

§ 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 Betriebens 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

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 zukunftsgerichteten 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

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 Handwerker-novelle 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.; *Hageböling*, 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.

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.

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. BVerfGE 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 *Korrmann/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.

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-

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. *Kempfen*, 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; *Maafsen*, Kunst oder Gewerbe?, Rn. 591 ff.

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 Fassadenmaler²¹⁶ 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.

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 Meisterprüfungsverordnung²²⁶ sowie der nach §§ 25 f. HwO erlassenen Ausbildungsordnung²²⁷ 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.

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 Gewerbebetrieb 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.

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.

1965²³⁸ 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 Wesentlichen²⁴² 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.

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.

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 Steueränderungsgesetz 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 ausübbar 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 Fleischerlegers 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

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.

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

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.

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 2003²⁶⁰ 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 einzuzugrenzen.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.

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 Betriebens 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.

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

Die Nichthandwerksmäßigkeit ist aber keine hinreichende Voraussetzung für das Bejahren 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.

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.

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 in einzelnen Betrieben 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 vornherein 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. 4f.

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.

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.

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 Hilfsarbeiter²⁸³ 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.

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.; *Schreiner*, 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.

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 Kapitaleinsatz²⁹⁸ 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.

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 Gewerbebezweiges beantwortet werden können [...]“

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

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 Betriebens 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

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-Handwerk³¹⁰ (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 Zahnrestorationen (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.

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.

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 Handwerksmäßigkeit. 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.

Einflussnahme 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.

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.

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.

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

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“.

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 Revolution³²⁹ 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

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 Annäherung 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.

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.

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 beherrscht³³⁷ oder es handelt sich um sogenannte Regiebetriebe³³⁸ 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.

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 Interesse³⁴⁰ der Betroffenen ein. Zwar stehen der Pflicht zur Qualifikation auch Nutzeneffekte gegenüber.³⁴¹ Diese können aber jedenfalls nicht als gleichwertige³⁴² Kompensation³⁴³ 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.

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. BVerfGE, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 8/10 –, Juris-Rn. 30.

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 gänzlich 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.

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 geändert³⁵⁹ 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.

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 zwecktauglich³⁶³ 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 beigegeben 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.

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

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.

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 Gewerbeordnung³⁶⁸ 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.

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-

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 Berufstätigkeit“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.

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 Betriebens 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 Betriebens“ 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 Betriebens 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.

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: Dausen/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: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. II. Rn. 5.

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

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

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: Dausen/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 *Hageböling*, GewA 1984, 207, 211, der allerdings den Verbleib eines manuellen Kerns als unverzichtbar ansieht.

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 Ausnahmegewilligung; 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.

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.

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 inhabergeführten³⁹⁵ 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.

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.

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.

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.

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 eingestuft 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.

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 gefahrge- neigt 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.

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 praktischer 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

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, das allein zur Verfolgung des immateriellen Kulturgüterschutzes darin aufgenommen wurde. Die betroffenen Berufe Orgel- und Harmoniumbauer sowie Drechsler (Elfenbeinschnitzer) und Holzspielzeugmacher wurden zugleich als gefahrteneigt 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.

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

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 eingestufteten 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 Zulassungspflicht⁴⁰⁵ 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; *Eblers*, 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.

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 2020⁴¹⁰ 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 Handwerkskammer⁴¹¹ 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.

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.