§ 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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
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/10.5771/9783748912507-33, am 12.11.2024, 18:28:23
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb