

Eine haarige Angelegenheit (C-724)

Klausurbesprechung Öffentliches Recht



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

1. Keine aufdrängende Sonderzuweisung (+)
2. Generalklausel, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

- Modifizierte Subjektstheorie:
 - Streitentscheidende Norm: § 16 Abs. 3 S. 1 HwO (EGL für die Untersagungsverfügung)
→ Gegen die Untersagungsverfügung wäre nur ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch statthaft



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

1. Keine aufdrängende Sonderzuweisung (+)
2. Generalklausel, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO
 - b) Nichtverfassungsrechtlicher Art (+)
 - keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit
 - c) Keine abdrängende Sonderzuweisung (+)

Zwischenergebnis: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (+)



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit des Antrags

- richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers (vgl. § 122 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 88 VwGO)
 - Hier: B möchte im Eilrechtsschutz verhindern, dass ihm die Fortsetzung des selbstständigen Betriebs des Dachdeckerhandwerks untersagt wird

→ Möglicherweise Antrag nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO statthaft?



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit des Antrags

1. Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO

- Gem. § 123 Abs. 5 VwGO hat ein Antrag nach §§ 80, 80a VwGO Vorrang vor einem Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO
 - §§ 80, 80a VwGO sind jedoch lediglich dann einschlägig, wenn ein Verwaltungsakt (VA) vorliegt
- Hier: B will den Erlass einer Untersagungsverfügung (= VA) gerade verhindern
 - Antrag nach §§ 80, 80a VwGO ist somit nicht einschlägig

Zwischenergebnis: § 123 Abs. 1 VwGO (+)



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit des Antrags

2. Sicherungsanordnung oder Regelungsanordnung?

- Regelungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO:
 - › Erweiterung des eigenen Rechtskreises
- Sicherungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO:
 - › Sicherung eines bestehenden Zustands (*status quo*)
 - Hier: Antragsteller B geht es mit der Verhinderung der Untersagungsverfügung darum, einen bestehenden Rechtszustand zu erhalten

Zwischenergebnis: Sicherungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO (+)



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

- Antragsbefugnis (+), wenn B die Möglichkeit des Bestehens eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes geltend machen kann



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

1. Anordnungsanspruch

- Anordnungsanspruch (+), wenn B in der Hauptsache klagebefugt ist
 - Hauptsacheverfahren: allg. Leistungsklage in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

1. Anordnungsanspruch

An dieser Stelle waren verschiedene Lösungsansätze möglich:

- 1. Alternative: Klagebefugnis (+), wenn eine Verletzung des B in eigenen Rechten durch den Erlass einer Untersagungsverfügung als möglich erscheint (sog. Möglichkeitstheorie)
 - Hier: Verletzung in Art. 2 Abs. 1 GG wäre nicht von vornherein ausgeschlossen (sog. Adressatenformel)



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

1. Anordnungsanspruch

- 2. Alternative: Klagebefugnis (+), wenn nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass B ein Abwehranspruch gegen die befürchtete Unterlassungsverfügung zusteht
 - › Bestehen eines öffentl.-rechtl. Unterlassungsanspruchs erscheint möglich:
 - » Wahrung subjektiv-öffentlicher Rechte aus der HwO, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 49 AEUV

Zwischenergebnis: Anordnungsanspruch nach allen Ansichten (+)



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

2. Anordnungsgrund

- Anordnungsgrund (§ 123 Abs. 1 S. 1 VwGO) = Gefahr, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (= Eilbedürftigkeit)
 - Hier: B befürchtet den Erlass einer Untersagungsverfügung lediglich, bisher ist eine solche noch nicht erfolgt
 - Anhaltspunkte, dass ein Eingreifen der Behörde tatsächlich unmittelbar bevorsteht, sind nicht ersichtlich



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

3. **Zwischenergebnis:** Möglichkeit des Bestehens eines Anordnungsgrunds (-)
 - B ist mangels substantiierten Vortrags zum Anordnungsgrund nicht antragsbefugt.



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

1. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

- B = § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO
- Gemeinde bzw. Kreis = § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO

2. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

- B = § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO
- Gemeinde bzw. Kreis = § 62 Abs. 3 VwGO



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

V. Richtiger Antragsgegner

- Allg. Rechtsträgerprinzip (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog):
Rechtsträger der für die befürchtete Untersagungsverfügung
zuständigen Behörde (Gemeinde oder Kreis)
 - › Hier: (+)



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Problem 1: Erforderlichkeit eines vorherigen Antrags an Behörde

- I.d.R. fehlt einem Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Antragsteller nicht vorher bei der zuständigen Behörde sein Anliegen vorgetragen hat
 - Ausnahme: Sache ist sehr eilig und Wahrscheinlichkeit gering, dass der Antrag bei der Behörde rechtzeitig positiv erledigt wird
 - › Hier: Eilbedürftigkeit (-), da keine Anhaltspunkte für ein unmittelbar bevorstehendes Eingreifen der Behörde
- B hätte sich zunächst an die zuständige Behörde wenden müssen



Frage 1:

Zulässigkeit des Antrags des B

A. Zulässigkeit

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Problem 2: Vorbeugender Rechtsschutz: Qualifiziertes RSB

- Grundsatz: nur nachträglicher bzw. repressiver Rechtsschutz
- Ausnahme: vorbeugender bzw. präventiver Rechtsschutz, wenn
 - durch den VA vollendete Tatsachen oder irreparable Schäden drohen,
 - das Verhalten mit Strafe oder Bußgeld belegt werden soll oder
 - die Verzögerung eines angekündigten VA zu einer nicht hinnehmbaren Unsicherheit der Rechtslage führt
 - › Hier: keine der Fallgruppen einschlägig

→ Rechtsschutzbedürfnis (-)



Frage 1: Zulässigkeit des Antrags des B

B. Ergebnis

Der Antrag des B ist unzulässig.



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

1. Keine aufdrängende Sonderzuweisung (+)
2. Generalklausel, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO
 - a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
 - Modifizierte Subjektstheorie:
 - Streitentscheidende Norm: § 16 Abs. 3 S. 1 HwO (EGL für die Untersagungsverfügung)
 - b) Nichtverfassungsrechtlicher Art (+)
 - c) Keine abdrängende Sonderzuweisung (+)

Zwischenergebnis: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (+)



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit der Klage

- richtet sich nach dem Begehren des Klägers (vgl. § 88 VwGO):
 - A möchte feststellen lassen, dass sie berechtigt sei, die Tätigkeiten im Friseurhandwerk ohne Eintragung in die Handwerksrolle und ohne weiteren Qualifikationsnachweis selbstständig im stehenden Gewerbe auszuüben
- allg. Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft?



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit der Klage

1. Bestehen eines konkreten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses

→ Es kann auch auf das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abgestellt werden

- Rechtsverhältnis = rechtliche Beziehungen, die sich aus einem bestimmten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung für das Verhältnis mehrerer Personen zueinander (oder einer Person zu einer Sache) ergeben
 - › Auch: einzelne Berechtigungen und Verpflichtungen
 - › Aber: hinreichend konkreter Sachverhalt erforderlich
 - » Nicht lediglich abstrakte Rechtsfragen



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit der Klage

1. Bestehen eines konkreten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses

- Hier: Die von A begehrte Feststellung richtet sich alleine nach öffentl.-rechtl. Vorschriften (§§ 1 Abs. 1, 2 i. V. m. §§ 7 ff. HwO, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 49 AEUV)
 - › Öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis (+)
- Zudem arbeitet A auch bereits seit einiger Zeit als Friseurin selbstständig von einer festen Einrichtung aus
 - › Konkreter Sachverhalt (+)

→ Konkretes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis i. S. d. § 43 Abs. 1 VwGO (+)



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit der Klage

2. Keine Subsidiarität gemäß § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO

- Feststellungsklage ist subsidiär, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann
- Hier: allg. Leistungsklage in Form einer vorbeugenden Unterlassungsklage gegen die zuständige Behörde vorrangig?
 - › 1. Argument: Ansonsten Umgehung der besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen
 - » Dagegen: Für die allg. Leistungsklage gilt weder das Erfordernis eines Vorverfahrens noch einer Klagefrist



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit der Klage

2. Keine Subsidiarität gemäß § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO

› 2. Argument: Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme der Gerichte, die daraus resultieren kann, dass Feststellungsurteile nicht vollstreckbar sind

» Dagegen: wegen Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) ist zu erwarten, dass diese auch bloße Feststellungsurteile befolgen wird

→ Der vorliegende Fall ist nicht vom Normzweck der Subsidiaritätsbestimmung (§ 43 Abs. 2 S. 1 VwGO) umfasst



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit der Klage

2. Keine Subsidiarität gemäß § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO

- Teleologische Reduktion:

- § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO steht der Erhebung einer Feststellungsklage nicht entgegen, wenn alternativ allein eine allg. Leistungsklage gegen die Behörde möglich wäre

Zwischenergebnis: Keine Subsidiarität der allg. Feststellungsklage



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

II. Statthaftigkeit der Klage

3. Feststellungsinteresse

- Feststellungsinteresse = Jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art
 - › Hier: Klärung, ob A ihr Friseurhandwerk im Einklang mit der Rechtsordnung ausübt
 - » Rechtliches sowie wirtschaftliches Interesse (+)

Zwischenergebnis: Die allg. Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO ist statthaft.



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog (str.)

- 1. Ansicht: Analoge Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO
 - Argument: Vermeidung von Popularklagen
- 2. Ansicht: Keine analoge Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO
 - Argument: Feststellungsinteresse nach § 43 Abs. 1 VwGO ist ausreichend zur Vermeidung von Popularklagen
- Hier: A ist an dem Rechtsverhältnis unmittelbar beteiligt und damit zumindest potentiell in eigenen Rechten betroffen
 - Streit kann somit dahinstehen



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

1. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

- A = § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO
- Handwerkskammer = § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO
 - Körperschaft öff. Rechts nach § 90 Abs. 1 Hs. 2 HwO

2. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

- B = § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO
- Handwerkskammer = § 62 Abs. 3 VwGO



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

V. Richtiger Klagegegner

Problem: Handwerkskammer = Richtige Klagegegnerin?

- Allg. Rechtsträgerprinzip: Klagegegner ist der, demgegenüber das streitige Rechtsverhältnis festgestellt werden soll
 - Handwerkskammer führt zwar die Handwerksrolle (§§ 6 ff. HwO)
 - › A geht es jedoch gerade nicht um die Eintragung in die Handwerksrolle, sondern darum, auch ohne Eintragung zum Betrieb des Handwerks berechtigt zu sein
 - Zur Beaufsichtigung der Handwerksbetriebe ist nach § 16 Abs. 3 S. 1 HwO allein die Behörde befugt



Frage 1:

Zulässigkeit der Klage der A

A. Zulässigkeit

V. Richtiger Klagegegner

Problem: Handwerkskammer = Richtige Klagegegnerin?

- Auch Stellungnahme der Handwerkskammer (§ 16 Abs. 3 S. 2 HwO) wird nur ggü. der Behörde, nicht ggü. dem Betroffenen selbst abgegeben
 - › Der Kammer steht auch kein Initiativrecht zur Einleitung eines Untersagungsverfahrens zu

→ Klage hätte mithin gegen den Rechtsträger der zuständigen Verwaltungsbehörde gerichtet werden müssen

Zwischenergebnis: A hat ihre Klage ggü. dem falschen Klagegegner erhoben.



Frage 1: Zulässigkeit der Klage der A

B. Ergebnis:

Die Klage der A ist unzulässig.



Frage 2: Begründetheit des Antrags des B

Begründetheit eines Antrags nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO:

Der Antrag des B ist begründet, wenn er Tatsachen glaubhaft macht (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO), aus denen sich

- ein Anordnungsanspruch und
- ein Anordnungsgrund ergeben.

Nach dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung darf hierbei grundsätzlich nicht die Hauptsache vorweggenommen werden.



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

1. Grundlage

– Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch:

- Dogmatische Herleitung (str.):
 - › Abwehrfunktion der Grundrechte
 - › Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)
 - › Analogie zu zivil. Vorschriften (§§ 12, 862, 1004 BGB)

→ Streit kann dahinstehen, da Voraussetzungen allgemein anerkannt (wenn nicht ohnehin Gewohnheitsrecht) sind



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

2. **Voraussetzungen:** Rechtswidriges hoheitliches Handeln, durch welches die Verletzung eines subj.-öffentl. Rechts des B droht.
 - a) **Hoheitliche Maßnahme (+)**
 - Untersagungsverfügung wäre VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG
 - b) **Rechtswidrigkeit**
 - Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung?
- *Inzidentprüfung* einer hypothetischen Untersagungsverfügung!
(Ermächtigungsgrundlage und ihre Voraussetzungen)



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

aa) **Inzidentprüfung**: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

- Ermächtigungsgrundlage: § 16 Abs. 3 S. 1 HwO (+)
- Formelle Rechtmäßigkeit: Kann noch eingehalten werden
- Materielle Rechtmäßigkeit:
 - Dachdecker = Zulassungspflichtiges Handwerk nach § 1 Abs. 2 HwO i.V.m. Nr. 4 Anl. A HwO
 - Stehendes Gewerbe = Jedes Gewerbe, das nicht zum Reisegewerbe oder Marktgewerbe gehört (+)
 - **Problem**: Ausübung des Handwerks entgegen der Vorschriften der HwO?



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

aa) Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

- **Problem:** Ausübung des Handwerks entgegen Vorschriften der HwO?
 - § 1 Abs. 1 S. 1 HwO statuiert eine Eintragungspflicht, welcher der B nicht nachgekommen ist (*sog. formelle Illegalität*)
 - Formelle Illegalität allein ist jedoch nicht ausreichend:
 - vgl. Möglichkeit der Eintragung von Amts wegen nach § 10 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HwO
 - Fraglich ist daher weiter, ob die Eintragungsvoraussetzungen nach §§ 7 ff. HwO fehlen (*sog. materielle Illegalität*)



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

aa) Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

- § 7 Abs. 1a HwO: Meisterprüfung (-)
 - § 7 Abs. 7 HwO: Ausübungsberechtigung (-)
 - § 7b Abs. 1 HwO: Berufliche Erfahrung als Altgeselle (-)
 - § 7 Abs. 3 HwO: Ausnahmegenehmigung gem. §§ 8, 9 Abs. 1 HwO (-)
- Eintragungsvoraussetzungen (§§ 7 ff. HwO) sind nicht erfüllt

Zwischenergebnis zu aa) : Bei mat. Rechtswidrigkeit verdichtet sich Ermessen zu einer Amtspflicht zum Einschreiten (Ermessensreduktion auf Null)!

→ Grds. Pflicht zum Erlass einer Untersagungsverfügung



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

→ Aber: Verstoß gegen höherrangiges Recht?

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

– Schutzbereich (+)

– Eingriff (+)

– Rechtfertigung?

- Legitimer Zweck: **Drei-Stufen-Theorie** des BVerfG



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

– Rechtfertigung?

- Legitimer Zweck: **Drei-Stufen-Theorie** des BVerfG
 - › Berufsausübungsregelungen: Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls
 - › Subjektive Berufswahlregelungen: Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter
 - › Objektive Berufswahlregelungen: Abwehr schwerer, nachweisbarer, höchstwahrscheinlicher Gefahren zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

– Rechtfertigung?

- Legitimer Zweck:

› Hier: Wenn die Eintragungsvoraussetzungen der §§ 7 ff. HwO nicht vorliegen, ist der Gewerbebetrieb nicht gestattet (§ 1 Abs. 1 S. 1 HwO)

→ Subjektive Berufswahlregelung: Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter erforderlich



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

– Rechtfertigung?

- Legitimer Zweck:

- › Abwehr von Gefahren für Leib und Leben bei unsachgemäßer Ausübung gefahrgeneigter Tätigkeiten
- › Sicherung der Ausbildungsleistung des Handwerks für die gewerbliche Wirtschaft durch Gewährleistung einer ausreichend großen Zahl von Ausbildungsbetrieben

→ Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter (+)



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

– Rechtfertigung?

- Geeignetheit:

- › Die Qualitätsanforderungen (Berufserfahrung, Sachkunde) dienen der Vermeidung von Gefahren im Betrieb und sind somit grds. zweckförderlich



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

– Rechtfertigung?

- Geeignetheit:

- › **Problem:** Umgehung durch geringere Anforderungen an EU-Ausländer und Staatsangehörige eines EWR-Vertragsstaates gem. §§ 7 Abs. 3, 9 Abs. 1 HwO i.V.m. der EU/EWR HwVO?
 - › Aber: Verdrängungswettbewerb oder systematische Umgehung der Voraussetzungen mit der Folge, dass die Qualifikationsanforderungen praktisch wirkungslos wären, ist nicht ersichtlich!



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

– Rechtfertigung?

- Erforderlichkeit: Milderer, gleich wirksames Mittel?
 - › Niedrigere Qualitätsanforderungen, z.B. bloßes Bestehen der Gesellenprüfung oder Berufserfahrung ohne Bewährung in Leitungsposition
 - › Unfallverhütungsvorschriften, Arbeitsschutzbestimmungen, zivilrechtliche Haftungsregelungen

→ Aber: Nicht gleich wirksam (Einschätzungsprärogative!)



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

– Rechtfertigung?

- Angemessenheit: Abwägung

› Schwere des Eingriffs: Meisterprüfung erfordert großen zeitlichen, fachlichen und finanziellen Aufwand

›› Aber: Mit Altgesellenregelung steht Alternative zur Auswahl

› Gewicht des geschützten Rechtsguts: Gesundheitsschutz Dritter vor Gefahren durch unsachgemäße Handwerksarbeiten



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

bb) Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

→ Angemessenheit (+)

→ Rechtfertigung (+)

Zwischenergebnis zu bb): Keine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG!



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

cc) Verletzung des allg. Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)

Voraussetzung: Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem durch denselben Hoheitsträger

- Ungleichbehandlung: § 9 Abs. 1 HwO i.V.m. § 2 EU/EWR HwVO findet nur in Konstellationen mit EU-/EWR-Auslandsbezug Anwendung
- **Problem:** Derselbe Hoheitsträger?
 - Gesetz wurde zwar durch den Bund erlassen, basiert jedoch auf europarechtlichen Vorgaben



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

cc) Verletzung des allg. Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)

- Mit Erlass der EU/EWR HwVO ist Bund nur unionsrechtlicher Pflicht nachgekommen, ohne dass ihm ein Gestaltungsspielraum zustand
 - Eine auf zwingenden Vorgaben beruhende Richtlinienumsetzung kann nicht am Maßstab Art. 3 Abs. 1 GG gemessen werden, auch wenn der Umsetzungsakt Ausübung deutscher Staatsgewalt ist
 - › *A. A. vertretbar, dann ist Ungleichbehandlung jedoch wohl gerechtfertigt*

Zwischenergebnis zu cc): Keine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG!



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung
dd) Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

Problem: Anwendbarkeit der Grundfreiheiten bei
Inländerdiskriminierung?

- 1. Ansicht: Anwendbarkeit auch bei fehlendem
grenzüberschreitendem Bezug
 - › Argument: Jede umgekehrte Diskriminierung bewirke eine
Wettbewerbsverzerrung innerhalb des Binnenmarktes, die
einem unverfälschten Wettbewerb in der EU zuwiderlaufe



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung
dd) Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

- 2. Ansicht (EuGH, h. M.): Anwendbarkeit nur bei grenzüberschreitendem Bezug
 - › Argumente:
 - » Wortlaut des Art. 49 AEUV („im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates“)
 - » Zuständigkeit der EU erstreckt sich nicht auf rein innerstaatliche Sachverhalte



Frage 2:

Begründetheit des Antrags des B

I. Anordnungsanspruch

Inzidentprüfung: Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung
dd) Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

→ Grundfreiheiten finden mithin nur Anwendung auf grenzüberschreitende Bewegungen und Betätigungen!

Zwischenergebnis zu dd): Keine Verletzung von Art. 49 AEUV!



Frage 2: Begründetheit des Antrags des B

II. Ergebnis

Der Antrag des B ist unbegründet.



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

Obersatz:

Die Klage der A ist begründet, wenn das behauptete Rechtsverhältnis besteht und A also berechtigt ist,

- die Tätigkeiten im Friseurhandwerk ohne Eintragung in die Handwerksrolle und
- ohne weiteren Qualifikationsnachweis selbstständig im stehenden Gewerbe auszuüben.



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

I. Grundsätzliche Eintragungspflicht: § 1 Abs. 1 S. 1 HwO

– Voraussetzungen:

- Friseur = Zulassungspflichtiges Handwerk nach § 1 Abs. 2 S. 1 HwO i.V.m. Nr. 38 Anl. A HwO (+)
 - Stehendes Gewerbe = Feste Einrichtung (+)
 - Entbehrlichkeit der Eintragung nach § 9 Abs. 1 S. 3 HwO? (-)
 - Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 2 HwO (-)
- Eintragungspflicht (+)



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

II. Grundsätzliche Erforderlichkeit eines weiteren Qualifikationsnachweises gemäß §§ 7 ff. HwO

- Voraussetzungen der §§ 7 ff. HwO:
 - § 7 Abs. 1a HwO: Meisterprüfung (-)
 - § 7b Abs. 1 HwO: Berufliche Erfahrung als Altgeselle (-)
 - § 7 Abs. 3 HwO: Ausnahmegenehmigung gem. §§ 8, 9 Abs. 1 HwO (-)
- Erteilung einer **Ausnahmebewilligung** gemäß § 2 Abs. 1 EU/EWR HwVO?
 - Gem. § 2 Abs. 2 EU/EWR HwVO wird nur Berufserfahrung in anderen Mitgliedstaaten der EU berücksichtigt
 - Hier: Lediglich in Deutschland bestandene Gesellenprüfung und ein Jahr Tätigkeit als Selbstständige in Spanien

→ Voraussetzungen der §§ 7 ff. HwO (-)



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

III. Verfassungswidrigkeit der Eintragungspflicht und der Qualifikationsanforderungen

1. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG

– Schutzbereich?

- **Problem:** Art. 12 GG = Deutschengrundrecht (A ist Spanierin)

› Bei EU-Ausländern würde Nichtanwendbarkeit der Grundrechte jedoch Verstoß gegen Art. 18 AEUV darstellen (Diskriminierungsverbot)

› 1. Ansicht: Anwendung von Art. 12 Abs. 1 GG (entgegen Wortlaut)

› 2. Ansicht: Anwendung von Art. 2 Abs. 1 GG mit Schutzniveau des Art. 12 Abs. 1 GG



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

III. Verfassungswidrigkeit der Eintragungspflicht und der Qualifikationsanforderungen

1. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG?

- Eingriff (+)
- Rechtfertigung?
 - Auch Friseurhandwerk stellt gefahrgeneigte Tätigkeit dar:
 - › Benutzung von Schneidewerkzeugen im Kopfbereich
 - › Verwendung haarstruktur- oder farbverändernder Chemikalien
 - Gefahr erheblicher Haut- und Augenverletzungen: Rechtfertigung (+)

2. Zwischenergebnis: Keine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG!



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

IV. Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

1. **Eröffnung des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit**

- Persönlicher Schutzbereich: A als span. Staatsangehörige (+)
- Sachlicher Schutzbereich: Aufnahme und Ausübung einer auf Dauer angelegten, selbständigen Erwerbstätigkeit mittels einer festen Einrichtung außerhalb des Heimatstaats
 - › A übt Friseurhandwerk als selbständige Erwerbstätigkeit, von einer festen Einrichtung und auf unbestimmte Zeit aus
- Grenzüberschreitender Bezug: Tätigkeit einer Spanierin in Deutschland (+)

Zwischenergebnis: Schutzbereich (+)



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

IV. Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

2. Eingriff in den Schutzbereich

- Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung (-)
- Beschränkung (**Dassonville-Formel**):
 - Jede unterschiedslos angewendete nationale Maßnahme, welche die Ausübung der Freiheit mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potenziell behindern oder weniger attraktiv machen kann
 - › Hier: Zulassungserfordernisse der HwO können Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

IV. Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

2. Eingriff in den Schutzbereich

- Einschränkung (Übertragung der **Keck-Formel**):
 - Eine Beschränkung stellt nur dann einen Eingriff dar, wenn sie den Marktzugang selbst betrifft, nicht lediglich Modalitäten der Gewerbeausübung
 - › Hier: Eintragungspflicht und Qualifikationsanforderungen wirken gerade als Zulassungserfordernisse und betreffen damit Marktzugang

Zwischenergebnis: Eingriff in den Schutzbereich (+)



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

IV. Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

3. Rechtfertigung

- **Geschriebene Schrankenregelung:** Art. 52 Abs. 1 AEUV

→ *Autonome Auslegung!*

- Öffentliche Ordnung und Sicherheit: Gefährdung staatlicher Interessen von fundamentaler Bedeutung, welche die Grundinteressen der Gesellschaft bzw. die innere oder äußere Sicherheit betreffen
- Öffentliche Gesundheit: Epidemien, quarantänepflichtige Krankheiten etc.

- Hier: (-)



Frage 2:

Begründetheit der Klage der A

IV. Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

3. Rechtfertigung

– **Ungeschriebene Schrankenregelung: Cassis-de-Dijon-Formel**

- Zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls?

- › Sowohl Eintragungspflicht als auch Qualifikationsanforderungen beruhen auf legitimen Gemeinwohlüberlegungen der Gefahrenabwehr und damit auf zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls

→ Rechtfertigung (+)

Zwischenergebnis: Keine Verletzung von Art. 49 AEUV



Frage 2: Begründetheit der Klage der A

V. Ergebnis

Die Klage der A ist unbegründet.



**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit! 😊**

