünschte Leistung sind dank der Vernetzung

⁴⁵⁵ Vgl. Schönleiter, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 78.

C. Adäquanz der Einordnung der Auftragsakquise

mit der intelligenten Sache schon bekannt, sodass die Suche automatisch ohne weiteres Zutun des Gewerbetreibenden oder seiner Mitarbeiter gestartet werden kann. Es kann also der ganze Vermittlungsvorgang sofort durchgeführt werden. Wird über das Steuerungsmodul einer intelligenten Sache im Zuge der Anzeige eines Reparatur- oder Wartungsbedürfnisses die Option gegeben, die Vermittlung eines geeigneten Handwerkers zu beauftragen, so ist darin also ein Fall des Anbietens von Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO zu sehen.

Die anschließende Ausführung der handwerklichen Leistungen durch den über die Vermittlung gefundenen Handwerker basieren dann auf vorheriger Bestellung durch den Kunden auf Basis des Vermittlungsergebnisses. Mit der vorherigen Bestellung liegt dann kein Fall des Reisegewerbes vor, sondern des stehenden Gewerbes. Die handwerklichen Leistungen fallen somit in dieser Konstellation in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung.

III. Zwischenergebnis

Wird dem Kunden über das Systemsteuerungsmodul einer intelligenten Sache ein auf das individuelle Reparatur-, Wartungs-, oder ähnliches Bedürfnis zugeschnittenes Angebot übermittelt, so hängt die Einordnung der später erbrachten handwerklichen Leistung in die Kategorien des stehenden oder Reisegewerbes entscheidend davon ab, was genau der Inhalt des Angebots ist. Wird die Vermittlung eines Handwerkers angeboten, so wird die handwerkliche Leistung selbst im stehenden Gewerbe ausgeübt. Wird hingegen bereits die konkrete Handwerksleistung angeboten, so zählt auch ihre Ausübung als reisegewerblich.

C. Adäquanz der Einordnung der Auftragsakquise mittels eines auf den Einzelfall zugeschnittenen digitalen Angebots über die Ausführung handwerklicher Leistungen als Reisegewerbe

Die digitale, speziell auf die individuelle Situation des Kunden zugeschnittene Auftragsakquise, bei der die Ausübung der konkret gebotenen handwerklichen Leistung angeboten wird, weicht insofern vom klassischen Fall des Reisegewerbes ab, als in diesem der Reisegewerbetreibende persönlich beim Kunden vorspricht. Daher ist zu untersuchen, ob auch für diese Fälle eine Einordnung als Reisegewerbe sachgerecht ist.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

I. Berufsunabhängige Bedenken gegen die Einordnung solcher Modalitäten der Auftragsakquise als Reisegewerbe

Während § 14 Abs. 1 GewO für das stehende Gewerbe, sofern es nicht spezielleren Gesetzen wie der Handwerksordnung unterliegt, lediglich eine Anzeigepflicht vorsieht, gilt für das Reisegewerbe mit der Reisegewerbe-kartenpflicht des § 55 Abs. 2 GewO eine Erlaubnispflicht.

1. Keine Einschlägigkeit der §§ 55 ff. GewO nach ihrem Sinn und Zweck

Mit dieser Erlaubnispflicht sollen über die allgemeinen Zielsetzungen der Gewerbeordnung, nämlich die Gewährleistung effektiver Gefahrenabwehr und die Verbesserung des Verbraucherschutzes, hinaus auch besondere reisegewerberechtliche Zielsetzungen verfolgt werden: Der Konsument soll zum einen, wie sich aus dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 GewO „ohne vorhergehende Bestellung“ ergibt, vor dem Ausnutzen des Überraschungseffekts bei nicht von ihm selbst angestoßenen Geschäften geschützt werden. Zum anderen soll er, wie es im Wortlaut „außerhalb einer Niederlassung“ in § 55 Abs. 1 GewO Anklang findet, geschützt werden vor der Gefahr, dass der Reisegewerbetreibende nach dem Kontakt für ihn nicht mehr auffindbar ist für Reklamationen oder Ähnliches.⁴⁵⁶ Die reisegewerberechtlichen Vorschriften sollen durch Vorabkontrollmechanismen und gar das Verbot der reisegewerblichen Ausübung bestimmter Tätigkeiten gerade vor der kumulativen Gefahr der Überrumpelung und anschließender Anbieterverflüchtigung schützen, indem gegenüber den Vorschriften der Gewerbeordnung für das stehende Gewerbe höhere Anforderungen gestellt werden.⁴⁵⁷ Diese Gefahr der Überrumpelung besteht etwa bei vorheriger Bestellung gerade nicht, sodass die §§ 55 ff. GewO nicht greifen und ein stehendes Gewerbe vorliegt.⁴⁵⁸

In der untersuchten Konstellation besteht durchaus eine Gefahr der Überrumpelung des Kunden, die in ihrer Intensität vergleichbar ist mit dem Angebot eines Reisegewerbetreibenden an der Wohnungstür in der klassischen Reisegewerbesituation, oder diese sogar übersteigt, weil die

⁴⁵⁶ Vgl. zum Ganzen *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 36 ff.

⁴⁵⁷ Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 40, § 55 GewO Rn. 7.

⁴⁵⁸ Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 70.

Option, ungebetenen Kontaktaufnahmen durch Nichtöffnen der Wohnungstür zu entgehen, nicht besteht. Die Gefahr der Anbieterverflüchtigung ist hingegen bei Internetgeschäften zwar möglicherweise höher als bei der Ausübung eines stehenden Gewerbes etwa in einem Ladengeschäft.⁴⁵⁹ Anders als im klassischen Reisegewerbefall, in dem mit der Verabschiedung des Reisegewerbetreibenden oft auch jeder Anhaltspunkt verschwindet, sind internetbasierte Systemsteuerungsmodule normalerweise über einen längeren Zeitraum verfügbar. Gerade in der in den Blick genommenen Situation, dass die Akquise über das Steuerungsmodul einer intelligenten Sache erfolgt, ist es unwahrscheinlich, dass die Steuerungssoftware ohne vorherigen Hinweis an den Nutzer des Geräts vom Markt genommen wird. Auf die dennoch im Internet bestehenden Unsicherheiten hat der Gesetzgeber wiederum schon im Telemediengesetz reagiert.⁴⁶⁰ So haben alle Diensteanbieter die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TMG aufgezählten weitreichenden Informationen nicht nur leicht erkennbar und unmittelbar erreichbar bereit zu halten, sondern vor allem auch ständig verfügbar. Diensteanbieter sind nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 Hs. 1 TMG unter anderem alle natürlichen oder juristischen Personen, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithalten oder den Zugang zur Nutzung vermitteln. Das umfasst Telekommunikationsdienste aller Art, wie etwa das Betreiben von Websites und Email-Newslettern.⁴⁶¹ Wird über das Systemsteuerungsmodul einer intelligenten Sache eine Ware oder Dienstleistung außerhalb des Steuerungssystems und nicht nur die Freischaltungen von in die Software integrierten Erweiterungen verkauft, so besteht eine Vergleichbarkeit mit dem Online-Handel.⁴⁶² Auch solche Steuerungsmodule zählen als internetbasierte Anwendungen zu den Telekommunikationsdiensten, sodass für sie die Impressumspflicht gilt. Somit sind die relevanten Informationen immer abrufbar. Die Verflüchtigungsgefahr ist also wesentlich geringer als im klassischen Fall des Reisegewerbes. Sie ist genauso hoch wie bei allen Internetgeschäften. Die Frage, auf wessen Initiative der Kontakt zurückgeht, spielt dafür keine Rolle. Die §§ 55 ff. GewO sollen aber gerade davor schützen, dass sich der Anbieter nach einer Überrumpelung verflüchtigt und eventuelle Rechte so nicht

459 So auch *Ennuschat/Plogmann*, GewA 2019, 273, 273.

460 Vgl. *Ennuschat/Plogmann*, GewA 2019, 273, 273 Fn. 13.

461 Vgl. Ott, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, TMG, § 5 Rn. 6.

462 Zu der Unterscheidung vgl. Kremer, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 28 Rn. 36.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

durchsetzbar sind.⁴⁶³ Nur wenn beide Aspekte kumulativ gegeben sind, ist daher das Reisegewerberecht seinem Zweck nach angesprochen.⁴⁶⁴ In der untersuchten Konstellation, in der keine gesteigerte Verflüchtigungsgefahr besteht, sind die §§ 55 ff. GewO somit zwar dem Wortlaut nach anzuwenden, ihrem Sinn und Zweck nach besteht dazu jedoch kein Bedürfnis.

2. Keine Vereinbarkeit der Reisegewerbekartenpflicht für diese Fälle mit Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG

Die Einbeziehung der dargestellten Fallgruppe in den Anwendungsbereich des gegenüber den Regeln für das stehende Gewerbe strengeren Reisegewerberechts zieht angesichts dieser teleologischen Bedenken auch Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie mit der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG mit sich.

Ob man die Erlaubnispflicht des § 55 Abs. 2 GewO als Berufsausübungsregelung oder eine subjektive Berufszulassungsschranke sieht, hängt davon ab, ob man das Reisegewerbe als eigene Berufsgruppe sieht oder nicht.⁴⁶⁵ Teils wird das Reisegewerbe als eigenständiger Beruf gesehen mit dem Argument, dass der Kunde, anders beim Betreten eines Ladengeschäfts, beim Kontakt mit einem Reisegewerbetreibenden oft noch keine Präferenz gebildet hat, sodass der reisegewerbliche Verkäufer „andere Verkaufsqualitäten“ besitzen müsse.⁴⁶⁶ Überzeugender ist es, das Reisegewerbe lediglich als Modalität der Berufsausübung zu sehen.⁴⁶⁷ Ein Beruf ist eine Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und zur Erschaffung und Haltung einer Lebensgrundlage beiträgt.⁴⁶⁸ Die Einordnung als Reise- oder stehendes Gewerbe bezieht sich auf die Modalitäten der Auftragsakquise. Dabei sind Verkaufsqualitäten zwar der Gewinnerzielung förderlich. Die Auftragsakquise per

463 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 39.

464 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 40.

465 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 148.

466 Vgl. dazu *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 148 und § 55 Rn. 27; dieser Ansicht ist auch *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 104.

467 So auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 480; *Ennuschat*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 4.

468 Vgl. statt vieler *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 12 Rn. 5 m.w.N.

se kann aber nicht zur Haltung und Erschaffung einer Lebensgrundlage beitragen, sondern erst die so eingeworbenen Aufträge, für die eine Gegenleistung oder im Falle der Vermittlung eine Provision verlangt wird. Somit kann die Einordnung als Reisegewerbe auch für die Zuordnung zu einem Beruf keine Rolle spielen.

Folglich handelt es sich bei dem Eingriff in die Berufsfreiheit um eine Berufsausübungsregelung. Selbst dann, wenn man von einer subjektiven Berufszulassungsregelung ausgeinge, an deren Rechtfertigung höhere Anforderungen zu stellen sind als an die von Berufsausübungsregelungen, kann die Erlaubnispflicht des § 55 Abs. 2 GewO grundsätzlich mit dem Ziel, den Kunden vor der Gefahr der Verflüchtigung des Gewerbetreibenden im Anschluss an eine Überrumpelung zu schützen, gerechtfertigt werden, denn dieses vom Verbraucherschutz geprägte Ziel lässt sich als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut einordnen.⁴⁶⁹

In der untersuchten Konstellation besteht aber keine Gefahr der Verflüchtigung des Gewerbetreibenden, sodass ein Schutz vor dieser Gefahr als legitimer Zweck des Eingriffs ausscheidet. Die Gefahr der Überrumpelung besteht zwar auch für diese Fälle und könnte auch für sich genommen als legitimer Grund angedacht werden. Die Erlaubnispflicht ist jedoch schon nicht dazu geeignet, den Überrumpelungscharakter oder die daraus resultierende Gefahr unüberlegter Vertragsschlüsse zu reduzieren oder die Folgen zu mildern. Zur Eindämmung von Folgen aus unüberlegten Entscheidungen hat der Gesetzgeber zivilrechtliche Schmutzmechanismen, wie etwa Widerrufsrechte, vorgesehen.⁴⁷⁰ Andere Gründe für die Einbeziehung gerade der Fälle, in denen der Gewerbetreibende den Kontakt über ein Steuerungsmodul einer intelligenten Sache initiiert, sind nicht ersichtlich. Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist für diese Fallkonstellationen somit nicht gerechtfertigt und verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Parallel dazu liegt auch ein nicht gerechtfertigter Eingriff in das allgemeinere Grundrecht auf Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG vor.

469 Vgl. Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 27 f.; Vorbem. vor Titel III Rn. 148 f.

470 Für Fälle des klassischen Reisegewerbes, in denen neben dem Schutz des Kunden vor Überrumpelung auch sein Schutz vor Anbieterverflüchtigung relevant ist und so auch die Geeignetheit der reisegewerberechtlichen Regelungen zum Schutz der Kunden bejaht werden kann, sind die zivilrechtlichen Schutzmechanismen im Vergleich mit der Erlaubnispflicht nicht gleich geeignet, sodass die reisegewerberechtlichen Regelungen, nicht nur als geeignet, sondern auch als erforderlich eingestuft werden können, vgl. Korte, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 136 ff., 149.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

3. Keine Vereinbarkeit der Reisegewerbekartenpflicht für diese Fälle mit Art. 3 Abs. 1 GG

Die Anwendung des Reisegewerberechts auf die Konstellation, dass ein Gewerbetreibender über eine App ein konkretes Angebot zur Ausübung später vorzunehmender Leistungen macht, ist auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich. Die Reisegewerbekartenpflicht stellt eine Ungleichbehandlung dar gegenüber den ebenfalls der Kategorie der Gewerbetreibenden zuzuordnenden Betreibern eines stehenden Gewerbes, die, sofern nicht ein spezielleres Gesetz wie die Handwerksordnung etwas anderes vorsieht, lediglich der Anzeigepflicht nach § 14 Abs. 1 GewO nachkommen müssen. Sachliches Ziel der Differenzierung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe ist gerade der Schutz von Kunden vor der Gefahr der Anbieterverflüchtigung nach Überrumpelung. Ohne die Gefahr der Anbieterverflüchtigung fehlt es an einem sachlichen Differenzierungsgrund, dem die Anwendung der reisegewerberechtlichen Vorschriften förderlich sein könnte. Die Ungleichbehandlung dieser Fälle kann also nicht gerechtfertigt werden und ist mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

4. Zwischenergebnis

Die Zielsetzung des Reisegewerberechts erfordert nicht die dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 GewO nach angezeigte Einbeziehung der untersuchten Konstellation in seinen Anwendungsbereich. Somit wird gegen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG verstoßen und die Einordnung ist mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

II. Gleichheitsrechtliche Bedenken gegen die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich der Handwerksordnung

Immer wieder werden grundsätzliche Bedenken gegen die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung auf das stehende Gewerbe geäußert, die auch in der hier untersuchten Fallkonstellation berücksichtigt werden müssen.

1. Grundsätzliche Bedenken gegen die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung auf das stehende Gewerbe

Diese Bedenken stützen sich in erster Linie auf den Wandel der im Vordergrund stehenden Ziele der Zulassungspflicht, der mit der Handwerksrechtsnovelle 2004 vollzogen worden ist. Zur Rechtfertigung der Zulassungspflicht führte das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung im Jahr 1961 an, dass sie zur Sicherung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks, sowie zum Erhalt des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft verhältnismäßig sei.⁴⁷¹ Aus der Beschränkung ihres Anwendungsbereichs auf die Ausübung von zulassungspflichtigen Handwerksberufen im stehenden Gewerbe kann der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Ausübung handwerklicher Tätigkeiten im Reisegewerbe als unerheblich für den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks gesehen worden ist. Seit der Handwerksrechtsnovelle 2004 werden mit der Zulassungspflicht für die handwerksmäßige Ausübung wesentlicher Tätigkeiten der Anlage A im stehenden Gewerbe vorrangig die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben Dritter sowie die Sicherung der Ausbildungsleistung verfolgt, seit der Handwerksrechtsnovelle 2020 daneben ausdrücklich auch der Schutz materieller und immaterieller Kulturgüter. Wie bereits dargestellt, weist ein Großteil der Berufe der Anlage A eine erhöhte Gefahrgeneigtheit auf und die handwerksmäßige Ausübung führt zu einem erhöhten Gefahrenrealisierungspotential. Die Modalitäten, die zum Auftrag über die Tätigkeiten geführt haben, spielen dafür keine Rolle.⁴⁷² Ebenso wenig relevant sind sie für die Verfolgung der Zwecke des materiellen und des immateriellen Kulturgüterschutzes und der Ausbildungsleistung.

Besonders angesichts des erklärten Ziels der Gefahrenabwehr wird daher die Möglichkeit, dieselben berufsspezifischen Tätigkeiten auf handwerksmäßige Weise im Reisegewerbe ohne Qualifikationsnachweis auszuüben, die im stehenden Gewerbe der Eintragungspflicht unterliegen, stark kritisiert.⁴⁷³ Sie lässt Bedenken aufkommen, ob der allgemeine Gleichheitssatz

471 Vgl. BVerfGE 13, 97.

472 Ähnlich *Schreiner*, GewA 2015, 233, 236; sowie *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 31; die allerdings beide auf die Gefahrgeneigtheit der Tätigkeiten abstehen.

473 Vgl. *Hüpers*, GewA 2004, 230, 232 f.; *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 28; *Dürr*, GewA 2011, 8, 13; *Schreiner*, GewA 2015, 233, 236; *Leisner*, Handwerkstätigkeit und Reisegewerbe, S. 55; *Bulla*, WiVerw 2019, 182, 193 ff., 200; *Ehlers*,

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

des Art. 3 Abs. 1 GG noch gewahrt ist. Mit Blick auf die auch heute noch bestehenden Unterschiede in Art und Umfang der ausgeübten Tätigkeiten sowie die unterschiedlichen betrieblichen Strukturen von Reise- und stehendem Gewerbe⁴⁷⁴ lässt sich jedoch argumentieren, dass schon keine vergleichbaren Sachverhalte vorliegen und mangels Ungleichbehandlung von wesentlich Gleicher Art. 3 Abs. 1 GG gar nicht einschlägig ist.⁴⁷⁵ Selbst bei Annahme einer Ungleichbehandlung zeigt eine typisierende Betrachtung, dass die aktuell begrenzte Auftragsstruktur im Reisegewerbe dazu führt, dass gefahrgeneigte Tätigkeiten des Reisegewerbes nur seltener ausgeübt werden,⁴⁷⁶ der Zweck der Gefahrenabwehr nicht in gleichem Maße angesprochen ist und somit ein sachlicher Differenzierungsgrund besteht.⁴⁷⁷ Die Frage nach der Einbeziehung der reisegewerblichen Ausübung von Handwerkstätigkeiten in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung kann folglich momentan noch als rechtspolitische gesehen werden.⁴⁷⁸

2. Bedenken speziell bei der Ausübung handwerklicher Tätigkeiten infolge dieser Form der Auftragsakquise

All diese allgemein gegen den Ausschluss des Reisegewerbes aus dem Anwendungsbereich der Handwerksordnung bestehenden Bedenken gelten auch für die hier untersuchte Konstellation. Dazu kommen aber auch Impulse sich verändernder Lebenssachverhalte.

a) Impulse sich verändernder Lebenssachverhalte

Im klassischen Reisegewerbe muss der Gewerbetreibende sowohl die Expertise als auch das Werkzeug für möglichst viele Tätigkeiten bereithalten, um seine Chancen, einen Auftrag zu erhalten, zu optimieren. Vor der Kontaktaufnahme mit dem Kunden ist nicht klar, für welche konkreten

in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band 1, § 19 Rn. 20; Leisner, in: Leisner (Hrsg.), *Handwerksordnung*, § 1 Rn. 7.

⁴⁷⁴ Vgl. BVerwGE 140, 276 Rn. 39; BVerwGE 149, 265 Rn. 44.

⁴⁷⁵ Vgl. *Burgi*, WiVerw 2018, 181, 228 m.w.N.

⁴⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 15/1481, S. 19 f.; vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. Februar 2010 – 4 A 2008/05 –, GewA 2010, 249, 251.

⁴⁷⁷ Vgl. *Burgi*, WiVerw 2018, 181, 230 m.w.N.; vgl. auch BT-Drs. 15/1481, S. 19 f.

⁴⁷⁸ Vgl. *Burgi*, WiVerw 2018, 181, 228.

Tätigkeiten der Gewerbetreibende einen Auftrag erhalten könnte. Bei der Auftragsakquise über das Systemsteuerungsmodul eines IoT-fähigen Geräts wird hingegen ein ganz konkreter Auftrag in die Vertragsverhandlungen eingeführt. So können auch komplexere Arbeiten angeboten werden und von vorneherein die für den jeweiligen Auftrag geeigneten Mitarbeiter des Betriebes zum Kunden entsandt werden. Gleichzeitig ist der Gewerbetreibende anders als im klassischen Reisegewerbsfall ohnehin noch nicht am Ort der Leistungserfüllung. Er kann also bevor er zum Kunden aufbricht die für den konkreten Auftrag benötigten Werkzeuge und Geräte, aber auch möglicherweise erforderliche Ersatzteile auswählen. Die untersuchte Konstellation der Auftragseinwerbung über ein konkretes Angebot in einer App zur Steuerung einer Sache erleichtert also die reisegewerbliche Ausführung auch solcher Tätigkeiten, die dank ihrer Komplexität als gefahrgeneigt eingestuft worden sind.

Aber nicht nur Art und Umfang der ausgeübten Tätigkeiten, sondern auch die betrieblichen Strukturen von stehendem Gewerbe und Reisegewerbe nähern sich an. Wird dem Kunden die Option, die konkrete Handwerksleistung zu buchen, nicht ohne sein Zutun, beispielsweise als Popup, angezeigt, sondern wählt ein Kunde im Menü selbst die Option, eine Handwerksleistung zu buchen, so kann dies als vorherige Bestellung gewertet werden und die Ausübung der Handwerksleistung erfolgt dann im stehenden Gewerbe. Die Modalitäten der Auftragsakquise führen zwar zu einer unterschiedlichen rechtlichen Einordnung, sie stehen sich aber deutlich näher als die Auftragsakquise im klassischen Reisegewerbe und im klassischen stehenden Gewerbe. Vor allem aber kann die gesamte Auftragsabwicklung in beiden Fällen gleich ablaufen. Die betrieblichen Strukturen von Betrieben dieser beiden Fallgruppen können identisch sein. Die Digitalisierung kann mittelfristig also dazu führen, dass auch komplexere handwerkliche Tätigkeiten im Reisegewerbe angeboten werden können und sich die betrieblichen Strukturen annähern.

b) Dadurch ausgelöste Bedenken mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG

Die Bedenken mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG werden dadurch in ein neues Licht gerückt. Die bisher schlüssige Argumentation, dass angesichts der Unterschiede in Art und Umfang der ausgeübten Tätigkeiten sowie der unterschiedlichen betrieblichen Strukturen von Reise- und stehendem Gewerbe schon keine vergleichbaren Sachverhalte vorliegen, überzeugt nicht für Fälle, in denen die Auftragsakquise mittels konkreter, auf den Einzel-

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

fall zugeschnittener Angebote in der Systemsteuerungssoftware erfolgt. Je mehr in Zukunft diese Form der Auftragsakquise genutzt wird, desto weniger kann zudem eine typisierende Betrachtung eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen.

3. Zwischenergebnis

Selbst wenn man die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses des Reisegewerbes aus dem Anwendungsbereich der Handwerksordnung trotz der grundsätzlich dagegen bestehenden Bedenken bejaht, sind die Argumente dafür jedenfalls nur im begrenzten Maße und nur, solange eine typisierende Betrachtung nicht zu einem anderen Ergebnis kommt, übertragbar auf die untersuchte Fallkonstellation. Die Ungleichbehandlung speziell dieser Fälle mit dem stehenden Gewerbe wird somit auf längere Sicht eine andere verfassungsrechtliche Bewertung erfordern.

III. Fazit

Die Einordnung der untersuchten Form der Auftragsakquise als Reisegewerbe dient nicht dem Zweck des Reisegewerberechts. Diese mangelnde Zielgerechtigkeit der Einordnung führt zur Verfassungswidrigkeit der Anwendung des Reisegewerberechts.

Gleichzeitig liegt angesichts der Zielsetzung des Handwerksrechts die Einbeziehung in dessen Anwendungsbereich nahe. Spätestens mit weiterer Veränderung der Lebenssachverhalte wird der allgemeine Gleichheitssatz die Anwendung des Handwerksrechts auch auf solche Fälle gebieten, bei denen dem potentiellen Kunden über das Steuerungsmodul einer IoT-fähigen Sache das Angebot zur Auslegung einer ganz konkreten Leistung unterbreitet wird.

D. Mögliche Konsequenzen

Die Bedenken können ausgeräumt werden, indem die untersuchte Konstellation gleich dem stehenden Gewerbe behandelt wird. Speziell für die Fälle, in denen handwerkliche Leistungen erbracht werden, kann das entweder geschehen durch Erweiterung des Anwendungsbereichs der Hand-

werksordnung,⁴⁷⁹ oder durch Begrenzung des Anwendungsbereichs des Reisegewerberechts.

Für die Auflösung gleichheitsrechtlicher Bedenken bezüglich der divergierenden Behandlung der Ausübung handwerklicher Tätigkeiten im stehenden und im Reisegewerbe im Allgemeinen wird bereits eine Vielzahl an Vorschlägen diskutiert. Es wird die Möglichkeit der kombinierten Anwendung von Handwerks- und Reisegewerberecht aufgezeigt.⁴⁸⁰ Vorgeschlagen wird auch die grundsätzliche Einbeziehung der reisegewerblichen Handwerksausübung in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung *de lege ferenda*.⁴⁸¹ Teils wird diese grundsätzliche Einbeziehung mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG jedoch abgelehnt und stattdessen gefordert, anders als bei den anderen Varianten des § 55 Abs. 1 GewO, deren Wortlaut es nicht zulässt, für das Aufsuchen von Bestellungen im Wege der Auslegung nicht einheitlich auch die Erfüllungsleistung zu erfassen, sondern nur dann, wenn es sich um Arbeiten handelt, die nicht an gefahrgeneigten Gegenständen ausgeübt werden und die typischerweise werkstattunabhängig sind.⁴⁸² Eine andere Auffassung fordert wiederum, dass per Gesetzesänderung bei Vorhandensein einer eigenen Werkstatt das Reisegewerbe ausgeschlossen sein solle.⁴⁸³ Teils wird nahegelegt, zumindest bei der vollhandwerklichen Ausübung von Gefahrenhandwerken die Voraussetzungen der Handwerksordnung gesetzlich zu verlangen,⁴⁸⁴ oder – in umgekehrter Sichtweise, die sich aber anders auswirkt, wenn es um Berufe der Anlage B geht – das Reisegewerbe nur auf das Minderhandwerk zu beschränken.⁴⁸⁵ In der Literatur findet sich zudem der Appell an die Praxis, von der Möglichkeit des § 55 Abs. 3 GewO, die Reisegewerbekarte zum Schutze der Allgemeinheit oder der Verbraucher inhaltlich zu beschränken oder mit Auflagen zu erteilen, Gebrauch zu machen.⁴⁸⁶

Da allerdings die Einordnung der Auftragsakquise per konkretem Angebot zur Ausführung eines ganz bestimmten Auftrags als Reisegewerbe zwar für Handwerksgewerbe Bedenken ausgesetzt ist, aber für alle Gewer-

479 Dies schlägt *Bulla*, WiVerw 2019, 182, 199 vor.

480 Vgl. *Dürr*, GewA 2011, 8, 14; *Korte*, in: Schmidt/ Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 94.

481 Vgl. die Auffassung der Bundesregierung zur Handwerksrechtsnovelle 2004, BT-Drs. 15/1481; *Hüpers*, GewA 2004, 230, 233; *Dürr*, GewA 2011, 8, 14 f.

482 Vgl. *Korte*, GewA 2010, 265, 269 ff.

483 Vgl. *Leisner*, GewA 2015, 435, 441.

484 Vgl. *Detterbeck*, Kommentar zur Handwerksordnung, § 1 Rn. 28.

485 Vgl. *Dürr*, GewA 2011, 8, 14.

486 Vgl. *Schreiner*, in: *Schwannecke* (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 57.

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe

bearten verfassungswidrig ist, muss Ansatzpunkt zum Ausräumen der Bedenken gänzlich unabhängig von dieser Diskussion die Definition des Reisegewerbes in § 55 Abs. 1 GewO sein.

E. Vorschlag zur verfassungskonformen Rechtsanwendung durch teleologische Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO

Eine verfassungsgemäße Begrenzung des Reisegewerbes kann erzielt werden, wenn sämtliche Vertragsschlüsse über das Internet von vornehmesten nicht dem Bereich des Reisegewerbes zugeordnet werden können. Das kann erreicht werden, indem die gleichzeitige körperliche Anwesenheit beider Parteien, von der das Reisegewerbe seit jeher tatsächlich geprägt ist,⁴⁸⁷ als Voraussetzung aufgenommen wird. So wird die Definition des Reisegewerbes auf diejenigen Fälle beschränkt, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des Reisegewerberechts vor Augen hatte. Zwar wurde das ursprünglich enthaltene Merkmal „selbstständig oder unselbstständig in eigener Person“ aus der Definition des Reisegewerbes in § 55 Abs. 1 GewO gestrichen.⁴⁸⁸ Ziel war es dabei aber, die Reisegewerbekartenpflicht auf den Prinzipal des Gewerbes zu beschränken.⁴⁸⁹ Der Wegfall eines Hinweises auf die Erforderlichkeit gleichzeitiger Anwesenheit des Gewerbetreibenden oder seiner Angestellten und des Kunden in persona kann als nicht erwünschter Nebeneffekt gewertet werden. Wegen der hinsichtlich der Zielsetzung des Reisegewerberechts und in Folge auch aus verfassungsrechtlicher Sicht unerwünschten Weite des Wortlauts ist die Definition des Reisegewerbes in § 55 Abs. 1 GewO daher im Wege der teleologischen Reduktion auf solche Fälle zu beschränken, in denen Vertreter beider Parteien in persönlichen Kontakt treten. Für handwerkliche Leistungen zur Erfüllung von Aufträgen, die über das Steuerungsmodul eines IoT-fähigen Geräts eingeworben worden sind, gilt dann immer die Anwendung der Handwerksordnung.

487 Vgl. auch *Ennuschat/Plogmann*, GewA 2019, 273, 273.

488 Im Zuge des Zweiten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft vom 07. September 2007, BGBI. I 2007, S. 2246, 2255.

489 Vgl. BR-Drs. 68/07, S. 93 und BT-Drs. 16/4391; *Lenski*, GewA 2008, 388, 388.

F. Ergebnis

Werden Aufträge eingeworben, indem über das Steuerungsmodul einer intelligenten Sache eine konkrete handwerkliche Leistung, wie etwa die Reparatur des Geräts, angeboten wird, so lässt sich das zwar einschließlich der Erfüllungsleistung dem Wortlaut nach als Reisegewerbe einordnen. Dieser Einordnung steht aber das Verfassungsrecht entgegen, sodass die teleologische Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO auf solche Fälle, in denen beide Parteien persönlich anwesend sind, angezeigt ist.