Wirtschaft und Recht für Mittelstand und Handwerk 6

Sophie Sallaberger

Digitalisierung als Herausforderung für das Rechtsregime des Handwerks

LUDWIG FRÖHLER INSTITUT

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wirtschaft und Recht für Mittelstand und Handwerk

Studien und Dissertationen aus dem Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften

herausgegeben von

Prof. Dr. oec. publ. Gunther Friedl,
Technische Universität München

Prof. Dr. iur. Martin Burgi,
Ludwig-Maximilians-Universität München

Band 6

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sophie Sallaberger

Digitalisierung als Herausforderung für das Rechtsregime des Handwerks

LUDWIG FRÖHLER INSTITUT

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gefördert durch:

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages

DHKT DEUTSCHER HANDWERKSKAMMERTAG

sowie die Wirtschaftsministerien der Bundesländer

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2021

1. Auflage 2021

© Sophie Sallaberger

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-7240-7
ISBN (ePDF): 978-3-7489-1250-7

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748912507

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorwort

Vorliegende Arbeit stellt die aktualisierte Fassung meiner Dissertation dar, die im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum angenommen wurde. Nachweise habe ich, soweit möglich, auf den Stand vom 31. Mai 2021 gebracht.

Die Anregung, das Rechtsregime des Handwerks unter den durch die Digitalisierung veränderten Vorzeichen zu betrachten, verdanke ich Professor Dr. Martin Burgi (Ludwig-Maximilians-Universität München), der meine juristische Laufbahn nahezu von Beginn an entscheidend prägte. Für sein Vertrauen, tiefgehende Diskussionen, zahlreiche Denkanstöße und Kritik gebührt ihm mein ganz besonderer Dank.

Ich schätze mich sehr glücklich, dass gleich zwei engagierte Betreuer mein Dissertationsprojekt begleiteten: Professor Dr. Johann-Christian Pielow (Ruhr-Universität Bochum) verfolgte die Entwicklung der Arbeit mit stetem Interesse, Hilfsbereitschaft und wertvollen Anregungen.

Diese Arbeit entstand während meiner Tätigkeit am Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften, München, und profitierte dabei sehr vom fachlichen wie interdisziplinären Austausch mit meinen Kolleginnen und Kollegen, denen ich allen sehr verbunden bin. Besonders hervorheben möchte ich unter Ihnen Dr. Markus Glasl, der als Institutsleiter dem wissenschaftlichen Arbeiten gleichermaßen Struktur verlieh und Freiraum gab.

Meine innige Dankbarkeit gilt meinen Eltern Monika und Walther und meiner Schwester Bea. Sie haben jeder auf seine Art auch diese Phase meines Lebens geprägt und mich auf vielfältige Weise unterstützt.

Berlin, im Mai 2021

Sophie Sallaberger

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsübersicht

§ 1 Ziele der Arbeit 17

§ 2 Digitalisierung und Handwerk 20

A. Begriff „Digitalisierung“ 20

B. Ausgewählte Phänomene der Digitalisierung der Wirtschaft 22

C. Erscheinungsformen im Handwerk 26

§ 3 Rechtliche Rahmenbedingungen des Handwerks 33

A. Aufbau und Standort des Rechtsregimes 33

B. Gesetzgebungskompetenz für die Handwerksordnung 40

C. Spezifische Inhalte der Handwerksordnung 42

D. Anwendbarkeit des Handwerksordnung 48

§ 4 Handwerksmäßigkeit beim Einsatz von Digitaltechnik 56

A. Problemstellung 56

B. Handwerksmäßigkeit anhand der bisherigen Auslegungsgrundsätze 57

C. Auswirkung des Einsatzes von Digitaltechnik auf die Einordnung eines Betriebs anhand von Beispielen 83

D. Perspektivische Weiterentwicklung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit 90

E. Ergebnis 122

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe bei Zustandekommen des Vertrags unter Einsatz des Internets der Dinge 123

A. Problemstellung 123

B. Einordnung der Erbringung handwerklicher Leistungen zur Erfüllung von über die Steuerungsmodule intelligenter Dinge eingeworbenen Verträgen 124

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

C. Adäquanz der Einordnung der Auftragsakquise mittels eines auf den Einzelfall zugeschnittenen digitalen Angebots über die Ausführung handwerklicher Leistungen als Reisegewerbe 135

D. Mögliche Konsequenzen 144

E. Vorschlag zur verfassungskonformen Rechtsanwendung durch teleologische Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO 146

F. Ergebnis 147

§ 6 Maßgeblicher Handwerksbetrieb bei der Vermittlung über digitale Plattformen 148

A. Problemstellung 148

B. Handwerksbetrieb 148

C. Anwendbarkeit der Handwerksordnung auf verschiedene Plattformmodelle 156

D. Adäquanz von Einordnung und Rechtsrahmen 191

E. Ergebnis 211

§ 7 Ergebnisse und Fazit 212

Literaturverzeichnis 221

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Ziele der Arbeit 17

§ 2 Digitalisierung und Handwerk 20

A. Begriff „Digitalisierung“ 20

B. Ausgewählte Phänomene der Digitalisierung der Wirtschaft 22

I. Veränderung der Arbeitsmittel und -prozesse durch 3-D-Druck und Robotik 22

II. Veränderung der Modalitäten des Vertragsschlusses durch das Internet der Dinge 24

III. Veränderung von Geschäftsmodellen durch digitale Plattformen 25

C. Erscheinungsformen im Handwerk 26

I. Einsatz digitaltechnischer Arbeitsmittel im Handwerk 26

II. Internet der Dinge 28

III. Digitale Plattformen zur Vermittlung von Handwerkern 29

§ 3 Rechtliche Rahmenbedingungen des Handwerks 33

A. Aufbau und Standort des Rechtsregimes 33

I. Normenbestand 33

1. Handwerksordnung 33

2. Gewerbeordnung 34

3. Industrie- und Handelskammergesetz 35

4. Berufsbildungsgesetz 36

II. Standort im Öffentlichen Wirtschaftsrecht 36

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen 37

2. Unionsrechtlicher Rahmen 38

B. Gesetzgebungskompetenz für die Handwerksordnung 40

C. Spezifische Inhalte der Handwerksordnung 42

I. Materiell-rechtliche Inhalte 42

1. Berechtigung zum Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes 43

2. Berufsbildung und Meisterprüfung 44

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Organisatorische Inhalte 45

D. Anwendbarkeit des Handwerksordnung 48

I. Selbstständiger Betrieb eines stehenden Gewerbes 48

II. Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes 50

1. Handwerksfähigkeit 50

2. Handwerksmäßigkeit oder Handwerksähnlichkeit 52

III. Umfassen handwerklicher Nebenbetriebe 53

IV. Keine Anwendbarkeit auf bestimmte Nebenbetriebe 54

§ 4 Handwerksmäßigkeit beim Einsatz von Digitaltechnik 56

A. Problemstellung 56

B. Handwerksmäßigkeit anhand der bisherigen Auslegungsgrundsätze 57

I. Dynamischer Handwerksbegriff der Handwerksordnung 57

II. „Handwerksmäßigkeit“ als unbestimmter Rechtsbegriff 60

III. Funktion des Kriteriums „Handwerksmäßigkeit“ als Abgrenzungsmoment 61

1. Nicht belastbar zur Abgrenzung von der Kunst 61

2. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom Handel 63

3. Nicht belastbar zur Abgrenzung von Dienstleistungen 66

4. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom handwerksähnlichen Gewerbe 66

5. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom Minderhandwerk 71

6. Funktion als Abgrenzungsmoment von industriell oder auf andere Weise nichthandwerksmäßig bzw. -ähnlich betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieben 74

7. Zwischenergebnis 76

IV. In die Gesamtbetrachtung einzubeziehende Indizien zum Feststellen der Handwerksmäßigkeit 76

1. Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO 77

a) Geringer Einsatz von Technik 77

b) Geringer Grad der Arbeitsteilung 78

c) Fachliche Qualifikation der Mitarbeiter 79

d) Möglichkeit der Einflussnahme des Betriebsleiters 79

e) Betriebsgröße 81

f) Art der Fertigung und Kundenkreis 81

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 1 HwO und Handwerksähnlichkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 2 HwO 82
V. Zwischenergebnis 83

C. Auswirkung des Einsatzes von Digitaltechnik auf die Einordnung eines Betriebs anhand von Beispielen 83
I. 3-D-Druck in der Zahntechnik 84
II. 3-D-Druck in der Orthopädietechnik 85
III. Roboter als Steinmetzen 87
IV. Digitale Fotografie 87
V. Fazit 90

D. Perspektivische Weiterentwicklung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit 90
I. Adäquanz der gängigen Auslegung der Handwerksmäßigkeit 91
1. Impulse geänderter Lebenssachverhalte 91
a) Annäherung der Produktionsweisen in Handwerk und Industrie 92
b) Erhöhte Abgrenzungsschwierigkeiten auch bei nichtproduzierenden Betrieben 93
c) Zwischenergebnis 94
2. Gleichheitsrechtliche Bedenken gegen das Beibehalten der gängigen Auslegungsgrundsätze 94
a) Ungleichbehandlung der handwerksmäßigen mit der nichthandwerksmäßigen Ausübung eines stehenden handwerksfähigen Gewerbes der Anlage A zur HwO 95
b) Prüfungsmaßstab der Rechtfertigung 96
c) Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bei gängiger Auslegung der Handwerksmäßigkeit 97
3. Zwischenergebnis 102
II. Mögliche Konsequenzen 103
III. Vorschlag zur verfassungskonformen Neuauslegung der Handwerksmäßigkeit 104
1. Reduktion der Indizien? 104
2. Auslegungsrahmen des Wortlauts 105
3. Zum Wesen des Handwerks 106
a) KMU 106
b) Besonderer praktischer Charakter 107

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Besonderer kreativer Charakter 108
d) Besonderer gestalterischer Charakter 108
e) Auf besonderen Kenntnissen basierende planerische Gesamtkonzeption durch den Betriebsleiter 110
f) Enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung 110
4. Enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung als zur Abgrenzung vom Nichthandwerk in Betracht kommendes Spezifikum 112
5. Auf der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung basierende Auslegung der Handwerksmäßigkeit 114
6. Zielgerechte Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung 116
a) Ziele der Zulassungspflicht für die Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A zur HwO 116
b) Gemeinsame Betreuung vergleichbar betriebener Gewerbebetriebe in Handwerksberufen in den Handwerkskammern 119
c) Zwischenergebnis 119
7. Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Auslegung mit Verfassung und Unionsrecht 119
IV. Fazit 122

E. Ergebnis 122

§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe bei Zustandekommen des Vertrags unter Einsatz des Internets der Dinge 123

A. Problemstellung 123

B. Einordnung der Erbringung handwerklicher Leistungen zur Erfüllung von über die Steuerungsmodule intelligenter Dinge eingeworbenen Verträgen 124
I. Anzeigen der Möglichkeit, handwerkliche Leistungen zu bestellen 124
1. Gewerbe 125
2. Ohne vorhergehende Bestellung 125
3. Außerhalb der gewerblichen Niederlassung 126

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Erfüllen eines besonderen Merkmals 128
a) Anbieten von Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO 128
b) Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO 129
5. Zwischenergebnis 134
II. Anzeigen der Möglichkeit, sich einen Handwerker zur Durchführung der Leistung vermitteln zu lassen 134
III. Zwischenergebnis 135

C. Adäquanz der Einordnung der Auftragsakquise mittels eines auf den Einzelfall zugeschnittenen digitalen Angebots über die Ausführung handwerklicher Leistungen als Reisegewerbe 135
I. Berufsunabhängige Bedenken gegen die Einordnung solcher Modalitäten der Auftragsakquise als Reisegewerbe 136
1. Keine Einschlägigkeit der §§ 55 ff. GewO nach ihrem Sinn und Zweck 136
2. Keine Vereinbarkeit der Reisegewerbekartenpflicht für diese Fälle mit Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG 138
3. Keine Vereinbarkeit der Reisegewerbekartenpflicht für diese Fälle mit Art. 3 Abs. 1 GG 140
4. Zwischenergebnis 140
II. Gleichheitsrechtliche Bedenken gegen die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich der Handwerksordnung 140
1. Grundsätzliche Bedenken gegen die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung auf das stehende Gewerbe 141
2. Bedenken speziell bei der Ausübung handwerklicher Tätigkeiten infolge dieser Form der Auftragsakquise 142
a) Impulse sich verändernder Lebenssachverhalte 142
b) Dadurch ausgelöste Bedenken mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG 143
3. Zwischenergebnis 144
III. Fazit 144

D. Mögliche Konsequenzen 144

E. Vorschlag zur verfassungskonformen Rechtsanwendung durch teleologische Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO 146

F. Ergebnis 147

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 6 Maßgeblicher Handwerksbetrieb bei der Vermittlung über digitale Plattformen 148

A. Problemstellung 148

B. Handwerksbetrieb 148

I. Der Handwerksbetrieb als zentraler Anknüpfungspunkt der Handwerksordnung 148

II. Funktionaler Handwerksbetriebsbegriff 150

III. Betriebsformen und ihr Verhältnis zueinander 153

IV. Verhältnis von Betrieb und Betriebsstätte 155

C. Anwendbarkeit der Handwerksordnung auf verschiedene Plattformmodelle 156

I. Werbe-, „Onlineshop"- und „Partnervermittler"-Plattformen sowie „Infrastruktur-Anbieter" 156

1. Anwendbarkeit auf ausführende Einheiten 157

a) Gewerbe 157

b) Stehend 158

c) Handwerksfähigkeit und Handwerksmäßigkeit 159

d) Zwischenergebnis 159

2. Anwendbarkeit auf Plattform 159

II. „Franchiser"-Plattformen 160

1. Anwendbarkeit auf ausführende Einheiten 160

2. Anwendbarkeit auf Plattform 165

III. Plattformen mit eigenen ausführenden Einheiten 168

1. Selbstständiges Betreiben eines Gewerbes 168

2. Bestimmung des maßgeblichen Betriebs 169

a) Verhältnis zwischen Plattform und ausführenden Einheiten anhand der Parameter des Nebenbetriebsbegriffs 169

aa) Möglichkeit der Abgrenzung anhand der Parameter des Nebenbetriebsbegriffs 170

bb) Verbundenes Unternehmen im Sinne von § 2 Nr. 2 oder Nr. 3 HwO 171

(1) Plattform, deren einzige Funktion die Vermittlung an ausführende Einheiten in der Hand desselben Inhabers darstellt 171

(2) Plattform, über die auch an externe Handwerker vermittelt wird oder Produkte verkauft werden 172

cc) Verbundenheit 173

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd) Eigenständigkeit 174
ee) Untergeordnete Stellung des Nebenbetriebs gegenüber dem verbundenen Unternehmen? 175
ff) Zwischenergebnis 179
b) Verhältnis der ausführenden Einheiten zueinander 179
c) Zwischenergebnis 180
3. Stehend 180
4. Einordnung in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung 181
a) Ausführende Einheiten, die keine Nebenbetriebe sind 181
b) Ausführende Einheiten, die Nebenbetriebe sind 181
aa) Nebenbetriebliche Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A 181
(1) Unerheblicher Nebenbetrieb 182
(2) Hilfsbetrieb 182
(a) Unselbstständiger, der wirtschaftlichen Zweckbestimmung des Hauptbetriebs dienender Betrieb, § 3 Abs. 3 HwO 182
(b) Arbeiten für den Hauptbetrieb, § 3 Abs. 3 Nr. 1 HwO 183
(c) Leistungen an Dritte, § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO 184
(aa) Handwerkliche Arbeiten untergeordneter Art, § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HwO 184
(bb) Unentgeltliche Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten, § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HwO 185
(cc) Entgeltliche Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten, § 3 Abs. 3 Nr. 2 lit. c HwO 185
(3) Handwerklicher Nebenbetrieb gem. § 3 Abs. 1 HwO 186
(4) Zwischenergebnis 186
bb) Nebenbetriebliche Ausübung von Berufen der Anlage B 187
IV. Zwischenergebnis 190

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

D. Adäquanz von Einordnung und Rechtsrahmen 191
I. Anknüpfen an ausführende Einheiten 191
II. Ausnahme bestimmter ausführender Einheiten vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung 192
1. Gleichheitsrechtliche Bedenken 193
a) Unerhebliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO 193
b) Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO 196
c) Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 1 HwO 202
d) Nebenbetriebe, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden 203
2. Perspektivische Weiterentwicklung 205
a) Unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe, in denen wesentliche Tätigkeiten der Anlage A handwerksmäßig ausgeübt werden 206
b) Nebenbetriebe im weiteren Sinne, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden 207
3. Fazit 209
III. Adäquanz des Inhalts der Handwerksordnung für ausführende Einheiten 210
IV. Fazit 211
E. Ergebnis 211

§ 7 Ergebnisse und Fazit 212

Literaturverzeichnis 221

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 1 Ziele der Arbeit

Die Digitalisierung führt zu verschiedenen gravierenden Veränderungen in allen Bereichen des Lebens. Obwohl sie den Alltag schon jetzt prägt, sind viele rechtliche Fragen noch ungeklärt. Dabei sind zunächst offensichtlich verschiedene Bereiche des Zivilrechtes betroffen, wie beispielsweise Datenschutz-, IT-Sicherheits-, Vertrags-, Haftungs-, Arbeits-, Steuer-, Produktsicherheits- und Urheberrecht oder das Recht an personen- oder nicht-personenbezogenen Daten, aber auch das Kartellrecht und Wettbewerbsrecht.[1] Aber auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts stellen sich Fragen im Zusammenhang mit der Digitalisierung. Zu denken ist hier stets auch an die besonderen verwaltungsrechtlichen Gesetze des jeweils betroffenen Bereichs – so ist denn auch der Fahrdienst *UberPop* in Deutschland nicht an einem der vorgenannten zivilrechtlichen Regelungsgebiete gescheitert, sondern am Personenbeförderungsgesetz.[2]

Auch im Handwerk sind verschiedene Phänomene der Digitalisierung zu beobachten. Es verändern sich Arbeitsmittel und -prozesse, die Möglichkeiten der Kundenakquise und ganze Geschäftsmodelle in beachtlichem Ausmaß. Gem. § 26 Abs. 1 S. 2 HwO ist bei der Festlegung der Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten gem. § 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HwO in der Ausbildungsordnung nach § 25 Abs. 1 HwO für Ausbildungsberufe für Gewerbe der Anlagen A und B zur Handwerksordnung insbesondere auch die technologische und digitale Entwicklung zu beachten. Somit ist das Bestreben, die nächste Generation von Handwerkern mit den Möglichkeiten der Digitalisierung vertraut zu machen, bereits gesetzlich verankert. Umso relevanter ist es, die Auswirkungen digitalisierungsgetriebener Veränderungen im Handwerk auf die Anwendbarkeit der Handwerksordnung zu untersuchen und auch die Adäquanz der rechtlichen Rahmenbedingungen für die dem Wandel unterliegenden Lebenssachverhalte auf den Prüfstand zu stellen.

---

1 Vgl. *Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. / Noerr LLP*, Industrie 4.0 – Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung, S. 7.

2 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.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dazu wird eine Begriffsklärung der „Digitalisierung" vorangestellt und ein Überblick über ausgewählte Phänomene der Digitalisierung und ihre Erscheinungsformen im Handwerk gegeben. Das zweite Standbein der weiteren Untersuchung bildet ein Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen des Handwerks. Im Einzelnen wird neben dem Normenbestand, der Verortung im Öffentlichen Wirtschaftsrecht und der Gesetzgebungskompetenz für das Handwerksrecht insbesondere auf spezifische Inhalte der Handwerksordnung sowie die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit eingegangen. Nach dieser Versicherung über die tatsächliche wie juristische Ausgangslage werden drei verschiedene Aspekte der Einordnung eines Betriebs als Handwerksbetrieb untersucht.

Ein für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung auch im Kontext der Digitalisierung entscheidendes Kriterium ist die „Handwerksmäßigkeit". Bisher wird der unbestimmte Rechtsbegriff mit von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Indizien angefüllt.[3] Eine zentrale – und angesichts der Digitalisierung heikle – Position unter diesen nimmt das Indiz des Ausmaßes von Technik ein, demzufolge ein hohes Maß an eingesetzter Technik gegen die Handwerksmäßigkeit spricht.[4] Es wird daher geprüft, wie sich der erhöhte Einsatz von Digitaltechnik auf die Beurteilung der Handwerksmäßigkeit auswirkt.

Durch das Internet der Dinge ermöglichte neue Arten der Vertragsanbahnung können sich möglicherweise auf die Einordnung als stehendes oder Reisegewerbe auswirken, denn diese orientiert sich an der Initiative zum Vertragsschluss: geht sie vom Handwerker aus, so ist das ausgeübte Gewerbe dem Reisegewerbe zuzuordnen.[5] Nur auf die Handwerksausübung im stehenden Gewerbe kann aber die Handwerksordnung zur Anwendung zu kommen. Für das Handwerk wirkt sich die Zuordnung zum stehenden oder Reisegewerbe bei der Auftragsakquise über das Internet der Dinge also auf die Voraussetzungen der Gewerbeausübung, aber auch auf andere von der Handwerksordnung geregelte Aspekte wie die Zuordnung zur Kammer aus. Die gewerberechtliche Einordnung ist daher für diesen Bereich der Wirtschaft von ganz besonderem Interesse.

Mit dem Aufkommen von digitalen Plattformen ist nicht immer offensichtlich, wo innerhalb des Gesamtgefüges der für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung maßgebliche Betrieb zu sehen ist und ob die Hand-

---

3 Vgl. etwa *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 21.

4 Statt vieler *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 22.

5 Vgl. *Ross*i, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK Gewerbeordnung, § 55 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werksordnung für diesen tatsächlich zur Anwendung kommt. Daher wird die Einordnung verschiedener Plattformentypen vorgenommen.

Nach erfolgter Einordnung wird jeweils auch die Adäquanz der Zuordnung zum oder des Ausschlusses vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung untersucht. Dabei wird auch gegebenenfalls bestehenden Bedenken verfassungsrechtlicher Art nachgegangen und es werden Möglichkeiten aufgezeigt, solche Bedenken auszuräumen.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 2 Digitalisierung und Handwerk

A. *Begriff „Digitalisierung"*

Der Begriff „Digitalisierung" ist zwar allgegenwärtig, aber seine Bedeutung ist schwierig zu fassen und auch in der Wissenschaft ist es bisher nicht gelungen, eine allgemein anerkannte Definition zu erarbeiten.[6] „Digitalisierung" heißt zunächst, etwas in eine digitale Form zu bringen. Der Wortstamm „Digital" stammt dabei vom lateinischen *digitus*, „Finger", bzw. *digitalis*, „den Finger betreffend," ab[7] und bedeutet „auf der Umwandlung von Signalen in Folgen binärer Zeichen beruhend".[8] Die Darstellung von Informationen durch Zahlen bildet die Basis der elektronischen Datenverarbeitung.[9] Die Möglichkeit, Daten elektronisch nicht nur zu erfassen, sondern auch zu bearbeiten, führte in den vergangenen Jahrzehnten zu einer vermehrten Umwandlung von analog gespeicherten Informationen in digital in Form von Daten gespeicherte Informationen – der „Digitalisierung" im technologischen Sinn.[10] Die Digitaltechnik mit ihren vielfältigen Möglichkeiten setzte sich schnell durch: Es wird geschätzt, dass schon in den frühen 2000er Jahren der Großteil technologisch gespeicherter Daten in einem digitalen Format gespeichert waren – im Jahr 2007 war es bereits ein Anteil von ca. 94 %.[11]

Mit der Erfindung des Internets wurde die Möglichkeit der elektronischen Speicherung und Bearbeitung von Daten ergänzt durch die Möglichkeit, diese quasi unbegrenzt zu verbreiten.[12] Schon 2007 fanden ca. 99,9 % der Telekommunikation mittels digitaler Technik statt.[13] Digital-

---

6 Vgl. *Ennuschat/Plogmann*, GewA 2019, 273, 273.

7 Vgl. „Digital", in: *Pfeifer et al.*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, verfügbar unter https://www.dwds.de/wb/etymwb/digital, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020.

8 Vgl. „Digital", in: *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), DWDS – Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, verfügbar unter https://www.dwds.de/wb/digital, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020.

9 Vgl. *Kluth*, German "Digitalisierung" versus American Innovation, Handelsblatt Global vom 23. Februar 2018.

10 Vgl. *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 99 f.

11 Vgl. *Hilbert/López*, Science 2011, Vol. 332 Issue 6025, 60, 60.

12 Vgl. *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 99 f.

13 Vgl. *Hilbert/López*, Science 2011, Vol. 332 Issue 6025, 60, 60.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

technik und Internet sind eng miteinander verknüpft und bieten die Basis für verschiedene weitere Entwicklungen.[14] In einem etwas weiteren Sinne wird der Begriff „Digitalisierung“ genutzt für die Übertragung von Aufgaben auf den Computer als eine spezielle Form der Automatisierung.[15] Dank der fortschreitenden Entwicklungen der Digitaltechnik und der Vernetzung durch das Internet ist eine solche Automatisierung nicht mehr nur bei sich gleichförmig wiederholenden Prozessen, sondern auch bei eher unstrukturierten Vorgängen möglich.[16]

Gleichzeitig wird mit „Digitalisierung“ auch die Einführung digitaler Technologien in verschiedenen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens bezeichnet.[17] Digitalisierung in diesem weiten Sinne lässt sich als kulturelles Phänomen begreifen, das gekennzeichnet ist von Grenzenlosigkeit, Multimedialität, Virtualität und Vernetzung.[18] Auch für den Bereich der Wirtschaft hat die Digitalisierung transformierenden Charakter.[19] Sie hat Auswirkungen auf Industrie, Dienstleistungswirtschaft und Arbeitswelt.[20] „Digitalisierung“ in diesem Sinn umfasst sämtliche Innovationen im Zusammenhang mit Digitaltechnik und Internet einschließlich ihrer Anwendung und ist in seiner Entwicklungsoffenheit daher durchaus mit den englischsprachigen Begriffen „tech“ oder „innovation“ vergleichbar.[21] Dieser weite Digitalisierungsbegriff liegt auch der vorliegenden Arbeit zugrunde.

---

14 Vgl. *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 99 f.

15 Vgl. *Hess,* „Digitalisierung“, Stand vom 27. Februar 2019 14:42 Uhr, verfügbar unter https://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/wi-enzyklopaedie/lexikon/technologien-methoden/Informatik--Grundlagen/digitalisierung/, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020, in: Gronau et. al. (Hrsg.), Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik – Online-Lexikon.

16 Vgl. *Hess,* „Digitalisierung“, Stand vom 27. Februar 2019 14:42 Uhr, verfügbar unter https://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/wi-enzyklopaedie/lexikon/technologien-methoden/Informatik--Grundlagen/digitalisierung/, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020, in: Gronau et. al. (Hrsg.), Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik – Online-Lexikon.

17 Vgl. *Hess,* „Digitalisierung“, Stand vom 27. Februar 2019 14:42 Uhr, verfügbar unter https://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/wi-enzyklopaedie/lexikon/technologien-methoden/Informatik--Grundlagen/digitalisierung/, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020, in: Gronau et. al. (Hrsg.), Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik – Online-Lexikon.

18 Vgl. *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 100 f.

19 Vgl. dazu insbesondere *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, S. 10 ff.

20 Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Hrsg.), Industrie 4.0 und Digitale Wirtschaft, S. 4 f.

21 Dies verneint *Kluth*, German "Digitalisierung" versus American Innovation, Handelsblatt Global vom 23. Februar 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Ausgewählte Phänomene der Digitalisierung der Wirtschaft

Bei der Digitalisierung im Bereich der Wirtschaft lassen sich verschiedene Phänomene beobachten, von denen einige im Folgenden in den Blickpunkt genommen werden.

I. Veränderung der Arbeitsmittel und -prozesse durch 3-D-Druck und Robotik

Die Errungenschaften der Digitaltechnik bieten neue Arbeitsmittel und verändern so Arbeitsprozesse. Besonders hervorzuheben unter den dafür maßgeblichen Innovationen sind die Additive Fertigung sowie die Robotik. Additive Fertigung, häufig 3-D-Druck genannt, bezeichnet ein Verfahren zur Herstellung von Objekten, das auf dem schichtweisen Aufbau von Material durch das Verkleben oder Verschmelzen mit der jeweils vorherigen Schicht beruht. Im Einzelnen lässt sich hier zwischen diversen Herstellungsmethoden differenzieren und es lassen sich verschiedenste Materialien einsetzen. Vorlage für den Druck ist ein digitales Modell, welches auf einer mittels einer 3-D-CAD-Zeichensoftware erstellten 3-D-Zeichnung oder einem 3-D-Scan basiert.[22] Die Additive Fertigung bietet diverse Vorteile. Durch den Wegfall des Erfordernisses von speziellen Hilfsmitteln wie beispielsweise Gussformen ist auch die Herstellung kleiner Losgrößen einfach, schnell und vergleichsweise kostengünstig möglich, was insbesondere für die Herstellung von Prototypen von Vorteil ist.[23] Auch die Individualisierung von Produkten in der Serienfertigung wird dadurch ermöglicht.[24] Dank dieser Vielseitigkeit kann 3-D-Druck in den verschiedensten Branchen von der Automobilindustrie, Raum- und Luftfahrt, Medizintechnik bis zur Kunst und Architektur zum Einsatz kommen.[25] 2018 nutzten bereits etwa zehn Prozent der Industrie-Unternehmen 3-D-Druck.[26] Gleichzeitig gibt es anders als bei subtraktiven Verfahren keinen Material-

22 Zum Ganzen vgl. *Fastermann*, 3-D-Drucken, S. 11 ff., 27 ff., 49 ff.
23 Vgl. *Fastermann*, 3-D-Drucken, S. 7 ff.
24 Vgl. *Gembarski*, Das Potential der Produktindividualisierung, in: Lachmayer/Lippert/Fahlbusch (Hrsg.), 3-D-Druck beleuchtet, S. 78 ff.
25 Vgl. *Fastermann*, 3-D-Drucken, S. 103 ff., sowie zu möglichen künftigen Einsatzgebieten S. 132 ff.
26 Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Hrsg.), Monitoring-Report Wirtschaft DIGITAL 2018, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

abfall.[27] Anders als analoge Modelle lassen sich die Datensätze digitaler Modelle ohne Wertverlust unendlich oft teilen.[28] Schon jetzt kann eine große Anzahl an solchen digitalen 3-D-Druck-Daten auf Internetplattformen käuflich oder kostenfrei erworben werden.[29] So lassen sich identische Produkte völlig unabhängig von einer bestimmten Fabrik herstellen. Allerdings entsteht dadurch auch Raum für Produktpiraterie vergleichbar mit dem Raubkopieren von Musik- und Videodateien, sodass der 3-D-Druck eine große Herausforderung für den Schutz der Immaterialgüterrechte darstellt.[30]

Roboter können Menschen bei vielfältigen Aufgaben unterstützen oder sogar ersetzen. Bereits knapp ein Fünftel der Industrieunternehmen nutzte 2018 Robotik oder die oft in diesem Zusammenhang ebenfalls eingesetzte Sensorik.[31] Bei der Robotik handelt es sich um einen von vielen Anwendungsbereichen von Künstlicher Intelligenz. Diese Technologien ermöglichen es technischen Systemen, etwa die Umwelt wahrzunehmen oder selbstständig Probleme zu lösen und Entscheidungen zu treffen.[32] Die Schlüsseltechnologien Künstlicher Intelligenz lassen sich grob danach einteilen, ob ein verhaltensorientierter oder ein rationaler Ansatz verfolgt wird. Zu ersteren zählt etwa die Kognitive Modellierung, mit der die Aufmerksamkeit und Entscheidungsfindung beim Menschen simuliert wird, zu letzteren etwa die sogenannte Computer Vision, mit der beispielsweise Objekte in Bildern erkannt werden, sowie Machine Learning, also überwachte und nicht überwachte Lernverfahren, Aktionsplanung und Optimierung.[33]

Zu den von Robotik und Künstlicher Intelligenz bereits jetzt erschlossenen Einsatzbereichen zählen unter anderem das Bewachen und Bauen von Häusern, Rasenmähen, Entschärfen von Bomben, Melken von Kühen oder Arbeiten am Fließband,[34] aber auch das Lagern, Kommissionieren und

27 Vgl. *Fastermann*, 3-D-Drucken, S. 117.
28 Vgl. *Wintermann*, NZA 2017, 537, 539.
29 Vgl. *Fastermann*, 3-D-Drucken, S. 55 ff.
30 Vgl. dazu etwa *Nordemann/Rüberg/Schaefer*, NJW 2015, 1265 ff.
31 Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Hrsg.), Monitoring-Report Wirtschaft DIGITAL 2018, S. 36, 47.
32 Vgl. *Begleitforschung PAiCE* (Hrsg.), Potentiale der künstlichen Intelligenz im produzierenden Gewerbe in Deutschland, S. 13 f.
33 Vgl. *Begleitforschung PAiCE* (Hrsg.), Potentiale der künstlichen Intelligenz im produzierenden Gewerbe in Deutschland, S. 15.
34 Vgl. zum Ganzen *Günther/Böglmüller*, BB 2017, 53, 53.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verpacken von Waren und Sortieren von Briefen.[35] Dadurch findet ein struktureller Wandel statt, der geprägt ist von der Übernahme monotoner Arbeit durch Maschinen und dem Entstehen neuer Tätigkeitsbereiche für höher qualifizierte Arbeitskräfte.[36]

II. Veränderung der Modalitäten des Vertragsschlusses durch das Internet der Dinge

Ein weiteres Phänomen der Digitalisierung ist die Veränderung der Modalitäten von Vertragsanbahnungen und -schlüssen. Mit Sensoren ausgestattete Dinge können über das Internet untereinander vernetzt werden. Mit diesem Internet der Dinge, kurz „IoT" für „Internet of Things",[37] wird eine dezentrale Überwachung und Steuerung ebenso möglich wie das Sammeln von Daten. Die Auswertung dieser Daten kann Rückschlusse über die Marktteilnehmer und den Markt geben. Wenn eine internetfähige Sache einen Fehler aufzeigt, kann über das Internet der Dinge teils Fernwartung betrieben werden.[38] Sollte eine Reparatur am Gerät selbst unerlässlich sein, so kann die Fehlermeldung häufig zumindest Aufschluss über die Fehlerquelle geben und so dem Reparierenden nützlich sein. Zudem kann derjenige, der Zugriff auf die Daten bzw. die daraus erkenntlichen Informationen erlangt, dem Kunden proaktiv seine Dienste antragen.

Andere „IoT-Geräte" ermöglichen eine neue Art des Konsums, indem sie selbstständig oder auf Knopfdruck oder durch Sprachsteuerung Bestellungen aufgeben bzw. entgegennehmen.[39] Ein Beispiel sind die sogenannten „Dash Buttons" der Online-Handelsplattform Amazon: Dabei handelt es sich um kleine Schaltflächen, die im Haushalt angebracht werden und deren Betätigung eine Bestellung über ein bestimmtes vorher festgelegtes Produkt auslösen soll.[40] Der Einsatz des Internets der Dinge in dieser

35 Vgl. die Unterrichtung durch die Bundesregierung über den Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur – Post 2016/2017 mit Sondergutachten der Monopolkommission – Post 2017: Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten!, BT-Drs. 19/169, S. 124, 155.

36 Vgl. für den Bereich der Post BT-Drs. 19/169, S. 124, 155 f.

37 Vgl. *Duden*, ZRP 2020, 102, 102.

38 Vgl. zum Ganzen *Wintermann*, NZA 2017, 537, 538 f.

39 Vgl. *Duden*, ZRP 2020, 102, 102.

40 Das OLG München hat sie für mit den vorvertraglichen Pflichten des § 312j Abs. 2, Abs. 3 BGB unvereinbar erklärt, Urteil vom 10. Januar 2019 – 29 U

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gestalt ist vor allem für den Verbraucherschutz und das Vertragsrecht eine Herausforderung.[41]

III. Veränderung von Geschäftsmodellen durch digitale Plattformen

Mit digitalen Plattformen ist durch die Digitalisierung eine neue Art von Geschäftsmodellen entstanden. „Digitale Plattformen sind internetbasierte Foren für digitale Interaktion und Transaktion. Die Welt digitaler Plattformen ist durch eine große Vielfalt und Dynamik geprägt", heißt es im Weißbuch Digitale Plattformen des Bundeswirtschaftsministeriums.[42] Und weiter: „Dieser Definitionsansatz soll den Gegenstand der Debatte eingrenzen, für rechtliche Abgrenzungen reicht er nicht aus."[43] Besondere Charakteristika von digitalen Plattformen sind die vereinfachte Interaktion[44] verschiedener Marktteilnehmer und ihre Mehrseitigkeit.[45] Viel häufiger als auf dem traditionellen Markt werden auf Plattformen Marktteilnehmer mit unterschiedlichen Rollen miteinander vernetzt.[46] Mehrseitige Märkte gibt es aber auch in der „analogen Welt" und nicht alle Plattformen sind mehrseitig.[47] Plattformen gibt es in verschiedensten Ausgestaltungen.[48] Es lässt sich grob differenzieren zwischen datenzentrierten und transaktionszentrierten Plattformen: Während datenzentrierte Plattformen auf die datenbasierte Vernetzung zu einem Gesamtsystem abzielen, steht bei transaktionszentrierten digitalen Plattformen das Zusammenführen von Angebot

---

1091/18 –, MMR 2019, 532; siehe dazu auch *Leeb*, MMR 2017, 89 ff.; *Busch*, EuCML 2018, 78 ff.; *Hergenröder*, VuR 2017, 174 ff.

41 Vgl. *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 ff.; *Duden*, ZRP 2020, 102 ff.; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275 ff.

42 *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Hrsg.), Weißbuch Digitale Plattformen, S. 21.

43 *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Hrsg.), Weißbuch Digitale Plattformen, S. 21.

44 Vgl. *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 4.

45 Vgl. *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 4 f.; *Körber*, ZUM 2017, 93, 93.

46 *Körber*, ZUM 2017, 93, 93 f.

47 Vgl. *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 5.

48 Vgl. dazu *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, S. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und Nachfrage im Vordergrund.[49] Oft ist die Nutzung von Plattformen für alle oder bestimmte Nutzer kostenfrei.[50] Gewinne werden stattdessen beispielsweise über die Aufmerksamkeit der Nutzer für Werbeanzeigen generiert. Außerdem können Daten gesammelt werden.[51] Sind Plattformen kostenpflichtig, kann dies für alle oder nur für bestimmte Nutzergruppen gelten und für alle oder nur für bestimmte Dienste. Es kommt eine periodische Zahlung zur Nutzung der Plattform oder ein Provisionsmodell bei Transaktionen in Betracht. Je nach Art der Plattform können konzeptionell verschiedene Netzwerkeffekte entstehen.[52] Diese Netzwerkeffekte kombiniert mit anderen Faktoren wie etwa Skaleneffekten, also die nach der oft extrem hohen Anfangsinvestition relativ niedrigen Weiterentwicklungskosten, führen dazu, dass manche Plattformen einen hohen Marktanteil erreichen[53] und so zum Gegenstand kartellrechtlicher Untersuchungen werden.

C. Erscheinungsformen im Handwerk

Die beschriebenen Phänomene der Digitalisierung lassen sich auch im Handwerk beobachten.

I. Einsatz digitaltechnischer Arbeitsmittel im Handwerk

Im Handwerk bietet sich eine Vielzahl an Einsatzmöglichkeiten für digitaltechnische Arbeitsmittel in den verschiedensten Schritten des Arbeitsprozesses. Schon bei der Vorbereitung und Organisation der Arbeitsabläufe bieten sich diverse Einsatzmöglichkeiten. Drohnen erleichtern es Dachdeckern, sich einen Überblick über den Zustand eines Daches zu

49 Vgl. *Engelhardt, von/Wangler/Wischmann*, Eigenschaften und Erfolgsfaktoren digitaler Plattformen, S. 5 ff.

50 *Körber*, ZUM 2017, 93, 94.

51 *Körber*, ZUM 2017, 93, 94.

52 Vgl. *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 4 f.; *Körber*, ZUM 2017, 93, 94.

53 Vgl. dazu *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 6; *Körber*, ZUM 2017, 93, 94 f.; *Engelhardt, von/Wangler/Wischmann*, Eigenschaften und Erfolgsfaktoren digitaler Plattformen, S. 11 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verschaffen.[54] Datenbrillen unterstützen Handwerker bei der Wartung von Maschinen durch Anzeigen der relevanten Informationen und durchzuführenden Arbeitsschritte.[55] Die Zeit- und Datenerfassung kann statt auf Papier mittels mobiler Softwarelösungen digital erfolgen.[56] Brauer können ihre Bierfässer mittels RFID-Technologie digital erfassen und die Kunden an die Rückgabe erinnern.[57] Metzger bewerben ihre Produkte über Social Media und verkaufen sie über eine Website,[58] und Kunden können auf der Website eines Tischlerunternehmens ihren Wunschtisch[59] und auf der Website eines Zweiradmechanikerunternehmens ein Fahrrad konfigurieren.[60] Mittels Virtual-Reality-Brillen können Tischler ihren Kunden schon bei der Planung der neuen Einrichtung die vorgesehenen Möbel im eigenen Wohnzimmer zeigen.[61]

Aber auch die Durchführungsweise von Kerntätigkeiten wird durch die Digitalisierung verändert. Zahntechniker können Modelle, Prothesen und Bohrschablonen auf Basis eines 3-D-Scans entwerfen und mit 3-D-Druck drucken.[62] Mittels 3-D-Scan-Technik und additiver Fertigung können Orthopädieschuhmacher und -techniker Prothesen, Orthesen und Einlagen schneller als von Hand herstellen.[63] Im Steinmetzhandwerk können Robo-

54 Vgl. *Thomas/Sinn*, Deutsche Handwerks Zeitung vom 15. Mai 2017, Unterwegs mit einem Dachdecker, der Drohnen für die Dachinspektion nutzt.

55 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Einsatz von Datenbrillen im Bereich Service und Instandhaltung.

56 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Umsetzungsprojekt. Digitale Datenerfassung statt Zettelwirtschaft; *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Umsetzungsprojekt. Spielräume für weiteres Wachstum. Mobil und transparent durch flexible Softwarelösung.

57 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Umsetzungsprojekt. Hopfen, Malz und digitale Technik.

58 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Social Media: virtueller Verkaufstresen zur Absatzsteigerung und Vertrauensbildung.

59 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk,* Praxisbeispiel Digitalisierung. Digitales Produkterlebnis macht den Kunden zum Gestalter – multimediale Begleitung eines handwerklichen Prozesses.

60 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Digital an die Spitze: Ein Online-Konfigurator trifft den Zeitgeist der Individualisierung.

61 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Virtual-Reality-Brillen im Handwerk: Die interaktive 3-D-Visualisierung von Ideen und Produkten.

62 Vgl. *Guthardt*, 3-D-Druck: Wie die Technik das Handwerk verändert, Deutsche Handwerks Zeitung vom 5. Mai 2017.

63 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung: Einsatz additiver Fertigung in der Orthopädietechnik; *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Mobiler 3-D-Scanner im orthopädischen

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter das grobe Fräsen der Steine übernehmen.[64] Im Fotografenberuf entfällt bei der digitalen Fotografie das Entwickeln der Fotos vollständig. Zeit- und temperaturgesteuerte Sauerteigbereiter ermöglichen Bäckern eine Reduktion ihrer Nachtarbeitszeit.[65] Konditoren können mithilfe von 3-D-Druckern Schokolade in vielfältigen maßstabgetreuen Motiven herstellen.[66] Selbst Pferderücken lassen sich mit 3-D-Scannern vermessen, sodass Sattler diesen bisher sehr aufwändigen Arbeitsschritt deutlich vereinfachen können.[67] Auch das Feinwerkmechanikerhandwerk profitiert enorm vom Einsatz von 3-D-Druckern.[68]

Diese Beispiele stellen lediglich einen Auszug der vielfältigen Einsatzmöglichkeiten von Digitaltechnik im Handwerk dar. Sie lassen schon jetzt das gigantische Ausmaß ihrer Auswirkung auf die Gewerbeausübung in Handwerksberufen auch in Zukunft erahnen.

II. Internet der Dinge

Sensorik und IoT-fähige Technologien werden auch verbaut in Geräten und Anlagen, mit deren Wartung und Reparatur traditionell Handwerker betraut sind. Beispiele dafür sind etwa Kraftfahrzeuge oder gebäudetechnische Anlagen wie Heizungen und Smart-Home-Anlagen. Die Hersteller der Geräte sind normalerweise keine Handwerksbetriebe. Handwerksbetriebe haben somit in der Regel auch keinen Zugriff auf die Daten und können „Dienstleistungen wie eine vorausschauende Wartung und schnel-

---

Schuhhandwerk: für mehr Kundennähe und Präzision; *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. 3-D-Scanner in der Orthopädietechnik: Die dreidimensionale Vermessung menschlicher Körperteile.

64 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Roboter als Lösung für mehr handwerkliche Feinarbeit.

65 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Nachhaltigkeit durch Digitalisierung: Zeit für slow baking durch modernste Vorwiegeanlagen und Teigreiferäume.

66 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Traditionsbewusst und innovativ: Absatzsteigerung durch den Einsatz von 3-D-Druckern zur Schokoladenherstellung.

67 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Die digitale Sattelfertigung: Der 3-D-Pferderücken-Scanner macht es möglich.

68 Vgl. *Guthardt*, 3-D-Druck: Wie die Technik das Handwerk verändert. Deutsche Handwerks Zeitung vom 5. Mai 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

le Reparaturen“[69] nicht in gleicher Weise anbieten. Deshalb setzt sich der Zentralverband des Deutschen Handwerks derzeit für einen rechtlich gesicherten Zugang des Handwerks zu wettbewerbsrelevanten Daten ein.[70]

III. Digitale Plattformen zur Vermittlung von Handwerkern

Allein in Deutschland gibt es bereits eine dreistellige Zahl an transaktionszentrierten digitalen Plattformen, die sich auf das Handwerk fokussieren.[71] Sie können eine Rolle spielen bei den Prozessschritten der Auftragserlangung, -vorbereitung, -erbringung und -nachbereitung.[72] Unter den Schritt der Auftragserlangung fallen vor allem Werbemaßnahmen,[73] aber auch Projektplanung, Angebotserstellung und Vertragsschluss.[74] Zur Vorbereitung zählt insbesondere die Kommunikation mit Kunden, etwa zur Terminabsprache, und Lieferanten, etwa zum Bestellen des benötigten Materials.[75] Die Auftragserbringung wird häufig begleitet von Unterstützungsprozessen, wie etwa der Kommunikation unter den Mitarbeitern des Handwerksbetriebs oder dem Erfassen des Materialverbrauchs, die durch die mobile plattformbasierte Projektdokumentation, -zeiterfassung, etc. vereinfacht werden können.[76] Die Nachbereitung beinhaltet Kundenser-

---

69 Vgl. *Zentralverband des Deutschen Handwerks*, EU-Kommission veröffentlicht Strategie zu Daten und Künstlicher Intelligenz / Handwerk fordert „rechtlich gesicherten Zugang zu allen wettbewerbsrelevanten Daten“, EU-News vom 19. Februar 2020.

70 Vgl. *Zentralverband des Deutschen Handwerks*, „Datenmonopole müssen verhindert werden“, Interviews/Statements vom 04. Juli 2019; *Zentralverband des Deutschen Handwerks,* EU-Kommission veröffentlicht Strategie zu Daten und Künstlicher Intelligenz / Handwerk fordert „rechtlich gesicherten Zugang zu allen wettbewerbsrelevanten Daten“, EU-News vom 19. Februar 2020.

71 Vgl. *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 8.

72 Differenzierung bei *Krcmar/Räß/Wiesche/Pflügler/Schreieck*, Digitalisierung im Handwerk – IT-Einsatz für mehr Effizienz entlang der Prozesskette, S. 4; vgl. auch *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 25.

73 Vgl. *Krcmar/Räß/Wiesche/Pflügler/Schreieck*, Digitalisierung im Handwerk – IT-Einsatz für mehr Effizienz entlang der Prozesskette, S. 6.

74 Vgl. *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 25.

75 Vgl. *Krcmar/Räß/Wiesche/Pflügler/Schreieck*, Digitalisierung im Handwerk – IT-Einsatz für mehr Effizienz entlang der Prozesskette, S. 10; *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 25.

76 Vgl. *Krcmar/Räß/Wiesche/Pflügler/Schreieck*, Digitalisierung im Handwerk – IT-Einsatz für mehr Effizienz entlang der Prozesskette, S. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vice, Rechnungsstellung, den Zahlungsprozess sowie die Abwicklung der mit dem Auftrag verbundenen Buchhaltung.[77]

Transaktionszentrierte Plattformen knüpfen in aller Regel bei der Auftragserlangung an. Je nach Ausgestaltung der Plattform werden teilweise auch verschiedene Aspekte der weiteren Prozessschritte über die Plattform abgewickelt. Mit Blick auf den Grad des Einflusses der Plattform auf die Gestaltung des Leistungsangebots und die von der Plattform vorgesehene Ausgestaltung der Verknüpfung von Kunden und dem Erbringer der Handwerksleistung lässt sich eine grobe Einteilung in sechs Kategorien vornehmen:[78]

Reine Werbeplattformen bieten dem Betrieb die Möglichkeit, sich mit einem Online-Profil darzustellen und über die Plattform für Kunden vereinfacht im Internet auffindbar zu sein. Der Plattformanbieter hat keine Kontrolle über das Angebot des Betriebs. Die gesamte Auftragsabwicklung von Vertragsschluss bis zur Rechnungsstellung findet von der Plattform unabhängig statt. Die Nutzung solcher Werbeplattformen ist oft kostenfrei, für Zusatzleistungen fallen oft Kosten an.[79]

Mit „Onlineshop"- Plattformen[80] ist nicht der reine Online-Handel mit Waren gemeint,[81] sondern digitale Marktplätze, über die der Kontakt zwischen dem Anbieter der Handwerksleistung und dem Kunden hergestellt werden kann. Die Plattform hat in diesen Fällen organisierende und unterstützende Funktion. Die Preise werden vom Anbieter der Handwerksleistung festgelegt, das Leistungsangebot ist manchmal kategorisiert, aber nur gering standardisiert. Oft wird eine vom Auftragswert abhängige Provision fällig, teilweise fallen auch weitere Kosten für den Anbieter der Handwerksleistung an.[82]

---

77 Kategorisierung von *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 25 ff.

78 Vgl. *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27 ff., 50 ff.

79 Zum Ganzen *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27, 32, sowie die Marktübersicht auf S. 33.

80 Vgl. *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27, 34 ff.

81 Zur gewerberechtlichen Einordnung des Online-Handels vgl. *Ennuschat/Plogmann*, GewA 2019, 273, 274 unter Rückgriff auf die von *Heckmann*, NJW 2000, 1370, 1371 vorgenommene Fallgruppenbildung. Zum Einsatz im Handwerk vgl. *Sommer*, Handwerk Magazin 06/2018, 18, 24; sowie *Sommer*, Handwerk Magazin 02/2019, 22 ff.

82 Zum Ganzen *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27, 34, sowie die Marktübersicht auf S. 35 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die „Auftragsvermittler“[83]- oder „Partnervermittler“[84]-Plattformen ermöglichen es dem Kunden, gezielt zur Durchführung eines bestimmten Auftrags nach dem Anbieter einer Handwerksleistung zu suchen, oft mithilfe von standardisierten Vorlagen etwa zur Auftragsbeschreibung. Verschiedene Anbieter der Handwerksleistung konkurrieren um den Auftrag des Kunden. Sie sind dabei frei in der Festlegung von Portfolio und Preisen. Die Kommunikation zum Kunden findet zwar gegebenenfalls auf der Plattform, aber ohne ihren Einfluss statt. Die Qualitätskontrolle erfolgt durch komplexe Bewertungsmechanismen. Für die Anbieter der Handwerksleistung fallen oft Kosten zur Plattformnutzung an, teilweise auch eine auftragsabhängige Provision.[85]

Von Werbeplattformen über „Onlineshop“-Plattformen bis zu „Partnervermittler“-Plattformen steigt die Intensität des Einflusses der Plattform auf den Prozess der Auftragserlangung, der Prozess der tatsächlichen Durchführung bleibt aber weitgehend plattformunabhängig. Die sogenannten „Infrastruktur-Anbieter“ nehmen hingegen auch auf die Durchführung Einfluss.[86] Sie bieten die organisatorische Infrastruktur für die gesamte Anbahnung und Abwicklung des Auftrags, sodass der Erbringer der Handwerksleistung sich ganz auf diese konzentrieren kann. Der Anbieter der Handwerksleistung legt die Preise selbst fest, das Leistungsspektrum ist aber oft vom Plattformbetreiber vorgeschrieben. Solche Plattformen werden häufig betrieben von Herstellern solcher Produkte, die im Handwerk oft eingesetzt werden.[87] Da die Plattform dem Kunden den Anbieter der Handwerksleistung vermittelt, wird der Anbieter der Handwerksleistung möglicherweise bei der Produktwahl bevorzugt auf solche des Plattformbetreibers zurückgreifen.[88]

Noch weiter geht der Einfluss der Plattform bei sogenannten „Franchiser“-Plattformen.[89] Diese treten dem Kunden gegenüber als für die Hand-

83 So *Sommer*, Handwerk Magazin 06/2018, 18, 20.
84 So *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27, 37 ff.
85 Zum Ganzen *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27, 37, sowie die Marktübersicht auf S. 38 ff.
86 Vgl. *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27.
87 Der Heizkörperhersteller *Vaillant* beispielsweise vermittelt mit seiner Plattform heizungsonline.vaillant Kunden, die Heizungen einbauen lassen möchten, den passenden Dienstleister, vgl. dazu *Sommer/Kittnar*, Handwerk Magazin 10/2018, 18 ff., 21.
88 Zum Ganzen *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27, 44, sowie die Marktübersicht auf S. 45.
89 So *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27, 46.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werksleistung verantwortlich auf und kontrollieren den gesamten Ablauf. Sie bieten dem Kunden einen Fixpreis für standardisierte Leistungen und übergeben die Ausführung der Leistung gegen einen festen Preis an den tatsächlichen Erbringer der Handwerksleistung weiter. Die Erbringer der Handwerksleistung müssen gewisse Voraussetzungen erfüllen und auch im Auftragsablauf bestimmte Vorgaben einhalten. Teilweise werden sie dazu angehalten, nur als Vertreter der Plattform und nicht als eigenständiger Betrieb aufzutreten.[90] Die benötigten Materialien kauft die Plattform ein. Für die Erbringer der Handwerksleistung fallen oft Kosten zur Aufnahme auf die Plattform, monatliche Kosten oder eine auftragsabhängige Provision an.[91]

Schließlich gibt es auch Plattformen, die nur fest angestellte Mitarbeiter zur Erfüllung von Aufträgen an die Kunden vermitteln.[92] Manchmal findet sich auch ein Kombinationsmodell zwischen diesem und dem „Franchiser"-Modell, bei dem neben den fest angestellten Mitarbeitern auch an strenge Vorgaben gebundene externe Erbringer von Handwerksleistungen eingesetzt werden.[93]

90 Vgl. das Interview mit dem Betriebsinhaber *Witzmann* über seine Zusammenarbeit mit einer Plattform, *Sommer*, Handwerk Magazin 06/18, 18, 26.

91 Zum Ganzen *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 27, 46, sowie die Marktübersicht auf S. 47 f.

92 Vgl. *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 50, sowie die Marktübersicht auf S. 51 f.

93 Vgl. *Trenkle*, Plattformen für Handwerksbetriebe, S. 46; schlagwortartig als „Online-Handwerker" zusammengefasst bei *Sommer*, Handwerk Magazin 06/2018, 18, 22.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 3 Rechtliche Rahmenbedingungen des Handwerks

Obgleich die Ausübung von Handwerksberufen durch die Digitalisierung den beschriebenen Wandel erfährt, hat sie sich nach den bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu richten.

A. Aufbau und Standort des Rechtsregimes

Nachdem ein Überblick über den Normenbestand gegeben wird, werden diese Regelungen innerhalb der Gesamtrechtsordnung verortet.

I. Normenbestand

Die Handwerksordnung ist eingebettet in ein System aus weiteren Gesetzen.

1. Handwerksordnung

Die Handwerksordnung ist das zentrale Gesetz zur Regelung des Handwerks. Sie regelt in ihrem ersten Teil, den §§ 1 bis 20 HwO, die Voraussetzungen der Ausübung eines Handwerks oder eines handwerksähnlichen Gewerbes, in ihrem zweiten Teil, den §§ 21 bis 44b HwO, die Berufsbildung im Handwerk, in ihrem dritten Teil, §§ 45 bis 51e HwO, Meisterprüfung und Meistertitel, sowie im vierten Teil, §§ 52 bis 116 HwO, die Organisation des Handwerks und wird abgeschlossen mit den Bußgeld-, Übergangs- und Schlussvorschriften in §§ 117 bis 125 HwO, dem fünften Teil. Mit diesen unterschiedlichen Regelungsfeldern steht die Handwerksordnung im Kontext verschiedener generellerer Gesetze, namentlich insbesondere der Gewerbeordnung, des Industrie- und Handelskammergesetzes und des Berufsbildungsgesetzes.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Gewerbeordnung

Die Gewerbeordnung ist geprägt vom Grundsatz der Gewerbefreiheit, der in § 1 Abs. 1 GewO ausdrücklich festgehalten ist. Während die Handwerksordnung nur das Betreiben bestimmter Gewerbebetriebe zum Regelungsgegenstand hat, gilt die Gewerbeordnung für sämtliche Gewerbe und ist somit das gegenüber der Handwerksordnung allgemeinere Gesetz. Sie kommt daher ergänzend zur Anwendung, soweit die Handwerksordnung keine Regelung trifft. Dies gilt etwa für die Anzeigepflicht des § 14 GewO, deren Geltung in § 16 Abs. 1 S. 1 HwO für das zulassungspflichtige Handwerk sogar ausdrücklich vorausgesetzt ist. § 16 Abs. 3 S. 1 HwO bietet die Rechtsgrundlage für die Untersagung des Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks beim Verstoß gegen Normen der Handwerksordnung und wird ergänzt durch § 16 Abs. 9 HwO, der die Grundlage für die Durchsetzung des Ausübungsverbots durch Schließung der Betriebs- oder Geschäftsräume sowie andere geeignete Maßnahmen bietet. Da eine Betriebsuntersagung wegen Unzuverlässigkeit in der Handwerksordnung nicht vorgesehen ist, kann diese gem. § 35 Abs. 8 GewO nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO erfolgen. Vor allem im Zusammenhang mit der aus §§ 1 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 S. 1 HwO erwachsenden Pflicht, für den stehenden Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks einen Betriebsleiter einzusetzen, kann die Abgrenzung zwischen den Rechtsgrundlagen mitunter Schwierigkeiten bereiten.[94]

Darüber hinaus ist die Gewerbeordnung anzuwenden, wenn die Handwerksordnung aus anderen Gründen als dem Fehlen der Gewerbeeigenschaft nicht zur Anwendung kommt. Das ist insbesondere der Fall, wenn das Handwerk oder handwerksähnliche Gewerbe nicht als stehendes Gewerbe betrieben wird, vgl. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 18 Abs. 1 S. 1 HwO. In diesem Fall gelten die Bestimmungen der §§ 55 ff. GewO über das Reisegewerbe oder der §§ 64 ff. GewO über Messen, Ausstellungen und Märkte. Das Betreiben eines Gewerbes als Reisegewerbe unterliegt gem. § 55 Abs. 2 GewO anders als das Betreiben eines stehenden Gewerbes in der Regel einer Erlaubnispflicht. Bestimmte Tätigkeiten sind in §§ 55a, 55b Abs. 1 GewO von der Erlaubnispflicht ausgenommen. Andere sind hingegen gem. § 56 GewO im Reisegewerbe verboten, darunter der Vertrieb einiger auch im Gesundheitshandwerk herstellbarer Güter, wie Bruchbänder, medizinische Leibbinden, medizinische Stützapparate und Bandagen, orthopädische Fußstützen, Brillen und Augengläser gem. § 56 Abs. 1 Nr. 1 lit. d GewO

94 Vgl. dazu *Pielow*, WiVerw 2019, 154, 164 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und elektromedizinische Geräte einschließlich elektronischer Hörgeräte gem. § 56 Abs. 1 Nr. 1 lit. f GewO.

Aber auch bei der Erbringung handwerklicher oder handwerksähnlicher Leistungen im stehenden Gewerbe kann die Gewerbeordnung zur Anwendung kommen, denn für bestimmte Neben- und Hilfsbetriebe ist die Anwendbarkeit der Handwerksordnung ebenfalls ausgeschlossen. Für die betroffenen Betriebe gilt dann der Grundsatz der Gewerbefreiheit.

3. Industrie- und Handelskammergesetz

Die Einordnung eines Betriebs als Handwerksbetrieb oder Betrieb eines handwerksähnlichen Gewerbes führt gem. § 90 Abs. 2 HwO zur Mitgliedschaft des Inhabers, aber auch qualifizierter Arbeitnehmer sowie der Lehrlinge in der Handwerkskammer. § 90 Abs. 3, Abs. 4 HwO sieht auch die Mitgliedschaft bestimmter anderer Gewerbetreibender in der Handwerkskammer vor. Demgegenüber richtet sich die Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer gem. § 2 Abs. 1 IHKG an die zur Gewerbesteuer veranlagten natürlichen Personen, Handelsgesellschaften, andere Personenmehrheiten oder juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts, die im Kammerbezirk der Industrie- und Handelskammer eine Betriebsstätte unterhalten. Eine Betriebsstätte ist dabei nicht gleichzusetzen mit einer gewerblichen Niederlassung, sondern meint im Sinne des § 12 AO jede feste Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient.[95] Bei der Ausübung von Reisegewerbe wird, sofern keine sichtbare Betriebsstätte vorhanden ist, der Wohnort herangezogen.[96] Die Mitgliedschaft von Arbeitnehmern in der Industrie- und Handelskammer ist nicht vorgesehen.

Aufgrund der unterschiedlichen Kammerzuordnungskonzepte der Handwerksordnung und des Industrie- und Handelskammergesetzes kann es zu Kollisionen kommen, wenn ein Gewerbetreibender einen Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes oder einen Betrieb im Sinne von § 90 Abs. 3, Abs. 4 HwO betreibt und daneben auch anderweitig gewerblich tätig ist. Gem. § 2 Abs. 3 IHKG ist in solchen Fällen

---

95 Vgl. *Günther*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, IHKG § 2 Rn. 68 ff., 73 ff.

96 Vgl. *Günther*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, IHKG § 2 Rn. 72; *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), § 55 Rn. 44; vorsichtig *Will*, Selbstverwaltung der Wirtschaft, S. 409.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Gewerbetreibende mit dem Teil seiner Gewerbeausübung, an den nicht bereits die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer anknüpft, Mitglied in der Industrie- und Handelskammer. Die Inhaber von Gewerbebetrieben, in denen zwar handwerklichen Tätigkeiten nachgegangen wird, deren Betreiben aber nicht zur Mitgliedschaft in der Handwerkskammer führt, gehören folglich zur Industrie- und Handelskammer. Das trifft zu auf Gewerbetreibende, die handwerkliche Leistungen im Reisegewerbe erbringen, aber auch für bestimmte Nebenbetriebe oder Hilfsbetriebe. Für diese Gewerbetreibenden übernehmen somit gem. § 1 Abs. 1 IHKG die Industrie- und Handelskammern die Interessensvertretung.

4. Berufsbildungsgesetz

Im Bereich der Berufsbildung trifft das Berufsbildungsgesetz bundeseinheitlich geltende allgemeine Regelungen. Umfasst sind gem. § 1 Abs. 1 BBiG die Berufsausbildungsvorbereitung, die Berufsausbildung, die berufliche Fortbildung und die berufliche Umschulung. Die Vorschriften der §§ 21 bis 44b HwO verdrängen diese Regelungen zum Teil. Sie wurden gerade wegen des engen Zusammenhangs mit den Anforderungen an den Betriebsleiter im zulassungspflichtigen Handwerk sowie mit der Organisation des Handwerks in der Handwerksordnung belassen. Soweit die Handwerksordnung keine Regelungen trifft, kommt aber das Berufsbildungsgesetz zur Anwendung.[97]

II. Standort im Öffentlichen Wirtschaftsrecht

Das Handwerks- wie auch das Gaststättenrecht zählt zu den Nebengebieten des Gewerberechts, dessen „Kernstück“[98] die Gewerbeordnung ist. Mit diesen Gesetzen nimmt der Staat Einfluss auf die Gewerbeausübung. Es handelt sich daher um klassische Gebiete des öffentlichen Wirtschaftsrechts, welches sich umfassend mit der ordnenden, staatlichen Steuerung des Verhaltens von Wirtschaftssubjekten oder der eigenen Marktteilnahme, sowie der Stellung des Wirtschaftssubjekts gegenüber Trägern ho-

97 Vgl. zum Ganzen *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 88.
98 *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heitlicher Gewalt befasst.[99] Das öffentliche Wirtschaftsrecht umfasst eine Querschnittsmaterie durch verschiedene Rechtsgebiete.[100] Bei der Einwirkung auf die Wirtschaft durch Gesetze hat der Gesetzgeber höherrangiges Recht auf nationaler und Unionsebene zu beachten.

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Das Grundgesetz lässt dem Gesetzgeber dabei einen erheblichen Spielraum, insofern ist die Rede von der „wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes".[101] Zu berücksichtigen hat er aber insbesondere das Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, das als einheitliches Grundrecht umfassend die Freiheit der Berufswahl und -ausübung schützt, und die Gewährleistung des Eigentums in Art. 14 Abs. 1 GG, aber auch die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG und die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG.[102] Daneben ist insbesondere auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. Während die Freiheitsrechte den Einzelnen vor nicht gerechtfertigten Eingriffen schützen, stellt der Gleichheitssatz sicher, dass all diejenigen mitbetroffen sind, die nach vorgefundenen Gemeinsamkeiten einbezogen werden müssen[103] und gewährt dem Einzelnen somit einen relativen Freiheitsschutz.[104] In der Handwerksordnung werden einige insbesondere die Berufsfreiheit berührende Regelungen getroffen. Das Zusammenspiel von Freiheits- und Gleichheitsrechten erfordert dabei eine den Anforderungen des Gleichheitssatzes genügende Zuordnung von Lebenssachverhalten zu ihrem Anwendungsbereich. Gerade hierauf wird der Fokus der weiteren Untersuchung liegen.

---

99 Vgl. statt vieler *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 1.
100 Vgl. *Knauff*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 1.
101 Vgl. BVerfGE 4, 7, 17 f.; BVerfGE 7, 377, 400; BVerfGE 14, 263, 275; BVerfGE 21, 73, 78; BVerfGE 25, 1, 19f.; BVerfGE 30, 292, 317 und 319; BVerfGE 50, 290, 336 ff.
102 Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 9.
103 Vgl. *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Art. 3 Abs. 1 Rn. 249.
104 Vgl. *Britz*, NJW 2014, 346, 350.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Unionsrechtlicher Rahmen

Das öffentliche Wirtschaftsrecht ist stark geprägt durch das Recht der Europäischen Union.[105] Zu beachten hat auch der nationale Gesetzgeber insbesondere die Grundfreiheiten des AEUV, die als Primärrecht unmittelbare Wirkung entfalten. Für die Handwerksordnung besonders relevant sind außerdem die Berufsqualifikationsrichtlinie[106], die Dienstleistungsrichtlinie[107], sowie die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie[108].

Ziel der Berufsqualifikationsrichtlinie ist es, Angehörigen eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union in anderen Mitgliedsstaaten den Berufszugang einfach zu ermöglichen, auch wenn der entsprechende Beruf in dem Aufnahmestaat reglementiert ist, indem bereits erworbene Berufserfahrung oder Qualifikationsnachweise anerkannt werden.[109] Mit den §§ 9, 50a, 50b HwO ist für das zulassungspflichtige Handwerk bereits ein Anerkennungssystem vorhanden.[110] Diese Rahmenrichtlinie wurde in Deutschland durch das Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen[111] umgesetzt.[112] Konkret für das Handwerksrecht wurde zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie zusätzlich zum Anerkennungsgesetz und dieses konkretisierend die EU/EWR-Handwerk-Verordnung[113] erlassen. Sie regelt in ihren §§ 1 bis 7 die Eintragung in die Handwerksrolle, in §§ 8 bis 10 die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen und enthält

105 Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 2.
106 Richtlinie 2005/36/EG vom 07. September 2005, zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/55/EU vom 20. November 2013.
107 Richtlinie 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006.
108 Richtlinie 2018/958/EU vom 28. Juni 2018.
109 Vgl. *Pielow*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, Einleitung EU Rn. 82; vertiefend *Frenz*, GewA 2011, 377.
110 Vgl. *Burgi*, WiVerw 2018, 181, 237 f.
111 BGBl. I 2011, S. 2515.
112 Vgl. dazu *Maier/Rupprecht*, WiVerw 2012, 62 ff.; *Witt*, WiVerw 2012, 101 ff.
113 Verordnung über die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks vom 20. Dezember 2007, BGBl. I 2007, S. 3075; dazu eingehend *Stork*, GewA 2008, 177 ff.; nunmehr ersetzt durch die parallel gestaltete EU/EWR-Handwerk-Verordnung vom 18. März 2016, BGBl. I 2016, S. 509.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schließlich in § 11 einen Ordnungswidrigkeitstatbestand als Ausprägung des § 118 Abs. 1 Nr. 7 HwO.[114]

Die Dienstleistungsrichtlinie soll gem. ihres Art. 1 Abs. 1 die Niederlassung von Dienstleistungserbringern in anderen Mitgliedsstaaten ebenso wie den freien Dienstleistungsverkehr erleichtern und dient somit der Verwirklichung des Europäischen Binnenmarkts.[115] Zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im nationalen Recht wurden vor allem an der Gewerbeordnung Änderungen vorgenommen.[116] Soweit es um die Anerkennung der Ausbildung oder einer sonstigen Qualifikation geht, genießt die für diese Themen speziellere Berufsanerkennungsrichtlinie Vorrang.[117]

Die Art. 9 ff. der Dienstleistungsrichtlinie betreffen Genehmigungsregelungen. Dazu gehört nach der Begriffsbestimmung in Art. 4 Nr. 6 der Richtlinie „jedes Verfahren, das einen Dienstleistungserbringer oder -empfänger verpflichtet, bei einer zuständigen Behörde eine förmliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu erwirken". Davon erfasst ist, wie sich aus dem Wortlaut sowie dem Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 39 der Richtlinie ergibt, „die Verpflichtung zur Eintragung bei einer Berufskammer oder einem Berufsregister, einer Berufsrolle oder einer Datenbank, […] falls diese Voraussetzung dafür sind, eine Tätigkeit ausüben zu können", also auch die Eintragung in die Handwerksolle.[118] Zur Umsetzung des Art. 13 der Richtlinie wurde daher § 10 Abs. 1 HwO durch Artikel 2 des Umsetzungsgesetzes um eine Entscheidungsfrist zur Eintragung in die Handwerksrolle und eine diese ergänzende Eintragungsfiktion erweitert.[119] Der Vorrang der Berufsanerkennungsrichtlinie steht dem nicht ent-

114 Im Einzelnen vgl. *Stork*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 9 Rn. 47 ff.

115 Vgl. *Pielow*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, Einleitung EU Rn. 87.

116 Insbesondere durch das Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in anderen Rechtsvorschriften vom 17. Juli 2009, BGBl. I 2009, S. 2091, aber auch durch die Änderung einer Vielzahl an anderen Gesetzen, vgl. die Darstellung in BT-Drs. 17/728, S. 13 ff.; vgl. dazu auch *Schönleiter*, GewA 2009, 384 ff.

117 Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2015 – C-342/14 – (X-Steuerberatungsgesellschaft), Rn. 36; *Mann*, GewA 2010, 93, 96; *Cornils*, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 9 Rn. 51 f.

118 Vgl. *Mann*, GewA 2010, 93, 96.

119 Vgl. *Mann*, GewA 2010, 93, 96 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegen, denn die Eintragung, nicht die Berufsqualifikation, ist Gegenstand der vorgesehenen Fiktion.[120]

Die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie[121] wurde in Deutschland umgesetzt durch Gesetz vom 28. Juni 2018.[122] Es ist am 30. Juli 2020 in Kraft getreten, sodass die Umsetzungsfrist des Art. 13 der Richtlinie auf den Tag genau eingehalten worden ist. Sie ist gem. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie anzuwenden bei der Einführung „neuer oder der Änderung bestehender Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die den Zugang zu reglementierten Berufen oder deren Ausübung beschränken" und sieht eine Vorabprüfung der Verhältnismäßigkeit vor. Damit ist sie bei künftigen etwaigen Erweiterungen der Anlage A zu berücksichtigen und wurde auch im Vorfeld der Rücküberführung einiger Berufe aus Abschnitt 1 der Anlage B zur Handwerksordnung in die Anlage A im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2020 bereits diskutiert.[123]

B. Gesetzgebungskompetenz für die Handwerksordnung

Im Weiteren werden Reformvorschläge für die Handwerksordnung unterbreitet. Als in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG explizit genannter Teilbereich des Rechts der Wirtschaft unterliegt das Handwerk der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die weitreichende Kompetenz betrifft dabei umfassend neben der Organisation des Handwerks und der staatlichen Aufsicht auch die Regelung von Ausbildung und Voraussetzungen zum Ausüben eines Handwerks[124] und zwar für „jeden einzelnen Zweig des Handwerks entsprechend seiner Eigenart in vollem Umfang".[125]

---

120 Vgl. *Mann*, GewA 2010, 93, 96 f.

121 Richtlinie 2018/958/EU vom 28. Juni 2018.

122 Gesetz zur Umsetzung der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie (Richtlinie (EU) 2018/958) im Bereich öffentlich-rechtlicher Körperschaften, BGBl. I 2020, S. 1403.

123 Mit Hinweis auf die von verschiedenen Seiten geäußerten Zweifel an der Kompetenz der EU zum Erlass der Richtlinie sowie Bedenken hinsichtlich der Anwendbarkeit wurden die Anforderungen der Richtlinie für erfüllbar gehalten von *Burgi*, WiVerw 2018, 181, 248 ff.; sowie *ders.*, WiVerw 2019, 142, 146 f., 148.; teils a.A. *Schäfer*, EuZW 2018, 789 ff.; *Seyfarth*, EuZW 2019, 1005 ff.; sowie *Bulla*, in Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 125 ff.

124 Vgl. *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 74 Rn. 90.

125 BVerfGE 1, 264, 272 und Leitsatz 2.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grundsätzlich kommt zwar den Ländern gem. Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz für das Bildungswesen zu. Die Ausbildung durch die Wirtschaft, also allein die betriebliche und überbetriebliche Ausbildung, ist aber von der Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG umfasst.[126] Im Handwerk findet gerade eine solche Ausbildung durch die Wirtschaft statt.

Der im Jahr 1994 neu gefasste[127] Art. 72 Abs. 2 GG enthält für diesen Bereich eine Subsidiaritätsklausel, so dass der Bundesgesetzgeber nur dann und nur in dem Umfang Gesetze erlassen kann, wenn und soweit sie erstens der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder der Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit dienen, und wenn zweitens das gesamtstaatliche Interesse daran eine bundesweit einheitliche Regelung erforderlich macht. Die gleiche Behandlung der Handwerksberufe in allen Bundesländern dient, wie es für das Recht der Wirtschaft die Regel ist,[128] der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit und ist dazu auch im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich, sodass eine landesrechtliche Regelung des Handwerks nicht in Frage kommt.[129] Auch künftige Novellierungen obliegen also dem Bundesgesetzgeber.

Schon in dem im Oktober 1949 von den Koalitionsfraktionen CDU/CSU, FDP und DP in den kurz zuvor gebildeten Deutschen Bundestag eingebrachten Antrag auf Zustimmung zu einer bundeseinheitlichen Handwerksordnung wurde es als deren Ziel genannt, „in den Ländern des Bundesgebietes die Gesetzgebung über das Gewerbe nach einheitlichen Gesichtspunkten [zu regeln], um der verschiedenartigen gewerberechtlichen Entwicklung in den Ländern der westlichen Besatzungszone entgegenzuwirken und die Gefährdung des gewerblichen Lebens zu unterbinden".[130] Art. 125 GG sah die Fortgeltung von altem Recht vor, um die weitere Rechtszersplitterung im Nachkriegsdeutschland zu vermeiden.[131] Zum einen wurden gem. Art. 125 Nr. 1 GG diejenigen rechtlichen Regelungen in ihrem Geltungsbereich Bundesrecht, die in den Besatzungszonen geschaffen worden sind und dort einheitlich galten. Zum anderen wurden gem. Art. 125 Nr. 2 GG auch diejenigen Regelungen in ihrem Geltungsbe-

126 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 2.
127 BGBl. I 1994, S. 3146.
128 Vgl. *Seiler*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 74 Rn. 46.
129 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 3.
130 BT-Drs. 1/94.
131 Vgl. *Giegerich*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Art. 125 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

reich Bundesrecht, die in Abänderung früheren Reichsrechts nach dem 8. Mai 1945 entstanden sind. Dadurch wurden die inhaltlich teils deutlich voneinander abweichenden Gesetze zur Regelung des Handwerks zu partiellem Bundesrecht. Zusätzlich verkompliziert wurde die Lage durch in der Öffentlichkeit bestehende Unklarheiten bezüglich der Anwendung von ehemaligem Reichsrecht.[132] Diese Lage war „sowohl für das Handwerk als auch für die Verwaltung äußerst unbefriedigend",[133] zumal sie wegen der Klassifizierung der einzelnen Regelungen als Bundesrecht auch nicht mehr von den Ländern geändert werden konnte. Nach Auffassung der Antragsteller bestand „daher die zwingende Notwendigkeit zur Schaffung eines im Bundesgebiet einheitlich geltenden Handwerksrechtes",[134] sodass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in der damals geltenden Fassung[135] auch zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Handwerksordnung am 17. September 1953[136] schon vorlagen.

C. *Spezifische Inhalte der Handwerksordnung*

Die Inhalte der Handwerksordnung lassen sich grob einteilen in solche materiell-rechtlicher und solche organisatorischer Natur.

I. Materiell-rechtliche Inhalte

In materiell-rechtlicher Hinsicht setzt die Handwerksordnung Regeln über die Berechtigung zum Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes fest. Daneben bietet sie den Rechtsrahmen für die Berufsbildung im Handwerk.

132 Vgl. BT-Drs. 1/1428, S. 18.
133 BT-Drs. 1/1428, S. 18.
134 BT-Drs. 1/1428, S. 18.
135 Siehe BGBl. I 1949, S. 1.
136 BGBl. I 1953, S. 1411.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Berechtigung zum Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes

Die Handwerksordnung knüpft die Berechtigung zum selbstständigen Betrieb eines zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes an keine besonderen Voraussetzungen. Der Beginn oder die Beendigung des Betriebs ist gem. § 18 Abs. 1 HwO lediglich der örtlich zuständigen Handwerkskammer anzuzeigen. Diese trägt die Betriebsinhaber mit den jeweils ausgeübten Gewerben gem. § 19 S. 1 HwO in ein Verzeichnis ein.

Der Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks ist gem. § 1 Abs. 1 S. 1 HwO hingegen nur in der Handwerksrolle eingetragenen Personen und Personengesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 2 HwO gestattet. Dazu ist gem. § 7 Abs. 1 HwO erforderlich, dass der Betriebsleiter die in § 7 Abs. 1a ff. HwO näher spezifizierten Voraussetzungen zur Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt. Ursprünglich musste der Inhaber selbst diese Anforderungen erfüllen. Seit der Aufgabe dieses sogenannten Inhaberprinzips und seiner Ersetzung durch das Betriebsleiterprinzip kann diese Rolle entweder durch den Inhaber oder einen entsprechend qualifizierten Angestellten ausgefüllt werden.[137] Der Betriebsleiter muss den Betrieb im materiellen Sinn, also tatsächlich leiten.[138] Die fachliche Qualifikation kann gem. § 7 Abs. 1a HwO durch die Meisterprüfung im betreffenden oder einem verwandten zulassungspflichtigen Handwerk nachgewiesen werden. Dies ist weiterhin der Regelfall in der Praxis.[139] Daneben legt § 7 Abs. 2 HwO fest, welche Abschlüsse der Meisterprüfung gleichgestellt sind. Gem. § 7 Abs. 3 HwO sind auch verschiedene Ausnahmebewilligungen vorgesehen. Insbesondere die Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO ist nach der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts von hoher Relevanz für die Verfassungsmäßigkeit des Berufszulassungsregimes der Handwerksordnung.[140] Auch eine Ausübungsberechtigung nach § 7a HwO oder § 7b HwO erlaubt gem. § 7 Abs. 7 HwO die Eintragung. Eine besondere Rolle nimmt unter diesen die sogenannte Altgesellenregelung des § 7b

137 Vgl. statt vieler *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 471.

138 Vgl. statt vieler *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 41.

139 Vgl. *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 44.

140 Vgl. bereits BVerfGE 13, 97, 120 ff.; bestätigt in BVerfG, Kammerbeschluss vom 05. Dezember 2005 – 1 BvR 1730/02 –, GewA 2006, 71, 73.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

HwO ein.[141] Scheidet der Betriebsleiter aus, so ist unverzüglich ein anderer Betriebsleiter einzusetzen, § 4 Abs. 2 HwO. Im Sonderfall des Todes eines Betriebsinhabers, der zugleich der Betriebsleiter ist, ist gem. § 4 Abs. 1 S. 2 HwO ebenfalls unverzüglich ein Betriebsleiter zu bestellen. In der Zwischenzeit darf gem. § 4 Abs. 1 S. 1 HwO ein bestimmter Personenkreis die Betriebsführung übernehmen.

2. Berufsbildung und Meisterprüfung

Die Regelungen zur Berufsbildung im Zweiten Teil der Handwerksordnung ergänzen und verdrängen teils das allgemeinere Berufsbildungsgesetz.[142] Geregelt wird unter anderem die Berechtigung zum Einstellen und Ausbilden von Lehrlingen. Diese erfordert insbesondere die Eignung der Ausbildungsstätte nach § 21 HwO und die Eignung des Einstellenden und der Ausbilder, § 22 Abs. 1 HwO. Die Ausbildereignung muss in persönlicher und fachlicher Hinsicht gegeben sein. Als fachlich geeignet zur Ausbildung im zulassungspflichtigen Handwerk gilt gem. § 22b Abs. 2 S. 1 HwO, wer die Meisterprüfung in dem Handwerk, in dem ausgebildet werden soll, oder einem verwandten Handwerk bestanden hat, aber auch wer einen der weiteren auch in § 7 Abs. 2 ff. HwO für die Eignung als Betriebsleiter aufgezählten Qualifikationsnachweise erbringen kann und gleichzeitig auch Teil IV der Meisterprüfung, der gem. § 4 der Allgemeinen Meisterausbildungsverordnung[143] dem Nachweis der berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse und der Kompetenz zum selbstständigen Planen, Durchführen und Kontrollieren der Berufsausbildung zur ordnungsgemäßen Lehrlingsausbildung dient, oder eine gleichartige Prüfung bestanden hat. Da somit ein Großteil der Betriebsleiter fachlich zur Ausbildung geeignet ist, kommt dem zulassungspflichtigen Handwerk ein hohes Ausbildungspotential zu. Dies spiegelt sich wider in der hohen Ausbildungsleistung des Handwerks: im Handwerk werden aktuell knapp 370.000 Lehrlinge ausgebildet. Der Anteil an der Ausbildungsleistung der Gesamtwirtschaft lag 2019 so bei etwa 28 %, obwohl der Beschäftigungsan-

141 Zum System der Alternativen zur Meisterprüfung *Erdmann*, DVBl 2010, 353 ff.

142 Vgl. etwa *Ehlers,* in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 88.

143 Verordnung über die Meisterprüfung in den Teilen III und IV im Handwerk und in handwerksähnlichen Gewerben (Allgemeine Meisterprüfungsverordnung) vom 26. Oktober 2011, BGBl. I 2011, S. 2149.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

teil des Handwerks an der Gesamtwirtschaft nur etwa 12 % ausmachte.[144] An die fachliche Eignung zur Ausbildung im zulassungspflichtigen Handwerk oder handwerksähnlichen Gewerbe stellt § 22b Abs. 3 HwO demgegenüber niedrigere Anforderungen.

Im Dritten Teil der Handwerksordnung finden sich Regelungen zu Meisterprüfung und Meistertitel. Insbesondere ist in § 51a Abs. 1 HwO festgelegt, dass auch in zulassungsfreien Handwerken oder handwerksähnlichen Gewerben, für die eine Ausbildungsverordnung nach § 25 HwO oder nach § 4 BBiG erlassen worden ist, fakultativ die Meisterprüfung abgelegt werden kann.

II. Organisatorische Inhalte

Das Handwerk ist organisiert in Handwerksinnungen, §§ 52 ff. HwO, Innungsverbänden, §§ 79 ff. HwO, Kreishandwerkerschaften, §§ 86 ff. HwO, sowie Handwerkskammern, §§ 90 ff. HwO. In Innungen können sich gem. § 52 Abs. 1 S. 1 HwO Inhaber von Handwerksbetrieben oder Betrieben handwerksähnlicher Gewerbe in gleichen oder sich nahestehenden Gewerben zur Förderung ihrer gemeinsamen Interessen zusammenschließen. Der Landesinnungsverband ist gem. § 79 Abs. 1 HwO der Zusammenschluss von Innungen des gleichen Gewerbes. Die Kreishandwerkerschaft setzt sich gem. § 86 S. 1 HwO aus den Handwerksinnungen in der Regel innerhalb eines Stadt- oder Landkreises zusammen.

Die Handwerkskammern sind gem. § 90 Abs. 1 HwO Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie werden gem. § 90 Abs. 5 S. 1 HwO von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung errichtet. Mit diesem Wortlaut ist mittlerweile klargestellt, dass es sich um Verwaltungshandeln und nicht einen bloßen Organisationsakt handelt.[145] Die Mitgliedschaft in den Handwerkskammern ist anders als in Innungen und den daraus zusammengesetzten Landesinnungsverbänden und Kreishandwerkerschaften obligatorisch.

Mitglieder der Handwerkskammer sind zunächst gem. § 90 Abs. 2 HwO die Inhaber eines Betriebs eines Handwerks oder eines handwerksähnli-

144 Siehe *Zentralverband des Deutschen Handwerks*, Wirtschaftlicher Stellenwert des Handwerks 2019.

145 Die Klarstellung war das erklärte Ziel der Änderung von § 90 Abs. 2 HwO durch das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und anderer Gesetze vom 05. Dezember 2012, BGBl. I 2012, S. 2415, vgl. BT-Drs. 17/10961, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen Gewerbes des jeweiligen Kammerbezirks sowie Gesellen, andere Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung und Lehrlinge. Daneben sind gem. § 90 Abs. 3 und 4 HwO unter Umständen auch Personen Mitglied der Handwerkskammern, die selbstständig eine einem Gewerbe der Anlage A zuzuordnende Tätigkeit ausüben, die in einem Zeitraum von unter drei Monaten erlernbar und somit gem. § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 HwO unwesentlich ist und deren Betrieb folglich gem. § 1 Abs. 2 S. 1 HwO gerade keinen Handwerksbetrieb darstellt.[146] Der Gewerbetreibende muss dazu gem. § 90 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HwO die Gesellenprüfung in dem entsprechenden Handwerk bestanden haben oder ausbildungsvorbereitende Maßnahmen im Sinne von § 90 Abs. 3 S. 2 HwO erfolgreich absolviert haben. Die ausgeübte Tätigkeit muss gem. § 90 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 HwO Bestandteil dieser Ausbildung oder Maßnahme gewesen sein und den überwiegenden Teil der gewerblichen Tätigkeit ausmachen. Entsprechend der Differenzierung zwischen handwerksmäßiger und nichthandwerksmäßiger Betriebsweise bei der Ausübung wesentlicher Tätigkeiten eines Berufs der Anlage A im stehenden Gewerbe verlangt auch § 90 Abs. 4 S. 1 HwO, dass die Betriebsform dem Handwerk entspricht. Außerdem muss die Anzeige des Gewerbebetriebs nach dem 30. Dezember 2003 erfolgt sein oder erfolgen, § 90 Abs. 4 S. 2 HwO. Grund der Einbeziehung dieser Gewerbetreibenden in den Bereich der Handwerkskammer ist die Vermutung persönlicher und fachlicher Beziehung zum zulassungspflichtigen Handwerk.[147] Für diese Betriebe ist lediglich die Mitgliedschaft des Inhabers vorgesehen, während Mitarbeiter auch mit abgeschlossener Berufsausbildung anders als in den Fällen des § 90 Abs. 2 HwO nicht Mitglied der Handwerkskammer sind.[148] Es handelt sich bei der Erweiterung des Mitgliederkreises der Handwerkskammern in § 90 Abs. 3, Abs. 4 HwO also um eine Sondererscheinung.

Zum Aufgabenkreis der Handwerkskammer gehört gem. § 91 Abs. 1 Nr. 1 HwO gleichermaßen die Vertretung der Interessen des Handwerks nach außen sowie das Herstellen eines Ausgleiches der einzelnen Handwerke und ihrer Organisationen.[149] Zur Interessenvertretung gehört gem. § 91 Abs. 1 Nr. 9 HwO insbesondere auch die Förderung der wirtschaft-

146 Kritisch zu dieser Regelung: *Jahn*, GewA 2004, 41, 43.

147 Vgl. *Jahn*, GewA 2004, 41, 42 f. mit Hinweis auf den unveröffentlichten gemeinsamen Vorschlag des DIHK und des DHKT zur Mitgliedschaft von Kleinunternehmen bei der IHK und der Handwerkskammer vom 30. Oktober 2003.

148 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 14 Rn. 80.

149 Vgl. *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, § 6 Rn. 213.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichen Interessen des Handwerks. Die Handwerkskammern haben nach § 91 Abs. 1 Nr. 3 HwO die Handwerksrolle zu führen. Nach § 91 Abs. 1 Nr. 4 HwO kommt ihnen eine Reihe an ausbildungsbezogenen Zuständigkeiten zu. Gem. § 91 Abs. 1 Nr. 8 HwO obliegt ihnen auch die Bestellung von Sachverständigen.[150] Nach § 91 Abs. 1 Nr. 11 HwO richten sie Vermittlungsstellen bei Streitigkeiten von Handwerksbetrieben mit Auftraggebern ein. Gem. § 91 Abs. 1 Nr. 13 HwO haben sie auch Maßnahmen zur Unterstützung notleidender Handwerker zu unterstützen. Im nicht abschließenden Aufgabenkatalog des § 91 Abs. 1 HwO sind darüber hinaus zahlreiche andere Pflichtaufgaben enthalten. Weitere Pflichtaufgaben finden sich in verstreuten Einzelzuweisungen.[151] Gem. § 23 HwO überwachen die Handwerkskammern beispielsweise das Einhalten der Anforderungen an die Eignung von Ausbildungsstätte, Einstellenden und Ausbildern. Sie führen gem. § 28 Abs. 1 S. 1 HwO die Lehrlingsrolle. Gem. § 41a Abs. 1 HwO obliegt ihnen auch die Überwachung der Durchführung von Berufsausbildungsvorbereitung, Berufsausbildung und beruflicher Umschulung. Neben den Pflichtaufgaben ist im Rahmen der Verbandskompetenz nach §§ 90, 91 HwO auch die freiwillige Übernahme weiterer Aufgaben möglich.[152]

Damit üben die Kammern als verselbstständigte Verwaltungseinheiten Aufgaben der mittelbaren Staatsverwaltung aus.[153] Dieser weitreichenden Übertragung von Befugnissen liegt der Gedanke zugrunde, dass die rechtliche Zuständigkeit einer Körperschaft auf ihrer sachlichen Kompetenz basieren soll.[154] Dieser Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur soll dem verfassungsrechtlichen Gebot, Sachrichtigkeit und Gemeinwohl zu fördern, dienen.[155] Die funktionale Selbstverwaltung hat sich nicht nur in den Wirtschaftskammern, zu denen neben den Handwerkskammern auch die Industrie- und Handelskammern sowie Landwirtschaftskammern

150 Dazu und zum Verhältnis zur Bestellung nach § 36 GewO vgl. *Sallaberger*, DS 2019, 61 ff.

151 Vgl. dazu *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, § 6 Rn. 225.

152 Vgl. dazu *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, § 6 Rn. 226.

153 Vgl. *Burgi*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 18, 21.

154 Vgl. *Burgi*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 30 m.w.N.

155 Vgl. *Burgi*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 30 m.w.N.; siehe auch *Kluth*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 12 Rn. 4 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zählen, sondern auch in den Kammern der freien Berufe oder den in nur zwei Bundesländern eingerichteten Arbeitnehmerkammern etabliert.[156]

Organe der Handwerkskammer sind nach der überwiegend als abschließend verstandenen[157] Aufzählung in § 92 HwO die Mitgliederversammlung, der Vorstand und die Ausschüsse. Die Handwerkskammern sind gem. § 113 Abs. 1 HwO durch die Erhebung von Beiträgen bei den Inhabern von Betrieben eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes und von Mitgliedern der Handwerkskammer nach § 90 Abs. 3 HwO zu finanzieren, soweit die Kosten nicht anderweitig gedeckt sind.[158]

Derzeit gibt es 53 Handwerkskammern. In deren Handwerksollen und Verzeichnisse sind über eine Million Handwerksbetriebe und Betriebe handwerksähnlicher Gewerbe eingetragen. Zu diesen gehörten 2019 etwa 5,58 Millionen Beschäftigte.[159]

D. Anwendbarkeit des Handwerksordnung

Die Handwerksordnung knüpft – mit Ausnahme des Sonderfalls der Erweiterung der Mitgliedschaft in der Handwerkskammer nach § 90 Abs. 3, Abs. 4 HwO – gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 HwO an den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen oder zulassungsfreien Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes als stehendes Gewerbe an. Einige Betriebsformen sind allerdings von der Anwendbarkeit der Handwerksordnung ausgenommen.

I. Selbstständiger Betrieb eines stehenden Gewerbes

Gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 18 Abs. 1 S. 1 HwO muss das Handwerk oder handwerksähnliche Gewerbe als stehendes Gewerbe betrieben werden. Der Begriff „Gewerbe“ liegt auch der Gewerbeordnung zugrunde. Er wird nicht legaldefiniert. Als unbestimmter Rechtsbegriff bietet er die nötige Flexibi-

156 Dazu *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 14.

157 Dazu *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 92 Rn. 3 m.w.N.

158 Dazu im Einzelnen *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, § 6 Rn. 228 f.

159 *Zentralverband des Deutschen Handwerks*, Wirtschaftlicher Stellenwert des Handwerks 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lität, um trotz der Vielfalt und Änderungsfreudigkeit der Erscheinungsformen wirtschaftlicher Betätigungen eine effektive Wirtschaftsüberwachung zu ermöglichen.[160] Nach der gängigen Definition ist Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung jede erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbstständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe und bloße Verwaltung eigenen Vermögens.[161] Die dynamische Begriffsauslegung des Gewerberechts wird auch für das zu diesem speziellere Handwerksrecht herangezogen.[162]

Das im Gewerbebegriff bereits enthaltene Merkmal der Selbstständigkeit wird in § 1 Abs. 1 S. 1 HwO und § 18 Abs. 1 S. 1 HwO noch einmal ausdrücklich herausgestellt. Eine Tätigkeit ist dann selbstständig, wenn sie im eigenen Namen, für eigene Rechnung, in eigener Verantwortung, auf eigenes Risiko und weisungsfrei ausgeübt wird.[163]

Gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 18 Abs. 1 S. 1 HwO beschränkt sich der Anwendungsbereich der Handwerksordnung auf die Gewerbeausübung im stehenden Gewerbe. Mangels speziellerer Regelung in der Handwerksordnung gelten die Vorschriften der Gewerbeordnung über das Reisegewerbe daher auch bei der reisegewerblichen Ausübung eines Berufs der Anlagen A oder B zur Handwerksordnung. Aus dem Aufbau der Gewerbeordnung, in deren Titel II die Regelungen des stehenden Gewerbes als allgemeinere denen des Titels III und IV vorangestellt sind, ergibt sich, dass stehendes Gewerbe jedes Gewerbe ist, das weder Reisegewerbe im Sinn der §§ 55 ff. GewO noch Marktgewerbe im Sinne der §§ 64 ff. GewO ist.[164] Nach der Definition des § 55 Abs. 1 GewO erfordert das Vorliegen eines Reisegewerbes, dass eines der Merkmale gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GewO ohne vorhergehende Bestellung außerhalb einer möglicherweise vorhandenen gewerblichen Niederlassung erfüllt werden muss. Für das Vorliegen eines stehenden Gewerbes ist also eine Niederlassung umgekehrt nicht notwendig. Häufig ist bei dem Betreiben eines stehenden Gewerbes aber eine Niederlassung gegeben. Eine solche erfordert nach der Legaldefinition des § 4 Abs. 3 GewO das Ausüben der Tätigkeit auf unbestimmte Zeit und von einer festen Einrichtung aus. Denkbar sind hier ne-

160 Vgl. *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 5.
161 Vgl. *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 6.
162 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 48.
163 BVerwG, Urteil vom 27. Oktober 1978 – I C 5.75 –, GewA 1979, 96, 96; *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 41.
164 Vgl. statt vieler *Ennuschat*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 14 Rn. 33; *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben Hauptniederlassungen auch Zweigniederlassungen und unselbstständige Zweigstellen.[165]

II. Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes

Damit es sich bei einem Gewerbebetrieb um einen Betrieb des zulassungspflichtigen Handwerks, des zulassungsfreien Handwerks oder des handwerksähnlichen Gewerbes handeln kann, müssen die ausgeübten Tätigkeiten einem Gewerk zuzuordnen sein, welches in der Anlage A oder der Anlage B zur Handwerksordnung enthalten ist, §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 2 HwO. Wird einem Gewerbe der Anlage A nachgegangen, so liegt die sogenannte[166] Handwerksfähigkeit nur dann vor, wenn die Tätigkeiten für dieses Gewerk auch wesentlich sind, § 1 Abs. 2 S. 1 HwO. Darüber hinaus muss der Betrieb auch handwerksmäßig betrieben werden, §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1 HwO, beziehungsweise bei handwerksähnlichen Gewerben handwerksähnlich betrieben werden, § 18 Abs. 2 S. 2 HwO.

1. Handwerksfähigkeit

Ausgangspunkt der Einordnung eines Gewerbebetriebs als Handwerk ist immer die Zuordnung zu einem der in den Anlagen A und B aufgezählten Gewerbe. Anlage A enthält eine abschließende Aufzählung von Gewerben, die als zulassungspflichtiges Handwerk betrieben werden können. In der Handwerksordnung von 1953 gab es nur die Kategorie des zulassungspflichtigen Handwerks.[167] In der Handwerksrechtsnovelle 1965 wurde auch die zulassungsfreie Kategorie der handwerksähnlichen Gewerbe in den Regelungsbereich der Handwerksordnung aufgenommen und die entsprechenden Berufe in der Anlage B zur Handwerksordnung aufgezählt.[168]

---

165 Vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 4 Rn. 46.

166 Vgl. statt vieler *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 8 f.

167 Gesetz zur Ordnung des Handwerks vom 17. September 1953, BGBl. I 1953, S. 1411; siehe dazu auch *Schwindt*, Kommentar zur Handwerkerordnung.

168 Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung vom 09. September 1965, BGBl. I 1965, S. 1254; siehe dazu auch *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 6 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1994 und 1998 folgten zwei weitere Novellen der Handwerksordnung.[169] Kurz hintereinander wurden 2003 das „Gesetz zur Förderung von Kleinunternehmen"[170] sowie das „Dritte Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer gewerblicher Vorschriften"[171] verkündet. Mit diesem Dritten Änderungsgesetz, das wegen seines Inkrafttretens am 01. Januar 2004 im weiteren als Handwerksrechtsnovelle 2004 bezeichnet wird, wurden einige der in der Anlage A enthaltenen Berufe in die Anlage B überführt und der neu geschaffenen Kategorie der zulassungsfreien Handwerke zugeordnet. Besonders bemerkenswert ist die Basis für diese Umordnung, nämlich eine neue Zielbestimmung der Zulassungspflicht der Handwerksordnung. Mit ihr sollen seitdem vorrangig die Gefahren für Gesundheit und Leben Dritter abgewehrt werden. Dementsprechend wurden als nicht gefahrgeneigt eingestufte Handwerke von der Zulassungspflicht befreit.[172] Berufe, die als zulassungsfreies Handwerk ausgeübt werden können, sind seitdem in Abschnitt 1 der Anlage B aufgelistet, während Abschnitt 2 der Anlage B Berufe, die als handwerksähnliches Gewerbe betrieben werden können enthält.[173] Diese drei Kategorien bestehen weiterhin. Im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2020 wurden zwei Berufe aus der Anlage B2 in die Anlage B1 und zwölf Berufe aus der Anlage B1 wieder in die Anlage A überführt.[174] Aktuell umfasst diese 53 Gewerbe. Abschnitt 1 der Anlage B enthält 43 Gewerbe und Abschnitt 2 derzeit 55.

Je nach Gewerbekategorie sind die Anforderungen an die Handwerksfähigkeit unterschiedlich ausgeprägt. Für solche Gewerbe, die in Anlage B zur Handwerksordnung aufgeführt sind, genügt gem. § 18 Abs. 2 S. 1 und S. 2 HwO die Zuordnung zum jeweiligen Gewerbe. Bei Berufen der Anlage A kommt die Einordnung eines Gewerbebetriebs als Handwerksbetrieb

---

169 Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, anderer handwerksrechtlicher Vorschriften und des Berufsbildungsgesetzes vom 20. Dezember 1993, BGBl. I 1993, S. 2256, und Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 25. März 1998, BGBl. I 1998, S. 596; siehe dazu auch *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 9 ff.

170 Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen vom 24. Dezember 2003, BGBl. I 2003, 2933.

171 Drittes Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 2003, BGBl. I 2003, S. 2934.

172 Vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 22 f.

173 Zum Ganzen siehe auch *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 17 ff.

174 Viertes Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 06. Februar 2020, BGBl. I 2020, S. 142.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hingegen gem. § 1 Abs. 2 S. 1 HwO nur in Betracht, wenn der Betrieb den jeweiligen Beruf entweder vollumfänglich umfasst oder für dieses Gewerbe wesentliche Tätigkeiten ausgeübt werden. Wann es sich um wesentliche Tätigkeiten handelt, ist nicht legaldefiniert. Nach der sogenannten Kernbereichsrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind Tätigkeiten dann wesentlich, wenn sie „den Kernbereich gerade dieses Handwerks ausmachen und ihm sein essenzielles Gepräge geben."[175] Zur Umsetzung[176] der Kernbereichsrechtsprechung wurde in § 1 Abs. 2 S. 2 HwO eine nicht abschließende Aufzählung von Negativbeispielen aufgenommen. Zu den unwesentlichen Tätigkeiten gehören demnach insbesondere solche, die weniger als drei Monate Anlernzeit erfordern oder die trotz längerer Anlernzeit nur nebensächlich für das Gesamtbild des betreffenden Gewerks sind, aber auch Tätigkeiten, die nicht aus einem zulassungspflichtigen Handwerk entstanden sind. Werden mehrere unwesentliche Tätigkeiten kumulativ ausgeübt, liegt ein zulassungspflichtiges Handwerk gem. § 1 Abs. 2 S. 3 HwO nur dann vor, wenn die Gesamtschau wiederum für das Vorliegen wesentlicher Tätigkeiten spricht.

2. Handwerksmäßigkeit oder Handwerksähnlichkeit

Neben der Handwerksfähigkeit ist auch die Handwerksmäßigkeit gem. §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1 HwO bzw. beim handwerksähnlichen Gewerbe die Handwerksähnlichkeit gem. § 18 Abs. 2 S. 2 HwO Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung. Im Umkehrschluss können die in den Anlagen aufgezählten Berufe auch auf nichthandwerksmäßige bzw. nichthandwerksähnliche Weise betrieben werden und unterfallen dann dem Anwendungsbereich der generelleren Gewerbeordnung. Die Überschriften der Anlagen A und B, „Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können" und „Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungsfreie Handwerke oder handwerksähnliche Gewerbe betrieben werden können", zeigen dies ebenfalls. Die umgangssprachliche Bezeichnung der Berufe der Anlagen A und B als Handwerksberufe kann insofern missverständlich sein.

175 BVerwGE 67, 273, 277; vgl. auch BVerwGE 58, 217, 221; BVerwGE 87, 191, 194; BVerwGE 149, 265, 271.

176 Vgl. BT-Drs. 15/1089, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei der Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe.[177] Ob ein Gewerbe handwerksmäßig oder nicht betrieben wird, ist im Einzelfall mittels einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Gewerbes zu untersuchen.[178] In der Rechtsprechung haben sich materielle Indizien herauskristallisiert, die für die Handwerksmäßigkeit sprechen können: Zu den heute herangezogenen Abgrenzungsindizien gehören laut einem vom Deutschen Industrie- und Handelskammertag in Kooperation mit dem Deutschen Handwerkskammertag herausgegebenen Leitfaden die technische Ausstattung des Betriebes, der Grad der Arbeitsteilung, die fachliche Qualifikation der Mitarbeiter, die Anforderungen an den Betriebsinhaber, die Betriebsgröße sowie die Fertigungsart.[179] Diese Indizien gelten größtenteils auch für die Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 1 HwO und die Handwerksähnlichkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 2 HwO.[180]

III. Umfassen handwerklicher Nebenbetriebe

Die Regelungen für den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks finden gem. § 2 Nr. 1 HwO auch Anwendung auf staatliche Betriebe, in denen auf handwerksmäßige Weise Waren zum Absatz an Dritte hergestellt oder Leistungen für Dritte erbracht werden, sowie gem. § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO auf handwerkliche Nebenbetriebe. Dies könnte so verstanden werden, dass die betroffenen Regelungen für Nebenbetriebe aller Handwerksberufe und handwerksähnlicher Berufe gelten. Das wäre inhaltlich nicht überzeugend, denn der Gesetzgeber hat für das zulassungsfreie Handwerk und handwerksähnliche Gewerbe lediglich eine Anzeigepflicht in § 18 Abs. 1 HwO vorgesehen und es ist kein Grund ersichtlich, für Nebenbetriebe, in denen ein zulassungsfreies Handwerk oder handwerksähnliches Gewerbe ausgeübt wird, strengere Voraussetzungen zu verlangen. Das Vorliegen eines stehenden Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks ist vielmehr auf der Tatbestandsseite der Norm angesiedelt. Der Begriff „Nebenbetrieb“ zeigt, dass ein solcher Betrieb

177 Vgl. statt vieler *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 21.
178 Vgl. statt vieler *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 Rn. 17 m.w.N.
179 Vgl. *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Leitfaden Abgrenzung, S. 5.
180 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

immer einem anderen Unternehmen zuzuordnen sein muss. Gem. § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO kann es sich bei dem verbundenen Unternehmen um öffentlich-rechtliche Stellen oder privatwirtschaftliche Unternehmen handeln kann.

Für solche stehenden Betriebe eines zulassungspflichtigen Handwerks, die einen Nebenbetrieb zu einem Hauptunternehmen darstellen, sieht § 3 Abs. 1 HwO über die Definition des handwerklichen Nebenbetriebs im Sinne des § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HwO Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung vor. Es handelt sich demnach nur dann um einen solchen „handwerklichen Nebenbetrieb", wenn in ihm Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt werden oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden und weder die Tätigkeiten nur in unerheblichem Umfang ausgeübt werden, noch ein reiner Hilfsbetrieb vorliegt.

IV. Keine Anwendbarkeit auf bestimmte Nebenbetriebe

Im Umkehrschluss aus § 3 Abs. 1 HwO findet die Handwerksordnung trotz handwerksmäßiger Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A keine Anwendung auf unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe. Gem. § 3 Abs. 2 HwO handelt es sich bei einem Nebenbetrieb um einen unerheblichen, wenn der Umfang der ausgeübten Tätigkeiten innerhalb eines Jahres die durchschnittliche Arbeitszeit eines ohne Hilfskräfte in Vollzeit arbeitenden Betriebs des entsprechenden Handwerkszweigs nicht übersteigt. Ein Hilfsbetrieb liegt gem. § 3 Abs. 3 Nr. 1 HwO dann vor, wenn die Tätigkeiten insbesondere für das Hauptunternehmen oder für andere überwiegend dem Inhaber des Hauptbetriebs gehörende Betriebe ausgeübt werden, aber gem. § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO auch bei Leistungen an Dritte, wenn sie als handwerkliche Arbeiten untergeordneter Art zur gebrauchsfertigen Überlassung üblich sind, in unentgeltlichen Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten oder in entgeltlichen Pflege-, Installations-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten an solchen Gegenständen bestehen, die in einem Hauptunternehmen selbst hergestellt worden sind oder für die das Hauptunternehmen als Hersteller im Sinne des Produkthaftungsgesetzes gilt.

Für Berufe der Anlage B fehlt eine den §§ 2, 3 HwO entsprechende Vorschrift und es findet sich auch keine Verweisung auf diese Normen in § 20 S. 1 HwO. Das Fehlen eines Verweises wird so interpretiert, dass Nebenbetriebe, in denen ein zulassungsfreies Handwerk oder ein handwerks-

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ähnliches Gewerbe ausgeübt werden, nicht vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung umfasst sind.[181] Sie unterliegen somit ebenfalls der Gewerbeordnung und gehören zur Industrie- und Handelskammer.

181 Vgl. statt vieler *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 3 Rn. 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 4 Handwerksmäßigkeit beim Einsatz von Digitaltechnik

A. Problemstellung

Die Abgrenzung von Handwerk und Nichthandwerk, insbesondere der Industrie, anhand des Kriteriums der Handwerksmäßigkeit in § 1 Abs. 2 S. 1 HwO und § 18 Abs. 2 S. 1 HwO gestaltet sich – ebenso wie die parallele Abgrenzung des handwerksähnlichen Gewerbes vom nichthandwerksähnlichen Gewerbe anhand des Kriteriums der Handwerksähnlichkeit in § 18 Abs. 2 S. 2 HwO – schon seit jeher problematisch. Durch den digitaltechnologischen Fortschritt gewinnt die Thematik aber eine neue Dimension: zum einen können immer mehr Tätigkeiten von Maschinen übernommen werden, sodass die Abgrenzung sachlich schwieriger geworden ist. Zum anderen rücken durch den Einsatz dieser modernen Technik auch zahlenmäßig immer mehr Betriebe in handwerksfähigen Berufen in den nicht ganz offensichtlich einzuordnenden Grenzbereich zwischen Handwerk und Nichthandwerk.

Die Zuordnung zum Handwerk oder Nichthandwerk ist entscheidend dafür, ob die Handwerksordnung oder die Gewerbeordnung zur Anwendung kommt. Damit ist sie ausschlaggebend dafür, ob der Inhaber und der sonstige in § 90 Abs. 2 genannte Personenkreis Mitglieder der örtlich zuständigen Handwerkskammer nach § 90 Abs. 2 und Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 HwO sind oder ob der Inhaber der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer gem. § 2 Abs. 1, Abs. 3 IHKG angehört. Die Anzeigepflicht des § 14 Abs. 1 GewO bei Beginn oder Beenden eines Gewerbes gilt unabhängig von dieser Einordnung für sämtliche Gewerbetreibende, wie sich auch aus § 16 Abs. 1 HwO entnehmen lässt. Für den Beginn oder das Beenden des Betreibens eines Handwerksbetriebs in einem der Berufe der Anlage B zur HwO als stehendes Gewerbe sieht § 18 Abs. 1 HwO daneben eine Anzeigepflicht bei der Handwerkskammer vor. Für die handwerksmäßige Ausübung wesentlicher Tätigkeiten eines Berufs der Anlage A zur HwO fordert die Handwerksordnung gem. §§ 1 Abs. 1 i.V.m. 7 Abs. 1 HwO das Erfüllen persönlicher Voraussetzungen des Betriebsleiters, während die Gewerbeordnung bei nichthandwerksmäßiger Ausübung keine besonderen Voraussetzungen vorsieht. An das Kriterium der Handwerksmäßigkeit knüpfen in diesem Fall also gravierende und im Hinblick auf

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auch grundrechtssensible Folgen an.

Angesichts dieser Relevanz ist die Untersuchung angezeigt, inwieweit auch bei dem Einsatz von Digitaltechnik in handwerksfähigen Berufen die Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit der Betriebsweise bejaht werden kann. Dazu soll zunächst der unbestimmte Rechtsbegriff der Handwerksmäßigkeit als Ausdruck eines dynamischen Handwerksverständnisses hinsichtlich seiner Abgrenzungsfunktion und seines Inhalts nach bisherigen Auslegungsgrundsätzen näher beleuchtet werden. Das Ergebnis der Einordnung wird im Anschluss auch auf seine Adäquanz unter Berücksichtigung geänderter Lebenssachverhalte und des grundrechtlichen Gleichheitssatzes geprüft und ein perspektivischer Vorschlag zu einer dem traditionellen Wesen des Handwerks entsprechenden, gleichzeitig aber zukunftsgewandten und mit den Zielen der Handwerksordnung konformen Neuausrichtung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit gemacht.

B. Handwerksmäßigkeit anhand der bisherigen Auslegungsgrundsätze

Das handwerksmäßige Betreiben ist gem. §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1 HwO eine Voraussetzung für das Vorliegen eines Handwerksbetriebs. Parallel dazu verlangt § 18 Abs. 2 S. 2 HwO bei handwerksähnlichen Berufen deren handwerksähnliches Betreiben. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Handwerksmäßigkeit“ bzw. „Handwerksähnlichkeit“ ist Ausdruck eines dynamischen Handwerksverständnisses im deutschen Recht. Um den Inhalt dieses unbestimmten Rechtsbegriffs zu erfassen, wird zunächst seine genaue Funktion herausgearbeitet, bevor die Indizien, die von Rechtsprechung und Literatur zur Feststellung der Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit entwickelt worden sind, dargestellt werden.

I. Dynamischer Handwerksbegriff der Handwerksordnung

Das Handwerk wird vom Bundesverfassungsgericht in einer grundlegenden Entscheidung im Jahr 1961 wie folgt umschrieben: „Das Handwerk setzt sich zwar aus einer Vielheit einzelner Zweige zusammen, deren Tätigkeiten nach Art und Bedeutung für die Gesamtheit sehr verschieden sind, die zudem – insbesondere dem Gang der wirtschaftlich-technischen Entwicklung folgend – ständiger Wandlung unterliegen. Trotzdem stellt

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es sich als eine einheitliche soziale Gruppe dar, die durch geschichtliche Entwicklung, Tradition, typische Besonderheiten ihrer Tätigkeiten, Lebensstil und Standesbewußtsein der Berufsangehörigen von anderen Berufsgruppen deutlich abgegrenzt ist. Auch die besondere Betriebs- und Beschäftigtenstruktur weist ihm einen eigenen sozialen Standort in der mittelständischen gewerblichen Wirtschaft an."[182]

Mit „Handwerk" wird dabei die Summe aller Handwerksbetriebe bezeichnet.[183] Das Handwerk beinhaltet zunächst alle Betriebe eines zulassungspflichtigen Handwerks im Sinne von § 1 Abs. 1 HwO. Der Wortlaut umfasst aber auch die im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2004 neu geschaffene Kategorie der Betriebe des zulassungsfreien Handwerks im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 1 HwO. Die gemeinsame Organisation in den Handwerkskammern spricht darüber hinaus dafür, trotz der nach dem Wortlaut lediglich bestehenden Ähnlichkeit auch Betriebe handwerksähnlicher Gewerbe sowie Betriebe des sogenannten Minderhandwerks in Fällen des § 90 Abs. 3 und Abs. 4 HwO mit unter die Kategorie „Handwerk" zu fassen.

Wie auch aus dem obigen Zitat hervorgeht, geht das deutsche Handwerksrecht vom Handwerk als einem in ständiger Entwicklung befindlichen Bereich der Wirtschaft aus.[184] Es wird daher von einem dynamischen Handwerksbegriff gesprochen.[185] Nach diesem dynamischen Begriffsverständnis ist für die Einordnung als Handwerksbetrieb immer auf den Stand der allgemeinen wirtschaftlichen, technischen und soziologischen Entwicklung abzustellen.[186] Im Interesse dieses dynamischen Handwerksverständnisses wurde bewusst auf eine Legaldefinition des Begriffs Handwerk verzichtet.[187] Damit steht die Handwerksordnung heute noch in der Tradition der Handwerkernovelle vom 26. Juli 1897, des ersten Regelungs-

182 BVerfGE 13, 97, 110.

183 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 61.

184 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 53.

185 So schon *Fröhler*, GewA 1964, 145, 145; vgl. auch *Fröhler*, GewA 1983, 186 ff.; *Hagebölling*, GewA 1984, 209, 209 m.w.N.

186 Vgl. *Fröhler*, GewA 1964, 145, 145; *Fröhler*, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, 1965, S. 62; BVerwGE 25, 66, 70 f.; BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 1993 – 1 C 1/92 –, GewA 1994, 199, 200 f.; BVerwGE 95, 363, 369.

187 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu BT-Drs. 4/3461 S. 4 im Vorfeld der Novelle der Handwerksordnung 1965 (BGBl. I 1965, S. 1254). In dem Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf der Handwerksordnung in der ersten Legislaturperiode, zu BT-Drs. 1/4172, wurde der Begriff ‚Handwerk" hingegen nicht erläutert, sondern vorausgesetzt.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

regimes des Handwerks.[188] Stattdessen wurde eine „Umschreibung des Handwerksbegriffes“[189] in § 1 Abs. 2 HwO i.d.F. vom 17. September 1953 gewählt, deren Grundzüge sich auch jetzt noch in §§ 1 Abs. 2, 18 Abs. 2 HwO finden.

Das dynamische Handwerksverständnis kommt zum Tragen bei der Auslegung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Einordnung eines Gewerbebetriebs als Handwerksbetrieb oder Betrieb eines handwerksähnlichen Gewerbes führen und somit den Anwendungsbereich der Handwerksordnung festlegen.[190] So gewährleistet es die „Anpassung an die wirtschaftliche Wirklichkeit“ und wirkt sich als „Bestandsschutz für das Handwerk“ aus.[191] Die Merkmale sind für stehende Gewerbebetriebe des zulassungspflichtigen Handwerks gem. § 1 Abs. 2 S. 1 HwO das handwerksmäßige Betreiben sowie das Ausüben mindestens wesentlicher Tätigkeiten eines Berufs der Anlage A zur HwO, für solche des zulassungsfreien Handwerks gem. § 18 Abs. 2 S. 1 HwO das handwerksmäßige Betreiben und das Ausüben eines Berufs des Abschnitts 1 der Anlage B zur HwO und für solche des handwerksähnlichen Gewerbes das handwerksähnliche Betreiben und das Ausüben eines Berufs des Abschnitts 2 der Anlage B zur HwO. Nach § 90 Abs. 3, Abs. 4 HwO gehören zur Handwerkskammer auch bestimmte Gewerbetreibende, die unwesentliche Tätigkeiten eines Berufs der Anlage A ausüben. Dazu müssen in den von ihnen betriebenen Gewerbebetrieben überwiegend Tätigkeiten ausgeübt werden, die Bestandteil der Erstausbildung in einem zulassungspflichtigen Handwerk waren, § 90 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 HwO, und sie müssen eine dem Handwerk entsprechende Betriebsform aufweisen, § 90 Abs. 4 S. 1 HwO. Auch diese Tatbestandsmerkmale sind dynamisch zu verstehen.[192] Es wird deutlich, dass jeweils zwei Elemente enthalten sind: die Zuordnung der ausgeübten Tätigkeiten zu einem Beruf und die Art der Betriebsweise.

Für die Auslegung der einzelnen Berufsbilder erfordert das dynamische Begriffsverständnis neben der Berücksichtigung der Tradition auch die Einbeziehung der aktuellen Verkehrsauffassung hinsichtlich der zur

188 Vgl. *Schwarz*, GewA 1993, 353, 353.

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

190 Vgl. BVerwGE 25, 66, 71; BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 1993 – 1 C 1/92 –, GewA 1994, 199, 200 f.

191 BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 1993 – 1 C 1/92 –, GewA 1994, 199, 200 f.

192 Das gem. § 90 Abs. 3 Nr. 1 HwO ebenfalls erforderliche erfolgreiche Ablegen der Gesellenprüfung in dem Beruf ist hingegen der Natur der Sache nach keinem dynamischen Begriffsverständnis zugänglich.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Berufsausübung eingesetzten Methoden, Materialien und Geräte.[193] Ihre Grenze findet die dynamische Auslegung der Berufsbilder in dem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Sämtliche die Berufswahl oder -ausübung betreffenden Regelungen – wie auch diejenigen der Handwerksordnung – berühren das Grundrecht auf Berufsfreiheit und unterliegen somit dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Eine Auslegung des Berufsbildes, die das Berufsfeld erweitert und nicht lediglich weiterentwickelt, würde gegen diesen Gesetzesvorbehalt verstoßen und ist daher nicht rechtmäßig möglich.[194]

II. „Handwerksmäßigkeit" als unbestimmter Rechtsbegriff

Das dynamische Handwerksverständnis ist auch bei der Auslegung des „handwerksmäßigen", §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1 HwO, bzw. „handwerksähnlichen", § 18 Abs. 2 S. 2 HwO, Betreibens zu berücksichtigen, ebenso wie bei der Auslegung der „dem Handwerk entsprechenden Betriebsform" im Sinne von § 90 Abs. 4 S. 1 HwO. Diese Merkmale sind als unbestimmte Rechtsbegriffe einzuordnen.[195] Unbestimmte Rechtsbegriffe sind in erhöhtem Maße deutungsoffen.[196] So kann eine Vielzahl an Fällen erfasst werden und dem Wandel von die Lebenssachverhalte mitbestimmenden Umständen, aber auch von Wertvorstellungen sozialer oder politischer Art Rechnung getragen werden.[197] Gleichzeitig muss allerdings der Bestimmtheitsgrundsatz, der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt, gewahrt sein.[198] Die Subsumtion im Einzelfall erfolgt bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch eine sachnähere Stelle.[199] Die Beurteilung der Handwerksmäßigkeit wird so an die

193 Vgl. BVerfGE 13, 97, 110 ff. und 117 f.; BVerwG, Urteil vom 30. März 1993 – 1 C 26/91 –, GewA 1993, 329, 330; BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 1993 – 1 C 1/92 –, GewA 1994, 199, 199; *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 71 m.w.N.

194 Vgl. BVerwGE 25, 66, 71; BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 1993 – 1 C 1/92 –, GewA 1994, 199, 200 f.; *Fröhler*, WiVerw 1980, 57, 81 f. hält die Beschränkung auf die Weiterentwicklung hingegen für zu eng.

195 Vgl. für die Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO etwa *Kormann/Liegmann*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band I, S. 17.

196 Vgl. *Grefrath*, JA 2008, 710, 713.

197 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 185.

198 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 133.

199 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 185.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Handwerkskammern delegiert, zu deren Aufgaben gem. § 91 Abs. 1 Nr. 3 HwO das Führen der Handwerksrollen gem. § 6 Abs. 1 HwO, aber auch das Führen des Verzeichnisses über die Inhaber von Betrieben eines zulassungsfreien Handwerks oder eines handwerksähnlichen Gewerbes gem. § 19 S. 1 HwO zählen, und denen somit auch die Kontrolle des Vorliegens aller Eintragungsvoraussetzungen obliegt. Die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unterliegt vollständig der gerichtlichen Kontrolle.[200] Die konkretisierende Rechtsprechung kann dann wiederum zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen werden.[201]

III. Funktion des Kriteriums „Handwerksmäßigkeit" als Abgrenzungsmoment

Zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe können die vier klassischen Auslegungsmethoden herangezogen werden.[202] Nach der teleologischen Auslegungsmethode kommt der Funktion des Begriffs zur Erreichung der mit der Norm verfolgten Ziele eine entscheidende Rolle zu.[203] Die Kriterien „Handwerksmäßigkeit" bzw. „Handwerksähnlichkeit" oder „dem Handwerk entsprechende Betriebsweise" dienen der Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung auf solche Betriebe, die zum Handwerk zählen. Teils variieren die Meinungen darüber, welche Abgrenzungsmomente die Handwerksmäßigkeit genau beinhaltet.

1. Nicht belastbar zur Abgrenzung von der Kunst

Die Abgrenzung des Handwerks von der Kunst wird häufig unter dem Stichwort der „Handwerksmäßigkeit" diskutiert.[204] Die freie Kunstschaf-

200 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 183.

201 Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 VII Rn. 62; BVerfGE 49, 89, 134.

202 Vgl. etwa *Schulze-Fielitz*, in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 133.

203 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 729.

204 Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384, 387. *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 66 ff., diskutiert die Abgrenzungsthematik unter dem Stichpunkt der Handwerksmäßigkeit, sieht aber nicht ausdrücklich die Handwerksmäßigkeit als Ab-

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fung ist geschützt von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und wird vom Gewerbebegriff nicht umfasst.[205] Eine Begriffsbestimmung der Kunst ist daher trotz der damit verbundenen Schwierigkeiten auch im Kontext des Gewerberechts zur Rechtsanwendung unumgänglich. Nach dem materiellen Kunstbegriff umfasst Kunst jedenfalls die „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden"[206]. Auch die formale Zuordnung zu einem bestimmten Werktyp oder die Offenheit des Werks für immer neue Interpretationsmöglichkeiten können für das Vorliegen von Kunst sprechen.[207] Gemeinsam können diese verschiedenen Kunstbegriffe im Einzelfall die Einordnung ermöglichen.[208]

Nach diesen Definitionshilfen können auch Tätigkeiten, die zum Berufsbild von Handwerksberufen zählen, dem Kunstbegriff unterfallen.[209] Die Differenzierung zwischen Kunst und Handwerk kann folglich nie abstrakt für bestimmte Tätigkeiten oder Werke erfolgen, sondern es stellt sich im Einzelfall die Frage, ob freie Kunst „auf handwerklicher Grundlage"[210] ausgeübt wird oder vielmehr nicht unter das freie Kunstschaffen zu fassende künstlerische Elemente in der Ausübung eines Handwerksberufs enthalten sind.[211] Ein hohes Gewicht kommt der subjektiven Vorstellung des Schaffenden zu,[212] auch wenn dieses nicht allein ausschlaggebend sein kann.[213] Der Beruf des Fotografen (Anlage B Abschnitt 1 Nr. 38) lässt sich beispielsweise oft ebenso schwer von der künstlerischen Fotografie abgrenzen,[214]

---

grenzungsmoment. *Detterbeck*, Handwerksordnung, nennt die Abgrenzung zur Kunst sowohl bei den Ausführungen zum Gewerbebegriff, § 1 Rn. 24, als auch bei denen zur Handwerksmäßigkeit, § 1 Rn. 46.

205 Vgl. *Pielow*, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK Gewerbeordnung, § 1 Rn. 180.

206 Vgl. BVerfGE 30, 173, 188 ff.; BVerfGE 67, 213, 226 f.

207 Vgl. BVerfGE 67, 213, 226 f.

208 Vgl. *Kempen*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 5 Rn. 162.

209 Vgl. *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 43; *Friauf*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 1 Rn. 185, 188 f.

210 Vgl. BSG, Urteil vom 20. März 1997 – 3 RK 20/96 –, GewA 1997, 412, 413; BSG, Urteil vom 24. April 1998 – B 3 KR 13/97 R –, GewA 1999, 76, 77.

211 So etwa *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 46.

212 Vgl. *Roemer-Blum*, GewA 1986, 9, 9 f.

213 Vgl. *Böttger*, GewA 1986, 15, 16; *Rüth*, GewA 1995, 363, 364 ff; zu weiteren Indizien für die Einordnung im Einzelfall vgl. *Sternberg*, WiVerw 1986, 130, 131 ff.

214 Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384, 387; *Maaßen*, Kunst oder Gewerbe?, Rn. 591 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie der Beruf des Gold- und Silberschmieds (Anlage B Abschnitt 1 Nr. 11) vom künstlerischen Schmuckdesign,[215] wie der Maler- und Lackiererberuf (Anlage A Nr. 10) vom künstlerischen Fassadenmaler[216] oder wie diverse handwerksfähige Berufe wie etwa Tischler (Anlage A Nr. 27) oder Stuckateur (Anlage B Abschnitt 1 Nr. 52) vom künstlerischen Restaurator[217].[218]

Wie §§ 1 Abs. 1 S. 1 und 18 Abs. 1 S. 1 HwO verdeutlichen, handelt es sich auch beim Betreiben eines Handwerksbetriebs oder eines Betriebs des handwerksähnlichen Gewerbes um die Ausübung eines Gewerbes. Ein Gewerbe kann wiederum nur vorliegen, wenn gerade keine Kunst vorliegt.[219] Nur wenn dies der Fall ist, die sonstigen positiven und negativen Definitionsmerkmale eines Gewerbes erfüllt sind und darüber hinaus wesentliche Tätigkeiten eines Berufs der Anlage A ausgeübt werden oder einem Beruf der Anlage B nachgegangen wird, stellt sich überhaupt die Frage, ob das Gewerbe auf handwerksmäßige oder nichthandwerksmäßige bzw. handwerksähnliche oder nichthandwerksähnliche Weise ausgeübt wird. Bei Einhaltung der systematischen und auch verfassungsrechtlich gebotenen Untersuchungsreihenfolge stellt sich in Fällen des freien Kunstschaffens die Frage nach der Handwerksmäßigkeit folglich gar nicht. Der Einordnung als freie Kunst tut es somit keinen Abbruch, wenn die ausgeübten Tätigkeiten einem Handwerksberuf zuzuordnen sind und die Kunstschaffung auch auf handwerksmäßige Weise erfolgt. Die Handwerksmäßigkeit kann folglich auch nicht als Merkmal zur Abgrenzung des Handwerks von der Kunst dienen.

2. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom Handel

Man könnte überlegen, auch die Abgrenzung von Handwerksbetrieb und Handelsbetrieb anhand des Kriteriums der Handwerksmäßigkeit vorzunehmen.[220] Die Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit steht als Merkmal nicht für sich, sondern bezieht sich ausweislich des Wortlauts in §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 2 HwO auf die Betriebsweise.

---

215 Vgl. *Maaßen*, Kunst oder Gewerbe?, Rn. 597.
216 Vgl. *Maaßen*, Kunst oder Gewerbe?, Rn. 598 f.
217 Vgl. *Maaßen*, Kunst oder Gewerbe?, Rn. 600 ff.
218 Siehe auch die Rechtsprechungsübersicht von *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 70 für weitere Beispiele.
219 A.A. wohl *Böttger*, GewA 1986, 15, 16.
220 So etwa in *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Handreichung für die Abgrenzung Handwerk zu Industrie/Handel/Dienstleistung, S. 3, ohne dies jedoch weiter zu erläutern.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zu ihrer Feststellung ist es also erforderlich, die Art und Weise, wie die Tätigkeiten innerhalb des Betriebes betrieben werden, zu betrachten.[221] Dementsprechend konzentrieren sich auch die in der langjährigen Rechtsprechung entwickelten und weiterentwickelten Indizien zur Konkretisierung der Handwerksmäßigkeit auf die innerbetriebliche Struktur.[222] Der Begriff „Handel" umfasst hingegen die Geschäfte nach außen und knüpft in keinerlei Hinsicht an die innerbetrieblichen Vorgänge an. Die Handwerksmäßigkeit kann also nicht der richtige Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung von Handwerk und Handel sein.[223]

Vielmehr wird bei einer reinen Handelstätigkeit die Zuordnung der betrieblichen Tätigkeiten zu einem Beruf der Anlagen zur Handwerksordnung nicht möglich sein. In den Anlagen werden die Berufe lediglich namentlich genannt. Die Vereinbarkeit der typisierenden gesetzlichen Festlegung von Berufsbildern mit der Verfassung hat das Bundesverfassungsgericht auch für das Handwerk ausdrücklich bestätigt.[224] Zur Zuordnung der Tätigkeiten eines Betriebes zu dem Beruf kommt es auf das damit bezeichnete tatsächliche wirtschaftliche Berufsbild an.[225] Dazu kann das differenziertere Bild der jeweiligen nach §§ 45 Abs. 1, 51a Abs. 2 HwO erlassenen Meisterprüfungsverordnung[226] sowie der nach §§ 25 f. HwO erlassenen Ausbildungsordnung[227] zumindest indiziell herangezogen werden, wenn es auch nicht als verbindliche Festlegung des Berufsbilds dienen kann.[228] Die Meisterprüfung besteht gem. § 45 Abs. 3 HwO aus vier Teilen. Während die betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und juristischen Kenntnisse des Teils III und die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse des Teils IV berufsunabhängig sind,[229] ist der Prüfungsgegenstand

221 Vgl. etwa *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 60, § 18 Rn. 17.
222 Vgl. dazu etwa *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Handreichung für die Abgrenzung Handwerk zu Industrie/Handel/Dienstleistung, S. 7 ff.
223 So in Abweichung von S. 3 auch *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Handreichung für die Abgrenzung Handwerk zu Industrie/Handel/Dienstleistung, S. 6 ff., wo anhand der Handwerksmäßigkeit allein von der „industriellen Produktion" abgegrenzt wird.
224 Vgl. BVerfGE 13, 97, 117.
225 Vgl. *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 32.
226 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 64.
227 OVG Niedersachsen, Beschluss vom 30. Juni 2003 – 8 ME 81/03 –, GewA 2003, 487, 488.
228 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 64 m.w.N.
229 So gibt es hierzu auch nur eine für alle Berufe des Handwerks und handwerksähnlichen Gewerbes geltende Prüfungsverordnung, die Allgemeine Meisterprüfungsverordnung, BGBl. I 2011, S. 2149.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Teile I und II, also des fachpraktischen und des fachtheoretischen Teils der Meisterprüfung, berufsspezifisch. Folglich können auch nur die Teile I und II bei der Evaluierung der Berufszugehörigkeit dienen. Im Umkehrschluss bedeutet das: wenn in einem Gewerbetrieb allein die kaufmännischen, wirtschaftlichen Tätigkeiten im Vordergrund stehen und keine, die für einen handwerksfähigen Beruf spezifisch sind, so wird dort auch kein Handwerksberuf ausgeübt. Stehen die berufsspezifischen Tätigkeiten hingegen im Vordergrund, so steht es der Zuordnung zum jeweiligen Handwerksberuf nicht entgegen, wenn sie durch den Handel zumindest auch mit selbst hergestellten Produkten ergänzt werden.[230]

Gleichzeitig ist es nur beim Ausüben der in den Anlagen zur HwO aufgezählten Berufe relevant, ob der untersuchte Betrieb handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich betrieben wird, denn Gewerbetreibende aller anderen Berufe unterfallen ohnehin nicht der Handwerksordnung. Die Frage der Berufszuordnung geht somit, wenn auch nicht dem Wortlaut der §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 2 HwO nach, so doch logisch der Frage nach der Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit voraus.[231] Da sie die Abgrenzung von Handwerk und Handel bereits ermöglicht, besteht kein Bedürfnis zur zusätzlichen Anreicherung der unbestimmten Rechtsbegriffe der Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit mit Inhalten zu dieser Abgrenzungsthematik. Daher ist es überzeugender, allein in der Berufszuordnung die Weiche zur Abgrenzung von Handwerks- und Handelsbetrieb zu sehen.

Entscheidende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der genauen Bestimmung des untersuchten Gewerbebetriebs zu. Ohne eine gewisse Eigenständigkeit der untersuchten Einheit, wie beispielsweise beim reinen Verkauf von nicht selbst produzierten Backwaren, handelt es sich schon um keinen Betrieb, der als Handwerksbetrieb in Frage kommt.[232]

---

230 So auch *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.) Handwerksordnung, § 1 Rn. 61.

231 Vgl. auch *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Handreichung für die Abgrenzung Handwerk zu Industrie/Handel/Dienstleistung, S. 6.

232 Ähnlich *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 60 f., die jedoch die gesamte Abgrenzung zwischen Handwerk und Handel im Betriebsbegriff verortet. Das ist allerdings ungenau, da der Betriebsbegriff sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite des § 1 Abs. 2 S. 1 HwO vorkommt. Statt – wie von ihr als Beispiel angeführt – zu untersuchen, ob der „Betriebsbegriff der Bäckerei“ erfüllt ist, ist genau genommen zu untersuchen, ob ein Betrieb gegeben ist, in dem wesentliche Tätigkeiten des Berufs des Bäckers ausgeübt werden. Zum Betriebsbegriff der Handwerksordnung siehe § 6 dieser Arbeit.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Nicht belastbar zur Abgrenzung von Dienstleistungen

Für eine Abgrenzung des Handwerks von Dienstleistungen besteht schon kein Bedürfnis.[233] Dienstleistungen im volkswirtschaftlichen Sinne sind solche Wirtschaftsleistungen, die nicht der Produktion, sei es von Urprodukten oder Waren, dienen.[234] In einigen Handwerksberufen werden gerade primär Dienstleistungen im volkswirtschaftlichen Sinn erbracht. Als Beispiel sei etwa der Friseurberuf (Anlage A Nr. 38) genannt. Handwerk und Dienstleistungen sind folglich keine Gegensätze, die es abzugrenzen gilt. Relevant werden kann allenfalls die Abgrenzung des Dienstleistungshandwerks vom sonstigen Dienstleistungsgewerbe. Hier wird faktisch häufig die Zuordnung zum Beruf entscheidend sein. Ist diese bejaht, ist letztes Abgrenzungsmoment dann tatsächlich die Art der Betriebsweise.

4. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom handwerksähnlichen Gewerbe

Der Begriff „handwerksähnlich" in § 18 Abs. 2 S. 2 HwO könnte auf den ersten Blick so verstanden werden, dass die Betriebsweise der handwerksmäßigen eben nur ähnlich und somit gerade nicht handwerksmäßig ist. Dem folgend wird teils die Auffassung vertreten, dass anhand der Einstufung als handwerksähnlich oder handwerksmäßig auch die Abgrenzung des Handwerks vom handwerksähnlichen Gewerbe vorzunehmen sei.[235]

Die Handwerksordnung enthielt ursprünglich ausschließlich Regelungen für den stehenden Betrieb zulassungspflichtiger Handwerke.[236] Ein Entwurf zur Aufnahme besonderer Bestimmungen für handwerksähnliche Gewerbe wurde schon damals vom Bundeswirtschaftsministerium ausgearbeitet, aber letztlich verworfen.[237] Im Zuge der Handwerksrechtsnovelle

---

233 In *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Handreichung für die Abgrenzung Handwerk zu Industrie/Handel/Dienstleistung, S. 3, wird jedoch die Handwerksmäßigkeit als Merkmal zur Abgrenzung des Handwerks auch von Dienstleistungen genannt, ohne allerdings im Folgenden näher darauf einzugehen.

234 Zum Vergleich zwischen dem volkswirtschaftlichen Dienstleistungsbegriff und dem des AEUV siehe *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 56, Art. 57, Rn. 32.

235 Vgl. etwa *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), § 1 Rn. 37 ohne Erläuterung und Nachweise.

236 Vgl. BGBl. I 1953, S. 1412.

237 Vgl. *Schwindt*, Kommentar zur Handwerkerordnung, § 1 S. 44 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1965[238] wurde die Kategorie der handwerksähnlichen Gewerbe schließlich in die Handwerksordnung aufgenommen und wegen der fachlichen Nähe der Betreuung durch die Handwerkskammern zugeordnet,[239] nachdem Art. 23 des Steueränderungsgesetzes 1961 die Betreuung von Gewerbetreibenden in handwerksähnlichen Gewerben durch die Handwerkskammern vorsah.[240] Für das stehende Betreiben von Betrieben des handwerksähnlichen Gewerbes sollte am Grundsatz der Gewerbefreiheit festgehalten werden.[241] Auf das Erfordernis der persönlichen Qualifikation etwa durch einen Meisterbrief wurde folglich verzichtet.

Der Abs. 2 des damals neu eingeführten § 16a HwO entspricht im Wesentlichen[242] dem Wortlaut des aktuellen § 18 Abs. 2 S. 2 HwO. Dabei ist „für die Definition des Begriffes ‚handwerksähnliches Gewerbe' […] der gleiche Weg beschritten worden, der […] bereits für die Umschreibung des Handwerksbegriffes gewählt worden ist,"[243] also die Auflistung ausgewählter Berufe in einer Anlage zur HwO verbunden mit dem Erfordernis einer bestimmten Betriebsweise. Diese beiden für die Zuordnung eines Gewerbebetriebs zum handwerksähnlichen Gewerbe kumulativ zu erfüllenden Merkmale gilt es sauber zu trennen. So heißt es über die Anlage B, die damals nur das handwerksähnliche Gewerbe enthielt: „Die Aufzählung in dieser Liste stellt somit nur einen Hinweis für die Zugehörigkeit eines dieses Gewerbe ausübenden Betriebes zum handwerksähnlichen Gewerbe

238 BGBl. I 1965, S. 1254.

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

240 BGBl. I 1961, S. 981, 999. Art. 23 lautet: „Art. 22 [der eine Änderung des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18. Dezember 1956, BGBl. I 1956, S. 920, vorsieht] gilt nicht für Personen, die ein handwerksähnliches Gewerbe betreiben. Der Bundesminister für Wirtschaft wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates festzulegen, welche Gewerbe als handwerksähnlich anzusehen und von den Handwerkskammern zu betreuen sind."

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

242 Lediglich der Hinweis auf Abschnitt 2 fehlt, denn die Aufteilung in zwei Abschnitte erfolgte erst durch die Einführung der Kategorie des zulassungsfreien Handwerks im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2004 und die Erfassung der betroffenen Berufe im neu aufgenommenen ersten Abschnitt der Anlage B, BGBl. I 2003, S. 2934, 2946.

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dar".[244] Den anderen, ebenso notwendigen Hinweis bildet die handwerksähnliche Betriebsweise.

In die Überlegungen, welche Gewerbeberufe handwerksähnlich ausgeübt werden können, sind folgende Erwägungen mit eingeflossen: „1. Es muß sich um selbstständige Gewerbebetriebe handeln. 2. Es müssen Tätigkeiten mittleren Schwierigkeitsgrades der zur Anwendung kommenden Arbeitstechniken den Betriebszweck darstellen. 3. Es darf weder die handwerkliche noch die industrielle Betriebsstruktur ausschließlich vorhanden sein."[245] Darüber hinaus wird ausdrücklich und „mit Nachdruck" klargestellt, dass es sich trotz der häufig gegebenen Ähnlichkeit zu Berufen des zulassungspflichtigen Handwerks um eigenständige Berufe handelt und Betriebe des handwerksähnlichen Gewerbes gerade nicht als „Übergang"[246] zu einem Handwerksbetrieb zu sehen sind.[247] Die Abgrenzung zwischen Handwerk und handwerksähnlichen Gewerben lässt sich also schon anhand der Zuordnung zu einem bestimmten Beruf vornehmen.

Aus Punkt 3 der zitierten Erläuterungen lässt sich im Umkehrschluss entnehmen, dass die in Anlage B aufgenommenen Berufe sowohl mit „handwerklichen" als auch mit „industriellen"[248] Betriebsstrukturen ausübbar sind. So wie die Ausübung von Berufen des zulassungspflichtigen Handwerks nur dann durch die Handwerksordnung reglementiert wird, wenn der Betrieb handwerksmäßig betrieben wird, soll auch die Ausübung handwerksähnlicher Gewerbe nur dann erfasst sein, wenn sie handwerksähnlich betrieben werden. Das Merkmal der Handwerksähnlichkeit nimmt also für handwerksähnliche Gewerbe diejenige Funktion ein, die das Merkmal der Handwerksmäßigkeit für das zulassungspflichtige Handwerk innehat. Da die Abgrenzung zwischen Handwerk und handwerksähnlichem Gewerbe schon anhand der Berufszuordnung des stehenden Gewerbebetriebs zweifelsfrei erfolgen kann und „handwerksmäßig"

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

245 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu BT-Drs. 4/3461, S. 8.

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

247 Das wird im Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu BT-Drs. 4/3461, S. 5 dargestellt anhand des Beispiels des handwerksähnlichen Gewerbes „Schnellreiniger", welches eben keinen Übergang zu den damals in der Anlage A enthaltenen zulassungspflichtigen Handwerken „Färber und Chemischeiniger" oder „Wäscher und Plätter" darstellt.

248 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu BT-Drs. 4/3461, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und „handwerksähnlich“ dieselbe Funktion bei der Festlegung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung innehaben, kann „handwerksähnlich“ nicht als *aliud* zu „handwerksmäßig“ verstanden werden.[249]

---

249 So aber *Stork*, in: Schwannecke (Hrsg.) Handwerksordnung, § 18 Rn. 9, der davon ausgeht, dass die handwerksähnliche Betriebsweise vorliegt, wenn keine handwerksmäßige und keine „industrielle“ Betriebsform gegeben ist. Hier wird bei der Analyse des Berichts des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu BT-Drs. 4/3461, S. 8, wohl übersehen, dass sich die aufgelisteten Kriterien allein auf die Auswahl der Berufe beziehen, die in die Anlage B aufgenommen werden sollen, und es sich nicht um Merkmale handelt, die zur Auslegung der Handwerksähnlichkeit herangezogen werden sollen.
Die von *Stork* zitierten Aufsätze von *Lessmann*, Deutsches Handwerksblatt 1961, 195 ff. und *Schmidt*, GewA 1962, 25 ff., stellen Überlegungen zur Bedeutung des Begriffes der Handwerksähnlichkeit allein auf Basis der Schaffung dieser Kategorie im Steueränderungsgesetzt 1961 an, noch vor der Aufnahme von Regelungen über handwerksähnliche Gewerbe in die Handwerksordnung. Eine Analyse der Gesetzesbegründung im Bericht zu BT-Drs. 4/3461 konnte daher dort ebensowenig erfolgen wie eine Auslegung des Gesetzeswortlauts und strukturelle Überlegungen. Trotzdem stellen sie nicht darauf ab, dass in einem handwerksähnlichen Betrieb „weder die handwerkliche noch die industrielle Betriebsstruktur ausschließlich vorhanden sind“ (*Stork*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 18 Rn. 9). *Lessmann* stellt auf S. 195 vielmehr heraus, dass solche Gewerbe nicht in Betracht kommen als handwerksähnliche Gewerbe, die schon in der Anlage A enthalten sind, die dem Handel zuzuordnen sind „und schließlich nicht Gewerbe, soweit sie unbestritten in den Betriebsformen der Industrie bzw. Fabrik ausgeübt werden“. Während die ersten beiden Aussagen sich auf die Berufe beziehen, die als handwerksähnliche Gewerbe in Frage kommen, bezieht sich nur die dritte Aussage auf die Betriebsweise und stellt nur heraus, dass die handwerksähnliche Betriebsweise nicht gegeben sein kann bei industrieller Betriebsweise. Über das Verhältnis zur handwerksmäßigen Betriebsweise wird nichts ausgesagt. *Schmidt* kommt auf S. 28 ebenfalls wie die hier vertretene Auffassung zu dem Ergebnis, dass die handwerksähnliche Betriebsweise „im Ansatz“ der handwerksmäßigen entspricht, die Mitarbeit und Fachkenntnis des Inhabers jedoch nicht von Relevanz sind. Nur für die Frage, welche Berufe zu den auf handwerksähnliche Weise ausübbaren zu zählen sind, stellt er die Unterschiede zu den Berufen des zulassungspflichtigen Handwerks heraus.
Zur Beantwortung der Frage, „ob ein Gewerbe handwerksähnlich oder handwerklich“ betrieben wird, ist nach *Stork*, Rn. 8, auf den betrieblichen Schwerpunkt abzustellen. In diesem Zusammenhang zitiert wird allerdings ein Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 22. April 1994- 14 S 271/94 –, GewA 1994, 292. Hier geht es um die Frage, ob in einem Betrieb das handwerksähnliche Gewerbe des Fleischzerlegers und Ausbeiners (Nr. 32a der Anlage B zur HwO i.d.F. vom 20. Dezember 1993) oder das Fleischerhandwerk (Nr. 32 der Anlage A zur HwO) ausgeübt wird. Leitsatz Nr. 1 lautet „Maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung eines Handwerksbetriebs im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO von

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gleichzeitig zeigt die Wahl des Wortlauts „handwerksähnlich" für den damaligen § 16a Abs. 2 HwO aber auch, dass er nicht vollständig inhaltsgleich mit „handwerksmäßig" im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO ist. Indizien der Handwerksmäßigkeit, die gerade Ausprägung der für das zulassungspflichtige Handwerk geltenden Meisterpflicht sind, wie etwa die Meisterprägung des Betriebes, können bei den handwerksähnlichen Gewerben, für die der Grundsatz der Gewerbefreiheit uneingeschränkt gilt, nicht relevant sein.[250] Es spielen folglich weniger Komponenten für die Auslegung der Handwerksähnlichkeit eine Rolle, nicht andere. Erfüllt ein Gewerbebetrieb in einem Beruf der Anlage B Abschnitt 2 alle Indizien einer handwerksmäßigen Betriebsweise, so handelt es sich bei ihm wegen der Auflistung in Anlage B Abschnitt 2 ebenso wie bei rein handwerksähnlicher Betriebsweise um ein handwerksähnliches Gewerbe und mangels Auflistung in Anlage A nicht um ein zulassungspflichtiges Handwerk. Die Übererfüllung der Anforderungen an die Betriebsweise ist irrelevant. Die Handwerksähnlichkeit entspricht der Handwerksmäßigkeit im „Ansatz".[251] Sie ist wesensgleich, kein *aliud*.

Im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2004 wurde die Kategorie des zulassungsfreien Handwerks für ehemals zulassungspflichtige Handwerksberufe eingeführt. Für sie verlangt § 18 Abs. 2 S. 1 HwO ebenfalls die handwerksmäßige Betriebsweise. Allerdings kann es bei diesen Berufen mangels Pflicht zum Nachweis besonderer Qualifikation des Betriebsleiters ebenfalls nicht auf solche Indizien ankommen, die gerade auf der

---

dem Betrieb eines handwerksähnlichen Gewerbes nach § 18 HwO, das Teiltätigkeiten eines Vollhandwerks umfasst, ist der Schwerpunkt der in dem Betrieb ausgeübten Tätigkeiten." Spezifiziert wird diese Aussage in den Gründen: „Ein Betrieb kann danach nur dann als handwerksähnliches Gewerbe eingestuft werden, wenn die ausgeführten Tätigkeiten einem der in der Anlage B zur HwO genannten Berufsbilder entsprechen. Liegt indessen das Schwergewicht der ausgeübten handwerklichen Tätigkeiten außerhalb des Rahmens dieser Berufsbilder, ist ein Handwerksbetrieb nach § 1 HwO gegeben, wenn die Tätigkeiten dem Kernbereich eines der in der Anlage A zur HwO aufgeführten Gewerbe entsprechen (§ 1 Abs. 2 HwO)", S. 293. Deutlich wird somit auch hier, dass entscheidend für die Abgrenzung nicht die „handwerksähnliche" oder „handwerkliche" Betriebsweise ist, sondern die Berufszuordnung. Genau genommen ist nicht automatisch „ein Handwerksbetrieb nach § 1 HwO gegeben", sondern es besteht die reine Möglichkeit, dass ein solcher Handwerksbetrieb gegeben ist, denn auch eine nichthandwerksmäßige Betriebsweise des Fleischerberufs ist grundsätzlich möglich. Auch hier werden also die Fragen der Berufszuordnung und der Betriebsweise nicht sauber getrennt.

250 Ähnlich *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 18 Rn. 13.

251 So schon *Schmidt*, GewA 1962, 25, 28.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meisterpflicht basieren, wie etwa die Meisterprägung des Betriebs. An die Handwerksmäßigkeit im Sinne des § 18 Abs. 2 S. 1 HwO sind also niedrigere Anforderungen zu stellen als an die Handwerksmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 HwO. Sie ist als inhaltsgleich mit der Handwerksähnlichkeit im Sinne des § 18 Abs. 2 S. 2 HwO zu verstehen. In dem Bestreben, für Betriebe des zulassungsfreien Handwerks bei der Deregulierung dieser Berufe durch Überführen in die Anlage B im Rahmen der Handwerksrechtsnovelle 2004 bis auf den Wegfall des Erfordernisses des Nachweises der persönlichen Qualifikation nichts zu ändern,[252] hat der Gesetzgeber mit der Wahl des Wortlauts „handwerksmäßig" in § 18 Abs. 2 S. 1 HwO statt „handwerksähnlich" folglich ungenau gearbeitet. Dank der Eigenschaft als unbestimmter Rechtsbegriff lässt sich die Ungenauigkeit der Wortwahl aber durch richtige Auslegung auffangen. Daraus, dass die Handwerksordnung sowohl für Berufe des zulassungspflichtigen als auch des zulassungsfreien Handwerks die handwerksmäßige Betriebsweise fordert, wird aber ebenfalls deutlich, dass die Abgrenzung zwischen beiden anhand der Zuordnung zum Berufsbild zu erfolgen hat, ansonsten wäre „handwerksmäßig" von „handwerksmäßig" abzugrenzen. Für die Abgrenzung des zulassungspflichtigen Handwerks vom handwerksähnlichen Gewerbe kommt es also nicht auf die Handwerksmäßigkeit oder Handwerksähnlichkeit, sondern – wie bei der Abgrenzung vom zulassungsfreien Handwerk auch – allein darauf an, ob die ausgeübten Tätigkeiten einem Beruf der Anlage A oder der Anlage B zuzuordnen sind.

5. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom Minderhandwerk

Es wird auch immer noch die Auffassung vertreten, dass das Merkmal der Handwerksmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 HwO auch der Abgrenzung des zulassungspflichtigen Handwerks vom sog. „Minderhandwerk" oder „Kleingewerbe"[253] diene.[254] Ursprünglich lautete der Wortlaut des § 1

252 Vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 33.

253 Die Begriffe werden verwendet etwa von *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 66, sowie *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 46, jeweils m.w.N.

254 So etwa *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 25, 27 mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 19. August 1986 – 1 C 5/84 –, NVwZ 1987, 220. Dort wird zwar auf S. 221 diesbezüglich eine missverständliche Aussage getroffen. Geprüft wird die Frage nach dem Vorliegen von Minderhandwerk aber unter dem Stichpunkt der Ausübung wesentlicher

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 2 HwO: „Ein Gewerbebetrieb ist Handwerksbetrieb im Sinne dieses Gesetzes, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und zu einem Gewerbe gehört, das in der Anlage A zu diesem Gesetz aufgeführt ist."[255] Auch die Abgrenzung vom nicht zum Handwerk zählenden Minderhandwerk musste somit an einem der beiden Tatbestandsmerkmale festgemacht werden, also am handwerksmäßigen Betreiben oder an der Zugehörigkeit zu einem Gewerbe der Anlage A. Da im Vollhandwerk immer auch nicht berufsspezifische oder simple Tätigkeiten zum Arbeitsspektrum gehören, liegt das Anknüpfen an die Handwerksmäßigkeit näher.[256] In der ersten wichtigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Handwerksmäßigkeit wird zu ihrem Vorliegen verlangt, dass „die einwandfreie Ausführung dieser [im untersuchten Betrieb ausgeübten] Arbeiten handwerkliche Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzt"[257] und somit eine qualitative Hürde aufgestellt. Zur Klarstellung, dass die Handwerksordnung nur dann anwendbar sein soll, wenn solche Tätigkeiten eines zulassungspflichtigen Handwerksberufs ausgeübt werden, zu deren fachgerechter Ausübung „wesentliche Kenntnisse und Fertigkeiten […] erforderlich sind und mithin die Grenze des erlaubnisfreien „Minderhandwerks" oder „Kleingewerbes" überschritten wird"[258], wurde der Wortlaut des § 1 Abs. 2 HwO allerdings bereits im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 1965 so geändert, dass ein Gewerbebetrieb nur dann zum zulassungspflichtigen Handwerk zählt, wenn er „handwerksmäßig betrieben wird und vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe umfaßt, das in der Anlage A zu diesem Gesetz aufgeführt ist."[259] Mittlerweile erfordert der Wortlaut, dass „Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind". Damit hat der Gesetzgeber dem handwerksmäßigen Betreiben und der Zuordnung zu einem Beruf noch ein drittes Kriterium an die Seite gestellt:

Tätigkeiten eines Berufs der Anlage A; ebenso in der dort zitierten Entscheidung BVerwGE 58, 217, 221 ff.; vgl. auch *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, § 2 Rn. 597.

255 Gesetz zur Ordnung des Handwerks vom 17. September 1953, BGBl. I S. 1411, 1412.

256 Im Kommentar zur Handwerksordnung von 1953 stellt *Schwindt*, Kommentar zur Handwerkerordnung, § 1, S. 52 darauf ab, dass die „in der Liste aufgeführten Gewerbe entweder handwerklich, industriell oder als Kleingewerbe betrieben werden" können und nimmt die Abgrenzung folglich ebenfalls nicht anhand der Zuordnung zum Beruf vor.

257 BVerwGE 17, 230, 234.

258 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu BT-Drs. 4/3461, S. 9.

259 BGBl. I 1965, S. 1254.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Ausüben mindestens wesentlicher Tätigkeiten des jeweiligen Berufs. Damit wurde das Abstellen auf Tätigkeiten, die besondere Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern, für die Zuordnung zum Handwerk gewissermaßen aus dem Kriterium der Handwerksmäßigkeit in das Kriterium der Ausübung wesentlicher Tätigkeiten ausgelagert.

Im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2003[260] hat der Gesetzgeber Beispiele für unwesentliche Tätigkeiten in § 1 Abs. 2 S. 2 HwO aufgenommen, um so die tatsächliche Umsetzung der sogenannten Kernbereichsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Verwaltungspraxis zu sichern.[261] Nicht wesentlich sind demnach Tätigkeiten, die innerhalb von drei Monaten erlernbar sind, die für das Gesamtbild des betreffenden zulassungspflichtigen Handwerks nebensächlich sind oder die nicht aus einem zulassungspflichtigen Handwerk entstanden sind. Seit der kurz darauf erfolgten Verschiebung in der Zielsetzung der Handwerksordnung im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2004 passen die Beispiele für unwesentliche Tätigkeiten des § 1 Abs. 2 S. 2 HwO nicht mehr, um den Vorbehaltsbereich zielgerecht einzugrenzen.[262] Auch wenn die Beispiele für nicht wesentliche Tätigkeiten in § 1 Abs. 2 S. 2 HwO daher zurecht teils heftig kritisiert werden, geht aus dem ausdrücklichen Bezug auf die Kernbereichsrechtsprechung deutlich hervor, dass gerade eine Abgrenzung des Handwerks vom Nichthandwerk in qualitativer Hinsicht geschaffen werden sollte. Folglich kann in die Handwerksmäßigkeit keine qualitative Komponente zur Abgrenzung vom Minderhandwerk mehr hineingelesen werden.

Dafür spricht auch, dass das Kriterium der Ausübung mindestens wesentlicher Tätigkeiten gem. § 1 Abs. 2 HwO nur für die zulassungspflichtigen Handwerksberufe gilt. Für die zulassungsfreien Handwerksberufe in Abschnitt 1 der Anlage B und die handwerksähnlichen Gewerbe in Abschnitt 2 der Anlage B fehlt dieses Kriterium hingegen in § 18 Abs. 2 S. 1 und 2 HwO. Im Zuge der Besprechungen zur Handwerksnovelle 2004 wurde zwar ein Verweis auf § 1 Abs. 2 HwO diskutiert, letztendlich wurde

260 BGBl. I 2003, S. 2933.

261 Vgl. BT-Drs. 15/1089 S. 2, 7 ff.

262 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 77, sowie *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 77 f. mit Darstellung des Meinungsstands. Außerdem *Dürr*, GewA 2003, 415, 416; *Traublinger*, GewA 2003, 353, 357; *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, S. 32; *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 353, 355 f.; *Kormann/Liegmann*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band I, S. 48; *Müller*, GewA 2007, 361 ff. Dazu auch *Baumeister*, GewA 2007, 310, 311.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

darauf aber verzichtet.[263] Dies führte zu einem Meinungsstreit darüber, welche Anforderungen an die ausgeübten Tätigkeiten zu stellen sind, damit es sich um einen Betrieb eines zulassungsfreien Handwerks handeln kann.[264] Unabhängig davon geht es aber bei dieser Diskussion stets um die Zuordnung von Tätigkeiten zum Beruf bzw. die Handwerksfähigkeit,[265] nicht um die Handwerksmäßigkeit.

Da zum gewerblichen Betreiben von zulassungsfreien Handwerken oder handwerksähnlichen Gewerben ohnehin keine persönlichen Eintragungsvoraussetzungen zu erfüllen sind, ist eine qualitative Differenzierung danach, ob die Tätigkeiten besondere Fertigkeiten oder Kenntnisse voraussetzen oder nicht, zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit des mit der Zulassungspflicht verbundenen Eingriffs in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht erforderlich. Das Fehlen eines Verweises auf § 1 Abs. 2 HwO in § 18 Abs. 2 HwO spricht daher ebenfalls dafür, dass allein das Kriterium des Ausübens wesentlicher Tätigkeiten qualitative Anforderungen an die Art der ausgeübten Tätigkeiten enthält, während die Handwerksmäßigkeit sich allein auf die Art und Weise, auf die der Betrieb betrieben wird, bezieht. Die Handwerksmäßigkeit dient also nicht der Abgrenzung vom sogenannten Minderhandwerk.

6. Funktion als Abgrenzungsmoment von industriell oder auf andere Weise nichthandwerksmäßig bzw. -ähnlich betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieben

Die Anwendbarkeit der Handwerksordnung beschränkt sich auf solche stehenden handwerksfähigen Gewerbebetriebe, die handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich betrieben werden. Das Gegenteil der handwerksmäßigen Betriebsweise ist die nichthandwerksmäßige Betriebsweise, das Gegenteil der handwerksähnlichen die nichthandwerksähnliche. Somit grenzt das Merkmal des handwerksmäßigen bzw. handwerksähnlichen Betreibens das Handwerk von stehend und nichthandwerksmäßig bzw. nichthand-

263 Zu diesem Aspekt des Gesetzgebungsverfahrens vgl. *Mirbach*, GewA 2005, 366, 368.

264 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 18 Rn. 3 ff. mit Darstellung des Meinungsstands; außerdem *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, S. 68 ff.; *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 404, 405; *Dürr*, GewA 2005, 364 ff.; *Mirbach*, GewA 2005, 366 ff.; *Schmitz*, GewA 2005, 453 ff.

265 Dies wird ganz deutlich in BT-Drs. 15/1481, S. 21 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werksähnlich betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieben ab. Dazu gehört vor allem das industrielle Ausüben dieser Handwerksberufe.[266]

Die Nichthandwerksmäßigkeit ist aber keine hinreichende Voraussetzung für das Bejahen eines Industriebetriebs. Der Wirtschaftszweig der Industrie befasst sich mit der Produktion von Sachgütern. Damit es sich bei dem untersuchten Betrieb um einen Industriebetrieb handeln kann, muss in ihm also auch ein auf die Produktion gerichtetes Gewerbe ausgeübt werden. Die Voraussetzung der handwerksmäßigen bzw. handwerksähnlichen Betriebsweise gilt gem. §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1 und S. 2 HwO aber bei der Ausübung aller Berufe der Anlagen A und B, also auch bei der Ausübung nicht produzierender Berufe. Im Umkehrschluss ist auch ein nichthandwerksmäßiges Betreiben von nicht produzierenden Handwerksberufen nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Dementsprechend untersucht das Bundesverwaltungsgericht auch in einem Fall der Ausübung des Maler- und Lackiererberufs, also eines nicht-produzierenden Handwerksberufs, ob der Gewerbebetrieb auf handwerksmäßige Weise betrieben wird. Es wendet dazu die im Folgenden zu beschreibenden Auslegungsindizien an und formuliert, dass der Gewerbetreibende mit der Ausübung von Malerarbeiten „keinen Industriebetrieb" leite.[267] Dieses Ergebnis wirkt zwar terminologisch skurril. Daraus wird aber deutlich, dass die handwerksmäßige Betriebsweise bei allen Berufen des zulassungspflichtigen Handwerks gegeben sein muss.

Die Verkürzung des Fokus auf die Abgrenzung zwischen Handwerk und Industrie hat sich erst nach und nach entwickelt. In der ersten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Handwerksmäßigkeit wurde die Handwerksmäßigkeit noch für sich genommen festgestellt und nicht anhand eines Vergleichs mit dem stereotypen Industriebetrieb ermittelt.[268] Ursache der Verengung des Blickfelds ist sicherlich die praktische Relevanz gerade dieser Abgrenzungsthematik. Gleichzeitig lässt der Wortlaut neben der industriellen aber durchaus auch Raum für daneben bestehende, andere nichthandwerksmäßige Betriebsweisen. Zum einen ist also in produzierenden Berufen nicht von vorneherein eine weitere Form der

266 Vgl. statt vieler *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 38; ausführlich zur Abgrenzung *Günther*, GewA 2012, 16 ff., 62 ff.

267 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 01. April 2004 – 6 B 5/04 –, GewA 2004, 488, 488.

268 Vgl. BVerwGE 17, 230, wo es ebenfalls nicht um die Einordnung eines produzierenden Betriebs ging, sondern um eine „Express-Schuhbar", die Schuhreparaturen anbot.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Betriebsweise ausgeschlossen, zum anderen ist auch die nichthandwerksmäßige Betriebsweise von nichtproduzierenden Berufen möglich.

7. Zwischenergebnis

Die Handwerksmäßigkeit dient nicht der Abgrenzung von der Kunst, die anhand des Kunstbegriffs innerhalb der Untersuchung der Gewerbeeigenschaft vorzunehmen ist. Sie dient auch nicht der Abgrenzung vom Handel, die anhand der Zuordnung zum Beruf erfolgt. Von Dienstleistungen ist gar nicht abzugrenzen. Handwerksähnliche Gewerbe werden vom zulassungspflichtigen Handwerk ebenso wie vom zulassungsfreien Handwerk ebenfalls anhand der Berufszuordnung abgegrenzt. Die Abgrenzung von Betrieben des zulassungspflichtigen Handwerks vom sogenannten Minderhandwerk erfolgt allein anhand des Merkmals der Wesentlichkeit. Festzuhalten bleibt, dass die Handwerksmäßigkeit als Abgrenzungsmoment allein von nichthandwerksmäßig bzw. -ähnlich betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieben fungiert. Bisher wurde diese Abgrenzung vor allem für produzierende Berufe und dabei konkret für die Abgrenzung von der Industrie relevant. Grundsätzlich kann sie aber auch für andere Handwerksberufe und Berufe des handwerksähnlichen Gewerbes eine entscheidende Rolle bei der Einordnung eines Betriebs in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung einnehmen.

IV. In die Gesamtbetrachtung einzubeziehende Indizien zum Feststellen der Handwerksmäßigkeit

Die unbestimmten Rechtsbegriffe der Handwerksmäßigkeit und der Handwerksähnlichkeit wurden ausgehend von ihrer Funktion und dem dynamischen Verständnis des Handwerks in Rechtsprechung und Literatur näher umrissen.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO

Vor allem zur Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO findet sich umfangreiche Rechtsprechung.[269] Die entwickelten Indizien sind auf die Unterscheidung von Handwerksbetrieb und Industriebetrieb zugeschnitten.[270]

a) Geringer Einsatz von Technik

Besonders relevant war und ist das Abgrenzungsindiz des Ausmaßes an eingesetzter Technik.[271] Demnach entspricht ein hoher Anteil an Handarbeit der handwerksmäßigen Betriebsweise, während ein Überwiegen der Arbeit mittels Maschinen für eine industrielle Betriebsweise spricht.[272] Das Bundesverwaltungsgericht stellte dazu darauf ab, „in welchem Maße die Arbeitsleistung im einzelnen Betriebe noch durch qualifizierte Handarbeit erzielt wird und fachgerecht und einwandfrei nur bei Beherrschung der in handwerklicher Schulung erworbenen Kenntnisse und Handfertigkeit erzielt werden kann."[273] Allerdings ist auch immer wieder betont worden, dass „auch Handwerksbetriebe, um wettbewerbsfähig bleiben zu können, in Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung […] in zunehmendem Maße auf die Verwendung von Maschinen und vorgefertigtem Material angewiesen sein können".[274] Bei der Analyse des Gewichts des Maschineneinsatzes ist der jeweils aktuelle Stand der Technik zu berücksichtigen, sodass auch hochkomplexe technische Geräte nicht von vorneherein gegen die Handwerksmäßigkeit sprechen.[275] Angesichts der fließenden Übergänge zwischen reiner Handarbeit und automatisierter mechanischer Arbeit

269 Eine Rechtsprechungsübersicht findet sich bei *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 65, ergänzt durch neuere Entscheidungen von *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 47.

270 Vgl. *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Leitfaden Abgrenzung, S. 4 f.

271 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 51; *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 22.

272 Vgl. *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Leitfaden Abgrenzung, S. 5.

273 Vgl. BVerwGE 17, 230, 233.

274 BVerwGE 18, 226, 231 f.; ähnlich BVerwGE 58, 217, 224; BVerwGE 95, 363, 370.

275 Vgl. etwa VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Juni 1993- 14 S 722/92 –, GewA 1993, 418, 419 f. zum Maschinenbau mit CNC-Fertigungstechnik.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gestaltet sich die Abgrenzung schwierig.[276] Jedenfalls solange die Maschinen die Handfertigkeit der Mitarbeiter nur unterstützen, indem sie sie etwa erleichtern oder beschleunigen, und nicht ersetzen, wird angenommen, dass die Handwerksmäßigkeit zu bejahen sein kann.[277] Lässt die Verwendung von Maschinen allerdings keinen Raum mehr für die Entfaltung der Handfertigkeit, so spricht dies für die Annahme der industriellen Betriebsweise.[278] Ohne einen Restverbleib an Handarbeit ist demnach die Annahme der Handwerksmäßigkeit nicht möglich.

b) Geringer Grad der Arbeitsteilung

Das Ausmaß der Arbeitsteilung kann nach ständiger Rechtsprechung ebenfalls einen Anhaltspunkt zur Beurteilung der Handwerksmäßigkeit geben.[279] Haben die Mitarbeiter eines Betriebes die ihnen zugewiesenen, immer gleichen und häufig simplen Arbeitsschritte wiederholt auszuführen, so spricht das eher für das Vorliegen eines Industriebetriebes.[280] Das auch in Handwerksbetrieben aus Gründen der Rationalität bestehende Bedürfnis zur Arbeitsteilung steht der Handwerksmäßigkeit dabei aber nicht grundsätzlich entgegen.[281]

---

276 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 52; sowie BVerwGE 17, 230, 233; BVerwGE 18, 226, 232; BVerwGE 58, 217, 224; BAG, Urteil vom 27. Juni 1984 – 5 AZR 25/83 –, GewA 1986, 40.

277 Vgl. BVerwGE 17, 230, 233; BVerwGE 58, 217, 224.

278 Vgl. BVerwGE 17, 230, 233; BVerwGE 58, 217, 224; besonders betont auch bei *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 589.

279 Vgl. etwa BVerwGE 17, 223, 225; BVerwGE 18, 226, 230 f.; BVerwGE 58, 217, 224; BVerwGE 95, 363, 370; BVerwG, Beschluss vom 01. April 2004 – 6 B 5/04 –, GewA 2004, 488, 488; sowie VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Juni 1993 – 14 S 722/19 –, GewA 1993, 418, 419; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16. Dezember 2005 – 6 S 1601/05 –, GewA 2006, 126, 127; a.A. wohl *Leisner*, GewA 1997, 393, 399 f.; nach *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 467 ist dies das zentrale Indiz.

280 Vgl. BVerwGE 18, 226, 230.

281 Vgl. BVerwGE 18, 226, 230 f.; BVerwGE 58, 217, 224; BVerwGE 95, 363, 370; BVerwG, Beschluss vom 01. April 2004 – 6 B 5/04 –, GewA 2004, 488, 488; sowie VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Juni 1993 – 14 S 722/19 –, GewA 1993, 418, 419; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16. Dezember 2005 – 6 S 1601/05 –, GewA 2006, 126, 127.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Fachliche Qualifikation der Mitarbeiter

Wenn es in einem Handwerksbetrieb einer spezifischen Qualifikation der Mitarbeiter bedarf, so kann dies nach allgemeiner Auffassung eher für einen Handwerksbetrieb sprechen.[282] Liegt eine solche umfassende fachliche Qualifikation der Mitarbeiter mit Ausnahme der Hilfsarbeiter[283] vor, ist häufig gleichzeitig ein nur geringer Grad der Arbeitsteilung gegeben und somit ein weiteres Indiz erfüllt, denn die einzelnen Mitarbeiter können nahezu alle Aufgaben übernehmen und können daher für verschiedene Aufgaben eingesetzt werden.[284] Ob aber die Mitarbeiter überwiegend gerade im Handwerk oder in der Industrie ausgebildet worden sind, kann für die Einordnung des Betriebes keine Auswirkungen haben, zumal häufig durchaus eine Vergleichbarkeit der Ausbildungen besteht.[285] Daher kann es auch nicht auf die Art der Ausbildung des Betriebsleiters ankommen, es müssen lediglich die Voraussetzungen der Handwerksordnung an seine persönliche Qualifikation erfüllt sein.[286] Der überwiegende Einsatz von Mitarbeitern ohne spezifische Qualifikation kann hingegen für die Industrie sprechen.[287]

d) Möglichkeit der Einflussnahme des Betriebsleiters

In der Rechtsprechung wurde zunächst auch die persönliche Mitarbeit des Betriebsinhabers als Indiz für die Handwerksmäßigkeit genannt.[288] Da die Mitarbeit aber von dem Entschluss des Inhabers abhängt, wurde die

---

282 Vgl. BVerwGE 95, 363, 370 f.; BVerwG, Beschluss vom 01. April 2004 – 6 B 5/04 –, GewA 2004, 488, 488; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24. Januar 2002 – 1 L 277/01 –, GewA 2002, 201, 202; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16. Dezember 2005 – 6 S 1601/05 –, GewA 2006, 126, 127. Ebenso etwa *Detterbeck*, Handwerksordnung § 1 Rn. 58; *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 23, 25; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 40.

283 Auch im Handwerk, besonders beispielsweise in der Baubranche, werden häufig ungelernte Hilfsarbeiter eingesetzt; vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 58, vgl. auch BVerwGE 20, 263, 264 f.; BVerwGE 58, 217, 222 f.

284 Vgl. BVerwGE 18, 226, 230 f.; vgl. dazu auch *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 53 m.w.N.

285 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 59.

286 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 59; BVerwGE 20, 263, 265 f.

287 Vgl. *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 25.

288 Vgl. BVerwGE 18, 226, 231.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Relevanz dieses Indizes jedoch als gering eingestuft.[289] Seit nicht mehr der Betriebsinhaber, sondern der Betriebsleiter die persönlichen Voraussetzungen zur Eintragung zu erfüllen hat, kann – wenn überhaupt – allein auf die Mitarbeit des Betriebsleiters abgestellt werden.[290] Die Entscheidung, ob der Betriebsleiter mitarbeitet, bleibt zwar bei fehlender Personalunion in der Regel eine Entscheidung des Inhabers. Unabhängig davon handelt es sich aber auch dann, wenn sie für einen anderen getroffen wird, um eine persönliche Entscheidung. Mit Umstellen auf das Betriebsleiterprinzip hat sich daher nichts an der geringen Relevanz dieses Indizes geändert. Auch ob in einem zur Ausbildung qualifizierten Gewerbebetrieb tatsächlich Lehrlinge ausgebildet werden, beruht auf einer persönlichen Entscheidung, sodass hieraus ebenfalls nichts für die Frage nach der Handwerksmäßigkeit gewonnen werden kann.[291] Übertragen werden kann dies auch auf andere subjektive Entscheidungen, wie die Bezeichnung als Handwerksbetrieb, und Empfindungen, wie ein Zugehörigkeitsgefühl zum Handwerk.[292]

Damit der Nachweis der persönlichen fachlichen Qualifikation des Betriebsleiters als Voraussetzung zum Betrieb eines Handwerks der Anlage A nicht praktisch wirkungslos bleibt, muss der Betriebsleiter folglich zwar nicht tatsächlich mitarbeiten, er muss aber zumindest die Möglichkeit haben, die Mitarbeiter zu beaufsichtigen und anzuweisen.[293] In diesem Zusammenhang wird auch von der „Meisterprägung" des Betriebes gesprochen.[294] Teilweise wird die Einflussnahmemöglichkeit des Betriebsleiters gar als das wichtigste Indiz eingestuft.[295]

---

289 Vgl. BVerwGE 18, 226, 229; BVerwGE 95, 363, 370; BVerwG, Beschluss vom 01. April 2004 – 6 B 5/04 –, GewA 2004, 488, 488; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16. Dezember 2005 – 6 S 1601/05 –, GewA 2006, 126, 127; *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 57.

290 Vgl. *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 22.

291 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 62; BVerwGE 17, 230, 232.

292 Vgl. *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 29.

293 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 54 ff.; *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 24.

294 Vgl. *Kormann/Liegmann*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band I, S. 20 ff.; *Schreine*r, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 64.

295 Vgl. *Leisner*, GewA 1997, 393, 399; *Kormann/Liegmann*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band I, S. 20 f.; *Günther*, GewA 2012, 16, 18. In VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Juni 1993 – 14 S 722/19 –, GewA 1993, 418, 419, wird das „inhaberbezogene, personale Prinzip" als „Hauptkennzeichen einer handwerksmäßigen Betriebsform" bezeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

e) Betriebsgröße

Einen Hinweis auf die Einordnung eines Betriebes kann auch seine Größe geben.[296] Dabei können die Zahl der Mitarbeiter, Produktionsumfang und Umsatzzahlen,[297] ebenso wie die Größe der Betriebsstätte, die Reichweite der Tätigkeiten und der Kapitaleinsatz[298] betrachtet werden. Weil es aber für die Einstufung als Handwerksbetrieb auf die innerbetriebliche Struktur ankommt, kann dieses Indiz nicht allzu schwer wiegen.[299] Ansonsten wäre Handwerksbetrieb mit Kleinbetrieb gleichzusetzen.[300] Für die unter dem Aspekt der Einflussnahmemöglichkeit des Betriebsleiters relevante Übersichtlichkeit kann die Betriebsgröße aber durchaus eine Rolle spielen.[301]

Es wird vertreten, dass ein Ein-Personen-Betrieb nie der Definition eines Industriebetriebes entsprechen könne.[302] Allerdings ist zu bedenken, dass es bei der Abgrenzungsproblematik nicht um die Zuordnung eines Betriebes zum Handwerk oder zur Industrie geht, sondern allgemeiner um die Zuordnung eines Betriebes zum Handwerk oder zum sonstigen nichthandwerklichen Gewerbe, zu dem neben der Industrie noch andere Betriebsweisen zählen. Die nichthandwerksmäßige Ausübung von Berufen der Anlage A zur Handwerksordnung in einem Ein-Personen-Betrieb ist folglich nicht definitorisch ausgeschlossen.

f) Art der Fertigung und Kundenkreis

Die Art der Fertigung und der Kundenkreis können einen weiteren Hinweis für die Zuordnung geben.[303] Für Handwerksbetriebe wird die individuelle Fertigung für den jeweiligen Auftrag als typisch gesehen,

---

296 Vgl. BVerwGE 18, 226, 231.
297 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Juni 1993 – 14 S 722/19 –, GewA 1993, 418, 420.
298 Vgl. BVerwGE 58, 217, 224.
299 Vgl. dazu *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1 Rn. 60 f.; BVerwG, Beschluss vom 29. Dezember 1970 – 1 B 96.70 – GewA 1971, 85, 85; BVerwG, Beschluss vom 25. Juli 2002 – 6 B 37/02 –, GewA 2003, 79, 79 f.; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24. Januar 2002 – 1 L 277/01 –, GewA 2002, 201, 203.
300 Vgl. *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 44.
301 Vgl. *Kormann/Liegmann*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band I, S. 21 mit Hinweis auf BVerfGE 13, 97, 116.
302 So *Günther*, GewA 2012, 16, 20.
303 Vgl. *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Leitfaden Abgrenzung, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

während für Industriebetriebe die Produktion in hohen Stückzahlen für noch nicht genau bestimmbare Kunden eingestuft wird.[304] Es ist aber zu bedenken, dass in einigen typischen Handwerksberufen, wie beispielsweise dem Bäcker- oder dem Metzgerberuf, das Merkmal der individuellen, auftragsbezogenen Einzelfertigung so gut wie nie erfüllt sein kann, was den rein indiziellen Charakter verdeutlicht.[305] Den Kundenkreis deswegen von vorneherein gar nicht in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen,[306] schießt jedoch über das Ziel hinaus, denn bei anderen Berufen gehört die Fertigung gerade für einen vorher feststehenden bestimmten Kunden sehr wohl zu den charakteristischen Merkmalen eines für diesen Beruf spezifischen Handwerksbetriebes. Daher ist es überzeugender bei der Abwägung zu berücksichtigen, um welchen Beruf es sich handelt,[307] und den Indizien des Kundenkreises und der eng damit verbundenen Art der Fertigung ein diesem Beruf entsprechendes Gewicht zuzumessen.

2. Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 1 HwO und Handwerksähnlichkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 2 HwO

Wie festgestellt sind die Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 1 HwO und die Handwerksähnlichkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 2 HwO inhaltsgleich und wesensgleich zur Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO. Bis auf diejenigen Indizien, die Ausdruck der Prägung des Betriebes durch den qualifizierten Betriebsleiter sind, also vor allem die Möglichkeit der Einflussnahme des Betriebsleiters und die Überschaubarkeit des Betriebs, können die aufgeführten Indizien auch zu ihrer Konkretisierung herangezogen werden.[308] An die Handwerksmäßigkeit im Sinne des § 18 Abs. 2 S. 1 HwO sind also niedrigere Anforderungen zu stellen als an die Handwerksmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 HwO.

---

304 Vgl. *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 43.

305 Vgl. *Kormann/Liegmann*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band I, S. 23 f.; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 43.

306 So *Leisner*, in: Leisner (Hrsg.), BeckOK Handwerksordnung, § 1 Rn. 28 für den Kundenkreis.

307 So heißt es schon in BVerwGE 18, 226, 232 f.: „Immerhin wird die Frage, ob ein Gewerbebetrieb zum Bereich der Industrie oder des Handwerks zu rechnen ist, nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweils in Betracht kommenden Gewerbezweiges beantwortet werden können […].“

308 Vgl. *Detterbeck*, Handwerksordnung, § 18 Rn. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Zwischenergebnis

Das dynamische Verständnis des Handwerks hat seinen Ausdruck vor allem im unbestimmten Rechtsbegriff der Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit gefunden. Entsprechend den bisher tatsächlich vorgefundenen Lebenssachverhalten zeichnen die Indizien zu seiner Konkretisierung das Bild eines stereotypen, traditionellen Handwerksbetriebs und sind auf die Abgrenzung von stereotypen traditionellen Industriebetrieben zugeschnitten. Auch wenn alle Indizien als im Wandel befindlich gesehen werden, wird angenommen, dass zumindest ein Restverbleib an handwerkliche Fertigkeiten voraussetzender Handarbeit erforderlich ist.

C. Auswirkung des Einsatzes von Digitaltechnik auf die Einordnung eines Betriebs anhand von Beispielen

Die Digitalisierung bietet viele Einsatzmöglichkeiten für das Handwerk. Die Handwerksmäßigkeit eines Betriebs, der diese Möglichkeiten nutzt, ist anhand einer Gesamtbetrachtung mithilfe aller Indizien zu bestimmen. Die Verwendung von digitaltechnischen Arbeitsmitteln beeinflusst primär das Indiz des Ausmaßes des Einsatzes von Technik. Während die meisten Indizien sich auf die betriebliche Struktur beziehen, bezieht sich das Indiz des Ausmaßes an eingesetzter Technik auf die Ausübung von Tätigkeiten. Daher stellt sich für die Anwendung dieses Indizes die Frage, welche Tätigkeiten des Betriebs diesbezüglich berücksichtigt werden sollen. Nur bei handwerksfähigen Betrieben kommt die Einordnung als Handwerksbetrieb oder Betrieb eines handwerksähnlichen Gewerbes in Betracht. Bezugspunkt des handwerksmäßigen Betreibens ist in § 1 Abs. 2 S. 1 HwO der Gewerbebetrieb, dem Wortlaut des § 18 Abs. 2 S. 1 und S. 2 HwO nach hingegen das Gewerbe selbst. Jedenfalls ist aber immer ein Bezug zur Berufsausübung gegeben. Daher ist es naheliegend, für das Indiz des Ausmaßes an eingesetzter Technik allein die Ausübung berufsspezifischer Tätigkeiten zu betrachten. Die Digitalisierung der betrieblichen Verwaltungsvorgänge, Werbemaßnahmen etc. kann für die Einordnung hingegen keine Rolle spielen.

Im Folgenden soll die Auswirkung des verstärkten Einsatzes von Digitaltechnik auf die Einordnung eines Gewerbebetriebs als Handwerksbetriebs anhand von Beispielen nachvollzogen werden. Ausgewählt wurde der Einsatz von 3-D-Druck im Zahntechnikerhandwerk, weil dieser auch bereits heute häufig zur Anwendung kommt und mit dem Gesundheitshandwerk

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einen besonders gefahrgeneigten Bereich des zulassungspflichtigen Handwerks betrifft. Das Zusammenwachsen von Handwerk und Industrie wird deutlich anhand des Beispiels des 3-D-Drucks in der Orthopädietechnik, denn dieser Beruf wird anders als das Zahntechnikerhandwerk schon seit langem auch industriell ausgeübt. Der Einsatz von Robotern im Steinmetzenberuf zeigt, dass auch andere Erscheinungsformen der Digitaltechnik zu vergleichbaren Fragestellungen führen können. Die digitale Fotografie betrifft mit dem Fotografenberuf ein zulassungsfreies Gewerbe und ist als Untersuchungsgegenstand interessant, weil sie zum einen schon jetzt von nahezu allen Fotografen eingesetzt wird und zum anderen auch die Rechtsprechung sich bereits mit ihrer Einordnung als Handwerk befasst hat.[309]

I. 3-D-Druck in der Zahntechnik

Von den in § 2 Abs. 2 der Verordnung über das Meisterprüfungsberufsbild und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Zahntechniker-Handwerk[310] (Anlage A Nr. 37) aufgelisteten für die Meisterprüfung zu beherrschenden Fertigkeiten und Kenntnissen kommen von vorneherein nur Fertigkeiten für eine Ausübung in Handarbeit in Betracht. Die Kenntnisse bleiben der Natur der Sache nach für dieses Indiz außen vor. Zu den Fertigkeiten gehört etwa das Beherrschen von manuellen Be- und Verarbeitungsverfahren (Nr. 8 Var. 1), das Urformen und Umformen von Zahnersatz (Nr. 9), das Herstellen und Einarbeiten von Verbindungselementen (Nr. 10), das Herstellen, Instandsetzen und Ändern von Zahnersatz, Defektprothesen, Epithesen, therapeutischen Geräten, Schienen und Mundschutz sowie das Herstellen von Zahnrestaurationen (Nr. 12). Additive Fertigung kann einige dieser herstellenden Tätigkeiten übernehmen und wird auch jetzt schon in der Zahntechnik in wachsendem Ausmaß eingesetzt.[311] Insgesamt ist die Technologie aber noch nicht so ausgereift, dass alle bisher manuell ausgeführten Tätigkeiten

309 Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384 ff.

310 Verordnung über das Meisterprüfungsberufsbild und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Zahntechniker-Handwerk vom 8. Mai 2007 (BGBl. I 2007, S. 687), die durch Artikel 34 der Verordnung vom 17. November 2011 (BGBl. I 2011, S. 2234) geändert worden ist.

311 Vgl. *Caviezel/Grünwald/Ehrenberg-Silies et. al.*, Additive Fertigungsverfahren (3-D-Druck), S. 147.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

maschinell ausgeführt werden können.[312] Künftig kann es aber dazu kommen, dass der Schwerpunkt der Berufsausübung nicht mehr auf der Fertigung, sondern auf der computergestützten Konstruktion liegen wird.[313]

In einem schon jetzt hochmodernisierten Zahntechnikerbetrieb kann das hohe Maß an eingesetzter Technik im Fall des Einsatzes von 3-D-Druck zur Herstellung von Zahnersatz gegen die Handwerksmäßigkeit sprechen, während die übrigen Indizien häufig die Handwerksmäßigkeit implizieren. Die Einordnung hängt daher entscheidend davon ab, welchen Wert man diesem Indiz zumisst. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts führt auch der Einsatz von Technik nicht zwingend zum Ausschluss der Handwerksmäßigkeit, solange die Handarbeit nicht vollständig ersetzt wird.[314] Bei derzeitigem Stand der Technik führt also der Einsatz von 3-D-Druck bei der Herstellung von Zahnersatz nicht dazu, dass die Handwerksmäßigkeit eines Zahntechnikerbetriebs ausgeschlossen wäre.[315] Die anderen Indizien zum Feststellen der Handwerksmäßigkeit rücken somit bei der Gesamtbetrachtung im Einzelfall in den Vordergrund.

II. 3-D-Druck in der Orthopädietechnik

3-D-Druck findet auch in der Orthopädietechnik (Anlage A Nr. 35) Anwendung. 3-D-Scansysteme erzeugen ein digitales Modell, an dem digital mittels spezieller Software dann Prothesen, Orthesen und Einlagen konzipiert werden können. Mittels 3-D-Druck kann das gewünschte Produkt im Anschluss aus dem gewünschten Material hergestellt werden. Schließlich wird das Stützmaterial ausgewaschen und das Modell kann anprobiert werden.[316] Für die Meisterprüfung im Orthopädietechnikermeisterhand-

312 Vgl. *Eggert/Kordaß*, Morgen noch kräftig zubeißen – Zahnmedizin 4.0, in: Matusiewicz/Pittelkau/Elmer (Hrsg.), Die Digitale Transformation im Gesundheitswesen, S. 160, 161.

313 Vgl. *Eggert/Kordaß*, Morgen noch kräftig zubeißen – Zahnmedizin 4.0, in: Matusiewicz/Pittelkau/Elmer, Die Digitale Transformation im Gesundheitswesen, S. 160, 162.

314 So bereits BVerwGE 17, 230, 233.

315 Auch nach dem Leitfaden *DIHK/DHKT* (Hrsg.), Leitfaden Abgrenzung, S. 37, steht der Einsatz von CAD-/CAM-Systemen der Einstufung eines Zahntechnikerbetriebs als zulassungspflichtiges Handwerk nicht entgegen.

316 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Orthopädietechnik – ein Berufsbild im digitalen Wandel, S. 3, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werk gilt die Verordnung über das Berufsbild und über die Prüfungsanforderungen im praktischen und im fachtheoretischen Teil der Meisterprüfung für das Orthopädiemechaniker- und Bandagisten-Handwerk.[317] Die Verordnung differenziert in § 1 zwischen Tätigkeiten (Abs. 1), und Kenntnissen und Fertigkeiten (Abs. 2), die dem Orthopädiemechaniker- und Bandagisten-Handwerk zuzurechnen sind. Zu den in Abs. 1 aufgeführten Tätigkeiten zählt jeweils die Auswahl, Anmessung, Anfertigung und Anpassung, gegebenenfalls auch der Entwurf und die Konstruktion verschiedener aufgezählter Gegenstände, wie Prothesen, Rollstühle, Kompressionsmittel, Epithesen etc. Für die konzeptionellen Tätigkeiten, namentlich die Auswahl und den Entwurf, kommt von vorneherein keine relevante Handarbeit in Betracht. Von den in § 1 Abs. 2 Nr. 16 bis 30 aufgezählten Fertigkeiten hingegen können etwa das Be- und Verarbeiten von Stählen, NE-Metallen und Kunststoffen, Nr. 20, und weitere, von Maschinen wie 3-D-Druckern übernommen werden. Bei der Vielfalt an Tätigkeiten ist es allerdings unwahrscheinlich, dass in einem Betrieb bei derzeitigem Stand der Technik tatsächlich alle Tätigkeiten von Maschinen ausgeübt werden. Wird zumindest auch von Hand gearbeitet, so verbleibt auch Raum für die Handwerkmäßigkeit. Auch hier werden somit in der Gesamtschau vermehrt die anderen Indizien relevant. Werden individuelle Produkte gefertigt, spricht dies für die handwerksmäßige Betriebsweise.

Anders als für das Zahntechnikergewerbe, das aufgrund der nach der Natur der Sache erforderlichen individuellen Fertigung jedenfalls bis zur Digitalisierung nur handwerksmäßig ausgeübt werden konnte, wurde das Orthopädietechnikergewerbe allerdings schon vorher auch auf industrielle Weise ausgeübt. Beispielsweise das Herstellen von Stützstrümpfen in festen Größen für den anonymen Massenmarkt ist auch ohne den Einsatz von Digitaltechnik möglich und sprach schon immer für die industrielle Betriebsweise.[318] Auch in einem großen Betrieb mit hohem Grad der Arbeitsteilung kann 3-D-Druck eingesetzt werden zur Herstellung individueller Produkte. Während die Betriebsgröße, der hohe Grad der Arbeitsteilung und der umfangreiche Einsatz von Technik für das Vorliegen eines Industriebetriebs sprechen, spricht das Herstellen individueller Produkte dann für das Vorliegen eines Handwerksbetriebs. Die Möglichkeit der

317 BGBl. I 1994, S. 904. Die Änderung der Berufsbezeichnung in Anlage A zur Handwerksordnung zu „Orthopädietechniker" (Nr. 35) durch die Neufassung der Handwerksordnung vom 24. September 1998, BGBl. I 1998, S. 3074, 3102, wurde bisher nicht übernommen.

318 Vgl. etwa *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einflussname durch den Betriebsleiter ist im Einzelfall zu betrachten. Gerade beim Einsatz von moderner Technik, die eine qualifizierte Bedienung erfordert, werden sowohl fachlich qualifizierte als auch ungeschulte Mitarbeiter im selben Betrieb tätig sein. Eine Gesamtbetrachtung anhand der bisherigen Auslegungsgrundsätze kann in diesen Fällen oft nahezu unmöglich sein und es besteht die Gefahr der willkürlichen Einordnung.

III. Roboter als Steinmetzen

Aber nicht nur die additive Fertigung verändert Arbeitsprozesse im Handwerk. Roboter können etwa in Steinmetzbetrieben (Anlage A Nr. 8) auf Basis am Computer entworfener Rekonstruktionspläne das grobe Fräsen von Steinen übernehmen. Die anschließende Feinarbeit wird weiterhin von Hand ausgeübt.[319] Auch in diesem Beispiel wird die Handarbeit nicht vollständig ersetzt, sodass die handwerksmäßige Betriebsweise möglich ist und für den jeweiligen Betrieb mithilfe einer Gesamtschau auch der anderen Indizien festzustellen ist.

IV. Digitale Fotografie

Auch im Fotografenberuf (Anlage B1 Nr. 38) hat die Digitalisierung die Arbeitsvorgänge verändert. Zur Bildherstellung wurden früher photochemische Prozesse eingesetzt. Mittlerweile kommt dazu zumeist digitale Technik zum Einsatz, die darüber hinaus auch die Bildbearbeitung mittels spezieller Software ermöglicht.[320] Fotografie wird häufig auch als Kunst ausgeübt, sodass sich für den einzelnen Betrieb immer gleich zwei Einordnungsfragen stellen. Zunächst hat die Abgrenzung zwischen Kunst und Gewerbe zu erfolgen, bei Vorliegen eines Gewerbebetriebs im Anschluss zwischen handwerksmäßiger und nichthandwerksmäßiger Betriebsweise. Für die rechtliche Beurteilung sind die beiden Abgrenzungsfragen streng voneinander zu trennen. Zwar ist ein Gewerbebetrieb im Fotografenberuf schwerlich als Industriebetrieb denkbar. Nach der Systematik des § 18 Abs. 2 S. 1 HwO ist ein gewerblicher Fotograf dennoch nicht automatisch

319 Vgl. *Kompetenzzentrum Digitales Handwerk*, Praxisbeispiel Digitalisierung. Roboter als Lösung für mehr handwerkliche Feinarbeit.

320 Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384, 386.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Handwerker, sondern nur, wenn sein Betrieb auch handwerksmäßig betrieben wird. Wie dargestellt grenzt dieses Merkmal nicht nur von der industriellen, sondern von allen nichthandwerksmäßigen Betriebsweisen ab, sodass auch das nichthandwerksmäßige Betreiben des Fotografengewerbes grundsätzlich denkbar ist.

Die digitale Fotografie verlangt von dem Fotografen das Einstellen der Kamera und die digitale Bildbearbeitung. Maschinen müssen immer bedient werden, so dass es nicht überzeugend ist, diese Tätigkeiten als für die Handwerksmäßigkeit relevante Handfertigkeiten einzustufen.[321] Häufig bieten gewerbliche Fotografen neben der digitalen auch heute noch analoge, unter Einsatz von Handarbeit zu entwickelnde Fotografie an, sodass ein Restverbleib an Handarbeit gegeben ist. In diesen Fällen wird normalerweise die Handwerksmäßigkeit zu bejahen sein, weil die anderen Indizien in aller Regel vorliegen werden. Auch beim Einsatz von Digitaltechnik muss ein Fotograf „gemäß seinem Fachwissen die richtige Kamera, das richtige Objektiv bzw. die richtige, den Bildausschnitt bestimmende Brennweite, die geeigneten Lichtquellen (Freilicht, Kunstlicht, Blitzlicht oder vorhandenes Licht) und andere Parameter mehr auswählen und korrekt anwenden, um das vom Kunden gewünschte Ergebnis zu erzielen".[322] Damit verlagert sich der Schwerpunkt der Berufsausübung auf die erforderlichen Kenntnisse, wie es auch bei den anderen bisher untersuchten Beispielen der Fall war. Die Fertigkeiten weichen demgegenüber zurück. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass am Ende des Arbeitsvorgangs häufig gar nicht mehr eine physische Fotografie entsteht, sondern Kunden oft nur die digitale Datei wünschen. In diesen Fällen wird der Fertigungsvorgang infolge der Digitalisierung nicht nur verändert, sondern entfällt ganz. Unabhängig davon fehlt es jedenfalls an einem relevanten Einsatz von Handarbeit, wenn gewerbliche Fotografen ausschließlich digitale Fotografie ausüben. Die Technik ersetzt in diesen Fällen die Handarbeit vollkommen und unterstützt sie nicht nur. Bei strenger Anwendung der bisherigen Auslegungsgrundsätze kann die Handwerksmäßigkeit dann nicht mehr bejaht werden.

In einer Entscheidung zur digitalen Fotografie verfolgte das OVG Hamburg einen anderen Ansatz. Diskutiert wird hier zum einen, ob die grundsätzliche Einordnung der Fotografie als handwerksfähiger Beruf sachge-

321 So aber wohl OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384, 386.

322 OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384, 388.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

recht ist, und zum anderen, ob im konkreten Fall die Tätigkeiten als Gewerbe oder als Kunst ausgeübt werden. Obwohl der Kläger vorgetragen hatte, die „Voraussetzungen für eine Einstufung als handwerklich tätiger Fotograf, als nicht handwerklich tätiger Fotograf und als Freiberufler" seien „nicht in hinreichendem Maße konkretisierbar"[323] und somit Bezug auf alle drei Möglichkeiten der Ausübung des Fotografenberufs genommen worden ist, wird nicht zwischen den beiden Abgrenzungsfragen differenziert, sondern unmittelbar die Abgrenzung zwischen Kunst und Handwerk diskutiert. Konkret zur Handwerksmäßigkeit und der diesbezüglich entscheidenden Rolle des Indizes des Einsatzes von Technik wird aber nicht Stellung genommen.

Die Auswirkungen der Digitalisierung auf den Fotografenberuf werden in der Entscheidung im Kontext der Frage angesprochen, ob die grundsätzliche Einordnung des Fotografenberufs als handwerksfähiges Gewerbe sachgerecht ist. Diesbezüglich wird auf den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers verwiesen und angeführt, dass die Zweckrichtung der Tätigkeiten bei analoger wie digitaler Fotografie stets die „Herstellung eines Bildes nach den Vorstellungen der Kunden"[324] und somit dieselbe sei. Dies spielt jedoch für die Aufzählung eines Berufs in den Anlagen A oder B zur Handwerksordnung keine Rolle. Wie schon die Titel dieser Anlagen zeigen, handelt es sich dabei um Gewerbe, die als Handwerk oder handwerksähnliches Gewerbe betrieben werden können, und nicht um Gewerbe, die als solche betrieben werden müssen. Die Aufzählung in den Anlagen zur Handwerksordnung bedeutet auch nicht, dass ein „Gewerbe im Regelfall als Handwerk einzuordnen ist",[325] sondern allein, dass im Einzelfall die Option der Einordnung eines Betriebs als Handwerksbetrieb besteht. Während mit der Aufzählung in den Anlagen zur Handwerksordnung die grundsätzliche Möglichkeit, diese Berufe als Handwerk zu betreiben, ausgedrückt wird, hat die Handwerksmäßigkeit die Einordnung des handwerksfähigen Betriebs als Handwerksbetrieb im Einzelfall im Blick. Erst wenn die Digitalisierung oder sonstige Einflüsse das Berufsbild so weit verändert haben, dass eine handwerksmäßige Ausübung für den ganzen Berufszweig nicht mehr vorkommt, wäre das Fortbestehen der Einord-

323 Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384, 386.

324 OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384, 386.

325 OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, GewA 2018, 384, 386.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nung des Berufs als handwerksfähig nicht mehr sachgerecht. Dies wäre dann aber auch unschädlich, denn dann bliebe die Handwerksordnung einfach mangels Handwerksmäßigkeit für alle Betriebe dieses Gewerbes unanwendbar.

Sehr wohl kann der Wandel der Technik aber dazu führen, dass der handwerksfähige Beruf nicht mehr in jedem Betrieb handwerksmäßig ausgeübt wird. Für manche Berufe hat sich dieser Wandel schon vor Jahrzehnten in den Anfängen der Industrialisierung vollzogen, für andere Berufe, wie auch den Fotografenberuf, eben erst durch die Digitalisierung.

V. Fazit

Der Einsatz vielfältiger neuer, auf Digitaltechnik basierender Fertigungsmethoden führt zu einer Verlagerung des Schwerpunkts bei der Ausübung von Handwerksberufen weg von den handwerklichen Fertigkeiten hin zu den handwerklichen Kenntnissen. Das Indiz des Ausmaßes an eingesetzter Technik knüpft gerade an manuelle Fertigkeiten an und kann daher in vielen Fällen gegen die Handwerksmäßigkeit sprechen. Bei jetzigem Stand der Technik ist allerdings häufig für individuelle Anpassungen oder Tätigkeiten, die besondere Genauigkeit erfordern, immer noch Handarbeit erforderlich. Damit ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts durchaus noch Raum für die Handwerksmäßigkeit. Bei Beibehaltung der gängigen Abgrenzungsparameter kommt es dann verstärkt auf die anderen Indizien an. Solange die Handarbeit nicht vollständig ersetzt wird, wird die Handwerksmäßigkeit auch beim Einsatz von Digitaltechnik daher in vielen Fällen zu bejahen sein.

D. Perspektivische Weiterentwicklung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit

Die Digitaltechnik entwickelt sich rasant weiter. Dadurch werden sich die Anwendungsmöglichkeiten im Handwerk erweitern und gleichzeitig der Einsatz für die Betriebe kostengünstiger werden. So könnten künftig auch derzeit noch manuell ausgeübte Tätigkeiten maschinell durchgeführt werden. Nach den bisherigen Abgrenzungsparametern ist eine Bejahung der Handwerksmäßigkeit ohne einen verbleibenden Anteil an Handarbeit dann nicht mehr möglich. Ob die Zuordnung zur Industrie möglicherweise ebenso fern liegt, ist dabei irrelevant. Denn wenn die speziellere Handwerksordnung mangels Vorliegens der Handwerksmäßigkeit keine

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anwendung findet, ist automatisch die generellere Gewerbeordnung anzuwenden. Aufgrund dieses Spezialitätsverhältnisses zwischen Handwerks- und Gewerbeordnung werden innovative, mit moderner Technik arbeitende und die Möglichkeiten der Digitalisierung nutzende Gewerbebetriebe auch in handwerksfähigen Berufen, die traditionell in der Regel handwerksmäßig ausgeübt worden sind, vermehrt als nichthandwerksmäßige Betriebe einzuordnen sein. Langfristig könnten dadurch möglicherweise einige traditionelle Handwerksgewerke im sonstigen Gewerbe aufgehen. Als Konsequenz dieser Entwicklung ist ein Sinken des Anteils des Handwerks an der Gesamtwirtschaft, der Mitgliederzahlen der Handwerkskammern und damit auch der Bedeutung der Handwerkskammern denkbar.[326] Das ist nicht von vorneherein als negativ zu werten. Denn wenn in einem Betrieb ein Beruf auf nichthandwerksmäßige Weise ausgeübt wird, so setzt dafür möglicherweise auch die Gewerbeordnung den passenderen Rechtsrahmen und ist die Industrie- und Handelskammer die sachlich nähere Kammer.[327] Voraussetzung für die Adäquanz dieser Zuordnung ist allerdings, dass auch die Indizien, anhand derer die Handwerksmäßigkeit im Einzelfall bemessen wird, sachgerecht sind.

I. Adäquanz der gängigen Auslegung der Handwerksmäßigkeit

Die Indizien zur Konkretisierung der Handwerksmäßigkeit sind auf die Abgrenzung eines traditionellen Handwerksbetriebs vom traditionellen Industriebetrieb zugeschnitten. Daher gilt es zu untersuchen, ob die bisher gängigen Indizien auch bei durch die Digitalisierung geänderten Lebenssachverhalten noch zur sachgerechten Differenzierung zwischen Handwerk und nichthandwerksmäßiger bzw. nichthandwerksähnlicher Ausübung handwerksfähiger Tätigkeiten im stehenden Gewerbe führen.

1. Impulse geänderter Lebenssachverhalte

Zunächst ergeben sich Bedenken hinsichtlich der Adäquanz der Indizien auch für sich digitalisierungsbedingt verändernde Lebenssachverhalte.

326 Vgl. dazu schon *Schwarz*, GewA 1993, 353 ff.

327 Auch *Degenhart*, DVBl 1996, 551, 553 betont, dass die Kammerzugehörigkeit „von der Handwerkszugehörigkeit her zu bestimmen“ ist, „nicht umgekehrt“.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Annäherung der Produktionsweisen in Handwerk und Industrie

Mit der Relativierung des Abgrenzungsindizes des Ausmaßes an eingesetzter Technik passt die Rechtsprechung die Auslegung der Handwerksmäßigkeit im Sinne des dynamischen Handwerksbegriffes an die tatsächlichen Entwicklungen des Handwerks an. Nicht berücksichtigen kann die Auslegung der Handwerksmäßigkeit hingegen die Entwicklungen im nichthandwerklichen Produktionssektor. Aber gerade auch in der Industrie hat sich die Art und Weise der Fertigung weiterentwickelt und gravierend verändert. Die Möglichkeiten digitaler Technik werden auch hier eingesetzt. Märkte, Wertschöpfungsstrukturen und Geschäftsmodelle befinden sich dadurch im Wandel von gigantischem Ausmaß.[328] Wegen ihrer herausragenden Bedeutung für die Industrie wird die Digitalisierung, nach den industriellen Revolutionen durch die Erfindung von Dampfmaschine, arbeitsteiliger Massenproduktion mithilfe von Elektrizität und schließlich durch Automatisierung und Rationalisierung durch Elektronik und Informationstechnologie, sogar als vierte industrielle Revolution[329] bezeichnet.[330] Zu den Merkmalen der Digitalisierung der Industrie zählen insbesondere die Individualisierung von Produkten sowie die Integration von Kunden und Geschäftspartnern in die Prozesse.[331] Damit sind Indizi-

328 Vgl. *Hess,* „Digitalisierung“, Stand vom 27. Februar 2019 um 14:42 Uhr, verfügbar unter https://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/wi-enzyklopaedie/lexikon/technologien-methoden/Informatik--Grundlagen/digitalisierung/, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020, in: Gronau et. al. (Hrsg.), Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik – Online-Lexikon.

329 Eingeführt wurde der Begriff im Umfeld der Hannover Messe 2013, vgl. *Dais*, Industrie 4.0 – Anstoß, Vision, Vorgehen, in: Vogel-Heuser/Hompel (Hrsg.): Handbuch Industrie 4.0, Band 4, S. 259. Unter Leitung des Bundesministers für Wirtschaft und Energie Peter Altmaier und der Bundesministerin für Bildung und Forschung Anja Karliczek arbeiten Vertreter von Unternehmen, Verbänden, Gewerkschaften und Wissenschaft an einem Projekt „Plattform Industrie 4.0“. Ziel ist es, durch Handlungsempfehlungen und Hilfe bei der Umsetzung die digitale Transformation der deutschen Industrieunternehmen zu fördern. Vgl. https://www.plattform-i40.de/PI40/Navigation/DE/Home/home.html, zuletzt abgerufen am 05. Oktober 2020.

330 Vgl. dazu ausführlich *Bauernhansl*, Die Vierte Industrielle Revolution – Der Weg in ein wertschaffendes Produktionsparadigma, in: Vogel-Heuser/Hompel (Hrsg.): Handbuch Industrie 4.0, Band 4, S. 1 ff. Einen Gesamtüberblick über die Industrie 4.0 gibt *Frenz* (Hrsg.), Handbuch Industrie 4.0: Recht, Technik, Gesellschaft.

331 Vgl. *Bendel*, „Industrie 4.0“, verfügbar unter https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/industrie-40-54032/version-368841, Version vom 07. Januar 2019

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

en angesprochen, die nach den gängigen Abgrenzungsgrundsätzen gerade gegen die Einordnung als Industrie sprechen würden. Ebenso wie die Möglichkeiten der Digitaltechnik im Handwerk zum Wandel der Arbeitsweise führen, führen sie also auch in der Industrie zum Wandel. Es findet eine Annährung statt.[332] Die Digitaltechnik ermöglicht die synthetische Vereinigung der Vorteile beider traditionellen, sich einst antithetisch gegenüberstehenden Betriebsweisen. Die auf die Abgrenzung zwischen traditionellem Handwerks- und traditionellem Industriebetrieb zugeschnittenen Indizien müssen angesichts dieser Entwicklungen irgendwann versagen.

b) Erhöhte Abgrenzungsschwierigkeiten auch bei nichtproduzierenden Betrieben

In der Vergangenheit hat sich vor allem die Abgrenzung des produzierenden Handwerks zur Industrie als problematisch erwiesen. Die in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelten Indizien zum Feststellen der Handwerksmäßigkeit sind daher gerade auf die Abgrenzung bei der Ausübung von produzierenden Berufen zugeschnitten. Allerdings umfasst der Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 HwO neben der industriellen Betriebsweise auch andere nichthandwerksmäßige Betriebsweisen. Das schließt nicht nur andere, neben der industriellen und handwerksmäßigen denkbare, nichthandwerksmäßige Betriebsweisen von produzierenden Berufen ein, sondern auch das nichthandwerksmäßige Betreiben von nicht auf die Produktion gerichteten Berufen. Bereits in einer der ersten Entscheidungen zur Einordnung eines Betriebs in den Anwendungsbereich der Handwerks- oder der Gewerbeordnung ging es nicht um einen herstellenden Betrieb, sondern um eine Express-Schuhbar, in der Reparaturtätigkeiten angeboten worden sind.[333] Dabei wurde die Handwerksbetriebseigenschaft der Schuhbar vor allem deswegen verneint, weil nur einfache Reparaturarbeiten ausgeübt worden sind.[334] Wie bereits dargestellt, erfolgt die Abgrenzung vom Minderhandwerk mittlerweile anhand des Merkmals der

---

um 17:27 Uhr, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020 in: Gabler Wirtschaftslexikon.

332 *Günther* spricht von „fließenden Grenzen“ und einem Verwischen der Grenzen, GewA 2012, 16, 16 und 17.

333 BVerwGE 17, 230 ff.

334 Vgl. BVerwGE 17, 230, 234 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wesentlichkeit in § 1 Abs. 2 S. 1 HwO. Innovationen der Digitaltechnik können aber vermehrt auch in Berufen, die nicht auf die Produktion von Gütern gerichtet sind, solche Tätigkeiten, die für die Handwerksfähigkeit eines Betriebs ausschlaggebend sind, übernehmen oder – wie im Fotografenberuf das Entwickeln der Fotografien – überflüssig machen. Es ist davon auszugehen, dass künftig noch weitere Innovationen die Arbeitsweise auch in Betrieben, in denen nichtproduzierende Handwerksberufe ausgeübt werden, nachhaltig verändern werden.

c) Zwischenergebnis

Die gängigen Abgrenzungsindizien vermögen es also angesichts sich verändernder Lebenssachverhalte nicht mehr, eine sachgerechte Abgrenzung zwischen Handwerks- und Industriebetrieben, die moderne Technologien einsetzen, vorzunehmen. Auf die an praktischer Relevanz gewinnende Abgrenzungsproblematik bei nicht produzierenden Berufen sind sie von vorneherein nicht zugeschnitten.

2. Gleichheitsrechtliche Bedenken gegen das Beibehalten der gängigen Auslegungsgrundsätze

Bei Anwendung der gängigen Auslegungsgrundsätze führt das Ersetzen eines letzten Elements der Handarbeit durch Digitaltechnik in einem Handwerksbetrieb dazu, dass die Handwerksmäßigkeit nicht mehr bejaht werden kann und die Handwerksordnung für diesen nicht mehr zur Anwendung kommt. Geringfügige tatsächliche Unterschiede haben also gravierende rechtliche Folgen. Daraus ergeben sich Bedenken am Beibehalten dieser Auslegungsgrundsätze mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG.

Nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sind vergleichbare Sachverhalte nicht ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund ungleich zu behandeln. Dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 GG nach gilt dieser Grundsatz zwar nur „vor dem Gesetz", also für die Exekutive oder Judikative. Aus Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich aber, dass an ihn auch die Legislative gebunden ist und zur Rechtsetzungsgleichheit aufgerufen ist.[335] Der Schutzbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes des

335 Vgl. *Boysen*, in: von Münch (Begr.)/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Rn. 34 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 3 Abs. 1 GG erfasst natürliche Personen sowie gem. Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen des Privatrechts, denn das Grundrecht ist seinem Wesen nach auch auf diese anwendbar.[336] Die Grundrechtsträgerschaft kann wegen des Vorrangs der Verfassung nicht nur den juristischen Personen im Sinne des Zivilrechts zukommen, sondern umfasst sämtliche Vereinigungen, die die Fähigkeit zur einheitlichen Willensbildung sowie eine organisatorische Verfestigung aufweisen. Art. 3 Abs. 1 GG schützt somit sämtliche Inhaber von Handwerksbetrieben, unabhängig davon, ob es sich um natürliche Personen, juristische Personen des Privatrechts oder Personengesellschaften im Sinne des § 1 Abs. 1 HwO handelt, es sei denn sie werden vom Staat beherrscht[337] oder es handelt sich um sogenannte Regiebetriebe[338] im Sinne des § 2 Nr. 1 HwO.

a) Ungleichbehandlung der handwerksmäßigen mit der nichthandwerksmäßigen Ausübung eines stehenden handwerksfähigen Gewerbes der Anlage A zur HwO

Eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs liegt vor, wenn vergleichbare Sachverhalte im gleichen Verantwortungsbereich unterschiedlich behandelt werden und für die Betroffenen von Nachteil sind.[339] Handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich im stehenden Gewerbe ausgeübte Betriebe eines Gewerbes, das in den Anlagen zur HwO aufgezählt ist, unterfallen dem Regelungsregime der Handwerksordnung, nichthandwerksmäßig bzw. nichthandwerksähnlich im stehenden Gewerbe ausgeübte Betriebe derselben Berufe unterfallen dem Regelungsregime der Gewerbeordnung. Beide lassen sich unter den gemeinsamen Oberbegriff „stehender Gewerbebetrieb eines Handwerksberufs“ fassen. Auswirkungen hat dies unter anderem auf die Zuordnung zur Handwerks- oder zur Industrie- und Handelskammer, auf die jeweils einschlägigen Ausbildungsmodalitäten und für Berufe der Anlage A insbesondere auch auf die Voraussetzungen des Berufszugangs, die bei der handwerksmäßigen Betriebsweise ungleich höher sind durch das Erfordernis, einen ausreichend qualifizierten Betriebsleiter vorzuweisen. Die Gesetzgebungskompetenz für Handwerk und sonstiges Gewerbe, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Klammerzusatz Nr. 4 und Nr. 5 GG,

336 Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Rn. 7.
337 Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Rn. 24 f.
338 Vgl. *Heck*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 2 Rn. 3.
339 Vgl. *Jarass*, in Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Rn. 10 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommt wegen des Bedürfnisses der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet nach Art. 72 Abs. 2 GG für beide Betriebsarten dem Bundesgesetzgeber zu, sodass die Regelung beider Sachverhalte im selben Verantwortungsbereich liegt.

Zumindest die erhöhten Berufszugangsvoraussetzungen für Gewerbetreibende, die einen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe betreiben, sind eine Benachteiligung, denn mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG schränken sie auch ein rechtlich geschütztes Interesse[340] der Betroffenen ein. Zwar stehen der Pflicht zur Qualifikation auch Nutzeneffekte gegenüber.[341] Diese können aber jedenfalls nicht als gleichwertige[342] Kompensation[343] eingestuft werden. Darüber hinaus kann die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer gegenüber der Industrie- und Handelskammer gegebenenfalls mit höheren Mitgliedsbeiträgen verbunden sein. Die Anwendung der Handwerksordnung auf handwerksmäßig und handwerksähnlich betriebene, stehende, handwerksfähige Gewerbebetriebe stellt also eine gegenüber der rechtlichen Behandlung nichthandwerksmäßig bzw. nichthandwerksähnlich betriebener, stehender, handwerksfähiger Gewerbebetriebe gleichheitsrechtlich relevante Ungleichbehandlung dar.

b) Prüfungsmaßstab der Rechtfertigung

Ungleichbehandlungen können durch einen hinreichend gewichtigen Grund gerechtfertigt sein.[344] Dieser Unterscheidungsgrund muss nicht ausdrücklich formuliert werden, aber objektiv bestehen.[345] Bei der Gesetzgebung hat der Gesetzgeber bei der Auswahl der Sachverhalte, an die er dieselben Rechtsfolgen anknüpft, allerdings „sachlich vertretbar" und nicht sachfremd zu verfahren.[346] Die historisch gewachsene Unterscheidung kann zumindest auf Dauer keinen legitimen Differenzierungs-

340 Zu dessen Relevanz BVerfGE 132, 195 Rn. 95.
341 Vgl. *Burgi*, WiVerw 2016, 181, 190 f.
342 Vgl. BVerfGE 74, 9, 25.
343 Zu deren Berücksichtigung vgl. BVerfGE 23, 327, 343; BVerfGE 63, 119, 128; BVerfGE 96, 1, 8.
344 Vgl. zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz *Britz*, NJW 2014, 346 ff.
345 Vgl. BVerfGE 51, 1, 26 f.; BVerfGE 83, 82, 84; BVerfGE 86, 59, 63; BVerfGE 133, 1 Rn. 46.
346 Vgl. BVerfGE 90, 125, 196; BVerfGE 103, 225, 235.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grund darstellen.[347] Damit eine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte gerechtfertigt ist, müssen die Sachgründe „dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen" sein.[348] Zugrunde zu legen ist nach neuerer Rechtsprechung ein stufenloser Maßstab.[349] Dabei ergeben sich „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen".[350]

Die Prüfungsintensität ist bei personenbezogenen Differenzierungen, wie etwa bei Annäherung an die in Art. 3 Abs. 3 GG ausdrücklich genannten Ungleichbehandlungen, höher als bei sachbezogenen.[351] Steht der Eingriff in den allgemeinen Gleichheitssatz im Kontext einer gleichzeitigen Beeinträchtigung eines Freiheitsrechts, ist ebenfalls ein dementsprechend höherer Maßstab anzulegen.[352] Die Handwerksmäßigkeit als Unterscheidungsmerkmal knüpft an die Betriebsweise an und ist somit sachbezogen. Geht es um Berufe der Anlage A, so ist die Unterscheidung aber auch mit einem Eingriff in das Freiheitsgrundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verbunden. Dabei wurde in neuerer Rechtsprechung offengelassen, ob es sich bei der Zulassungspflicht trotz der Einführung des Betriebsleiterprinzips weiterhin um eine subjektive Berufswahlregelung oder nunmehr um eine Berufsausübungsregelung handelt, aber festgestellt, dass jedenfalls die Eingriffsintensität einer subjektiven Berufswahlregelung entspreche.[353] Insgesamt ist also ein mittlerer Prüfungsmaßstab anzulegen.

c) Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bei gängiger Auslegung der Handwerksmäßigkeit

Damit die Ungleichbehandlung von handwerksmäßig und nichthandwerksmäßig betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieben gerechtfertigt ist, muss mit der Differenzierung ein legitimes Ziel verfolgt werden.

---

347 Vgl. BVerfGE 62, 256, 279.
348 Vgl. BVerfGE 129, 49, 68; BVerfGE 133, 1 Rn. 44.
349 Vgl. BVerfGE 133 Rn. 45; BVerfGE 137, 1 Rn. 47; BVerfGE 138, 136 Rn. 121; BVerfGE 139, 285 Rn. 70.
350 BVerfGE 130, 52, 66.
351 Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Rn. 24 ff. m.w.N.
352 Vgl. für Eingriffe in die Berufsfreiheit BVerfGE 79, 212, 218; BVerfGE 98, 365, 385; BVerfGE 107, 133, 141.
353 Vgl. BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 8/10 –, Juris-Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In seiner Entscheidung vom 17. Juli 1961 stellte das Bundesverfassungsgericht zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Handwerk und Industrie allein auf deren strukturelle Unterschiede ab: „Handwerksbetriebe sind im Unterschied zu Industrieunternehmen überwiegend Kleinbetriebe. Typisch für sie ist die persönliche handwerkliche Mitarbeit des Betriebsinhabers; seine fachliche Qualifikation entscheidet über den Wert der handwerklichen Leistung. Im Gegensatz dazu arbeitet der Inhaber eines industriellen Unternehmens im Allgemeinen nicht an der Herstellung unmittelbar mit, sondern beschränkt sich auf die kaufmännische oder technische Leitung. Dieser strukturelle Unterschied läßt es als gerechtfertigt erscheinen, nur die selbstständige Ausübung eines Handwerks von dem Nachweis persönlicher Fertigkeiten und Kenntnisse abhängig zu machen."[354]

Wie gezeigt sind diese strukturellen Unterschiede mit dem Fortschreiten der Digitalisierung aber im Auflösen begriffen. Während das Bundesverwaltungsgericht 1963 noch formulierte: „Ein solcher Gewerbebetrieb, in dem die Handarbeit in ihrer Bedeutung so stark hinter dem Einsatz technischer Betriebsmittel zurücktritt, entspricht nicht dem Bilde des Handwerksbetriebes, von dem die Berufsregelung der Handwerksordnung ausgeht […]",[355] können mittlerweile Betriebe auch bei erheblichem und sogar ausschließlichem Einsatz von Technik strukturell einem traditionellen Handwerksbetrieb entsprechen. Auch wenn derzeit ein gänzliches Zusammenwachsen von Handwerk und Industrie noch nicht festgestellt werden kann, so gibt es auch jetzt schon Betriebe, deren Betriebsweise infolge des Einsatzes von Digitaltechnik weder dem stereotypen Handwerks- noch dem stereotypen Industriebetrieb nahekommt. Mit der beschriebenen digitalisierungsgetriebenen Annäherung der Strukturen gerät diese Basis somit ins Wanken.

Gleichzeitig ist aber schon zweifelhaft, ob strukturelle Unterschiede auch heute überhaupt noch relevant sein können für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Zur Rechtfertigung reicht es nämlich nicht, dass irgendwelche Unterschiede vorhanden sind, sondern sie müssen dazu geeignet sein, das Differenzierungsziel abzubilden.[356] In der Begründung der zitierten Entscheidung geht das Bundesverfassungsgericht noch davon aus, dass die Berufszulassungsregeln der Handwerksordnung – damals er-

354 BVerfGE 13, 97, 123.
355 BVerwGE 17, 230, 235.
356 Vgl. *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 1 Rn. 392 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fasste die Handwerksordnung allein das zulassungspflichtige Handwerk – „auf der Grundanschauung [beruhen], an der Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks und an der Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft bestünden so wichtige Interessen der Gemeinschaft, daß der Zugang zur selbstständigen Ausübung eines handwerklichen Berufs nicht jedem freistehen könne."[357] Ausdrücklich wird betont, dass es dem Gesetzgeber gerade nicht darauf angekommen sei, „Gefahren für die Gesamtheit oder die Einzelnen aus einer unsachgemäßen Berufsausübung abzuwenden, die bei zahlreichen Handwerkszweigen drohen, etwa beim Bauhandwerk oder den Gruppen der Kraftfahrzeugmechaniker und Elektroinstallateure. Maßgebend war vielmehr das Interesse an der Erhaltung und Förderung eines gesunden, leistungsfähigen Handwerksstandes als Ganzen."[358] Als Zweck der Zulassungspflicht wurde also vor allem die Sicherung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks hervorgehoben. Zur Förderung dieses Differenzierungsziels waren die damals geschaffenen Indizien zur Bestimmung der Handwerksmäßigkeit auch optimal geeignet, zeichnen sie doch gerade das Bild des stereotypen Handwerksbetriebs. Zur Verfolgung des auch heute für alle Betriebe eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes geltenden Ziels der gemeinsamen Betreuung aller Handwerksbetriebe in den Handwerkskammern genügt ebenfalls der Hinweis auf die besondere Struktur von Handwerksbetrieben, denn er ist geeignet, einen zusammengehörigen, vom sonstigen Gewerbe abgrenzbaren Teil der Wirtschaft zu kennzeichnen.

Speziell für Betriebe des zulassungspflichtigen Handwerks hat der Gesetzgeber in der Handwerksrechtsnovelle 2004 allerdings ausdrücklich den Fokus der speziell mit der Zulassungspflicht verfolgten Ziele geändert[359] und diese Richtungsänderung in der Handwerksrechtsnovelle 2020 bestätigt und erweitert.[360] Statt der Sicherung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks bezweckt das Erfordernis des Nachweises der persönlichen Qualifikation eines Betriebsleiters nunmehr in erster Linie die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben, aber auch die Sicherung der Ausbildungsleistung des Handwerks.[361] Es kann auch dem ma-

357 BVerfGE 13, 97, 107.
358 BVerfGE 13, 97, 110.
359 Vgl. etwa *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 353, 353 f.
360 Vgl. *Sallaberger*, GewA 2020, 203, 204.
361 Vgl. etwa *Schreiner,* in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 21; *Detterbeck,* Handwerksordnung, § 1 Rn. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

teriellen und immateriellen Kulturgüterschutz dienen.[362] Die Handwerksmäßigkeit ist bei der gewerblichen Ausübung wesentlicher Tätigkeiten eines Berufs der Anlage A das entscheidende Abgrenzungsmoment dafür, ob die Zulassungspflicht gilt oder nicht. Im Umkehrschluss muss das handwerksmäßige Betreiben als Differenzierungskriterium dazu geeignet sein, gerade diese mit der Zulassungspflicht verfolgten Ziele abzubilden. Die Zulassungspflicht gerade für handwerksmäßig betriebene Betriebe muss also zwecktauglich[363] sein.

Indem der Gesetzgeber zur Abwehr von Gefahren bestimmte Berufe in die Anlage A aufgenommen hat, hat er festgelegt, dass die Ausübung wesentlicher Tätigkeiten dieser Berufe gefahrgeneigt ist. Trotzdem sollen nur handwerksmäßig betriebene Gewerbebetriebe, die solche Tätigkeiten ausüben, eintragungspflichtig sein. Im Umkehrschluss kann also davon ausgegangen werden, dass bei der handwerksmäßigen Betriebsweise dieser Berufe ein höheres Gefahrenrealisierungspotential besteht als bei der nichthandwerksmäßigen Betriebsweise, dem mit der Zulassungspflicht beigekommen werden soll.

Die bisherige Auslegung der Handwerksmäßigkeit berücksichtigt in einer Gesamtschau im Einzelfall die Indizien nur geringen Einsatzes von Technik, geringen Grads der Arbeitsteilung, fachlicher Qualifikation der Mitarbeiter, Möglichkeit der Einflussnahme des Betriebsleiters, Betriebsgröße sowie Art der Fertigung und des Kundenkreises. Die hohe fachliche Qualifikation der Mitarbeiter und die Einflussnahmemöglichkeit eines entsprechend den Anforderungen der Handwerksordnung fachlich qualifizierten Betriebsleiters auf die Tätigkeiten im Betrieb sprechen eher gegen ein erhöhtes Gefahrenrealisierungspotential bei handwerksmäßiger Betriebsweise. Sie deuten darauf hin, dass die Mitarbeiter gewissermaßen „wissen was sie tun". Ob für einen feststehenden oder einen anonymen Kundenkreis gefertigt wird, ist hinsichtlich der bestehenden Gefahren ebenso irrelevant wie die gefertigte Stückzahl. Das gleiche gilt für die Betriebsgröße. In quantitativer Hinsicht können aus größeren Betrieben sogar tendenziell häufiger Gefahren erwachsen als aus kleineren. Als einziges im Hinblick auf das Gefahrenrealisierungspotential möglicherweise relevantes Indiz bleibt also das geringe Maß an eingesetzter Technik.

Handwerkliche Handarbeit beinhaltet bei jeder einzelnen ausgeübten Tätigkeit die Möglichkeit, dass Fehler entstehen. Bei der klassischen Fließ-

362 Vgl. *Sallaberger*, GewA 2020, 203, 204.

363 Zum Begriff vgl. *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 1 Rn. 258.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bandproduktion hingegen gibt es dieses Fehlerpotential jeder einzelnen Tätigkeit gerade nicht, denn die einmal eingestellten Maschinen können keine Abweichungen in den Bewegungsabläufen vornehmen. Selbst wenn die Fließbandarbeit in Handarbeit ausgeführt wird, besteht kein erhöhtes Gefahrenrealisierungspotential, denn es werden zu ihrer Ausübung keine besonderen Kenntnisse oder Fertigkeiten benötigt. Handwerkliche Handarbeit weist demgegenüber tatsächlich ein erhöhtes Gefahrenrealisierungspotential auf. Werden Maschinen als die Handfertigkeit unterstützend eingesetzt, so ist dieses Fehlerpotential jeder einzelnen Tätigkeit weiterhin gegeben. Insofern kann die bisherige Differenzierung auch angesichts des Zwecks der Gefahrenabwehr überzeugen.

Die Digitaltechnik ermöglicht allerdings gerade auch das maschinelle Durchführen einzigartig konstruierter Prozesse. Die abzuwehrenden Gefahren wohnen jedem einzelnen individuell gestalteten Arbeitsvorgang inne. Die beschriebene digitalisierungsgetriebene Verlagerung des Schwerpunkts der Berufsausübung weg von den handwerklichen Fertigkeiten hin zu den handwerklichen Kenntnissen vermag daran nichts zu ändern, denn die Fehleranfälligkeit bei der Anwendung von Kenntnissen dürfte derjenigen bei der Anwendung von Fertigkeiten vergleichbar sein. Auch beim Einsatz moderner Technik in einem Betrieb kann daher ein vergleichbares Gefahrenrealisierungspotential wie bei handwerklicher Handarbeit bestehen. Obwohl also das Ausmaß des Einsatzes von Technik für das Gefahrenrealisierungspotential bei derzeitigem Stand der Technik heute häufig nicht mehr aussagekräftig ist, kann bei Anwendung der gängigen Auslegungsgrundsätze die Handwerksmäßigkeit nur bei einem Restverbleib an Handarbeit bejaht werden, nicht allerdings bei ihrem vollständigen Ersetzen durch Maschinenarbeit. Diese Grenze erscheint angesichts des vergleichbaren Gefahrenrealisierungspotentials willkürlich. Die Handwerksmäßigkeit anhand bisheriger Auslegungsgrundsätze ist also nicht geeignet, das Ziel der Gefahrenabwehr sachgerecht abzubilden.

Auch für die Ausbildungsleistung eines Betriebes spielt dieses Indiz keine Rolle. Für den Erhalt materieller Kulturgüter kommt es nur auf die fachgerechte Ausübung beispielsweise von Restaurationen an, nicht darauf, ob diese von Hand oder mithilfe von Maschinen ausgeübt werden.

Allein für das Ziel des Erhalts immaterieller Kulturgüter im Sinne eines Wissenstransfers können die Handfertigkeiten selbst das Kulturgut darstellen. Dieses erst im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2020 ausdrücklich genannte Ziel betrifft allerdings nur zwei Berufe, nämlich Orgel- und Harmoniumbauer sowie Drechsler (Elfenbeinschnitzer) und Holzspielzeugmacher, und auch mit der Aufnahme dieser Berufe in die Anlage A wird

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleichzeitig die Gefahrenabwehr verfolgt.[364] Zudem ist unter dem Aspekt des immateriellen Kulturgüterschutzes die Handwerksmäßigkeit nach bisherigen Auslegungsgrundsätzen wiederum zu weit gefasst: wenn handwerkliche Handarbeitstechniken geschützt werden sollen, dann kann es nicht ausreichen, dass die Handarbeit nicht nur nicht vollständig ersetzt wird.

Zur Abbildung keines der seit dem „Paradigmenwechsel"[365] 2004 in den Vordergrund gestellten Ziele ist das Kriterium der Handwerksmäßigkeit in seiner bisherigen Ausprägung folglich geeignet. Es fehlt somit an der Zwecktauglichkeit der Zulassungspflicht nur für gerade handwerksmäßig im Sinne der bisherigen Auslegungsgrundsätze betriebene Gewerbebetriebe, in denen wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A ausgeübt werden. Die von der Rechtsprechung gezogene Grenze der vollständigen Ersetzung der Handarbeit – wenn auch sinnvoll unter dem veralteten Parameter der Sicherung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit als Primärzweck der Handwerksordnung und der Industrie als einziger Form nicht-handwerksmäßiger Betriebsweise – ist hinsichtlich des Ziels der Gefahrenabwehr und angesichts der neuen technischen Möglichkeiten nicht mehr sach- und zielgerecht und daher mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

3. Zwischenergebnis

Die Indizien zur Konkretisierung der Handwerksmäßigkeit sind auf die Abgrenzung traditionellen Handwerks von der traditionellen Industrie zugeschnitten. Mit der Digitalisierung hat sich allerdings zum einen auch das Bild der Industrie geändert, zum anderen können sich Abgrenzungsprobleme vermehrt auch bei der Einordnung nichtproduzierender Gewerbebetriebe ergeben. Diese strukturellen Änderungen führen zu sachlichen Zweifeln, ob auch in Zukunft noch an der vom Bundesverfassungsgericht geprägten Argumentation zur Rechtfertigbarkeit der Ungleichbehandlung der handwerksmäßigen und nichthandwerksmäßigen Betriebsweise festgehalten werden kann. Neben den Lebenssachverhalten hat sich aber auch die Zielsetzung der Handwerksordnung verändert. Zur Abbildung der nun im Vordergrund stehenden Ziele ist die Handwerksmäßigkeit anhand der bisherigen Auslegungsgrundsätze nicht geeignet, sodass die an diesem

364 Vgl. *Sallaberger*, GewA 2020, 203, 205.
365 *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 353, 353.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Maßstab orientierte Ungleichbehandlung mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist.

II. Mögliche Konsequenzen

Es gilt also, eine verfassungskonforme Auslegung der Handwerksmäßigkeit zu finden, die nicht nur bei klassischen Handwerks- oder Industriebetrieben zu einer mit dem Ziel der Abwehr von Gefahren kongruenten Abgrenzung zwischen Handwerk und Nichthandwerk führt, sondern auch bei modernen, auf digitaler Technik basierenden Produktionsbetrieben und bei Betrieben des nichtproduzierenden handwerksfähigen Gewerbes. Gelingt eine solche Auslegung nicht, kann die Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG nur *de lege ferenda* ausgeräumt werden kann. Dann ist der Gesetzgeber dazu angehalten, das Gesetz so anzupassen, dass es der Realität gerecht wird.[366]

Dabei könnte statt der Handwerksmäßigkeit ein neues Abgrenzungskriterium eingesetzt werden. Auch das ersatzlose Streichen des Kriteriums der Handwerksmäßigkeit wäre denkbar. Das würde die Zuordnung zum Anwendungsbereich der Handwerks- oder der Gewerbeordnung auf die Handwerksfähigkeit, also insbesondere die Ausübung eines Berufs der Anlage A oder B, beschränken. Alle Gewerbebetriebe, die handwerksfähige Berufe ausüben, würden dann der Handwerksordnung unterstellt,[367] Gewerbetreibende in anderen Berufen hingegen der Gewerbeordnung. Ein vollständiges Aufgeben von Sonderregelungen für das Handwerk statt nur der Adjustierung seiner Definition an den Fortschritt würde hingegen dem erklärten Willen des Gesetzgebers sprechen, der mit der Handwerksordnung insbesondere bei der Ausübung von gefahrgeneigten Berufen mögliche Gefahren abwehren will. Dies gilt unabhängig davon, ob man diese Sonderregelungen weiterhin in der Handwerksordnung oder in der Gewerbeordnung[368] verorten möchte.

---

366 Vgl. *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 1 Rn. 328. Zur Herstellung der Realitätsgerechtigkeit durch Anpassung des Gesetzes appelliert das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber in BVerfGE 49, 130, 132; BVerfGE 53, 257, 312; BVerfGE 56, 54, 78 ff.; BVerfGE 67, 299, 328.

367 Vgl. *Schwarz*, GewA 1993, 353, 355 ff., mit dem Vorschlag, dies auf mittelständische Betriebe zu beschränken.

368 Vgl. dazu *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 520; *Burgi*, WiVerw 2019, 142, 148 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Vorschlag zur verfassungskonformen Neuauslegung der Handwerksmäßigkeit

Möglicherweise können die dargestellten Bedenken tatsächlicher und verfassungsrechtlicher Art schon mit einer Änderung der Auslegung der „Handwerksmäßigkeit" ausgeräumt werden. Unbestimmte Rechtsbegriffe wie die „Handwerksmäßigkeit" werden gerade wegen ihrer Deutungsoffenheit eingesetzt. Wandeln sich die die Lebenssachverhalte mitbestimmenden Umstände, ist also auch eine Auslegungsänderung möglich. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind immer verfassungskonform auszulegen. Führt eine Änderung der Lebenssachverhalte zur Verfassungswidrigkeit der gängigen Auslegung ist eine Auslegungsänderung daher nicht nur möglich, sondern geboten.

Die Weiterentwicklung der Arbeitsweisen durch die Digitaltechnik gebietet es dabei, für eine sachgerechte Zuordnung zum Handwerk den Fokus von der Abgrenzung von Handwerk und Industrie zu weiten auf die Abgrenzung von Handwerk und Nichthandwerk. Daneben sind die mit der Handwerksrechtsnovelle 2004 gewandelten Ziele der Eintragungspflicht für Betriebe des zulassungspflichtigen Handwerks zu berücksichtigen. Werden beide Impulse bei der Auslegung der Handwerksmäßigkeit ausreichend gewürdigt, ist auch die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG sichergestellt.

1. Reduktion der Indizien?

Man könnte zunächst daran denken, infolge der Bedenken gegen die Abgrenzung anhand des Indizes des Ausmaßes an eingesetzter Technik diejenigen Indizien zur Wesensbeschreibung des Handwerks in den Vordergrund zu rücken, deren Aussagekraft nicht infolge technologischer Entwicklungen in Mitleidenschaft gezogen sind. Die neuen Möglichkeiten der Technik wirken sich indirekt auf alle Indizien aus mit Ausnahme der Meisterprägung des Betriebes. Dieses Indiz ist aber nur bei der Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A aussagekräftig. Es kann somit nicht als Wesenselement aller Handwerksbetriebe und Betriebe handwerksähnlicher Gewerbe gewertet werden kann. Zudem ist die Meisterprägung gerade Folge der aus der Bejahung der Handwerksmäßigkeit resultierenden Pflicht, einen qualifizierten Betriebsleiter vorzuweisen. Rückt man dieses Indiz in den Vordergrund, besteht folglich die Gefahr eines Zirkelschlusses. Der Schluss aus dem Vorliegen einer solchen Prä-

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung durch den Betriebsleiter auf das Erfordernis eines solchen vermag zwar zu überzeugen, wenn es gerade um den Schutz auf diese Weise organisierter Betriebe geht. Seit der Handwerksrechtsnovelle 2004 wird mit der Zulassungspflicht allerdings gerade nicht mehr die Sicherung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks verfolgt.

2. Auslegungsrahmen des Wortlauts

Besonders aus dem Wortlaut können sich Grenzen für eine neue Auslegung ergeben. Die Wendung des „handwerksmäßigen Betreibens" lässt sich zerlegen in die Bestandteile „Handwerk", „-mäßig" und „Betreiben". Die in „Handwerk" enthaltenen Wortbestandteile „Hand" und „Werk" können zunächst als einzelne Elemente aufgefasst werden. „Handwerk" kann somit das Arbeiten mit den Händen oder das mit den Händen Erschaffene bezeichnen.[369] Man könnte mit Blick auf diese Wortbestandteile stets ein Element der Handarbeit fordern und „Handwerk" als „überwiegend mit Hand und (einfachem) Werkzeug ausgeübte Berufsstätigkeit"[370] verstehen. Unter „Handwerk" wird aber auch die Summe aller Handwerksbetriebe verstanden.[371] Auch dieses Verständnis ist somit vom Wortlaut gedeckt. Das Affix „-mäßig" bezeichnet die Art und Weise, in der etwas geschieht, es bedeutet „nach Art, in der Art, in Form" und „bezeichnet eine Entsprechung, Übereinstimmung", es meint „entsprechend" oder „gemäß".[372] „Handwerksmäßig" bedeutet also „der Art und Weise des Handwerks entsprechend".

---

369 *Glasl/Maiwald/Wolf*, Handwerk – Bedeutung, Definition, Abgrenzung, S. 7, bezeichnen dieses Verständnis als „technische Sichtweise".

370 So eine der zwei heute gebräuchlichen Bedeutungen von „Handwerk"; vgl. „Handwerk", in: *Pfeifer et. al.*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, verfügbar unter https://www.dwds.de/wb/etymwb/Handwerk, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020.

371 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 61. Auch laut „Handwerk", in: *Pfeifer et. al.*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, verfügbar unter https://www.dwds.de/wb/etymwb/Handwerk, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020, ist die andere Bedeutung von Handwerk „Berufsstand der Handwerker".

372 Vgl. „-mäßig", bereitgestellt durch *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), DWDS – Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, verfügbar unter https://www.dwds.de/wb/-mäßig, zuletzt abgerufen am 29. Oktober 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die „Handwerksmäßigkeit" erfordert folglich nicht zwingend, dass tatsächlich manuell gearbeitet wird, sondern die Betriebsweise muss derjenigen des Handwerks, im Wort- oder übertragenen Sinn, entsprechen. „Handwerksmäßig" kann folglich auch bedeuten „dem Typus Handwerksbetrieb entsprechend". Erweitert man das Blickfeld auf den Bezugspunkt der Handwerksmäßigkeit in § 1 Abs. 2 S. 1 HwO, zeigt sich, dass das übertragene, auf den Typus „Handwerksbetrieb" abstellende, Begriffsverständnis besser passt zur Beschreibung des Betreibens eines Gewerbebetriebs als die wörtliche Auslegung. Ein Gewerbebetrieb wird also dann handwerksmäßig betrieben, wenn die Betriebsweise derjenigen des Typus „Handwerksbetrieb" entspricht. Eine Auslegung des „handwerksmäßigen Betreibens" muss also auf dem Wesen des Handwerks basieren. Damit ein so gefundenes Charakteristikum zur Abgrenzung vom sonstigen Gewerbe in Betracht kommt, muss es ein Spezifikum gerade des handwerksmäßigen Betreibens handwerksfähiger Gewerbebetriebe sein.

3. Zum Wesen des Handwerks

Zunächst ist zu untersuchen, was das Wesen des Handwerks ausmacht.

a) KMU

Im Vorfeld der Novelle der Handwerksordnung im Jahr 1965 konstatierte der Ausschuss für Mittelstandsfragen, dass „alle denkbaren Merkmale, die für die Handwerksbetriebe in Frage kommen könnten, […] ebenso für kleine und mittlere Gewerbe- oder Industriebetriebe"[373] Geltung hätten und impliziert damit, dass gerade der Charakter als kleiner oder mittelgroßer Betrieb ein zentrales Wesensmerkmal des Handwerks ist. Dementsprechend findet sich in der Literatur teils die Forderung, auch eine Abgrenzung anhand der Zugehörigkeit zu den KMU vorzunehmen.[374]

373 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen, zu Drs. 4/3461, S. 4, zur Handwerksrechtsreform 1965.

374 So etwa *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 520 f., der dieses Kriterium jedoch wohl nicht allein statt der Handwerksmäßigkeit, sondern statt des dynamischen Handwerksbegriffs als solchen und somit als einziges Abgrenzungskriterium vorschlägt; vgl. auch *Kopp*, WiVerw 1994, 1, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Besonderer praktischer Charakter

In Art. 57 Abs. 2 AEUV werden zu den Dienstleistungen neben gewerblichen, kaufmännischen und freiberuflichen Tätigkeiten auch handwerkliche Tätigkeiten gezählt, woraus geschlossen werden kann, dass diese „eigenständig begrifflich fassbare europäische Rechtsphänomene“[375] darstellen. Der EuGH beschreibt freie Berufe als „Tätigkeiten, die u. a. ausgesprochen intellektuellen Charakter haben, eine hohe Qualifikation verlangen und gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung unterliegen. Hinzu kommt, dass bei der Ausübung einer solchen Tätigkeit das persönliche Element besondere Bedeutung hat und diese Ausübung auf jeden Fall eine große Selbständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen voraussetzt.“[376] Anders als für freie Berufe hat der EuGH für das Handwerk jedoch noch keine Definition entwickelt. Eine Definition oder Umschreibung des Handwerksbegriffs gestaltet sich auf europarechtlicher Ebene noch weitaus schwieriger als auf nationalrechtlicher, denn wenn das Handwerk auch als „gewachsenes soziales und ökonomisches Phänomen“ in allen Gründungsstaaten bekannt war, wurde es teils als dynamisches Phänomen verstanden, teils statisch definiert und diesem grundlegend verschiedenen Verständnis entsprechend auch unterschiedlich gesetzlich geregelt.[377] Gerade wegen dieses divergierenden Begriffsverständnisses werden europapolitisch Handwerksbetriebe „weniger als eigenständige Rechtsphänomene, stattdessen vor allem als KMU“, aufgefasst und somit ein eher statischer Ansatz verfolgt.[378] Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, für das Verständnis des Handwerks die Definition des EuGH für freie Berufe entsprechend heranzuziehen.[379] Statt auf einen besonderen intellektuellen Charakter soll jedoch auf den besonderen praktischen Charakter abzustellen sein. Dieser besondere praktische Charakter wird dabei als Unterscheidungskriterium vom Gewerbe im Sin-

375 *Stumpf*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, E. II. Rn. 1.

376 EuGH, Urteil vom 11. Oktober 2001 – Rs. C-267/99 – (Christiane Adam, verheiratete Urbing/Administration de l'enregistrement et des domaines), Rn. 39.

377 *Stumpf*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. II. Rn. 5.

378 *Stumpf*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. II. Rn. 5.

379 Vgl. *Stumpf*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. II. Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ne des Art. 57 Abs. 2 lit. a AEUV, das anders als im nationalen Recht ein *aliud* zum Handwerk darstellt, gesehen.[380]

Der praktische Charakter des Handwerks besteht angesichts seiner historischen Wurzeln in der Handarbeit ohne Frage. Diese Überlegung kann daher möglicherweise auch bei der Bestimmung des Wesens des Handwerks als Regelungsgegenstand nationalen Rechts und bei seiner Abgrenzung vom nichthandwerklichen Gewerbe dienlich sein.

c) Besonderer kreativer Charakter

Dem Handwerk wird teils eine erhöhte Fähigkeit zu geistiger „Flexibilität und Kreativität", ausgelöst durch das Bedürfnis der Anpassung an individuelle Situationen attestiert.[381] Gerade diese soll in Kombination mit der „meisterlich-geistigen Beherrschung der Materie und der Werkstoffe"[382] die Basis darstellen für die in Handarbeit ausgeführte Leistung. Mit dem Fortschritt der Technik verlagert sich die Anwendung der Kenntnisse und Kreativität auf die Programmierung und den Einsatz technischer Geräte, manuelle Fertigkeiten rücken in den Hintergrund.[383] Im Sinne des dynamischen Handwerksbegriffs wurde daher vorgeschlagen, den Fokus weg von den handwerklichen Fertigkeiten hin auf die dahinterstehenden Kenntnisse zu verschieben.[384]

d) Besonderer gestalterischer Charakter

Für die erhebliche Relevanz sowohl eines praktischen als auch eines theoretisch-konzeptionellen Elements für den Charakter des Handwerks im Sinne der Handwerksordnung spricht das häufige Vorkommen des

---

380 Zum Ganzen *Stumpf*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. II. Rn. 5.

381 Vgl. *Eisenmenger*, in: Stober/Eisenmenger, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 48 V 3.

382 Vgl. *Eisenmenger*, in: Stober/Eisenmenger, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 48 V 3.

383 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Juni 1993 – 14 S 722/19 –, GewA 1993, 418, 420.

384 Vgl. *Kopp*, WiVerw 1994, 9 f.; *Degenhart*, DVBl 1996, 551, 551; sowie *Hageböll*ing, GewA 1984, 207, 211, der allerdings den Verbleib eines manuellen Kerns als unverzichtbar ansieht.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Begriffspaars „Kenntnisse und Fertigkeiten", teils in der umgekehrten Reihenfolge, teils ergänzt um „Fähigkeiten", in der Handwerksordnung.[385] Kenntnisse sind erforderlich für die theoretische Konzeption, Fertigkeiten für die praktische Umsetzung. Im traditionellen zulassungspflichtigen Handwerksbetrieb kommen dabei beide Elemente, die berufsspezifischen Kenntnisse ebenso wie die berufsspezifischen Fertigkeiten, in enger Verknüpfung zum Einsatz. Die Elemente des kreativen, geistigen Charakters und des praktischen Charakters finden somit zusammen, wenn dem Handwerk ein besonderer gestalterischer Charakter bescheinigt wird: „Dieses besondere Wesen der Handwerksarbeit liegt in ihrer Eigenschaft als Gestaltung. Gestaltung ist das unmittelbare Ins-Werk-Setzen einer inneren Vorstellung."[386] Dieser schöpferische Charakter wurde in der Literatur schon sehr früh hervorgehoben.[387] Nach dieser Auffassung muss zur Erfüllung dieser Elemente nicht eine einzige Person die gesamte Umsetzung übernehmen. Entscheidend sei vielmehr, dass alle an der Ausführung Beteiligten die Gesamtkonzeption nachvollziehen können. Dabei wurde auch verlangt, dass die Umsetzung der Konzeption „unmittelbar" erfolgen muss, ohne den Einsatz von nicht an die ausübende Person gebundenen

385 In § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 HwO findet es sich im Kontext der Regelbeispiele für das Nichtvorliegen der Wesentlichkeit von Tätigkeiten und in §§ 7a Abs. 1 und 8 Abs. 1 und Abs. 2 HwO als Voraussetzung für den Erhalt einer Ausübungsberechtigung oder Ausnahmebewilligung; in §§ 21 Abs. 2, 22 Abs. 3, 22b Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 2, Abs. 4 S. 1, 22c Abs. 1 HwO als Voraussetzung, um ausbilden zu dürfen; in § 26 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4, Abs. 2 Nr. 4, Nr. 5 HwO als Inhalt der Ausbildungsordnung; in § 32 S. 2 HwO als in der Gesellenprüfung nachzuweisend, ferner in §§ 37 Abs. 3, 39a Abs. 1, 40 Abs. 1, 2, 42b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2, S. 2, 42c Abs. 2, 42d S. 1 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2, S. 2, 42i und 42o HwO; daneben in §§ 45 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 und 51a Abs. 2 Nr. 1 HwO als Rahmen der Inhaltsbestimmung der Meisterprüfungsverordnungen A und B, in § 50b Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 4 HwO im Kontext der Gleichwertigkeitsfeststellung von im Ausland erworbenen Ausbildungsnachweisen im zulassungspflichtigen Handwerk und schließlich in § 51a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 HwO als nachzuweisende Elemente der Meisterprüfung im zulassungsfreien Handwerk und handwerksähnlichen Gewerbe. Gem. § 51a Abs. 3 S. 2 HwO ist durch die Meisterprüfung im zulassungsfreien Handwerk oder handwerksähnlichen Gewerbe unter anderem festzustellen, ob der Prüfling die Tätigkeiten seines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes meisterhaft verrichten kann und die fachtheoretischen Kenntnisse besitzt. Auch hier wird die Relevanz beider Elemente deutlich.

386 *Zuck*, NJW 1961, 1519, 1519.

387 Vgl. *Zuck*, NJW 1961, 1519 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Maschinen, die nach deren Auslösung das Produkt selbstständig erstellen.[388]

e) Auf besonderen Kenntnissen basierende planerische Gesamtkonzeption durch den Betriebsleiter

In seiner grundlegenden Entscheidung zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie formulierte das Bundesverfassungsgericht: „Aus der Natur handwerklicher Arbeit ergibt sich, daß ein selbst[st]ändiger Handwerker umfangreiches Wissen über Werkstoffe und Arbeitstechniken sowie Kenntnisse von den technisch-konstruktiven Zusammenhängen seiner Arbeit besitzen muß."[389] In Bezug darauf und anhand vieler Beispiele aus der Praxis weist *Fröhler* darauf hin, dass aus dem Begriffspaar „Kenntnisse und Fertigkeiten" gerade die Kenntnisse gegenüber den Fertigkeiten das Schwergewicht bei der Abgrenzung des Handwerks bilden müssen.[390] Er sieht gerade die Fähigkeit zur planerischen Gesamtkonzeption als Kernaufgabe des den Betrieb leitenden qualifizierten Handwerkers. Dementsprechend könne es für die Handwerksmäßigkeit auf die Art der Ausführung der Tätigkeiten nicht ankommen.[391]

f) Enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung

Seitdem die beiden letztgenannten Charakterzüge des Handwerks formuliert wurden, haben aber Änderungen tatsächlicher und rechtlicher Art dazu geführt, dass sie zur Auslegung der Handwerksmäßigkeit nicht mehr optimal passen. Die frühere Auffassung vom Handwerk als Gestaltung verlangt nach einer nicht durch Maschinen vermittelten Umsetzung der Konzeption.[392] 3-D-Druck könnte somit nicht als Handwerk eingeordnet werden. Diese Meinung sieht sich somit denselben Bedenken ausgesetzt, die der Verwendung des Indizes des Ausmaßes an eingesetzter Technik entgegenstehen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass die technische Weiter-

388 Vgl. *Zuck*, NJW 1961, 1519, 1519.
389 BVerfGE 13, 97, 118.
390 Vgl. *Fröhler*, GewA 1969, 241, 242 ff.
391 Vgl. *Fröhler*, GewA 1969, 241, 243 f.
392 Vgl. *Zuck,* NJW 1961, 1519, 1519.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entwicklung sämtlicher – auch in der Industrie eingesetzter – Maschinen durch die Digitaltechnik den Kontext der Wesensbestimmung des Handwerks insofern geändert hat, als auch das Betätigen von Maschinen sich nicht mehr auf das Auslösen eines festgelegten Vorgangs beschränken muss, sondern häufig durchaus komplexe Vorarbeit erfordert. Moderne Maschinen können individuell kreierte digitale Vorlagen umsetzen und gleichen somit eher einem Werkzeug zur Umsetzung des Plans als einer klassischen Maschine,[393] die stets einer festgelegten Voreinstellung folgt. Die Digitaltechnik erfordert es somit, den Akt des Auslösens einer Maschine nicht isoliert zu betrachten, sondern zu untersuchen, ob er zur Umsetzung einer eigenen theoretischen Konzeption dient. Damit rückt das manuelle Element in den Hintergrund.

Der Fokus auf die planerische Gesamtkonzeption verlangt gerade das Abstellen auf das Bedürfnis besonderer Kenntnisse. Das Bedürfnis nach besonderen, qualifizierten Kenntnissen zur Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke wurde, seitdem diese Auffassung formuliert worden ist, jedoch aus dem Kriterium der Handwerksmäßigkeit in das Kriterium der Ausübung wesentlicher Tätigkeiten ausgelagert.[394] Eine Auslegung der Handwerksmäßigkeit kann sich somit nicht mehr auf das Erfordernis besonderer Kenntnisse stützen. Zudem hatte die Auffassung noch den inhabergeführten[395] und meistergeprägten Handwerksbetrieb vor Augen. Mit der Umstellung vom Inhaber- auf das Betriebsleiterprinzip im Zuge der Handwerksrechtsnovelle 2004 kann es hinsichtlich der planerischen Gesamtkonzeption nur noch auf eine Gesamtkonzeption des Betriebsleiters, nicht des -inhabers, ankommen. Zwar überwacht der Betriebsleiter in Betrieben des zulassungspflichtigen Handwerks die Tätigkeiten der Mitarbeiter und muss immer die Möglichkeit zum Eingreifen und Steuern haben. Trotz dieser Überwachung und Steuerung üben aber auch die oft ebenfalls fachlich qualifizierten Mitarbeiter viele Tätigkeiten in Eigenregie aus und stützen diese somit auf ihre eigenen Kenntnisse. Gerade in den seit dieser Auffassung neu geschaffenen Kategorien der handwerksähnlichen Gewerbe oder zulassungsfreien Handwerksberufen ist zudem nicht immer eine solche klassische, hierarchische Konstellation gegeben. Vor allem aber sind besondere, qualifizierte Kenntnisse für diese Berufe zumindest gesetzlich nicht zwingend vorausgesetzt. Das reine Bedürfnis nach

393 *Zuck,* NJW 1961, 1519, 1519, ordnet das Verwenden von Werkzeug als unmittelbare und den Einsatz von Maschinen als mittelbare Umsetzungsweise ein.

394 Siehe S. 43 ff.

395 Vgl. statt vieler *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 471.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

besonderen, qualifizierten Kenntnissen vermag also den Charakter des Handwerks nach heutiger Sach- und Rechtslage nicht mehr überzeugend zu umreißen.

Überträgt man den Gedanken, dass oft nur die besonderen berufsspezifischen Kenntnisse und nicht immer auch berufsspezifische Fertigkeiten das Handwerk prägen, allerdings auf die Interpretation des Handwerks als Gestaltung und führt so die beiden vorgenannten Elemente zusammen, so zeigt sich ein weiteres Wesensmerkmal des Handwerks: die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung. Im Blickfeld steht damit die Art der Anwendung der berufsspezifischen Kenntnisse, nicht, ob besondere Kenntnisse erforderlich sind, und nicht, ob Fertigkeiten eingesetzt werden. Diese Sichtweise auf das Wesen des Handwerks ist nur in Nuancen eine Weiterentwicklung des dargestellten Verständnisses des Handwerks als Gestaltung. Sie nimmt ebenfalls die Art die Umsetzungsweise der Kenntnisse in den Fokus.

4. Enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung als zur Abgrenzung vom Nichthandwerk in Betracht kommendes Spezifikum

Zur Beschreibung des Wesens des Handwerks werden also viele Merkmale angeführt. Es bleibt aber festzustellen, ob eines dieser Merkmale ein Spezifikum ist, das zur Inhaltsbestimmung der Handwerksmäßigkeit herangezogen werden könnte. Dazu muss es die Abgrenzungsfunktion der Handwerksmäßigkeit erfüllen, also bei handwerksfähigen Gewerbebetrieben ihre Einordnung in die Kategorie des Handwerks oder des nichthandwerklichen Gewerbes vornehmen können. Dazu muss es sich um ein Alleinstellungsmerkmal des Handwerks innerhalb der Gruppe der handwerksfähigen Gewerbebetriebe handeln. Es muss hingegen kein Alleinstellungsmerkmal innerhalb aller gewerblichen Betätigungen sein.[396]

Dass die Eigenschaft als KMU auch von Betrieben in anderen Berufen erfüllt werden kann, ist also nicht von Relevanz bezüglich ihrer Eignung als Abgrenzungsmerkmal. Ihre fehlende Tauglichkeit beruht vielmehr darauf, dass auch nichthandwerksmäßig – also beispielsweise industriell –

396 Vgl. auch *Degenhart*, DVBl 1996, 551, 554 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

betriebene, handwerksfähige Gewerbebetriebe als KMU einzustufen sein können.[397]

Einen praktischen Charakter weisen auch etwa Arbeiten am Fließband in industriell betriebenen handwerksfähigen Gewerben auf. Der praktische Charakter ist für sich genommen also ebenfalls kein Alleinstellungsmerkmal des Handwerks. In Kombination mit der hohen Qualifikation passt dieses Merkmal wiederum nur für das zulassungspflichtige Handwerk, nicht aber für das zulassungsfreie Handwerk oder handwerksähnliche Gewerbe.

Der besondere gestalterische Charakter sowie die Prägung des Betriebs durch einen Betriebsleiter, der die planerische Gesamtkonzeption für die einzelnen im Betrieb ausgeübten Tätigkeiten übernimmt, kommen zwar grundsätzlich als Alleinstellungsmerkmale in Betracht. Sie sind aber nicht mehr zeitgemäß: das Abstellen auf den gestalterischen Charakter im oben dargestellten Sinne für die Auslegung der Handwerksmäßigkeit führt wie die Anwendung der gängigen Indizien zum Ausschluss rein maschinell ausgeübter Tätigkeiten und sieht sich somit denselben Bedenken ausgesetzt wie die gängigen Auslegungsgrundsätze. Das Abstellen allein auf die Kenntnisse des Betriebsleiters passt nicht mehr seit der Übernahme des Kriteriums der Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit auch für zulassungsfreie Berufe und der Auslagerung des Erfordernisses besonderer Kenntnisse bei zulassungspflichtigen Handwerken in das Kriterium der Ausübung wesentlicher Tätigkeiten.

Als zur Auslegung der Handwerksmäßigkeit in Betracht kommendes Spezifikum verbleibt also die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption der Leistung und ihrer praktischen Umsetzung. Zwar ist auch beispielsweise für die industrielle Produktion immer eine vorhergehende theoretische Konzeption des Endprodukts die notwendige Basis. Allerdings ist diese dort getrennt von der praktischen Umsetzung. Die theoretische Konzeption des Produkts erfolgt vorab, etwa bei der Planung der Produktionsstraße in einem Industriebetrieb. Die praktische Umsetzung erfolgt meist deutlich zeitversetzt und durch Maschinen oder Arbeitskräfte, die nicht unmittelbar und in Echtzeit von der für die theoretische Konzeption verantwortlichen Person gesteuert bzw. instruiert werden, sondern die einer Programmierung oder einer festgelegten generellen Anweisung folgen. Somit fehlt es dort an der engen Verknüpfung. Diese enge Verknüpfung zwischen theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung

397 *Etzold*, GewA 1983, 181, 184 beschreibt etwa das Bestehen eines industriellen Mittelstands.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist zwar wiederum etwa auch bei der Kunst gegeben.[398] Zur Abgrenzung von der Kunst ist aber nicht die Handwerksmäßigkeit relevant, sondern der Kunstbegriff als negatives Element des Gewerbebegriffs. Dass die Abgrenzung zwischen Kunst und Handwerk in der Praxis oft schwierig ist, zeigt eine gewisse Nähe und spricht somit eher für dieses Verständnis des Handwerkscharakters. Gerade die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung ist somit tatsächlich ein Spezifikum handwerksmäßig oder handwerksähnlich betriebener handwerksfähiger Gewerbebetriebe gegenüber solchen, die nicht handwerksmäßig bzw. nichthandwerksähnlich betrieben werden.

5. Auf der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung basierende Auslegung der Handwerksmäßigkeit

Sieht man die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung als Wesenselement des Handwerks, so wird ein Gewerbebetrieb handwerksmäßig betrieben im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 HwO, wenn die betrieblichen, berufsspezifischen Tätigkeiten auf der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung beruhen. Weil die Einordnung als Handwerk neben der Handwerksmäßigkeit auch die Handwerksfähigkeit voraussetzt, können hingegen nicht berufsspezifische Tätigkeiten, wie etwa Verwaltungsaufgaben, nicht maßgeblich sein. Die enge Verknüpfung zwischen theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung bezieht sich auf die Art und Weise der Anwendung berufsspezifischer Kenntnisse. Die Art der Anwendung berufsspezifischer Kenntnisse wirkt sich häufig auf die betriebliche Struktur aus. Für eine Auslegung der Handwerksmäßigkeit auf Basis dieses Wesenselements des Handwerks können folglich im Umkehrschluss auch Strukturmerkmale als Indizien herangezogen werden.

Auch die bisherige Auslegung der Handwerksmäßigkeit stellt auf die innerbetriebliche Struktur ab. Hier zeigt sich die Nähe beider Ansätze. Die bisher verwendeten Indizien beschreiben einen traditionellen Handwerksbetrieb. Seine Struktur ist auf die traditionell manuelle Arbeitsweise zugeschnitten. Die manuell ausgeführte traditionelle Handwerksarbeit ist gerade eine Arbeitsweise, bei der theoretische Konzeption und praktische Umsetzung eng miteinander verwoben sind, während der Einsatz von Technik vor der Ära der Digitalisierung keinen Raum dafür ließ. Umge-

398 Diesen Einwand sieht auch *Zuck*, NJW 1961, 1519, 1520.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kehrt kann aber sehr wohl auch ohne jedweden schöpferischen Charakter von Hand gearbeitet werden, so etwa bei der Fließbandarbeit. Nicht umsonst hat sich also das Indiz des nur geringen Einsatzes von Technik in den bisherigen Grundsätzen zur Auslegung der Handwerksmäßigkeit durchgesetzt und nicht das Überwiegen der Handarbeit.

Die vorgeschlagene Sichtweise der Handwerksmäßigkeit ist also nichts anderes als eine Abstraktion des bisherigen Verständnisses. Die enge Verknüpfung zwischen theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung ist das hinter der traditionellen Handwerksarbeit stehende Prinzip. Durch das Abstellen auf die Metaebene entsteht Raum für neben dem traditionellen Handwerk möglicherweise ebenfalls bestehende Ausdrucksformen dieses Grundprinzips.

Die bisherigen Indizien können also – unter Vorbehalt – übernommen werden: Wird in einem Betrieb so gearbeitet, dass theoretische Konzeption und praktische Umsetzung eng verknüpft sind, so ist ein geringer Grad der Arbeitsteilung Ausdruck dieser Betriebsweise. Dafür werden in aller Regel auch eher fachlich geschulte Mitarbeiter benötigt. Die enge Verknüpfung führt auch naturgemäß dazu, dass viele individuelle Projekte umgesetzt werden mit einem festgelegten Kundenkreis, sodass auch diese Elemente als Indizien herangezogen werden können. Werden im Betrieb wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A ausgeübt, muss der Betrieb also von einer qualifizierten Person geleitet werden, so ist es auch üblich, dass dieser Betriebsleiter gerade aufgrund seiner Kenntnisse infolge seiner fachlichen Qualifikation die innerbetrieblichen Vorgänge prägt. Selbst der geringe Einsatz von Technik kann auf das Vorliegen der engen Verknüpfung der Umsetzung mit der Konzeption hinweisen, weil alle nach bisherigen Grundsätzen als handwerksmäßig eingestuften Betriebsweisen auch nach der vorgeschlagenen Fokusänderung als handwerksmäßig einzustufen sind. Dabei muss aber der reine Indizcharakter dieses Merkmals berücksichtigt werden und ein Restbestand an Handarbeit kann nicht mehr gefordert werden. Die hier vertretene Auffassung weicht also von der bisherigen, auf überkommenen Lebenssachverhalten basierenden Rechtsprechungslinie ab, soweit diese davon ausgeht, dass ohne Einsatz von Handfertigkeiten kein Handwerk vorliegen kann. Sie stimmt mit ihr aber insofern überein, als auch bei diesem Verständnis der Handwerksmäßigkeit solche Betriebe nicht als handwerksmäßig einzustufen sind, für die wegen der „Beschränkung auf primitive Maschinenarbeit eine handwerkliche Befähigung nicht mehr zur Geltung kommen“[399]

399 BVerwGE 25, 66, 69.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann und die Zulassungspflicht so ihren Sinn verliert. Denn anders als vor der Digitalisierung impliziert der Einsatz von Technik heute gerade nicht mehr, dass zu ihrer Anwendung für den konkreten Handwerksberuf spezifische Kenntnisse nicht erforderlich sind. Die vorgeschlagene Auslegung der Handwerksmäßigkeit bewegt sich folglich in dem Rahmen, den das Bundesverwaltungsgericht für den dynamischen Handwerksbegriff folgendermaßen beschrieben hat: „Der dynamische Handwerksbegriff muß also auch im fachlichen Bereich der handwerksfähigen Gewerbe versagen, soweit die Betriebsart handwerkliche Kenntnisse und Fertigkeiten – z.B. durch Verwendung von Maschinen und genormtem Material bei Beschränkung auf die Übernahme "einfacher" Arbeiten – entbehrlich macht, ohne die einwandfreie Qualität der Leistung in Frage zu stellen."[400] Indem die vorgeschlagene Auslegung auch durch die Digitalisierung geänderte Lebenssachverhalte sinnvoll einzuordnen vermag, erweist sie sich als gleichermaßen traditionsbewusst wie innovationsoffen.

6. Zielgerechte Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung

Damit dieses Spezifikum des Handwerks tatsächlich als Basis für die Auslegung der Handwerksmäßigkeit in Betracht kommt, muss es geeignet sein, eine an den Zielen der Handwerksordnung orientierte Abgrenzung zwischen handwerksmäßig und nichthandwerksmäßig betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieben vorzunehmen und den Anwendungsbereich der Handwerksordnung entsprechend zu markieren.

a) Ziele der Zulassungspflicht für die Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A zur HwO

Mit der Zulassungspflicht gerade für handwerksmäßig betriebene Berufe, die wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A ausüben, werden verschiedene Ziele verfolgt. Eines dieser Ziele ist die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben.[401] Bei der Einordnung eines Berufs als gefahrgeneigt und der darauf beruhenden Aufnahme in die Anlage A handelt es sich um eine generelle Einschätzung des Gesetzgebers. Werden nur hand-

400 BVerwGE 25, 66, 71.
401 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werksmäßig betriebene Gewerbebetriebe der Eintragungspflicht unterworfen, so muss bei dieser Betriebsweise folglich ein höheres Potential zur Realisierung der dem Beruf inhärenten Gefahren bestehen als bei einer nichthandwerksmäßigen. Die Handwerksmäßigkeit, verstanden als enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung, ist folglich nur dann geeignet als Abgrenzungskriterium zwischen dem zur Zulassungspflicht führenden Anwendungsbereich der Handwerksordnung und dem der Gewerbeordnung, wenn dieser Betriebsweise ein höheres Gefahrenrealisierungspotential innewohnt.

Im Handwerk werden unter enger Verknüpfung von Konzeption und Umsetzung immer neue und häufig sehr unterschiedliche Prozesse umgesetzt. Unter Anleitung des Betriebsleiters können und sollen fachlich geschulte Mitarbeiter in Handwerksbetrieben gerade wegen der Vielfalt von Projekten häufig nicht nur die Durchführung, sondern auch die Konzeption von Prozessen übernehmen. Jedem neuen Prozess wohnt sein eigenes Fehlerpotential inne. Die vorherige Konzeption kann gleichzeitig nicht mit demselben Aufwand betrieben werden wie in Industriebetrieben, bei denen Produktionsprozesse für ein bestimmtes Produkt einmal geplant und getestet und dann immer wieder durchgeführt werden. Gerade in der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischen Umsetzung liegt daher ein erhöhtes Gefahrenrealisierungspotential gegenüber einem nichthandwerksmäßig betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieb.

Dies gilt zunächst für die traditionelle Handwerksausübung. Mit dem Fokus auf die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung zur Auslegung der Handwerksmäßigkeit kann aber auch der Wandel des Schwerpunkts in der Handwerksausübung hin zu den Kenntnissen sachgerecht nachvollzogen werden. Am Beispiel des 3-D-Druckes muss die enge Verknüpfung verneint werden, wenn erworbene Vorlagen unverändert gedruckt werden. Basiert der 3-D-Druck aber unmittelbar auf einer eigenen theoretischen Konzeption, so ist die enge Verknüpfung gegeben. Das Gefahrenrealisierungspotential gleicht dem der traditionellen Handwerksausübung. Das Verständnis der Handwerksmäßigkeit als enge Verknüpfung zwischen theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung ermöglicht also hinsichtlich des Ziels der Gefahrenabwehr auch unter den veränderten Lebenssachverhalten eine sachgerechte Differenzierung.

Bezüglich des Zwecks der Sicherung der Ausbildungsleistung ergeben sich durch ein Abstellen auf die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung keine Besonderheiten. Ein höherer

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Leistungsstand vieler Einzelner wirkt sich immer auch auf den Leistungsstand des Handwerks insgesamt aus.[402]

Der Erhalt materieller Kulturgüter erfordert speziell auf das jeweilige Kulturgut angepasste Lösungen. Hier besteht oft kein Raum für Fehler, denn bei falscher Konzeption von Arbeiten am zu schützenden Kulturgut kann dieses beschädigt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Tätigkeiten in Handarbeit oder unter Einsatz von technischen Geräten ausgeführt werden. Hier wird in aller Regel eine individuell auf das Kulturgut angepasste Konzeption erforderlich sein, die dann praktisch umgesetzt wird, sodass die Handwerksmäßigkeit im hier vertretenen Sinne regelmäßig gegeben sein wird. Indem folglich die an den Nachweis besonderer Qualifikation geknüpfte Eintragungspflicht besteht, kann sichergestellt werden, dass die oft einmalige Chance fachgerecht genutzt wird. Die Handwerksmäßigkeit im vorgeschlagenen Sinne kann also auch das Ziel des Schutzes materieller Kulturgüter sachgerecht abbilden.

Immaterielle Kulturgüter bestehen gerade in der Art der Ausübung der Tätigkeiten, also in traditionellen Handwerkstechniken. Auch diesen liegt die enge Verknüpfung von Konzeption und Umsetzung zugrunde. Allerdings handelt es sich bei den schützenswerten Arbeitsweisen tatsächlich um Handarbeit, ein Aspekt, dem bei der Handwerksmäßigkeit im vorgeschlagenen Sinn keine entscheidende Relevanz zukommt. Allerdings greift für eine sachgerechte Abgrenzung auch die Handwerksmäßigkeit nach bisherigen Auslegungsgrundsätzen zu kurz, lässt sie doch den Einsatz von Technik zu, solange lediglich ein Rest an Handarbeit verbleibt. Würde mit der Aufnahme eines Berufs in die Anlage A allein der immaterielle Kulturgüterschutz verfolgt, würde es sich daher anbieten, die nötige Einschränkung direkt bei der Berufszuordnung zu treffen. Das könnte erreicht werden, indem vor dem Namen des Gewerbes der Zusatz „traditionelles“ ergänzt wird. Bisher findet sich in der Anlage A aber kein Gewerbe, dass allein zur Verfolgung des immateriellen Kulturgüterschutzes darin aufgenommen wurde. Die betroffenen Berufe Orgel- und Harmoniumbauer sowie Drechsler (Elfenbeinschnitzer) und Holzspielzeugmacher wurden zugleich als gefahrgeneigt eingestuft.[403]

402 Vgl. *Burgi*, WiVerw 2018, 181, 209; BVerfGE 13, 97, 116.
403 Vgl. BT-Drs. 19/14335, S. 24 ff.; dazu auch *Sallaberger*, GewA 2020, 203, 205.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Gemeinsame Betreuung vergleichbar betriebener Gewerbebetriebe in Handwerksberufen in den Handwerkskammern

Die Einbeziehung in den Zuständigkeitsbereich der Handwerkskammern richtet sich nach der Zugehörigkeit zum Handwerk. Die Änderung im Fokus der Definition der Handwerksmäßigkeit kann zwar dazu führen, dass künftig handwerksfähige Gewerbebetriebe, die nach dem bisherigen Verständnis nicht dem Zuständigkeitsbereich der Handwerkskammer zuzuordnen gewesen wären, nun ebenfalls davon umfasst werden. Die Handwerksmäßigkeit beschreibt aber weiterhin eine Gruppe, deren Art der Betriebsweise sie deutlich von anderen handwerksfähigen Gewerbebetrieben abgrenzt. Die Grenze ist lediglich verschoben. Somit ist auch das vorgeschlagene neue Verständnis der Handwerksmäßigkeit geeignet, zwischen solchen Betrieben zu differenzieren, die zu den Handwerkskammern gehören sollen und solchen, für deren Betriebsweise die Betreuung durch die Industrie- und Handelskammern sachnäher ist.

c) Zwischenergebnis

Die Handwerksmäßigkeit im vorgeschlagenen Sinne kann beschreiben, für welche Gewerbebetriebe, die wesentliche Tätigkeiten der Anlage A ausüben, die Zulassungspflicht gelten soll, damit die Ziele der Zulassungspflicht auch angesichts geänderter Lebenssachverhalte gefördert werden können. Die Differenzierung anhand dieses Kriteriums ist auch dazu geeignet, das Ziel der sachnahen Betreuung für in ihrer Arbeitsweise vergleichbare handwerksfähige Betriebe durch die Handwerkskammern zu fördern.

7. Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Auslegung mit Verfassung und Unionsrecht

Die vorgeschlagene Auslegung der Handwerksmäßigkeit muss dazu führen, dass die Anwendung des Regelungsregimes der Handwerksordnung entsprechend dieses Kriteriums verfassungs- und unionsrechtskonform ist. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Anwendbarkeit der Handwerksordnung auf Gewerbebetriebe nicht allein durch das Merkmal der Handwerksmäßigkeit, sondern auch durch die Handwerksfähigkeit begrenzt ist. Wegen des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 S. 1

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

GG können nur reine Weiterentwicklungen, nicht aber Erweiterungen der Berufsfelder der in den Anlagen festgehaltenen Berufe als handwerksfähig eingeordnet werden.[404] Gerade im Kontext der Digitalisierung ist also im Einzelfall genau zu untersuchen, ob tatsächlich handwerksfähige Tätigkeiten ausgeübt werden.

Das Abstellen auf die enge Verknüpfung zwischen theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung führt dazu, dass neben den schon bisher als handwerksmäßig einzuordnenden Betrieben auch für andere Betriebe die Handwerksmäßigkeit zu bejahen sein kann. Diese neu einbezogenen Betriebe sind in allen für die Ziele der Handwerksordnung relevanten Aspekten aber vergleichbar mit den schon bisher als handwerksmäßig eingestuften Betrieben.

Folglich kann die auch für die bisher erfassten Fälle verfolgte Argumentationslinie zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG durch die Zulassungspflicht ebenso übernommen werden wie die Gedanken zur Vereinbarkeit der aus der Zuordnung zum zulassungspflichtigen Handwerk resultierenden Ungleichbehandlung gegenüber der nichthandwerksmäßigen oder reisegewerblichen Ausübung dieser Tätigkeiten mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Zuvor bestehende Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Zulassungspflicht[405] nach der Gesetzeslage vor der Handwerksrechtsnovelle 2004 sollten mit dieser ausgeräumt werden.[406] Nach überwiegender Auffassung ist dies gelungen.[407] Auch das Bundesverwaltungsgericht hat die Verfas-

404 Vgl. dazu *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 71 m.w.N.

405 Für die Lage vor der Novelle ausdrücklich geäußert vom Bundesverfassungsgericht; vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 05. Dezember 2005 – 1 BvR 1730/02 –, GewA 2006, 71, 72 f.

406 Vgl. *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, 2004, S. 10; *Hüpers*, GewA 2014, 190, 194.

407 Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit des Meistervorbehalts seit dem Wandel in den Zielen der Handwerksordnung im Zuge der Novelle 2004 *Beaucamp*, DVBl 2004, 1458 ff.; *Kormann/Hüpers*, GewA 2008, 273; *Kramer*, GewA 2013, 105 ff.; *Hüpers*, GewA 2014, 190, 194; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 Rn. 3; *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 13; a.A. *Bulla*, Freiheit der Berufswahl; *Bulla*, GewA 2012, 470, 476; *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 108 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungsmäßigkeit bereits bejaht.[408] Die dagegen eingelegten Verfassungsbeschwerden hat das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.[409] Da eine Neueinführung der Zulassungspflicht für bestimmte Betriebe einer Wiedereinführung gleicht, können insbesondere die Einschätzungen hinsichtlich der Rückführung einiger Berufe der Anlage B in die Anlage A in der Handwerksrechtsnovelle 2020[410] herangezogen werden. Auch hinsichtlich der Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG – bzw. nach einer Mindermeinung in Art. 9 Abs. 1 GG – durch die Pflicht zur Mitgliedschaft in der Handwerkskammer[411] und die Vereinbarkeit der darin liegenden Ungleichbehandlung gegenüber nichthandwerksmäßig bzw. nichthandwerksähnlich betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieben, deren Inhaber der Industrie- und Handelskammer zugeordnet sind, mit Art. 3 Abs. 1 GG bestehen keine Besonderheiten gegenüber den schon nach bisherigen Auslegungsgrundsätzen von der Handwerksmäßigkeit bzw. Handwerksähnlichkeit erfassten Fällen. Dasselbe gilt für die mögliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 ff. AEUV und der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 ff. AEUV.[412]

Indem die vorgeschlagene Auslegung eine an den Zielen der Handwerksordnung orientierte Abgrenzung zwischen Handwerk und Nichthandwerk ermöglicht, deren Folgen ihrerseits verfassungs- und unionsrechtskonform sind, sind auch die gleichheitsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Differenzierung nach dem Ausmaß an eingesetzter Technik ausgeräumt.

---

408 Vgl. BVerwGE 140, 267 und BVerwGE 140, 276, 280 ff.; vgl. dazu *Wiemers*, NVwZ 2012, 284 ff.; sowie BVerwGE 149, 265, 274 ff.

409 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Dezember 2011 – 1 BvR 2876/11; BVerfG, Beschluss vom 21. August 2014 – 1 BvR 1944/14.

410 Siehe dazu das im Vorgang der Novelle im Auftrag des Zentralverband des Deutschen Handwerks verfasste Gutachten von *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Statthaftigkeit der Rückführung von Anlage B1 – Handwerken in die Anlage A zur HwO; dokumentiert in *Burgi*, WiVerw 2018, 181 ff.; kritisch *Kamp/Weiß*, GewA 2018, 450. Die Argumentation der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/14335, wird nachgezeichnet von *Sallaberger*, GewA 2020, 203, 207; zum Referentenentwurf des BMWi vgl. *Wiemers*, GewA 2020, 13 ff.

411 Vgl. *Kluth*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 14 Rn. 36 m.w.N. zu beiden Auffassungen und mit Betonung der im Gegenzug eingeräumten mitgliedschaftlichen Rechte.

412 Vgl. dazu *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 7 ff., und *Kluth*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 14 Rn. 41 ff., jeweils m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Fazit

Der Begriff der Handwerksmäßigkeit lässt einen Auslegungsspielraum offen, der es erlaubt, durch Rückgriff auf das hinter traditioneller Handwerksarbeit stehende Prinzip der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung und eine diesem Prinzip entsprechende Modifizierung der bisherigen Indizien, die Abgrenzung von Handwerk und Nichthandwerk auf verfassungskonforme Weise so zu bestimmen, dass sie auch angesichts der vergangenen ebenso wie künftigen Entwicklungen der Digitaltechnik zu einer sachgerechten Einordnung handwerksfähiger Betriebe führt. Somit besteht auch angesichts veränderter Lebenssachverhalte weiterhin eine Legitimation für das Sonderrecht des Handwerks.[413]

E. Ergebnis

Bei derzeitigem Stand der Technik können die gängigen Indizien zur Auslegung der Handwerksmäßigkeit selbst unter Berücksichtigung der schwindenden Aussagekraft des Indizes des Ausmaßes an eingesetzter Technik regelmäßig eine sachgerechte Abgrenzung ermöglichen. Für eine sach- und zielgerechte Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung ist es aber erforderlich, künftig auf ein manuelles Element zu verzichten. Stattdessen ist das handwerksmäßige Betreiben im Sinne von §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1 HwO bzw. das handwerksähnliche Betreiben im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 2 zu bejahen, wenn bei der Ausübung berufsspezifischer Arbeiten die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung gegeben ist.

413 *Degenhart*, DVBl 1996, 551, 553, sah hingegen Zweifel an der Legitimation als „naheliegende Konsequenz“ bei Annahme eines Strukturwandels der Handwerksbetriebe weg vom „Leitbild des kleinen bis mittleren, entscheidend durch den Inhaber und dessen Mitarbeit im Betrieb, dessen unmittelbare Teilhabe am Arbeitsergebnis geprägten Handwerksbetriebs“, welchen er allerdings unter Heranziehung von Beschäftigtenzahlen als nicht gravierend einstuft.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

A. *Problemstellung*

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

I. Anzeigen der Möglichkeit, handwerkliche Leistungen zu bestellen

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Gewerbe

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

2. Ohne vorhergehende Bestellung

Eine vorherige Bestellung gerade des Kunden[416] schließt gem. § 55 Abs. 1 GewO das Vorliegen eines Reisegewerbes aus. Nur wenn die erste Initiative vom Gewerbetreibenden ausgeht, kann es sich um Reisegewerbe handeln.[417] Eine das Reisegewerbe ausschließende Bestellung kann auf jede Weise erfolgen, etwa auch telefonisch.[418] Eine Bestellung kann nur angenommen werden, wenn der Kunde dem Gewerbetreibenden einen Geschäftsabschluss in Aussicht stellt, nicht aber, wenn allein ein Informationsgespräch gewünscht wird.[419] Eine vorherige Bestellung im Sinne des § 55 Abs. 1 GewO muss sowohl hinsichtlich des Verhandlungsgegenstandes[420] als auch bezüglich Zeit und Ort der Beratungen hinreichend konkret sein.[421] Gleichzeitig muss der Kunde einen Vertragsschluss konkret in Aussicht stellen, das kann ausdrücklich oder konkludent geschehen.[422]

---

415 Vgl. *Wormit*, JuS 2017, 641, 642 f.; *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 67; *Rossi*, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK Gewerbeordnung, § 55 Rn. 6.
416 Vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 31 ff.
417 Vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 30.
418 Vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 31.
419 Vgl. dazu *Ratzke*, GewA 2014, 71 ff.
420 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 103.
421 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 105.
422 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 106 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

3. Außerhalb der gewerblichen Niederlassung

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

4. Erfüllen eines besonderen Merkmals

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

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

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

429 Vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 75.
430 Statt vieler vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 80; *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), § 55 Rn. 167, 169 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

---

431 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 482.
432 Vgl. dazu nur *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 159.
433 Vgl. dazu nur *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 162.
434 Vgl. dazu nur *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 162.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

435 Vgl. etwa *Korte*, GewA 2010, 265, 268.
436 Übersichtlich dargestellt bis 2004 von *Hüpers*, GewA 2004, 230, 231 f.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

Auch das Bundesverfassungsgericht schloss sich dem nicht an. Es ist der Auffassung, das „Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen" im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO umfasse auch solche Fälle, in denen „die Erfüllung erst in einem gewissen zeitlichen Abstand" erfolgen soll.[440] Dabei wird angemerkt, dass schon der Wortlaut eine andere Begründung kaum zulasse und auch die Entstehungsgeschichte nichts anderes vermuten lasse. Es wird auch die Parallele zum Aufsuchen von Bestellungen über Waren gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewO gezogen, bei dem eine sofortige Leistungsbereitschaft unstreitig nicht erforderlich ist und darauf hingewiesen, dass Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Bestellung von Waren oder Leistungen gerade vermieden werden sollten. Zudem werde die reisegewerberechtliche Zielsetzung des Kundenschutzes auch durch die Einbeziehung der nachfolgenden Leistung gefördert. Zwar wirkt sich die Einordnung als Reisegewerbe bei der Ausübung wesentlicher Leistungen von Berufen der Anlage A konträr aus, indem es für dieses gegenüber der Handwerksordnung mildere Regeln vorsieht. Darauf habe der Gesetzgeber aber mit dem Verbot der Erbringung gewisser handwerklicher Leistungen im Reisegewerbe in § 56 Abs. 1 Nr. 1 lit. d GewO[441] reagiert.[442] Daher

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

5. Zwischenergebnis

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

III. Zwischenergebnis

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

459 So auch *Ennuschat/Plogmann*, GewA 2019, 273, 273.
460 Vgl. *Ennuschat/Plogmann*, GewA 2019, 273, 273 Fn. 13.
461 Vgl. *Ott*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, TMG, § 5 Rn. 6.
462 Zu der Unterscheidung vgl. *Kremer*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 28 Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

---

463 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 39.
464 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 40.
465 Vgl. *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 148.
466 Vgl. dazu *Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Gewerbeordnung, Vorbem. vor Titel III Rn. 148 und § 55 Rn. 27; dieser Ansicht ist auch *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 104.
467 So auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. September 2000 – 1 BvR 2176/98 –, GewA 2000, 480, 480; *Ennuschat*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, § 55 Rn. 4.
468 Vgl. statt vieler *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 12 Rn. 5 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

---

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

4. Zwischenergebnis

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

471 Vgl. BVerfGE 13, 97.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Art. 3 Abs. 1 GG noch gewahrt ist. Mit Blick auf die auch heute noch bestehenden Unterschiede in Art und Umfang der ausgeübten Tätigkeiten sowie die unterschiedlichen betrieblichen Strukturen von Reise- und stehendem Gewerbe[474] lässt sich jedoch argumentieren, dass schon keine vergleichbaren Sachverhalte vorliegen und mangels Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem Art. 3 Abs. 1 GG gar nicht einschlägig ist.[475] Selbst bei Annahme einer Ungleichbehandlung zeigt eine typisierende Betrachtung, dass die aktuell begrenzte Auftragsstruktur im Reisegewerbe dazu führt, dass gefahrgeneigte Tätigkeiten des Reisegewerbes nur seltener ausgeübt werden,[476] der Zweck der Gefahrenabwehr nicht in gleichem Maße angesprochen ist und somit ein sachlicher Differenzierungsgrund besteht.[477] Die Frage nach der Einbeziehung der reisegewerblichen Ausübung von Handwerkstätigkeiten in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung kann folglich momentan noch als rechtspolitische gesehen werden.[478]

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

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

a) Impulse sich verändernder Lebenssachverhalte

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

---

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

3. Zwischenergebnis

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

III. Fazit

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

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

D. Mögliche Konsequenzen

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werksordnung,[479] oder durch Begrenzung des Anwendungsbereichs des Reisegewerberechts.

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

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

---

479 Dies schlägt *Bulla*, WiVerw 2019, 182, 199 vor.
480 Vgl. *Dürr*, GewA 2011, 8, 14; *Korte*, in: Schmidt/ Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 94.
481 Vgl. die Auffassung der Bundesregierung zur Handwerksrechtsnovelle 2004, BT-Drs. 15/1481; *Hüpers*, GewA 2004, 230, 233; *Dürr*, GewA 2011, 8, 14 f.
482 Vgl. *Korte*, GewA 2010, 265, 269 ff.
483 Vgl. *Leisner*, GewA 2015, 435, 441.
484 Vgl. *Detterbeck*, Kommentar zur Handwerksordnung, § 1 Rn. 28.
485 Vgl. *Dürr*, GewA 2011, 8, 14.
486 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke (Hrsg.), Handwerksordnung, § 1 Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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

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

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

F. Ergebnis

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

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
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, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 7 Ergebnisse und Fazit

Die Digitalisierung wirft hinsichtlich der Anwendbarkeit und Adäquanz der Regelungen der Handwerksordnung in erster Linie Fragestellungen auf, die auch unabhängig davon bereits Gegenstand von Kritik und Kontroversen waren. Allen voran wird die altbekannte Frage der Abgrenzung von Handwerk und Industrie vor neue Herausforderungen gestellt. Mit der „Handwerksmäßigkeit" bzw. „Handwerksähnlichkeit" in §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 2 HwO ist als Abgrenzungsmoment ein unbestimmter Rechtsbegriff gewählt worden, der nicht nur hinsichtlich der zu seiner Feststellung heranzuziehenden Indizien, sondern auch hinsichtlich des Gegenstücks, von dem abzugrenzen ist, offen ist, indem er gerade positiv eine Eigenschaft von Handwerksbetrieben hervorhebt und nicht negativ Elemente des Industriebetriebs umfasst. Nach den bisherigen Auslegungsgrundsätzen kommt beim Aufgeben eines Restverbleibs an Handarbeit die Handwerksmäßigkeit des Betreibens nicht in Betracht. Noch ist ein solches Element manueller Arbeit in fast allen Fällen gegeben, selbst wenn die Möglichkeiten der Digitaltechnik im Betrieb umfassend genutzt werden. Mit dem weiteren technologischen Fortschritt kann sich dies ändern. Allerdings werden auch in der Industrie zunehmend Indizien erfüllt, die bisher dem Handwerk vorbehalten waren, wie etwa die Individualisierung von Produkten. Infolge der Digitalisierung lässt sich eine Annäherung von Handwerk und Industrie von beiden Seiten beobachten. Auch in nicht produzierenden Handwerksberufen gibt es immer mehr Möglichkeiten des Maschineneinsatzes, sodass die Abgrenzung des Handwerks vom Nichthandwerk auch in nicht produzierenden Berufen immer häufiger relevant wird. In sachlicher Hinsicht müssen angesichts dieses Zusammenwachsens der eingesetzten Arbeitsmittel die bisher verwendeten Indizien irgendwann versagen. Schon jetzt aber sind die bisher gängigen Auslegungsgrundsätze nicht dazu geeignet, das mit der Zulassungspflicht für den Betrieb zulassungspflichtiger Handwerke im stehenden Gewerbe seit der Handwerksrechtsnovelle 2004 ausdrücklich verfolgte Ziel der Eindämmung von Gefahren für Leib und Leben Dritter sachgerecht abzubilden.

Um im Wandel von Lebenssachverhalten und Zielsetzung der Zulassungspflicht gleichermaßen bestehen zu können, muss eine Neuausrichtung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit erfolgen. Der Wortlaut

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„handwerksmäßig“ weist darauf hin, dass eine Neuauslegung dem Wesen des Handwerks entsprechen muss. In der Literatur werden viele Wesenselemente des Handwerks diskutiert. In Anlehnung an den gestalterischen Charakter des Handwerks und die zu beobachtende Verlagerung des Schwerpunkts von bei der Berufsausübung verwendeten Fertigkeiten hin zu den verwendeten Kenntnissen nachzeichnend, wird die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung als Wesenselement des Handwerk herausgearbeitet. Bei diesem Wesenselement handelt es sich um ein Alleinstellungsmerkmal des Handwerks innerhalb der Gruppe der handwerksfähigen Gewerbebetriebe, sodass es grundsätzlich als Abgrenzungsmoment vom Nichthandwerk in Betracht kommt. Die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung beschreibt die Art und Weise der Anwendung der berufsspezifischen Kenntnisse. Damit wird auf das hinter der traditionellen Handwerksarbeit stehende Prinzip abgestellt. Die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung kann aber nicht nur gegeben sein, wenn im Betrieb zumindest teilweise auch manuelle Fertigkeiten eingesetzt werden. Die Innovationen der Digitaltechnik ermöglichen mittlerweile – anders als vor der Digitalisierung – eine solche Art der Kenntnisanwendung auch bei umfassendem Maschineneinsatz. Mit dem Abstellen auf das hinter der traditionellen Handwerksarbeit stehende Prinzip können auch neue Ausdrucksformen desselben Grundprinzips erfasst werden. Die Art und Weise der Anwendung schlägt sich naturgemäß nieder in den betrieblichen Strukturen. Auch die bisherigen Indizien beschreiben die betrieblichen Strukturen eines Betriebs, indem die enge Verknüpfung von Konzeption und Umsetzung die Arbeitsweise prägt. Es zeigt sich so die Nähe beider Ansätze. Selbst das Indiz des nur geringen Einsatzes von Technik, welches im Mittelpunkt der Kritik des bisherigen Verständnisses der Handwerksmäßigkeit stand, kann auf das Vorliegen der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung hinweisen. Dabei muss aber der reine Indizcharakter berücksichtigt werden und an der Grenze eines Restverbleibs an Handarbeit kann nicht festgehalten werden.

Versteht man die Handwerksmäßigkeit im vorgeschlagenen Sinne, so kann anhand dieses Kriteriums auch der Anwendungsbereich der Handwerksordnung zielgerecht eingegrenzt werden. Die vor allem mit der Gefahrenabwehr begründete Zulassungspflicht bei der Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A gilt nur bei handwerksmäßiger Betriebsweise, nicht bei nichthandwerksmäßiger. Das zeigt, dass gerade aus dieser Betriebsweise höhere Gefahren für Leben und Gesundheit Drit-

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter erwachsen. Wenn einige bzw. der Großteil der Berufe der Anlage A als „gefahrgeneigte Berufe“ bezeichnet werden, kann daraus geschlossen werden, dass bei der handwerksmäßigen Betriebsweise ein höheres Potential der Realisierung der berufsinhärenten Gefahren besteht. Gerade in der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung ist eben dieses höhere Gefahrenrealisierungspotential des Handwerks angelegt, dem mit der Zulassungspflicht beigekommen werden soll. Eine Abgrenzung anhand der Handwerksmäßigkeit im Sinne der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung kann auch das Ziel des Schutzes materieller Kulturgüter sachgerecht abbilden und fördert auch die Ausbildungsleistung. Das Ziel des immateriellen Kulturgüterschutzes, also der Weitergabe traditioneller Handwerkstechniken, kann durch die vorgeschlagene Auslegung, die kein manuelles Element fordert, hingegen nicht abgebildet werden. Zur Abbildung dieses Ziels ist aber auch die Differenzierung anhand der Handwerksmäßigkeit nach den bisherigen Auslegungsgrundsätzen zu weit gefasst. Bisher sind in der Anlage A allerdings ohnehin keine Berufe enthalten, für deren Aufnahme in die Anlage A allein der immaterielle Kulturgüterschutz ausschlaggebend war. Sollte dies künftig für bestimmte Gewerbe der Fall sein und soll für diese daher nur die traditionelle Handwerksausübung von der Zulassungspflicht umfasst sein, so könnte diese Beschränkung erreicht werden, indem der Nennung des betroffenen Berufs in der Anlage A die Bezeichnung „traditionelles“ vorangestellt wird. Die Handwerksmäßigkeit im vorgeschlagenen Sinne kann also beschreiben, für welche Gewerbebetriebe, die wesentliche Tätigkeiten der Anlage A ausüben, die Zulassungspflicht gelten soll, damit die Ziele der Zulassungspflicht auch angesichts geänderter Lebenssachverhalte gefördert werden können. Die Differenzierung anhand dieses Kriteriums ist auch dazu geeignet, das Ziel der sachnahen Betreuung für in ihrer Arbeitsweise vergleichbare Betriebe in Handwerksberufen und Berufen des handwerksähnlichen Gewerbes durch die Handwerkskammern zu fördern.

Die vorgeschlagene Neuausrichtung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit bietet also eine auch die veränderten Lebenssachverhalte sachgerecht erfassende und auch angesichts der veränderten Zielsetzung der Handwerksordnung zielgerechte Begrenzung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung. Diese Herausforderung durch die Digitalisierung kann die Handwerksordnung also mit dem bestehenden Rechtsrahmen ohne Änderung *de lege ferenda* meistern.

Ein weiteres Problemfeld betrifft die Einordnung in die Kategorien des stehenden und des Reisegewerbes bei der Einwerbung von Aufträgen über

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ganz konkrete handwerkliche Leistungen über die Systemsteuerungsmodule IoT-fähiger Geräte. Diese findet ohne eine konkret darauf gerichtete vorhergehende Bestellung des Kunden statt. Für die Frage, ob auch außerhalb einer möglicherweise vorhandenen Niederlassung agiert wird, ist angesichts der Zielsetzung der Gewerbeordnung auf die Kundenperspektive abzustellen. Aus Kundenperspektive findet die Kontaktaufnahme über das Internet immer außerhalb der gewerblichen Niederlassung des Gewerbetreibenden statt. Mangels sofortiger Leistungsbereitschaft liegt kein Anbieten von Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO vor. Es ist aber ein Fall des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO gegeben, der nach herrschender Meinung auch die spätere Leistungserbringung noch umfasst. Wird dem Kunden über das Systemsteuerungsmodul eines über das Internet der Dinge vernetzten Gerätes bereits eine konkrete handwerkliche Leistung wie die Reparatur angeboten und führt dies zu einer Auftragserteilung, so sind also alle Elemente des Reisegewerbes im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO dem Wortlaut nach erfüllt.

An der Adäquanz der Einordnung der Auftragsakquise mittels eines auf den Einzelfall zugeschnittenen digital übermittelten Angebots über die Ausführung konkreter handwerklicher Leistungen als Reisegewerbe bestehen allerdings Bedenken. Zunächst sind die §§ 55 ff. GewO ihrem Sinn und Zweck nach nicht einschlägig. Sie sollen gerade vor der kumulativen Gefahr der Überrumpelung des Kunden durch den Reisegewerbetreibenden und dessen anschließender Verflüchtigung schützen. In der untersuchten Situation ist die Intensität der Überrumpelungsgefahr zwar vergleichbar mit derjenigen der klassischen Reisegewerbesituation. Die Gefahr der Anbieterverflüchtigung ist aber nicht höher als bei anderen Internetgeschäften. Ihr will der Gesetzgeber mit den Regelungen des Telemediengesetzes beikommen. Der Überrumpelungsschutz vermag angesichts der bereits bestehenden zivilrechtlichen Schutzmechanismen für sich genommen den mit der Reisegewerbekartenpflicht verbundenen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen. Auch die Ungleichbehandlung zum stehenden Gewerbe ist für diese Fälle nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Daneben bestehen spätestens seit dem Wandel der Zielsetzung der Handwerksordnung grundsätzliche Bedenken an der Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung auf das stehende Gewerbe, denn die Modalitäten der Auftragseinwerbung sind vollkommen irrelevant für das der handwerksmäßigen Ausübung gefahrgeneigter Tätigkeiten inhärente Gefahrenrealisierungspotential sowie für die Förderung des ma-

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

teriellen oder immateriellen Kulturgüterschutzes und die Ausbildungsleistung. Angesichts der noch bestehenden Unterschiede in den Betriebsstrukturen von Reise- und stehendem Gewerbe ist allerdings schon das Vorliegen wesentlich gleicher Vergleichsgruppen fraglich, jedenfalls kann aber in den unterschiedlichen Auftragsstrukturen derzeit noch ein sachlicher Differenzierungsgrund gesehen werden. Ordnet man aber die untersuchte Fallkonstellation des Angebots einer konkreten Leistung über das Systemsteuerungsmodul einer IoT-fähigen Sache als Reisegewerbe ein, so sind für diese Fälle die Auftragsstrukturen vergleichbar mit denen im Fall eines sonstigen Vertragsschlusses im Internet. Infolge dessen können sich auch die betrieblichen Strukturen von stehendem und Reisegewerbe annähern. Mit zunehmender Nutzung dieser Form der Auftragsakquise durch Reisegewerbetreibende wird die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung durch eine typisierende Betrachtung an Überzeugung verlieren und schließlich künftig eine andere verfassungsrechtliche Bewertung erfordern.

Da die Einordnung als Reisegewerbe bei dieser Form der Auftragsakquise allerdings bereits jetzt für alle Gewerbe verfassungswidrig ist, muss auch die Gewerbeordnung der Ansatzpunkt zum Ausräumen der Bedenken sein. Die Verfassungsmäßigkeit lässt sich im Wege der teleologischen Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO auf solche Fälle, in denen beide Parteien körperlich anwesend sind, herstellen. Dann sind auch alle handwerklichen Leistungen, die zur Erfüllung eines über das Steuerungsmodul eines IoT-fähigen Geräts eingeworbenen Auftrags erbracht werden, dem stehenden Gewerbe zuzuordnen, sodass sich die Handwerksausübung zur Erfüllung eines daraufhin zustande gekommenen Vertrags nach den Regelungen der Handwerksordnung zu richten hat.

Plattformen zur Vermittlung von Handwerksbetrieben oder handwerklichen Leistungen nehmen in unterschiedlichem Maße Einfluss auf die die handwerklichen Tätigkeiten schließlich ausführenden Einheiten. Wer in einem solchen Gefüge als Adressat der Handwerksordnung in Betracht kommt und in welchen Fällen die Handwerksordnung tatsächlich zur Anwendung kommt, ist daher nicht immer offensichtlich. Entscheidend zum Feststellen des potentiellen Adressaten ist die Erkenntnis, dass die Handwerksordnung auf den Handwerksbetrieb im Sinne einer funktionalen Einheit anknüpft. Die Handwerksordnung differenziert zwischen verschiedenen Betriebsformen und nicht auf alle findet sie Anwendung.

Die Inhaber von ausführenden Einheiten, die über Werbe-, „Onlineshop"- oder „Partnervermittler"-Plattformen sowie „Infrastruktur-Anbieter" vermittelt werden, üben ihre Tätigkeiten selbstständig im stehenden Gewerbe aus. Auch der Betrieb ausführender Einheiten, die über „Fran-

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chiser"-Plattformen vermittelt werden, ist nach der Zielsetzung des Gewerberechts als selbstständig einzuordnen und die Gewerbeeigenschaft somit zu bejahen. Werden diese Einheiten handwerksmäßig betrieben und handwerksfähige Tätigkeiten ausgeübt, so handelt es sich um Handwerksbetriebe bzw. Betriebe eines handwerksähnlichen Gewerbes. Für die Plattformen selbst fehlt es jeweils an der Handwerksfähigkeit. Insbesondere können auch „Franchiser"-Plattformen mangels Einflussnahme oder Überwachung der Ausübung der berufsspezifischen Tätigkeiten durch die ausführenden Handwerksbetriebe nicht einem Handwerksgewerbe zugeordnet werden.

Schwieriger ist die Feststellung des für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung maßgeblichen Betriebs in den Fällen, in denen ein Gewerbetreibender Inhaber sowohl der Plattform als auch der ausführenden Einheiten ist. Für die Einordnung können die Parameter des Nebenbetriebsbegriffs herangezogen werden, die die Abgrenzung von untrennbar verschmolzenen Einheiten einerseits und unverbundenen Betrieben andererseits ermöglichen.

Allerdings kommen als verbundenes Unternehmen für einen Nebenbetrieb nur solche Plattformen in Betracht, die neben der Vermittlung an ausführende Einheiten in der Hand desselben Inhabers auch andere Zwecke, wie etwa die Vermittlung von Aufträgen an externe Handwerksbetriebe oder den Vertrieb von Produkten, verfolgen, denn andernfalls ist die Plattform kein gegenüber den ausführenden Einheiten separates Unternehmen. Die Verbundenheit der Einheiten mit der Plattform bei gleichzeitiger Eigenständigkeit ist in der Regel gegeben. Eine untergeordnete Stellung des Nebenbetriebs hinsichtlich seiner Wirtschaftskraft oder seiner Zwecksetzung ist nicht zu fordern. Sind ausführende Einheiten einer Plattform zugeordnet, die neben der Vermittlung eigener ausführender Einheiten auch andere Zwecke verfolgt, so handelt es sich bei ihnen also normalerweise um Nebenbetriebe der Plattform.

Auch wenn der Inhaber der Plattform gleichzeitig auch der Inhaber der einzelnen ausführenden Einheiten ist, sind diese ausführenden Einheiten selbst also die maßgeblichen Betriebe für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung. Die strukturelle Verknüpfung kann sich aber darauf auswirken, ob die Handwerksordnung tatsächlich zur Anwendung kommt, denn nicht für alle Nebenbetriebe ist die Anwendbarkeit der Handwerksordnung vorgesehen. Für Nebenbetriebe, die zwar wesentliche Tätigkeiten der Anlage A handwerksmäßig ausüben, gilt die Handwerksordnung gem. §§ 2 Nr. 2, Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO nicht, wenn sie in nur unerheblichem Umfang im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO betrieben werden oder als

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO einzuordnen sind. Praktisch wird dies auf viele ausführende Einheiten von Plattformen zutreffen. Nach herrschender Meinung ist das Fehlen eines Verweises auf die Nebenbetriebsvorschriften für das zulassungspflichtige Handwerk im Abschnitt über zulassungsfreie Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe so zu verstehen, dass Nebenbetriebe dieser Gewerbe immer vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ausgenommen sind.

Das grundsätzliche Anknüpfen der Anwendbarkeit der Handwerksordnung ist sach- und zielgerecht. Die Inhalte der Handwerksordnung sind auch adäquat für in Plattformmodelle eingebundene Handwerksbetriebe. Die Ausnahme solcher ausführender Einheiten, die Nebenbetriebe außerhalb der von § 3 Abs. 1 HwO umfassten Kategorie der handwerklichen Nebenbetriebe darstellen, vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ist aber mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Für Nebenbetriebe im weiteren, auch Hilfsbetriebe umfassenden Sinn, in denen wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A ausgeübt werden, ist dies eine Folge der seit 2004 verfolgten neuen Zielsetzung der Eintragungspflicht. Eine Ausräumung der Ungleichbehandlung kann nur *de lege ferenda* erfolgen. Angesichts der Ziele der Eintragungspflicht für das zulassungspflichtige Handwerk hat sie durch Aufnahme in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung bzw. Aufheben der Ausnahmeregelung zu erfolgen. Für Nebenbetriebe, in denen Gewerben der Anlage B nachgegangen wird, wird die Ungleichbehandlung mit dem Aufkommen von Portalmodellen, deren ausführende Einheiten in der Hand desselben Inhabers verschiedene Gewerbe ausüben, deutlich sichtbar, wenn Nebenbetriebe des zulassungspflichtigen Handwerks – sofern sie weder unerheblich noch ein Hilfsbetrieb sind – dem Handwerk zuzuordnen sind, gleich ausgestaltete Nebenbetriebe in Gewerben der Anlage B hingegen nicht. Die Einbeziehung dieser Nebenbetriebe wäre grundsätzlich auch durch ein anderes Verständnis des Fehlens eines Verweises auf §§ 2, 3 HwO zu bewerkstelligen, denn bei Nebenbetrieben handelt es sich um eine Unterform von Betrieben, sodass viel dafür spricht, in Ermangelung von Spezialvorschriften auch für Nebenbetriebe in Gewerben der Anlage B die §§ 18 ff. HwO anzuwenden. Angesichts der gegenteiligen herrschenden Auffassung wäre aber auch hier ein Tätigwerden des Gesetzgebers wünschenswert.

Insgesamt macht der Kontext der Digitalisierung deutlich, dass Bedürfnisse der Praxis die Auslegung und Änderungen der Handwerksordnung stark beeinflusst haben und so ein nicht immer schlüssiges Zuordnungssystem entstanden ist. Insbesondere der Wandel in der Zielsetzung der

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eintragungspflicht für das zulassungspflichtige Handwerk wurde nicht konsequent umgesetzt.

Mit der Wahl des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Handwerksmäßigkeit“ als Element des Handwerksbetriebs wurde aber ein ausreichend wandelbarer Definitionsansatz verfolgt, um trotz der gravierenden Veränderung von Arbeitsmitteln und -prozessen, aber auch der Zielsetzung der Handwerksordnung durch Anpassung der Auslegung auch künftig eine adäquate Zuordnung zum Handwerk vornehmen zu können. Die Abgrenzung von stehendem und Reisegewerbe ist auch bei neuen internetbasierten Formen der Vertragsanbahnung besonders brisant bei der Ausübung von Handwerkstätigkeiten. Die aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken an der Zuordnung zum Reisegewerbe bei der Auftragsakquise mittels individuellen Angebots über das Internet der Dinge bestehen hier aber für alle Gewerbe und können durch teleologische Reduktion des Tatbestands aufgefangen werden. Der funktionale Betriebsbegriff als Anknüpfungspunkt der Handwerksordnung erweist sich als Schlüssel zur handwerksrechtlichen Erfassung von Plattformstrukturen. *De lege ferenda* ist hier aber die Nachbesserung bezüglich der Nebenbetriebsregelungen gefragt. Auch die Ausnahme bestimmter Nebenbetriebe vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ist nicht erst durch das Aufkommen neuer Geschäftsmodelle durch die Digitalisierung problematisch geworden – die Unstimmigkeiten sind durch das gemeinsame Vorkommen mit von der Handwerksordnung erfassten Nebenbetrieben innerhalb derselben Plattformstruktur aber sichtbarer geworden.

Insgesamt zeigt sich bei genauer Untersuchung, dass die Handwerksordnung in ihrer Grundkonzeption bei unvoreingenommener, den verfassungsrechtlichen Orientierungsvorgaben folgender Herangehensweise auch die durch die Digitalisierung geänderten Lebenssachverhalte sinnvoll und zielgerecht erfassen kann. Gefragt ist vor allem eine zukunftsgewandte Auslegung. Gesetzesänderungen sind nur punktuell vorzunehmen. Mit wenigen Anpassungen durch den Gesetzgeber ist die Handwerksordnung also auch für die Zukunft bestens gerüstet.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Literaturverzeichnis

Alexander, Christian/Knauff, Matthias, Per App ans Ziel? – Internetbasierte Mobilitätsdienste aus personenbeförderungs- und wettbewerbsrechtlicher Perspektive, GewA 2015, 200–208.

Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell (Hrsg.): Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage, München 2019.

Baudisch, Roman, Zum Begriff des handwerklichen Nebenbetriebs, GewA 1965, 217–221.

Bauernhansl, Thomas, Die Vierte Industrielle Revolution – Der Weg in ein wertschaffendes Produktionsparadigma, in: Vogel-Heuser, Birgit/Bauernhansl, Thomas/ten Hompel, Michael (Hrsg.), Handbuch Industrie 4.0, Bd. 4 – Allgemeine Grundlagen, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg 2017, S. 1–31.

Baumeister, Peter, Handwerksrechtliche Zulassungspflicht für „gefahrgeneigte" Minderhandwerke oder Neben- und Hilfsbetriebe?, GewA 2007, 310–320.

Beaucamp, Guy, Meister ade – zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl 2004, 1458–1463.

Begleitforschung PAiCE (Hrsg.), Potentiale der künstlichen Intelligenz im produzierenden Gewerbe in Deutschland, Berlin 2018, verfügbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/potenziale-kuenstlichen-intelligenz-im-produzierenden-gewerbe-in-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=16, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Bendel, Oliver, Definition: Industrie 4.0, Stand 28. August 2018, verfügbar unter https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/industrie-40-54032, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), DWDS – Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache. Das Wortauskunftssystem zur deutschen Sprache in Geschichte und Gegenwart, verfügbar unter https://www.dwds.de/, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Böglmüller, Matthias/Günther, Jens, Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt, BB 2017, 53–58.

Boehme-Neßler, Volker, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, Berlin 2008.

Böttger, Veit Michael, Stellungnahme zum vorstehenden Aufsatz von Dr. Dieter Johannes Roemer-Blum über die „Abgrenzung zwischen Handwerk und Kunst", GewA 1986, 14–16.

Britz, Gabriele, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, 346–351.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bulla, Simon, Freiheit der Berufswahl. Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Determinanten des Berufszugangs am Beispiel des Handwerksrechts, Baden-Baden 2009.

Bulla, Simon, Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewA 2012, 470–476.

Bulla, Simon, Das Reisegewerbe im Handwerk – ein Bruch im System des Großen Befähigungsnachweises, WiVerw 2019, 182–200.

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Elektrotechnikermeister/in. Kurzbeschreibung, Stand 28. Oktober 2020, verfügbar unter https://berufenet.arbeitsagentur.de/berufenet/faces/index?path=null/sucheAZ/kurzbeschreibung&dkz=2738&let=E, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Gerüstbauer/in. Kurzbeschreibung, Stand 28. Oktober 2020, verfügbar unter https://berufenet.arbeitsagentur.de/berufenet/faces/index?path=null/kurzbeschreibung&dkz=4066, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Installateur- und Heizungsbauermeister/in. Kurzbeschreibung, Stand 28. Oktober 2020, verfügbar unter https://berufenet.arbeitsagentur.de/berufenet/faces/index?path=null/kurzbeschreibung&dkz=14373, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.), Industrie 4.0 und Digitale Wirtschaft. Impulse für Wachstum, Beschäftigung und Innovation, Berlin 2015, verfügbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/I/industrie-4-0-und-digitale-wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.), Weißbuch Digitale Plattformen. Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, Berlin 2017, verfügbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.pdf?__blob=publicationFile&v=24, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Hrsg.), Monitoring-Report Wirtschaft Digital 2018, Berlin 2018, verfügbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/monitoring-report-wirtschaft-digital-2018-langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=14, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. / Noerr LLP (Hrsg.), Industrie 4.0 – Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung. Ein Beitrag zum politischen Diskurs, Berlin, Stand November 2015, verfügbar unter https://bdi.eu/media/presse/publikationen/information-und-telekommunikation/201511_Industrie-40_Rechtliche-Herausforderungen-der-Digitalisierung.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Burgi, Martin, Die Verpflichtung zur überbetrieblichen Ausbildung in der Bauwirtschaft im Rahmen von Verfassung und Gesetz, WiVerw 2016, 233–253.

Burgi, Martin, Verfassungs- und europarechtliche Statthaftigkeit der Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO?, WiVerw 2018, 181–255.

Burgi, Martin, Zukunftsperspektiven von Meisterbrief und Handwerksordnung, WiVerw 2019, 142–153.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Busch, Christoph, Does the Amazon Dash Button Violate EU Consumer Law? Balancing Consumer Protection and Technological Innovation in the Internet of Things, EuCML 2018, 78–80.

Caviezel, Claudio/Grünwald, Reinhard/Ehrenberg-Silies, Simone, et. al., Additive Fertigungsverfahren (3-D-Druck). Innovationsanalyse, TAB-Arbeitsbericht Nr. 175, Berlin 2017.

Dais, Siegfried, Industrie 4.0 – Anstoß, Vision, Vorgehen, in: Vogel-Heuser, Birgit/Bauernhansl, Thomas/Hompel, Michael ten (Hrsg.), Handbuch Industrie 4.0, Bd. 4 – Allgemeine Grundlagen, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg 2017, S. 259–268.

Dauses, Manfred (Begr.)/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, 51. Ergänzungslieferung (Stand Oktober 2020), München 2021.

Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA 2015, 1032–1041.

Degenhart, Christoph, Strukturwandel im Handwerk, Handwerksbegriff und Kammerzugehörigkeit, DVBl 1996, 551–556.

Detterbeck, Steffen, Handwerksordnung, Kommentar, 4. Auflage, München 2008.

Detterbeck, Steffen, Nomos Bundesrecht Erläuterungen, Handwerksordnung, 3. Online-Auflage, Baden-Baden 2016.

Deutscher Industrie- und Handelskammertag/Deutscher Handwerkskammertag (Hrsg.), Handreichung für die Abgrenzung Handwerk zu Industrie/Handel/Dienstleistungen, Berlin 2017.

Deutscher Industrie- und Handelskammertag/Deutscher Handwerkskammertag (Hrsg.), Leitfaden Abgrenzung, Handwerk/Industrie/Handel/Dienstleistungen, Berlin 2017.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II, 3. Auflage, Tübingen 2015.

Duden, Konrad, Verbraucherschutz und Vertragsschluss im Internet der Dinge, ZRP 2020, 102–105.

Dürr, Wolfram, Meisterprüfung als präventives Sicherheitselement?) [sic], GewA 2003, 415–416.

Dürr, Wolfram, Die Eigenständigkeit zulassungsfreier Handwerksberufe, GewA 2005, 364–366.

Dürr, Wolfram, Kuriosum Reisegewerbe im Handwerk, GewA 2011, 8–15.

Eggert, Björn/Kordaß, Bernd, Morgen noch kräftig zubeißen – Zahnmedizin 4.0, in: Matusiewicz, David/Pittelkau, Christian/Elmer, Arno (Hrsg.), Die Digitale Transformation im Gesundheitswesen. Transformation, Innovation, Disruption, Berlin 2017, S. 160–164.

Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2019.

Ehlers, Dirk/Pünder, Herrmann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin, Boston 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Engelhardt, Sebastian von/Wangler, Leo/Wischmann, Steffen, Eigenschaften und Erfolgsfaktoren digitaler Plattformen. Eine Studie im Rahmen der Begleitforschung zum Technologieprogramm AUTONOMIK für Industrie 4.0 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Berlin 2017, verfügbar unter https://www.iit-berlin.de/de/publikationen/eigenschaften-und-erfolgsfaktoren-digitaler-plattformen, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Ennuschat, Jörg/Plogmann, Leonie, Gewerbeordnung: bekannt und bewährt, aber auch fit genug für die digitale Zukunft?, GewA 2019, 273–278.

Ennuschat, Jörg/Wank, Rolf/Winkler, Daniela (Hrsg.), Gewerbeordnung, Kommentar, 9. Auflage, München 2020.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 46. Edition (Stand 15. Februar 2021), München 2021.

Erbs, Georg/Kohlhaas, Max (Begr.)/*Häberle, Peter* (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 233. Ergänzungslieferung (Stand Oktober 2020), München 2020.

Erdmann, Joachim, Das System der Ausnahmetatbestände zur Meisterprüfung im Handwerksrecht, DVBl 2010, 353–363.

Etzold, Hans-Joachim, Handwerk und Industrie – Das Abgrenzungsproblem gewinnt gewerbepolitische Aktualität –, GewA 1983, 181–185.

Fastermann, Petra, 3D-Drucken. Wie die generative Fertigungstechnik funktioniert, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg 2016.

Fiege, Carsten, Der Filialhandwerker in Deutschland und Europa, GewA 2001, 409–415.

Frenz, Walter, Die Berufsanerkennungsrichtlinie und verbliebene sektorale Richtlinien, GewA 2011, 377–384.

Frenz, Walter (Hrsg.), Handbuch Industrie 4.0: Recht, Technik, Gesellschaft, Berlin 2020.

Friauf, Karl Heinrich (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung – GewO, 324. Ergänzungslieferung (Stand März 2021), Köln 2021.

Fröhler, Ludwig, Zum Begriff der handwerklichen Hilfs- und Nebenbetriebe, GewA 1955/56, 80–83.

Fröhler, Ludwig, Der Handwerksbegriff in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GewA 1964, 145–148.

Fröhler, Ludwig, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, München 1965.

Fröhler, Ludwig, Die Bedeutung der "Kenntnisse" für den Handwerksbegriff, GewA 1969, 241–244.

Fröhler, Ludwig, Das Berufsbildsystem der Handwerksordnung, WiVerw 1980, 57–87.

Fröhler, Ludwig, Handwerk und Industrie. Eine Anmerkung zu den Ausführungen von Dr. Hans-Joachim Etzold, GewA 1983, 186–188.

Frotscher, Werner (Begr.)/*Kramer, Urs*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Auflage, München 2019.

Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 31. Edition (Stand 01. Februar 2021), München 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Glasl, Markus/Maiwald, Beate/Wolf, Maximilian, Handwerk – Bedeutung, Definition, Abgrenzung, München 2008.

Grabitz, Eberhard (Begr.)/*Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I-III EUV/AEUV, 71. Ergänzungslieferung (Stand August 2020), München 2020.

Grefrath, Holger, Der Grundsatz der Normenklarheit in der Fallbearbeitung, JA 2008, 710–714.

Gronau, Norbert/Becker, Jörg/Kliewer, Natalia et. al. (Hrsg.), Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik. Online-Lexikon, verfügbar unter http://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Günther, Jens/Böglmüller, Thomas, Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt, BB 2017, 53–58.

Günther, Thomas, Die Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung, GewA 2012, 16–20 und 62–65.

Guthardt, Steffen, 3-D-Druck: Wie die Technik das Handwerk verändert. Deutsche Handwerks Zeitung vom 5. Mai 2017, verfügbar unter https://www.deutsche-handwerks-zeitung.de/3-D-druck-wie-die-technik-das-handwerk-veraendert/150/19529/243310, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Hagebölling, Lothar, Handwerksbegriff und struktureller Wandel. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, GewA 1984, 209–216.

Heckmann, Dirk, E-Commerce: Flucht in den virtuellen Raum? – Zur Reichweite gewerberechtlicher Bindungen des Internethandels, NJW 2000, 1370–1375.

Heinze, Christian/Fehling, Michael/Fiedler, Lothar, Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, München 2014.

Hergenröder, Cyril, Die Vereinbarkeit sogenannter „Dash Buttons" mit den zivilrechtlichen Regelungen zum E-Commerce, VuR 2017, 174–178.

Hilbert, Martin/López, Priscila, The World´s Technological Capacity to Store, Communicate, and Compute Information, Science 2011, Vol. 332 Issue 6025, p. 60–65.

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht. 54. Ergänzungslieferung (Stand Oktober 2020), München 2021.

Honig, Gerhart, Rechtsfragen um den handwerklichen Nebenbetrieb, GewA 1989, 8–12.

Honig, Gerhart, „Reisegewerbe" und Scheinarbeitnehmer – Versuche zur Umgehung der Handwerksordnung, GewA 1991, 10–15.

Honig, Gerhart (Begr.)/*Knörr, Matthias/Thiel, Markus* (Hrsg.), Handwerksordnung mit Berufsausbildungsrecht, Kommentar, 5. Auflage, München 2017.

Hüpers, Frank, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewA 2004, 230–233.

Hüpers, Frank, Der Schutz handwerksrechtlicher Strukturprinzipien durch das Wettbewerbsrecht, GewA 2014, 190–196.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ingold, Albert, Gelegenheitsverkehr oder neue Verkehrsgelegenheiten? Taxi-Apps und Ridesharing als Herausforderung für das Personenbeförderungsrecht, NJW 2014, 3334–3339.

Jahn, Ralf, Die Änderungen im Recht der Industrie- und Handelskammern per 01.01.2004, GewA 2004, 41–46.

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, 16. Auflage, München 2020.

Kainer, Friedemann/Förster, Lydia, Autonome Systeme im Kontext des Vertragsrechts, ZfPW 2020, 275–305.

Kamp, Florian/Weiß, Johannes, Die Wiedereinführung der Meisterpflicht für die B1-Gewerke – Feuer des Prometheus oder Büchse der Pandora?, GewA 2018, 450–455.

Kluth, Andreas, German "Digitalisierung" versus American innovation, Handelsblatt Global vom 23. Februar 2018, verfügbar unter https://global.handelsblatt.com/opinion/german-digitalisierung-versus-american-innovation-890730, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kluth, Winfried, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2019.

Kluth, Winfried (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 3. Auflage, Baden-Baden 2020.

Knauff, Matthias, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.

Kocher, Eva/Hensel, Isabell, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 984–990.

Kollner, Werner, Zum Begriff des unerheblichen Nebenbetriebs, GewA 1969, 49–51.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Orthopädietechnik – ein Berufsbild im digitalen Wandel, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/Publikationen%20und%20Flyer/Brosch%C3%BCre_PDF/kdh_broschuere_erfolgsgeschichte_rehateam.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung: 3-D-Scanner in der Orthopädietechnik: Die dreidimensionale Vermessung menschlicher Körperteile, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/03_faktsheet_orthopaedierehadrseden_web.pdf; zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Die digitale Sattelfertigung: Der 3-D-Pferderücken-Scanner macht es möglich, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/06_faktsheet_tombuettner_web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Digital an die Spitze: Ein Online-Konfigurator trifft den Zeitgeist der Individualisierung, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/02_zdh_factsheet_whitestone_web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Digitales Produkterlebnis macht den Kunden zum Gestalter – multimediale Begleitung eines handwerklichen Prozesses, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/Faktsheet_HolzgespuerKasper_Web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung: Einsatz additiver Fertigung in der Orthopädietechnik, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/08_faktsheet_rehateambayreuth_web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Einsatz von Datenbrillen im Bereich Service und Instandhaltung, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/04_faktsheet_schulzsystemtechnik_web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Mobiler 3-D-Scanner im orthopädischen Schuhhandwerk: für mehr Kundennähe und Präzision, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/15_zdh_factsheet_fredmax_web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Nachhaltigkeit durch Digitalisierung: Zeit für slow baking durch modernste Vorwiegeanlagen und Teigreiferäume, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/08_fickenscher_sf_sud_web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Roboter als Lösung für mehr handwerkliche Feinarbeit, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/04_zdh_schubert_steinmetz-web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Social Media: virtueller Verkaufstresen zur Absatzsteigerung und Vertrauensbildung, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/07_max_fleischer_web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Traditionsbewusst und innovativ: Absatzsteigerung durch den Einsatz von 3-D-Druckern zur Schokoladenherstellung, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/10%20ZDH_Factsheet_KonditoreiBaumann_Web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Praxisbeispiel Digitalisierung. Virtual-Reality-Brillen im Handwerk: Die interaktive 3-D-Visualisierung von Ideen und Produkten, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/02_faktsheet_diemeistertischler_web.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Umsetzungsprojekt. Digitale Datenerfassung statt Zettelwirtschaft, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/umsetzungsprojekt_digitale_datenerfassung_maler_hoelzel.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Umsetzungsprojekt. Hopfen, Malz und digitale Technik, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/PDF%20Beitr%C3%A4ge/06_umsetzungsprojekt_brauerei.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kompetenzzentrum Digitales Handwerk, Umsetzungsprojekt. Spielräume für weiteres Wachstum. Mobil und transparent durch flexible Softwarelösung, verfügbar unter https://www.handwerkdigital.de/deulocal/textbilder/images/Publikationen%20und%20Flyer/Brosch%C3%BCre_PDF/Vorhabensbeschreibung_Rakowski.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Kopp, Ferdinand, Die Zukunft des Handwerksrechts und seiner Organisation, WiVerw 1994, 1–19.

Körber, Torsten, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93–101.

Kormann, Joachim/Hüpers, Frank, Das neue Handwerksrecht, München 2004.

Kormann, Joachim/Hüpers, Frank, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewA 2004, 353–363 und 404–408.

Kormann, Joachim/Hüpers, Frank, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band II: Ein Programm, München 2007.

Kormann, Joachim/Hüpers, Frank, Inländerdiskriminierung durch Meisterpflicht?, GewA 2008, 273–279.

Kormann, Joachim/Liegmann, Jörg, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks. Band I: Eine Bestandsaufnahme, München 2005.

Korte, Stefan, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewA 2010, 265–273.

Kramer, Urs, Die Meisterpflicht im Handwerk – Relikt oder Weg in die Zukunft?, GewA 2013, 105–111.

Kramer, Urs/Hinrichsen, Tim, Der Fall Uber – Taxen, Mietwagen und der technologische Fortschritt, GewA 2015, 145–150.

Krause, Rüdiger, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, NZA 2016, 1004–1007.

Krcmar, Helmut/Räß, Georg/Wiesche, Manuel/Pflügler, Christop /Schreieck, Maximilian, Digitalisierung im Handwerk. IT-Einsatz für mehr Effizienz entlang der Prozesskette, München 2017, verfügbar unter https://www.hwk-muenchen.de/downloads/digitalisierung-im-handwerk-it-einsatz-fuer-mehr-effizienz-entlang-der-prozesskette-74,11056.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Krönke, Christoph, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht. Grundlagen – Herausforderungen und Konzepte – Perspektiven, Tübingen 2020.

Lachmayer, Roland/Lippert, Rene Bastian/Fahlbusch, Thomas (Hrsg.), 3D-Druck beleuchtet. Additive Manufacturing auf dem Weg in die Anwendung, Berlin, Heidelberg 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav (Begr.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Kommentar, 85. Ergänzungslieferung (Stand September 2020), München 2021.

Leeb, Christina-Maria, Rechtskonformer Vertragsabschluss mittels Dash-Button? Innovativer Wocheneinkauf 4.0 auf dem Prüfstand, MMR 2017, 89–93.

Leisner, Walter, Der Verfassungsschutz des Handwerks und die Abgrenzung Handwerk – Industrie, GewA 1997, 393–400.

Leisner, Walter Georg, Die rechtliche Ordnung des Handwerks im Reisegewerbe und im stehenden Gewerbe: Differenzierende Behandlung – überzeugende Differenzierung?, GewA 2015, 435–441.

Leisner, Walter Georg, Handwerkstätigkeit und Reisegewerbe. Das Handwerk im „stehenden Gewerbe" im Spannungsfeld mit dem Reisegewerbe unter der Berücksichtigung steuerrechtlicher Gesichtspunkte, München 2015.

Leisner, Walter Georg, Der handwerkliche Hilfsbetrieb gem. § 3 Abs. 3 HwO – Abgrenzung, Voraussetzungen und Folgen für Betrieb und Handwerk, GewA 2019, 384–388.

Leisner, Walter Georg (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar Handwerksordnung, 13. Edition (Stand 01. Januar 2021), München 2021.

Lenski, Sophie Charlotte, Die neue Beschäftigungsuntersagung im Reisegewerbe, GewA 2008, 388–393.

Lessmann, Kurt, Die neue Bestimmung des Steuerungsänderungsgesetzes 1961: Betreuung handwerksähnlicher Gewerbe durch die Handwerkskammern, Deutsches Handwerksblatt 1961, 195–196.

Lingemann, Stefan/Otte, Jörn, Arbeitsrechtliche Fragen der "economy on demand", NZA 2015, 1042–1047.

Linke, Benjamin, Gewerbefrei oder „Uber"-reguliert? – Die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten auf dem Prüfstand, NVwZ 2015, 476–479.

Linke, Benjamin/Jürschik, Corina, Analog trifft digital – Neuigkeiten bei den rechtlichen Rahmenbedingungen zum Ride- und Carsharing, NZV 2018, 496–506.

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage, München 2017.

Ludwigs, Markus, Rechtsfragen der Sharing Economy am Beispiel der Modelle Uber und Airbnb, NVwZ 2017, 1646–1653.

Maaßen, Wolfgang, Kunst oder Gewerbe? 3. Auflage, Heidelberg 2001.

Maier, Ralf/Rupprecht, Bernd, Das Anerkennungsgesetz des Bundes, WiVerw 2012, 62–76.

Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflage, München 2018.

Mann, Thomas, Randnotizen zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht, GewA 2010, 93–97.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, 93. Ergänzungslieferung (Stand Oktober 2020), München 2021.

Mirbach, Horst, „Reinigung nach Hausfrauenart" unzulässig?, GewA 2005, 366–369.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Müller, Martin, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403–412.

Müller, Martin, Meisterpflicht und Gefahrgeneigtheit – zum Grundverständnis der Handwerksordnung nach der Novelle 2004, GewA 2007, 361–370.

Münch, von, Ingo (Begr.)/*Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 7. Auflage, München 2021.

Nordemann, Jan Bernd/Rüberg, Michael/Schaefer, Martin, 3D-Druck als Herausforderung für die Immaterialgüterrechte, NJW 2015, 1265–1271.

Pfeifer, Wolfang et. al., Etymologisches Wörterbuch des Deutschen (1993), digitalisierte und von Wolfgang Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, verfügbar unter https://www.dwds.de/d/wb-etymwb, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Pielow, Johann-Christian, Handwerksrelevante Entwicklungen im Gewerberecht, WiVerw 2019, 154–167.

Pielow, Johann-Christian (Hrsg.), Beck´scher Online-Kommentar GewO, 53. Edition (Stand 01. März 2021), München 2021.

Proeger, Till/Thonipara, Anita/Bizer, Kilian, Homepage-Nutzung im Handwerk. Eine sektorale und regionale Analyse, Göttingen 2019.

Ratzke, Walter, Zum Begriff der „vorherigen Bestellung" im Reisegewerbe, GewA 2014, 71–72.

Roemer-Blum, Dieter Johannes, Zur Abgrenzung zwischen Handwerk und Kunst, GewA 1986, 9–14.

Roßnagel, Alexander, Datenschutz in der künftigen Verkehrstelematik, NZV 2006, 281–288.

Ruland, Franz, Beschäftigungsverhältnis oder "Neue Selbstständigkeit"?, NZS 2019, 681–693.

Ruthig, Josef/Storr, Stefan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2020.

Rüth, Herbert, Kunsthandwerk – Handwerk oder Kunst? Die rechtliche Einordnung des Kunsthandwerks, GewA 1995, 363–367.

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 11. Auflage, München 2020.

Sallaberger, Sophie, Öffentliche Bestellung von Sachverständigen nach § 91 I Nr. 8 HwO: Umfang der Kompetenz und Inhalt der Bestellung, DS 2019, 61–68.

Sallaberger, Sophie, Die Handwerksrechtsnovelle 2020, GewA 2020, 203–207.

Schäfer, Anne, Berufsrecht 2020 – Mit der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie auf dem Weg zu einem modernen Regulierungsrecht?, EuzW 2018, 789–795.

Schlachter, Monika/Ohler, Christoph (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar, Baden-Baden 2008.

Schliesky, Utz, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2012.

Schmidt, [Vorname unbekannt], Überlegungen zum Begriff der "handwerksähnlichen Berufe", GewA 1962, 25–28.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schmidt, Reiner/Wollenschläger, Ferdinand (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Berlin 2019.

Schmitz, Klaus, Die Mitgliedschaft in den Handwerkskammern – Systematik der Zuordnung – zugleich zu Mirbach, GewA 2005, Heft 9, GewA 2005, 453–455.

Schmitz, Klaus, Strukturelle Veränderungen im Baugewerbe – Facility-Management und Handwerk – Zugleich zu Leisner, GewA 2019, 384 ff., WiVerw 2019, 174–181.

Schotthöfer, Kurt, Anmerkungen zum vorstehenden Aufsatz von Dr. Stolz, GewA 1982, 364–365.

Schönleiter, Ulrich, Das neue Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der GewO, GewA 2009, 384–391.

Schreiner, Manja, Reisegewerbe und Handwerk, GewA 2015, 233–236.

Schröder, Meinhard, Ridesharing-Angebote als Herausforderung für das Personenbeförderungs- und das Ordnungsrecht, DVBl 2015, 143–148.

Schubert, Claudia, Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts?, RdA 2018, 200–206.

Schwannecke, Holger (Hrsg.), Die deutsche Handwerksordnung, Kommentar, Stand Dezember 2020, München 2021.

Schwappach, Jürgen/Klinge, Gabriele, Handwerksrechtliche Voraussetzungen zur Annahme eines Nebenbetriebes i.S. von §§ 2 und 3 HwO – Anmerkungen zur neueren Rechtsprechung –, GewA 1987, 73–80.

Schwarz, Paul, Die handwerksmäßige Betriebsform unter der gewandelten Struktur des Handwerks, WiVerw 1989, 207–229.

Schwarz, Paul, Der Strukturwandel im Handwerk als Strukturproblem der Handwerkskammern, GewA 1993, 353–357.

Schweitzer, Heike/Fetzer, Thomas/Peitz, Martin, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper No. 16–042, Mannheim 2016, verfügbar unter https://www.zew.de/publikationen/digitale-plattformen-bausteine-fuer-einen-kuenftigen-ordnungsrahmen/?twt=1, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Schwindt, Hanns, Kommentar zur Handwerkerordnung, Bad Wörishofen 1954.

Sertl, Walter, Kriterien für die Abgrenzung von Handwerksbetrieben und Industrieunternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht, WiVerw 1989, 185–206.

Seyfarth, Marcus, Über die Auswirkungen neuester europäischer Einflüsse auf Berufszugangsregulierung, EuZW 2019, 1005–1010.

Solmecke, Christian/Lengersdorf, Bonny, Rechtliche Probleme bei Sharing Economy – Herausforderungen an die Gesetzgebung auf dem Weg in eine geteilte Welt, MMR 2015, 493–497.

Sommer, Sarah, Mega Markt Web. Die Karriere der Online-Plattformen, Handwerk Magazin 06/2018, 18–26.

Sommer, Sarah/Kittnar, Julia, Die Projekte der Hersteller, Handwerk Magazin 10/2018, 18–24.

Sommer, Sarah, Die Projekte der Händler, Handwerk Magazin 02/2019, 22–28.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Specht, Louisa/Herold, Sophie, Roboter als Vertragspartner? Gedanken zu Vertragsabschlüssen unter Einbeziehung automatisiert und autonom agierender Systeme, MMR 2018, 40–44.

Springer Gabler Verlag (Hrsg.), Gabler Wirtschafslexikon, verfügbar unter https://wirtschaftslexikon.gabler.de/, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Steib, Hans, Handwerk im Reisegewerbe erleichtert – Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.09.2000 – 1 BvR 2176/98, GewA 2001, 57.

Steimle, Volker, Garantiebedingungen im Pkw-Vertrieb, NJW 2014, 192–194.

Sternberg, Hans Karl, Abgrenzung zwischen Handwerk und freier Kunst, WiVerw 1986, 130–137.

Stober, Rolf/Eisenmenger, Sven, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht. Gewerberechtliche Grundlagen, spezielles Branchenrecht und branchenübergreifende Querschnittsmaterien, 16. Auflage, Stuttgart 2016.

Stolz, Jürgen, Zur Verbundenheit zwischen Haupt- und Nebenbetrieb nach § 2 Nr. 3, § 3 HwO, GewA 1982, 359–364.

Stork, Stefan, Die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung, GewA 2008, 177–186.

Thomas, Stephan/Sinn, Rüdiger, Unterwegs mit einem Dachdecker, der Drohnen für die Dachinspektion nutzt, Deutsche Handwerkszeitung, vom 15. Mai 2017; verfügbar unter https://www.deutsche-handwerks-zeitung.de/unterwegs-mit-einem-dachdecker-der-drohnen-fuer-die-dachinspektion-nutzt/150/2395/351173, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Traublinger, Heinrich, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewA 2003, 353–359.

Trenkle, Johannes, Plattformen für Handwerksbetriebe. Ergebnispräsentation, München 2019, verfügbar unter https://lfi-muenchen.de/wp-content/uploads/2019/08/201906_Plattform%C3%B6konomie_Ergebnispr%C3%A4sentation_vf.pdf, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Uber B.V., Im Namen der Sicherheit unterwegs, verfügbar unter: https://www.uber.com/de/de/ride/safety/?city=munich, abgerufen am 31. Mai 2021.

Uber B.V., Sicherheit mit der Uber App, verfügbar unter: https://www.uber.com/de/de/drive/basics/staying-safe-with-the-uber-app/, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Wagner, Bernd, Connected Cars und das Internet of Things – Auf der Überholspur in die datengetriebene Zukunft, in: Roßnagel, Alexander/Hornung, Gerrit (Hrsg.), Grundrechtsschutz im Smart Car. Kommunikation, Sicherheit und Datenschutz im vernetzten Fahrzeug, Wiesbaden 2019, S. 201–225.

Wiemers, Matthias, Das novellierte Handwerksrecht in der neuesten Rechtsprechung des BVerwG – weitere Fragen offen, NVwZ 2012, 284–286.

Wiemers, Matthias, „Rückvermeisterung" des Handwerks – durch Qualifikation zur Qualität? – Zum Referentenentwurf des BMWi, GewA 2020, 13–16.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Will, Martin, Selbstverwaltung der Wirtschaft. Recht und Geschichte der Selbstverwaltung in den Industrie- und Handelskammern, Handwerksinnungen, Kreishandwerkerschaften, Handwerkskammern und Landwirtschaftskammern, Tübingen 2010.

Wimmer, Norbert/Weiß, Mari, Taxi-Apps zwischen Vermittlertätigkeit und Personenbeförderung – Die verwaltungsgerichtliche Entscheidungspraxis zu den Uber-Angeboten, MMR 2015, 80–85.

Wintermann, Ole, Von der Arbeit 4.0 zur Zukunft der Arbeit, NZA 2017, 537–541.

Witt, Daike, Bewertung ausländischer Berufsqualifikationen durch die Handwerkskammern – Umsetzung des neuen Anerkennungsgesetzes im Handwerk, WiVerw 2012, 101–116.

Wormit, Maximilian, Einführung in das allgemeine Gewerberecht, JuS 2017, 641–646.

Zentralverband des Deutschen Handwerks, „Datenmonopole müssen verhindert werden", Interviews/Statements vom 04. Juli 2019, verfügbar unter https://www.zdh.de/presse/interviews-statements/datenmonopole-muessen-verhindert-werden/, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Zentralverband des Deutschen Handwerks, Wirtschaftlicher Stellenwert des Handwerks 2019, verfügbar unter https://www.zdh.de/daten-fakten/kennzahlen-des-handwerks/, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Zentralverband des Deutschen Handwerks, EU-Kommission veröffentlicht Strategie zu Daten und Künstlicher Intelligenz/Handwerk fordert „rechtlich gesicherten Zugang zu allen wettbewerbsrelevanten Daten", EU-News vom 19. Februar 2020, verfügbar unter https://www.zdh.de/fachbereiche/europapolitik/eu-news/eu-kommission-veroeffentlicht-strategie-zu-daten-und-kuenstlicher-intelligenz/, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

Ziekow, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, München 2020.

Zuck, Rüdiger, Handwerk als Gestaltung, NJW 1961, 1519–1520.

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748912507, am 12.10.2024, 04:15:06
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb