§ 6 Maßgeblicher Handwerksbetrieb bei der Vermittlung über digitale Plattformen

A. *Problemstellung*

Digitale Plattformen zur Vermittlung von Handwerksbetrieben oder handwerklichen Leistungen sind ein relativ neues Phänomen. Dabei ist auf den ersten Blick nicht immer offensichtlich, welche Einheit innerhalb eines solchen Gesamtgefüges Adressat der Handwerksordnung ist. Daher gilt es, im ersten Schritt eine Einordnung verschiedener Plattformtypen in den bestehenden Rechtsrahmen vorzunehmen, um im Weiteren zu untersuchen, ob die gesetzlichen Parameter zu einer sachgerechten Zuordnung zum Anwendungsbereich der Handwerksordnung führen und ob die Regelungsinhalte der jeweils anwendbaren Gesetze auch in dieser Konstellation adäquat sind.

B. *Handwerksbetrieb*

Der Handwerksordnung ist keine ausdrückliche Regelung über ihren Anwendungsbereich vorangestellt. Die Handwerksordnung gestattet das Betreiben eines zulassungspflichtigen oder zulassungsfreien Handwerks oder eines handwerksähnlichen Gewerbes in §§ 1 Abs. 1, 18 Abs. 1 HwO als stehendes Gewerbe natürlichen oder juristischen Personen und Personengesellschaften.

I. Der Handwerksbetrieb als zentraler Anknüpfungspunkt der Handwerksordnung

In § 1 Abs. 2 HwO wird für die Definition eines zulassungspflichtigen Handwerks an den Gewerbebetrieb angeknüpft. Der Betriebsleiterbegriff des § 7 Abs. 1 S. 1 HwO bezieht sich schon dem Wortlaut nach ebenfalls auf einen Betrieb. Zwar wird in die Handwerksrolle gem. § 6 Abs. 1 HwO nur der Inhaber mit den von ihm zu betreibenden Gewerben eingetragen und gerade nicht der einzelne Betrieb. Auch wenn in einem Kammergebiet mehrere Betriebe betrieben werden, erfolgt folglich nur eine Eintra-

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung.[490] Aber sobald in einem anderen Kammerbezirk ein weiterer Handwerksbetrieb eröffnet wird, ist der Gewerbetreibende auch in die Rolle der dort örtlich zuständigen Handwerkskammer einzutragen.[491] Auch für die Eintragung zulassungspflichtiger Handwerksbetriebe kann es also entscheidend sein, ob gerade eine bestimmte Einheit ein Handwerksbetrieb ist.

Die Definition des zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes in § 18 Abs. 2 S. 1 und S. 2 HwO kommt ohne das Wort „Betrieb" aus. In das Verzeichnis nach § 19 S. 1 HwO werden aber wiederum nach der parallel zu § 6 Abs. 1 HwO gewählten Formulierung die Inhaber von Betrieben des zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes eingetragen. Dies steht nicht im Einklang mit der Wortwahl in § 18 Abs. 1 S. 1 HwO, wonach die Anzeigepflicht bei Beginn oder Beendigung eines zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes als stehendes Gewerbe bei derjenigen Handwerkskammer besteht, in deren Bezirk die gewerbliche Niederlassung des Gewerbetreibenden liegt. Wie bereits dargelegt, setzt aber das stehende Gewerbe nicht zwingend das Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung voraus. Auch das Tätigwerden auf vorherige Bestellung ohne Niederlassung ist im Umkehrschluss aus § 55 Abs. 1 GewO dem stehenden Gewerbe zuzuordnen.[492] Der Bezug auf eine gewerbliche Niederlassung in § 18 Abs. 1 S. 1 HwO ermöglicht daher keinen Rückschluss auf den Inhalt des Betriebsbegriffs der Handwerksordnung und ändert nichts am potentiellen Erfordernis der Feststellung des Betriebs zur Eintragung des Inhabers gem. § 19 S. 1 HwO in das Verzeichnis der Handwerkskammer. Vielmehr sollte die Definition des handwerksähnlichen Gewerbes der des zulassungspflichtigen Handwerks gleichen.[493]

Die verpflichtende Mitgliedschaft in der Handwerkskammer knüpft auf den ersten Blick nicht an den Handwerksbetrieb an, denn Mitglied der Handwerkskammer sind gem. § 90 Abs. 2 HwO die Inhaber von Handwerksbetrieben und Gesellen, andere Arbeitnehmer mit einer abgeschlossenen Berufsausbildung und die Lehrlinge dieser Gewerbetreibenden. Gem. § 2 Abs. 3 IHKG gehören jedoch Inhaber von in die Handwerksrolle

490 Vgl. etwa *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 6 Rn. 9.
491 Vgl. dazu BVerwGE 95, 365 f.
492 Vgl. *Winkler*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 33 f. m.w.N.
493 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu BT-Drs. 4/3461, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder in das Verzeichnis zulassungsfreier Handwerke oder handwerksähnlicher Gewerbe eingetragenen Betrieben mit dem nichthandwerklichen Betriebsteil zur Industrie- und Handelskammer. Das lässt den Rückschluss zu, dass nicht alle dem § 90 Abs. 2 HwO entsprechend qualifizierten Angestellten des Betriebsinhabers Mitglied in der Handwerkskammer sind, sondern nur solche, die auch in einem Handwerksbetrieb tätig sind.[494] Auch hier besteht also ein Bezug zum Handwerksbetrieb. In § 90 Abs. 3 HwO werden bestimmte Gewerbetreibende, die nicht wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A ausüben, ebenfalls zu Mitgliedern der Handwerkskammer erklärt. Qualifizierte, im Betrieb dieser Gewerbetreibenden angestellte Arbeitnehmer dieser Gewerbetreibenden werden hier dem Wortlaut nach nicht erfasst. Hier zeigt sich eine Inkonsistenz der Zuordnung zur Handwerkskammer, für die kein Grund ersichtlich ist.[495] Der Handwerksbetrieb ist also der Anknüpfungspunkt zentraler Regelungen der Handwerksordnung.

II. Funktionaler Handwerksbetriebsbegriff

Entscheidend für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung ist daher die genaue Begriffsbestimmung des „Betriebs" im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO. Nach der Umschreibung in § 1 Abs. 2 S. 1 HwO handelt es sich bei dem Gewerbebetrieb um einen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn in ihm wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A handwerksmäßig als stehendes Gewerbe ausgeübt werden. Der Begriff „Gewerbebetrieb" wird hier vorausgesetzt. Möglicherweise kann aber die Gewerbeordnung Aufschluss über seinen Inhalt geben. Dort kommt der Begriff „Gewerbebetrieb" zwar vor, wird aber nicht genauer definiert oder umschrieben. Dies ist für die Gewerbeordnung auch nicht erforderlich, denn § 3 S. 1 GewO erlaubt ausdrücklich in Übereinstimmung mit dem auch in Art. 12 Abs. 1 GG festgeschriebenen Grundrecht auf Berufsfrei-

494 Dies wird nicht thematisiert, aber richtigerweise vorausgesetzt etwa von *Detterbeck,* Handwerksordnung, § 90 Rn. 7; *Günther*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 90 Rn. 33 ff., 41 ff.; *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 90 Rn. 8.

495 Die für diese Gewerbetreibenden gängige Bezeichnung „Kleinunternehmer", vgl. statt vieler *Günther,* in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 90 Rn. 44 ff., zeigt indes schon, dass in vielen Fällen keine oder wenige Angestellte und damit nur selten handwerklich qualifizierte Angestellte vorhanden sein werden. Ausgeschlossen ist dies aber nicht.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heit[496] die Ausübung mehrerer verschiedener Gewerbe[497] und das Unterhalten mehrerer Betriebsstätten. Zur Beantwortung der Frage, ob verschiedene Gewerbe im Sinne von § 3 S. 1 Alt. 1 GewO ausgeübt werden, können normative Umschreibungen von Berufsbildern wie die Verordnungen nach § 45 HwO herangezogen werden.[498] Mit dem „Filialrecht"[499] sollen alle Gestaltungsvarianten der Betriebsstättenstruktur bei der Gewerbeausübung ermöglicht werden.[500] § 14 Abs. 1 S. 1 GewO nennt mit den Zweigniederlassungen und unselbstständigen Zweigstellen zwei der möglichen Formen von Betriebsstätten. Eine Zweigniederlassung setzt nach dem Wortlaut eine Niederlassung voraus. Für diesen Begriff kann auf die Definition in § 4 Abs. 3 GewO zurückgegriffen werden.[501] Dem handelsrechtlichen Zweigniederlassungsbegriff des § 13 HGB entsprechend erfordert sie auch eine selbstständige Organisation, separates Geschäftsvermögen und gesonderte Buchhaltung.[502] Der Leiter kann zwar den Direktiven der Hauptniederlassung unterliegen, er ist aber dazu befugt, Geschäften derselben Art wie die Hauptniederlassung selbstständig nachzugehen.[503] Eine unselbstständige Zweigstelle ist hingegen jede ständige Einrichtung, die bei der Ausübung eines stehenden Gewerbes rein unterstützenden Charakter hat oder welche zur Abwicklung von Geschäften, die an der Hauptniederlassung geschlossen worden sind, dienen soll.[504]

Weder das Verständnis als Ausübung eines Gewerbes noch als Betriebsstätte passen für den Betriebsbegriff der Handwerksordnung. Gem. § 1 Abs. 1 HwO setzt das selbstständige Betreiben eines zulassungspflichtigen Handwerks die Eintragung in die Handwerksrolle voraus und gem. § 7 Abs. 1 HwO wird der Inhaber eines Handwerksbetriebs in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen erfüllt. Der Inhaber ist der Gewerbetreibende, während der Betriebsleiter entweder

496 Dazu und zur eingeschränkten Möglichkeit landesrechtlicher Sonderregelungen *Repkewitz*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 3 Rn. 3 f.
497 Zu Beispielen gesetzlicher Einschränkungen dieses Rechts vgl. *Marcks*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 3 Rn. 5.
498 Vgl. *Repkewitz*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 3 Rn. 12.
499 *Repkewitz*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 3 Rn. 24 f.
500 Vgl. *Repkewitz*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 3 Rn. 25.
501 Vgl. *Winkler*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 37.
502 Vgl. *Winkler*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 38 f.
503 Vgl. *Winkler*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 39.
504 Vgl. *Marcks*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 44b.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

personengleich oder – seit der Aufgabe des Inhaberprinzips – ein Angestellter des Gewerbetreibenden sein kann. „Betrieb" im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO bezeichnet daher nicht zwingend die Gewerbeausübung durch den Inhaber und meint folglich, anders als in § 1 Abs. 1 S. 1 HwO, nicht „Betreiben eines Gewerbes".[505] „Betrieb" im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO kann aber auch nicht die Betriebsstätte meinen, denn die weiteren Merkmale eines Handwerksbetriebs, das handwerksmäßige Betreiben und das Ausüben wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A, passen nicht als Beschreibung einer Betriebsstätte.

„Gewerbebetrieb" im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO ist daher nach der herrschenden Meinung im technischen Sinn zu verstehen als wirtschaftliche Einheit, die Betriebsräume, -einrichtungen und Leistungen eines Unternehmens erfasst.[506] Dafür spricht, dass die Erlaubnis zum Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks weder eine an die Person des Gewerbetreibenden anknüpfende Personalkonzession ist,[507] noch sachgebunden,[508] noch eine Mischung aus beidem[509] ist, sondern sich auf das Vorhandensein eines qualifizierten Betriebsleiters stützt.

Damit ist allerdings noch offen, wo die Grenzen einer solchen Einheit zu ziehen sind. Adressat der Erlaubnis in Form der Eintragung ist der Inhaber des Handwerksbetriebs. Deutlich ist also, dass ein Betrieb immer eine Einheit in der Hand des Inhabers umfassen muss. Einheiten verschiedener Inhaber müssen verschiedene Betriebe sein. Schwieriger kann die Abgrenzung von mehreren Betrieben in der Hand desselben Inhabers sein. Praktisch stellt sich die Frage oft, wenn ein Gewerbetreibender über

---

505 Dieser Ansicht ist aber wohl *Fiege*, GewA 2001, 409 ff., der bei der Ausübung handwerklicher Tätigkeiten in einer Filialstruktur das Gesamtunternehmen eines Inhabers auf seine Handwerksmäßigkeit hin untersucht und somit – ohne Begründung – davon ausgeht, das ganze Netzwerk sei der maßgebliche Betrieb im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 HwO. Der Begriff „Betrieb" wird nicht konsistent verwendet. An anderer Stelle wird im Zusammenhang mit Filialen betont, dass es kein „Mehrbetriebsverbot für Handwerksunternehmen" gäbe, S. 410, und ‚Betrieb" hier also im Sinne von ‚Betriebsstätten" verwendet.

506 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 34; siehe auch bereits *Baudisch*, GewA 1965, 217, 218; BVerwGE 95, 363, 365.

507 Zur Personalkonzession der Gewerbeordnung vgl. etwa *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 18 Rn. 44 ff.

508 Zur Sachkonzession vgl. etwa *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 18 Rn. 44.

509 Eine raumbezogene Personalkonzession ist etwa die Gaststättenerlaubnis, vgl. etwa *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 20 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mehrere Betriebsstätten verfügt. Die Handwerksordnung ist spezifisch auf die gewerberechtliche Regelung des Handwerks gerichtet.[510] Daher muss es entscheidend darauf ankommen, ob in einer Einheit handwerkliche Leistungen erbracht werden, während kaufmännische Aspekte außen vor bleiben müssen.[511] Ausschlaggebend ist also, ob eine Einheit für sich genommen alle Elemente eines Handwerksbetriebs erfüllt.[512] Der Begriff „wirtschaftliche Einheit" passt nicht genau zur Beschreibung dieses auch von der herrschenden Meinung angenommenen Betriebsverständnisses, weil wirtschaftliche Aspekte wenn überhaupt nur von untergeordneter Relevanz sind. Besser umschreiben lässt sich der Betrieb im Sinne der Handwerksordnung als „funktionale Einheit". Bestätigt wird dieses Verständnis des Betriebsbegriffes dadurch, dass sich auch die gängigen Indizien zum Feststellen der Handwerksmäßigkeit auf den Betrieb als funktionale Einheit beziehen und auch das Merkmal des Umfassens mindestens wesentlicher Tätigkeiten der Ausübung eines Gewerbes der Anlage A sich auf so eine Einheit beziehen kann. Mit der Aufnahme der Kategorie des handwerksähnlichen Gewerbes sollten auch „die entsprechenden Betriebe in den Bereich der Handwerksordnung" einbezogen werden,[513] sodass der Betriebsbegriff auch für Betriebe des handwerksähnlichen Gewerbes und der später neu geschaffenen Kategorie des zulassungsfreien Handwerks herangezogen werden kann. Unabhängig von der Kategorie der ausgeübten Gewerbe wird daher ein funktionaler Handwerksbetriebsbegriff der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt.

III. Betriebsformen und ihr Verhältnis zueinander

Die Handwerksordnung kennt im Ersten Abschnitt des Ersten Teils über die Berechtigung zum selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks verschiedene Betriebsformen. Neben dem für sich stehenden

510 Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 08. April 1983 – 2 B 24/83 –, GewA 1983, 194, 195.

511 Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 08. April 1983 – 2 B 24/83 –, GewA 1983, 194, 195.

512 Vgl. BVerwGE 95, 363, 365 f.; siehe auch *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 6 Rn. 9; *Karsten/Pfeiffer*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 6 Rn. 6 f.; *Knörr*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 6 Rn. 13; *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 6 Rn. 11 ff.

513 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu BT-Drs. 4/3461, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO werden auch sogenannte handwerkliche Nebenbetriebe, §§ 2 Nr. 2 und Nr. 3, 3 Abs. 1 HwO, unerhebliche Nebenbetriebe, § 3 Abs. 2 HwO und Hilfsbetriebe, § 3 Abs. 3 HwO, genannt. Aus dem Bedürfnis, unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe als negative Elemente in die Definition des handwerklichen Nebenbetriebs in § 3 Abs. 1 HwO aufzunehmen, ergibt sich, dass diese grundsätzlich auch alle Elemente des Nebenbetriebsbegriffs erfüllen können und somit auch Nebenbetriebe im weiteren Sinne sind. Während für handwerkliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 1 HwO definitorisch festgelegt ist, dass diese nur vorliegen können, wenn keine andere Form des Nebenbetriebs gegeben ist, ist gesetzlich nicht ausgeschlossen, dass ein Nebenbetrieb gleichzeitig die Merkmale eines unerheblichen Nebenbetriebs und eines Hilfsbetriebs erfüllt.

Genau genommen wird dem Wortlaut des § 2 Hs. 1 HwO nach die Anwendung speziell das zulassungspflichtige Handwerk betreffender Regelungen nicht auf solche Nebenbetriebe beschränkt, die wesentliche Tätigkeiten der Anlage A handwerksmäßig ausüben. Die ursprüngliche Formulierung des § 2 Hs. 1 HwO[514] wurde lediglich geringfügig geändert zur Anpassung nach Aufgabe des Inhaberprinzips.[515] Im Wesentlichen stammt die Formulierung also aus einer Zeit, als die Handwerksordnung allein das zulassungspflichtige Handwerk zum Gegenstand hatte. Es ist kein Grund ersichtlich, die an das Vorhandensein eines qualifizierten Betriebsleiters geknüpfte Eintragungspflicht in die Handwerksrolle für Nebenbetriebe der Anlage B zu verlangen, wenn diese auch für die handwerksmäßige oder handwerksähnliche Berufsausübung in einem für sich stehenden Betrieb nicht verlangt ist. Daraus ist erkenntlich, dass das selbstständige Betreiben eines zulassungspflichtigen Handwerks als Tatbestandsmerkmal, nicht als Rechtsfolge des § 2 HwO zu sehen ist.[516] Daneben zeigt auch die gemeinsame Verortung aller Betriebsformen im Ersten Abschnitt des Ersten Teils, dass auch die Nebenbetriebsregelungen den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks voraussetzen.

Wie gezeigt, wird dazu an den Betriebsbegriff des § 1 Abs. 2 S. 1 HwO angeknüpft. Nebenbetriebe im Sinne von §§ 2, 3 HwO erfüllen also gem.

514 § 2 Hs. 1 HwO i.d.F. vom 23. September 1953, BGBl. I 1953, S. 1412, lautete: „Die Vorschriften dieses Gesetzes für selbstständige Handwerker gelten auch […]".

515 Vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 24.

516 Auch *Heck*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 2 Rn. 1, sowie *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 1, setzen ein solches Verständnis voraus.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 2 Hs. 1 HwO alle Merkmale eines Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks sowie darüber hinaus weitere Merkmale, sodass es sich bei ihnen um einen Spezialfall des Handwerksbetriebs handelt.[517] Dementsprechend ist jeder Nebenbetrieb auch ein Betrieb. § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO sind daher rein deklaratorisch.[518] Die Beschränkung der Zulassungspflicht auf handwerkliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 1 HwO stellt sich somit als Ausnahmevorschrift für unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe dar.[519] Es findet sich allerdings auch die gegenteilige Auffassung, die davon ausgeht, dass ein Nebenbetrieb gerade kein Handwerksbetrieb ist, sodass erst durch § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO die Regelungen über das zulassungspflichtige Handwerk für bestimmte Nebenbetriebe gelten.[520] Für zulassungsfreie Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe ist ausdrücklich nur die Kategorie des Betriebs im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 1 und S. 2 HwO angesprochen. Weitere Betriebsformen werden nicht genannt.

IV. Verhältnis von Betrieb und Betriebsstätte

Häufig wird an einer Betriebsstätte auch eine funktionale Einheit betrieben werden. Die Betriebe an verschiedenen Betriebsstätten sind dann – unabhängig davon, ob es sich um Hauptniederlassungen, Zweigniederlassungen oder unselbstständige Zweigstellen handelt[521] – in die Kategorien „Betrieb“ und „Nebenbetrieb“ einzuordnen.[522] Allerdings muss ein Betrieb

517 Dementsprechend werden diese in einschlägigen Lehrbüchern häufig unter die Überschrift „Betriebsformen“ gefasst, vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 vor Rn. 30 ff.; *Eisenmenger*, in: Stober/Eisenmenger, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 48 VI; *Kluth*, § 16 vor Rn. 12 ff.; *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, vor Rn. 468 ff.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 vor Rn. 19 ff.; offen gelassen bei *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 264 ff.

518 Vgl. *Heck*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 2 Rn. 2; *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 2 Rn. 3 f.

519 So etwa *Hüpers*, GewA 2014, 190, 194; *Schmitz*, WiVerw 2019, 174, 175.

520 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 2 Rn. 3.

521 Vgl. *Ennuschat*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 20.

522 Ähnlich *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht zwingend mit einer Betriebsstätte korrelieren.[523] Grundsätzlich ist es durchaus möglich, dass sich ein Betrieb über mehrere Betriebsstätten erstreckt[524] oder dass umgekehrt an einer Betriebsstätte mehrere Betriebe unterhalten werden.

C. *Anwendbarkeit der Handwerksordnung auf verschiedene Plattformmodelle*

Beim Einsatz von digitalen Plattformen zur Vermittlung von Handwerkern kann aus funktionaler Sicht unterschieden werden zwischen Plattformeinheit und ausführenden Einheiten. Es stellt sich die Frage, wo in diesem Gefüge die Grenzen des Betriebs zu ziehen sind, für den die Anwendbarkeit der Handwerksordnung in Betracht kommt. Bei verschiedenen Inhabern von ausführenden Einheiten und Plattform können grundsätzlich die Plattform und bzw. oder die ausführenden Einheiten als Handwerksbetrieb in Betracht kommen. In Fällen, in denen ausführende Einheiten und Plattformeinheit vom selben Inhaber betrieben werden, könnte auch das Gesamtunternehmen aus ausführenden Einheiten und Plattformeinheit der maßgebliche Handwerksbetrieb sein.

I. Werbe-, „Onlineshop"- und „Partnervermittler"-Plattformen sowie „Infrastruktur-Anbieter"

Sowohl bei Werbeplattformen, „Onlineshop"-Plattformen und „Partnervermittler"-Plattformen als auch bei „Infrastruktur"-Anbietern erfolgen Vertragsschluss zwischen Kunden und ausführender Einheit ebenso wie die Durchführung zumindest der handwerklichen Tätigkeiten selbst vollkommen plattformunabhängig. Wegen dieser strukturellen Ähnlichkeit wird die Anwendbarkeit der Handwerksordnung für diese Plattformtypen gemeinsam untersucht.

523 Davon scheint aber auszugehen *Ambs/Lutz*, in: Erbs/Kohlhaas (Begr.), Handwerksordnung, § 2 Rn. 3; ähnlich *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 60 f.

524 Davon wird ausgegangen beispielsweise in BVerwGE 17, 223, 224.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Anwendbarkeit auf ausführende Einheiten

Die Handwerksordnung ist auf die einzelnen ausführenden Einheiten dieser Plattformen anzuwenden, wenn sie Handwerksbetriebe sind. Dazu müssen in ihnen im stehenden Gewerbe handwerksfähige Tätigkeiten handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden.

a) Gewerbe

Ein Gewerbe liegt nach allgemeiner Auffassung vor, wenn eine erlaubte Tätigkeit selbstständig, mit Gewinnerzielungsabsicht und auf Dauer angelegt ausgeübt wird, und es sich dabei nicht um freie Berufe, Urproduktion oder die Verwaltung eigenen Vermögens handelt.[525] Das Erfüllen eines negativen Elements des Gewerbebegriffs steht beim Ausüben handwerklicher Tätigkeiten nicht im Raum. Die Tätigkeiten sind erlaubt und auch die Gewinnerzielungsabsicht und intentionierte Dauerhaftigkeit der Tätigkeit wird in aller Regel gegeben sein.

Sowohl die Gewerbeordnung als auch die Handwerksordnung richten sich nur an den selbstständigen Gewerbetreibenden. Das Merkmal der Selbstständigkeit beschreibt somit genau genommen nicht das Gewerbe selbst, sondern den Status des Gewerbetreibenden.[526] Das mag auch der Grund sein, wieso die Handwerksordnung in § 1 Abs. 1 S. 1 HwO sowie in § 18 Abs. 1 S. 1 HwO vom „selbstständigen Betrieb eines […] Gewerbes" spricht und somit dieses Merkmal noch einmal besonders hervorstellt. Selbstständig betreibt nach allgemeiner Auffassung ein Gewerbe, wer im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und eigenes Risiko, unter eigener Verantwortung tätig wird, dabei also grundsätzlich weisungsfrei sowie persönlich und sachlich unabhängig handelt.[527] Dabei sind die tatsächlichen Machtverhältnisse zu untersuchen, während von den Beteiligten möglicherweise durch geschickte Vertragsformulierungen geschaffene formale Strukturen in den Hintergrund treten.[528] Der selbstständige Gewerbetreibende ist abzugrenzen vom unselbstständigen Gewerbegehilfen, §§ 105 ff. GewO, der der Weisungsbefugnis des Gewerbetreibenden unterliegt, so-

525 Vgl. *Pielow*, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK Gewerbeordnung, § 1 Rn. 142 ff.
526 Vgl. *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 101.
527 Vgl. *Pielow*, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK Gewerbeordnung, § 1 Rn. 160.
528 Vgl. *Ennuschat*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie den Stellvertretern, §§ 45 ff. GewO, die im Namen und für Rechnung des selbstständig Gewerbetreibenden handeln.[529] Zur Beurteilung der Selbstständigkeit kommt es dabei auf das Gesamtbild der Tätigkeit an.[530]

Wird der Kunde einer Handwerksleistung auf den Handwerksbetrieb über eine reine Werbeplattform aufmerksam, so hat die Plattform keinerlei Einfluss auf den Vertragsschluss oder den Vertragsinhalt. In dieser Konstellation handelt die ausführende Einheit also im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und eigenes Risiko. Die Selbstständigkeit des Inhabers der ausführenden Einheit ist daher zu bejahen. Bei „Onlineshop"-Plattformen und „Partnervermittler"-Plattformen erhält der Plattforminhaber oft eine Provision oder es wird eine monatliche Mitgliedsgebühr für die Einheit fällig, die die handwerklichen Tätigkeiten ausführt. Bei den „Partnervermittler"-Plattformen ist zwar der Einfluss der Plattform auf den Prozess der Auftragserlangung etwas höher durch standardisierte Auftragsbeschreibungen und komplexe Bewertungsmechanismen, die in künftige Auftragschancen hineinspielen können, auf alle Entscheidungen hinsichtlich des „Ob" und „Wie" der Ausführung von Aufträgen hat die Plattform aber keinerlei Einfluss. Daher wird auch in diesen Fällen die ausführende Einheit selbstständig betrieben. „Infrastruktur-Anbieter" schreiben häufig das zu erbringende Leistungsspektrum vor und stellen die Infrastruktur für die Vertragsanbahnung und Vertragsabwicklung zur Verfügung. Damit üben sie einen stärkeren Einfluss aus als die bisher genannten Plattformtypen. Die eigentliche Leistungserbringung erfolgt aber auch bei diesen Plattformen weisungsfrei, auf eigene Rechnung und eigenes Risiko eines plattformunabhängigen Betriebs. Bei diesen Plattformtypen ist das Betreiben der ausführenden Einheiten also als Gewerbe einzustufen.

b) Stehend

Ein stehendes Gewerbe liegt nach der Systematik der Gewerbeordnung dann vor, wenn es sich weder um Reisegewerbe im Sinne der §§ 55 ff. GewO noch Messe-, Ausstellungs- oder Marktgewerbe im Sinne der §§ 64 ff. GewO handelt.[531] Mangels Festsetzung gem. § 69 GewO kommen letztere für die Art der Ausübung von über eine Plattform vermittelten Ge-

529 Vgl. *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 103 ff.
530 Vgl. *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 106.
531 Vgl. *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, Einleitung Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werbebetrieben von vornherein nicht in Betracht. Gem. § 55 Abs. 1 GewO kann eine reisegewerbliche Tätigkeit nur dann vorliegen, wenn keine vorhergehende Bestellung des Kunden vorliegt. Die Initiative darf also nicht vom Kunden ausgehen.[532] Sowohl bei Werbe-, „Onlineshop" und „Partnervermittler"-Plattformen als auch bei „Infrastruktur"-Anbietern nimmt jeweils der Kunde über die Plattform Kontakt zum Gewerbebetrieb auf, sodass eine vorherige Bestellung im Sinne des § 55 Abs. 1 GewO vorliegt. Daher werden die so vermittelten Betriebe stets als stehendes Gewerbe betrieben.

c) Handwerksfähigkeit und Handwerksmäßigkeit

Damit die Handwerksfähigkeit der ausführenden funktionalen Einheit gegeben ist und es sich bei ihr um einen Handwerksbetrieb handeln kann, müssen die ausgeübten Tätigkeiten einem Beruf der Anlagen A und B zur Handwerksordnung zuzuordnen sein und im Falle der Ausübung eines Berufs der Anlage A für dieses Gewerbe wesentliche Tätigkeiten darstellen. Das ist Frage des Einzelfalls. Auch über das Vorliegen der Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen treffen.

d) Zwischenergebnis

Übt die ausführende Einheit handwerksfähige Tätigkeiten handwerksmäßig aus, so handelt es sich bei der ausführenden Einheit selbst um einen Betrieb eines zulassungspflichtigen oder zulassungsfreien Handwerks oder eines handwerksähnlichen Gewerbes und die Handwerksordnung ist anwendbar.

2. Anwendbarkeit auf Plattform

Die Gewerbeeigenschaft des Plattformbetriebs wird häufig gegeben sein. Denkbar ist aber auch ein unselbstständiger Plattformbetrieb, der etwa zu einem Unternehmen gehört, das Produkte herstellt und den Käufern die-

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ser Produkte gleich die erforderlichen Einbauleistungen vermitteln will. Die Handwerksfähigkeit muss aber jedenfalls verneint werden. Das reine Bewerben von Handwerksbetrieben und das Herstellen von Kontakten zu einem Handwerker, sei es allgemein oder konkret auftragsbezogen, gehören zwar teils auch zum beruflichen Alltag im Handwerksbetrieb. Für die Zuordnung zu einem bestimmten der Berufe der Anlagen A und B zur Handwerksordnung können aber nur die berufsspezifischen Tätigkeiten ausschlaggebend sein, nicht berufsunabhängig anfallende Organisations- und Verwaltungstätigkeiten. Diese Arten von Plattformen üben also schon keinen handwerksfähigen Beruf aus. Ihr Berufsbild fällt vielmehr unter das Stichwort „Internetdienste".[533] Auf Werbe-, „Onlineshop"- und „Partnervermittler"-Plattformen sowie „Infrastruktur-Anbieter" findet die Handwerksordnung folglich keine Anwendung.

II. „Franchiser"-Plattformen

Auch bei „Franchiser"-Plattformen kann zwischen den ausführenden Einheiten und der Plattformeinheit selbst differenziert werden.

1. Anwendbarkeit auf ausführende Einheiten

Bei der Untersuchung der Gewerbeeigenschaft ist allein die Selbstständigkeit des Inhabers der ausführenden Einheit fraglich. Auch dazu ist eine einzelfallbezogene Gesamtbetrachtung anzustellen, sodass die folgenden Ausführungen nur als Anhaltspunkt dienen können und nicht als abschließende Einordnung zu verstehen sind. Bei „Franchiser"-Plattformen schließt der Kunde den Vertrag mit der Plattform, sie legt die Preise fest und stellt die Rechnungen, außerdem kümmert sie sich um die Bereitstellung des Materials und setzt Vorgaben über die Ausübung des Auftrags. Es ist nicht auf den ersten Blick eindeutig, ob auch in einem solchen Konstrukt noch angenommen werden kann, dass Betriebe, die die handwerklichen Tätigkeiten beim Kunden ausüben, selbstständig sind. Als drei wesentliche Indizien für die Annahme der Selbstständigkeit haben sich die Ausübung der Tätigkeiten im eigenen Namen, die Übernahme des

533 Vgl. *Schmittmann*, in Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 1/2.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unternehmerischen Risikos sowie die fehlende persönliche Abhängigkeit etabliert.[534]

In der untersuchten Konstellation ist es schon fraglich, ob die handwerklichen Tätigkeiten überhaupt im Namen der ausführenden Betriebe ausgeübt werden oder vielmehr in dem der Plattform. Die Plattform ist einzige Vertragspartnerin des Kunden und nimmt nach Abschluss der Tätigkeiten auch die Rechnungsstellung vor. Daher kann die Plattform auch nicht als Handelsvertreterin[535] im Sinne von § 84 Abs. 1 HGB der ausführenden Betriebe eingeordnet werden, denn sie schließt nicht wie in § 84 Abs. 1 S. 1 HGB definitorisch gefordert Rechtsgeschäfte für die ausführenden Betriebe als Dritte in deren Namen ab, sondern für sich selbst. Die ausführenden Einheiten werden dann zur Erfüllung der Pflichten aus diesen Rechtsgeschäften herangezogen. Ob sie dem Kunden gegenüber im eigenen Namen auftreten, hängt vom Einzelfall ab. Teilweise sind sie seitens der Plattformbetreiber dazu ausdrücklich angehalten.[536]

Ein weiteres Indiz für die Selbstständigkeit ist das Handeln auf eigene Rechnung unter Übernahme des unternehmerischen Risikos. Entscheidend dafür ist, wer Gewinne schöpft und Verluste zu tragen hat.[537] Klassische Franchisenehmer der analogen Welt sind nach ständiger Rechtsprechung und Verwaltungspraxis auch angesichts dieses Merkmals in der Regel als selbstständig Gewerbetreibende einzuordnen.[538] Sie übernehmen das Geschäftskonzept, die Markenzeichen und weitere Kennzeichen einer Kette, um von deren Ruf zu profitieren. Trotz der in der Regel komplexen Verträge mit oft genauen Vorgaben des Franchisegebers zum Geschäftsablauf tragen klassische Franchisenehmer selbst das wirtschaftliche Risiko für ihre Filiale. Sie sind Vertragspartner des Kunden und sind wirtschaftlich gerade nicht in das franchisegebende Unternehmen eingebunden.[539] In der „Franchiser"-Plattformkonstellation trägt hingegen die Plattform das unternehmerische Risiko für die Rechtsgeschäfte mit den Kunden. Die ausführenden Einheiten schließen ihre Verträge gerade nicht selbst mit den Kunden und auch die Abrechnung erfolgt über die Plattform.

534 Vgl. *Pielow*, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 161 ff.
535 Vgl. zur Sonderregelung für Handelsvertreter auch *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 107.
536 Vgl. das Interview mit dem Betriebsinhaber *Witzmann* über seine Zusammenarbeit mit einer Plattform, *Sommer*, Handwerk Magazin 06/18, 18, 26.
537 Vgl. *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 109 ff.
538 Vgl. *Marcks*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 43.
539 Vgl. *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 110; *Marcks*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Während ein klassischer Franchisenehmer in einem Ladengeschäft nur ein einziges Franchisekonzept umsetzen kann, kann ein Betrieb, der Aufträge über eine „Franchiser"-Plattform generiert, dies daneben auch über andere Plattformen oder gänzlich plattformunabhängig tun. Wegen der strukturellen Verschiedenheit können die Überlegungen zu klassischen Franchisenehmern folglich nicht auf die Vermittlung von Handwerksaufträgen über „Franchiser"-Plattformen übertragen werden.

Zwar übernehmen in „Franchiser"-Plattform-Konstellationen die ausführenden Betriebe die Ausführung der Handwerksleistung häufig gegen eine von der Plattform festgesetzte Vergütung und haben somit auf deren Höhe keinen Einfluss. Das steht der Annahme ihrer Selbstständigkeit aber nicht per se entgegen.[540] Aus Sicht der Plattform wird der Auftragserfüllungsprozess auf eine unabhängige Einheit ausgelagert. Die Konzeption der „Franchiser"-Plattformen kommt in dieser Hinsicht den bereits vor der Digitalisierung bekannten Fällen des sogenannten Outsourcings oder dem Weiterreichen von Aufträgen an Subunternehmer nahe,[541] denn auch die „Franchiser"-Plattformen übertragen die Ausführung von Aufträgen anderen Betrieben. Wie bei diesen bleibt den ausführenden Einheiten bei der Vermittlung von Handwerksleistungen über „Franchiser"-Plattformen die freie Entscheidung darüber, ob sie die angebotenen Aufträge annehmen. Sie arbeiten gegenüber der Plattform auf eigene Rechnung. So tragen sie auch selbst das wirtschaftliche Risiko, genügend Aufträge zu erhalten, kurz: ihr Existenzrisiko[542]. Das Indiz des Handelns auf eigene Rechnung spricht also für die Selbstständigkeit der ausführenden Einheiten.

Das dritte Hauptindiz für die Selbstständigkeit ist das Handeln in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit. Für diese Unabhängigkeit spricht es, wenn der Erwerbstätige inhaltlich frei von Weisungen sowie in freier Zeit- und Arbeitseinteilung arbeiten kann und dabei weder räumlich noch organisatorisch fest in den übergeordneten Betrieb eingegliedert ist.[543] Insbesondere das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte kann für die Unabhängigkeit sprechen.[544] Bei der Vermittlung von Handwerksleistungen über Plattformen ist häufig nach der Art der Leistungen gar

540 Selbst bei Pächtern von Tankstellen oder Kantinen, die für ein festes Gehalt arbeiten, kann die Selbstständigkeit grundsätzlich bejaht werden, vgl. *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung § 1 Rn. 110.

541 Vgl. für diese *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 14.

542 Begriff übernommen von *Pielow*, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK Gewerbeordnung, § 1 Rn. 162.

543 Vgl. *Pielow*, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK, § 1 Rn. 161.

544 Vgl. *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 111.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keine Betriebsstätte erforderlich, weil die Leistungen direkt beim Kunden erfolgen, sodass aus dem Fehlen der Betriebsstätte auch nichts für die Evaluierung der Selbstständigkeit gefolgert werden kann.[545]

Zwar ist Vertragsgegenstand der Plattformen mit den ausführenden Einheiten häufig ein genauer Katalog über die einzelnen zu erbringenden Leistungen. Das „Wie" der Ausführung obliegt jedoch den Einheiten selbst. Auch bei dem Erteilen eines Auftrags ohne Plattformnutzung wird dem Handwerker vorgegeben, welche Tätigkeiten ausgeübt werden sollen und auch in diesem Fall kommen die Weisungen nicht immer direkt vom Kunden selbst. Selbst wenn die Vorgaben einer „Franchiser"-Plattform sehr detailliert sind, sind die ausführenden Einheiten in der Regel hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung nicht weisungsgebunden.

Die organisatorische Einbindung in den Plattformbetrieb kann nur im Einzelfall beurteilt werden. „Franchiser"-Plattformen vermitteln die Aufträge in der Regel an einen Pool an ausführenden Einheiten weiter. Dabei kann sich ständig verändern, welche ausführende Einheiten das Angebot, den Auftrag auszuführen, überhaupt erreicht. Es bleibt den einzelnen Einheiten überlassen, das Angebot anzunehmen. Aus Sicht der Plattform sind die ausführenden Einheiten also organisatorisch eingebunden, denn sie sind zur Erfüllung der von der Plattform mit den Kunden eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen unentbehrlich. Das gesamte Geschäftsmodell der Plattform basiert auf dem Vorhandensein ausführender Einheiten. Dabei kommt es aber nicht auf die konkrete einzelne ausführende Einheit an, sondern nur auf das generelle Vorhandensein solcher Einheiten im Zugriffsbereich der Plattform. Hierin liegt ein Unterschied zum Fall des Outsourcings,[546] bei dem die Ausführung bestimmter betrieblicher Funktionen immer demselben ausgelagerten Betrieb übertragen wird. Gleichzeitig ist aus Sicht der einzelnen ausführenden Einheit die Beschaffung von Aufträgen über eine digitale „Franchiser"-Plattform nur ein möglicher Weg zur Auftragsakquise. Daneben können weitere digitale Plattformen – auch verschiedener Typen – genutzt werden und Aufträge selbstverständlich auch vollkommen plattformunabhängig generiert werden. Festzuhalten bleibt, dass sowohl für die Plattform als auch für die ausführenden Betriebe in der Regel jeweils andere Vertragspartneroptionen vorhanden sind. Die wechselseitige Abhängigkeit ist somit trotz der organisatorischen Verknüpfung gering.

545 Vgl. *Heß*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor § 14 Rn. 54.
546 Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Allerdings sind auch Fälle möglich, in denen die persönliche Abhängigkeit der ausführenden Einheit von der Plattform anders zu beurteilen ist. Manche „Franchise"-Plattformen stellen oft auch das für die Ausführung eines Auftrags nötige Material, Werkzeug, Fahrzeuge sowie weitere Ressourcen bereit, sodass allein die menschliche Arbeitskraft von den ausführenden Einheiten kommt. Einige ausführende Einheiten generieren möglicherweise alle ihre Aufträge über eine einzige solche Plattform und verfügen selbst nicht über die nötige Betriebsausstattung, um plattformunabhängig zu arbeiten. In diesen Fällen ist die persönliche Abhängigkeit deutlich höher.[547] Häufig wird diese einseitig sein, denn die Plattform verfügt in der Regel über einen großen Pool an möglichen Vertragspartnern. Sind die ausführenden Einheiten auch aus Plattformsicht mit in die Organisationsstruktur einbezogen, besteht eine wechselseitige Abhängigkeit. Es kann dann ein Fall der sogenannten Scheinselbstständigkeit vorliegen. Dieses aus Outsourcing- und Subunternehmerfällen bekannte Phänomen führt arbeits- und sozialrechtlich nach herrschender Auffassung entsprechend dem diesen Rechtsgebieten zugrundeliegenden Telos, diese Personen zu schützen, zur Gleichsetzung der Scheinselbstständigen mit Arbeitnehmern.[548]

Das Ziel der Gewerbeordnung als Sonderordnungsrecht ist neben der Sicherung der Gewerbefreiheit jedoch die Abwehr von Gefahren, die von einem Betrieb eines Gewerbes ausgehen.[549] Wegen dieser abweichenden Zielsetzungen kann die arbeits- und sozialrechtliche Einordnung nicht ohne weiteres übernommen werden und aus der Scheinselbstständigkeit

547 Hinsichtlich der persönlichen Abhängigkeit wurden die Grenzen häufig am Fall des Fotomodells diskutiert und das längerfristig in einen Gewerbebetrieb integrierte, den Weisungen des Gewerbetreibende folgende von dem auftragsweise, auf Grundlage gesonderter Verträge, gebuchten Fotomodell unterschieden. Während ersteres überwiegend als unselbstständig eingestuft wird, gehen die Meinungen über letzteres auseinander. Vgl. dazu *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 112; *Marcks*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 43.

548 Vgl. *Stober*, in: Stober/Eisenmenger, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 45 VII 3; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 14; Zur Frage der Selbstständigkeit von Crowdworkern und anderen an Plattformen angebundenen Personen im Arbeitsrecht, vgl. *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1033 f.; *Lingemann/Otte*, NZA 2015, 1042, 1042 ff.; *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984, 985 ff.; *Krause*, NZA 2016, 1004, 1007; *Schubert*, RdA 2018, 200, 203 ff.; *Ruland*, NZS 2019, 681 ff.

549 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 18 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht auf die gewerberechtliche Unselbstständigkeit geschlossen werden. Im Gegenteil muss dem Telos der Gewerbeordnung nach die Tatsache der Einbindung der Scheinselbstständigen in die Organisation des übergeordneten Unternehmens in aller Regel hinter dem Bedürfnis Dritter nach gewerberechtlicher Überwachung zurücktreten.[550] Selbst in Fällen der Scheinselbstständigkeit wird daher von der gewerberechtlichen Selbstständigkeit des Inhabers der ausführenden Einheit auszugehen sein. Auch in der „Franchiser"-Plattformkonstellation ist für die ausführenden Einheiten somit regelmäßig die Selbstständigkeit des Inhabers gegenüber der Plattform und infolge auch die Gewerbeeigenschaft zu bejahen.

Bei der Vermittlung von Handwerkern über „Franchiser"-Plattformen beruht die Durchführung handwerklicher Leistungen durch die ausführende Einheit auf ihrem Vertrag mit der Plattform. Damit ist eine vorhergehende Bestellung im Sinne des § 55 Abs. 1 GewO gegeben, die die Einordnung als Reisegewerbe ausschließt, sodass es sich um ein stehendes Gewerbe handelt. Bezüglich der Handwerksfähigkeit und Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit der ausführenden Einheiten lassen sich auch hier keine verallgemeinernden Aussagen treffen. Liegen sie vor, so handelt es sich bei auch bei den ausführenden Einheiten, die über „Franchiser"-Plattformen vermittelt werden, regelmäßig um Handwerksbetriebe bzw. Betriebe eines handwerksähnlichen Gewerbes.

2. Anwendbarkeit auf Plattform

Auch die „Franchiser"-Plattformen werden von ihrem Inhaber als Gewerbe betrieben. Das Ansuchen des Kunden um ein Auftragsangebot kann als vorherige Bestellung im Sinne des § 55 Abs. 1 HwO gewertet werden. Stellt der Kunde hingegen gar keine Anfrage, sondern wird dem Kunden über das Systemsteuerungsmodul eines intelligenten Geräts seitens des Plattformbetriebs ein ganz konkretes Angebot über die Ausführung ganz bestimmter handwerklicher Tätigkeiten gemacht, so fehlt es zwar an der vorherigen Bestellung. Nach der hier vertretenen Auffassung ist § 55 Abs. 1 HwO jedoch teleologisch zu reduzieren auf Fälle, in denen Vertreter beider Parteien bei der Auftragsakquise körperlich anwesend sind. Es handelt sich also um stehendes Gewerbe.

Die Handwerksfähigkeit wurde bei den bisher betrachteten Plattformen mangels Zuordnungsmöglichkeit zu einem Beruf der Anlagen A und B

550 Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur Handwerksordnung verneint. „Franchiser"-Plattformen verpflichten sich den Kunden gegenüber zur Ausführung von Leistungen, die zu den berufsspezifischen Tätigkeiten eines oder mehrerer verschiedener Handwerksberufe zählen. „Franchiser"-Plattformen übernehmen oft die gesamte Organisation, sie geben einen genauen Katalog an vom ausführenden Handwerksbetrieb zu erbringenden Leistungen vor und stellen den ausübenden Handwerksbetrieben Fahrzeuge, Werkzeug und Materialien zur Verfügung. Diese Tätigkeiten gehören auch zum Tätigkeitsspektrum der Handwerksberufe und der handwerksähnlichen Gewerbe. Möglicherweise kommt daher für diesen Plattformtyp auch die Zuordnung zu Berufen der Anlagen der Handwerksordnung in Betracht.

Eine ähnliche Problematik wurde bereits im Zusammenhang mit der Plattform *Uber* diskutiert. Hier stellte sich die Frage, ob *Uber* selbst als Personenbeförderungs- oder reines Vermittlungsunternehmen einzuordnen ist.[551] Die Plattform *UberPOP* vermittelt Fahrgäste an Privatpersonen mit eigenem Fahrzeug. Über eine App werden die Buchungsanfragen der Kunden an den örtlich nächsten freien Fahrer übermittelt. Dieser kann entscheiden, ob er die Anfrage annimmt. Den Fahrern werden die Routen vorgegeben. Gleichzeitig wird auch der Standort des Fahrers per GPS-Ortung überwacht. Diese Daten werden nicht nur zum digitalen Errechnen des für einen Auftrag aufgrund seines aktuellen Standorts am besten geeigneten Fahrers verwendet, sondern dienen auch dazu, die Sicherheit für Fahrer und Fahrgäste gleichermaßen zu erhöhen.[552] Das geht soweit, dass der Fahrgast bei einem längeren unvorhergesehenen Halt von *Uber* kontaktiert wird und ihm Hilfe angeboten wird für den Fall, dass diese nötig sein sollte.[553] Die Überwachung ist daher nicht nur für die Funktionsweise der App nötig, sondern unter dem Sicherheitsaspekt gerade Teil des Geschäftsmodells. Das Personenbeförderungsgesetz findet ausweislich seines § 1 Abs. 1 S. 1 PBefG Anwendung auf die entgeltliche und geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, mit Oberleitungsomnibus-

551 Vgl. *Ingold*, NJW 2014, 3334, 3335; *Wimmer/Weiß*, MMR 2015, 80, 81 f.; *Schröder*, DVBl 2015, 143, 145; *Kramer/Hinrichsen*, GewA 2015, 145, 147 f.; *Alexander/Knauff*, GewA 2015, 200, 202 f.; *Linke*, NVwZ 2015, 476, 477 ff.; *Solmecke/Lengersdorf*, MMR 2015, 493, 496; *Ludwigs*, NVwZ 2017, 1646, 1648; *Linke/Jürschik*, NZV 2018, 496, 497 ff.

552 Vgl. zur Fahrgastsicherheit die Hinweise auf der Website: *Uber B.V.*, Im Namen der Sicherheit unterwegs; sowie zur Sicherheit von Fahrern: *Uber B.V.*, Sicherheit mit der Uber App.

553 Vgl. dazu den Punkt „RideCheck" auf *Uber B.V.*, Im Namen der Sicherheit unterwegs.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen und mit Kraftfahrzeugen. Für die Einordnung als Beförderungsunternehmen kommt es nicht primär darauf an, wer die Beförderung tatsächlich durchführt, indem er das Fahrzeug lenkt, sondern darauf, wer die Beförderungsleistung tatsächlich oder rechtlich beherrscht.[554] Weil *Uber* für das Modell *UberPOP* alle Verträge mit Fahrgästen und Kunden schloss, die Fahrpreise festsetzte, die Fahrer für eine bestimmte Anzahl an verfügbaren Stunden zusätzlich entlohnte und die gesamte Beförderung der Nutzer von Anfang bis Ende steuerte, ist bei der Fahrervermittlung über *UberPOP Uber* selbst nach überwiegender Ansicht als Beförderungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 2 PFBefG anzusehen.[555] „Beförderung" setzt den Beginn der Fahrt voraus,[556] so dass es entscheidend auf den Einfluss der Plattform bei der Fahrt selbst ankommt, während vorbereitende Tätigkeiten wie die Vermittlung eines passenden Fahrers und nachbereitende Tätigkeiten wie das Bereitstellen eines Bewertungssystems oder die Übernahme der Zahlungsabwicklung für die Einordnung in den Hintergrund treten. Mit dem Vorgeben der Route macht *Uber* Vorgaben zur Ausführung der berufsspezifischen Tätigkeit und mit dem Tracking überwacht es die berufsspezifische Tätigkeit. *Uber* übt also einen großen Einfluss auch auf die Ausübungsmodalitäten der Beförderungsleistung selbst aus.

Anders verhält es sich in der hier untersuchten Konstellation. Die Tätigkeiten, die „Franchiser"-Plattformen übernehmen, gehören zwar auch in jedem Handwerksbetrieb zum beruflichen Alltag. Es handelt sich aber um periphere Tätigkeiten, die für alle Gewerbe gleich oder ähnlich sind und gerade nicht berufsspezifisch. Auf die Ausübung der berufsspezifischen Tätigkeiten selbst nimmt die Plattform keinen Einfluss und es ist ihr auch

554 Vgl. *Heinze*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, § 2 Rn. 8 f.; *Lampe*, in: Erbs/Kohlhaas (Begr.), Personenbeförderungsgesetz, § 2 Rn. 2.

555 Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 24. September 2014 – 3 Bs 175/14 –, NVwZ 2014, 1528 Rn. 10 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. April 2015 – OVG 1 S 96.14 –, Juris-Rn. 21 ff.; OLG Hessen, Urteil vom 9. Juni 2016 – 6 U 73/15 –, Juris-Rn. 48 ff.; vgl. auch *Wimmer/Weiß*, MMR 2015, 80, 81 f.; *Kramer/Hinrichsen*, GewA 2015, 145, 147 f.; *Alexander/Knauff*, GewA 2015, 200, 202 f.; *Linke*, NVwZ 2015, 476, 477 ff.; *Solmecke/Lengersdorf*, MMR 2015, 493, 496; *Ludwigs*, NVwZ 2017, 1646, 1647 f.; *Linke/Jürschik*, NZV 2018, 496, 497 ff.; a.A. *Ingold*, NJW 2014, 3334; 3335; *Schröder*, DVBl 2015, 143, 145. Auch der EuGH stufte die Tätigkeit von *Uber* als „Verkehrsdienstleistung", nicht als „Dienst einer Informationsgesellschaft" ein; vgl. EuGH, Urteil vom 10. April 2018 – C-320/16 – (Uber France SAS), Rn. 22.

556 Vgl. OLG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20. Juni 1994 – 2 Ss OWi 52/94 –, Juris (nur Leitsatz).

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht möglich, diese zu überwachen. Sie erhält allenfalls im Nachgang Rückmeldungen von den Kunden. Die Überlegungen aus Rechtsprechung und Literatur zum Fall *Uber* können daher schon mangels vergleichbarer Sachverhalte nicht übertragen werden.

Vor allem aber unterscheidet sich der Anknüpfungspunkt der Handwerksordnung und des Personenbeförderungsgesetzes. Die Handwerksordnung knüpft in zentralen Regelungen an den Betrieb im funktionalen Sinne an. Die Eintragungspflicht für das zulassungspflichtige Handwerk bezieht sich auf den Handwerksbetrieb, ihr Adressat ist der Inhaber des Betriebs. Adressat der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung ist hingegen gerade nicht der Betriebsinhaber, sondern gem. § 2 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 PBefG ausdrücklich der Unternehmer.[557] Auch die rechtliche Ausgangslange ist also eine andere. Auch „Franchiser"-Plattformen sind somit kein Handwerksbetrieb im Sinne der Handwerksordnung.

III. Plattformen mit eigenen ausführenden Einheiten

In dem Fall, dass ein Inhaber sowohl die Plattform als auch die ausführenden Einheiten innehat, kommt nur dieser Inhaber als Gewerbetreibender in Betracht. Für die Zuordnung zum Anwendungsbereich der Handwerksordnung muss zunächst festgestellt werden, was in diesem Gefüge der maßgebliche Betrieb ist.

1. Selbstständiges Betreiben eines Gewerbes

Damit die Handwerksordnung zur Anwendung kommen kann, muss gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 18 Abs. 1 S. 1 HwO ein Gewerbe selbstständig betrieben werden. Sind die Leiter der ausführenden Einheit sowie deren übrige Mitarbeiter Angestellte des Plattformbetreibers, so unterliegen sie als Beschäftigte im Sinne des § 41 Abs. 1 GewO dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, § 106 GewO, und erhalten ein Arbeitsentgelt, §§ 107 f. GewO. Sie arbeiten in fremdem Namen und auf fremde Rechnung ohne Übernahme des wirtschaftlichen Risikos und sind persönlich sowie sachlich abhängig. Die Leiter der ausführenden Einheiten sind für sich genommen somit mangels Selbstständigkeit nicht als Gewerbetreibende einzustufen und können so-

557 Vgl. *Heinze*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, § 2 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit nicht die Anforderungen der §§ 1 Abs. 1 S. 1, 18 Abs. 1 S. 1 HwO erfüllen. Die Einordnung der ausführenden Einheiten als Gewerbebetrieb kommt also nur dann in Betracht, wenn man sie so versteht, dass sie auch den Inhaber des Plattformunternehmens umfasst.

Der Inhaber des Gesamtgefüges betreibt die ausführenden Einheiten sowie die Plattform normalerweise selbstständig und auf Dauer angelegt. Unabhängig davon, dass die Abwicklung der Bezahlvorgänge über die Plattform und somit möglicherweise über einen anderen Betrieb als die ausführenden Einheiten abgewickelt werden, sollen die Gewinne letztlich dem Inhaber zufließen. Die Gewinnerzielungsabsicht kann folglich für alle Einheiten ebenfalls bejaht werden. Die ausgeübten Tätigkeiten sind auch erlaubt und ein negatives Element des Gewerbebegriffs steht nicht im Raum.

Ob verschiedene Gewerbe im Sinne von § 3 S. 1 Alt. 1 GewO ausgeübt werden, hängt vom Einzelfall ab. Das Betreiben der Plattform kann sich gegenüber dem Betreiben der ausführenden Einheiten entweder als eigener Beruf darstellen oder als Teil der Berufsausübung der ausführenden Einheiten. Auch die einzelnen ausführenden Einheiten können sich hinsichtlich der von ihnen ausgeübten Berufe unterscheiden. Eine gesetzliche Einschränkung des Rechts, mehrere Gewerbe zu betreiben, ist in der untersuchten Konstellation jedenfalls nicht ersichtlich. Der Inhaber der Plattform ist also Gewerbetreibender.

2. Bestimmung des maßgeblichen Betriebs

Zur Anwendbarkeit der Handwerksordnung muss festgestellt werden, was genau in der untersuchten Plattformkonstellation der maßgebliche Betrieb im Sinne der §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1, S. 2 HwO ist. Dazu kommt es auf das Verhältnis zwischen Plattform und ausführenden Einheiten an. Gegebenenfalls ist daneben auch das Verhältnis der einzelnen ausführenden Einheiten zueinander von Relevanz.

a) Verhältnis zwischen Plattform und ausführenden Einheiten anhand der Parameter des Nebenbetriebsbegriffs

Für Plattformen zur Vermittlung von Handwerkern mit ausführenden Einheiten in der Hand des Betriebsleiters kommen verschiedene Grade der Verknüpfung zwischen den ausführenden Einheiten und der Plattform

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in Betracht. Die ausführenden Einheiten und die Plattform können separate Betriebe oder miteinander untrennbar zu einem einzigen Betrieb verknüpft sein. Darüber hinaus kennt die Handwerksordnung in §§ 2, 3 HwO auch die – gewissermaßen zwischen den vorgenannten Extremen angelagerte – Kategorie der Hilfs- und Nebenbetriebe. In diesem Fall findet die Handwerksordnung auf die ausführenden Einheiten nur dann Anwendung, wenn sie gerade handwerkliche Nebenbetriebe im Sinne von §§ 2 Nr. 2, Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO sind. Für unerhebliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO und Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO gelten die Regelungen der Handwerksordnung gem. §§ 2 Nr. 2, Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO hingegen nicht.

aa) Möglichkeit der Abgrenzung anhand der Parameter des Nebenbetriebsbegriffs

§§ 2 Nr. 2 und Nr. 3, 3 HwO erläutern den Begriff des Nebenbetriebs nicht, sondern setzen ihn voraus. Nicht aus dem Begriff des „Nebenbetriebs",[558] sondern bereits aus § 2 Hs. 1 HwO und der Stellung innerhalb der Handwerksordnung ergibt sich, dass der Nebenbetrieb alle Merkmale eines Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks voraussetzt und somit für sich betrachtet auch ein Gewerbebetrieb sein muss.[559] Der Begriff „Nebenbetrieb" macht deutlich, dass eine Verbindung mit einem anderen Unternehmen bestehen muss.[560] Gleichzeitig ist zur Abgrenzung von einem einheitlichen Betrieb auch eine gewisse Eigenständigkeit des Nebenbetriebs zu fordern. Teilweise wird der Begriff „Nebenbetrieb" darüber hinaus auch so verstanden, dass er eine untergeordnete Stellung im Vergleich zum verbundenen Unternehmen einnehmen muss.[561] Damit stellt der Nebenbetriebsbegriff Parameter zur Abgrenzung von untrennbar verschmolzenen funktionalen Einheiten einerseits und von separaten Betrieben andererseits auf. Es bietet sich daher an, anhand dieser Merkmale

558 So aber *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 2 Rn. 9 i.V.m. Rn. 3; sowie wohl *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 11, obwohl dieser von dem deklaratorischen Charakter des § 2 HwO ausgeht, vgl. § 2 Rn. 2 ff.

559 Vgl. *Heck*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 2 Rn. 1, 3 f.

560 Vgl. etwa *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 36.

561 Vgl. etwa *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verschiedene, im Einzelfall mögliche Varianten des Verhältnisses zwischen Plattform und ausführenden Einheiten aufzuzeigen.

bb) Verbundenes Unternehmen im Sinne von § 2 Nr. 2 oder Nr. 3 HwO

Gem. § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO kommen sowohl öffentlich-rechtliche Stellen als auch privatwirtschaftliche Unternehmen als verbundenes Unternehmen eines Nebenbetriebs in Betracht. Zwar heißt es in § 2 Nr. 3 HwO, dass aus der Privatwirtschaft Unternehmen „eines zulassungspflichtigen Handwerks, der Industrie, des Handels, der Landwirtschaft oder sonstiger Wirtschafts- und Berufszweige" das Hauptunternehmen darstellen können. Die Beschränkung auf Unternehmen des zulassungspflichtigen Handwerks wurde im Zuge der HwO-Novelle 2004 eingeführt und als „Folgeänderung" zur Neuschaffung der Kategorie des zulassungsfreien Handwerks bezeichnet.[562] Dank des Zusatzes hinsichtlich sonstiger Wirtschafts- und Berufszweige ist aber deutlich, dass auch ein Betrieb eines zulassungsfreien Handwerks das Hauptunternehmen darstellen kann.[563] Wie die Aufzählung in § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO zeigt, muss es sich bei dem Hauptunternehmen nicht um einen Gewerbebetrieb handeln. Es muss sich aber um ein vom Nebenbetrieb verschiedenes Unternehmen handeln. Dazu muss es auf ein anderes Arbeitsergebnis gerichtet sein.[564] Andernfalls handelt es sich auch im wörtlichen Sinne nur um ein einziges Unternehmen. Ein anderes Unternehmen ist nicht gegeben, wenn die Tätigkeiten einer Einheit essentieller Bestandteil des Betriebsprogramms des Gesamtunternehmens sind.[565]

(1) Plattform, deren einzige Funktion die Vermittlung an ausführende Einheiten in der Hand desselben Inhabers darstellt

Eine Plattform, die einzig und allein die Akquisition, Organisation und Abwicklung von Aufträgen für ausführende Einheiten in der Hand ihres

562 Vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 24.
563 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 2 Rn. 8.
564 Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. Oktober 2014 – 4 B 88/14 –, Juris-Rn. 90; *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 3 Rn. 13; *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 6.
565 Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. Oktober 2014 – 4 B 88/14 –, Juris-Rn. 92; *Honig*, GewA 1989, 8, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eigenen Inhabers wahrnimmt, zielt letztlich auch auf die Tätigkeiten der ausführenden Einheiten ab.[566] Ohne die von den ausführenden Einheiten ausgeübten handwerklichen oder handwerksähnlichen Tätigkeiten ist eine derartig ausgestaltete Plattform sinnlos. Sie sind essentieller Bestandteil des Betriebsprogramms des Gesamtunternehmens. Folglich ist eine solche Plattform gegenüber den ausführenden Einheiten kein anderes Unternehmen, sondern es handelt sich um ein „einheitliches Gesamtunternehmen".[567] Die an eine solche Plattform angeschlossenen ausführenden Einheiten können somit auch keine Nebenbetriebe zur Plattform sein.

(2) Plattform, über die auch an externe Handwerker vermittelt wird oder Produkte verkauft werden

Werden über die Plattform selbst hingegen auch solche Aufgaben wahrgenommen, für die die Ausführung handwerklicher Tätigkeiten kein essentieller Bestandteil ist, kann sie als separates Unternehmen gewertet werden und kommt somit auch als verbundenes Unternehmen in Frage. Ein solcher von der handwerklichen Arbeit unabhängiger Zweck kann auch das Vermitteln von Aufträgen an solche Handwerksbetriebe, die nicht vom Inhaber der Plattform betrieben werden, sein. Durch die Vermittlung selbst sollen dann Gewinne erzielt werden. Die Vermittlung an sich ist auch der Unternehmenszweck. In diesen Fällen kommt die Plattform als verbundenes Unternehmen nebenbetrieblicher ausführender Einheiten in Betracht.

In der Praxis sind solche Plattformen, die ausführende Einheiten in der Hand desselben Inhabers vermitteln, häufig gleichzeitig auch ein Onlineshop für Produkte. Ein Kunde kann dann über eine Website nicht nur das Produkt, sondern gegebenenfalls auch gleich den Handwerker zum Einbau oder ähnlichen Tätigkeiten bestellen. In diesen Fällen ist das Arbeitsziel des Onlineshops die Auslieferung von Waren und somit ein anderes als das der ausführenden Einheiten. Ein solcher Onlineshop kann folglich für ausführende Einheiten ebenfalls ein verbundenes Unternehmen sein. Schließlich ist auch eine Kombination dieser Modelle mög-

566 Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. Oktober 2014 – 4 B 88/14 –, Juris-Rn. 90 ff. für die Situation, dass von einer Zentrale aus „Haarpflegedienstleistungen für Altenheime vermittelt oder ausgeführt werden".

567 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. Oktober 2014 – 4 B 88/14 –, Juris-Rn. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich: an einen Onlineshop kann eine Vermittlungsplattform angeknüpft sein, über die an eigene ebenso wie an externe ausführende Einheiten Aufträge vermittelt werden. Die Gewerbeordnung kennt die Figur des Nebenbetriebs nicht. Für die Vermittlung an externe Einheiten ergeben sich daher keine Besonderheiten. Für die Vermittlung an eigene ausführende Einheiten kommt der Onlineshop als verbundenes Unternehmen dieser Einheiten in Betracht.

cc) Verbundenheit

Nur wenn die Verbundenheit gegeben ist, handelt es sich nicht um zwei separate Betriebe. Dazu wird gefordert, dass der Inhaber wirtschaftlich gesehen derselbe ist und eine Verknüpfung sowohl in organisatorischer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht besteht.[568] Darüber hinaus wird auch eine innere, fachliche Verbundenheit beider Einheiten gefordert, ansonsten würden Gewerbetreibende, die bereits irgendeinen anderen Betrieb haben, für unerhebliche Nebenbetriebe ohne ersichtlichen Grund gegenüber anderen privilegiert.[569] Die Meinungen darüber, wie innig ein solcher Zusammenhang sein muss, reichen von einer mindestens zweckmäßigen fachlichen Verbindung[570] bis hin dazu, dass es sich „gleichsam aufdrängen" muss, das Betriebsprogramm um die Tätigkeiten des Nebenbetriebs zu ergänzen.[571] Nach herrschender Auffassung sind allerdings keine übersteigerten Anforderungen daran zu stellen, sondern es genügt, wenn der Nebenbetrieb eine sinnvolle Ergänzung oder Erweiterung des Betriebsprogrammes des verbundenen Unternehmens darstellt.[572]

In den hier untersuchten Konstellationen ist der Inhaber von Plattform und ausführenden Einheiten derselbe. Organisatorisch sind beide in der Regel eng verknüpft, denn die inneren Geschäftsbetriebe der Plattform und der ausführenden Einheiten arbeiten bei jedem Auftrag über die

568 Vgl. etwa *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 4 ff.

569 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 3 Rn. 5, 7.

570 Vgl. *Fröhler*, GewA 1955/56, 80, 82.

571 Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16. Dezember 1981 – 2 A 1/81 –, GewA 1982, 136, 137; zustimmend *Schotthöfer*, GewA 1982, 364, 365.

572 Vgl. BVerwGE 67, 273, 279; BVerwG, Urteil vom 09. Mai 1986 – 1 C 3/84 –, GewA 1986, 297, 297; *Baudisch*, GewA 1965, 217, 221; *Kollner,* GewA 1969, 49, 50; *Stolz*, GewA 1982, 359, 363; *Schwappach/Klinge,* GewA 1987, 73, 77 f.; *Honig,* GewA 1989, 8, 11; *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 3 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erbringung von handwerklichen Leistungen zusammen. Auch die Personalverwaltung wird oft gemeinsam durchgeführt werden.

Ist das Hauptunternehmen eine Vermittlungsplattform für externe Handwerksbetriebe, so dient der Zugriff auf eigene ausführende Einheiten ihrem wirtschaftlichen Ziel, indem so Engpässen bei der Verfügbarkeit externer Handwerksbetriebe entgegengewirkt werden kann, die Quote erfolgreich vermittelter Aufträge steigt und der Ruf des Unternehmens gestärkt wird. Auch wenn das Hauptunternehmen Produkte vertreibt, für die oft handwerkliche Arbeiten etwa zur Installation oder Reparatur benötigt werden, ist das Ausführen dieser handwerklichen Arbeiten eine sinnvolle und naheliegende Ergänzung zum Betriebsprogramm. Die nötige innere Beziehung ist also jeweils gegeben. Kommt eine Plattform als verbundenes Unternehmen in Betracht, so besteht also in der Regel auch die Verbundenheit zu den ausführenden Einheiten.

dd) Eigenständigkeit

Damit nicht ein einheitlicher Betrieb ohne Unterteilung in verbundenen Betrieb und Nebenbetrieb gegeben ist, muss der Nebenbetrieb trotz der Verbundenheit eine gewisse Eigenständigkeit aufweisen.[573] Der funktionale Betriebsbegriff der Handwerksordnung bezieht sich auf die handwerksmäßige Ausübung handwerksfähiger Tätigkeiten. Auch ein Nebenbetrieb als eine Ausgestaltungsvariante des Handwerksbetriebs ist durch diese Merkmale bestimmt. Damit eine Einheit als eigenständiger Nebenbetrieb eingeordnet werden kann, muss es also darauf ankommen, dass gerade die handwerksmäßige Ausübung handwerksfähiger Tätigkeiten eigenständig erfolgt.

Die vom Plattformbetrieb übernommenen Aufgaben sind typischerweise zwar fester Bestandteil des beruflichen Alltags in den Handwerksberufen. Nicht umsonst umfasst die Meisterprüfung nicht nur praktische (Teil I) und fachtheoretische Kenntnisse (Teil II), sondern verlangt – neben berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnissen (Teil IV) gerade auch betriebswirtschaftliche, kaufmännische und rechtliche Kenntnisse (Teil III). Anders als die Inhalte der Teile I und II sind die der Teile III und IV aber nicht berufsspezifisch. Die Auslagerung nicht berufsspezifischer Tätigkeiten kann nichts an der Einordnung eines Betriebs als Handwerksbetrieb

573 Vgl. *Schmitz*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ändern.[574] Die ausführenden Einheiten üben normalerweise die berufsspezifischen Tätigkeiten vollkommen plattformunabhängig aus. Die Plattform ist nur in die Akquise und Abwicklung involviert. Indem eine Plattform diese Aufgaben für mehrere ausführende Einheiten übernimmt und als Verwaltungszentrale diese Aufgaben effizienter wahrnehmen kann, kann die Trennung in eigenständige Betriebe auch aus wirtschaftlicher Sicht[575] sinnvoll sein. Die Eigenständigkeit der ausführenden Einheiten in der Plattformkonstellation kann daher in aller Regel bejaht werden.

ee) Untergeordnete Stellung des Nebenbetriebs gegenüber dem verbundenen Unternehmen?

Häufig wird verlangt, dass der Nebenbetrieb eine untergeordnete Rolle spielen muss. Zur Feststellung dieser untergeordneten Rolle wird häufig auf die Wirtschaftskraft abgestellt, zu deren Feststellung wiederum in erster Linie der Umsatz,[576] teils die Anzahl an Aufträgen[577] herangezogen wird. Nebenbetriebe kommen von vornherein nur in Betracht, wenn die Plattform selbst ein anderes Unternehmen darstellt, also neben der Vermittlung von Handwerksaufträgen an eigene ausführende Einheiten etwa auch Handel betreibt oder gegen eine Provision oder sonstige Bezahlung an externe Handwerksbetriebe vermittelt. Die Plattform als verbundenes Unternehmen hat somit eine eigene Einnahmequelle. Es ist daher grund-

574 Vgl. auch VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 08. Januar 2014 – 19 L 1497/13 –, GewA 2014, 455, 456.

575 Dies wird in BGH, Urteil vom 11. Juli 1991 – I ZR 23/90 –, GewA 1992, 25, 27, ohne Erläuterung als entscheidendes Erfordernis untersucht. Obwohl damit auf eine objektive Inhaberperspektive abgestellt wird, wird in Rn. 37 untersucht, ob die erbrachte Leistung sich aus Kundenperspektive als einheitlich darstellt und dies für die bloße Lieferung von Material, nicht den Verkauf und deren Einbau bejaht. In der vorliegenden Konstellation schließen die Kunden den Vertrag mit der Plattform und als Folge steht – bildlich gesprochen – der Handwerker vor der Tür. Aus Kundensicht liegt also wohl tatsächlich eine einheitliche Leistung vor. Allerdings steht hier die Anwendbarkeit gewerberechtlicher Regelungen in Frage, so dass es überzeugender ist, nicht auf die Kundensicht, sondern auf tatsächliche Gegebenheiten abzustellen.

576 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 24. März 1961 – VII B 87/60 –, GewA 1961, 58, 59; BVerwG, Beschluss vom 26. November 1982 – 5 B 9/81 –, GewA 1983, 139, 140; BGH, Urteil vom 11. Juli 1991 – I ZR 23/90 –, GewA 1992, 25, 27 f.

577 Vgl. OLG Bayern, Beschluss vom 10. Juli 1995 – 3 ObOWi 52/95 –, GewA 1995, 487, 488.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sätzlich möglich, dass sie wirtschaftlich überlegen ist. Praktisch hat die Einordnung im Einzelfall zu erfolgen.

Es ist aber zu bedenken, dass die jeweils herangezogenen Daten fluktuieren können.[578] Das kann dazu führen, dass die Einordnung der ausführenden Einheit als Nebenbetrieb aufgehoben werden müsste oder neu zu erfolgen hätte. Entfällt für einen nichteintragungspflichtigen Nebenbetrieb wegen gestiegener Umsatzzahlen die Unterlegenheit und somit die Nebenbetriebseigenschaft, so entstünde die Eintragungspflicht und damit die Pflicht zum Erfüllen der Eintragungsvoraussetzungen sowie zur Mitgliedschaft in der Handwerkskammer. Bei einem Absinken des Umsatzes würde die Eintragungspflicht dann wieder entfallen und die Industrie- und Handelskammer wäre wieder zuständig. Das wäre nicht nur umständlich für Betriebe und Handwerkskammern gleichermaßen, sondern auch kaum überprüfbar. Dazu kommt, dass sich die einzelnen Indizien widersprechen können, was die Einordnung im Einzelfall schwierig und willkürlich machen kann. Zudem muss das verbundene Unternehmen gem. § 2 Nr. 2, Nr. 3 HwO selbst kein Gewerbebetrieb sein. Also können Nebenbetriebe auch solchen Unternehmen zugeordnet sein, die ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden und möglicherweise geringen oder auch überhaupt keinen Umsatz erzielen. Im Umkehrschluss kann daher für die Annahme eines Nebenbetriebs keine wirtschaftliche Unterlegenheit verlangt werden.[579] Gerade die untersuchte Plattformkonstellation macht noch ein weiteres gravierendes Argument gegen ein solches Erfordernis deutlich: Unternehmen können nämlich durchaus mehrere Nebenbetriebe haben. Selbst wenn jedes einzelne eine geringere Wirtschaftskraft als das verbundene Unternehmen hätte, könnte die Wirtschaftskraft der Nebenbetriebe in Summe diejenige des verbundenen Unternehmens übersteigen.

Es gibt auch die Auffassung, es müsse ausreichen, dass der Nebenbetrieb den Zwecken des verbundenen Unternehmens diene.[580] Die ausdrückliche Nennung des dienenden und somit untergeordneten Zwecks allein in § 3 Abs. 3 HwO als Kriterium allein für Hilfsbetriebe spricht allerdings dagegen, dies auch als Element der übergeordneten Kategorie der Neben-

578 Ähnlich *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 3 Rn. 3.

579 So wohl auch *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 3 Rn. 3.

580 Vgl. *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 3 Rn. 3; *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 34; BVerwGE 67, 273, 278 m.w.N.; BGH, Urteil vom 11. Juli 1991 – I ZR 23/90 –, GewA 1992, 25, 27; BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 – I ZR 46/15 –, GewA 2017, 209 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

betriebe zu verlangen, zumal für die andere Ausnahme vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung für Nebenbetriebe, die unerheblichen Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO, stattdessen ein anderes einschränkendes Kriterium vorgesehen ist. § 3 Abs. 2 HwO stellt für die Unerheblichkeit von Nebenbetrieben auf die durchschnittliche Arbeitszeit eines ohne Hilfskräfte Vollzeit arbeitenden Betriebs des betreffenden Handwerkszweigs ab. Damit wird in quantitativer Hinsicht eine Grenze gezogen, die in Relation zu einem Durchschnittsbetrieb, nicht zum im Einzelfall verbundenen Unternehmen steht.

Der Frage nach der Art der untergeordneten Stellung geht die Frage voraus, ob eine untergeordnete Stellung gegenüber dem verbundenen Unternehmen überhaupt Voraussetzung eines Nebenbetriebs sein muss. „Nebenbetrieb" könnte schließlich auch als „gleichwertig neben einem anderen stehender Betrieb" verstanden werden. Der Begriff „Hauptbetrieb" kommt nicht in § 2 Nr. 2 oder Nr. 3 HwO, bei der Aufzählung möglicher mit dem Nebenbetrieb verbundener Unternehmen, vor, sondern nur in § 3 Abs. 3 HwO bei der Definition eines Hilfsbetriebs. Daraus kann also auch nur auf die Nebensächlichkeit des Hilfsbetriebs als Unterkategorie des Nebenbetriebs geschlossen werden, nicht auch auf die untergeordnete Stellung als Merkmal jedes Nebenbetriebs. Folglich gibt es kein Begriffspaar „Nebenbetrieb"/"Hauptbetrieb",[581] sondern nur die Begriffspaare „Nebenbetrieb"/"verbundenes Unternehmen" und „Hilfsbetrieb"/"Hauptbetrieb". Der Gesetzeswortlaut liefert also keinen Anlass dazu, eine irgendwie geartete untergeordnete Stellung für die Einordnung als Nebenbetrieb zu verlangen.

Das Verlangen einer untergeordneten Stellung in wirtschaftlicher oder zweckbezogener Hinsicht wäre angesichts der dargestellten praktischen Anwendungsschwierigkeiten und fehlenden Anknüpfung an den Gesetzeswortlaut folglich nur dann überzeugend, wenn nur so der Sinn der §§ 2, 3 HwO verfolgt werden kann. Daher ist zu untersuchen, ob die Gründe für die Ausnahme vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung für unerhebliche Nebenbetriebe auch dann Geltung haben, wenn der Nebenbetrieb wirtschaftlich stärker ist als das verbundene Unternehmen. Schon in der Handwerksordnung von 1953 wurden unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe im zur heutigen Fassung wortlautgleichen § 3 Abs. 1 HwO von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen, wenn auch die genauen Definitionen von unerheblichem Nebenbetrieb und Hilfsbetrieb in

581 Auf dieses bezieht sich *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 3 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§§ 3 Abs. 2 und Abs. 3 HwO seither in Details geändert worden sind. Die Begründung des schließlich angenommenen Gesetzesentwurfs zur Handwerksordnung von 1953 liefert keine genauere Inhaltsbeschreibung des Nebenbetriebs.[582] Der Schriftliche Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik beschreibt aber die Funktion der betroffenen Normen in seiner Empfehlung zur Annahme des Gesetzesentwurfs: „§ 2 stellt die Gleichbehandlung aller handwerklich Tätigen her, indem er alle entsprechenden Betriebe und Nebenbetriebe […] für den Fall des Wettbewerbes mit Handwerksbetrieben den Vorschriften dieses Gesetzes für selbstständige Handwerker unterwirft. § 3 definiert den Begriff des handwerklichen Neben- und Hilfsbetriebes aus § 2 und begrenzt den Begriff des Wettbewerbes dieser Betriebe mit den übrigen Handwerksbetrieben."[583] Ganz deutlich steht hier das Ziel der Handwerksordnung von 1953, die Sicherung der Leistungsfähigkeit und des Leistungsstandes des Handwerks und damit auch der Schutz vor Wettbewerb durch unqualifizierte Konkurrenten, im Vordergrund. Umfasst werden sollten alle im zulassungspflichtigen Handwerk Tätigen mit Ausnahme derjenigen, die ohnehin nicht im Wettbewerb mit den Handwerksbetrieben stehen, ergo die unerheblichen Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe.

Zwischenzeitlich wurde aber die Gefahrenabwehr zu einem entscheidenden Ziel der Handwerksordnung erklärt. Unabhängig davon, ob die §§ 2, 3 HwO mit diesem Ziel kongruent sind, ist somit entscheidend, ob sich unter diesem Gesichtspunkt etwas anderes gerade für die Inhaltsbestimmung des Nebenbetriebsbegriffs ergibt. Auch für die Gefahrgeneigtheit kommt es jedoch nicht auf das Verhältnis der Wirtschaftskraft von Nebenbetrieb und verbundenem Unternehmen an, sondern allein auf die Art der ausgeübten Tätigkeiten. Die untergeordnete Stellung, weder der Wirtschaftskraft noch des Betriebszwecks, ist also nicht als zwingendes Element für das Vorliegen eines Nebenbetriebs zu sehen. Die ausdrückliche Nennung des dienenden und somit untergeordneten Zwecks allein in § 3 Abs. 3 HwO als Merkmal eines Hilfsbetriebs spricht vielmehr dagegen, dieses Kriterium auf alle Nebenbetriebe anzuwenden.

582 Im Antrag zum Erlass des Gesetzes heißt es lediglich: „Abschnitt I (Allgemeine Bestimmungen) regelt die Abgrenzung des Begriffs „Handwerk" und entspricht den seit Jahrzehnten geltenden Bestimmungen und Rechtsauffassungen.", BT-Drs. 1/1428, S. 19.

583 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu BT-Drs. 1/4172, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ff) Zwischenergebnis

Eine Plattform, die lediglich als Organisationszentrum der ausführenden Einheiten ausgestaltet ist, ist gegenüber den ausführenden Einheiten kein eigenes Unternehmen und somit auch kein Betriebsteil, der für die Einordnung in die Handwerksordnung maßgeblich sein könnte. Ist die Plattform hingegen ein eigenes Unternehmen, werden die ausführenden Einheiten häufig als Nebenbetrieb oder Nebenbetriebe der Plattform einzuordnen sein.

b) Verhältnis der ausführenden Einheiten zueinander

Jede funktional abgrenzbare ausführende Einheit, in der handwerksfähigen Tätigkeiten nachgegangen wird und die handwerksmäßig betrieben wird, ist unabhängig von kaufmännischen Verknüpfungen mit der Plattform oder anderen ausführenden Einheiten nach dem hier befürworteten funktionalen Begriffsverständnis ein Handwerksbetrieb. In dem Fall, dass die Plattformeinheit kein eigenes Unternehmen ist und gleichzeitig nur eine einzige handwerksfähige und handwerksmäßig betriebene ausführende Einheit im funktionalen Sinn vorhanden ist, handelt es sich um einen einzigen Handwerksbetrieb, obwohl er sich den Kunden gegenüber als Plattform präsentiert.[584] Handelt es sich um mehrere Handwerksbetriebe, so können sie im Verhältnis zueinander entweder eigenständige Betriebe sein oder als Nebenbetriebe einer anderen ausführenden Einheit miteinander verknüpft sein. Dem Wortlaut des § 2 Nr. 2, Nr. 3 HwO nach kommt grundsätzlich auch ein Nebenbetrieb als verbundenes Unternehmen eines weiteren Nebenbetriebs in Frage. Es ist also möglich, dass eine ausführende Einheit ein Nebenbetrieb zu einer anderen ausführenden Einheit ist, die wiederum ein Nebenbetrieb des Plattformbetriebs ist. Hier kommt es auf die Ausgestaltung im Einzelfall an. Im Regelfall werden ausführende Einheiten nicht als Nebenbetrieb zu einer anderen ausführenden Einheit einzuordnen sein, weil es an der inneren Verbundenheit zwischen den ausführenden Einheiten fehlt. Ohne die nötige Eigenständigkeit gegenüber einer anderen Einheit handelt es sich wiederum nur um eine einzige funktionale Einheit. Um die weitere Untersuchung nicht unnötig zu verkom-

584 *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 50 ff., bezeichnet diese als „Handwerksbetriebe mit Plattformcharakter“.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

plizieren, wird im Weiteren davon ausgegangen, dass die ausführenden Einheiten zueinander nicht in einem Nebenbetriebsverhältnis stehen.

c) Zwischenergebnis

Handelt es sich bei der Plattform um einen eigenständigen Betrieb, so fehlt diesem jedenfalls die Handwerksfähigkeit, sodass für diesen die Anwendbarkeit der Handwerksordnung ausscheidet. Die einzelnen funktionalen ausführenden Einheiten sind die maßgeblichen Betriebe im Sinne der Handwerksordnung, unabhängig davon, ob es sich um Nebenbetriebe zur Plattform oder von dieser separate Betriebe handelt. Die strukturelle Ausgestaltung des Gesamtnetzwerks wirkt sich aber darauf aus, ob für die ausführende Einheit die speziellen Nebenbetriebsregelungen der §§ 2, 3 HwO zum Tragen kommen.

3. Stehend

Je nachdem, ob die Plattform neben der Vermittlung von Aufträgen an eigene Einheiten auch einen anderen Unternehmenszweck verfolgt oder nicht, stellt die Plattform gegenüber den ausführenden Einheiten einen eigenständigen Betriebsteil dar, oder ist uneigenständiger Teil des Netzes an ausführenden Einheiten. In erstem Fall ist wie bei den „Franchiser"-Plattformen Vertragspartner des Kunden die Plattform. Die Ausübung handwerklicher Tätigkeiten durch die ausführenden Einheiten basiert folglich immer auf einer vorherigen Bestellung seitens des Plattformbetriebs. Ist die Plattform gegenüber den ausführenden Einheiten nicht eigenständig und kommt der Auftrag somit unmittelbar mit der ausführenden Einheit zustande, so kann in Fällen der Auftragsakquise über das Systemsteuerungsmodul eines IoT-fähigen Geräts der Tatbestand des § 55 Abs. 1 GewO zwar dem Wortlaut nach erfüllt sein, nach der hier vertretenen Auffassung ist aber mangels körperlicher Anwesenheit beider Vertragsparteien in teleologischer Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO das Reisegewerbe trotzdem ausgeschlossen. In allen Fällen handelt es sich also um stehendes Gewerbe.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Einordnung in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung

Für jede einzelne ausführende Einheit ist gesondert zu untersuchen, ob sie handwerksfähig ist und handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich betrieben wird. Nur für diejenigen ausführenden Einheiten, die diese Elemente erfüllen, kommt die Anwendbarkeit der Handwerksordnung in Betracht.

a) Ausführende Einheiten, die keine Nebenbetriebe sind

Sind die ausführenden Einheiten keine Nebenbetriebe, so kommt die Handwerksordnung ohne weitere Voraussetzungen zur Anwendung.

b) Ausführende Einheiten, die Nebenbetriebe sind

Für ausführenden Einheiten, die Nebenbetriebe eines Plattformunternehmens sind, kommt es zusätzlich darauf an, ob Berufe der Anlage A oder B ausgeübt werden und welcher Unterkategorie der Nebenbetriebe sie zuzuordnen sind. Auch bei handwerksmäßiger Ausübung handwerksfähiger Tätigkeiten ist die Handwerksordnung in diesen Fällen nur anwendbar, wenn gerade ein handwerklicher Nebenbetrieb im Sinne des § 3 Abs. 1 HwO vorliegt.

aa) Nebenbetriebliche Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A

Die nebenbetriebliche Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A wird in §§ 2, 3 HwO geregelt. In § 3 HwO wird zwischen drei verschiedenen Arten von Nebenbetrieben differenziert. Während für unerhebliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO und für Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO im Umkehrschluss aus §§ 2 Nr. 2, Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO die Handwerksordnung nicht zur Anwendung kommt, gelten für sogenannte handwerkliche Nebenbetriebe gem. §§ 2 Nr. 2, Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO die Regelungen über das zulassungspflichtige Handwerk.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Unerheblicher Nebenbetrieb

Ob die ausführenden Nebenbetriebe die in § 3 Abs. 2 HwO festgelegte Grenze der durchschnittlichen Arbeitszeit eines ohne Hilfskräfte Vollzeit arbeitenden Betriebs des betreffenden Handwerkszweigs übersteigen, ist für jeden ausführenden Nebenbetrieb einzeln zu untersuchen. Wegen der weitgehenden Angleichung der Arbeitszeiten wird in der Regel für alle Handwerkszweige als Grenzwert die Arbeitszeit von 1664 Stunden herangezogen.[585] Es ist durchaus möglich, dass die einer Plattform zugeordneten ausführenden Einheiten jeweils nur in dem eher geringen Umfang des § 3 Abs. 2 HwO tätig werden und daher als unerhebliche Nebenbetriebe eingeordnet werden können.

(2) Hilfsbetrieb

Auch für Hilfsbetriebe[586] im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO gelten die Regelungen der Handwerksordnung gem. § 3 Abs. 1 HwO nicht.

(a) Unselbstständiger, der wirtschaftlichen Zweckbestimmung des Hauptbetriebs dienender Betrieb, § 3 Abs. 3 HwO

§ 3 Abs. 3 HwO enthält Voraussetzungen, die für alle Hilfsbetriebe gelten und zählt in § 3 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 lit. a bis c) HwO zusätzliche Elemente auf, von denen zumindest eines erfüllt sein muss. Ausdrücklich muss der Hilfsbetrieb dem wirtschaftlichen Zweck des verbundenen Hauptbetriebs dienen. Der Hilfsbetrieb muss gewissermaßen wirtschaftlich akzessorisch zum Hauptbetrieb sein.[587] Denn gerade wegen dieser engen Verknüpfung zwischen Haupt- und Hilfsbetrieb sollen beide auch in rechtlicher Hinsicht einheitlich behandelt werden.[588] So soll „den durch die wirtschaftliche Entwicklung bedingten Notwendigkeiten, insbesondere dem das Wirtschaftsleben beherrschenden Gebot der Rationalisierung, Rechnung“ getragen werden.[589] Diese enge wirtschaftliche Verknüpfung

585 Vgl. *Schmitz*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 13 ff., 16.
586 Zu diesen vgl. auch *Leisner*, GewA 2019, 383 ff.
587 Vgl. *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 3 Rn. 19.
588 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 27.
589 BVerwG, Urteil vom 09. Mai 1986 – 1 C 3/84 –, NVwZ 1986, 742.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

soll nach teils vertretener Meinung eine fachliche Verbindung entbehrlich machen.[590]

Damit die ausübenden Einheiten als Hilfsbetriebe der Plattform eingeordnet werden können, müssen sie gem. § 3 Abs. 3 HwO unselbstständig sein. Gemeint ist eine wirtschaftliche Unselbstständigkeit,[591] die neben der Eigenständigkeit in organisatorischer Hinsicht, die bereits für das Vorliegen eines Nebenbetriebs nötig ist, gegeben sein muss.[592] In der untersuchten Konstellation sind die ausführenden Einheiten vom Plattformbetrieb wirtschaftlich abhängig, denn nur über die Plattform erhalten sie Aufträge. Für die organisatorische Eigenständigkeit kann etwa die räumliche Trennung sprechen und das eigenverantwortliche Ausführen der Arbeiten.

Der dienende Zweck wird für Hilfsbetriebe in § 3 Abs. 3 HwO ausdrücklich verlangt. Gerade deswegen wurden Hilfsbetriebe als „Nahtstelle im Verhältnis zwischen Handwerk und Handel"[593] bezeichnet, der mit der Ausnahme vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung Rechnung getragen werden sollte. Die ausführenden Einheiten dienen zweifelsohne der wirtschaftlichen Zweckbestimmung von Plattformen, die Produkte vertreiben oder ausführende Einheiten anderer Inhaber an Kunden vermitteln.

(b) Arbeiten für den Hauptbetrieb, § 3 Abs. 3 Nr. 1 HwO

Die Variante des § 3 Abs. 3 Nr. 1 HwO liegt vor, wenn die Arbeiten nur für einen oder mehrere Hauptbetriebe desselben Inhabers in wirtschaftlicher Hinsicht erbracht werden. Der Hilfsbetrieb darf dann selbst keinen unmittelbaren Marktzugang dergestalt haben, dass die Arbeiten ohne weiteren Zwischenschritt des Hauptbetriebs dem Dritten zukommen.[594] Die

590 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 3 Rn. 17.
591 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 3 Rn. 17.
592 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 28; *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 3 Rn. 17.
593 BVerfG, Kammerbeschluss vom 31. März 2000 – 1 BvR 608/99 –, GewA 2000, 240, 242.
594 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 29. In BVerwGE 58, 93, 99, wurde das Vorliegen der Voraussetzungen eines Hilfsbetriebs im Sinne von § 3 Abs. 3 S. 1 HwO eines zahnärztlichen Praxislabors bejaht, weil der Zahnersatz nicht unmittelbar für den Patienten, den Dritten, hergestellt wird, sondern für den Zahnarzt, den Hauptunternehmer, der den Zahnersatz im Rahmen einer einheitlichen zahnprothetischen Behandlung einsetzt.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausführenden Einheiten führen aber faktisch unmittelbar Leistungen für Dritte aus, sodass diese Variante des Hilfsbetriebs in der untersuchten Plattformkonstellation jedenfalls nicht erfüllt ist.

(c) Leistungen an Dritte, § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO

Nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO sind aber auch bestimmte Leistungen an Dritte im Hilfsbetrieb möglich.

(aa) Handwerkliche Arbeiten untergeordneter Art, § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO

Handwerkliche Arbeiten untergeordneter Art, die zur gebrauchsfertigen Überlassung üblich sind, führen bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen gem. § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO zur Einordnung als Hilfsbetrieb. Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass sie gerade im Kontext der Überlassung eines Gegenstandes erbracht werden müssen. Arbeiten untergeordneter Art sind einfache, nicht zu aufwändige Tätigkeiten.[595] Übliche Arbeiten untergeordneter Art sind etwa das Zusammenbauen, Anschließen oder Montieren von Gegenständen, aber auch sonstige Tätigkeiten, die typischerweise als vertragliche Nebenleistung erbracht werden.[596]

Die Einordnung einer ausführenden Einheit als ein solcher Hilfsbetrieb kommt von vorneherein nur in Betracht, wenn die Plattform als Hauptbetrieb den Kunden Gegenstände überlässt. Das kann nie der Fall sein, wenn die Plattform allein zur Vermittlung von ausführenden Einheiten dient, wohl aber, wenn die Plattform gleichzeitig auch Produkte verkauft. Dann dürfen die handwerklichen Tätigkeiten allerdings nur als Ergänzung zum Produktkauf angeboten werden und nicht kaufunabhängig. Kann auch dies bejaht werden, bleibt im Einzelfall zu untersuchen, ob die Tätigkeiten auch branchenüblich und untergeordneter Art sind. Ist all dies gegeben, handelt es sich bei der ausführenden Einheit um einen Hilfsbetrieb im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO.

---

595 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 34.
596 Vgl. *Schmitz*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(bb) Unentgeltliche Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten, § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HwO

Unentgeltliche Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten führen bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen ebenfalls zur Einordnung als Hilfsbetrieb, § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HwO. Diese Variante tritt vor allem auf, wenn im Hauptbetrieb Gegenstände verkauft werden, die eben eine der aufgezählten produktbezogenen Arbeiten erfordern.

(cc) Entgeltliche Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten, § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. c HwO

Werden diese Tätigkeiten entgeltlich ausgeübt, so muss der Hauptbetrieb gem. § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. c HwO auch der Hersteller der betroffenen Produkte im Sinne des Produkthaftungsgesetzes sein, damit die Einheit, die diese Tätigkeiten ausführt, als Hilfsbetrieb einzuordnen ist. Nach der sehr weit gefassten Definition in § 4 ProdHaftG ist Hersteller, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat, § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG, sowie jeder, der sich durch das Anbringen seines Namens, seiner Marke oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgibt, § 4 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG, aber auch der Importeur, § 4 Abs. 2 ProdHaftG, und der Händler, § 4 Abs. 3 ProdHaftG.[597]

Das Anbieten auch entgeltlicher Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten zu einem Produkt ist ein gängiges Geschäftsmodell von Herstellern. Teilweise werden sogar vertragliche Garantien daran geknüpft, dass sämtliche Reparaturen allein durch Personal des Herstellers selbst oder von ihm dazu autorisierte Personen durchgeführt werden.[598] Durch den sehr weit gefassten Tätigkeitsbereich können auch kompliziertere handwerkliche Tätigkeiten, die von § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO gerade nicht erfasst sind, in einem Hilfsbetrieb ausgeübt werden.

---

597 *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 353, 362 bezeichnen dies daher treffend als allgemeines „Privileg des Handels".

598 Dieses Modell ist seit langem üblich bei Kfz-Herstellern, die vertragliche Garantien mittels einer entsprechenden Klausel in den AGB an die regelmäßige Wartung des Kfz in Vertragswerkstätten des Herstellers binden. Zur Wirksamkeit dieser Klausel vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2007 – VIII ZR 187/06 –, NJW 2008, 843 ff.; BGH, Urteil vom 25. September 2013 – VIII ZR 206/12 –, NJW 2014, 209 ff., dazu auch *Steimle*, NJW 2014, 192 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In der Plattformkonstellation kann der Plattforminhaber sich auf einfache Weise durch Anbringen seines Logos auf den verkauften Produkten zum Quasi-Hersteller machen. Gleichzeitig erleichtert das Plattformmodell das gemeinsame Anbieten von Produkt und den dazugehörigen Installations- Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten. Das Aufkommen von Plattformmodellen kann also dazu führen, dass zunehmend mehr ausführende Einheiten, in denen wesentliche Tätigkeiten der Anlage A ausgeübt werden, als Hilfsbetrieb einzuordnen und damit vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ausgenommen sind.

(3) Handwerklicher Nebenbetrieb gem. § 3 Abs. 1 HwO

Ein handwerklicher Nebenbetrieb im Sinne von § 2 Nr. 2, Nr. 3 HwO liegt gem. § 3 Abs. 1 HwO nur dann vor, wenn gerade kein unerheblicher Nebenbetrieb und gerade kein Hilfsbetrieb vorliegen. Der Hinweis auf die handwerksmäßige Ausübung in § 3 Abs. 1 HwO ist überflüssig, ergibt sich dieses Kriterium doch schon aus § 2 HwO, der als Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines handwerklichen Nebenbetriebs fordert, dass alle Elemente eines Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks erfüllt sein müssen.[599] Letztes Element des § 3 Abs. 1 HwO ist das Herstellen von Waren zum Absatz an Dritte oder das Bewirken von Leistungen für Dritte. Die ausführenden Einheiten von Plattformen werden für Dritte tätig. Sind solche ausführenden Einheiten, die handwerksmäßig wesentliche Tätigkeiten der Anlage A ausüben, keine unerheblichen Nebenbetriebe und keine Hilfsbetriebe, so ist die Handwerksordnung folglich auf sie anzuwenden.

(4) Zwischenergebnis

Praktisch werden viele ausführende Einheiten, die Nebenbetriebe zu einem Plattformbetrieb sind und sowohl wesentliche Tätigkeiten von Berufen des zulassungspflichtigen Handwerks ausüben als auch handwerksmäßig betrieben werden, in die Kategorie der Hilfsbetriebe oder der unerheblichen Nebenbetriebe oder sogar beides fallen, sodass die Handwerksordnung nicht auf sie anwendbar ist.

599 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Nebenbetriebliche Ausübung von Berufen der Anlage B

Auch ausführende Einheiten, die Berufe der Anlage B auf handwerksmäßige bzw. handwerksähnliche Weise ausüben, können die Merkmale der verschiedenen vorgenannten Nebenbetriebskategorien erfüllen. § 2 HwO nimmt allerdings ausdrücklich auf Betriebe des zulassungspflichtigen Handwerks Bezug. Mangels Verweises in § 20 S. 1 HwO sind §§ 2, 3 HwO nicht anwendbar für Einheiten, die alle Kriterien von Neben- oder Hilfsbetrieben erfüllen und in denen Berufe des zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes ausgeübt werden.

Als im Zuge der Zweiten Novelle der Handwerksordnung zur bisher bestehenden Kategorie des zulassungspflichtigen Handwerks auch die zulassungsfreie Kategorie des handwerksähnlichen Gewerbes in den Regelungsbereich der Handwerksordnung aufgenommen wurde, wurde bewusst keine entsprechende Anwendbarkeit der Nebenbetriebsregelungen der §§ 2, 3 HwO angeordnet.[600] Das Fehlen dieses Verweises lässt verschiedene Interpretationen zu.

Man kann es so verstehen, dass es mangels der Anwendbarkeit von Spezialvorschriften für Neben- und Hilfsbetriebe bei den generellen für handwerksähnliche Betriebe geltenden Vorschriften der §§ 18 ff. HwO bleiben sollte und für diese Berufe nicht zwischen den für das zulassungspflichtige Handwerk eingeführten Betriebskategorien unterschieden werden soll. Dafür spricht, dass nach überwiegender Ansicht der handwerksrechtlichen Literatur § 2 HwO rein deklaratorische Wirkung hat.[601] Es wäre ein logischer Fehlschluss, aus dem Fehlen eines Verweises auf eine rein rechtserklärende Norm einen Umkehrschluss mit einer rechtlichen Wirkung zu ziehen. Der Aussagegehalt der §§ 2, 3 HwO beschränkt sich – den deklaratorischen Charakter des § 2 HwO vorausgesetzt – auf die Ausnahme unerheblicher Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe des zulassungspflichtigen Handwerks vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung und somit auch von der Meisterpflicht. Das Fehlen eines Verweises auf die §§ 2, 3 HwO würde sich nach dieser Auffassung allein so auswirken, dass es anders als bei der nebenbetrieblichen Ausübung von Berufen der Anlage A keine Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung für unerhebliche Nebenbetriebe und für Hilfsbetriebe in Berufen der An-

600 Vgl. BT-Drs. 4/3461, S. 12.

601 Vgl. *Heck*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 2 Rn. 2; *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 2 Rn. 3 f.; a.A. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 2 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lage B gibt. Dies ist insofern überzeugend, als für Berufe des handwerksähnlichen Gewerbes gerade keine persönliche Qualifikation erforderlich war und ist, sodass ein Bedürfnis für Ausnahmen von der Meisterpflicht nicht bestand und besteht. Gestützt wird diese Auffassung durch das Bundesverfassungsgericht, das der Auffassung ist, der Gesetzgeber habe mit Blick auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG mit der Ausnahme unerheblicher Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe sowie mit der Ausnahme des Minderhandwerks vom Begriff des Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks mehrere Schwellen aufgestellt, „wobei unterhalb der jeweiligen Schwelle der Erwerb eines Meisterbriefes zur selbstständigen Berufsausübung nicht erforderlich ist".[602] Aus systematischer Sicht ist es also überzeugend, das Fehlen eines Verweises auf §§ 2, 3 HwO als reines Fehlen einer Anwendbarkeitserklärung der Spezialregelungen zu verstehen. Dann würden stehende Betriebe des zulassungsfreien Handwerks und des handwerksähnlichen Gewerbes immer in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung fallen, unabhängig davon ob sie für sich stehen oder einen Nebenbetrieb in einer der in § 3 HwO aufgezählten Ausprägungen darstellen.

In einer grundlegenden Entscheidung im Jahr 1991 hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings für das handwerksähnliche Gewerbe eine andere Linie verfolgt.[603] Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist trotz des Fehlens eines Verweises auf §§ 2, 3 HwO die Differenzierung zwischen Nebenbetrieben und für sich stehenden Betrieben zu treffen.[604] Mit dem Argument, dass eine „Aufspaltung" bezüglich der Kammermitgliedschaft und „Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenbetrieben […] hier wenig sinnvoll"[605] erscheine, werden sämtliche handwerksähnlichen Nebenbetriebe, die mit einem Unternehmen, das Mitglied der Industrie- und Handelskammer ist, verbunden sind, ebenfalls der Industrie- und Handelskammer zugeordnet.[606] Argumentiert wird diesbezüglich, dass der bei dem zulassungspflichtigen Handwerk verfolgte Gedanke der Gleichstellung von nebenbetrieblicher und hauptbetrieblicher Ausübung[607] nicht übertragbar sei auf die handwerksähnliche Ausübung von

602 BVerfG, Kammerbeschluss vom 31. März 2000 – 1 BvR 608/99 –, GewA 2000, 240, 242.
603 BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, GewA 1994, 248, 249.
604 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, GewA 1994, 248, 250.
605 BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, GewA 1994, 248, 250.
606 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, GewA 1994, 248, 249 und 250.
607 Vgl. BVerwGE 34, 56, 58.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Berufen der Anlage B, da für sie ohnehin keine Zulassungspflicht vorgesehen ist.[608] Das Urteil basiert wohl auf der Annahme, dass § 2 HwO durchaus Regelungscharakter habe, sodass § 3 Abs. 1 HwO den Anwendungsbereich der Handwerksordnung erweitert und nicht §§ 3 Abs. 2, Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 HwO den Anwendungsbereich beschränken.

In der Entscheidung wird ausdrücklich offengelassen, in welcher Kammer der Nebenbetrieb Mitglied ist, wenn das verbundene Hauptunternehmen selbst kein Mitglied der Industrie- und Handelskammer ist.[609] Nach der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts, dass keine „Aufspaltung" der Kammermitgliedschaft vorgenommen werden könne, müsste sich das Schicksal des Nebenbetriebs immer akzessorisch nach dem des verbundenen Unternehmens richten. Eine solche Akzessorietät ist aber gesetzlich nicht vorgesehen. Auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts liegen die Merkmale eines Nebenbetriebs und somit eines eigenständigen Betriebs vor.[610] Konsequenterweise muss dieser auch isoliert betrachtet werden. Verneint man im Einklang mit dieser Rechtsprechung, dass dieser Betrieb Regelungsgegenstand der Handwerksordnung ist, so kann auch § 90 Abs. 2 ff. HwO, der für die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer an den Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes anknüpft, nicht zur Anwendung kommen. Der Inhaber eines Nebenbetriebes, der nicht Regelungsgegenstand der Handwerksordnung ist, ist daher immer Mitglied der Industrie- und Handelskammer, und zwar gem. § 2 Abs. 3 IHKG, wenn das verbundene Unternehmen ein Handwerksbetrieb ist, oder gem. § 2 Abs. 1 IHKG, sollte es mit einem anderen zur Gewerbesteuer veranlagten Betrieb verbunden sein.[611] Die Argumentation der Ausnahme handwerksähnlicher Nebenbetriebe vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung zur Vermeidung der Doppelmitgliedschaft überzeugt also nicht in allen Fällen. Trotzdem hat sie sich als herrschende Meinung durchgesetzt.[612] Bei der Einführung der Katego-

608 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, GewA 1994, 248, 249.
609 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, GewA 1994, 248, 249.
610 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, GewA 1994, 248, 250.
611 So wohl auch *Detterbeck*, Nomos Bundesrecht Erläuterungen, Handwerksordnung, § 20 Rn. 2; *Honig/Knörr/Kremer*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 19 Rn. 4; *Palige*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 20 Rn. 9; *Stork*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 19 Rn. 7.
612 Vgl. *Schmitz*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 37; *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 12 f. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 18 Rn. 19 ff. sieht dies als „systemwidrig und jedenfalls rechtspolitisch verfehlt" (Rn. 21).

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rie des zulassungsfreien Handwerks im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2004 und seiner Gleichstellung mit dem handwerksähnlichen Gewerbe wurde erneut auf die Aufnahme eines Verweises auf §§ 2, 3 HwO in § 20 S. 1 HwO verzichtet. So wurde die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts – in den Begründungen von Gesetzesentwürfen und Beschlussempfehlung sogar ausdrücklich[613] – bestätigt. Angesichts dieser Bestätigung lässt sich eine anderweitige Auslegung kaum noch vertreten. Nach der herrschenden Auffassung sind daher alle Arten von Nebenbetrieben, in denen auf handwerksmäßige bzw. handwerksähnliche Weise Berufe der Anlage B ausgeübt werden, nicht vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung umfasst.

IV. Zwischenergebnis

Die Einordnung zeigt, dass die ausführenden Einheiten in allen Fällen selbst die für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung maßgeblichen Betriebe sind. Bei ihrer Handwerksfähigkeit und handwerksmäßiger bzw. handwerksähnlicher Ausübung kann die Handwerksordnung anwendbar sein. Werden sie über Werbeplattformen, „Onlineshop"-Plattformen und „Partnervermittler"-Plattformen oder „Franchiser"-Plattformen vermittelt, so sind sie als plattformunabhängige Handwerksbetriebe oder Betriebe des handwerksähnlichen Gewerbes einzuordnen, die Handwerksordnung ist dann immer anwendbar.

Bei der Vermittlung an ausführende Einheiten in der Hand des Plattformbetreibers ist danach zu differenzieren, ob der Plattformbetrieb neben der Erbringung von Handwerksleistungen noch andere Betriebszwecke verfolgt. Ist dies nicht der Fall, dient also die Plattform allein der Vermittlung eigener Handwerker, so ist die Plattform uneigenständiger Teil der Gesamtunternehmensstruktur und somit gewerberechtlich irrelevant. Die ausführenden Einheiten sind wie bei den anderen Plattformtypen als für sich stehende Handwerksbetriebe einzuordnen. Verfolgt die Plattform hingegen neben der Vermittlung von ausführenden Einheiten in der Hand desselben Inhabers auch einen anderen Zweck, kommt es auf den Einzelfall an, ob diese für sich stehende Betriebe oder Nebenbetriebe sind. Handelt es sich um für sich stehende Betriebe, so ist die Handwerksordnung anwendbar. Bei Nebenbetrieben ist dies hingegen gem. §§ 3 Abs. 1 HwO i.V.m. 2 HwO nur dann der Fall, wenn in den ausführenden Einheiten in

613 Vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 33; BT-Drs. 15/1481, S. 22; BT-Drs. 15/2083, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht nur unerheblichem Umfang im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO wesentliche Tätigkeiten eines Berufs der Anlage A handwerksmäßig ausgeübt werden und dies nicht in Form eines Hilfsbetriebs im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO geschieht. In allen anderen Fällen ist sie ausgeschlossen, bei der Ausübung von wesentlichen Tätigkeiten von Berufen der Anlage A ausdrücklich, wie sich aus § 3 Abs. 2, Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 HwO ergibt, bei der Ausübung von Berufen der Anlage B nach allgemeiner Auffassung. Die Plattformen können ihrerseits zwar oft auch eine funktionale Betriebseinheit darstellen, ihnen fehlt aber bereits die Handwerksfähigkeit.

D. Adäquanz von Einordnung und Rechtsrahmen

Die eingeordneten Plattformmodelle sind in dieser Gestalt erst durch die Digitalisierung ermöglicht worden. Daher stellt sich die Frage, ob die gesetzlich vorgesehene Zuordnung zum Anwendungsbereich der Handwerksordnung auch bei diesen Unternehmensstrukturierungen überzeugen kann.

I. Anknüpfen an ausführende Einheiten

Allein die ausführenden Einheiten sind Handwerksbetriebe im Sinne des funktionalen Betriebsbegriffs der Handwerksordnung. Spezifisch zur Vertretung von Interessen von Betrieben, die handwerksfähige Tätigkeiten handwerksmäßig ausüben, hat die Handwerkskammer die Expertise. Im Falle des zulassungspflichtigen Handwerks wird gerade bei dieser Ausübungsweise genau dieser Berufe ein Bedürfnis zur Gefahrenabwehr und zur Förderung materiellen und immateriellen Kulturgüterschutzes sowie der Ausbildungsleistung gesehen. Daher ist es sachgerecht, dass die Handwerksordnung überhaupt zur Anwendung kommt.

Dass dabei an die ausführenden Einheiten und nicht das Gesamtgefüge angeknüpft wird, hat zur Folge, dass im zulassungspflichtigen Handwerk jede einzelne ausführende Einheit von einem qualifizierten Betriebsleiter betreut werden muss. Nach dem materiellen Betriebsleiterbegriff der Handwerksordnung muss ein Betriebsleiter die Leitung tatsächlich ausüben durch Lenken und Beaufsichtigen der Arbeitsabläufe.[614] Dadurch sollen Gefahren aus der handwerksmäßigen Ausübung gefahrgeneigter

614 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 7 Rn. 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Berufe abgewehrt werden, der materielle und immaterielle Kulturgüterschutz gefördert werden und die Ausbildungsleistung des Handwerks gestärkt werden. Im Falle der Ausübung solcher Berufe, die aufgrund ihrer Gefahrgeneigtheit in der Anlage A aufgeführt sind, werden gefahrgeneigte Tätigkeiten auf eine Weise ausgeübt, die ein erhöhtes Gefahrenrealisierungspotential birgt. Nur durch die tatsächliche Leitung können die Gefahren effektiv eingedämmt werden. Die tatsächliche Leitung durch einen Betriebsleiter erfordert gerade das Abstellen auf überschaubare Einheiten. Mit dem Anknüpfen an die ausführenden Einheiten statt an das Gesamtunternehmen ist daher eine möglichst effiziente Gefahrenabwehr gewährleistet. Die Voraussetzungen für das Einstellen von Lehrlingen beziehen sich nicht auf den Betrieb als funktionale Einheit, sondern auf die Eignung der Betriebsstätte, § 21 HwO, und des Ausbilders, § 22 HwO. Der Ausbildungsleistung sowie dem immateriellen Kulturgüterschutz im Wege des Wissenstransfers ist es förderlich, wenn es möglichst viele potentielle Ausbilder gibt. Das Anknüpfen gerade an ausführende Einheiten statt an das Gesamtnetzwerk führt zu einer deutlich höheren Zahl an auch zur Ausbildung qualifizierten und mit dem zu erhaltenden Wissen ausgestatteten Betriebsleitern und ist auch diesen Zielen somit dienlich. Das Anknüpfen an die ausführenden Einheiten als maßgebliche Betriebseinheiten ist auch insofern sachgerecht, als in verschiedenen ausführenden Einheiten eines einzigen Portals durchaus auch unterschiedliche Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe ausgeübt werden können.

II. Ausnahme bestimmter ausführender Einheiten vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung

Das Verhältnis der handwerksmäßigen und handwerksfähigen ausführenden Einheit zur Plattform kann sich darauf auswirken, ob die Handwerksordnung tatsächlich Anwendung findet. Auf ausführende Einheiten, die nicht als Nebenbetrieb einzuordnen sind, findet die Handwerksordnung immer Anwendung. Auf ausführende Einheiten, die Nebenbetriebe zur Plattform sind und die wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A ausüben, ist sie nur dann anwendbar, wenn sie nicht als Hilfsbetrieb oder unerheblicher Nebenbetrieb einzustufen sind. Auf die nebenbetriebliche Ausübung von Berufen der Anlage B findet sie nie Anwendung.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Gleichheitsrechtliche Bedenken

Diese Ausnahmen führen zu Ungleichbehandlungen unter den ausführenden Einheiten, die alle als funktionale Einheiten im Sinne der Handwerksordnung eingestuft worden sind. Sie werfen daher gleichheitsrechtliche Bedenken auf.

a) Unerhebliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO

Die erste Ausnahme vom Anwendungsbereich gilt gem. §§ 2 Nr. 2 und Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO ausführenden Einheiten, die gem. § 3 Abs. 2 HwO als unerhebliche Nebenbetriebe einer Plattform in der Hand desselben Inhabers zu kategorisieren sind. Für diese Nebenbetriebe gilt mit der Gewerbeordnung ein anderes Rechtsregime. Damit werden sie anders behandelt als alle ausführenden Einheiten, die nicht als Nebenbetriebe, sondern als eigenständige Betriebe einzuordnen sind. Das betrifft gleich gestaltete und mit dem gleichen Plattformtyp verbundene ausführende Einheiten, die dieselben Tätigkeiten in größerem Umfang ausüben, aber auch gleich gestaltete ausführende Einheiten, die an eine Plattform desselben Inhabers angebunden sind, der über die Vermittlung eigener ausführender Einheiten hinaus keinen weiteren Zweck verfolgt, oder an eine Plattform eines anderen Inhabers. Während in diesen ausführenden Einheiten gem. § 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 HwO ein qualifizierter Betriebsleiter beschäftigt sein muss, der Inhaber in die Handwerksrolle eingetragen ist und Inhaber und fachlich qualifizierte Mitarbeiter Mitglieder der Handwerkskammer sind, haben die Inhaber solcher Nebenbetriebe keine besonderen Anforderungen zu erfüllen und sind Mitglieder der Industrie- und Handelskammer.

Damit diese Ungleichbehandlung innerhalb der Kategorie „ausführende Einheiten“ nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, muss zumindest ein sachlicher Differenzierungsgrund gegeben sein. Ursprünglicher Grund für die Ausnahme von in unerheblichem Umfang im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO betriebenen Nebenbetrieben vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung 1953 war, dass sie als nicht in relevantem Wettbewerb zu sonstigen Handwerksbetrieben stehend aufgefasst worden sind.[615] Der früher von der Handwerksordnung verfolgte

615 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu BT-Drs. 1/4172.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zweck der Sicherung der Leistungsfähigkeit und des Leistungsstandes des Handwerks ist seit der Novelle der Handwerksordnung 2004 wegen verfassungsrechtlicher Bedenken aus dem Fokus gerückt.[616] Aber selbst wenn man dies als legitimes Ziel gelten lassen wollte, würde es angesichts der geänderten Lebenssachverhalte und insbesondere der digitalen Portalmodelle zur Vermittlung von Handwerkern mittlerweile verfehlt. Denn statt der damals wohl bedachten Konstellation, dass ein Unternehmen mit einem einzigen handwerklichen Nebenbetrieb verbunden ist, sind an eine Plattform typischerweise eine Vielzahl an Nebenbetrieben angebunden. Selbst wenn diese Nebenbetriebe für sich genommen jeweils wettbewerblich unerheblich sind, sind sie es in Summe häufig nicht. Auch wenn jeder Nebenbetrieb nach seinen Umsatzzahlen schwächer wäre als das allen gemeinsame verbundene Plattformunternehmen, könnten sie in Summe den Umsatz des verbundenen Portals weit übersteigen. Die häufig anzutreffende, hier jedoch abgelehnte Forderung, eine untergeordnete umsatzbezogene wirtschaftliche Stellung schon als Element des Nebenbetriebsbegriffs aufzufassen, würde daran im Übrigen auch nichts ändern, denn dieser bezieht sich ebenfalls nur auf den einzelnen Nebenbetrieb.[617] Der ursprüngliche Gedanke, dass Nebenbetriebe, die in unerheblichem Umfang nach § 3 Abs. 2 HwO betrieben werden, auch für die Leistungsfähigkeit des Handwerks nicht viel beitragen können, verfängt also nicht mehr für neue Konstellationen, sodass die verfassungsrechtliche Legitimität der Verfolgung dieses Ziels auf diese Weise dahinstehen kann.

Zur Verfolgung der nunmehr mit der Handwerksordnung verfolgten Ziele ist die Ausnahme für unerhebliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO nicht nur ungeeignet, sondern steht diesen sogar entgegen. Die Zulassungspflicht des § 1 Abs. 1 HwO betrifft die Ausübung wesentlicher Tätigkeiten insbesondere solcher Berufe, die wegen ihrer Gefahrgeneigtheit in der Anlage A aufgezählt sind, auf handwerksmäßige Weise. Auch unerhebliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO, die diese Tätigkeiten ausüben, werden handwerksmäßig betrieben. Es besteht also ein in relativer Hinsicht vergleichbares Gefahrenrealisierungspotential.[618] Angesichts der hohen Stellung des zu schützenden Rechtsguts kann es nicht ausschlaggebend sein, dass infolge des geringeren zeitlichen Arbeitsumfangs möglicherweise absolut gesehen weniger Verletzungen von Leib

616 Vgl. etwa *Müller*, NVwZ 2004, 403, 404, 407 f.

617 Vgl. auch *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 22.

618 Ähnlich *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 353, 362; *Bulla*, GewA 2012, 470, 474.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und Leben eintreten. Die Ausnahme vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung für Nebenbetriebe, die weniger als ein ohne Hilfskräfte Vollzeit arbeitender Betrieb arbeiten, ist also unter Gesichtspunkten der Gefahrenabwehr nicht nachvollziehbar und sieht sich daher teils heftiger Kritik ausgesetzt.[619]

Auch bei Arbeiten an materiellen Kulturgütern ist unabhängig vom betrieblichen Tätigkeitsumfang eine gesicherte Expertise erforderlich. Der immaterielle Kulturgüterschutz im Sinne eines Wissenstransfers profitiert davon, dass möglichst viele Betriebe die durch die Zulassungspflicht gesicherten Voraussetzungen dafür mitbringen.

Das Gleiche gilt für die Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft. Mangels anderweitiger Regelung in §§ 21 ff. HwO oder im BBiG kann grundsätzlich auch in Nebenbetrieben ausgebildet werden und auch die Unerheblichkeit eines Nebenbetriebs steht dem Einstellen von Lehrlingen nicht von vorneherein entgegen. Zum Feststellen der Unerheblichkeit wird allein auf den Umfang der geleisteten Arbeitszeit abgestellt, § 3 Abs. 2 HwO. Es ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass ein ausbildender Betriebsleiter und ein Auszubildender im unerheblichen Nebenbetrieb tätig sind, solange ihre Arbeitsstunden kumuliert das Pensum eines durchschnittlichen ohne Hilfskräfte arbeitenden Betriebs nicht erreichen.[620] In diesem Zusammenhang ist ferner zu bedenken, dass gem. § 27b Abs. 1 S. 1 HwO und § 7a Abs. 1 S. 1 BBiG auch die Ausbildung in Teilzeit möglich ist. Wenn die Ausbildungstätigkeit eines Nebenbetriebs als Argument gegen seine Unerheblichkeit angeführt wird, kann dies daher nur als reines Indiz dafür zu verstehen sein, dass insgesamt diese Grenze überschritten wird.[621] Es kann also grundsätzlich auch in unerheblichen Nebenbetrieben ausgebildet werden, sodass die Ausbildungsleistung des Handwerks für die Gesamtwirtschaft davon profitieren würde, wenn diese nicht von der handwerksrechtlichen Zulassungspflicht ausgenommen wären.

---

619 Vgl. *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 353, 361 f.; *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, 2004, S. 53; *Müller*, NVwZ 2004, 403, 409; *Kormann/Hüpers*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band II, S. 92. Vgl. dazu auch *Müller*, GewA 2007, 361, 364 ff., 369 f.; *Bulla*, GewA 2012, 470, 474; *Schmitz*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 3 f.; a.A. *Baumeister,* GewA 2007, 310 ff.

620 Vgl. *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 3 Rn. 14.

621 So zu verstehen bei VG Stuttgart, Beschluss vom 16. Oktober 2012 – 4 K 2731/12 –, GewA 2013, 131, 131, wo an derselben Stelle auch auf das Vorhandensein mehrerer Mitarbeiter abgestellt wird; diese Passage wird wohl anders verstanden von *Schmitz*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Ausnahme von unerheblichen handwerklichen Nebenbetrieben im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung kann in ihrer jetzigen Ausgestaltung ihr ursprüngliches Ziel der Ausnahme allein wettbewerblich irrelevanter Nebenbetriebe nicht erreichen. Zur Verfolgung der seit der Novelle der Handwerksordnung 2004 in den Vordergrund gerückten Ziele ist die Differenzierung nicht sachgerecht, sondern steht ihnen sogar entgegen. Andere Gründe sind nicht ersichtlich. In Ermangelung eines legitimen sachlichen Differenzierungsgrundes ist die Ungleichbehandlung daher unvereinbar mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

b) Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO

Solche ausführenden Einheiten, die als Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO einzuordnen sind, werden ebenfalls vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung nicht erfasst. Sie werden somit anders behandelt als ausführende Einheiten, die in dasselbe Plattformsystem eingebunden sind, aber andere Tätigkeiten als die in § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO aufgeführten ausüben und daher als handwerkliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 1 HwO in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung fallen. Sie werden auch anders behandelt als gleich gestaltete ausführende Einheiten, die über eine Plattform ohne darüberhinausgehenden Unternehmenszweck verwaltet werden, und als solche, die nicht vom Inhaber der Plattform, sondern einem anderen Inhaber betrieben werden. Diese sind jeweils als Betriebe eines zulassungspflichtigen Handwerks nach § 1 Abs. 2 S. 1 HwO einzustufen. Besonders deutlich wird die letztgenannte Ungleichbehandlung, wenn ein Hersteller über eine Online-Plattform seine Produkte verkauft und zur Installation oder Wartung neben eigenen ausführenden Einheiten auch externe einsetzt. Diese Kombination des Betreibens eigener ausführender Einheiten mit dem „Franchiser"-Modell ist gängige Praxis.[622] Auch hier steht bezüglich der unterschiedlichen Behandlung gleich gestalteter ausführender Einheiten eine Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG im Raum.

Auch Hilfsbetriebe wurden schon in der Handwerksordnung in der Fassung von 1953 vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ausgenommen, weil sie nicht als im Wettbewerb mit dem Handwerk ste-

622 Vgl. *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hend wahrgenommen worden sind.[623] Mit der Ausnahme handwerklicher Arbeiten untergeordneter Art, die zur gebrauchsfertigen Überlassung üblich sind, in lit. a, unentgeltlicher Pflege-, Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten in lit. b sowie entgeltlichen Pflege-, Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten an Gegenständen, die im Hauptbetrieb hergestellt worden sind, in lit. c des § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO i.d.F. vom 23. September 1953 besteht eine große Ähnlichkeit des ursprünglich formulierten Wortlauts zu dem der heutigen Fassung.

Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Bedeutung des § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO seitdem trotzdem gravierend gewandelt hat. Auch in der ursprünglichen Fassung war Grundvoraussetzung eines Hilfsbetriebs wie für alle Nebenbetriebe im weiteren Sinne gem. § 2 HwO das Vorliegen eines Betriebs des Handwerks im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO. Damals war Regelungsgegenstand der Handwerksordnung allein das zulassungspflichtige Handwerk, das gem. § 1 Abs. 2 HwO i.d.F. v. 1953 allein durch das handwerksmäßige Betreiben von Berufen der Anlage A gekennzeichnet war. Die ausdrückliche Beschränkung auf die Ausübung wesentlicher Tätigkeiten wurde erst im Jahr 1998 in § 1 Abs. 2 S. 1 HwO aufgenommen,[624] um die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtmäßigkeit der Zulassungspflicht im Gesetz deutlich sichtbar zu machen.[625] Bis dahin hätten man die Tätigkeiten des § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO durchaus als solche auffassen können, die ohnehin nicht zum Kernbereich des jeweiligen Handwerks zählen. Dann wäre diese Norm mit der Aufnahme der Ausübung mindestens wesentlicher Tätigkeiten als Tatbestandsmerkmal des zulassungspflichtigen Handwerks in § 1 Abs. 2 S. 1 HwO zu einer rein deklaratorischen geworden. Insbesondere die Ausnahme für hilfsbetriebliche Tätigkeiten in dem seit 1953 unveränderten § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO für handwerkliche Tätigkeiten „untergeordneter Art“ spricht für diese Interpretation. Allerdings wurde trotz der zwischenzeitlich erfolgten expliziten Aufnahme der Ausübung mindestens wesentlicher Tätigkeiten als Tatbestandsmerkmal des zulassungspflichtigen Handwerks in § 1 Abs. 2 S. 1 HwO auch § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO in der Handwerksordnung belassen und auch in der folgenden Literatur und Rechtsprechung nie als rein deklaratorisch interpretiert. Dadurch wurde die Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO

623 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu BT-Drs. 1/4172, S. 6.

624 Vgl. BGBl. I 1998, S. 596.

625 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durchaus Regelungscharakter habe und auch wesentliche Tätigkeiten von § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO erfasst sein können.[626] Bestätigt wurde dieses Verständnis durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 3 Abs. 3 HwO im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2004. Seitdem sind von § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. b und lit. c HwO auch Installationsarbeiten erfasst und als Hauptbetrieb für die Variante des § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. c HwO kommen nicht nur tatsächliche Hersteller, sondern alle Hersteller im Sinne des Produkthaftungsgesetzes in Betracht. Damit hat sich die Bedeutung des § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO von einer Ausnahme für einfachere Arbeiten zumindest größtenteils deklaratorischen Charakters zu einer Ausnahme mit Regelungswirkung und weitreichendem Anwendungsbereich gewandelt. Diese Regelung bildet heute also nicht mehr die ursprünglich damit verfolgte Ausnahme einfacherer, nebensächlicherer Tätigkeiten von der Zulassungspflicht ab.

Daneben ist auch hier der Wandel in den Zielen der Zulassungspflicht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Ungleichbehandlung zu berücksichtigen. Es bleibt daher zu untersuchen, ob ein anderer sachlicher Differenzierungsgrund es angesichts der nunmehr im Vordergrund stehenden Ziele rechtfertigt, diese Betriebe vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung auszunehmen. Besonderes Gewicht kommt dabei dem Ziel der Abwehr von Gefahren für Leib und Leben, also für Rechtsgüter von besonders hohem Wert, zu. In den Hilfsbetrieben werden ebenso wie in für sich stehenden Betrieben des zulassungspflichtigen Handwerks im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO und in handwerklichen Nebenbetrieben im Sinne von § 3 Abs. 1 HwO wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A auf handwerksmäßige Weise ausgeübt. Im Falle der Ausübung solcher Berufe, die aufgrund ihrer Gefahrgeneigtheit in der Anlage A aufgeführt sind, werden also gefahrgeneigte Tätigkeiten auf eine Weise ausgeübt, die ein erhöhtes Gefahrenrealisierungspotential birgt. Das Bedürfnis für die Zulassungspflicht kann also insbesondere dann entfallen, wenn von Hilfsbetrieben aus anderen Gründen eine geringere Gefahr ausgeht, weil dem mit sonstigen Betrieben vergleichbaren Gefahrenrealisierungspotential der handwerksmäßigen Ausübung dieser gefahrgeneigten Tätigkeiten auf andere Art und Weise beigekommen wird.

626 Folge ist bei § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO das Bedürfnis einer dreifachen Abstufung zwischen erstens unwesentlichen, zweitens wesentlichen, aber untergeordneten, und drittens wesentlichen und nicht untergeordneten Tätigkeiten, die kaum mehr praktikabel sein dürfte.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In der Debatte über die Erweiterung des Inhalts des § 3 Abs. 3 HwO betonte die Bundesregierung, dass Kunden des Herstellers umfassende Dienstleistungen zum eigentlichen Verkauf des Produkts erwarten.[627] Diese Einschätzung ist durchaus nachvollziehbar. Weiter wird jedoch argumentiert, dass Servicetätigkeiten „derart produktspezifisch seien", dass sie „aufgrund der Sachnähe dem Herstellungsbereich zugeordnet werden müssen und deshalb ebenso von der Anwendung des Erfordernisses der Meisterprüfung freigestellt werden müssen, wie dies beim Hauptbetrieb der Fall ist"[628]. Es wird also aus der produktspezifischen Art der Tätigkeiten und der Sachnähe geschlossen, dass eine Ausnahme von der Zulassungspflicht angemessen sei.

Schon das Vorliegen produktspezifischer Tätigkeiten kann aber angezweifelt werden. Unbestreitbar können Servicetätigkeiten produktspezifisch sein. Allerdings sieht § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO keine Beschränkung auf produktspezifische Tätigkeiten vor. Sowohl Arbeiten untergeordneter Art, die zur gebrauchsfertigen Überlassung üblich sind, im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO, als auch die Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten des § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. b und c HwO umfassen Tätigkeiten, die zwar produktbezogen sind, aber nicht produktspezifisch, die also nicht nur individuell bei dem bestimmten Produkt des jeweiligen Herstellers anfallen, sondern bei allen Produkten dieser Kategorie. Wenn Tätigkeiten rein produktspezifisch sind, kann es im Übrigen sein, dass sie gar nicht mehr einem Handwerksberuf zugeordnet werden können. Dann unterliegen sie schon deswegen ohnehin nicht dem Anwendungsbereich der Handwerksordnung. Produktbezogene Tätigkeiten hingegen werden schon seit jeher auch von Handwerksbetrieben ausgeübt. In vielen Handwerksberufen ist gerade das der Kern der Tätigkeit. So beschreibt etwa die Bundesagentur für Arbeit das Berufsbild von Meistern des zulassungspflichtigen Handwerks „Installateur- und Heizungsbauer" folgendermaßen: „Installateur- und Heizungsbauermeister/innen planen, steuern und überwachen die Arbeitsprozesse in Handwerksbetrieben z.B. bei der Installation, Inbetriebnahme und Reparatur von heizungs-, lüftungs- und sanitärtechnischen Anlagen. Neben kaufmännischen Aufgaben betreuen sie Kunden sowie Lieferanten und führen Mitarbeiter/innen und Auszubil-

627 Vgl. Regierungsbegründung zur Novelle der Handwerksordnung 2004, BT-Drs. 15/1206, S. 25.

628 Regierungsbegründung zur Novelle der Handwerksordnung 2004, BT-Drs. 15/1206, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dende."[629] Zum Gerüstbauerhandwerk gehört auch das Montieren von Gerüsten aus industriell hergestellten Systembauteilen[630] und zum Elektrotechnikerhandwerk die „Installation von Anlagen der Energie- und Gebäudetechnik"[631]. Das Heranziehen der Produktnähe des Herstellers als Differenzierungsgrund widerspräche der Entscheidung des Gesetzgebers, diese Berufe trotz ihrer schon immer bestehenden Nähe zu industriell hergestellten Produkten mittels der Auflistung in der Anlage A zur Handwerksordnung als Berufe des zulassungspflichtigen Handwerks einzustufen.

Auch das Vorliegen einer engeren Sachnähe der Tätigkeiten zum Produkt ist in Hilfsbetriebskonstellationen nicht immer gegeben. § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. c HwO erlaubt die entgeltliche handwerksrollenfreie Ausübung von Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten nicht nur Hilfsbetrieben des tatsächlichen Herstellers, sondern auch Hilfsbetrieben, deren Hauptbetrieb irgendein Hersteller im Sinne des Produkthaftungsgesetzes ist. Dass die Ausübung der betroffenen handwerklichen Tätigkeiten aber für den Hersteller eines Grundstoffes oder eines Teilproduktes, § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG, für denjenigen, der sich als Hersteller nur ausgibt, § 4 Abs. 1 S. 2 HwO, oder denjenigen, der mit dem Produkt im Sinne des § 4 Abs. 2 HwO handelt, sachnäher sein soll, als für andere Ausübende des betroffenen Handwerksberufes, überzeugt nicht. Für die unentgeltliche Erbringung solcher Leistungen nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HwO muss der Hauptbetrieb nicht einmal diese Voraussetzungen erfüllen, die dienende Funktion des Hilfsbetriebs kann irgendeiner Art sein und muss sich nicht zwingend auf Produkte beziehen, mit denen der Hauptbetrieb auf irgendeine Weise zu tun hat. § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO erfordert ebenfalls nur die Überlassung eines Gegenstands, ohne den tauglichen Hauptbetriebskreis näher festzulegen.

Selbst wenn der Hauptbetrieb tatsächlich der Hersteller ist und eine erhöhte Sachnähe vorliegt, kann daraus nicht zwingend geschlossen werden, dass auch in den die Arbeiten letztlich ausführenden Hilfsbetrieben höhere Kenntnisse über den fachgerechten Umgang mit dem Produkt vorhanden sind. Das kann zwar der Fall sein, muss es aber nicht. Das Gefahrenrealisierungspotential besteht also unabhängig von der Produktbezogenheit der Tätigkeiten und der – zudem häufig gar nicht bestehenden – Sachnähe des Herstellers im Sinne von § 4 ProdHaftG und entspricht dem

629 Vgl. *Bundesagentur für Arbeit* (Hrsg.), Installateur- und Heizungsbauermeister/in.
630 Vgl. *Bundesagentur für Arbeit* (Hrsg.), Gerüstbauer/in. Kurzbeschreibung.
631 Vgl. *Bundesagentur für Arbeit* (Hrsg.), Elektrotechnikermeister/in.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der handwerksmäßigen Ausführung von gefahrgeneigten Tätigkeiten von Betrieben des zulassungspflichtigen Handwerks im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO und handwerklichen Nebenbetrieben im Sinne von § 3 Abs. 1 HwO.[632]

Auch für den beschränkten Aufgabenkreis des § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO kann zur gleich effizienten Gefahrenabwehr auf die besondere Qualifikation eines Betriebsleiters, die für Betriebe nach § 1 Abs. 2 S. 1 HwO gem. § 7 Abs. 1 HwO immer gefordert ist, daher nicht verzichtet werden. Auch auf die Ausbildungsleistung hat die Verbindung mit einem Hauptbetrieb keinen Einfluss. Für die Berufe, die auch zum materiellen und immateriellen Kulturgüterschutz in der Anlage A enthalten sind, wird gleichzeitig auch die Gefahrenabwehr verfolgt.[633] Die Differenzierung wirkt also der Erreichung der Ziele der Handwerksordnung entgegen. Andere sachliche Differenzierungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Differenzierung zwischen der handwerksmäßigen Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A im Hilfsbetrieb gem. § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO einerseits und im Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO oder im handwerklichen Nebenbetrieb gem. § 3 Abs. 1 HwO andererseits ist mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG daher unvereinbar.

Folglich kann auch die Anwendung der Differenzierung auf die ausführenden Einheiten in Plattformkonstellationen nicht gerechtfertigt sein. Die hier untersuchten Plattformkonstellationen verdeutlichen die Brisanz dieses Verstoßes für das künftige Schicksal ganzer Handwerksberufszweige, die seit jeher schwerpunktmäßig Arbeiten an industriell hergestellten Produkten verrichten. Klassische Handwerksbetriebe hatten gegenüber ausübenden Einheiten von Herstellern bei überschneidendem Tätigkeitsspektrum bisher vor allem den Vorteil, am Ort des Kunden ansässig zu sein und so schnell gefunden zu werden und schnell verfügbar zu sein. Mithilfe von Portalmodellen können Hersteller im Sinne von § 4 ProdHaftG von den Kunden einfach online gefunden werden. Der Ortsvorteil der klassischen Handwerksbetriebe verliert somit an Wert, zumal viele von ihnen den Schritt zur Online-Präsenz noch nicht gegangen

632 Dazu eindrücklich *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 353, 362 f., welche die Kritik des Bundesrats an der Aufnahme von Installationsarbeiten in den Katalog des § 3 Abs. 3 HwO, BT-Drs. 15/1481, S. 10, angesichts des mit der Novelle verfolgten Paradigmenwechsels konsequenterweise auf alle betroffenen Tätigkeiten übertragen; *Kormann/Hüpers*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band II, S. 92; vgl. auch *Bulla*, GewA 2012, 470, 474.

633 Vgl. *Sallaberger*, GewA 2020, 203, 205.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind.[634] Durch die einheitliche Verwaltung und Organisation mehrerer ausführender Einheiten können häufig auch Kosten eingespart werden, sodass Handwerksleistungen kostengünstiger angeboten werden können als von konkurrierenden lokalen kleineren und mittleren Handwerksbetrieben. Es ist also durchaus möglich, dass auf lange Sicht viele dieser Service-Tätigkeiten hauptsächlich von Hilfsbetrieben im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO ausgeübt werden, die aus dem Anwendungsbereich der Handwerksordnung ausgenommen sind. Ausführende Einheiten, die mit einem Hauptbetrieb verbunden sind und die in § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO aufgezählten Tätigkeiten ausüben, haben angesichts der Möglichkeiten der Digitalisierung das Potential, praktisch zum Regelfall zu werden.

c) Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 1 HwO

Der Vollständigkeit halber seien an dieser Stelle auch Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 1 HwO angesprochen, denn obwohl sie im hiesigen Kontext der Einordnung ausführender Einheiten von Plattformen, die die Vermittlung von Einheiten zur Ausführung handwerklicher Leistungen an Dritte bezwecken, selten relevant sind, sind auch diese Hilfsbetriebe gem. § 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 1 HwO vom Anwendungsbereich der HwO ausgenommen und werden somit anders behandelt als Betriebe im Sinne von §§ 1 Abs. 2 S. 1, 3 Abs. 1 HwO, die ebenfalls Betriebe sind, in denen wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A auf handwerksmäßige Weise ausgeübt werden. Diese Hilfsbetriebe arbeiten ausschließlich für den verbundenen Hauptbetrieb oder für andere dem Inhaber des Hauptbetriebs ganz oder überwiegend gehörende Betriebe. Beispiele sind etwa eine Kfz-Werkstatt als Hilfsbetrieb eines Omnibusbetriebes oder eine Hotelbäckerei, die allein für den Hotelbetrieb backt.[635] Zwar kommen diese Hilfsbetriebe nicht unmittelbar mit Dritten in Berührung. Letztlich besteht die potentielle Gefahr, die sich aus der handwerksmäßigen Ausübung gefahrgeneigter Tätigkeiten ergibt, aber trotzdem Dritten gegenüber.[636] So sind etwa auch Dritte Fahrgäste in von eigenen Hilfsbetrieben reparierten Omnibussen und Dritte essen im Hotel die Backwaren der Hausbäckerei. Die Gefahr unterscheidet sich nicht von derjenigen bei der Reparatur durch eine externe Kfz-Werkstatt oder dem Zukaufen von Backwaren ei-

634 Vgl. *Proeger/Thonipara/Bizer*, Homepage-Nutzung im Handwerk, S. 37.
635 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 3 Rn. 19.
636 Vgl. auch *Kormann/Hüpers*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band II, S. 92.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nes externen Bäckers. Für nicht gefahrgeneigte Berufe der Anlage A ist die Argumentation zu den bereits diskutierten Ausnahmen übertragbar. Auch diese Ungleichbehandlung ist folglich mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

d) Nebenbetriebe, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden

Nach allgemeiner Auffassung sind auch Nebenbetriebe, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden, vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ausgenommen wegen des Fehlens eines Verweises auf §§ 2, 3 HwO in § 20 HwO. Ausführende Einheiten, die Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausüben, werden somit unterschiedlich behandelt, je nachdem, ob sie mit einer Plattform, die auch einen eigenen Zweck verfolgt, als Neben- oder Hilfsbetriebe verbunden sind, oder als eigenständige Betriebe eines zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes im Sinne von § 18 Abs. 2 HwO einzuordnen sind. Der eigenständige Betrieb eines zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes ist gem. § 18 Abs. 1 HwO ohnehin zulassungsfrei und bedarf lediglich der Anzeige bei der zuständigen Handwerkskammer. Aus Inhabersicht relevant ist vor allem die unterschiedliche Kammermitgliedschaft.

Für die beschriebene Ungleichbehandlung findet sich kein sachlicher Grund. Die Nebenbetriebseigenschaft ändert nichts daran, dass die sachliche Expertise der Handwerkskammern für die Ausübung handwerklicher und handwerksähnlicher Tätigkeiten die der Industrie- und Handelskammer überwiegt. Zwar ist es für den Inhaber eines industriellen Hauptunternehmens praktischer, wenn er auch mit dem Nebenbetrieb Mitglied der Industrie- und Handelskammer ist. Allerdings kann das Hauptunternehmen eines Nebenbetriebs, in dem ein Handwerk oder handwerksähnliches Gewerbe ausgeübt wird, auch selbst ein Handwerksbetrieb sein, wie § 2 Nr. 3 HwO klarstellt. In diesen Fällen müsste bei konsequenter Anwendung dieser Meinung dann trotz der Mitgliedschaft des Hauptbetriebs in der Handwerkskammer der Nebenbetrieb Mitglied der Industrie- und Handelskammer sein, was keine Vorteile für den Inhaber mit sich brächte. Das Argument in der wegweisenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, eine „Aufspaltung“ von Haupt- und Nebenbetrieb könne, wenn ohnehin keine Zulassungspflicht bestehe, nicht angezeigt

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sein,[637] verfängt daher nicht. Ein Nebenbetrieb setzt gerade voraus, dass es sich um eine eigenständige, abtrennbare Einheit handelt. Einer isolierten rechtlichen Betrachtung verschiedener eigenständiger Einheiten steht somit rechtlich nichts entgegen. Die Ausnahme wird daher zu Recht als „systemwidrig und jedenfalls rechtspolitisch verfehlt"[638] bezeichnet.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die für die Auslegung des Fehlens eines Verweises maßgeblich wurde, betraf die nebenbetriebliche Ausübung des Gewerbes des „Schönheitspflegers" (Nr. 37 der Anlage B zur Handwerksordnung i.d.F. vom 18. Dezember 1965[639]) zum Einzelhandel mit Kosmetikwaren, wobei nur 15 % des Umsatzes durch die handwerksähnlichen Tätigkeiten erzielt worden sind. Möglicherweise war diese nur geringe praktische Relevanz des Nebenbetriebs in diesem Fall ausschlaggebend für die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts. Aktuell geht es aber vermehrt auch um die Einordnung von Nebenbetrieben wirtschaftlich gewichtigen Ausmaßes. Wie bereits angeführt wohnt der Digitalisierung das Potential inne, mittels der Verbesserung der Vernetzungsmöglichkeiten über Plattformstrukturen zu einem deutlichen zahlenmäßigen Anstieg an Nebenbetrieben, auch der Anlage B, zu führen. Die Ausnahme von der Anwendbarkeit der Handwerksordnung, die sich vor allem als Ausnahme vom Kammersystem auswirkt, kann somit praktisch in viel mehr Fällen zur Anwendung kommen. Sowohl wirtschaftliche Gewichtigkeit als auch Quantität der Ausnahmefälle haben sich also gesteigert. Angesichts dieser Entwicklungen kann es anders als im vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall nicht überzeugen, diese Nebenbetriebe trotz der sachlichen Expertise der Handwerkskammer für die handwerksmäßige bzw. handwerksähnliche Ausübung dieser Berufe vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung auszunehmen.

Zu bedenken ist auch, dass gerade in Plattformstrukturen die ausführenden Einheiten oft verschiedene Berufe ausüben. Sind die ausführenden Einheiten Nebenbetriebe, die weder unerheblich im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO noch reine Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO sind, so gilt nach dem herrschenden Verständnis für diejenigen, die wesentliche Tätigkeiten eines zulassungspflichtigen Handwerks ausüben, gem. § 3 Abs. 1 HwO i.V.m. dem deklaratorischen § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO die Handwerksordnung, insbesondere die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer nach § 90 Abs. 2 ff. HwO, während diejenigen, die Berufe der Anlage B

637 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, juris-Rn. 21 f.
638 *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 18 Rn. 21.
639 BGBl. I 1966, S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausüben, Regelungsgegenstand der Gewerbeordnung sind und deren Inhaber gem. § 2 Abs. 1 oder Abs. 3 HwO Mitglied der Industrie- und Handelskammer ist. Betreibt ein Inhaber Nebenbetriebe beider Kategorien, so ist eine „Aufspaltung" der Mitgliedschaft ohnehin unumgänglich. Durch die einheitliche Verbindung mit demselben Unternehmen wird die schon immer bestehende Diskrepanz zwischen der Behandlung der Nebenbetriebe je nach ausgeübtem Beruf besonders deutlich.

Unerhebliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO und Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO, in denen wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A handwerksmäßig ausgeübt werden, sind zwar gem. §§ 2 Nr. 2, Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO ebenfalls vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ausgeschlossen und werden folglich hinsichtlich der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung und insbesondere der Mitgliedschaft in der Handwerkskammer gleich behandelt wie gleich gestaltete ausführende Einheiten, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig oder handwerksähnlich ausgeübt werden. Angesichts der bereits entfalteten Bedenken gegen die Ausnahme dieser Betriebstypen aus dem Anwendungsbereich der Handwerksordnung kann daraus aber nicht auf die Adäquanz der Nichtanwendung der Handwerksordnung auf unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe, die Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausüben, geschlossen werden. Es besteht also kein sachlicher Differenzierungsgrund für die Ungleichbehandlung hinsichtlich der Anwendbarkeit der Handwerksordnung bei der handwerksmäßigen bzw. handwerksähnlichen Ausübung von Berufen der Anlage A im stehenden Gewerbe, je nachdem, ob die Nebenbetriebseigenschaft gegeben ist, oder nicht. Damit ist diese gesetzliche Ungleichbehandlung mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, auch aber nicht nur in den untersuchten Plattformkonstellationen.

2. Perspektivische Weiterentwicklung

Keine der Ausnahmen bestimmter ausführender Einheiten vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Die Unvereinbarkeit der verschiedenen Ungleichbehandlungen mit Art. 3 Abs. 1 GG lässt sich jeweils nur durch eine Gleichstellung ausräumen. Ist eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich, kann dies nur *de lege ferenda* bewerkstelligt werden. Erklärt das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit des Gesetzes, so ist der Gesetzgeber sogar dazu ver-

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

pflichtet, die Rechtslage verfassungsgemäß umzugestalten.[640] In der Regel hat die Rechtslage rückwirkend geändert zu werden. Eine Ausnahme kann aber für bestands- oder rechtskräftig abgeschlossene Verfahren vorgesehen werden.[641] Eine Gleichstellung kann insbesondere dadurch erreicht werden, dass entweder auch die Betriebe, die bisher nicht in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung fallen, in diesen einbezogen werden, oder dass die Handwerksordnung auch auf die bisher erfassten Betriebe keine Anwendung findet.

a) Unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe, in denen wesentliche Tätigkeiten der Anlage A handwerksmäßig ausgeübt werden

Die Verfolgung der Abwehr von Gefahren für Leib und Leben Dritter gebietet, wie dargestellt, die Einbeziehung auch von solchen Nebenbetrieben des zulassungspflichtigen Handwerks, die ihre Tätigkeiten nur in unerheblichem Umfang im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO ausüben oder die Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO sind, in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung. Auch in den Nebenbetrieben werden als gefahrgeneigt eingestufte Tätigkeiten auf handwerksmäßige Weise, also mit erhöhtem Gefahrenrealisierungspotential, ausgeübt. Insbesondere zur Abwehr von Gefahren für Leib und Leben Dritter ist der Einsatz eines qualifizierten Betriebsleiters geeignet und erforderlich. Auch die anderen mit der Zulassungspflicht verfolgten Ziele würden mit der Einbeziehung gefördert. Für die Einbeziehung spricht auch die fachliche Expertise der Handwerkskammer. Gerade für unerhebliche Nebenbetriebe, die nur sehr wenige oder gar nur einen Mitarbeiter haben, kann das Bedürfnis, einen Betriebsleiter zu beschäftigen, zwar eine hohe Belastung bedeuten. Dies gilt aber auch für kleinere für sich stehende Betriebe eines zulassungspflichtigen Handwerks. Zur Rechtfertigung des gravierenden Eingriffs vor allem in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG durch die Zulassungspflicht, die mit der Anwendbarkeit der Handwerksordnung bei der handwerksmäßigen Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A einhergeht, kann daher auf die Argumentation verwiesen werden, die diesbezüglich seit dem Wandel der Zielsetzung der Handwerksordnung

640 *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Rn. 322.

641 Vgl. BVerfGE 87, 153, 178; BVerfGE 99, 280, 298; BVerfGE 107, 27, 58; BVerfGE 120, 125, 167; BVerfGE 129, 49, 77.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch für sonstige Betriebe des zulassungspflichtigen Handwerks verfolgt wird. Auch die Gedanken zur Konformität mit sonstigem Verfassungsrecht und mit Unionsrecht können übertragen werden. Dabei können wiederum insbesondere die Diskussionen über die Rückführung einiger Berufe der Anlage B in die Anlage A in der Handwerksrechtsnovelle 2020 herangezogen werden.[642]

Weil unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe gem. §§ 2 Nr. 2, Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ausdrücklich ausgenommen sind, kann eine Einbeziehung nur *de lege ferenda* erfolgen. § 3 HwO könnte dazu ganz gestrichen werden. Da wie dargestellt Hilfs- und Nebenbetriebe ohnehin auch für sich betrachtet „Betriebe" im Sinne von §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1 HwO sind, könnte § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO auch ganz entfallen. Dann müsste gar keine Einordnung in die verschiedenen Betriebsarten mehr vorgenommen werden. Es bestünde allerdings auch Raum für Missverständnis, denn auch bei Nebenbetrieben, die Berufe der Anlage B ausüben, wird aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Nebenbetriebsregelung nicht auf die Anwendbarkeit der generelleren Vorschriften innerhalb der Handwerksordnung, sondern auf die Nichtanwendbarkeit der Handwerksordnung geschlossen. Vorzugswürdig wäre also eine Anpassung des weiterhin rein deklaratorischen § 2 Nr. 2, Nr. 3 HwO durch Änderung des Wortlauts von „handwerkliche Nebenbetriebe" auf „Hilfs- und Nebenbetriebe".

b) Nebenbetriebe im weiteren Sinne, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden

Für Betriebe, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden, sieht die Handwerksordnung keine gegenüber der Handwerksordnung strengeren Zulassungsregeln vor. Die Anwendbarkeit der Handwerksordnung führt aber unter anderem auch zur Mitgliedschaft in der Handwerkskammer. Die Betreuung durch die Handwerkskammern ist auch für Nebenbetriebe sachgerecht, denn die Nebenbetriebseigenschaft ändert nichts am Vorliegen aller Elemente eines Handwerksbetriebs oder Betriebs eines handwerksähnlichen Gewerbes gem. § 18 Abs. 2 S. 1 und S. 2 HwO. Auch die Lehrlingsausbildung in Nebenbetrieben ist möglich, sodass das Ziel der Förderung der Ausbildungsleistung des Handwerks ebenfalls angesprochen ist. Die in § 51a Abs. 1

642 Vgl. S. 82 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

HwO festgehaltene Option, auch in Berufen der Anlage B fakultativ die Meisterprüfung abzulegen, kann auch für Nebenbetriebe attraktiv sein. Neben den Zielen der Handwerksordnung sprechen also auch die Interessen der betroffenen Betriebe für die Einbeziehung in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung.

Gerade die letzte Novelle der Handwerksordnung hat zudem gezeigt, dass sich die Zuordnung der einzelnen Berufe zu den Anlagen zur Handwerksordnung durchaus ändern kann. Gerade die Digitalisierung birgt ein Veränderungspotential für die Berufsbilder von solchem Gewicht, dass auch zukünftige Verschiebungen von Berufen der Anlage B in die Anlage A oder auch umgekehrt nicht ausgeschlossen sind. Wie problematisch die unterschiedliche Kammerzuordnung von Nebenbetrieben je nachdem, in welcher Anlage der jeweilige Beruf aufgeführt ist, ist, hat sich jüngst im Rahmen der Vierten Novelle der Handwerksordnung gezeigt. Im Kontext der Rückführung einiger Berufe aus der Anlage B in die Anlage A der Handwerksordnung sieht diese Novelle den Bestandsschutz für solche Betriebe vor, die bis zum Tag des Inkrafttretens der Novelle bereits in einem der betroffenen Berufe tätig waren. Dazu sollten die betroffenen Betriebsinhaber von Amts wegen vom Verzeichnis der zulassungsfreien Handwerke in die Handwerksrolle umgetragen werden, § 126 Abs. 1 S. 1 HwO. Erst im Austausch mit der Praxis im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens wurde deutlich, dass Nebenbetriebe der Anlage B bisher gar nicht von den Handwerkskammern erfasst waren,[643] und eine Umtragung von Amts wegen somit faktisch ausschied. Deshalb wurde gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens noch § 126 Abs. 2 HwO eingeführt, der die Eintragung in die Handwerksrolle auf Antrag statt von Amts wegen vorsieht.[644] Weil es sich hier um eine reine Reaktion auf praktische Gegebenheiten handelt, kann aus § 126 Abs. 2 HwO aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass dem bisherige Verständnis des Fehlens eines Verweises in § 20 S. 1 HwO auf §§ 2, 3 HwO zuzustimmen sei. Im Gegenteil zielt der Wortlaut des § 126 Abs. 2 HwO auf den „handwerklichen Nebenbetrieb eines zulassungsfreien Handwerks“ ab, der „nicht in das Verzeichnis nach § 19 Abs. 1 [HwO] eingetragen ist,“ und lässt damit Raum für Nebenbetriebe, die bereits eingetragen sind und daher nach § 126 Abs. 1 HwO von Amts wegen umgetragen werden können. Die Möglichkeit des metaphorischen Auf- oder Absteigens der Berufe durch den Wechsel ihrer Einordnung zwischen den Anlagen der Handwerksordnung bietet so ein die anderen

643 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 13.
644 Vgl. *Sallaberger*, GewA 2020, 203, 205 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gründe ergänzendes berufspraktisches Argument für die Einbeziehung von Neben- und Hilfsbetrieben, die Berufe der Anlage B ausüben, in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung. Auch für diese Nebenbetriebe ist daher die durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Gleichstellung durch ihre Aufnahme in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung herzustellen.

Die Einbeziehung von Neben- und Hilfsbetrieben, die Tätigkeiten des zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes ausüben, könnte wie gezeigt grundsätzlich auch durch ein anderes Verständnis des Fehlens eines Verweises in § 20 S. 1 HwO auf die Sondervorschriften für Nebenbetriebe in §§ 2, 3 HwO erreicht werden. Weil sich die andere Auffassung als herrschend durchgesetzt hat, wäre dennoch eine gesetzliche Klarstellung auch für Hilfs- und Nebenbetriebe, in denen Berufe der Anlage B ausgeübt werden, wünschenswert. Das könnte durch Aufnahme eines Verweises auf den nach obiger Skizze geänderten § 2 HwO geschehen. Sollte § 2 HwO auch gestrichen werden, wäre eine solche gesetzliche Klarstellung nicht nötig. Die Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit von §§ 2, 3 HwO in ihrer jetzigen Form würde hingegen auch zur entsprechenden Anwendung der Ausnahmen für unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe führen. Angesichts der Bedenken an den Ausnahmen wäre die Aufnahme eines Verweises auf die entsprechende Anwendbarkeit von §§ 2, 3 HwO in § 20 S. 1 HwO also keine zufriedenstellende Lösung.

3. Fazit

Gegen die unterschiedliche Behandlung ausführender Einheiten je nach der Art ihrer Verknüpfung mit der Plattform bestehen gravierende Bedenken. Diese bestehen nicht nur in Plattformkonstellationen, sondern lassen sich auch grundsätzlich gegen die Ausnahmen für Nebenbetriebe vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung vorbringen. Angesichts der Vorzugswürdigkeit der Betreuung durch die für Handwerksberufe und handwerksähnliche Gewerbe fachlich versierten Handwerkskammern und für zulassungspflichtige Handwerke darüber hinaus der Verfolgung insbesondere der Gefahrenabwehr durch die Meisterpflicht kann die Gleichstellung nur durch Aufnahme der Ausnahmefälle in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung erfolgen. Für unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe ist dies nur *de lege ferenda* möglich, für Nebenbetriebe in Berufen der Anlage B wäre grundsätzlich auch ein Wandel der Auslegung des Fehlens eines Verweises auf die §§ 2, 3 HwO in § 20 S. 1 HwO möglich.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Adäquanz des Inhalts der Handwerksordnung für ausführende Einheiten

Die ausführenden Einheiten in Plattformmodellen unterscheiden sich von klassischen Handwerksbetrieben vor allem durch die Auslagerung nicht berufsspezifischer Tätigkeiten auf die Plattform sowie im Falle mehrerer ausführender Einheiten in der Hand desselben Inhabers durch eine bessere Vernetzung untereinander. Beide Merkmale treffen aber nicht nur auf Plattformmodelle zu, sondern sind auch außerhalb von Plattformstrukturen anzutreffen, etwa wenn Handwerksbetriebe externe Verwaltungsstellen nutzen oder ein Inhaber ein Filialnetzwerk führt. Die Handwerksordnung setzt neben den Voraussetzungen zum Betrieb eines Handwerks insbesondere den Rechtsrahmen für die Organisation des Handwerks in Innungen, Innungsverbänden und Handwerkskammern fest. Außerdem regelt sie die Berechtigung zum Einstellen und Ausbilden von Lehrlingen. Indem an die ausführenden Einheiten als maßgebliche Betriebe angeknüpft wird, wird der Charakter der Handwerksorganisationen als lokale Interessenvertretung gewahrt. Damit ausgebildet werden darf, muss gem. § 21 HwO die Ausbildungsstätte und gem. § 22 HwO insbesondere die persönliche und fachliche Eignung des Ausbilders gegeben sein. An den Betrieb im Sinne des funktionalen Handwerksbetriebsbegriffs wird also nicht direkt angeknüpft. Eine ausführende Einheit, die ihre nicht berufsspezifischen Tätigkeiten an die Plattform ausgelagert hat, kann diese zwar an ihrer Betriebsstätte nicht vermitteln und möglicherweise werden auch nicht alle ein bestimmtes Berufsbild bestimmenden Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten in der Betriebsstätte vermittelt. Trotzdem kommt die Betriebsstätte als Ausbildungsstätte in Betracht, denn gem. § 21 Abs. 2 HwO besteht die Möglichkeit, die Ausbildung durch Maßnahmen außerhalb der Ausbildungsstätte zu ergänzen. Das kann an weiteren Betriebsstätten derselben ausführenden Einheit, oder an Betriebsstätten von anderen ausführenden Einheiten in der Hand desselben oder auch eines anderen Inhabers geschehen,[645] aber auch im Wege der überbetrieblichen Lehrlingsunterweisung.[646] Auch bei Filialstrukturen, die nicht über eine digitale Plattform vernetzt sind, kann zeitlich begrenzt die Ausbildung in einer anderen Filiale oder der Betriebszentrale notwendig sein.[647] Diese Thematik ist also eine altbekannte. Der Regelungsinhalt der Handwerksordnung,

645 Vgl. *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 21 Rn. 21.
646 Vgl. dazu eingehend *Burgi*, WiVerw 2016, 233 ff.
647 Vgl. *Urbanek*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 21 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ursprünglich ausgelegt auf einen traditionellen, örtlich gebundenen Handwerksbetrieb, ist also auch adäquat für die ausführenden Einheiten in Plattformmodellen. Hier bewährt sich der funktionale Handwerksbetriebsbegriff.

IV. Fazit

Das Anknüpfen der Zuordnung zum Anwendungsbereich der Handwerksordnung an die ausführenden Einheiten als Handwerksbetrieb fördert die mit diesem Gesetz verfolgten Ziele. Die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung für bestimmte ausführende Einheiten, die alle Merkmale eines funktionalen Handwerksbetriebs erfüllen, stehen diesen allerdings nicht nur entgegen, sondern verstoßen auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Der Inhalt der Handwerksordnung ist gerade auf Betriebe im funktionalen Sinn zugeschnitten und bietet daher auch für ausführende Einheiten in Plattformstrukturen einen sachgerechten Rechtsrahmen. Die Ausbildungsregelungen lassen genug Spielraum für die Einbindung solcher Betriebe in verschiedene zwischenbetriebliche Netzwerke und somit auch in Plattformmodelle.

E. Ergebnis

Plattformmodelle zur Vermittlung von Handwerksbetrieben lassen sich aus handwerksrechtlicher Perspektive grob in zwei Kategorien einteilen: in diejenigen, bei denen ausführende Einheiten und Plattform von unterschiedlichen Inhabern geführt werden und in solche, bei denen sie in der Hand desselben Inhabers liegen. Die ausführenden Einheiten sind jeweils die maßgeblichen Betriebe im Sinne der Handwerksordnung. Sind sie mit der Plattform als Nebenbetrieb verbunden, ist unter Umständen der Anwendungsbereich der Handwerksordnung nach derzeitigem Gesetzesstand verschlossen. Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. Durch das vermehrte Aufkommen von Plattformmodellen kann die quantitative Relevanz aber deutlich steigen. Deshalb ist es angezeigt, im Wege der Gesetzesänderung eine konsistente Zuordnung von Handwerksbetrieben zum Anwendungsbereich der Handwerksordnung zu erreichen.

https://doi.org/10.5771/9783748912507-148, am 12.10.2024, 05:39:48
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb