

1. Dem Verkauf unverpackter Fleisch- und Wurstwaren, der Verkaufsberatung und dem Aufschneiden von Fleisch- und Wurstwaren nebst den zugehörigen fortlaufenden Qualitäts- und Hygieneüberwachungen bzw. -prüfungen in einer Zweigstelle einer Metzgerei kommt erhebliche Bedeutung im Rahmen des Berufsbilds eines Fleischermeisters zu, wie es sich aus der Fleischermeisterverordnung ergibt.
2. Für eine nicht im Kammerbezirk des Hauptbetriebs betriebene Zweigstelle kann auch der Handwerksmeister des Hauptbetriebs selbst in die Handwerksrolle des Bezirks der Zweigstelle eingetragen werden, wenn dieser die fachlich-technische Leitung der Zweigstelle einschließlich der fachlichen Weisungsbefugnis gegenüber den handwerklich beschäftigten Betriebsangehörigen rechtlich und tatsächlich innehat (Anschluss an BVerwG, Urteil vom 26.4.1994 - 1 C 17.92 -, BVerwGE 95, 363 = juris, Rn. 18, 40).

HwO § 16 Abs. 3 Satz 1

HwO § 1 Abs. 1

HwO § 1 Abs. 2

HwO § 6 Abs. 1

HwO § 7

FleiMStrV

LMHV § 4 Abs. 1

VwGO § 114 Satz 1

OVG NRW, Beschluss vom 29.5.2024 – 4 B 967/23 –;

I. Instanz: VG Gelsenkirchen – 19 L 557/23 –.

Die Antragstellerin betrieb in einer Entfernung von 7,6 km Luftlinie zu ihrem Hauptbetrieb im benachbarten Kammerbezirk eine Metzgereifiliale, in der sie ihr Vollsortiment anbot und Fleischerei-Fachverkäuferinnen beschäftigte. Auf Nachfrage und Hinweis der für die Filiale zuständigen Handwerkskammer, dass ein Betriebsleiter für die Filiale in die Handwerksrolle eingetragen sein müsse, teilte sie mit, dass sie in ihrem Hauptbetrieb einen Fleischermeister beschäftigte. Nach Anhörung untersagte ihr die Antragsgegnerin unter Anordnung der sofortigen Vollziehung den Betrieb der Filiale, weil sie diese ohne die notwendige Eintragung eines Betriebsleiters in die Handwerksrolle betreibe. Das VG lehnte den Eilantrag der Antragstellerin ab. Die Beschwerde der Antragstellerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

In der nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen Interessenabwägung überwiegt das Interesse der Antragstellerin daran, von einer Vollziehung des angefochtenen Bescheids

vorläufig verschont zu bleiben. Denn nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand erweist sich die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 13.4.2023 sowohl hinsichtlich der Untersagung (hierzu unter I.) als auch hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung (hierzu unter II.) als rechtswidrig, weshalb an der sofortigen Vollziehung kein öffentliches Interesse besteht.

I. Die Untersagung der Ausübung des Fleischerhandwerks als wesentlicher Nebenbetrieb in der unselbständigen Zweigstelle C. ist voraussichtlich rechtswidrig.

Rechtsgrundlage der Untersagungsverfügung ist § 16 Abs. 3 Satz 1 HwO. Danach kann die nach Landesrecht zuständige Behörde die Fortsetzung des selbständigen Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe untersagen, wenn dieser entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung ausgeübt wird. Das ist etwa dann der Fall, wenn ohne die gemäß § 1 Abs. 1 HwO erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbständig betrieben wird. In die Handwerksrolle einzutragen sind gemäß § 6 Abs. 1 HwO die Inhaber von Betrieben zulassungspflichtiger Handwerke ihres Bezirks mit dem von ihnen zu betreibenden Handwerk. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO ist ein Gewerbebetrieb ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfasst, das in der Anlage A aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten). Dabei gelten die Vorschriften dieses Gesetzes für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks gemäß § 2 Nr. 3 HwO auch für handwerkliche Nebenbetriebe, die mit einem Unternehmen eines zulassungspflichtigen Handwerks, der Industrie, des Handels, der Landwirtschaft oder sonstiger Wirtschafts- und Berufszweige verbunden sind. In der Zweigstelle D.-straße 36 in C. wird der selbständige Betrieb des der Zulassungspflicht unterliegenden Fleischerhandwerks ausgeübt, der der Eintragungspflicht unterliegt und nicht in die Handwerksrolle des Bezirks eingetragen ist, in dem C. liegt (hierzu unter 1.). Das nach § 16 Abs. 3 Satz 1 HwO eröffnete Ermessen ist bei der Entscheidung über eine Untersagung des Betriebs jedoch fehlerhaft ausgeübt worden (hierzu unter 2.).

1. Das VG hat im Einklang mit der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung zu Recht angenommen, dass die Antragstellerin in der genannten Zweigstelle das zulassungspflichtige Fleischerhandwerk ohne die gemäß den §§ 6 Abs. 1, 1 Abs. 1 HwO erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle ausübt. Die hiergegen erhobenen Einwände der Antragstellerin greifen nicht durch.

Bei der Zweigstelle der Antragstellerin in C. handelt es sich nicht um eine reine Verkaufsstelle, der keine eigenständige Bedeutung zukommt.

Nach § 6 Abs. 1 HwO hat die Handwerkskammer ein Verzeichnis zu führen, in welches die Inhaber von Betrieben zulassungspflichtiger Handwerke ihres Bezirks einzutragen sind (Handwerksrolle). Dies ist nicht ohne weiteres schon dann der Fall, wenn ein Handwerker lediglich Arbeiten außerhalb des Kammerbezirks ausführt, in dem sich sein Betriebssitz befindet (z. B. Reparaturarbeiten in der Wohnung eines Kunden außerhalb des Bezirks). Eröffnet er aber in einem anderen Kammerbezirk eine Zweigstelle seines Betriebs, so ist er auch selbständiger Handwerker dieses Bezirks und in die Handwerksrolle der zuständigen Handwerkskammer einzutragen, wenn der Zweigstelle eine gewisse Eigenständigkeit zukommt. Diese Voraussetzung liegt jedenfalls dann vor, wenn die Zweigstelle für sich betrachtet einen Handwerksbetrieb im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO darstellt, d. h. wenn dort bzw. von dort aus Aufträge für handwerkliche Arbeiten entgegengenommen und ausgeführt sowie die fertiggestellten Werke ausgeliefert werden. Andererseits lassen sich z. B. ein bloßes Materiallager, eine Auftragsannahmestelle, eine Stelle zur Organisation des Arbeitseinsatzes und eine reine Verkaufsstelle nicht als hinreichend eigenständig in diesem Sinne werten, weil solche Organisationsteile nicht – für sich betrachtet – die Merkmale eines Handwerksbetriebs erfüllen. Diese Anforderungen an die Eigenständigkeit der Zweigstelle bedeuten nicht, dass die Zweigstelle als solche „selbständig“ im Sinne eines Handelns für eigene Rechnung und in eigener Verantwortung sein müsste. Aus § 6 Abs. 1 HwO ergibt sich vielmehr das Erfordernis, dass das Handwerk in der Zweigstelle von einem in diesem Sinne selbständigen Handwerker betrieben wird. Dieser ist mit dem von ihm in der Zweigstelle betriebenen Handwerk Gegenstand der Eintragung in die Handwerksrolle, nicht die Zweigstelle als solche.

Das VG hat angelehnt an die höchstrichterliche Rechtsprechung zutreffend unter Heranziehung der Vorgaben in der Verordnung über die Meisterprüfung in den Teilen I und II im Fleischer-Handwerk vom 4.10.2012 (FleiMstrV) die mit dem Betrieb der Frischfleischtheke in der Zweigstelle der Antragstellerin einhergehenden Arbeiten als wesentliche Tätigkeiten des Fleischerhandwerks eingeordnet. Hierfür ist nicht ausschlaggebend, dass ausschließlich in der Produktionsstätte in T. Fleischstücke zerhackt und mariniert werden, in der Zweigstelle nur der Verkauf der bereits fertiggestellten Erzeugnisse stattfindet. Wie bereits das VG festgestellt hat, kommt dem Verkauf der unverpackten Fleisch- und Wurstwaren, der Verkaufsberatung und dem Aufschneiden der Fleisch- und Wurstwaren nebst den zugehörigen fortlaufenden Qualitäts- und Hygieneüberwachungen bzw. -prüfungen erhebliche Bedeutung im Rahmen des Berufsbilds eines Fleischermeisters zu, wie es sich insbesondere aus § 2 Nr. 14, 17 und 20 FleiMstrV ergibt. Die Antragstellerin gibt in ihrem im Verwaltungsvorgang dokumentierten Internetauftritt zu ihrer Filiale C. an, dort seit 2003 ihren Kunden von Montag bis Freitag ihr Vollsortiment anzubieten, und hat erstinstanzlich vorgetragen, dort nur ausgebildete Fleischerei-Fachverkäuferinnen zu beschäftigen. Die Ausbildungsdauer von Fachverkäuferinnen im Lebensmittelhandwerk mit dem Schwerpunkt Fleischerei beträgt gemäß § 2 LebensMAusbV drei Jahre, in denen die in der Anlage zu § 6 der Verordnung über die Berufsausbildung zum Fachverkäufer im Lebensmittelhandwerk/zur Fachverkäuferin im Lebensmittelhandwerk aufgeführten Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten erlernt werden sollen, auf die sich gemäß § 10 Abs. 1 LebensMAusbV die Abschlussprüfung erstreckt.

Eine reine Verkaufsstelle könnte demgegenüber (allenfalls) dann anzunehmen sein, wenn die oben genannten Tätigkeiten nicht mehr zwingend vom eingesetzten, handwerklich ausgebildeten Personal der Zweigstelle vorzunehmen wären, was etwa bei dem Verkauf von vorverpackten Fleisch- und Wurstwaren der Fall sein könnte. Allein für diesen Fall bestimmt § 4 Abs. 1 Satz 3 der auf der Grundlage von § 13 Abs. 1 Nr. 2 des Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuchs erlassenen Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und Inverkehrbringen von Lebensmitteln in der Fassung vom 21.6.2016 (LMHV, BGBl. I S. 1469, zuletzt geändert durch Verordnung vom 20.6.2023, BGBl. I Nr. 159), dass die unter anderem für das Inverkehrbringen von leicht verderblichen Lebensmitteln

bestehenden Anforderungen an die Fachkenntnisse der tätigen Personen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 LMHV i. V. m. Anhang II Kapitel XII Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 852/2004) nicht gelten, soweit ausschließlich verpackte Lebensmittel in Verkehr gebracht werden.

2. Das ihr nach § 16 Abs. 3 Satz 1 HwO zustehende Ermessen hat die Antragsgegnerin jedoch fehlerhaft ausgeübt. Nach § 114 Satz 1 VwGO prüft das Gericht auch, soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.

Zur Vermeidung der handwerkswidrigen Tätigkeit hätte die Antragsgegnerin nicht ausschließlich die Eintragung einer nach § 7 HwO qualifizierten Mitarbeiterin bzw. eines entsprechend qualifizierten Mitarbeiters oder aber einer Mitarbeiterin/eines Mitarbeiters, der eine entsprechende Fortbildung nachweist, als rechtmäßige Handlungsoption aufzeigen dürfen. Insoweit war ihr Schreiben an die Antragstellerin vom 17.3.2021 zu eng gefasst. Insbesondere nachdem die Antragstellerin mitgeteilt hatte, sie sei bei der Handwerkskammer L. eingetragen und ihr fachlicher Betriebsleiter sei ein Fleischermeister, drängte sich vor dem Erlass einer Untersagungsverfügung auf, zunächst aufzuklären, ob der im Hauptbetrieb der Antragstellerin in T. tätige Fleischermeister bereit und in der Lage ist, eine ausreichende Leitung vom Hauptbetrieb aus zu gewährleisten, so dass er auch für die Zweigstelle nach § 7 Abs. 1a HwO eingetragen werden könnte [dazu unter a)]. Hierzu fehlen entsprechende Ermittlungen und Wertungen seitens der Antragsgegnerin, weil sie ersichtlich unzutreffend angenommen hat, diese Handlungsoption sei der Antragstellerin versperrt [dazu unter b)].

a) Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 26.4.1994 unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 1.9.1987 nicht nur ausgeführt, dass eine weitere Eintragung dann nicht vorzunehmen ist, wenn ein bereits in die Handwerksrolle eingetragener Handwerker in demselben Kammerbezirk eine weitere Betriebsstätte des Handwerks eröffnet, auf das sich die Eintragung bezieht, was für eine Vielzahl der von der Antragstellerin benannten Bäckereifilialen zutreffen dürfte.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.4.1994 – 1 C 17.92 –, BVerwGE 95, 363 = juris, Rn. 16, und Beschluss vom 1.9.1987 – 1 B 88.87 –, juris, Rn. 2.

Ebenso hat es mit Blick darauf, dass die Eintragung in die Handwerksrolle immer personenbezogen, der Handwerker also mit dem von ihm in der Zweigstelle betriebenen Handwerk und nicht die Zweigstelle als solche Gegenstand der Eintragung in die Handwerksrolle ist, festgestellt, dass für Zweigbetriebe ein Betriebsleiter bestellt werden muss, wenn eine ausreichende Leitung vom Hauptbetrieb nicht mehr gewährleistet erscheint.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.4.1994 – 1 C 17.92 –, BVerwGE 95, 363 = juris, Rn. 18, 40.

Hinsichtlich der Leitungsaufgaben hat das BVerwG unter Verweis auf seine Entscheidung vom 16.4.1991,

– 1 C 50.88 –, BVerwGE 88, 122 = juris, Rn. 11 f.,

klargestellt, dass der Betriebsleiter die fachlich-technische Leitung des Betriebs einschließlich der fachlichen Weisungsbefugnis gegenüber den handwerklich beschäftigten Betriebsangehörigen rechtlich und tatsächlich innehaben muss.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.4.1994 – 1 C 17.92 –, BVerwGE 95, 363 = juris, Rn. 40.

Angaben dazu, ob der im Hauptbetrieb in T. ansässige Fleischermeister der Antragstellerin, für den rund 100 Mitarbeiter im Hauptbetrieb und in den Filialen arbeiten, in der Lage ist, eine ausreichende Leitung auch der in circa 7,6 km Luftlinie entfernten Zweigstelle in C. zu gewährleisten, sind von der Antragstellerin nicht erfragt, die Antragstellerin hierzu auch nicht gehört worden, obwohl sie auf das Anschreiben vom 17.3.2021 schon am 1.4.2021 mitgeteilt hatte, ihr fachlicher Betriebsleiter sei ein Fleischermeister aus T. Ermittlungen oder tatsächliche Feststellungen zu dieser Frage hat die Antragsgegnerin dennoch nicht getätigt.

b) Fehlen die den obigen Voraussetzungen entsprechenden Ermittlungen und Wertungen der Antragsgegnerin, obwohl sie sich auf der Grundlage der Angaben der

Antragstellerin aufgedrängt haben, so erweist sich ihre Entscheidung, der Antragstellerin den Betrieb des Handwerks zu untersagen, als ermessensfehlerhaft.

Angesichts einer durchaus wahrscheinlichen Eintragungsfähigkeit des Fleischermeisters des Hauptbetriebs der Antragstellerin mit der Zweigstelle in die Handwerksrolle der Antragsgegnerin kann eine nach dem Vorbringen der Antragstellerin naheliegende und diese offensichtlich weniger belastende Ermessensentscheidung in Betracht kommen, die die Antragsgegnerin hätte erwägen und deren Voraussetzungen sie hätte aufklären müssen. Dies hat sie unterlassen, weil sie selbst den auf das Schreiben vom 17.3.2021 benannten Fleischermeister von vornherein nicht als tauglichen Betriebsleiter der Zweigstelle angesehen und stattdessen die Antragstellerin nur noch mit Blick auf eine entsprechende Qualifikation anderer Mitarbeiter oder eine Ausnahme beraten hat. Angesichts der möglichen und näherliegenden Eintragungsfähigkeit des Fleischermeisters selbst bezogen auf den Zweigbetrieb stellt sich die Untersagung derzeit wegen einer fehlerhaft nicht aufgeklärten möglichen und naheliegenden Unverhältnismäßigkeit als ermessensfehlerhaft dar. Mit Blick auf die rechtliche Auseinandersetzung um die Eintragungspflicht kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin, die bereits in ihrer ersten Reaktion auf die Anfrage der Handwerkskammer G. vom 17.3.2021 auf die Eintragung ihres Fleischermeisters als fachlichen Betriebsleiter unter dem 1.4.2021 hingewiesen hatte, dauernde erhebliche Rechtsverstöße begangen hat. Dass der Fleischermeister als fachlicher Betriebsleiter der Hauptstelle auch die fachliche Leitung der Zweigstelle einschließlich der Kontrolle der fachgerechten Ausführung der gewerblichen Tätigkeiten, der Überwachung und Einhaltung des Hygienekonzepts, der Kontrolle der Einhaltung von Kennzeichnungspflichten sowie der Einhaltung der Haltbarkeitsvorschriften ausüben kann, erscheint angesichts der Entfernung der Zweigstelle von der Hauptstelle von nur 7,6 km Luftlinie nicht unwahrscheinlich, sondern naheliegend. Eine derartige Konstellation hätte, soweit sich die beiden Betriebe in einem Kammerbezirk befunden hätten, die Behörde mutmaßlich auch nicht zu einem Einschreiten in Form einer Untersagung des Betriebs der Zweigstelle bewogen.

II. Erweist sich die Untersagung der Ausübung des Fleischerhandwerks als voraussichtlich rechtswidrig, führt dies auch zur Rechtswidrigkeit des zu ihrem Vollzug angedrohten Zwangsgelds.

