

Teil 1: Handwerksunternehmen und ihre spezifische rechtliche Erfassung durch die Handwerksordnung

Zentrales Regelungswerk des Handwerks ist die zwar immer wieder veränderte, aber bis heute in den Grundstrukturen gleiche HwO aus dem Jahre 1953¹¹. Bis zum Inkrafttreten der HwO waren Regelungen für das Handwerk Teil der Gewerbeordnung (GewO), was sich bis heute an den Überschriften der aufgehobenen Normen in der GewO erkennen lässt.

Das Recht des Handwerks hat seine erste eigene, außerhalb der GewO liegende Kodifikation im Jahre 1953 mit dem Erlass des „Gesetzes zur Ordnung des Handwerks“ gefunden, das am 23. September 1953 verkündet wurde und am darauffolgenden Tag im Bundesgebiet und in West-Berlin in Kraft trat.¹² Ursprünglich diente die HwO in erster Linie¹³ der Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks als einem volkswirtschaftlich unentbehrlichen Teil der gewerblichen Wirtschaft und einem besonders wichtigen Teil des Mittelstandes sowie der Sicherung der Ausbildungsleistung des Handwerks, um für die gesamte gewerbliche Wirtschaft den Nachwuchs zu sichern.¹⁴ Es ging also um die Durchsetzung wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischer Ziele.¹⁵ Zwar kannten Rechtsprechung, Literatur und Politik den Begriff „Gefahrenhandwerk“, die Ge-

11 In der Fassung der Bekanntmachung vom 24.09.1998, BGBl. I S. 3074, ber. 2006 I S. 2095, zuletzt geändert durch Art. 1 Fünftes Gesetz zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften v. 9.6.2021 (BGBl. I S. 1654)

12 Vgl. sehr ausführlich zur Entstehung des Gesetzes Schwannecke, Handwerksordnung, Nr. 105, S. 11–49.

13 In der Stellungnahme des Bundesministers für Wirtschaft (Namens der Bundesregierung) anlässlich der verfassungsrechtlichen Prüfung der §§ 1 und 7 Abs. 1 und 2 der HwO durch das BVerfG – 1 BvL 44/55 vom 17.07.1961, BVerfGE 13, 97 (102) wird bereits hervorgehoben, dass „ein hoher Leistungsstand der einzelnen Handwerker geeignet sei, die Verbraucher vor wirtschaftlichen Nachteilen zu schützen“. In der Gesetzesbegründung des von den Fraktionen CDU/CSU, FDP und DP eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes über die HwO wird dieser Zweck allerdings nicht genannt.

14 Vgl. grundlegend BVerfGE 13, 97 (107 f.) und BVerwG 25, 66 (68 ff.); Berg, GewA 1982, 73 (73 f.); ausführlich dazu Leisner, GewA 1997, 393 (394 ff.).

15 Vgl. Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 1.

fahrenabwehr spielte allerdings keine bzw. nur eine untergeordnete Rolle.¹⁶ Die handwerkliche Gefahrenabwehr klang lediglich mittelbar an, wenn z. B. die Meisterpräsenz zum Schutz der Gesundheit erforderlich war.¹⁷ Ebenso mittelbar ging es um Verbraucherschutz, wenn der Leistungsstand des Handwerks nicht durch mangelhafte Leistung gegenüber Kunden in Mitleidenschaft gezogen werden sollte.¹⁸ Kernanliegen des Handwerksrechts war jedoch nicht die Gefahrenabwehr, es war nicht polizei- und ordnungsrechtlich motiviert, was sich auch daran erkennen lässt, dass das Handwerksrecht das Kriterium der Zuverlässigkeit nicht kennt.¹⁹ Die Zuverlässigkeit ist demgegenüber in zentralen Teilen des Gewerberechts wichtiger Anknüpfungspunkt, etwa für die Gewerbeuntersagung oder die Gaststättenerlaubnis, vgl. § 35 GewO²⁰ und § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG.

Erst mit der sog. Großen Handwerksnovelle im Jahr 2004 kehrte das Handwerksrecht zumindest in Teilen in den Kreis des gewerberechtlichen Gefahrenabwehrrechts zurück. Seit 2004 ist Gesetzeszweck und insbesondere Begründung der Meisterpflicht die Gefahrgeneigntheit der Handwerke der Anlage A, die der Meisterpflicht bedürfen.²¹ Am Ziel der Sicherung der hohen Ausbildungsbereitschaft und -leistung hat der Gesetzgeber auch weiterhin festgehalten und sie auch bei letzten Änderung der HwO im Jahr 2020 bestätigt.²² Im Zuge dieser aus mehreren Gesetzesnovellen bestehenden Anpassung des Handwerksrechts wurde eine Reihe von bisherigen Handwerken der Anlage B Abschnitt 1 in die Anlage A überführt und

16 Z. B. OVG Lüneburg, GewA 1993, 382, vgl. auch *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 96.

17 Vgl. *Schmitz*, WiVerw 1999, 88 (90 f.).

18 Vgl. BVerfGE 13, 97 (108, 114); *Badura*, GewA 1992, 201 (204 f.; 206 f.); *Leisner*, GewA 1997, 393 (396).

19 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 96.

20 Auch wenn z. B. § 35 GewO auch auf das Handwerk Anwendung findet, ist bei der Frage nach dem Zweck des Gesetzes entscheidend, dass es selbst die Zuverlässigkeit nicht kennt.

21 Vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 1, 22 f.; *Stober/Eisenmenger* sehen weiterhin keinen gefahrabwehrenden Charakter der HwO insgesamt, sondern lediglich im Teilbereich der Anlage A Handwerke, bei denen die Meisterprüfung erforderlich ist, vgl. Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 97; zusammenfassend *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, Einl. HwO Rn. 11.

22 Vgl. zu diesbezüglichen Forderungen der Oppositionsfraktion CDU/CSU BT-Drs. 15/1107, S. 2; im Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN ist dies ebenfalls angedeutet, BT-Drs. 15/1206, S. 2; zu den Ergebnissen der Verhandlungen des Vermittlungsausschusses vgl. BR-Prot 795/2003, S. 503.

damit (erneut) der Meisterpflicht unterworfen.²³ Dieser Schritt wurde bei allen zwölf Handwerken unter anderem mit der Gefahrgeneigtheit dieser Gewerke begründet.²⁴

Seit der Handwerksnovelle im Jahr 2004 und der damit einhergehenden starken Fokussierung auf die Gefahrenabwehr im Handwerksrecht verfolgt die HwO an sich keine wettbewerblichen Zwecke mehr, während es vor 2004 noch darum ging, den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks zu sichern, was auch dem Schutz vor ungewollter Konkurrenz diene. Dennoch – und das wird hier zu zeigen sein – kann die HwO bzw. die handwerksrechtliche Erfassung von bestimmten Unternehmen Auswirkungen auf den Wettbewerb dieser Unternehmen untereinander oder mit anderen Unternehmen haben.

A. Einordnung als Handwerksunternehmen

Eine Legaldefinition des Begriffs „Handwerk“ existiert im deutschen Recht nicht, auch Handwerksunternehmen werden als solche nicht – auch nicht in der HwO – legal definiert.

Bereits das Grundgesetz aber kennt den Begriff des Handwerks. Es weist dem Bund in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft zu und nennt in einem Klammerzusatz zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG an vierter Stelle – noch vor dem Gewerbe – das Handwerk. Auskunft über Charakteristika von Handwerksunternehmen bzw. deren Einordnung gibt das Grundgesetz freilich nicht.²⁵ Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und des Klammerzusatzes gibt keine Hinweise auf den Begriff des Handwerks. Vielmehr wurde dieser in die Aufzählung aufgenommen, weil es üblich war, das Handwerk neben dem Gewerbe und der Industrie zu nennen.²⁶

Zwar stellte sich der Gesetzgeber bei der Einführung der HwO die Frage, ob es möglich sei, eine Definition des Begriffs „Handwerk“ zu formulieren, beantwortete diese dann jedoch dahingehend, dass eine eindeutige und

23 Vgl. dazu ausführlich Sallaberger, GewA 2020, 203.

24 Zu abweichenden bzw. ergänzenden Begründungen im Einzelnen vgl. unten Teil I C. VI. 2.

25 Vgl. Leisner, GewA 1997, 393.

26 Vgl. die dahingehende Aussage des Vorsitzenden des Ausschusses für Abgrenzungsfragen Wagner, dokumentiert in: Wernicke/Booms, Der Parlamentarische Rat, Band 3, S. 352.

rechtlich belastbare Definition nicht gefunden werden könne. Vielmehr hat es der zuständige Ausschuss für Mittelstandsfragen – mit der Begründung, dass alle in Betracht kommenden Merkmale ebenso für kleine und mittlere Gewerbe- und Industriebetriebe gelten würden – ausdrücklich vermieden, besondere und für das Handwerk charakteristische Merkmale festzulegen.²⁷ Zudem sollten falsche Schlussfolgerungen betreffend die Auslegung des Handwerksbegriffs vermieden werden.²⁸ Auch bei späteren Änderungen der HwO wurde die Frage einer Definition des Handwerksbegriffs aufgeworfen. Man begnügte sich aber mangels umfassender Definitionsmöglichkeit weiterhin mit einer Umschreibung des Handwerksbegriffs.²⁹

In Betracht kommt eine Bestimmung des Handwerks anhand festgelegter, formaler Kriterien. Man spricht dabei vom statischen Handwerksbegriff.³⁰ Angeknüpft wird an Kriterien wie beispielsweise die Anzahl der Mitarbeiter des Betriebs.³¹ Der Vorteil liegt auf der Hand: Die Entscheidung über die Zuordnung zum Handwerk fällt relativ leicht. Gleichzeitig führt das Anknüpfen an statische Kriterien aber dazu, dass technische, wirtschaftliche und soziale Entwicklungen nicht ausreichend berücksichtigt werden können.³² Zudem gibt es Handwerksbetriebe, die mehrere tausend Mitarbeiter haben, und mit fortschreitender technischer Entwicklung verwischen die Grenzen zwischen Handwerk und Industrie zunehmend.³³

27 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen (18. Ausschuss), BT-Drs. IV/3461, S. 4; *Fröhler/Mörtel*, Die Berufsbildfixierung im Handwerksrecht, S. 8; *Müller*, GewA 1986, 79 (79); *Schwarz*, WiVerw 1989, 207 (208 f.); *Sertl*, WiVerw 1989, 185 (186).

28 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen (18. Ausschuss), BT-Drs. IV/3461, S. 8.

29 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen (18. Ausschuss), BT-Drs. IV/3461, S. 3 f. zur erneuten Überprüfung des Handwerksbegriffs bei der 1. Änderung der HwO 1964. Der zuständige Ausschuss für Mittelstandsfragen verzichtete ausdrücklich darauf, besondere Merkmale, wie Zahl, Art oder Vorbildung (z. B. Ingenieure oder Betriebswirte) der Beschäftigten, den Umsatz oder die Bilanzsumme, als charakteristisch für Handwerksbetriebe festzulegen. So auch schon das BVerwG, vgl. BVerwGE 17, 230 (232).

30 So teilweise im europäischen Ausland etwa in Frankreich, den Niederlanden, Polen oder Portugal, die an die Betriebsgröße anknüpfen, vgl. dazu *Peifer*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, Nr. 925 Rn. 21, 58, 66, 70.

31 Vgl. *Günther*, GewA 2012, 16 (17).

32 So auch die Rspr. BVerwGE 18, 226 (233); 25, 66 (71); 58, 217 (223); 95, 363 (370); BVerwG GewA 2004, 488 (488).

33 Schon 1964 das BVerwG, BVerwGE 18, 226 (228, 233); *Fiege*, GewA 2001, 409 (410) zur Entwicklung von Filialbetrieben; *Günther*, GewA 2012, 16 (17); zu den Auswir-

Während nun der deutsche Gesetzgeber auf die Definition des Handwerks verzichtet hat, haben Rechtsprechung³⁴ und Literatur³⁵ den sogenannten dynamischen Handwerksbegriff entwickelt. Demnach kann „sich das Handwerk als solches der technischen Entwicklung anpassen und sich diese Entwicklung zunutze machen, ohne Gefahr zu laufen, dadurch die Handwerkseigenschaft zu verlieren.“³⁶

Der Anwendungsbereich der HwO umfasst drei Arten von Gewerbebetrieben (das zulassungspflichtige Handwerk (dazu I. 1.), das zulassungsfreie Handwerk (dazu I. 2.) und das handwerksähnliche Gewerbe (dazu II.)), von denen jedoch nicht alle Handwerksbetriebe im rechtlichen Sinne sind. Zudem kennt die HwO verschiedene Formen von Handwerksbetrieben.

I. Handwerksbetrieb

Im Bereich des (Voll-)Handwerks unterscheidet die HwO zwischen dem zulassungspflichtigen und dem zulassungsfreien Handwerk. Das zulassungspflichtige Handwerk hat dabei die weit größere Bedeutung, so sind etwa 80 % aller Handwerksbetriebe mit ebenfalls fast 80 % der im Handwerk Beschäftigten den zulassungspflichtigen Handwerken zuzuordnen, sie erwirtschaften dabei etwa 91 % der Umsätze des gesamten Handwerks.³⁷

1. Zulassungspflichtiges Handwerk

Das zulassungspflichtige Handwerk ist in § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO näher umschrieben:

„Ein Gewerbebetrieb ist ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfaßt, das in der Anlage A aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten).“

kungen der Digitalisierung, Sallaberger, Digitalisierung als Herausforderung für das Rechtsregime des Handwerks.

34 Ausgehend von BVerwGE 17, 230 – Expresß-Schuhbar und BVerwGE 18, 226 (228, 233), ebenso 25, 66 (70 f.); auch BVerwG GewA 2004, 488.

35 Vgl. statt vieler Günther, GewA 2012, 16 (17), insb. Fn. 14 mit zahlreichen Nachweisen.

36 Günther, GewA 2012, 16 (17).

37 Vgl. <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Handwerk/aktuelle-struktur-handwerk.html> (abgerufen am 09.03.2022).

Danach ist ein Gewerbebetrieb ein Handwerksbetrieb, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe umfasst, das in Anlage A zur HwO aufgeführt ist, oder zumindest Tätigkeiten ausgeübt werden, die für eines der aufgeführten Gewerbe wesentlich sind.³⁸ Liegen diese Voraussetzungen vor, handelt es sich um ein zulassungspflichtiges Handwerk. Soll dieses als stehendes Gewerbe selbstständig betrieben werden, ist dies grundsätzlich nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen oder juristischen Personen oder Personengesellschaften gestattet, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO.

a. Gewerbebetrieb

Ein zulassungspflichtiger Handwerksbetrieb ist damit immer zunächst ein Gewerbebetrieb. Das Handwerksrecht kennt keinen eigenen Gewerbebegriff, vielmehr wird – zumindest grundsätzlich – auf den allgemeinen Begriff aus dem Gewerberecht zurückgegriffen.³⁹ Gerade im Bereich der Gewinnerzielungsabsicht ergeben sich entscheidende Unterschiede zwischen dem Begriff der GewO und der HwO, auf die im Abschnitt zum Recht der öffentlichen Unternehmen noch näher einzugehen sein wird.⁴⁰ Aber auch in der GewO existiert keine Legaldefinition des Gewerbes, Rechtsprechung und Literatur haben jedoch eine Reihe von Merkmalen entwickelt, die sich zu einer Definition zusammenfassen lassen.⁴¹ Danach setzt ein Gewerbe eine selbstständige, erlaubte und auf Dauer angelegte Tätigkeit, der mit Gewinnerzielungsabsicht nachgegangen wird, voraus (Gewerbsmäßigkeit). Ausgenommen sind Urproduktion, die Verwaltung eigenen Vermögens und die freien Berufe (Gewerbeunfähigkeit).⁴²

Das Kriterium der Selbstständigkeit dient der Abgrenzung vom Stellvertreter und Arbeitnehmer.⁴³ Selbstständig ist die Tätigkeit dann, wenn sie im eigenen Namen, auf eigene Rechnung, eigene Verantwortung und auf eigenes Risiko betrieben wird.⁴⁴ Zudem erfolgt sie unabhängig von Weisun-

38 Vgl. statt vieler *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 36.

39 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 48.

40 Vgl. unten Teil 4 C.

41 Siehe nur *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1 Rn. 6 m. w. N.

42 Vgl. *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1 Rn. 6; mit problematischen Abgrenzungsfällen im Handwerk *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 4.

43 Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 12; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 17 f.

44 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 41.

gen und die Verfügung über die eigene Arbeitskraft ist frei.⁴⁵ Weiter muss es sich um eine erlaubte Tätigkeit handeln, sie darf also nicht gegen Straf- oder Verbotsgesetze verstoßen oder als sittenwidrig bzw. sozial unwertig einzustufen sein.⁴⁶ Gerade diese Fallgruppe bereitet im Gewerberecht oftmals Schwierigkeiten, im Bereich des Handwerks ergeben sich hier jedoch regelmäßig keine Probleme.⁴⁷

Zudem muss die Tätigkeit in Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden.⁴⁸ Diese liegt vor, wenn ein unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil erwartet wird, der zu einem Überschuss über die Kosten der Tätigkeit führt.⁴⁹ Dabei kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich Gewinn erzielt wird, entscheidend ist lediglich die Absicht der Gewinnerzielung, auch die Verwendung des Gewinns ist unerheblich.⁵⁰

Eine Tätigkeit ist auf Dauer angelegt, wenn sie mit Fortsetzungsabsicht betrieben wird, was bei klassischen Gewerben und dem Handwerk meist unproblematisch ist.⁵¹

Negative Tatbestandsvoraussetzungen des Gewerbebegriffs sind das Nichtvorliegen von Urproduktion und der Verwaltung eigenen Vermögens (Gewerbeunfähigkeit). Urproduktion ist die unmittelbare Nutzung der Erde durch Bergbau, Landwirtschaft und Fischerei.⁵² Freie Berufe sind insbe-

45 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 42 mit zahlreichen Beispielen aus der Rspr.; vgl. für den gleichen Begriff der Selbstständigkeit in der GewO *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1 Rn. 9 ff. mit Hilfskriterien bei der Bestimmung der Selbstständigkeit, wenn die Kurzformel nicht ausreicht.

46 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 48.

47 Vgl. *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1 Rn. 14 ff.

48 Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 4; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 2; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 48; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 21.

49 Vgl. *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1 Rn. 22; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 45, S. 17; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 21.

50 Vgl. BVerwG DVBl. 1986, 563 (564); OVG Rhld.-Pf. GewA 1981, 372; zur Gewinnverwendung OVG Schleswig Urt. v. 06.12.2012 – 4 LB 11/11 – juris Rn. 44; *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 5; *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1 Rn. 23; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 2; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 49; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 21.

51 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 18 Rn. 18; *Korte*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 9 Rn. 14; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 222.

52 Vgl. *Eisenmenger*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1 Rn. 31 ff.; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 24.

sondere wissenschaftliche, künstlerische oder seelsorgerische Tätigkeiten.⁵³ Bei der Bestimmung hilft § 18 Abs. 1 Nr. 1 EstG, der Tätigkeiten aufführt, die typischerweise freie Berufe darstellen.⁵⁴

Eine handwerksrechtliche Besonderheit stellt die Abgrenzung zur Kunst, insbesondere dem Kunsthandwerk, dar.⁵⁵ Freie künstlerische Betätigung ist kein Gewerbe, steht dem Handwerk jedoch häufig nahe. Die Handwerke der Anlage A lassen meist nur wenig Spielraum zur künstlerischen Betätigung, weshalb die Abgrenzungsfrage mit der Reduzierung der Handwerke der Anlage A an Bedeutung verloren hat.⁵⁶ Meist wird das Kunsthandwerk anhand des Kriteriums der „eigenschöpferischen Leistung“ abgegrenzt, was zumindest eine erste Einteilung ermöglicht.⁵⁷

Die Verwendung des Betriebsbegriffs ist innerhalb der HwO nicht einheitlich, schon die Begriffsbedeutungen in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 HwO weichen voneinander ab. Während der Begriff in § 1 Abs. 1 HwO das „Ausüben“ eines Handwerks beschreibt, wird in § 1 Abs. 2 HwO ein technischer Begriff verwendet, der wirtschaftliche Einheit eines Unternehmens mit Betriebsräumen, Betriebseinrichtungen und Leistungen beschreibt.⁵⁸

b. Handwerksmäßigkeit

„Ein Gewerbebetrieb ist ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird [...]“ (§ 1 Abs. 2 Satz 1 HwO).

53 Vgl. BVerfG GewA 1992, 138 (138); Thiel, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 42; Schreiner, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 2 Rn. 48.

54 Vgl. Leisner, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 1; Schreiner, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 48, beide mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung.

55 Vgl. zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung BSG GewA 1999, 76; etwa zur Abgrenzung bei Fotografen (Anlage B zur HwO Nr. 38) OVG Koblenz GewA 2022, 32; Roemer-Blum, GewA 1986, 9 antwortend Böttger, GewA 1986, 14; Sternberg, WiVerw 1986, 130; Maaßen, Kunst oder Gewerbe?; Rüdth, GewA 1995, 363; Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 4 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; sehr ausführlich Schreiner, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 67 ff.

56 Vgl. Thiel, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 25.

57 Vgl. insb. Schreiner, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 68.

58 Vgl. zu Abs. 1 BVerfG GewA 1994, 474; OVG Hamburg GewA 1990, 408 (409); Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 13, 17; Leisner, Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks in § 1 Abs. 2 HwO, S. 16; Schreiner, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 60; zu Abs. 2 Leisner, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 18; Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 13, der von „Betrieb als Betreiben“ spricht.

Voraussetzung ist demnach, dass der oben beschriebene Gewerbebetrieb gerade in handwerksmäßiger Art und Weise betrieben wird. Die Handwerksmäßigkeit dient in erster Linie der Abgrenzung eines Handwerksbetriebs vom Industriebetrieb.⁵⁹ Gerade die Abgrenzung zwischen Handwerk und Industrie ist nicht nur theoretischer Natur, sondern hat große praktische Relevanz in einer Vielzahl von Rechtsgebieten, nicht nur im Gewerbe-recht, sondern auch im Steuer-, Sozial-, Arbeits-, Wettbewerbs-, Ordnungswidrigkeiten- oder Subventionsrecht.⁶⁰ Wie zu zeigen sein wird, kommt der Einordnung als Handwerksunternehmen auch im EU-Beihilfenrecht und im Recht der öffentlichen Unternehmen eine entscheidende Bedeutung zu.

Eine Bestimmung des Begriffs der Handwerksmäßigkeit findet sich aus den gleichen Gründen nicht in der HwO, aus denen auch der Begriff des Handwerks nicht definiert ist.⁶¹ So sollten strukturelle Änderungen des Handwerks erfasst und technische, wirtschaftliche und soziale Entwicklungen berücksichtigt werden.⁶² Dies soll es Handwerksbetrieben ermöglichen, austauschbare Güter zu produzieren und nicht auf die Herstellung von Gütern auf Grundlage eines bestimmten Rohstoffes beschränkt zu bleiben. Ebenso soll der Handwerksbetrieb nicht so sehr von ursprünglichen Fertigkeiten und Kenntnissen des einzelnen Handwerksberufs her bestimmt sein, um sich im Laufe seines Bestehens an wandelnde Marktbedürfnisse anpassen zu können.⁶³ Eine begriffliche Festlegung führt und hätte in der Vergangenheit zu einer Hemmung der Entwicklungsmöglichkeiten und einer

59 Vgl. Günther, GewA 2012, 16 (16 ff.), 62 (62 ff.); Leisner, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 20; Stober/Eisenmenger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 101; Thiel, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 37 f.; zur Abgrenzung zwischen Handwerk und Kunst, die auch an dieser Stelle relevant werden kann, siehe Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 4.

60 Vgl. Günther, GewA 2012, 16 (16).

61 So auch Sertl, WiVerw 1989, 185 (185 f.); Czybulka, NVwZ 1990, 137 (137 f.); Schreiner, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 61; Thiel, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 57.

62 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen (Ausschuss 18), BT-Drs. IV/3461, S. 3; bereits andeutungsweise zur Abgrenzung BVerfGE 13, 97 (118); BVerfGE 58, 217 (223 f.); BVerfG GewA 1992, 387; mit unterschiedlichen Tendenzen z. B. Schwarz, GewA 1993, 353 (354) und Kopp, WiVerw 1994, 1 (9 f.); eher kritisch Degenhart, DVBl. 1996, 551 (553); insgesamt Leisner, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 19 ff.; Schreiner, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 61; Thiel, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 38.

63 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen (Ausschuss 18), BT-Drs. IV/3461, S. 3; Schwarz, GewA 1993, 353 (354); Schreiner, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 71.

fehlenden Anpassungsmöglichkeit des Handwerks geführt.⁶⁴ Als Folge der fehlenden Definition kann ein Handwerksbetrieb durch Veränderung der Betriebsstruktur ein Industriebetrieb werden, der Weg vom Industriebetrieb zum Handwerksbetrieb steht ebenso offen.⁶⁵ Diese Möglichkeit und die Offenheit des Begriffs der Handwerksmäßigkeit für technische, wirtschaftliche und soziale Entwicklungen sind Elemente des in erster Linie von der Rechtsprechung eingeführten dynamischen Handwerksbegriffs.⁶⁶

Zwar hat der Gesetzgeber eine abschließende Bestimmung des Begriffs der Handwerksmäßigkeit nicht vorgenommen, insbesondere die Rechtsprechung⁶⁷ hat jedoch Kriterien entwickelt, die die Bestimmung der Handwerksmäßigkeit ermöglichen.

Die Kriterien sind dabei nicht abschließend oder starr und ergeben als solche auch kein automatisches Ergebnis für jeden denkbaren Einzelfall, sie sind vielmehr Indizien bei der Einordnung eines Betriebs im konkreten Einzelfall.⁶⁸ Auch begründen sie jeweils für sich allein die Handwerksmäßigkeit noch nicht. Die allgemeingültige Festlegung von Kriterien scheitert schon daran, dass die in Betracht kommenden Betriebe der Anlage A und B Abschnitt 1 sich nach ihren Wirtschafts-, Arbeits- und Absatzbedingungen so erheblich unterscheiden, dass sie nicht nach einem einheitlichen Maßstab beurteilt werden können.⁶⁹ Die Flexibilität der Kriterien ist ebenfalls Teil des dynamischen Handwerksbegriffs, sie ist notwendige Folge eines stetigen technischen, sozialen und wirtschaftlichen Wandels.⁷⁰ Grundsätzlich ist bei der Bestimmung der Handwerksmäßigkeit auf die Organisationsstruktur des Betriebs in einer umfassenden Betrachtung der

64 Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 18.

65 Vgl. beispielhaft BVerwGE 85, 368; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 101.

66 Vgl. BVerwGE 18, 226 (233) und grundlegend BVerwGE 25, 66 (71); zuvor *Fröhler*, BB 1957, 1127 (1127 ff.).

67 Beginnend bereits BVerwGE 17, 230; 18, 226; zusammenfassend BVerwGE 58, 217 (223 f.).

68 Insbesondere BVerwGE 25, 66 (71); vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 23; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 101 f.; *Thiel*, in: *Hönig/Knörr/Thiel*, HwO, § 1 Rn. 38; mit einer tabellarischen Darstellung der Kriterien *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 Rn. 18.

69 Vgl. etwa BVerwGE 17, 230 (232); 18, 226 (228 f.); BVerwG GewA 2004, 488, (488 f.) und früh *Fröhler*, BB 1957, 1127.

70 Vgl. *Leisner*, GewA 1997, 393 (398).

Gesamtstruktur und des wirtschaftlichen Gesamtbildes über einen längeren Zeitraum abzustellen.⁷¹

Kriterien sind dabei die persönliche Mitarbeit des Betriebsleiters bzw. die Meisterprägung des Betriebs⁷², eine geringe Arbeitsteilung⁷³ zwischen Betriebsleitung und weiteren Arbeitskräften, also ein hohes Maß an Zusammenarbeit, häufig eine geringe Betriebsgröße⁷⁴, individuelle Fertigung⁷⁵, tendenziell niedriger Kapitaleinsatz⁷⁶, die Beschäftigung meist handwerklich ausgebildeter Mitarbeiter⁷⁷ und der Einsatz technischer Hilfsmittel primär zur Unterstützung der an sich durch Handarbeit geprägten Tätigkeit,

71 Vgl. BVerwGE 17, 230 (232); 18, 226 (229 f.); 58, 217 (223); 95, 363 (371); ebenso BVerwG NJW 1964, 512; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 64; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 102; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 38.

72 Umstrittenes Kriterium, vgl. BVerwG GewA 2004, 488 (488), wonach dies nur ein schwaches Kriterium darstellt, da die Mitarbeit des Inhabers von dessen persönlicher Entscheidung abhängt, z. B. darf er auch auf die Ausbildung verzichten. *Fröhler* stellt dabei zudem auf das Zugehörigkeitsgefühl des Betriebsinhabers ab und bezieht sich damit auf die soziologische Gegebenheit des Handwerks, BB 1957, 1127 (1129); vgl. auch *Kormann/Liegmann*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, S. 20 f.; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 64; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 38, 40, 45. Auf diese soziologische Komponente stellt auch der Gesetzgeber der HwO im Jahr 1953 ab, wenn er von der Förderung des gewerblichen Mittelstandes spricht, vgl. BT-Drs. 1/1428, S. 18.

73 Vgl. OVG Magdeburg GewA 2002, 201 (202), das Gericht erkennt jedoch an, dass durch zunehmende Rationalisierung auch im Bereich des Handwerks die Arbeitsteilung zunimmt; dazu auch BVerwGE 18, 226 (230 f.); BVerwGE 95, 363 (370); BVerwG GewA 2004, 488 (488); VGH Mannheim GewA 2006, 126 (127); *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 26; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 26; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 63; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 38, 41.

74 Vgl. *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 27; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 63; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 38, 44. Zur Diskussion um das Größenkriterium, *Winter*, GewA 1965, 1 und *Kreppner*, GewA 1965, 49 sowie *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 33. Die Rechtsprechung ist diesbezüglich eher kritisch, vgl. etwa BVerwG GewA 2003, 79 oder VGH Mannheim GewA 1993, 418 (419), hat das Kriterium früher aber auch angewandt, vgl. etwa BVerwG 58, 217 (224).

75 Vgl. BVerwG GewA 2004, 488 (488); OVG Magdeburg GewA 2001, 201 (202); *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 63; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 28; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 38, 43.

76 Vgl. BVerwG GewA 2004, 488 (488); *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 38.

77 Vgl. bereits BVerwGE 17, 230 (232); BVerwG GewA 2004, 488 (488); VGH Mannheim GewA 2006, 127; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 39; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 25; *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 30.

wobei es auf das Gewicht des Maschineneinsatzes unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der technischen Entwicklung ankommt⁷⁸.

Im Einzelnen sind die Gewichtung und die Einteilung der Kriterien teils heftig umstritten. Stets bedarf es einer Betrachtung anhand des konkreten Einzelfalls.⁷⁹ In neuerer Zeit hat die Frage nach den Abgrenzungskriterien, gerade mit Blick auf die fortschreitende Digitalisierung auch im Handwerk, neuen Schwung bekommen.⁸⁰

Einer Entscheidung oder vertiefteren Auseinandersetzung mit der Gewichtung oder der Eignung der Kriterien im Einzelnen bedarf es hier nicht. Für die vorliegende Untersuchung genügt es vielmehr, der herrschenden Literatur und Rechtsprechung zu folgen, die die genannten Kriterien zur Bestimmung der Handwerksmäßigkeit verwendet. Entscheidend ist hier in erster Linie, ob die Einordnung als handwerksmäßig in den untersuchten Gebieten des Öffentlichen Wettbewerbsrechts Beachtung findet bzw. ob dieser Rechnung getragen wird.

c. Handwerksfähigkeit

Weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines zulassungspflichtigen Handwerks ist die sog. Handwerksfähigkeit. Die HwO spricht in § 1 Abs. 2 HwO davon, dass ein

„Gewerbe vollständig umfasst [sein muss], das in der Anlage A aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten)“.

78 Bei bloßem Maschineneinsatz liegt etwa kein Handwerksbetrieb vor, vgl. BVerwG GewA 2004, 488 (488); VGH Mannheim GewA 1993, 418 (419); *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 63; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 38, 42. So auch *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 22, der plastisch davon spricht, dass die Hand der Maschine dient, nicht die Maschine der Hand.

79 Mit einer anderen Einteilung aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Sertl*, WiVerw 1989, 185. Zum Wandel der Kriterien *Schwarz*, GewA 1993, 353 und *Leisner*, GewA 1997, 393. Eine umfangreiche Darstellung der Kasuistik findet sich bei *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 65, der die Rechtsprechung nach Gewerken sortiert.

80 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 102; *Sallaberger*, Digitalisierung als Herausforderung für das Rechtsregime des Handwerks.

Dabei kann jedes der in der Anlage A aufgeführten Gewerke handwerksmäßig betrieben werden, ein industrieller Betrieb kommt jedoch ebenso in Betracht.⁸¹ Welche Tätigkeiten, Kenntnisse oder Fertigkeiten konkret von den einzelnen Gewerken umfasst sind, legt dabei weder der Gesetz- noch der Verordnungsgeber fest. Vielmehr sind die einzelnen Berufsbilder vom Stand der Technik, der wirtschaftlichen Entwicklung und der Tradition im Handwerk geprägt.⁸² Der Verzicht auf eine verbindliche Festlegung der Berufsbilder ist ein weiteres Element des dynamischen Handwerksbegriffs.⁸³

In der Regel führen Betriebe nicht sämtliche Tätigkeiten eines der Gewerbe aus, sondern nur einen Teil.⁸⁴ In erster Linie kommt es also darauf an, zu bestimmen, was wesentliche Tätigkeit eines Handwerks ist.⁸⁵

Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist maßgeblich, welche Tätigkeiten den Kernbereich des betreffenden Handwerks darstellen.⁸⁶ In einem ersten Schritt ist danach festzustellen, ob die ausgeübten Tätigkeiten fachlich zu einem Vollhandwerk der Anlage A gehören.⁸⁷ Im zweiten Schritt ist zu beurteilen, ob die Tätigkeiten zum Kernbereich des entsprechenden A-Handwerks gehören.⁸⁸ Dabei kommt es unter anderem auf den Qualifikationsstand, also die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, und den Schwierigkeitsgrad der Tätigkeiten an.⁸⁹ In die Bestimmung ist einzubeziehen, ob für die einwandfreie Ausübung der Tätigkeiten eine handwerkliche

81 Vgl. *Glasl/Maiwald/Wolf*, Handwerk – Bedeutung, Definition, Abgrenzung, S. 12.

82 Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 35.

83 Vgl. grundlegend BVerfGE 13, 97 (121 f.); BVerwG GewA 1994, 488 (488); *Ruth*, GewA 1992, 129 (130 f.); *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 35; *Honig*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 48. Der ZDH veröffentlicht regelmäßig aktualisierte Übersichten, die als Anhaltspunkt für die Zuordnung der ausgeübten Tätigkeiten dienen können.

84 Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 38; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 34; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 72; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 48.

85 Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des unbestimmten Rechtsbegriffs „wesentliche Tätigkeit“ BVerfG NVwZ 2001, 187, dazu *Mirbach*, NVwZ 2001, 161 (162 f.); *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 76; anders *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 49.

86 Vgl. BVerwGE 58, 217 (221); 67, 273 (277); 87, 191 (193 f.); ausführliche Darstellung bei *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 39.

87 Vgl. BVerwGE 58, 217 (222); *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 37; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 52.

88 Vgl. BVerwGE 58, 217 (222 f.); *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 39; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 75 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 52.

89 Vgl. *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 39; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 75; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 52.

Befähigung erforderlich ist und ob das äußere Erscheinungsbild des Handwerks eine Zuordnung zum Vollhandwerk rechtfertigt.⁹⁰ Ausreichend ist schon die Ausübung einer einzigen „wesentlichen Tätigkeit“.⁹¹

Die Kernbereichsrechtsprechung wurde im Zuge der Handwerksnovelle 1998 in die HwO aufgenommen.⁹² Das Gesetz grenzt die wesentlichen Tätigkeiten allerdings, anders als die Rechtsprechung des BVerwG, negativ ab und benennt in § 1 Abs. 2 Satz 2 Rn. 1–3 HwO Tätigkeiten, die keine wesentlichen Tätigkeiten sein können.⁹³ Nach Nr. 1 sind solche Tätigkeiten nicht wesentlich, die innerhalb von drei Monaten erlernt werden können, also einfache Tätigkeiten.⁹⁴ Dabei geht es in der Sache um Tätigkeiten, die keine besonderen Kenntnisse oder Fertigkeiten erfordern.⁹⁵ Nr. 2 hingegen ordnet solche Tätigkeiten den nicht wesentlichen Tätigkeiten zu, die zwar eine längere Anlernzeit als drei Monate erfordern, in ihrem Gesamtbild aber nebensächlich erscheinen. Dabei stellt das Gesetz selbst bereits auf die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse ab, die in der Ausbildung des betreffenden Handwerks vermittelt werden sollen. Gemeint sind Tätigkeiten, die eher untergeordneter Natur sind und als unbedeutend oder unwesentlich anzusehen sind.⁹⁶ Diskutiert wird, ob die Auflistungen der Tätigkeiten in den Ausbildungsordnungen der Gewerke nach §§ 25, 26 HwO und den

90 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 75 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

91 Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 40; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 37; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 78.

92 Vgl. dazu *Schulze*, GewA 2003, 283 und *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 73 f.

93 Der Aufzählung liegt die Kernbereichslehre zugrunde, vgl. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 43; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 40, 45, die beide der Aufzählung kritisch gegenüberstehen; *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 55.

94 Vgl. *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 57.

95 Vgl. *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 57. *Leisner* sieht in der Angabe der drei Monate lediglich ein Indiz, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 41, 44, er plädiert zwar auch für die Einbeziehung einer qualitativen Komponente, sieht in den drei Monaten aber eine Obergrenze, die nicht überschritten werden kann. Bei *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 80 findet sich eine ausführliche Liste der Rechtsprechung zu § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 HwO jeweils sortiert nach Gewerken.

96 So das BVerwG GewA 1984, 96 (97) für die Abgrenzung von Haupt- und Nebenbetrieb. Vgl. auch *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 88 ff.; von einer Übertragbarkeit dieser Abgrenzung auf § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 HwO geht *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 57 aus.

Meisterprüfungsordnungen⁹⁷ zur Bestimmung der Nr. 2 herangezogen werden können.⁹⁸ Die Folge wäre, dass solche Tätigkeiten nicht als nebensächlich einzustufen sind. In der Rechtsprechung wird dies regelmäßig so gehandhabt.⁹⁹

Zuletzt nennt § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 HwO solche Tätigkeiten, die nicht aus einem zulassungspflichtigen Handwerk entstanden sind. Diese Vorschrift ist historisch zu betrachten und beruht auf dem dynamischen Handwerksbegriff.¹⁰⁰ Danach ist eine Tätigkeit nicht als wesentlich einzustufen, wenn sie sich aus industriellen Arbeitsmethoden entwickelt hat.¹⁰¹

Beispiele für nicht wesentliche Tätigkeiten sind der Offsetdruck¹⁰², der Austausch von PC-Verschleißteilen¹⁰³ oder der konstruktive Fassadenbau¹⁰⁴. Wesentliche Tätigkeiten sind hingegen solche, die in Schuhbars¹⁰⁵ oder Schnellreinigungen¹⁰⁶ ausgeführt werden.¹⁰⁷ Unter Bezugnahme auf die Meisterprüfungsordnung für die Meisterprüfung im Installateur- und Heizungsbauer-Handwerk hat etwa das VG Karlsruhe¹⁰⁸ ausgeführt, dass Tätigkeiten, die sich auf Anlagen und Systeme für die Versorgung mit und die Entsorgung von Gas, Wasser, Luft, Wärme sowie sonstigen Energien und Medien einschließlich sanitärer Einrichtungen beziehen, zu wesentli-

97 Z. B. die Verordnung über das Meisterprüfungsberufsbild und über die Prüfungsordnungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Installateur- und Heizungsbauer-Handwerk (Installateur- und Heizungsbauermeisterverordnung – InstallateurHeizungsbauerMstrV) vom 17.07.2002 (BGBl. I S. 2693), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 41 VO zur Neuregelung des Meisterprüfungsverfahrensrechts vom 18.1.2022 (BGBl. I S. 39).

98 Vgl. dazu *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 53; *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 1 Rn. 42; *Schreiner*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 90.

99 Der BayVGH hat jedenfalls ausdrücklich als unzulässig angesehen, alle Tätigkeiten bis zum Gesellenniveau als nebensächlich anzusehen, GewA 2013, 85 (86 Rn. 20); vgl. zuvor schon BVerwG GewA 2004, 488 (488 f.). Zur Heranziehung der Meisterprüfungsordnung BVerwGE 25, 66 (67); BVerwGE 87, 191 (193 f.); BVerwG DVBl. 1992, 301.

100 Vgl. *Schreiner*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 91 ff.; *Thiel*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 1 Rn. 59.

101 Vgl. z. B. VGH Mannheim GewA 2006, 126.

102 Vgl. BVerwG GewA 1994, 199 (199 f.).

103 Vgl. LG Karlsruhe GewA 1998, 386 m. Anm. *Möllering*.

104 Vgl. VGH Mannheim GewA 2006, 126.

105 Vgl. BVerwGE 25, 66.

106 Vgl. BVerwG GewA 1964, 108.

107 Weitere Beispiele bei *Schreiner*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 93.

108 Beschl. v. 13.08.2003 – II K 656/03, BeckRS 2003, 24171.

chen Tätigkeiten des Sanitärhandwerks gehören; konkret also Planen, Bauen, Inbetriebnehmen, Ändern, Instandhalten und Überwachen von gebäudetechnischen Anlagen und Anlagen zur Energiesammlung, Energieumwandlung und Energielagerung (§ 12 II Nr. 4 der Verordnung). Daneben nennt das VG das Planen und Herstellen von elektrischen, elektronischen, hydraulischen, mechanischen und pneumatischen Steuerungs-, Regelungs-, Förderungs- und Überwachungseinrichtungen (§ 12 II Nr. 10 der Verordnung).

Die Kernbereichstheorie des BVerwG und § 1 Abs. 2 Nr. 1–3 HwO stehen allerdings insbesondere seit der Reform des Jahres 2004 in der Kritik, da sie die neue Ausrichtung der Anlage A auf die Gefahrenabwehr nicht ausreichend berücksichtigten.¹⁰⁹

Um den sich wandelnden technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen, sieht § 1 Abs. 3 HwO die Aufnahme neuer Gewerbe in die Positivliste der Anlage A vor, ebenso wie die Modifikation der bereits gelisteten Gewerbe. Diese Möglichkeit bildet den letzten Teil des dynamischen Handwerksbegriffs.¹¹⁰ Im Jahr 2020 wurde eine Reihe von Gewerken von der Anlage B Abschnitt I in die Anlage A überführt.¹¹¹

d. Zulassungspflicht

Wird nun ein Gewerbebetrieb handwerksmäßig betrieben und ist auch handwerksfähig, kann er selbstständig als stehendes Gewerbe nur von natürlichen und juristischen Personen oder Personengesellschaften betrieben werden, die in die Handwerksrolle nach §§ 6 ff. HwO eingetragen sind.

Die HwO kennt eine Vielzahl von Möglichkeiten, um eine Eintragung in die Handwerksrolle zu erreichen. Zunächst kann jeder, der die Meisterprüfung in dem betreffenden Handwerk erfolgreich abgelegt hat, gem. § 7 Abs. 1a Alt. 1 HwO eingetragen werden. Mit der Eintragung können auch Tätigkeiten des verwandten Handwerks ausgeübt werden.¹¹² Die Ein-

109 Vgl. z. B. *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 56 ff.; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 77; kritisch auch *Traublinger*, GewA 2003, 353 (357); *Dürr*, GewA 2003, 415 (416); *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, S. 32.

110 Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 Rn. 14; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 99.

111 Vgl. dazu *Sallaberger*, GewA 2020, 203.

112 Welche Handwerke verwandte Handwerke sind, regelt die Verordnung über verwandte Handwerke vom 18.12.1968 (BGBl. I 1355), zuletzt geändert durch Art. 3

tragungsvoraussetzungen erfüllen ebenfalls Ingenieure und Absolventen von deutschen technischen Hochschulen sowie staatlichen bzw. staatlich anerkannten Fachhochschulen für Technik und Gestaltung (§ 7 Abs. 2 Satz 1 HwO) und Personen, welche eine andere der Meisterprüfung gleichwertige deutsche Prüfung abgelegt haben (§ 7 Abs. 2 Satz 2 HwO).¹¹³ Daneben kommen Ausnahmegewilligungen nach § 8 und § 9 HwO oder eine Gleichwertigkeitsfeststellung gem. § 50b HwO in Betracht. Zudem kennt § 7b HwO die sog. Altgesellenregelung, die ebenso wie die Regelung des § 7a HwO eine Ausübungsberechtigung für bestimmte Personen darstellt. Speziellere Ausnahmen finden sich in § 7 Abs. 9 HwO für Vertriebene und Spätaussiedler sowie in § 4 HwO für Hinterbliebene eines verstorbenen Betriebsinhabers.¹¹⁴

Die Eintragung in die Handwerksrolle ist in ihrer formalen Ausgestaltung eine einzigartige Form der gewerblichen Erlaubnis, eine vergleichbare Einrichtung existiert im Gewerberecht nicht.¹¹⁵ Der Begriff des Betriebs meint hier das tatsächliche Betreiben, im Unterschied zum technischen Betriebsbegriff des § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO.¹¹⁶ Ein stehendes Gewerbe liegt vor, wenn es nicht im Reisegewerbe im Sinne von § 55 Abs. 1 GewO ausgeübt wird und nicht dem Bereich der Messen, Ausstellungen und Märkte nach §§ 64 ff. GewO zuzuordnen ist.¹¹⁷ Das Merkmal der Selbstständigkeit unterscheidet sich nicht von dem Merkmal der Selbstständigkeit des Gewerbebe-
griffs.¹¹⁸

Die Handwerksrolle dient vor allem der Information. Sie soll den Organen des Handwerks, öffentlichen Stellen und der gesamten Öffentlichkeit¹¹⁹

Fünftes Gesetz zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 9.6.2021 (BGBl. I S. 1654). Zum abschließenden Charakter dieser Verordnung siehe BVerwG GewA 1994, 115 (115).

113 Vgl. zum Ganzen *Knörr*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 7 Rn. 26 ff.

114 Vgl. zum Ganzen *Knörr*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 7 Rn. 35 ff.

115 So auch *Kramer*, GewA 2013, 105 (105).

116 Vgl. OVG Hamburg GewA 1990, 408 (409); *Mallmann*, GewA 1996, 89 (89); *Leisner*, Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks in § 1 Abs. 2 HwO, S. 16; *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 13; *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 1 Rn. 18; *Schreiner*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 40; *Thiel*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 1 Rn. 5. Zur Abgrenzung zwischen Handwerk und Handel vgl. *Schreiner*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 61.

117 Vgl. *Hüpers*, GewA 2004, 230; *Korte*, GewA 2010, 265; *Dürr*, GewA 2011, 8; *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 6; *Thiel*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 1 Rn. 27 ff.

118 Vgl. nur *Thiel*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 1 Rn. 33.

119 Z. B. potenzielle Kunden, vgl. *Knörr*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 6 Rn. 25.

ermöglichen, sich zu informieren, welche Handwerke von wem selbstständig ausgeübt werden.¹²⁰

Bei der Eintragung handelt es sich um eine personenbezogene, nicht betriebs- oder anlagenbezogene Erlaubnis und der Antragsteller wird binnen drei Monaten¹²¹ oder von Amts wegen in die Handwerksrolle eingetragen, § 10 Abs. 1 HwO.¹²² Die Eintragung hat zunächst die Wirkung, dass das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs. 1 HwO aufgehoben wird. Die Eintragung hat rechtsgestaltende Funktion und konstitutive Wirkung¹²³, d. h., sie begründet die Berechtigung zur selbstständigen Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks.¹²⁴ Die Eintragung in die Handwerksrolle ist nicht nur die Erlaubnis zur selbstständigen Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks, sondern sie begründet auch die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten.¹²⁵

Die Handwerksrolle ist zudem Register mit öffentlichem Glauben und die Eintragung entfaltet Beweiskraft hinsichtlich der Ausübungsbefugnis.¹²⁶ Dabei bezieht sich der öffentliche Glaube nur auf die Anforderungen der HwO, die Anforderungen anderer Gesetze (z. B. die allgemeine gewerberechtliche Zuverlässigkeit) sind nicht mit umfasst. Zuletzt hat die Eintragung Tatbestandswirkung gegenüber anderen Behörden und Institutionen. Neben der Handwerkskammer, die die Eintragung vorgenommen hat, und

120 Vgl. BVerwG GewA 1992, 339; BVerwGE 95, 363 (363 ff.); *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 105 f., *Karsten/Pfeifer*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 6 Rn. 21 ff.

121 Es gilt das Institut der Genehmigungsfiktion, das aufgrund Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG in nationales Recht aufgenommen worden ist, vgl. *Kräßig*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 10 Rn. 1 und 17 ff.

122 Vgl. VGH Mannheim DÖV 2002, 970; *Leisner* nennt sie „inhaberbezogen“, um die Fortgeltung des Inhaberprinzips hervorzuheben, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 7 Rn. 1.

123 Vgl. *Knörr*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 10 Rn. 5.

124 Dies bereits seit dem 18.01.1935, dem Tag des In-Kraft-Tretens der dritten Handwerksverordnung (RGBl. I S. 15), also noch vor Erlass der HwO; vgl. *Karsten/Pfeifer*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 6 Rn. 1, 16; *Kräßig*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 10 Rn. 3.

125 Vgl. *Karsten/Pfeifer*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 6 Rn. 3 und *Schwannecke*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 90 Rn. 17; zur Pflichtmitgliedschaft genauer noch Teil 1 B. III.

126 Vgl. *Karsten/Pfeifer*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 6 Rn. 2; *Kräßig*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 10 Rn. 4; *Knörr*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 6 Rn. 4.

dem Betriebsinhaber, der Adressat der Eintragung ist, sind alle anderen Behörden, öffentlich-rechtliche Rechtsträger und grundsätzliche Gerichte an die Tatsache gebunden, dass der Betriebsinhaber in die Handwerksrolle eingetragen ist.¹²⁷ Das bedeutet, dass die Eintragung abschließend feststellt, ob ein Handwerksbetrieb vorliegt und dass die Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind.¹²⁸ So werden divergierende Entscheidungen z. B. im Sozialversicherungsrecht¹²⁹ vermieden und spezielle handwerksrechtliche Fragen, insbesondere die oftmals schwere Beurteilung der Handwerksmäßigkeit, werden von den Handwerkskammern beurteilt, die insoweit über die höchste Sachkenntnis verfügen.

2. Zulassungsfreies Handwerk

Neben dem in § 1 HwO geregelten zulassungspflichtigen Handwerk kennt die HwO eine weitere Kategorie von Handwerksbetrieben, nämlich die des zulassungsfreien Handwerks.¹³⁰ Dieses ist in § 18 Abs. 2 HwO geregelt:

„Ein Gewerbe ist ein zulassungsfreies Handwerk im Sinne dieses Gesetzes, wenn es handwerksmäßig betrieben wird und in Anlage B Abschnitt 1 zu diesem Gesetz aufgeführt ist.“

Ein zulassungsfreies Handwerk liegt danach vor, wenn es sich um einen Gewerbebetrieb handelt, der handwerksmäßig¹³¹ betrieben wird und in Anlage B Abschnitt 1 aufgeführt ist. Anlage B Abschnitt 1 existiert seit der Großen Handwerksnovelle 2004 und enthält aktuell 41 Gewerke. Sie kann ebenso wie die Anlage A durch Gesetz oder in engen Grenzen durch Verordnung geändert werden.¹³²

Rechtsfolge der Einordnung als zulassungsfreies Handwerk ist die Anzeigepflicht nach § 18 Abs. 1 HwO. Wer einen selbstständigen Betrieb eines zu-

127 Vgl. z. B. BSG GewA 1968, 278; Karsten/Pfeifer, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 6 Rn. 17.

128 Vgl. Kräßig, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 10 Rn. 4.

129 Vgl. Karsten/Pfeifer, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 6 Rn. 18.

130 Betreffend die Einordnung als Handwerksbetrieb vgl. Honig/Knörr/Kremer, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 18 Rn. 7.

131 Es ergeben sich keine Abweichungen zum zulassungspflichtigen Handwerk, siehe dazu Teil 1 A. I. 1. b.

132 Vgl. nur Honig/Knörr/Kremer, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 18 Rn. 3 f.

lassungsfreien Handwerks beginnt oder beendet, hat dies unverzüglich bei der zuständigen Handwerkskammer anzuzeigen.¹³³

II. Handwerksähnliches Gewerbe

Dass es sich bei handwerksähnlichen Gewerben nicht um Handwerk handelt, zeigt bereits der Name. Die ausgeübte Tätigkeit ist dem Handwerk jedoch angenähert, weshalb das handwerksähnliche Gewerbe ebenfalls in die HwO aufgenommen wurde und seine Regelung nicht im allgemeinen Gewerberecht findet. Zweck dieser Zuordnung ist insbesondere die Betreuung und Beratung durch die fachlich besonders geeigneten Handwerkskammern.¹³⁴

III. Minderhandwerk

Im Bereich des Minderhandwerks, das entgegen seiner Bezeichnung kein Handwerk i. S. d. § 1 HwO ist, werden lediglich unwesentliche Tätigkeiten aus dem Bereich eines Handwerks ausgeübt.¹³⁵ Die Tätigkeiten bleiben also unterhalb der Schwelle eines handwerklichen Betriebs, wobei sich dies nicht nach wirtschaftlichen, sondern nur nach fachlichen Abgrenzungskriterien beurteilt.¹³⁶ Die Grenzziehung ist im Einzelfall oft umstritten und Gegenstand zahlreicher Entscheidungen der Rechtsprechung.¹³⁷ Eine Zulassungspflicht besteht dabei nicht. Falls handwerkliche Tätigkeiten als unwesentliche Tätigkeiten eines zulassungspflichtigen Handwerks ausgeübt werden, spricht man von einem Mindesthandwerk.¹³⁸ Solche Betriebe sind keine Handwerksbetriebe und nicht Teil der vorliegenden Untersuchung.

IV. Neben- und Hilfsbetriebe

Die HwO kennt zudem verschiedene Formen von Handwerksbetrieben, namentlich Neben- und Hilfsbetriebe i. S. d. §§ 2 und 3 HwO. Die Regelung

133 Siehe dazu *Honig/Knörr/Kremer*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 18 Rn. 10.

134 Vgl. etwa BVerwG GewA 1994, 248 (249).

135 Zu den wesentlichen Tätigkeiten siehe bereits oben Teil I A. I. 1. c.

136 Vgl. nur *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 38.

137 Eine Liste der einschlägigen Rechtsprechung findet sich bei *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 80.

138 Vgl. *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 1 Rn. 46.

gen der HwO finden auf handwerkliche Nebenbetriebe Anwendung, vgl. § 2 Nr. 3 HwO, während handwerkliche Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO nicht von den Regelungen über die zulassungspflichtigen Handwerke erfasst sind.

Handelt es sich um unerhebliche Nebenbetriebe bzw. um Hilfsbetriebe, können diese also ohne Erlaubnis in Form der Handwerksrolleneintragung betrieben werden, ebenso ist eine Mitgliedschaft in der Handwerkskammer nicht verpflichtend, um nur zwei Rechtsfolgen der handwerksrechtlichen Erfassung zu nennen.¹³⁹

§ 3 Abs. 1 HwO definiert handwerkliche Nebenbetriebe als Betriebe, in denen Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig erbracht werden. Ein handwerklicher Nebenbetrieb liegt hingegen nicht vor, wenn die Tätigkeit nur in unerheblichem Maße ausgeübt wird oder es sich um einen Hilfsbetrieb handelt, vgl. § 3 Abs. 1 Halbsatz 2 HwO.¹⁴⁰ Die Unerheblichkeit in diesem Sinne ist in § 3 Abs. 2 HwO definiert, Hilfsbetriebe in § 3 Abs. 3 HwO. Ein Nebenbetrieb im Sinne von § 2 Nr. 3 HwO ist zunächst ein privater Nebenbetrieb, in Abgrenzung zu den Nebenbetrieben der öffentlichen Hand nach § 2 Nr. 2 HwO. Danach handelt es sich um einen handwerklichen Nebenbetrieb, wenn dieser unmittelbar Zugang zum Markt hat, das Gesetz spricht von „Absatz an Dritte“.¹⁴¹ Auch ist erforderlich, dass die Leistungen handwerksmäßig bewirkt werden. Hier zeigt sich wieder die zentrale Bedeutung des Merkmals „handwerksmäßig“, das inhaltlich nicht von § 1 Abs. 2 HwO abweicht.

Charakteristisch für einen Nebenbetrieb ist, dass es sich um eine abgrenzbare Einheit handelt, die in ihrem Programm und ihren Einrichtungen eine gewisse Eigenständigkeit aufweist, es sich also nicht nur um eine unselbstständige Abteilung handelt.¹⁴² Gleichzeitig ist jedoch eine Verbindung mit dem Hauptbetrieb erforderlich, die nicht nur wirtschaftlicher und organisatorischer, sondern auch fachlicher Natur ist.¹⁴³ Diese fachliche Verbundenheit ist aus dem Blickwinkel des Kunden zu bestimmen und es

139 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 103.

140 Dazu BVerwGE 59, 5; BayObLG GewA 1994, 478; *Kormann/Hüpers*, GewA 2004, 353 (361).

141 Vgl. BVerwG VerwRspr. 1964, 972 (972 f.); BVerwG NJW 1980, 1349 (1350); BGH NJW 1980, 1337 (1338); *Schwappach/Klinge*, GewA 1987, 73.

142 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 103.

143 Vgl. OVG Münster GewA 2015, 135; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 103.

kommt darauf an, ob die Leistungen des Nebenbetriebs als zweckmäßige Ergänzung und Erweiterung des Leistungsprogramms des Hauptbetriebs angesehen werden können (Synergieprinzip).¹⁴⁴ Insgesamt hat der Nebenbetrieb jedoch dienende Funktion.¹⁴⁵ Fehlt es an der beschriebenen Verknüpfung, die insbesondere der Steigerung der Wirtschaftlichkeit und des Gewinns dient, so handelt es sich um zwei selbstständige Hauptbetriebe.¹⁴⁶

Während im allgemeinen Gewerberecht die Regel gilt, dass der Nebenbetrieb das rechtliche Schicksal des Hauptbetriebs teilt, so ist der handwerkliche Nebenbetrieb als eigenständiger Betrieb zu behandeln, mit der Folge, dass beispielsweise ein Betriebsleiter mit Meistertitel erforderlich ist, wenn es sich um ein Handwerk der Anlage A handelt.¹⁴⁷

Von einem Nebenbetrieb zu unterscheiden sind handwerkliche Hilfsbetriebe. Bei diesen handelt es sich ebenso wie bei einem Nebenbetrieb, der in nur unerheblichem Maße ausgeübt wird, nicht um einen Handwerksbetrieb.¹⁴⁸ Ihre rechtliche Einordnung beurteilt sich ausschließlich nach dem Hauptbetrieb. Ist dieser also Handwerksbetrieb, so teilt der Hilfsbetrieb diese Zuordnung.

B. Rechtsregime des Handwerks

Liegt nun ein Handwerksunternehmen in den beschriebenen Formen vor, so findet das Rechtsregime des Handwerks Anwendung. Auf einzelne Spezifika dieses Rechtsregimes soll im Folgenden näher eingegangen werden. Neben der Meisterpflicht (dazu I.) und den Anforderungen an die Präsenz von Handwerksmeistern (dazu II.) spielt insbesondere die Pflichtmitgliedschaft eine wesentliche Rolle (dazu III.).

144 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 103.

145 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 103.

146 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 103.

147 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 103 f.

148 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 104.

I. Meisterpflicht

Zentrales Merkmal der HwO ist die Meisterpflicht, die seit ihrer Einführung immer wieder und bis heute immer noch Gegenstand der wissenschaftlichen und politischen Diskussion ist.¹⁴⁹ Sie war regelmäßiger Kritik vonseiten der Europäischen Union ausgesetzt, während zahlreiche Befürworter der Meisterpflicht bereits während des Gesetzgebungsverfahrens der Handwerksnovelle im Jahr 2003 in dem angeblich destruktiven Charakter der Grundfreiheiten die Ursache dafür sahen, dass von der Meisterpflicht „nichts übrig“ bliebe.¹⁵⁰ Die Diskussion gewann auch mit Einführung der Dienstleistungsrichtlinie nochmals an Fahrt und vielfach wurde befürchtet, mit dem Herkunftslandprinzip würde ein „race to the bottom“ eingeleitet.¹⁵¹

Zwar sind die Auswirkungen des Europarechts auch im Handwerksrecht nicht zu übersehen, zu einer Zerstörung oder vollständigen Auflösung der Meisterpflicht ist es jedoch nicht gekommen, im Gegenteil hat in neuerer Zeit eine Ausweitung der Meisterpflicht stattgefunden. Mit dem am 12. Dezember 2019 vom Bundestag beschlossenen und am 14. Februar 2020 in Kraft getretenen Vierten Gesetz zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften¹⁵² wurden 12 Berufe aus dem Abschnitt 1 der Anlage B in die Anlage A der HwO überführt. Seit 2020 sind demnach wieder 53 Berufe dem zulassungspflichtigen Handwerk zuzuordnen und der Meisterpflicht unterworfen.¹⁵³ Vonseiten der Europäischen Union wurde

149 Vgl. *Bulla*, GewA 2012, 470; *Kramer*, GewA 2013, 105; *Burgi*, WiVerw 2018, 181.

150 Vgl. *Schwannecke*, WiVerw 2003, 193 (198 ff.); *Traublinger*, GewA 2003, 353 (357); *Stober*, GewA 2003, 393 (395 f.); *Dürr*, GewA 2003, 415 (416); *Beaucamp*, DVBl. 2004, 1458.

151 Inzwischen widerspricht die EU-Kommission ausdrücklich nationalen Befürchtungen, vonseiten der Europäischen Union könnte die Abschaffung der Meisterpflicht forciert werden, vgl. dazu „Der Meisterbrief bleibt: Fragen und Antworten zum EU-Dienstleistungspaket“, veröffentlicht von der Vertretung der EU-Kommission in Deutschland, abrufbar unter https://germany.representation.ec.europa.eu/news/ein-fur-alle-mal-der-meisterbrief-bleibt-2017-03-29_de (abgerufen am 10.03.2022); zum Herkunftslandprinzip *Kugelmann*, EuZW 2005, 327.

152 BGBl. I S. 142.

153 Ausführlich zum Vierten Gesetz zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften *Sallaberger*, GewA 2020, 203. Weitere Anpassungen in der Folge der Rückführung von 12 Berufen in die Anlage A sowie Änderungen im Bereich des Prüfungswesens erfolgten durch das Fünfte Gesetz zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften v. 09.06.2021 (BGBl. I S. 1654), dazu *Günther*, GewA 2021, 478.

diese Veränderung bisher nicht beanstandet, die Rückführung von 12 Gewerken ist mit EU-Recht, insbesondere den Grundfreiheiten des AEUV und auch mit der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie¹⁵⁴, vereinbar.¹⁵⁵ Mit Blick auf die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie lässt sich zusammengefasst feststellen: Schon der Anwendungsbereich ist nicht gegeben, zudem stellt sie keine materiell-rechtlichen Anforderungen an die nationale Berufsreglementierung, die über die Anforderungen der Grundfreiheiten oder der Berufsanerkennungsrichtlinie hinausgehen.¹⁵⁶ Sie begründet nur formelle Pflichten zur Ex-ante-Prüfung und zur Transparenz, die jeweils eingehalten worden sind. Die beschriebene Rückführung ist auch mit den Grundfreiheiten vereinbar, wobei bereits kein Eingriff in die im Zusammenhang mit der Meisterpflicht bedeutsame Niederlassungsfreiheit vorliegt.¹⁵⁷

Um die mit der HwO bezweckten wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Ziele zu erreichen, machte die HwO seit 1953 den Betrieb eines Handwerks von gewissen Kenntnissen abhängig, die der Inhaber bzw. Betriebsleiter nachzuweisen hat. Dieser Nachweis ist grundsätzlich durch den Meistertitel zu erbringen (sog. großer Befähigungsnachweis).

Festhalten lässt sich, dass sich mit der Handwerksnovelle 2004 die Ziele der HwO gewandelt haben und gleichzeitig an der Meisterpflicht – wenn auch damals nur noch für 41 Handwerke – bis heute festgehalten wurde.¹⁵⁸ Sie dient nun der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter sowie dazu, die hohe Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerks sicherzustellen.¹⁵⁹ Dem Versuch, die Reduzierung der meisterpflichtigen Handwerke und die Einführung weitergehender Ausnahmen von der Meisterpflicht europarechtlichen Vorgaben zuzuschreiben, ist entgegenzuhalten, dass die Entwicklungen des Handwerksrechts, insbesondere die Große Handwerksnovelle, nationalen Ursprung hatten und zuletzt auch gegenläufig waren.¹⁶⁰

Gem. dem in § 1 Abs. 1 HwO geregelten Verbot mit Erlaubnisvorbehalt kann ein zulassungspflichtiges Handwerk i. S. v. § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO nur

154 Richtlinie über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (2018/958/EU).

155 Dazu ausführlich *Burgi*, WiVerw 2018, 181 (241 ff.).

156 Vgl. *Burgi*, WiVerw 2018, 181 (250 f.).

157 Vgl. *Burgi*, WiVerw 2018, 181 (242 ff.).

158 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 1.

159 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 1; *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 262 f.

160 Vgl. *Ruthig*, in: Ruffert, Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 3.

von denjenigen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften betrieben werden, die in der Handwerksrolle eingetragen sind.

Als Inhaber eines Handwerksbetriebs wird eine natürliche oder juristische Person oder Personengesellschaft gem. § 7 Abs. 1 HwO nur in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt. Dies konkretisiert § 7 Abs. 1a HwO und legt fest, dass in die Handwerksrolle eingetragen wird, „wer in dem von ihm zu betreibenden oder in einem mit diesem verwandten zulassungspflichtigen Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat“. Eingetragen wird also der Inhaber eines Handwerksbetriebs, wenn er entweder selbst die erforderliche Meisterprüfung bestanden hat und als Betriebsleiter fungiert oder einen Betriebsleiter anstellt, der diese vorweisen kann.¹⁶¹

Während Adressat der Genehmigung in Form der Handwerksrolleneintragung weiterhin der Inhaber des Handwerksbetriebs ist, müssen seit 2004 die Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr in der Person des Inhabers selbst vorliegen.¹⁶² Vielmehr ist es seit der Großen Handwerksnovelle erforderlich, dass die Eintragungsvoraussetzungen in der Person des Betriebsleiters vorliegen, vgl. § 7 Abs. 1 HwO.¹⁶³ Ob nun weiterhin das „Inhaberprinzip“ oder neuerdings das „Betriebsleiterprinzip“ gilt, ist Gegenstand einer kontroversen Diskussion.¹⁶⁴ Versteht man mit *Leisner* das Inhaberprinzip als Ausdruck der Tatsache, dass Adressat der handwerksrechtlichen Genehmigung der Inhaber des Handwerksbetriebs ist, so hat 2004 insoweit keine Abkehr vom Inhaberprinzip stattgefunden.¹⁶⁵ Unabhängig von der – im Ergebnis fruchtlosen – Diskussion über diese Begrifflichkeit ist festzuhalten, dass seit der Novellierung der HwO im Jahr 2004 kein Inhaber mehr eingetragen werden kann, wenn sein Betrieb keinen Betriebsleiter mit bestandener Meisterprüfung, einer entsprechenden Ausübungsberechtigung oder

161 Vgl. *Knörr*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 7 Rn. 5 und 26 f.; ungenau *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 268.

162 Vgl. *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 10 Rn. 53.

163 Vgl. *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 10 Rn. 54.

164 Davon ausgehend, dass das Inhaberprinzip nicht abgeschafft wurde: *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO § 7 Rn. 1; anders: *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 106; *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 10 Rn. 54.

165 Vgl. *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 7 Rn. 3.

einer Ausnahmegewilligung hat.¹⁶⁶ Freilich kann der Inhaber selbst Betriebsleiter sein.¹⁶⁷

Auch wenn in den meisten Handwerken der Anlage A weiterhin der Inhaber auch Betriebsleiter sein wird, begünstigen doch technische Entwicklungen und die damit einhergehende Notwendigkeit eines höheren Kapitaleinsatzes die Trennung der Inhaberschaft von der Betriebsleitung.¹⁶⁸ Ein höherer Grad an technischer Ausstattung und Kapitaleinsatz wird es in vielen Fällen erforderlich machen, beispielsweise ein Filialnetz zu etablieren, um wirtschaftlich gewinnbringend agieren zu können.¹⁶⁹ Mit Blick auf den „neuen“ Gesetzeszweck der Gefahrenabwehr ist die Trennung in diesen Fällen unverzichtbar.¹⁷⁰

Der Meisterpflicht kommt auch im Zusammenhang mit der Ausbildung von Lehrlingen im Handwerk Bedeutung zu, worauf gleich noch näher eingegangen wird.

II. Meisterpräsenz

Wie beschrieben, kann ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig nur betrieben werden, wenn der Betrieb von einem entsprechend qualifizierten Betriebsleiter (der auch der Betriebsinhaber selbst sein kann) geführt wird. Konkret muss der Betriebsleiter alle Entscheidungen treffen, die an sich dem Inhaber vorbehalten sind, aber auf fachlicher Ebene eines Betriebsleiters getroffen werden und nur getroffen werden können.¹⁷¹ Diese Anforderung beschränkt sich dabei nicht nur auf den Zeitpunkt der Eintragung, sondern gilt für den gesamten Zeitraum des Betriebs.¹⁷² Es muss dabei gewährleistet sein, dass der Betriebsleiter den Betrieb fachlich-technisch führen kann und auch tatsächlich führt. Er muss zwar nicht jederzeit vor Ort sein, grundsätzlich aber ohne erhebliche Zeit-

166 Vgl. *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 7 Rn. 5.

167 Vgl. *Knörr*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 7 Rn. 18.

168 Vgl. *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 7 Rn. 4.

169 Man denke dabei nur an das bundesweit existierende Filialnetz der Firma „Fielmann“.

170 So auch *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 7 Rn. 4 f., der von einer Stärkung der beiden Faktoren „Arbeit“ und „Kapital“ spricht.

171 Vgl. BayVGH GewA 1997, 75; *Karsten*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 7 Rn. 37.

172 So auch *Detterbeck*, GewA 2014, 147 (147).

verzögerung den Betrieb erreichen können.¹⁷³ Insbesondere kann sich die Tätigkeit des Betriebsleiters nicht auf das bloße Kontrollieren der Arbeitsergebnisse beschränken.¹⁷⁴ Man spricht dabei von der sogenannten Meisterpräsenz, die zwar nicht ausdrücklich in der HwO geregelt ist, sich aber aus einer Zusammenschau der §§ 1 und 7 HwO ergibt und in Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist.¹⁷⁵

Die Anforderungen an die Präsenz sind im Einzelnen abhängig von dem Gewerk des konkreten Handwerksbetriebs. So sind beispielsweise die Anforderungen im Gesundheitshandwerk besonders streng, da bei ihnen erhebliche Gesundheitsgefahren für die Bevölkerung entstehen, falls es zu einer unsachgemäßen Ausübung kommt.¹⁷⁶ Dementsprechend gilt im Gesundheitshandwerk der Grundsatz der permanenten Meisterpräsenz.¹⁷⁷ In der Folge können, zumindest grundsätzlich, nicht zwei Betriebsstätten des Gesundheitshandwerks von demselben Meister geführt werden.¹⁷⁸ Demgegenüber sind die Präsenz Anforderungen bei anderen zulassungspflichtigen Handwerken – jedenfalls dann, wenn die Leitungsfunktion noch kurzfristig

173 Vgl. *Detterbeck*, HwO, § 7 Rn. 6; *Karsten*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 7 Rn. 37; *Knörr*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 7 Rn. 10; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 7 Rn. 25 f.

174 Vgl. BVerwG GewA 1994, 172.

175 Vgl. aus der Rspr. nur BVerwG GewA 1994, 172 und BGH GewA 2013, 407 m. Anm. *Hüpers*; aus der Literatur *Dohrn*, GewA 1986, 116 (118 ff.); *Badura*, GewA 1992, 201; *Schmitz*, WiVerw 1999, 88; *Wiemers*, DVBl. 2012, 942; *Detterbeck*, GewA 2014, 147; *Detterbeck*, HwO, § 7 Rn. 6 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; *Karsten*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 7 Rn. 37 ff.; *Knörr*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 7 Rn. 10 ff.; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 7 Rn. 24 ff.

176 Die besondere Gefahrgeneignetheit der Gesundheitshandwerke lässt sich auch an der Regelung des § 7b HwO erkennen, der die Gesundheitshandwerke von der Altgesellenregelung ausnimmt, vgl. BVerwG GewA 2000, 418; *Dohrn*, GewA 1986, 116 (118 ff.); *Badura*, GewA 1992, 201; *Schmitz*, WiVerw 1999, 88; *Wiemers*, DVBl. 2012, 942; *Detterbeck*, GewA 2014, 147 (147, 149).

177 Vgl. BayVGH NVwZ 1983, 691 (691); OVG Schleswig GewA 1992, 277 (278); OVG Koblenz GewA 1994, 66; *Schotthöfer*, GewA 1981, 114 (117); *Karsten*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 7 Rn. 41, 44 f.; mit Blick auf neue Kommunikationsmittel weniger streng *Schmitz*, WiVerw 1999, 88; *Detterbeck*, HwO, § 7 Rn. 6; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 7 Rn. 26. An diesem Grundsatz hat auch die zum Wettbewerbsrecht ergangene Entscheidung des BGH, in der er im Ergebnis nur ungefährliche und nicht wesentliche Tätigkeiten von der ständigen Meisterpräsenz ausnimmt, nichts geändert, vgl. BGH GewA 2013, 407 ff., kritisch *Hüpers*, GewA 2013, 409, zustimmend *Detterbeck*, GewA 2014, 147 (148 f.).

178 Vgl. *Knörr*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 7 Rn. 14.

in jedem Betrieb ausgeübt werden kann – weniger streng.¹⁷⁹ Außerhalb des Gesundheitshandwerks gilt damit der Grundsatz der gelockerten Meisterpräsenz.¹⁸⁰

III. Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer

Große Teile der Wirtschaftsverwaltungsaufgaben werden von den Trägern der wirtschaftlichen Selbstverwaltung erledigt, die eine Erscheinungsform der funktionalen Selbstverwaltung ist.¹⁸¹ Im Handwerk bilden nach der gesetzlichen Konzeption die im vierten Abschnitt des vierten Teils der HwO geregelten Handwerkskammern den Kern der wirtschaftlichen Selbstverwaltung. Sie sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, vgl. § 90 Abs. 1 HwO. Ihre innere Struktur ist organschaftlich aufgebaut und in den §§ 92 ff. HwO geregelt.

Die Aufgaben der Handwerkskammer sind vielfältig, der Schwerpunkt liegt allerdings auf der Vertretung der Interessen des Handwerks in seiner Gesamtheit (§ 90 Abs. 1 und § 91 Abs. 1 Nr. 1 HwO), der Führung der Handwerksrolle (§ 91 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 6 HwO) und der Regelung der Berufsausbildung und der Prüfungen (§ 91 Nr. 4 bis 6a HwO).¹⁸² Zwar kommt der Handwerkskammer kein allgemeinpolitisches Mandat zu, sie ist aber gem. § 91 Abs. 3 HwO in allen wichtigen, das Handwerk und handwerksähnliche Gewerbe berührenden Angelegenheiten zu hören, hat also ein diesbezügliches politisches Mandat. Die Handwerkskammer hat ferner ein eigenständiges Sanktionsrecht gegenüber Gewerbetreibenden bei Verstößen gegen Vorschriften und Anordnungen, fungiert also auch als Teil der Wirtschaftsüberwachung.

179 Auch wenn bei nahe beieinanderliegenden Betriebsstätten Ausnahmen gemacht wurden, vgl. BVerwG Urt. v. 22.11. 1994 – 1 C 22/93 Rn. 24 –, juris; im Gesundheitshandwerk, wo im Fall die Betriebe nur 500 Meter entfernt lagen, vgl. Schl.-Holst. VG GewA 2000, 426; Karsten, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 7 Rn. 45.

180 Vgl. Detterbeck, GewA 2014, 147 (147).

181 Vgl. BVerfGE 107, 59, 92 ff.; Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 123 ff.; Burgi und Oebbecke, VVDStRL 62 (2003), 366 und 404; Stober/Korte, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil, § 43, S. 277 f.; Hendl/Kluth, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, § 2 Rn. 1, 10 ff.

182 Zu den Beratungsangeboten für Handwerker und Handwerksunternehmen siehe Teil 1 C. I.

Die bereits beschriebene starke berufsständische und ausbildungsorientierte Ausrichtung des Handwerksrechts ist der Grund für eine – im Gegensatz zum übrigen Gewerberecht – stark gegliederte Selbstverwaltung.¹⁸³ Die HwO kennt neben der Handwerkskammer noch weitere Organisationsformen: die Handwerksinnungen (§§ 52 ff. HwO), die Innungsverbände (§§ 79 ff. HwO) und die Kreishandwerkerschaften (§§ 86 ff. HwO). Diese haben jeweils eigene, gesetzlich vorgesehene Aufgaben. Die Bildung von Innungen für ein konkretes Handwerk ist fakultativ. Sie sind – wie die Handwerkskammern – Körperschaften des öffentlichen Rechts, vgl. §§ 52 ff. HwO. In den Innungen können die Handwerker und Handwerksunternehmen des gleichen Gewerks Mitglied werden. Ihre wesentliche Aufgabe besteht darin, die gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder zu fördern. Die Handwerkskammern üben die Aufsicht über die Innungen aus. Schließen sich mehrere fachgleiche Innungen zusammen, so bilden diese einen Innungsverband. Sämtliche Innungen bilden auf kommunaler Ebene, unabhängig vom Gewerk, die Kreishandwerkerschaften, die ebenfalls Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Die Kreishandwerkerschaften üben hauptsächlich Unterstützungsaufgaben für die Innungen aus.¹⁸⁴

1. Pflichtmitgliedschaft

Während die Mitgliedschaft in den Handwerksinnungen und den Kreishandwerkerschaften freiwillig ist, ist die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer verpflichtend; vgl. § 90 Abs. 2 und 3 HwO. Nach dem Gesetzeswortlaut lassen sich zwei Kriterien für die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer unterscheiden: zum einen ein örtliches Kriterium, das auf die Ansiedlung des Gewerbes im entsprechenden Kammerbezirk abstellt, zum anderen ein personales Kriterium, das festlegt, welche natürliche oder juristische Person bzw. Personengesellschaft¹⁸⁵ Mitglied der Handwerkskammer ist.

Dies sind gem. § 90 Abs. 2 HwO zunächst die Inhaber eines Betriebs eines Handwerks und die Inhaber eines handwerksähnlichen Gewerbes sowie die Gesellen, anderen Arbeitnehmer und Lehrlinge. § 90 Abs. 3 HwO

183 Vgl. *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 96.

184 Zum Ganzen *Knauff*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 297 ff.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 Rn. 49.

185 Dazu *Günther*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 90 Rn. 33 ff.

benennt daneben noch Personen, die im entsprechenden Kammerbezirk selbstständig eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 ausüben und die Voraussetzungen der Nummern 1–3 erfüllen.

Die Verfassungsmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft war in der Vergangenheit häufig Gegenstand kontroverser Debatten. Bereits in einem Grundsatzzurteil aus dem Jahr 1962¹⁸⁶ hat das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft festgestellt und in einem Kammerbeschluss 2001¹⁸⁷ diese bestätigt. In seinem viel besprochenen¹⁸⁸ Urteil aus dem Jahr 2017 hat das BVerfG dies für die Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer erneut bestätigt. Auch wenn die Entscheidung unmittelbar nur zur Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer ergangen ist, können die darin getroffenen Feststellungen auf die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer übertragen werden, die insoweit gleich ausgestaltet ist.¹⁸⁹ Das Gericht ist dabei insbesondere mit Blick auf Art. 9 Abs. 1 GG einer breiten Literaturmeinung entgegengetreten.¹⁹⁰ Das Gericht stellt zunächst heraus, dass der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG nicht eröffnet sei. Das spezielle Grundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG garantiere die Freiheit, sich aus privater Initiative unabhängig vom Staat mit anderen zu Vereinigungen zusammenzuschließen, diese zu gründen, aber auch ihnen fernzubleiben. Sie zielen dabei auf freiwillige Zusammenschlüsse zur Verfolgung frei gewählter Zwecke. Die Pflichtmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft beruhe dagegen auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, gewisse öffentliche Aufgaben unter kollektiver Mitwirkung privater Akteure zu erledigen. Art. 9 GG sei durch das Element der Selbstbestimmung gekennzeichnet, welches die freiwilligen Zusammenschlüsse deutlich von öffentlich-rechtlichen Körperschaften unterscheide. Insbesondere sei in Art. 9 Abs. 1 GG auch eine Distanz zum Staat und zu politischen Parteien enthalten. Auch der Blick auf die Entstehungsgeschichte des Art. 9 GG zeig-

186 BVerfGE 25, 235.

187 BVerfG NVwZ 2002, 335.

188 Muckel, JA 2017, 878, bezeichnet die Entscheidung als Enttäuschung; von einem krönenden Abschluss hingegen spricht Wiemers, Anm. zu BVerfG 1 BvR 2222/12, 1 BvR 1106/13, NVwZ 1282 (1291); Sachs, Jus 2017, 1135; Kirchberg, NJW 2017, 2723; mehrere ausführliche Analysen finden sich bei Kluth, Die IHK-Entscheidung.

189 Vgl. Kluth, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, § 1 Rn. 1 und § 5 Rn. 96.

190 BVerfG NJW 2017, 2744 unter Nennung zahlreicher anderer Ansichten bezüglich des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 1 GG (Rn. 78).

ge, dass dieser freiwillige Zusammenschlüsse vor staatlicher Einflussnahme schützen solle.¹⁹¹

Im Folgenden prüft das Gericht eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG und kommt zu dem Ergebnis, dass dieser zwar berührt sei, der Eingriff aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könne.¹⁹² Art. 2 Abs. 1 GG enthalte das Recht, nicht durch „Pflichtmitgliedschaften von ‚unnötigen‘ Körperschaften in Anspruch genommen zu werden“¹⁹³. Daneben schütze Art. 2 Abs. 1 GG vor der mit der Pflichtmitgliedschaft einhergehenden Beitragspflicht. Diese schränke die wirtschaftlichen Voraussetzungen individuell selbstbestimmter Betätigungsfreiheit ein.¹⁹⁴ Bereits die Pflichtmitgliedschaft als solche stelle einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar, sie sei nicht lediglich vorteilhaft oder eingriffsneutral und müsse damit den Anforderungen des Grundgesetzes genügen.¹⁹⁵ Die Eingriffe durch die Pflichtmitgliedschaft und die Beitragspflicht könnten aber gerechtfertigt werden, sie seien insbesondere verhältnismäßig. Zunächst beruhe die Pflichtmitgliedschaft auf einem legitimen Gesetzeszweck und die Kammern übten legitime öffentliche Aufgaben aus. Ausführlich geht das Gericht im Folgenden auf die einzelnen Aufgaben der Industrie- und Handelskammer auf Grundlage des § 1 Abs. 1 IHKG ein und kommt zu dem Ergebnis, dass diese legitime öffentliche Aufgaben seien und damit die Pflichtmitgliedschaft ebenso wie die Beitragspflicht gerechtfertigt werden könne.¹⁹⁶ Die Aufgabenerfüllung in Form einer Körperschaft sei ebenfalls von einem legitimen Zweck getragen. Die Artikulation der Belange und Interessen der Wirtschaft vor Ort, insbesondere gegenüber der Politik und der Verwaltung, gelinge gemeinsam zumindest besser. Auch die übertragenen Aufgaben ließen sich unter Berücksichtigung der gesamten Fachkunde und Erfahrung aller im Kammerbezirk ansässigen Betriebe besser erledigen.¹⁹⁷

Die Beitragspflicht als Folge der Pflichtmitgliedschaft sei auch erforderlich.¹⁹⁸ Unter Verweis auf die diesbezügliche rechtspolitische Diskussion kommt das Gericht zu der Auffassung, dass eine weniger einschneidende Möglichkeit der Finanzierung der Aufgaben der Kammer nicht ersichtlich

191 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2746 Rn. 78 f.).

192 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2746 Rn. 80 ff.).

193 BVerfG NJW 2017, 2744 (2746 Rn. 81).

194 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2746 Rn. 81).

195 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2746 Rn. 82).

196 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2747 Rn. 86 ff.).

197 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2748 Rn. 100).

198 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2746 Rn. 105 f.).

sei. Insbesondere sei eine freiwillige Mitgliedschaft nicht eindeutig weniger belastend. Der Wert der Kammerarbeit beruhe gerade auf der Unabhängigkeit vom Staat und der Vollständigkeit der Informationen über die Verhältnisse der „verkammerten“ Betriebe. Gerade das Ziel, die Gesamtinteressen der Betriebe wahrzunehmen, könne durch einen freiwilligen Zusammenschluss nicht erreicht werden.¹⁹⁹ Zwar bezieht das Gericht dies nicht konkret auf die Beitragspflicht, sondern nur auf die Mitgliedschaft, das Argument der Staatsferne und effektiven Vertretung der Gesamtinteressen gilt aber auch für diese. Die Aufgaben der Kammer müssen mit finanziellen Mitteln hinterlegt sein, um effektiv durchgeführt werden zu können, und dürfen insoweit nicht von staatlichen Zuwendungen abhängig sein.

Weiter geht das Gericht auf die Angemessenheit der Pflichtmitgliedschaft ein und bejaht diese. Zudem könne sie auch die aus ihr abgeleitete Beitragspflicht tragen. Die Gesamtabwägung der Schwere des Eingriffs einerseits und das Gewicht sowie die Dringlichkeit der rechtfertigenden Gründe andererseits zeigten, dass die Grenzen der Zumutbarkeit gewahrt würden, da eine übermäßige Belastung nicht vorläge. Das läge zum einen an der Reduzierung der Beiträge in den letzten Jahren und zum anderen an der Möglichkeit der Kammermitglieder, sich an Entscheidungsprozessen zu beteiligen und mitzuwirken, aber auch an der Möglichkeit, dies nicht zu tun. Zudem hätten die Mitglieder die Möglichkeit, gerichtlich gegen Aufgabenüberschreitungen vorzugehen. Die Grenze der Zumutbarkeit sei erst dann überschritten, wenn die Wahrnehmung der Gesamtinteressen den regionalen und wirtschaftlichen Interessen nicht mehr Rechnung trägt. Die Aufgabennorm des § 1 Abs. 1 IHKG sei so zu interpretieren, dass die Zumutbarkeit sichergestellt sei und auch abweichende Interessen einzelner Mitglieder oder Interessenkonflikte Berücksichtigung fänden. Der Schutz von Minderheiten müsse dementsprechend sichergestellt sein.²⁰⁰

Zuletzt geht das Gericht auf die Anforderungen des Demokratiegebots ein, sieht diese aber als gewahrt an.²⁰¹

199 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2746 Rn. 106).

200 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2749 f. Rn. 107 ff.).

201 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2750 Rn. 112 ff.).

2. Finanzierung der Handwerkskammern über den Pflichtbeitrag

Die Handwerkskammern finanzieren sich in erster Linie durch die Beiträge ihrer Mitglieder. Anknüpfend an die Mitgliedschaft und die Eintragung in die Verzeichnisse der Handwerkskammer sind diese verpflichtet, Kammerbeiträge zu entrichten, vgl. § 113 HwO. Gerade die Beitragspflicht dürfte die für die Mitglieder der Kammer spürbarste Folge der Pflichtmitgliedschaft sein²⁰², gleichzeitig ist sie essenzieller Bestandteil des Selbstverwaltungsrechts und der Finanzautonomie der Handwerkskammern.²⁰³ Die Verfassungsmäßigkeit des Pflichtbeitrags war auch Gegenstand Entscheidung des BVerfG vom 12.07.2017²⁰⁴, die zwar die Pflichtbeiträge und die Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer betraf, deren Ergebnisse aber auf die Beiträge zur Handwerkskammer und die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer übertragbar sind.²⁰⁵ Konkret regelt Abs. 1 Halbsatz 1 des § 113 HwO die Beitragspflicht zur Handwerkskammer.

*(1) Die durch die Errichtung und Tätigkeit der Handwerkskammer entstehenden Kosten werden, soweit sie nicht anderweitig gedeckt sind, von den Inhabern eines Betriebs eines Handwerks und eines handwerksähnlichen Gewerbes sowie den Mitgliedern der Handwerkskammer nach § 90 Abs. 3 [...] getragen.*²⁰⁶

Die HwO nennt drei Gruppen von Beitragspflichtigen: die Inhaber eines Betriebs eines Handwerks (gleichgültig, ob zulassungspflichtig oder zulassungsfrei), die Inhaber eines Betriebs eines handwerksähnlichen Gewerbes sowie die Mitglieder der Handwerkskammer nach § 90 Abs. 3 der HwO.

§ 90 Abs. 3 HwO legt fest, dass Personen, die die Voraussetzungen der Nr. 1–3 erfüllen, zur Handwerkskammer gehören. Damit besteht lediglich bei der letzten Gruppe der Beitragspflichtigen schon nach dem Wortlaut ein Zusammenhang zur Mitgliedschaft in der Handwerkskammer. Für

202 Zu Bestrebungen, die Pflichtbeiträge abzuschaftern bzw. erheblich zu reduzieren und die Aufgaben der Kammern durch Gebühren, Entgelte, Gewinne oder Spenden zu finanzieren: Kluth, GewA 2018, 261.

203 Vgl. Karsten, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 1. Für die vergleichbare Finanzautonomie der Industrie- und Handelskammern (IHK): Wendt, WiVerw 2013, 5 (34 ff.).

204 NJW 2017, 2744.

205 Dazu oben Teil 1 B. III. 1.

206 Eine fast wortlautgleiche Vorschrift für die IHK findet sich in § 3 Abs. 2 Satz 1 IHKG.

diese dritte Gruppe führen die Handwerkskammern ein sogenanntes Kleinunternehmerverzeichnis gem. § 90 Abs. 4 Satz 3 HwO i. V. m. Abschnitt IV Anlage D zur Eintragung dieser.²⁰⁷

Unter dem allgemeinen Begriff der Abgaben werden Steuern, Beiträge, Gebühren und Sonderabgaben unterschieden.²⁰⁸ In § 3 Abgabenordnung (AO) ist die Definition der Steuern enthalten, die auch der Definition des grundgesetzlichen Steuerbegriffs in Art. 105 ff. GG entspricht, auch wenn sie freilich normenhierarchisch nicht zur Auslegung des Grundgesetzes herangezogen werden kann. Den Steuern stehen die nichtsteuerlichen Abgaben, also Beiträge, Gebühren und Sonderabgaben, gegenüber, die alle jeweils besonders gerechtfertigt werden müssen, die dem Grundsatz der Belastungsgleichheit Rechnung zu tragen haben und bei deren Erhebung der Grundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans zu beachten ist.²⁰⁹ Gemeinsam haben Beiträge und Gebühren insbesondere, dass sie einen Vorteil, den der Beitrags- oder Gebührenpflichtige vom Staat erhält, ausgleichen und damit durch einen staatlichen Aufwand bedingt sind.²¹⁰

Bei Beiträgen handelt es sich wie auch bei den Gebühren um Vorzugslasten.²¹¹ Sie kennzeichnen sich dadurch, dass sie Gegenleistung für eine staatliche, individualisierbare Leistung sind, auf deren Inanspruchnahme es aber nicht ankommt.²¹² Beiträge werden also für die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung erhoben.²¹³ Als besondere Rechtfertigung reicht die reine Einnahmeerzielung nicht aus, zudem müssen sie sich deutlich von den voraussetzungslos auferlegten Steuern unterscheiden. Zuständig für die Beitragserhebung ist meist die Körperschaft, bei der die Verwaltungskosten entstehen.²¹⁴

207 Vgl. *Günther*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 90 Rn. 48.

208 Vgl. nur *Gersch*, in: Klein, AO, § 3 Rn. 3; *Seiler*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 105 Rn. 40; *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 119 Rn. 17.

209 Vgl. *Kube*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 105 Rn. 10.

210 Vgl. *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 119 Rn. 17.

211 Vgl. *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 119 Rn. 17.

212 Vgl. *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 119 Rn. 62; *Kube*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 105 Rn. 15; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 113 Rn. 3. Zur Einordnung der Beiträge in das System der öffentlichen Lasten mit Bezug zum Kammerwesen *Rieger*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, § 13 Rn. 10 ff.

213 Vgl. *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 119 Rn. 17; *Seiler*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 105 Rn. 82.

214 Vgl. *Kube*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 105 Rn. 15.

Gebühren hingegen sind Geldleistungen, die aus Anlass einer individuell zurechenbaren Leistung auferlegt werden.²¹⁵ Sie werden also zum Ausgleich einer tatsächlich erbrachten Leistung erhoben. Sie müssen sowohl dem Grunde nach als auch der Höhe nach sachlich gerechtfertigt sein, Bemessungsgrundlage sind dabei die tatsächlich angefallenen Kosten (Kostendeckungsprinzip).²¹⁶

Das Bundesverwaltungsgericht qualifiziert die Kammerbeiträge als Beiträge im abgabenrechtlichen Sinn, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie Gegenleistung für einen gewährten Vorteil sind.²¹⁷ Auch den erforderlichen Zusammenhang zwischen dem Erhebungsanlass und dem Vorteil des Pflichtigen sieht das BVerwG bei Kammerbeiträgen als gegeben an. Die Beiträge sind dabei Gegenleistung für die Vorteile, die aus der Kammermitgliedschaft oder aus besonderen Tätigkeiten der Handwerkskammer resultieren können.²¹⁸ Dabei muss die Aufgabenerfüllung durch die Kammer jedenfalls nicht zu einem unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil für die Mitglieder führen.²¹⁹ Bei den Aufgaben der Standesaufsicht beispielsweise profitieren die Kammermitglieder von einer Aufrechterhaltung der Integrität des Standes insgesamt, auch wenn dieser Vorteil nicht genau messbar ist.²²⁰ Das Beitragsaufkommen ist dabei zudem als Gegenleistung für die gesamte Kammertätigkeit zu verstehen, der Beitrag lässt sich insbesondere nicht auf verschiedene Aufgaben verteilen oder bestimmten Tätigkeiten im Einzelnen zuordnen.²²¹ In seiner Entscheidung zur Zulässigkeit der Pflichtmitgliedschaft vom 12. Juli 2017 hat das BVerfG zwar die Frage der rechtlichen Einordnung der Beiträge offengelassen, aber bereits die Möglichkeit, an Kammerwahlen und Abstimmungen teilzunehmen, als Vorteil angesehen, der die Erhebung der Beiträge rechtfertigt, die wiederum der Finanzierung

215 Vgl. *Kube*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 105 Rn. 11; *Seiler*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 105 Rn. 81; *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 119 Rn. 17, 26.

216 Vgl. *Kube*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 105 Rn. 12.

217 Vgl. BVerwG NVwZ 1990, 1167 (1167); BVerwG NJW 1999, 2292 (2295); BVerwG GewA 2006, 341 (342). Für die Ärztekammern: BVerwGE 39, 100 (107); BVerwG NJW 1993, 3003 (3004), die insoweit aber vergleichbar sind.

218 Vgl. BVerwG GewA 2006, 341 (342).

219 Vgl. BVerwGE 39, 100 (107); 92, 24 (26); 107, 169 (176); ebenso BVerfGE 38, 281 (311).

220 Vgl. BVerwGE 39, 100 (107); 107, 169 (176).

221 Vgl. BVerwG GewA 1977, 232; BVerwG GewA 1995, 426; vgl. auch *Detterbeck*, HwO, § 113 Rn. 1.

der gesamten Kammertätigkeit im Rahmen der gesetzlichen Grenzen dient.²²²

In der Literatur herrscht keine Einigkeit über die Frage der Zuordnung der Kammerbeiträge. Teile der Literatur, die man wohl als überwiegend bezeichnen kann, sehen die Kammerbeiträge, wie die Rechtsprechung, als Beiträge im abgabenrechtlichen Sinne an.²²³ Dass die Beiträge zumindest auch der Interessenvertretung des Handwerks insgesamt dienen, wird als ausreichend angesehen. Auf eine genaue Trennung der Interessensbereiche komme es nicht an.²²⁴ Vielmehr genüge ein mittelbarer Vorteil für jedes einzelne Kammermitglied, der zudem nicht genau bemessen und konkret festgestellt werden müsse.²²⁵ Unabhängig von kleineren Strömungen²²⁶ wird der Kammerbeitrag von einigen Autoren als ein eigener abgabenrechtlicher Typus qualifiziert. Sie sprechen dabei von einer Verbandslast.²²⁷ Die Verbandslast wird dabei als Untergruppe der Beiträge angesehen, die sich aber von den Beiträgen dadurch unterscheidet, dass kein individueller Vorteil bestehen muss, sondern dass sie ihre Rechtfertigung unabhängig von einem individualisierbaren Vorteil in der aufgabenbezogenen Lastengemeinschaft findet. Es kommt auf die kollektive Verbandssolidarität an. Sie ist an den Gleichheitssatz ebenso wie an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, nicht aber an das Äquivalenzprinzip.

Überzeugender ist es, den Beitrag mit der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur als Beitrag im abgabenrechtlichen Sinne zu verstehen.²²⁸ Neben den bereits angesprochenen Vorteilen, die aus der Gesamtvertretung auch für die einzelnen Mitglieder resultieren, bieten die

222 Vgl. BVerfG NJW 2017, 2744 (2745 Rn. 71).

223 Vgl. *Günther*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 113 Rn. 3; *Karsten*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 8; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 113 Rn. 2. Für den IHK-Beitrag *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 312 ff.; *Ma-che*, GewA 1986, 122 (123 f.); *Badura/Kormann*, GewA 2005, 136 (137); *Wendt*, WiVerw 2013, 5 (9).

224 So *Wendt*, WiVerw 2013, 5 (9); *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 113 Rn. 2, der von privatem Interesse im Öffentlichen Interesse und umgekehrt spricht.

225 Vgl. *Karsten*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 8; *Leisner*, in: Leisner, BeckOK HwO, § 113 Rn. 3.

226 Vgl. etwa *Merkt*, Die mitgliedschaftsbezogene Abgabe des öffentlichen Rechts, S. 7 ff., der von einer mitgliedschaftsbezogenen Abgabe spricht, oder *Axer*, GewA 1996, 453 (458), der sie als Mitgliedsabgabe bezeichnet.

227 Vgl. *Stober*, GewA 1995, 184 (189) und insbesondere *Tettinger*, Kammerrecht, S. 200 ff.; *Kube*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 105 Rn. 22.

228 Aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung etwa BVerwGE 107, 169 (176); ebenso das BVerfG, etwa BVerfGE 38, 281 (311). In der Entscheidung zur Pflichtmit-

Handwerkskammern kostenlose Beratungsangebote für ihre Mitglieder an, die zumindest zum Teil aus den Beiträgen finanziert werden und die einen teils erheblichen Vorteil für die Kammermitglieder darstellen. Ein weiterer Vorteil sind die Mitgliedschaftsrechte, die dem Einzelnen die Möglichkeit der Partizipation eröffnen.²²⁹ Dieser Vorteil lässt sich auch wirtschaftlich fassen, wenn die Beratung die Wettbewerbsfähigkeit des einzelnen Betriebs steigert, Innovationen fördert oder ermöglicht. Gegen die Einordnung als Verbandslast spricht, dass die Zahlungen nicht der Erfüllung von Pflichten dienen, die den Mitgliedern gemeinsam obliegen.²³⁰

Die HwO kennt Ausnahmen von der Beitragspflicht für Existenzgründer und Kleinunternehmer. So sind natürliche Personen²³¹, die ihr Gewerbe nach dem 31.12.2003 angezeigt haben und deren jährlicher Gewerbeertrag bzw. Gewinn aus dem Gewerbebetrieb 25.000 € nicht übersteigt, im Jahr der Anmeldung komplett von der Beitragsentrichtung befreit, im zweiten und dritten Jahr jeweils um die Hälfte des Beitrages, vgl. § 113 Abs. 2 Satz 5 und 6 HwO. Ab dem fünften Jahr fällt der Zusatzbeitrag, unabhängig vom Gewinn, an. Eine ähnliche Regelung findet sich für die Mitgliedschaft und Beitragszahlung nach dem IHKG.²³² Gem. § 113 Abs. 2 Satz 4 HwO sind Kleinunternehmer gem. § 90 Abs. 3 HwO von der Beitragspflicht befreit, wenn der jährliche Gewinn aus dem Gewerbebetrieb 5.200 € nicht übersteigt.

Neben den bereits in der HwO vorgesehenen Ausnahmen kennen die Beitragsordnungen meist Regelungen, um Beiträge stunden oder ganz erlassen zu können, falls diese eine unbillige Härte darstellen würden. Dies gilt beispielsweise bei Betrieben mit fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit.²³³ Die Frage, ob die freiwillige Mitgliedschaft in einer Innung und die damit einhergehende Zahlungsverpflichtung gegenüber dieser bei der Bemessung der Kammerbeiträge Berücksichtigung finden können oder ggf.

gliedschaft in der IHK hat das BVerfG die Frage offengelassen, BVerfG NJW 2017, 2744; ebenso *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 113 Rn. 3.

229 Zu diesem Aspekt BVerfG NJW 2017, 2744 (2745 Rn. 71).

230 Vgl. *Mache*, GewA 1986, 122 (123); so auch *Detterbeck*, HwO, 4. Aufl., § 113 Rn. 1; *Karsten*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 7; *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 113 Rn. 4.

231 Zur Nichtanwendbarkeit auf juristische Personen vgl. *Karsten*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 50.

232 Vgl. *Karsten*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 49.

233 Vgl. *Karsten*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 54.

müssen, wurde in den letzten Jahren kontrovers diskutiert.²³⁴ Höchststrichterlich wurde die Frage 2006 dahingehend entschieden, dass eine Berücksichtigung jedenfalls nicht zwingend ist.²³⁵ Die Möglichkeit eines solchen Bonussystems besteht jedoch.²³⁶

Dass die Finanzierung der Aufgaben der Handwerkskammern nicht abschließend durch Beiträge der Mitglieder erfolgt, zeigt bereits § 113 Abs. 1 HwO:

*Die durch die Errichtung und Tätigkeit der Handwerkskammer entstehenden Kosten werden, soweit sie nicht anderweitig gedeckt sind, [...].*²³⁷

Dabei ist § 113 Abs. 1 HwO nicht so zu verstehen, dass die Beitragsfinanzierung nachrangig ist, sondern vielmehr, dass die Höhe der Beiträge sich auch an anderen Finanzquellen der Handwerkskammern orientieren soll.²³⁸ Die weiteren Finanzquellen der Handwerkskammern sind etwa Vermögenserträge, Einnahmen aus Gebühren, Ordnungsgelder, Schenkungen oder staatliche Zuschüsse.²³⁹ Die Beiträge der Mitglieder der Handwerkskammer machen dabei ca. 40 Prozent des Verwaltungshaushalts der jeweiligen Kammer aus. Der übrige Haushalt setzt sich aus Gebühren (ebenfalls ca. 30 Prozent), Zuwendungen (ca. 15–20 Prozent), kalkulatorischen Kosten und Verrechnungen (5–10 Prozent) sowie sonstigen Einnahmen (z. B. Ordnungsgelder, Schenkungen und staatliche Zuschüsse) und Erstattungen (10–15 Prozent) zusammen.²⁴⁰

234 Vgl. insbesondere die beiden Gutachten im Vorlauf der Entscheidung des BVerwG: gegen eine verpflichtende Reduzierung *Badura/Kormann*, GewA 2005, 99 und 136 und für eine Reduzierungspflicht *Detterbeck*, GewA 2005, 271 und 321.

235 Vgl. BVerwG GewA 2006, 341 (342 ff.) und zum Streit und der Entwicklung der Frage *Karsten*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 55 ff.

236 Vgl. auch *Zimmermann*, GewA 2007, 141 (143).

237 Hervorhebungen durch den Autor.

238 Vgl. *Kluth*, GewA 2018, 261 (262) für die parallele Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 1 IHKG.

239 Vgl. *Günther*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 113 Rn. 1.

240 Beispielhaft anhand der Angaben der Handwerkskammer für München und Oberbayern, vgl. <https://www.hwk-muenchen.de/artikel/daten-zur-wirtschaftlichen-entwicklung-des-handwerks-74,4002,7283.html#HaushaltFinanzen> (abgerufen am 15.01.2022); mit etwas anderer Aufteilung *Badura/Kormann*, GewA 2005, 99 (102); wie hier *Detterbeck*, GewA 2005, 321 (322).

C. Ausgewählte Tätigkeitsfelder

Neben den Spezifika des Rechtsregimes ist für die vorliegende Untersuchung auch eine Reihe ausgewählter Tätigkeitsfelder von Handwerksunternehmen und der Handwerkskammern von Interesse. Gerade im Bereich der Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Mittel (3. Teil) spielen diese eine wichtige Rolle.

I. Beratungsleistungen der Handwerkskammern

Bereits bei der Frage der rechtlichen Einordnung der Kammerbeiträge wurde auf die Beratungsleistungen der Handwerkskammern, die einen Vorteil für die Mitglieder darstellen, hingewiesen. Im Folgenden soll ein Überblick über die aktuellen Beratungsleistungen der Handwerkskammern gegeben werden (dazu 1.). Dabei kommt es nicht darauf an, das Beratungsspektrum umfassend darzustellen, sondern vielmehr geht es darum, einen Eindruck zu vermitteln, wie vielfältig die Beratungsleistungen sind. Entscheidend im Kontext dieser Arbeit ist schließlich die Frage nach der gegenwärtigen Finanzierung der Beratungsleistungen (dazu 2.).

1. Beratung durch die Handwerkskammern bzw. Handwerksorganisationen

Handwerkskammern, Innungen, handwerkliche Bildungseinrichtungen oder Zentralfachverbände des Handwerks bieten verschiedene Formen von Beratungsleistungen für Handwerksunternehmen an. Überwiegend handelt es sich dabei um Kurzberatungen in verschiedenen Bereichen mit Bedeutung für einzelne Handwerksbetriebe.²⁴¹

Für die Handwerkskammern findet sich die rechtliche Grundlage entweder in § 91 Abs. 1 Nr. 7 HwO²⁴², wobei Rechts- und Steuerberatungen dann teilweise als freiwillige Aufgaben neben den Pflichtaufgaben des Abs. 1 an-

241 Vgl. OVG Lüneburg GewA 1986, 201 (204); Heck, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 91 Rn. 60.

242 So VG Schleswig GewA 1982, 30 (31); Günther, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 91 Rn. 25 ff.; Lubert/Tremml, GewA 2007, 393 (394).

gesehen werden²⁴³, oder in § 91 Abs. 1 Nr. 9 HwO, der auch als Grundlage für Rechts- und Steuerberatungen dienen kann.²⁴⁴ Ebenso möglich ist eine Zuordnung zu § 91 Abs. 1 Nr. 1 HwO, der in seiner Aufzählung nicht abschließend ist.²⁴⁵ Darüber hinaus kann die Beratungstätigkeit auch ohne Zuordnung zum Aufgabenkatalog des § 91 Abs. 1 HwO insgesamt auf § 90 Abs. 1 i. V. m. § 91 Abs. 1 HwO gestützt werden.²⁴⁶ Unabhängig von der Zuordnung, die in der Literatur unterschiedlich erfolgt, ohne besonders thematisiert zu werden, ergeben sich inhaltlich daraus keine Unterschiede. Weitgehende Einigkeit herrscht darüber, dass die Grundlage für die entsprechenden Beratungstätigkeiten der Innungen in § 54 Abs. 1 Nr. 2 HwO, für Innungsverbände in § 81 Abs. 1 Nr. 1 HwO und für Kreishandwerkerschaften in § 87 Nr. 3 HwO zu finden ist.²⁴⁷

Erfasst sind dabei Fortbildungseinrichtungen – wie z. B. Berufsbildungszentren – ebenso wie einzelne Fortbildungen zu speziellen Themen wie neuen Maschinen oder Arbeitsmethoden.²⁴⁸ Möglich ist auch die technische Unternehmensberatung durch die Handwerkskammern, also Beratungsleistungen in den Bereichen Innovationsförderung, Technologietransfer, Gewerblicher Rechtsschutz, Technische Vorschriften, Energieeinsparung und Umweltschutz, Betriebsstandort, Qualitätsmanagementsysteme, Zulieferwesen oder Ähnlichem.²⁴⁹

Auf Grundlage der genannten Normen ist auch eine individuelle kaufmännische Unternehmensberatung bzw. Betriebsberatung möglich, die

243 Vgl. LG Würzburg GewA 1973, 122 (123) mit kritischer Anmerkung *Kleespies*; *Lensen*, GewA 1973, 201 (201); *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 91 Rn. 65, 68; *Badura/Kormann*, GewA 2005, 99 (103) sind der Auffassung, dass die Unterscheidung zwischen Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben in der HwO nicht vorgesehen ist.

244 So OVG Kassel GewA 1969, 169 (169); OVG Lüneburg GewA 1986, 201 (202); *Heck*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 91 Rn. 54; *Kormann/Schinner-Stör*, GewA 2004, 265 (266, Fn. 13); *Will*, Selbstverwaltung der Wirtschaft, S. 758; *Emmerich-Fritsche*, GewA 2011, 385 (385); *Kormann/Schinner-Stör*, Zulässigkeit von Rechtsdienstleistungen der Handwerksorganisationen, S. 53; wohl auch *Kormann*, GewA 1988, 249 (249) Fn. 2.

245 So zuletzt *Wiemers/Ghaedi*, GewA 2016, 185 (186) für die Rechtsberatung.

246 Als Alternative zu § 91 Abs. 1 Nr. 7 HwO VG Schleswig GewA 1982, 30 (31); vgl. ebenso *Schotthöfer*, GewA 1977, 213 (213); *Wiemers/Ghaedi*, GewA 2016, 185 (186); wohl auch *Detterbeck*, HwO, § 91 Rn. 18 f..

247 Ein Anspruch auf Beratung in einer bestimmten Art und Weise besteht nicht, vgl. VG Düsseldorf GewA 2002, 244.

248 Vgl. VG Saarlouis GewA 1974, 390 (390 ff.).

249 Vgl. dazu nur *Günther*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 91 HwO Rn. 27.

von den Handwerkskammern angeboten wird.²⁵⁰ Die Beratung findet in den Bereichen Management, Betriebsführung, Finanzierungsplanung, Fördermittel, Standortanalyse, Wertermittlung von Immobilien und Inventar, Unternehmensnachfolge, Ermittlung der Wirtschaftlichkeit eines Betriebs, Personalführung und -organisation, Analyse der Produktionsabläufe und Absatzchancen sowie Kalkulation, Marketing, Rechnungs- und Buchführung, Steuern, Rationalisierung, Vertrieb oder Krisenberatung statt.²⁵¹

Erfasst sind dabei sowohl Fortbildungskurse als auch individuelle Beratung.²⁵² Zudem können die Handwerkskammern für Existenzgründer spezielle Beratungsleistungen anbieten, um sie bei der Vorbereitung der Gründung und in der Gründungsphase zu unterstützen.²⁵³ Am Ende des § 91 Abs. 1 Nr. 7 HwO sind ausdrücklich Gewerbeförderungsstellen vorgesehen, über die eine kaufmännische Unternehmensberatung erfolgt.²⁵⁴ Daneben können Rechtsberatungs-²⁵⁵ und Steuerberatungsleistungen²⁵⁶ angeboten werden.

Das tatsächliche Beratungsangebot lässt sich dabei in drei Bereiche gliedern:²⁵⁷ Der erste Bereich umfasst die allgemeine Beratung schon bestehender Handwerksunternehmen. Der Zweite richtet sich an Gründer, die spezielle Gründungsberatungen in Anspruch nehmen können, während ein dritter Bereich die Beratung von Unternehmen in der Krise ist.

Die allgemeine Beratung umfasst eine Reihe von verschiedenen Beratungsangeboten.²⁵⁸ Die allgemeine betriebswirtschaftliche Beratung be-

250 Vgl. OVG Lüneburg GewA 1986, 201 (202), Ls. 1; OLG Karlsruhe GewA 1989, 208 Ls. 1; VG Schleswig GewA 1982, 30 (30 f.) Ls. 2; *Neumann/Olma*, Die Betriebsberatung im Handwerk, S. 11 f.

251 Vgl. *Günther*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 91 HwO Rn. 28; *Heck*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 91 Rn. 60.

252 Vgl. *Günther*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 91 Rn. 25.

253 Vgl. *Günther*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 91 Rn. 30.

254 Vgl. *Günther*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 91 Rn. 31.

255 Zur Zulässigkeit zunächst § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG; vgl. zudem *Jahn*, NVwZ 2002, 306; *Kormann/Schinner-Stör*, Zulässigkeit von Rechtsdienstleistungen der Handwerksorganisationen, S. 27 ff., 73 ff.; *Kormann/Schinner-Stör*, GewA 2004, 265; *Schöbener*, GewA 2011, 49; *Wiemers/Ghaedi*, GewA 2016, 185 (186 f.).

256 Zulässig nach § 4 Nr. 3 StBerG; *Heck*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 91 Rn. 62 f.; *Kormann*, GewA 1988, 249.

257 Die Beispiele entsprechen den Beratungsangeboten der Handwerkskammer von München und Oberbayern, <https://www.hwk-muenchen.de/> (abgerufen am 10.03.2022).

258 Abweichende Angebote lassen sich je nach Handwerkskammer finden, da auch regionale Besonderheiten Beachtung finden.

müht sich um die Vermittlung von Know-how in Sachen Kostenrechnung, Finanzierung, Marketing und Personalführung. Weitere Beratungsangebote erfassen Fragen im Zusammenhang mit der Eintragung in die Handwerksrolle und eine allgemeinere Rechtsberatung. Neben der Beratung in Standortfragen und politischen Aspekten findet auch eine Außenwirtschaftsberatung statt, bei der es um Beratungen zu Aufträgen im Ausland, dem Export von Waren und Dienstleistungen, der Teilnahme an Messen und Förderungen und Leistungen im Zusammenhang mit dem „Enterprise Europe Network“²⁵⁹ geht. Die Beratung in den Bereichen Innovation und Technologie zielt auf die Unterstützung bei der Suche nach Kooperationspartnern in Wissenschaft, Industrie und Handwerk oder dem Knüpfen von Kontakten zu Hochschulen oder Forschungs- oder Entwicklungseinrichtungen. Es werden sowohl Einzelberatungen als auch Veranstaltungen zu technologischen Trends und neusten Entwicklungen angeboten. Zudem unterstützt die Handwerkskammer die Handwerksbetriebe bei der Erstellung von Machbarkeits- und Potenzialanalysen, bei der Verhandlung mit F&E-Partnern oder Lizenznehmern ebenso wie bei der Forschung und Entwicklung, der Herstellung von Prototypen sowie bei der Markteinführung ihrer Produkte. Auch im Bereich der Umwelt- bzw. Energieberatung sind die Handwerkskammern aktiv und bieten allgemeine Umweltberatungen und spezifische Energiesparberatungen an.²⁶⁰ Darüber hinaus wird z. B. ein „ecoCheck“ angeboten, um frühzeitig finanzielle Risiken oder wesentliche Einschränkungen bei der Tätigkeitsausübung von Umweltauflagen zu erkennen. Weiterhin lassen sich Beratungsangebote im Bereich der Formgebung und Denkmalpflege finden, die spezifisch deren besondere Bedürfnisse abdecken sollen. Hierbei zeigen sich regionale Unterschiede und auch die fachlichen Schwerpunkte werden von den Handwerkskammern unterschiedlich gesetzt.

Die Beispiele zeigen, dass sowohl in technischer als auch in betriebswirtschaftlicher Hinsicht eine umfassende Beratung durch die Handwerkskammern möglich ist und auch angeboten wird.

Im Rahmen der Gründungsberatung wird eine Existenzgründungsberatung zu betrieblichen und rechtlichen Fragen der Gründung eines Handwerksunternehmens angeboten. Dabei stehen unterschiedliche Themenbe-

259 Vgl. dazu <https://een.ec.europa.eu/> (abgerufen am 10.03.2022).

260 Z. B. für die sehr energieintensiven Bäckereien wurden Vergleichszahlen als Grundlage einer spezifischen Energieberatung ermittelt, vgl. <https://www.hwk-muenchen.de/artikel/energiekennzahlen-im-baeckerhandwerk-74,3968,6603.html> (abgerufen am 10.03.2022).

reiche wie beispielsweise die Erstellung eines Businessplans, die Finanzierung, das Marketing, der Standort oder die Rechtsform im Mittelpunkt. Daneben bieten die Handwerkskammern Gründungsseminare an, um über grundlegende und wichtige Fragen sowie Problemstellungen im Vorfeld einer Gründung zu informieren. Ein weiterer Aspekt der Gründungsberatung ist die Gründungsagentur, in der Mitglieder, aber auch (Noch-)Nicht-Mitglieder in Fragen der Gründungsformalitäten beraten werden. Weitere Beratungsangebote erfassen die Finanzierung und Förderung von Unternehmensgründungen sowie Fragen der Betriebsübernahme.

Die Beratungen durch die Handwerkskammern und die übrigen Stellen sind für die Handwerksunternehmen meist kostenfrei, die Beratungen sind ein mit der Pflichtmitgliedschaft und der Beitragspflicht verbundener besonderer Vorteil der Kammermitglieder.²⁶¹ Die Beratungsleistungen stehen demzufolge nicht jedermann offen, sondern nur Kammermitgliedern bzw. solchen Unternehmensgründern oder zukünftigen Handwerkern, die in die Kammern aufgenommen werden.²⁶² Entsprechend der Einordnung der Beratung als Pflichtaufgabe nach § 91 HwO trifft die Handwerkskammern – jedenfalls im Rahmen ihrer Mittel – eine objektiv-rechtliche Pflicht Beratungsleistungen zugunsten des Handwerks anzubieten.²⁶³ Dass mit den Beratungen letztlich die Interessen einzelner Handwerksbetriebe bzw. Handwerker gefördert werden, ist mit dem Auftrag der Handwerkskammer, die Interessen des Handwerks zu vertreten, durchaus vereinbar.²⁶⁴ Das zeigt schon der Wortlaut des § 91 Abs. 1 HwO, der wiederholt von Leistungen für einzelne Handwerksbetriebe bzw. Handwerker spricht, vgl. Nr. 7, 8, 11, 13.²⁶⁵

261 Vgl. *Eisenmenger*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, § 8 Rn. 48. Nach § 113 Abs. 4 Satz 1 HwO wäre grundsätzlich die Erhebung einer Gebühr möglich, vgl. aber beispielhaft die Gebührenordnung mit Gebührenverzeichnis der Handwerkskammer für München und Oberbayern, Stand: 01.12.2016, abrufbar unter <https://www.hwk-muenchen.de/artikel/HwO-satzung-74,4005,7340.html#Gebuehren> (abgerufen am 10.03.2022).

262 Vgl. *Schotthöfer*, GewA 1977, 213 (214); vgl. zur Streitfrage, wer Adressat der Rechtsberatungsleistungen sein kann, einerseits *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 91 Rn. 65 und andererseits *Weber*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 91 Rn. 61; dazu auch *Kormann/Schinner-Stör*, GewA 2004, 265 (267).

263 Vgl. *Eisenmenger*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, § 8 Rn. 48; *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 91 Rn. 1 f.

264 Vgl. OVG Lüneburg GewA 1986, 201 (202).

265 Vgl. BVerwGE 5, 74 (78); OVG Rhld.-Pf. GewA 1983, 69 (70); OVG Lüneburg GewA 1986, 201 (202); *Fröhler/Kormann*, GewA 1984, 177 (185).

Die Beratungsleistungen der Handwerkskammern dienen im Laufe der Zeit unterschiedlichen Zwecken. So sollte die Qualität der handwerklichen Leistung gefördert werden, was zumindest einen Teilaspekt des übergeordneten Ziels darstellte, die Leistungsfähigkeit des Handwerks insgesamt zu fördern.²⁶⁶ Aber bereits in der 1. Lesung des „Entwurfs eines Gesetzes über die HwO“ wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es bei der Funktionsfähigkeit des Handwerks auf dessen Leistungen bzw. Bedeutung für das „Volk“ ankomme.²⁶⁷ Auch bei der Entwicklung der Idee einer Positivliste (heute Anlage A und B) wird deutlich, dass die Erhaltung eines hohen Leistungsstandes des Handwerks dem Allgemeininteresse dienen sollte.²⁶⁸ Mit der Handwerksnovelle 2004 wurde der Gesetzeszweck der „Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks und die Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft“ ausdrücklich aufgegeben und die neue Positivliste der Anlage A und die damit einhergehende Meisterpflicht mit dem Schutz vor Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter begründet.²⁶⁹ Es zeigt sich also, dass die HwO und damit auch die Beratung der Handwerksunternehmen sowohl vor als auch nach der Novelle 2004 darauf abzielt, einen Beitrag zur sicheren und ordnungsgemäßen Erbringung von Handwerksleistungen für die Bevölkerung sicherzustellen. Das gilt sowohl für die Handwerke der Anlage A als auch der Anlage B. In den zitierten Beratungen zur Einführung der HwO wird kein Bezug auf die Meisterpflicht genommen, sondern vielmehr die HwO als Ganzes diesem Zweck unterstellt. Für die meisterpflichtigen Handwerke gilt dies seit der Novelle 2004 freilich noch mehr. Die Beratungsleistungen dienen damit insgesamt zumindest auch dem Verbraucherschutz.

Mit Blick auf die Gründungsberatung und die Beratung in Krisen gewinnt noch ein weiterer Aspekt an Bedeutung. Die Beratung dient dabei auch der Erhaltung eines möglichst flächendeckenden Angebots von Handwerksleistungen. Neugründungen, Übernahmen oder auch die Verhinderung von Insolvenzen können insbesondere in ländlichen Regionen dazu

266 Dazu anschaulich BVerwG 5, 74.

267 Zitiert nach Schwannecke, Handwerksordnung, Nr. 105, S. 12 f.

268 Vgl. Schwannecke, Handwerksordnung, Nr. 105, S. 13.

269 Vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 1 und 22.

beitragen, dass eine Versorgung der Bevölkerung sichergestellt oder verbessert wird.²⁷⁰

2. Gegenwärtige Praxis der Finanzierung der Beratungsleistungen

Die gegenwärtige Finanzierungspraxis ist geprägt von einer Reihe von unterschiedlichen untergesetzlichen Förderrichtlinien verschiedener Ministerien sowohl auf Bundes- als auch Landesebene, was die Darstellung erschwert und schnell kleinteilig werden lässt.²⁷¹ Die verbleibenden Kosten werden aus den Mitgliedsbeiträgen der Kammern finanziert.²⁷²

Die Förderung durch den Bund bzw. die Länder stützt sich aus beihilfenrechtlicher Sicht dabei in erster Linie auf die De-minimis-VO²⁷³. Das BMWK beispielsweise fördert insgesamt 460 Beratungsstellen im Handwerk, davon 346 bei den Handwerkskammern und 114 bei Landesfachverbänden des Handwerks. Hinzu kommen 62 Informationsstellen bei Zentralfachverbänden, die nur in Ausnahmefällen Beratungen vornehmen.²⁷⁴ Grundlage dafür ist die Richtlinie zur Förderung eines Innovationsclusters im Handwerk durch ein Informations-, Beratungs- und Technologietransfernetzwerk (Know-how-Transfer im Handwerk) des BMWK.²⁷⁵

Die Richtlinie wird hinsichtlich der Förderung der Betriebsberatungsstellen auf die De-minimis-VO gestützt, hinsichtlich der Förderung von Beauftragten für Innovation und Technologie auf Art. 27 der allgemeinen

270 Unter dem Blickwinkel einer allgemeinen Förderung des Handwerks *Burgi*, GewA 2018, 327.

271 Vgl. *Leisner*, in: *Leisner, BeckOK HwO*, § 91 Rn. 67. Die Förderung erfolgt durch das BMWK, das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und auf Landesebene z. B. durch das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie und das Bayerische Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz, die jeweils Förderrichtlinien erlassen haben.

272 Dazu OVG Lüneburg GewA 1986, 201 (203).

273 Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. 2015 L 248/1, verlängert bis zum 31.12.2023 durch Verordnung (EU) 2020/972 der Kommission vom 2. Juli 2020 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 hinsichtlich ihrer Verlängerung und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 hinsichtlich ihrer Verlängerung und relevanter Anpassungen.

274 Vgl. Betriebsberatung im Handwerk, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Mittelstand/betriebsberatung-handwerk.html> (abgerufen am 08.03.2022).

275 Vom 10.01.2017, BAnz AT 16.01.2017 Bl.

Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)²⁷⁶ und für die Förderung der Inanspruchnahme von Innovationsberatungsdiensten und innovationsunterstützenden Dienstleistungen bildet Art. 28 AGVO die Grundlage. Die Förderung der gewerbespezifischen Informationstransferstellen wird hingegen auf die Verordnung über De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, gestützt. Diese Förderung richtet sich nicht an die Handwerksbetriebe, sondern vielmehr an die Handwerkskammern als Begünstigte.

Auf Landesebene existieren verschiedene Förderrichtlinien mit unterschiedlichen Ansätzen. Beispielhaft werden hier nur einige davon herausgegriffen und vorgestellt.

Das Land Hessen fördert auf Grundlage der „Richtlinie des Landes Hessen zur Gründungs- und Mittelstandsförderung“²⁷⁷ eine Reihe von Beratungsinstrumenten der Handwerkskammern in Hessen. Die Förderung der Existenzgründungs- und Unternehmensberatung, des Coachings und der Check-Ups stützt sich auf die De-minimis-VO. Die Förderung von Projekten zur Stärkung der Gründungsbereitschaft, zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit und zur Verbesserung unternehmerischer Qualifikation erfüllt hingegen nach Ansicht des Richtliniengebers das Merkmal der „Begünstigung bestimmter Unternehmen“ nicht und ist somit schon nicht als verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen. Die Förderung der Beteiligung an Messen und Ausstellungen erfolgt als De-minimis-Beihilfe, ebenso die Förderung der länderspezifischen Marktberatung.

Das Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und Digitale Gesellschaft fördert mit der „Richtlinie über die Gewährung von Zuschüssen aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds und/oder des Freistaats Thüringen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit von kleinen und mittleren Unternehmen durch Förderung betriebswirtschaftlicher und technischer Beratungen - Förderrichtlinie gemäß Prioritätsachse A, Förderung nachhaltiger und hochwertiger Beschäftigung und Unterstützung der Mobilität der Arbeitskräfte, des Operationellen Programms Europäischer Sozialfonds 2014 bis 2020 im Freistaat Thüringen (Beratungsrichtlinie)“²⁷⁸ unter ande-

276 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABL L 187 vom 26.06.2014, S. 1.

277 Staatsanzeiger des Landes Hessen, 26.12.2016, Nr. 52, S. 1686.

278 Vom 28.04.2019, ThürStAnz 2019, 931.

rem die Beratung durch organisationseigene Berater und Beraterinnen der Thüringer Handwerkskammern sowie der Fachverbände des Thüringer Handwerks. Gefördert werden dabei insbesondere Beratungen zu wirtschaftlichen, technischen, finanziellen und organisatorischen Themen des Unternehmens, vgl. 2.2 der Beratungsrichtlinie. Die beihilfenrechtliche Grundlage der Förderung bildet dabei Art. 18 AGVO, vgl. 5.4 der Beratungsrichtlinie.²⁷⁹

In einer zweiten Richtlinie²⁸⁰ erfolgt eine Förderung von Gründungsberatungen durch die Thüringer Handwerkskammern (vgl. als Antragsberechtigte, Punkt 3.3 der Gründerrichtlinie), konkret von Beratungs- und Vernetzungsprojekten zur Begleitung und Betreuung von Existenzgründern/Existenzgründerinnen einschließlich innovativer Kleinstunternehmen sowie innovativer kleiner und mittlerer Unternehmen. Eine Förderung findet statt, soweit Angebote auf dem Markt ergänzt werden (Punkt 2.3.2 der Gründerrichtlinie). Zudem wird der Aufbau und Betrieb eines einheitlichen Beratungsnetzwerkes zur Bündelung, Koordinierung und Sichtbarmachung der Förderangebote und Dienstleistungen für Existenzgründer/Existenzgründerinnen und KMU in Thüringen (Thüringer Zentrum für Existenzgründungen und Unternehmertum – ThEx) gefördert (Punkt 2.3.1). Ebenfalls förderfähig sind im Einzelfall besondere Modellprojekte (Punkt 2.3.3). Die Förderung wird auf die De-minimis-VO gestützt (Punkt 5.5).

Mit der „Richtlinie über die Förderung von Beratungsleistungen für Handwerksunternehmen in Mecklenburg-Vorpommern durch ihre Kammern und Fachverbände (Kammerberatungsrichtlinie – KammerberaterRL M-V)“²⁸¹ fördert das Land Mecklenburg-Vorpommern ergänzend Beratungen durch Beraterinnen und Berater der Handwerkskammern und Fachverbände des Handwerks (Betriebsberaterinnen und Betriebsberater), die bereits durch die oben bezeichnete Bundesrichtlinie (Know-how-Transfer im Handwerk) gefördert werden, und zusätzlich Beraterinnen und Berater, die als sogenannte IT-Beraterinnen und IT-Berater bei

279 Zur Problematik des Art. 18 AGVO siehe unten Teil 3 C. I. 1. a.

280 Richtlinie über die Gewährung von Zuschüssen aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds und/oder des Freistaats Thüringen zur Erhöhung der Stabilität von gewerblichen und freiberuflichen Unternehmensgründungen – Förderrichtlinie gemäß Prioritätsachse A, Förderung nachhaltiger und hochwertiger Beschäftigung und Unterstützung der Mobilität der Arbeitskräfte, des Operationellen Programms Europäischer Sozialfonds 2014 bis 2020 im Freistaat Thüringen (Gründerrichtlinie) Teil A: Existenzgründerberatung und Gründerprämien, vom 28.06.2019, ThürStAnz 29/2019, S. 1123.

281 Vom 17.01.2018, AmtsBl. M-V 2018, S. 30.

den Handwerkskammern des Landes beschäftigt sind (vgl. Punkt 2.1 der Kammerberatungsrichtlinie). Die Richtlinie enthält dabei eine Reihe von Anforderungen an die Art der Beratungen (Punkt 2.2 und 2.3 der RL) sowie von der Förderung ausgeschlossene Beratungsleistungen (Punkt 2.4 und 2.5 der RL). Zuwendungsempfänger sind die Handwerkskammern in Mecklenburg-Vorpommern, Endbegünstigte hingegen die Handwerksunternehmen bzw. Existenzgründerinnen und Existenzgründer des Landes (vgl. Punkt 3 der RL). Die Förderung wird aus beihilfenrechtlicher Sicht auf Grundlage der De-minimis-VO gewährt, woraus sich auch eine Beschränkung der Fördersumme auf 200.000 Euro (für drei Steuerjahre) ergibt (vgl. Punkt 6.1).

Neben Förderung auf Grundlage der De-minimis-VO hat das damalige BMWi auf Grundlage der Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten eine Bundesrahmenregelung für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung kleiner und mittlerer Unternehmen in Schwierigkeiten herausgegeben. Diese ist selbst keine mit Haushaltsmitteln hinterlegte Richtlinie, sondern dient nur dazu, eine Vielzahl von Länderregelungen zu vermeiden, die jeweils bei der Kommission angemeldet und genehmigt werden müssten. Solange sich die einzelnen Richtlinien der Länder im Rahmen der Bundesrahmenregelung halten, ist eine eigene Notifizierung nach Art. 108 Abs. 1 AEUV nicht erforderlich, da bereits die Bundesrahmenregelung notifiziert und genehmigt wurde. Der Freistaat Bayern etwa hat auf dieser Grundlage beispielsweise eine konkrete Richtlinie, die „Richtlinie für die Übernahme von Staatsbürgschaften im Bereich der gewerblichen Wirtschaft zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (Bürgschaftsrichtlinie für Unternehmen in Schwierigkeiten – BürgUiSR)“²⁸² vom 03. Februar 2021, erlassen. Diese beschränkt sich allerdings nur auf Rettungsbürgschaften, Umstrukturierungsbürgschaften oder vorübergehende Umstrukturierungsbürgschaften, vgl. Nr. 1.2 der BürgUiSR. Als Grundlage für Beratungsförderung wurden die Leitlinien und auch die Bundesrahmenrichtlinie bisher nicht herangezogen.

Schon der Aufbau der Förderrichtlinien zeigt eine gewisse Kleinteiligkeit der Förderung von Beratungsleistungen. Sie werden jeweils nur in verschiedenen Teilaspekten gefördert. Das kann zum einen an dem politischen Willen der Richtliniengeber liegen, nur einzelne Aspekte, denen sie besondere Bedeutung beimessen, gezielt zu fördern. Dies kann aber auch darin

282 BayMBL. Nr. 129.

begründet sein, dass die De-minimis-VO, jedenfalls was die Höhe der Förderung angeht, und die AGVO eine umfassendere Förderung erschweren, weil ihre Voraussetzungen recht eng gefasst sind.²⁸³

II. Ausbildung im Handwerk

Ein wesentlicher Bestandteil des Handwerksrechts sind Regelungen zur Berufsbildung im Handwerk. Dabei unterscheidet sich die HwO von anderen gewerberechtlichen Gesetzen. Auf Grundlage von § 25 HwO werden Rechtsverordnungen erlassen, die die Ausbildung in den staatlich anerkannten Ausbildungsberufen regeln.²⁸⁴ Zusätzlich erlassen die Handwerkskammern im Rahmen ihrer Selbstverwaltung die entsprechenden Prüfungsordnungen, vgl. § 38 HwO. Ergänzend zu den Regelungen der HwO sind gem. § 3 Abs. 3 BBiG die Regelungen des Berufsbildungsgesetzes heranzuziehen.

Den offiziellen Abschluss findet eine handwerkliche Berufsausbildung in der Gesellenprüfung, geregelt in §§ 31 ff. HwO. Im Anschluss kann die Meisterprüfung folgen, die feststellen soll, ob der Prüfling ein Handwerk selbstständig führen und Auszubildende ordnungsgemäß ausbilden kann, §§ 45 ff. HwO. *Detterbeck* bezeichnet die Meisterprüfung als die „älteste Form handwerklicher Aufstiegsfortbildung“²⁸⁵ und macht damit deutlich, dass es sich dabei nicht um eine Berufsausbildung handelt, sondern an sich um eine berufliche Fortbildung. Während die Berufsbildung des Handwerks parallele Regelungen im BBiG findet und nur aus Gründen des besseren Zusammenhangs in der HwO belassen wurde, haben die Regelungen über die Meisterprüfung und den Meistertitel keine Entsprechung im BBiG.²⁸⁶

Grundlegendes Charakteristikum der Ausbildung im Handwerk ist die duale Ausbildung, also die Ausbildung im Betrieb und der berufsbildenden Schule bzw. in sonstigen Berufsbildungseinrichtungen, was sich aus

283 Siehe zu den Nachteilen der De-minimis-VO im Zusammenhang mit den Beratungsleistungen noch genauer unter Teil 3 A. II. 2. b. und B. II. 2.

284 Vgl. *Mörtel*, WiVerw 1980, 88 und *Witt*, WiVerw 2003, 236.; *Kormann/Wolf*, Ausbildungsordnung und Ausbildungsberufsbild.

285 HwO, 4. Aufl. § 45 Rn. 1.

286 Vgl. *Ehlers*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 86.

§ 2 Abs. 1 BBiG und § 14 Abs. 1 Nr. 4 BBiG ergibt.²⁸⁷ Gerade die duale Ausbildung wird auch im Ausland positiv anerkannt und ist Vorbild von Gesetzesvorhaben zur Verbesserung der Ausbildung.²⁸⁸ Nur für den betrieblichen Teil der Ausbildung besitzt der Bund die Gesetzgebungskompetenz, sodass sich in BBiG und HwO nur diesbezügliche Regelungen finden, vgl. Art. 74 Nr. 11, 12 GG.

1. Anforderungen an die Ausbildungsstätte und den Ausbilder

Die Befugnis zur Einstellung und Ausbildung von Lehrlingen erfordert zum einen die Eignung der Ausbildungsstätte (§ 21 HwO) und zum anderen die persönliche Eignung der Ausbilder (§ 22 Abs. 1 Satz 1 HwO).

Die Eignung der Ausbildungsstätte ergibt sich dabei aus sachlichen Anforderungen, wie der Art und Einrichtung des Betriebs, sowie aus der Anzahl der Lehrlinge, § 21 Abs. 1 HwO.²⁸⁹ Wer als Ausbilder fungieren will, muss persönlich und fachlich geeignet sein, § 22 Abs. 2 Satz 2 HwO. Insofern können Einstellen und Ausbilden auseinanderfallen, etwa wenn dem Einstellenden die fachliche Eignung fehlt und er zum Zweck der Ausbildung einen persönlich und fachlich geeigneten Ausbilder angestellt hat.

Die persönliche Eignung sowohl des Einstellenden als auch des Ausbildenden liegt in den Fällen des § 22a HwO nicht vor. Dabei handelt es sich um Ausschlussgründe, etwa wenn die Person Kinder und Jugendliche nicht beschäftigen darf, also einem Beschäftigungsverbot nach § 25 JArbSchG unterliegt, oder wiederholt oder schwer gegen die HwO oder die aufgrund der HwO erlassenen Vorschriften und Bestimmungen verstoßen hat. Handelt es sich bei dem Einstellenden um eine juristische Person, so ist auf die persönliche Eignung aller vertretungsberechtigten Personen abzustellen.²⁹⁰

Grundsätzlich fachlich geeignet ist, wer die beruflichen sowie die berufs- und arbeitspädagogischen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, die zur Vermittlung der Ausbildungsinhalte erforderlich sind, vgl. § 22b Abs. 1 HwO. Die fachliche Eignung in diesem Sinne besitzt

287 Zur historischen Bedeutung vgl. BVerfGE 55, 275 (312 f.).

288 Etwa in Kroatien, vgl. Peifer, GewA 2015, 67 (69).

289 Dabei geht es um die Verhinderung der Beschäftigung von Lehrlingen als billige Arbeitskräfte, vgl. Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 87.

290 Vgl. VG Ansbach GewA 2007, 292; Honig/Knörr, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 22c Rn. 14.

nach Abs. 2, wer die Meisterprüfung in dem zulassungspflichtigen Handwerk, in dem ausgebildet werden soll, oder einem verwandten Handwerk bestanden hat (Nr. 1) oder wer die Eintragungsvoraussetzungen nach § 7 HwO erfüllt, wer eine Ausübungsberechtigung nach § 7a oder § 7b HwO erhalten hat oder nach § 8 oder § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HwO über eine Ausnahmegewilligung verfügt (Nr. 2). Im Fall des § 22b Abs. 2 Nr. 2 HwO ist zusätzlich das Bestehen des Teils IV der Meisterprüfung oder einer gleichwertigen anderen Prüfung erforderlich. Ebenso wie in einem zulassungspflichtigen Handwerk ist im Bereich des zulassungsfreien Handwerks fachlich geeignet, wer die (fakultative) Meisterprüfung in dem zulassungsfreien Handwerk oder einem ähnlichen Handwerk bestanden hat, vgl. § 22b Abs. 3 Nr. 1 HwO. Fachlich geeignet ist auch, wer die Gesellen- oder Abschlussprüfung in einer dem Ausbildungsberuf entsprechenden Fachrichtung bestanden hat, § 22b Abs. 3 Nr. 2 HwO. Die Nummern 3 bis 5 des § 22b Abs. 3 HwO nennen weitere Möglichkeiten, die fachliche Ausbildungseignung zu erwerben. Zudem können die Handwerkskammern nach § 22b Abs. 5 HwO einzelnen Personen die fachliche Eignung, auch wenn sie die Voraussetzungen der vorgenannten Absätze nicht erfüllen, widerruflich zuerkennen.²⁹¹

Auch wenn die HwO eine Reihe von Fällen vorsieht, in denen ausnahmsweise eine Ausbildung auch ohne Abschluss der Meisterprüfung möglich ist, ist der Erwerb des Meistertitels doch zentrale Voraussetzung für die Ausbildungseignung. Dem Meistertitel kommt auch hier eine besondere Bedeutung zu.

2. Inhalt der Ausbildung

Grundlage der Lehrlingsausbildung, um diese möglichst geordnet und einheitlich zu gestalten, sind nach §§ 25 ff. HwO anerkannte Ausbildungsberufe und Ausbildungsordnungen in Gestalt von Rechtsverordnungen des Bundes.²⁹² Dabei ist – anders als früher – nicht mehr erforderlich, dass die Ausbildungsordnung mit dem Ausbildungsberuf in Anlage A oder B identisch ist, vielmehr können auch mehrere Ausbildungsordnungen für einen Beruf etwa der Anlage A erlassen werden, wenn das Berufsbild sehr um-

291 Im Zuge der Einführung der Meisterpflicht für 12 Handwerke im Jahr 2020 wird dies für einige Betriebe notwendig sein.

292 Vgl. Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 86.

fangreich ist, § 25 Abs. 1 Satz 2 HwO.²⁹³ Die Anforderungen an den Inhalt der Ausbildungsordnungen sind in § 26 HwO festgelegt.

Grundsätzlich erfolgt die Ausbildung dabei dual. Die praktischen Fertigkeiten sollen überwiegend im Ausbildungsbetrieb des Lehrlings vermittelt werden, die theoretischen Kenntnisse hingegen werden im Rahmen des verpflichtenden Berufsschulbesuchs vermittelt.

3. Überbetriebliche Lehrlingsunterweisung

Eine besonders wichtige Form der Berufsausbildung im Handwerk stellt die Überbetriebliche Lehrlingsunterweisung (ÜLU) dar.²⁹⁴ Die ÜLU ist als solche nicht ausdrücklich in der HwO geregelt, die Grundlage der ÜLU in den Ausbildungsordnungen findet sich in § 26 Abs. 2 Nr. 6 HwO. Danach kann ein Teil der Berufsausbildung in geeigneten Einrichtungen außerhalb der Betriebsstätte durchgeführt werden, wenn und soweit es die Berufsausbildung erfordert (überbetriebliche Berufsausbildung).

Es geht also um eine spezielle Erscheinungsform der Berufsausbildung, die nicht von einem einzelnen Betrieb durchgeführt wird, sondern in deren Rahmen Lehrlinge von mehreren Betrieben gemeinsam ausgebildet werden.²⁹⁵ Ziel der ÜLU ist es, eine gewisse Einheitlichkeit auch der betrieblichen Ausbildung sicherzustellen, die ansonsten in dem jeweiligen Ausbildungsbetrieb stattfindet. Im Vergleich dazu ist die schulische Ausbildung als zweiter Aspekt der dualen Berufsbildung im Handwerk durch einheitliche Lernpläne und eine Erfassung sämtlicher Lehrlinge schon einheitlich ausgestaltet. Hintergrund dieser Anforderungen an die Einheitlichkeit ist, dass Handwerker nach Abschluss ihrer Ausbildung möglichst breit einsetzbar sein bzw. tätig werden können sollen, was sowohl innerhalb des Hand-

293 Vgl. Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 92.

294 Das zeigt schon die Anzahl der dazu veröffentlichten Untersuchungen des Deutschen Handwerksinstituts (DHI): Kormann, Überbetriebliche Unterweisung und Außerbetriebliche Ausbildung; Kormann, Verpflichtung zur Überbetrieblichen Unterweisung; Kormann, Abgabenerhebung durch Handwerkskammern und Handwerksinnung für Maßnahmen der Überbetrieblichen Unterweisung; Kormann/Wolf, Ausbildungsordnung und Ausbildungsberufsbild; Leisner, Die überbetriebliche Lehrlingsunterweisung (ÜLU) im Handwerk; aktueller aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive mit Bezug auf die Bauwirtschaft Burgi, WiVerw 2016, 233.

295 Leisner spricht von „überbetrieblicher Form“, vgl. Die Überbetriebliche Lehrlingsunterweisung (ÜLU) im Handwerk, S. 10.

werks – zumindest innerhalb der Schranken der Berufsbilder – als auch außerhalb des Handwerks – etwa in der Industrie – gilt. Der einzelne Betrieb ist meist aufgrund von Spezialisierungen und fortschreitenden technischen Entwicklungen nicht in der Lage, so umfassend auszubilden, wie dies für eine universelle Einsatzfähigkeit der Handwerker nach Abschluss der Ausbildung erforderlich ist. Gleichzeitig können so – gerade bei kleinen und mittleren Handwerksunternehmen – die von den Lehrlingen im Rahmen der ÜLU erworbenen Fähigkeiten und Kenntnisse in den betrieblichen Alltag integriert werden. So dient sie auch dazu, technische Innovationen unmittelbar betrieblich umzusetzen. Hinzu kommen pädagogische Ziele, wie die Vertiefung des Ausbildungsstoffes, dessen Verbreiterung und Systematisierung und das Ziel, die Qualität der Ausbildung zu steigern.²⁹⁶

Die Finanzierung der ÜLU erfolgt in erster Linie durch private Nutzungsentgelte oder – im Fall der Trägerschaft einer Handwerkskammer oder Innung – durch die Erhebung von Gebühren bzw. Beiträgen aufgrund von Satzungen. Daneben wird die ÜLU auch vonseiten des Bundes und der Länder in Form nicht rückzahlbarer Zuschüsse gefördert.²⁹⁷ Mit Zuschüssen in Höhe von jährlich rund 60 Millionen Euro²⁹⁸ leistet der Bund einen Beitrag zu den von den Ausbildungsbetrieben zu tragenden Lehrgangs- und Unterbringungskosten.

4. Überwachung der Ausbildung

Die Überwachung der Ausbildung obliegt den Handwerkskammern gem. § 23 Abs. 1 HwO. Sie können zu diesem Zweck den Auszubildenden zur Beseitigung von vorgefundenen Mängeln auffordern.²⁹⁹ Im äußersten Fall, wenn die Mängel nicht beseitigt werden, setzt sich die Handwerkskammer mit der nach Landesrecht zuständigen Behörde in Verbindung, die das Einstellen und Ausbilden dann untersagen kann, § 24 Abs. 1 HwO. Liegt die per-

296 Zu diesen Zielen übersichtlich *Burgi*, WiVerw 2016, 233 (234 f.).

297 Vgl. die „Richtlinien über die Förderung der überbetrieblichen beruflichen Bildung im Handwerk (überbetriebliche Lehrlingsunterweisung – ÜLU)“ vom 01.12.2020, BAnz AT 17.12.2020 Bl.

298 Vgl. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Schlaglichter-der-Wirtschaftspolitik/2021/04/kapitel-1-11-mehr-foerderung-fuer-ausbildung-im-handwerk.html> (abgerufen am 10.03.2022).

299 Vgl. *Detterbeck*, HwO, 4. Aufl., § 23 Rn. 7; *Urbanek*, in: *Schwannecke*, Handwerksordnung, HwO, § 23 Rn. 11; anders *Honig/Knörr/Kremer*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 23a Rn. 5.

sönliche oder fachliche Eignung nicht mehr vor, so hat sie die Untersagungsverfügung zu erlassen, § 24 Abs. 2 HwO. § 124b HwO ermächtigt die Landesregierungen dazu, die Untersagungszuständigkeit auf die Handwerkskammern zu übertragen, was überwiegend geschehen ist.³⁰⁰

Zum Zweck der Überwachung und Förderung der Ausbildung nach §§ 41, 41a HwO führt die Handwerkskammer eine Lehrlingsrolle nach §§ 28 ff. HwO. Der Auszubildende hat unverzüglich nach Abschluss des Ausbildungsvertrages den Lehrling bei der Handwerkskammer anzumelden, § 30 Abs. 1 Satz 1 HwO. Der Überwachung und Förderung dient auch die Einrichtung eines Berufsbildungsausschusses nach § 43 HwO, der in allen wichtigen Angelegenheiten der beruflichen Bildung zu unterrichten und anzuhören ist, vgl. § 44 Abs. 1 Satz 1 HwO.³⁰¹

III. Prüfungswesen im Handwerk

Eine der zentralen Aufgaben der Handwerkskammern ist die Durchführung von Prüfungen – sowohl Gesellen- als auch Meisterprüfungen, § 31 und § 49 HwO.

1. Gesellenprüfung

Ziel der Berufsausbildung ist es, die individuelle berufliche Handlungsfähigkeit zu vermitteln, was die Gesellenprüfung feststellen soll, § 32 Satz 1 HwO. Die Vorschrift nimmt dabei Bezug auf die berufliche Handlungsfähigkeit in § 1 Abs. 3 des BBiG. Dort findet sich eine Legaldefinition der beruflichen Handlungsfähigkeit, die als „die für die Ausübung einer qualifizierten beruflichen Tätigkeit in einer sich wandelnden Arbeitswelt notwendigen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten“ definiert wird. § 32 Satz 2 HwO konkretisiert die berufliche Handlungsfähigkeit spezifisch für das Handwerk. Danach „soll der Prüfling nachweisen, dass er die erforderlichen beruflichen Fertigkeiten beherrscht, die notwendigen beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt und mit dem im Berufsschulunterricht zu vermittelnden, für die Berufsausbildung wesentli-

300 In Bayern z. B. in Form der Zuständigkeitsverordnung zur HwO (HwOZustV) vom 14.12.2004 (GVBl. 2005 S. 6, BayRS 7110-I-W).

301 Vgl. zum Ganzen auch Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 93.

chen Lehrstoff vertraut ist“. Insbesondere soll die Brauchbarkeit des Prüflings als künftiger Mitarbeiter im Betrieb sichergestellt werden, während meisterliches Können oder meisterliche Kenntnisse nicht vorausgesetzt werden.³⁰² Durchgeführt werden die Gesellenprüfungen von Gesellenprüfungsausschüssen, § 33 Abs. 1 HwO. Zudem erlässt die Handwerkskammer zu diesem Zweck Gesellenprüfungsordnungen nach § 38 HwO in Form von Satzungen.³⁰³

2. Meisterprüfung

Die genauen inhaltlichen Anforderungen der Meisterprüfung ergeben sich aus §§ 45 ff. HwO und insbesondere aus den auf Grundlage des § 45 Abs. 1 HwO vom BMWK im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) erlassenen Verordnungen über das jeweilige Berufsbild und über die Anforderungen in der Meisterprüfung.

Zur Meisterprüfung ist grundsätzlich zuzulassen, wer die Gesellenprüfung in dem gleichen oder einem verwandten Handwerk bestanden hat, in dem die Meisterprüfung abgelegt werden soll, § 49 Abs. 1 HwO. Eine Berufstätigkeit als Geselle ist hingegen nicht erforderlich.³⁰⁴

Die Meisterprüfung besteht nach § 45 Abs. 3 HwO aus vier Teilen. Im ersten Teil geht es um die meisterhafte Verrichtung gebräuchlicher Arbeiten, der zweite Teil prüft die fachtheoretischen Kenntnisse des Prüflings. Der dritte Teil fragt nach betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnissen, während der letzte Teil berufs- und arbeitspädagogische Kenntnisse abprüft.

3. Kosten und Nutzen der Meisterprüfung

Der konkrete finanzielle und zeitliche Aufwand auf dem Weg zum Meistertitel unterscheidet sich im Einzelnen je nach Handwerk. So betragen die durchschnittlichen Kosten für eine Meisterprüfung etwa im Fleischerhandwerk rund 4.000 Euro, im Elektrohandwerk zwischen 9.000 Euro

302 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 32 HwO Rn. 3.

303 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 94; als Rechtsverordnung ansehend *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 38 Rn. 1.

304 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 40.

und 10.000 Euro. Dazu kommen noch Prüfungsgebühren von etwa 800 Euro und ggf. noch zeitlich bedingte Verdiensteinbußen.³⁰⁵ An diese Kosten knüpfen das sog. Meister-BAföG und auch der sog. Meisterbonus an. Die aktuelle politische Diskussion fokussiert sich dabei insbesondere auf eine Erweiterung des Meister-BAföG auf Weiterbildungsmaßnahmen („Weiterbildungs-BAföG“ oder „Aufstiegs-BAföG“³⁰⁶) oder auf einen zweiten vollwertigen Meistertitel.

Mit der Vorbereitung auf die Meisterprüfung kann grundsätzlich unmittelbar nach Absolvieren der Gesellenprüfung begonnen werden, eine Zeit der praktischen Bewährung als Geselle ist nicht erforderlich. Die Dauer der erforderlichen Vorbereitung in einer Meisterschule hängt davon ab, ob diese berufsbegleitend oder in Vollzeit besucht wird, hinzu kommen Vorbereitungszeiten und die Dauer der eigentlichen Prüfungsphase. Der zeitliche Aufwand hängt darüber hinaus von dem jeweiligen Handwerk ab. Im Fleischerhandwerk sind etwa für die Teile I und II der Meisterausbildung 320 Stunden anzusetzen, für die Teile III und IV ebenfalls 320 Stunden. In der Summe ergibt dies einen Zeitaufwand von max. einem halben Jahr (in Vollzeit). Unter Berücksichtigung der Prüfungs- und Vorbereitungszeit erscheint es realistisch, die Meisterprüfung in etwa einem Jahr erfolgreich abzulegen.

Unmittelbarer Nutzen der bestandenen Meisterprüfung ist aus rechtlicher Sicht, dass mit dem Erhalt des Meistertitels eine Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle gegeben ist und in der Folge ein zulassungspflichtiges Handwerk selbstständig als stehendes Gewerbe ausgeübt werden darf. Gemäß § 51 HwO ist die Führung der Bezeichnung „Meister/Meisterin“ geschützt, mithin darf sich nur Meister bzw. Meisterin nennen, wer die Meisterprüfung in dem entsprechenden Handwerk bestanden hat. Dieser Titelschutz ist gem. § 117 Abs. 1 Nr. 2 HwO bußgeldbewehrt und ihm kommt ein erheblicher Werbewert zu.³⁰⁷

Ein weiterer Nutzen lässt sich daraus ableiten, dass der Weg zum Meisterbrief durch das Absolvieren einer weiteren Ausbildung gekennzeichnet ist, die einen berufsqualifizierenden Effekt hat. So werden Kenntnisse erlangt und Fertigkeiten vertieft, die bei der Ausübung des Handwerks in

305 Vgl. dazu und zum Folgenden *Burgi*, WiVerw 2018, 181 (190).

306 Vgl. https://www.aufstiegs-bafog.de/aufstiegsbafog/de/home/home_node.html (abgerufen am 09.03.2022).

307 Zum Schutz der Bezeichnung *Leisner*, Wettbewerbsschutz vor Irreführung durch die HwO?.

technischer, in betriebswirtschaftlicher und in pädagogischer Hinsicht eingesetzt werden können. Statistisch gesehen erhöht ein Meistertitel auch die Wahrscheinlichkeit des wirtschaftlichen Erfolgs eines Handwerksunternehmens. Für die Jahre 2001 bis 2006 ist eine längere sog. Marktverweildauer belegt. Sie blieb in diesen Jahren in den zulassungspflichtigen Handwerken nach fünf Jahren mit ca. 70 % konstant, während sie in den zulassungsfreien Handwerken ab 2004, also mit der Abschaffung der Meisterpflicht für eine Vielzahl von Handwerken, von vormals ebenfalls 70 % auf 45 % abgesunken ist.³⁰⁸

Als weitere Vorteile lassen sich die besseren finanziellen Aussichten und die erhöhte Mobilität, was den Arbeitsplatz bzw. Betrieb angeht, nennen.³⁰⁹ Auch die Möglichkeiten des Wechsels in die Industrie und eines dortigen Aufstiegs sind mit Meistertitel deutlich verbessert. Zudem besteht die Möglichkeit der Aufnahme eines Studiums auch ohne allgemeine Hochschulreife, vgl. § 45 Abs. 1 Satz 1 BayHSchG. Ferner können bis zu 50 % der erbrachten Leistungen in einem Bachelorstudiengang angerechnet werden, wie etwa Art. 63 Abs. 2 BayHSchG vorsieht.

IV. Innovationskraft des Handwerks

Eine häufig geringe Betriebsgröße, flache Hierarchien, gut qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Flexibilität und Reaktionsschnelligkeit sind nicht nur Kriterien zur Bestimmung der Handwerksmäßigkeit, sondern auch Innovationsfaktoren von Handwerksunternehmen, die erheblich zu deren besonderer Innovationskraft beitragen.³¹⁰ Die schon beschriebene handwerkliche Ausbildung und die Berufserfahrung, die zwingende Voraussetzung für die Erlangung eines Meistertitels ist, qualifizieren gerade Handwerksmeister in besonderem Maße, innovationsbezogene Tätigkeiten auszuüben.

In der deutschen Wirtschaft bilden beruflich qualifizierte Fachkräfte, insbesondere auch Meister, einen zentralen Teil des Innovationsgeschehens.

308 Vgl. Müller, GewA 2016, 54 (55); die geringere Insolvenzanfälligkeit nennt auch Krimphove, GewA 2021, 263 (264).

309 Vgl. dazu die Zusammenstellung bei Krimphove, GewA 2021, 263 (264).

310 Die Innovationskraft des Handwerks anerkennend: Richtlinie zur Förderung eines Innovationsclusters im Handwerk durch ein Informations-, Beratungs- und Technologietransfernetzwerk (Know-how-Transfer im Handwerk).

Das lässt sich daran festmachen, dass gewerblich-technisch ausgebildete Berufsträger häufig in Innovationsprojekte eingebunden sind, was entweder anwendungsnahe Entwicklungsaktivitäten oder nicht FuE-bezogene Innovationsprojekte sein können, wie Projekte zur Produktgestaltung oder dem Bau von Prototypen. Gerade das praktische Erfahrungswissen ist dabei ein erheblicher Innovationsfaktor.³¹¹ Im gesamten KMU-Sektor spielen beruflich hoch qualifizierte Beschäftigte oder Unternehmensinhaber mit nichtakademischem Bildungsabschluss eine erhebliche Rolle.³¹²

Gerade die duale Ausbildung, zu der in erheblichem Maße Handwerksunternehmen beitragen, wird als wesentlicher Faktor für die Innovations- und auch Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft angesehen.³¹³ Selbst in den forschungs- und wissensintensiven Branchen des produzierenden Gewerbes oder des Dienstleistungssektors liegt der Anteil der beruflich qualifizierten Tätigen deutlich über dem der Hochschulabsolventen. Dies spricht ebenfalls für einen erheblichen Beitrag beruflich qualifizierter Mitarbeiter zur Innovationsstärke dieser Bereiche.³¹⁴

In der volkswirtschaftlichen Forschung werden dabei fünf Vorteile des dualen Bildungssystems für die Innovationstätigkeit genannt:³¹⁵ zum einen eine gemeinsame Sprache, sodass beruflich qualifizierte Fachkräfte aufgrund ihrer Ausbildung eng mit akademisch geschultem Personal interagieren können. Gerade die daraus entstehende Nähe von FuE und Produktion führt in der betrieblichen Praxis zu wechselseitigen Innovationsanstößen. Zum anderen wird ein tiefes Prozessverständnis genannt, das sich aus dem praxisnahen Erfahrungswissen der beruflich Qualifizierten, etwa der Meister, ergibt. Das tiefe Verständnis innerbetrieblicher Abläufe führt zu einer Effizienzsteigerung von Innovationsprojekten. Genannt werden zudem inkrementelle Innovationen, was bedeutet, dass der typische Wissenserwerb beruflich Qualifizierter über erfahrungsbasiertes Lernen die kontinuierliche Verbesserung und Weiterentwicklung von bestehenden Produkten,

311 Vgl. dazu Thomä, Ende des Erfahrungswissens?, S. 3.

312 Vgl. dazu Thomä, Ende des Erfahrungswissens?, S. 4, insb. Tabelle 2.

313 Vgl. *Expertenkommission Forschung und Innovation (EFI)*, Gutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leistungsfähigkeit Deutschland, Gutachten 2014, S. 30, abrufbar unter https://www.e-fi.de/fileadmin/Assets/Gutachten/2014/EFI_Gutachten_2014.pdf (abgerufen am 15.01.2022).

314 Vgl. Thomä, Ende des Erfahrungswissens?, S. 5.

315 Vgl. zusammenfassend Thomä, Ende des Erfahrungswissens?, S. 6 f., mit Verweis auf mehrere Studien zum Zusammenhang von dualer Berufsbildung und Innovationskraft.

Dienstleistungen und Prozessen befördert. Gerade daraus entstehen im Ergebnis häufig Innovationen. Im Handwerk ist diese ständige Anpassung an sich verändernde Gegebenheiten eines der Kernmerkmale der Handwerksmäßigkeit und damit Merkmal zur Abgrenzung von der Industrie. Es ist ein Merkmal, das das Handwerk erst zum Handwerk macht. Auch der Technologietransfer, der durch die regelmäßige Aktualisierung der Ausbildungsordnungen und deren Anpassung an den technologischen Fortschritt stattfindet, ist einer der Innovationsvorteile der dualen Ausbildung. Betriebe erhalten dadurch über Auszubildende Zugang zu neuen Technologien und neuem Wissen, dies wird gerade auch durch die ÜLU erreicht.³¹⁶ Somit tragen nicht nur die Meister und die Betriebsstruktur des Handwerks zu dessen Innovationskraft bei, sondern auch das System der Ausbildung in Form der Lehrlingsausbildung und der Überbetrieblichen Lehrlingsunterweisung. Zuletzt wird als Innovationsfaktor auch die Verbreitung von Innovation durch die breite Ausbildungsbeteiligung von KMU – eben auch Handwerksunternehmen – genannt.

V. Handwerk als Motor von Umweltschutz, Energiewende und Nachhaltigkeit

Das Thema Umweltschutz spielt im Handwerk und für Handwerksbetriebe schon seit jeher eine bedeutsame Rolle, es ist meist betrieblicher Alltag.³¹⁷ Für eine Vielzahl von Handwerksunternehmen bieten der Umweltschutz und die Energiewende zahlreiche Chancen, das Handwerk lässt sich sogar als Motor von Umweltschutz und Energiewende bezeichnen. Die im Jahr 2021 gebildete sog. Ampelkoalition aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP hat den Umweltschutz und die Transformation der deutschen Wirtschaft hin zu einer klimaneutralen Wirtschaft zu einem der zentralen Aspekte ihrer Legislaturperiode gemacht. Der Koalitionsvertrag lässt an mehreren Stellen Projekte erkennen, die dem Handwerk Chancen bieten können. So hat sich die Koalition beispielsweise den massiven Ausbau der

316 Vgl. *Burgi*, WiVerw 2016, 233 (235).

317 Vgl. <https://www.handwerksblatt.de/betriebsfuehrung/umweltschutz-eine-echte-chance-fuer-das-handwerk> (abgerufen am 16.01.2022).

Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge vorgenommen.³¹⁸ Ein solcher Ausbau kann ohne Handwerksunternehmen – insbesondere aus dem Gewerk der Elektrotechniker³¹⁹ – nicht gelingen.

Im Bereich der Gebäudesanierung, der Erneuerung von Heizungs-, Kühl- oder Gefriersystemen, der Verbesserung von Beleuchtungs-, Lüftungs- oder Pumpsystemen, aber auch bei der Umrüstung von Fahrzeugen oder ganzen Flotten können Umweltschutzaspekte positive Auswirkungen auf das Auftragsvolumen des Handwerks haben. Dabei geht es nicht nur um Umweltschutzaspekte, sondern viele dieser Maßnahmen sind Teil der Gesamtstrategie unter dem Oberbegriff der Energiewende. Neben dem Umstieg bei der Energieerzeugung ist ein wesentliches Element der Energiewende der effizientere Umgang mit vorhandenen Energieressourcen, insgesamt eine Steigerung der Energieeffizienz.³²⁰ Im Zuge der Energiewende kehrt sich auch der in der Vergangenheit bestehende Trend hin zu immer mehr Zentralisierung der Energieerzeugung um, wovon das Handwerk ganz wesentlich profitieren kann.³²¹ Der Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VDK), der auch die kommunalen Energieversorgungsunternehmen vertritt, beschreibt unter dem Slogan „Die Lösung liegt vor Ort“ den Trend der ortsnahen und diversifizierten Energie- und Wärmeversorgung.³²² Das Gelingen der Energiewende und der Etablierung von ortsnaher Versorgung hängt maßgeblich von Handwerksunternehmen ab, die einerseits selbst meist ortsnah agieren und damit lokale Gegebenheiten

318 Vgl. Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 27.

319 Anlage 1 der HwO, Nr. 25.

320 Vgl. etwa für die in diesem Zusammenhang bedeutsamen kommunalen Energieversorger <https://www.vku.de/themen/energiewende/> (abgerufen am 25.01.2022). Die Bedeutung des Handwerks gerade in Bereichen der Energieeffizienz hat auch die vorherige Bundesregierung erkannt und mit dem ZDH gemeinsame Maßnahmen für mehr Energieeffizienz erarbeitet, vgl. Gemeinsame Erklärung von BMWi und ZDH zu einer Handwerksinitiative Energieeffizienz, 15.03.2016, Berlin, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gemeinsame-erklaerung-bmwi-und-zdh-handwerksinitiative-energieeffizienz.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (abgerufen am 04.02.2022).

321 Zu dieser Entwicklung Pielow, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 1, 3 und 9 ff.

322 Vgl. Vku, Kommunale Wärmewende, abrufbar unter https://www.vku.de/fileadmin/user_upload/Verbandsseite/Publikationen/2018/180711_VKU_Broschuere_Waermewende_RZ-WEB.PDF (abgerufen am 25.01.2022); so auch Pielow, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 1.

sehr gut kennen. Andererseits sind es gerade Handwerksunternehmen, die die erforderlichen Leistungen beim Aufbau und der Instandhaltung der erforderlichen Netze und Infrastrukturen anbieten können.

Kommunale Unternehmen als Betreiber des öffentlichen Personennahverkehrs rüsten mit dem Ziel der Klimaneutralität ihre Fahrzeugflotten um.³²³ Dies ist eine Aufgabe, die insbesondere von Handwerksunternehmen bewältigt werden kann und die in Zukunft – dem Willen der neuen Regierungskoalition folgend – noch verstärkte Förderung erfahren dürfte.³²⁴ Die Nachrüstung von Fahrzeugen trägt im Gegensatz zur Neuanschaffung auch zu mehr Nachhaltigkeit im Mobilitätssektor bei.

Die Erfüllung von Umweltstandards erfordert häufig bauliche Maßnahmen bzw. den Einbau neuer und verbesserter Maschinen bzw. technischer Systeme (z. B. Gebäudedämmung, Fenstersanierung oder Einbau neuer Heizsysteme etc.). Dies führt gerade in den Bereichen des Bau- und Ausbaugewerbes zu neuen Aufträgen mit Umweltschutzbezug.³²⁵ Aber auch in Bereichen wie dem Lebensmittelhandwerk bietet der Umweltschutz Chancen für neue und neuartige Aufträge.³²⁶

Auch der Gesetzgeber zeigt, dass er Handwerker und Handwerksunternehmen im Zusammenhang mit Umweltschutzmaßnahmen als besonders geeignet ansieht, etwa um Umweltstudien und Energieaudits durchzuführen. Energieaudits sind nach der Definition des § 2 Nr. 4 EDL-G (Gesetz über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen)³²⁷

323 <http://motorzeitung.de/news.php?newsid=467500> (abgerufen am 16.01.2022); zu den Herausforderungen im Zusammenhang mit der Verkehrswende, vgl. etwa *Bätge*, KommJur 2020, 321 (321 f.) und *Deuster*, KommJur 2021, 41 und 85, zu öffentlichen Ladesäulen für Elektrofahrzeuge.

324 Vgl. Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 51.

325 Entsprechend sieht insbesondere das Ausbaugewerbe im Umweltschutz einen Ansatz für neue Aufträge, vgl. die Untersuchung der Unternehmensgruppe Creditreform, Wirtschaftsforschung unter dem Titel „Wirtschaftslage und Finanzierung im Handwerk“ mit dem Sonderthema „Umweltschutz“, abrufbar unter https://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/central_files/News/News_Wirtschaftsforschung/2020/2020-03-12_AY_OE_Analyse_HW.pdf (abgerufen am 10.03.2022).

326 Eine Reihe von Gewerken findet sich beispielsweise im Klimaschutz Netzwerk der Handwerkskammer Schwaben unter dem griffigen Slogan „Klimaschutz ist unser Handwerk“, <https://www.klimaschutz-hwk-schwaben.de/> (abgerufen am 10.03.2022).

327 BGBl. I S. 1483, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze vom 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728).

systematische Verfahren zur Erlangung ausreichender Informationen über das bestehende Energieverbrauchsprofil eines Gebäudes oder einer Gebäudegruppe, eines Betriebsablaufs in der Industrie oder einer Industrieanlage oder privater oder öffentlicher Dienstleistungen, zur Ermittlung und Quantifizierung der Möglichkeiten für wirtschaftliche Energieeinsparungen und zur Erfassung der Ergebnisse in einem Bericht. Das EDL-G enthält auch konkrete personale Anforderungen in § 8b Abs. 1. Danach ist das Energieaudit von einer Person durchzuführen, die aufgrund ihrer Ausbildung oder beruflichen Qualifizierung, ihrer praktischen Erfahrung und Fortbildungen über die erforderliche Fachkunde zur ordnungsgemäßen Durchführung eines Energieaudits verfügt. In § 8b Abs. 1 Satz 2 EDL-G wird die Fachkunde konkretisiert und umfasst nach Nr. 1 lit. b) Personen mit einem Meisterabschluss. Daneben ist eine mindestens dreijährige hauptberufliche Tätigkeit erforderlich, bei der praxisbezogene Kenntnisse über die betriebliche Energieberatung erworben wurden, zudem sind Fachkenntnisse für die Erbringung von Energieaudits nach DIN 16247-1 erforderlich. Abs. 4 stellt Anforderungen an die Unabhängigkeit der Berater. Gerade aufgrund jahrelanger Aus- und Fortbildung, der konkreten praktischen Tätigkeit und der Ausführung von Konzepten mit Umweltbezug ist bei Handwerksunternehmen eine hohe Qualifikation vorhanden, weshalb sie als qualifizierte Experten anzusehen sind.³²⁸

Ein weiterer Aspekt des Umweltschutzes, der in engem Zusammenhang mit Bestrebungen nach mehr Nachhaltigkeit steht, ist die Reparatur von Gütern. Auch hier kommt es wesentlich auf das Handwerk als Reparaturdienstleister an. Im Rahmen der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung³²⁹ und des damit verknüpften Deutschen Ressourceneffizienzprogramms³³⁰ geht es wesentlich um einen schonenderen Umgang mit Rohstoffen. Faktoren des starken Rohstoffverbrauchs in Deutschland,

328 So auch *Burgi*, GewA 2015, 343 (345).

329 Vgl. zum Aspekt der Reparatur, *Die deutsche Bundesregierung*, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Weiterentwicklung 2021, S. 64, 289, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/998006/1873516/7c0614aff0f2c847f51c4d8e9646e610/2021-03-10-dns-2021-finale-langfassung-barrierefrei-data.pdf?download=1> (abgerufen am 16.01.2022).

330 Vgl. *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit*, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II, Programm zur Nachhaltigen Nutzung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen, S. 24, 25, 27, 54 f., 67, 119 f., 123, abrufbar unter https://www.bmuv.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/progress_i_i_broschuere_bf.pdf (abgerufen am 04.03.2022).

aber auch in anderen Industrieländern, sind Produktion und Konsum von Verbrauchsgütern. Aus Sicht der Nachhaltigkeitsforschung ist die Verlängerung der Nutzungsdauer dieser Verbrauchsgüter durch Reparatur ein wesentlicher Ansatzpunkt zur Reduzierung negativer Effekte auf die Umwelt.³³¹ Bisherige regulatorische Ansätze zielten in erster Linie auf Industrie und Handel, mithin auf die Hersteller der Produkte. Gleichwohl ist es gerade das Handwerk, das von vermehrter Reparatur profitiert und damit ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Steigerung der Reparaturnachfrage hat.³³² Ein Ansatz auf Ebene des Handwerks als Reparaturdienstleister erscheint deshalb sinnvoll. Dementsprechend spricht das Deutsche Ressourceneffizienzprogramm II ausdrücklich etwa von Reparaturanleitungen für unabhängige Werkstätten, dies dürften in erster Linie Handwerksbetriebe sein.³³³ Dieses Ziel findet sich auch an mehreren Stellen des schon zitierten Koalitionsvertrags der Ampelkoalition. So sollen Produkte zur Förderung einer Kreislaufwirtschaft möglichst reparierbar sein.³³⁴ Kommt es tatsächlich zu der Einführung eines „Rechts auf Reparatur“, so wird – je nach Ausgestaltung – wesentlich auch das Handwerk profitieren können.³³⁵

VI. Handwerk als Bewahrer kulturellen Erbes

Ein weiterer bedeutender Tätigkeitsbereich des Handwerks ist die Bewahrung kulturellen Erbes. Dies geschieht auf zweierlei Weise. Zum einen sind Handwerksunternehmen bei der Bewahrung kulturellen Erbes handwerklich tätig, zum anderen ist das Handwerk vielfach selbst kulturelles Erbe. Die Bewahrung erfolgt hier insbesondere durch die Weitergabe und den Erhalt von Wissen und Arbeitstechniken.

331 Vgl. Bizer/Fredriksen/Proeger/Schade, *Handwerk und Reparatur*, S. 16.

332 Vgl. Bizer/Fredriksen/Proeger/Schade, *Handwerk und Reparatur*, S. 16 f.

333 Vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II, Programm zur Nachhaltigen Nutzung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen, S. 55, abrufbar unter https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/progress_ii_broschuere_bf.pdf (abgerufen am 04.03.2022).

334 Vgl. Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 42.

335 Vgl. Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 112; kritisch dazu etwa *Klindt*, BB 2022, I.

1. Handwerksunternehmen als Bewahrer kulturellen Erbes

Handwerksunternehmen leisten einen besonderen Beitrag bei der Bewahrung kulturellen Erbes, insbesondere beim Bau und der Modernisierung von Kulturinfrastruktur, aber auch bei der Erhaltung einzelner Kulturgüter. Investitionen in diesen Bereichen erfordern (fast immer) den Einsatz von Handwerkern aus dem Bereich des Bauhaupt- und Nebengewerbes und auch aus sehr spezialisierten Bereichen, wie beispielsweise Brunnenbauer (Anlage A Nr. 7), Steinmetze und Steinbildhauer (Anlage A Nr. 8), Stuckateure (Anlage A Nr. 9), Glaser (Anlage A Nr. 39), Glasbläser und Glasapparatebauer (Anlage A Nr. 41), Drechsler (Elfenbeinschnitzer) und Holzspielzeugmacher (Anlage B1 Nr. 15) oder Holzbildhauer (Anlage B1 Nr. 16), um nur einige zu nennen.

Diese besondere Bedeutung zum Erhalt von Kultur und Kulturerbe wird auch mit Blick auf die HwO-Novelle vom 12.12.2019 deutlich. Die entsprechende Gesetzesbegründung des Vierten Gesetzes zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften nimmt explizit auf den Umgang mit Kulturgütern Bezug: „Die erfolgreich bestandene Meisterprüfung oder eine erteilte Ausübungsberechtigung wird aber nur für solche Handwerke wieder Voraussetzung zum selbstständigen Betrieb des Handwerks, wenn es sich um gefahrgeneigte Handwerke handelt, deren unsachgemäße Ausübung eine Gefahr für Leben und Gesundheit bedeutet[,] oder um solche Handwerke und Handwerkstechniken, die besonders relevant im Umgang mit Kulturgütern sind oder deren Techniken ganz oder teilweise als immaterielles Kulturerbe anzusehen sind[,] und daher ein Transfer von besonderem Wissen und Können notwendig ist.“³³⁶ Zudem wird die besondere Bedeutung der Ausbildungsqualität in den meisterpflichtigen Handwerken hervorgehoben. Gerade bei der Restaurierung und Reparatur von Kulturgütern, die für einige Handwerke ein wesentliches Betätigungsfeld sind, ist eine besondere Qualifikation Voraussetzung dafür, dass der Erhalt der Kulturgüter sichergestellt werden kann und eine Zerstörung oder irreparable Beschädigung vermieden werden kann.³³⁷

³³⁶ Vgl. BT-Drs. 19/14335, S. 2.

³³⁷ Vgl. BT-Drs. 19/14335, S. 15 und S. 26.

2. Handwerk selbst als kulturelles Erbe

Das Handwerk trägt aber nicht nur zum Erhalt bestehender Kultur(infrastruktur) bzw. Kulturgüter bei und kann in diesem Zusammenhang von Beihilfen für kulturelle Zwecke und Aktivitäten profitieren. Es ist auch selbst Teil des Kulturerbes in Deutschland und Europa.

Nicht erst seit der aktuellen Änderung der HwO, durch die 12 bisher zulassungsfreie Berufe wieder der Meisterpflicht unterfallen, werden das Handwerk selbst bzw. dessen Techniken als Kulturgut angesehen. Ein prominentes Beispiel ist die Aufnahme der deutschen Brotkultur in die UNESCO-Liste für immaterielles Kulturerbe im Jahr 2014.³³⁸ Dabei wird an die Handwerksfähigkeit ebenso wie an die spezifische Ausbildungsstruktur von Handwerksunternehmen angeknüpft.

Die Gesetzesbegründung des Vierten Gesetzes zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften nimmt ausdrücklich Bezug auf die Wahrung des materiellen und immateriellen Kulturerbes: „Seit der Novelle 2004 haben sich das Berufsbild und auch der Schwerpunkt der praktischen Berufsausübung einzelner zulassungsfreier Handwerke weiterentwickelt und grundlegend verändert. Diese Veränderungen sind so wesentlich, dass sie eine Reglementierung der Ausübung der betroffenen Handwerke [...] zur Wahrung des materiellen und immateriellen Kulturerbes im Sinne eines Wissenstransfers erforderlich machen.“³³⁹ Später heißt es erneut „Die erfolgreich bestandene Meisterprüfung oder eine erteilte Ausübungsberechtigung wird aber nur für solche Handwerke wieder Voraussetzung zum selbstständigen Betrieb des Handwerks, [...] deren Techniken ganz oder teilweise als immaterielles Kulturerbe anzusehen sind und daher ein Transfer von besonderem Wissen und Können notwendig ist.“³⁴⁰ Die Wiedereinführung der Meisterpflicht wird für einige Handwerke also damit begründet, dass die Wahrung des immateriellen Kulturerbes einen bestimmten Wissenstransfer erforderlich macht, der nur durch die Meisterpflicht und die damit einhergehende Ausbildung auf hohem Niveau gesichert werden kann.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich nun sämtliche Handwerke mit Techniken, die als immaterielles Kulturerbe anzusehen sind, in Anlage A

338 Vgl. <https://www.baeckerhandwerk.de/baeckerhandwerk/die-deutsche-brotkultur/> (abgerufen am 10.03.2022).

339 Vgl. BT-Drs. 19/14335, S. 1.

340 Vgl. BT-Drs. 19/14335, S. 2; so auch nochmals auf S. 18.

befinden. Vielmehr rechtfertigt nur die Kombination aus Techniken, die als immaterielles Kulturerbe anzusehen sind und deren Erhalt gleichzeitig einen qualitativ gesicherten Wissenstransfer erforderlich macht, den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der in der Wiedereinführung der Meisterpflicht liegt. Der Gesetzgeber zeigt damit insbesondere nicht, dass seiner Ansicht nach immaterielle Kulturgüter nur noch in den Anlage-A-Handwerken (inklusive der neu aufgenommenen) vorhanden sind bzw. sein können.³⁴¹

Er verweist weiterhin auf das UNESCO-Übereinkommen zur Erhaltung des immateriellen Kulturerbes aus dem Jahr 2003³⁴². Davon sind ausdrücklich auch „traditionelle Handwerkstechniken“ erfasst, vgl. Art. 2 Nr. 2 lit. e) des Übereinkommens. Einige Handwerkstechniken sind bereits in die Repräsentative Liste des immateriellen Kulturerbes der Menschheit der UNESCO aufgenommen worden.³⁴³

Zwei der neuen Anlage-A-Handwerke, nämlich Orgel- und Harmoniumbauer sowie Drechsler (Elfenbeinschnitzer) und Holzspielzeugmacher³⁴⁴, sind als immaterielles Kulturerbe anerkannt. Der Orgelbau ist sogar in die Repräsentative Liste des immateriellen Kulturerbes der Menschheit der UNESCO aufgenommen worden. Eine Reihe weiterer Handwerke bzw. handwerklicher Fähigkeiten, die in die UNESCO-Liste des immateriellen Kulturerbes in Deutschland aufgenommen wurden, findet sich auf der Internetseite der Deutschen UNESCO-Kommission.³⁴⁵

341 Entgegen der insoweit irreführenden Formulierung in der Gesetzesbegründung, S. 25: „Die übrigen Handwerke der Anlage B, Abschnitt 1 wurden ebenfalls geprüft, eine Berufszulassungsregelung kann für diese Handwerke derzeit aber nicht eingeführt werden.“

342 UNESCO-Übereinkommen zur Erhaltung des immateriellen Kulturerbes, BGBl. II Nr. 19, S. 1009.

343 Vgl. <https://www.unesco.de/kultur-und-natur/immaterielles-kulturerbe/immaterielles-kulturerbe-weltweit> (abgerufen am 10.03.2022).

344 <https://www.unesco.de/kultur-und-natur/immaterielles-kulturerbe/immaterielles-kulturerbe-deutschland/verzeichnis-ike> (abgerufen am 10.03.2022).

345 <https://www.unesco.de/kultur-und-natur/immaterielles-kulturerbe/immaterielles-kulturerbe-deutschland/verzeichnis-ike> (abgerufen am 10.03.2022). Darunter finden sich eine Reihe von Handwerken der Anlage A wie etwa der Bau von Zeesbooten (Anlage A Nr. 28, 29 und Anlage B Nr. 23), die Herstellung von hessischem Kratzputz (Anlage A Nr. 1) oder von Hohl- und Flachglas (Anlage A Nr. 40) sowie eine Vielzahl von Handwerken der Anlage B wie der bereits genannte Musikinstrumentenbau (Anlage B1 Nr. 44 bis 49), die Schmuckgestaltung (insbesondere Anlage B1 Nr. 11), die Kirchenmalerei (Anlage B1 Nr. 52) oder auch das Flechthandwerk (Anlage B1 Nr. 15), um nur einige Beispiele zu nennen.

Ziel des UNESCO-Übereinkommens zur Erhaltung des immateriellen Kulturerbes ist die Erhaltung des immateriellen Kulturerbes auf nationaler und internationaler Ebene sowie die Förderung des Bewusstseins für die Bedeutung des immateriellen Kulturerbes und seiner Wertschätzung. Traditionelles und über Generationen überliefertes Wissen soll anerkannt und wertgeschätzt werden. Das Übereinkommen wird in Deutschland umgesetzt, um die Vielfalt des lebendigen Kulturerbes in Deutschland und weltweit zu erhalten, zu pflegen und zu fördern. Eine direkte finanzielle Unterstützung des immateriellen Kulturerbes ist bisher nicht gegeben. Die Eintragung in entsprechende Verzeichnisse bzw. Listen dient insbesondere der Steigerung der öffentlichen Wahrnehmung. Zudem kann die Aufnahme dazu genutzt werden, Ressourcen zu akquirieren, etwa durch Verwendung des entsprechenden Logos für nicht kommerzielle Aspekte.³⁴⁶

Auch unter dem Aspekt der Ausbildungsförderung und Ausbildungsleistung von Handwerksunternehmen kommt der Förderung des Handwerks als immaterielles Kulturerbe eine Bedeutung zu. Gerade um ein Handwerk selbst dauerhaft zu erhalten und traditionelle Techniken und Fachwissen zu sichern, die zur Erhaltung kultureller Ausdrucksformen erforderlich sind, ist wichtig, dass in dem entsprechenden Handwerk qualifizierte Fachkräfte ausgebildet und gehalten werden. Der Austausch und die Weitergabe von Können, traditionellen Techniken und Fachwissen sind für den Erhalt und die Entwicklung eines Handwerks und eine qualitativ hochwertige handwerkliche Leistung erforderlich. Nur bei einer ausreichenden Anzahl an Ausbildungen in dem entsprechenden Handwerk können Wissen und Techniken weitergegeben werden. Gleichzeitig werden diese im Rahmen der Ausbildung weiterentwickelt. Sinkt die Zahl der ausbildenden Handwerksbetriebe (weiter), droht der Verlust dieses immateriellen Kulturerbes.³⁴⁷ Gerade das „Meister-Schüler-Prinzip“ ist eine als hochwertig und äußerst effektiv anerkannte Form der Wissensvermittlung im Rahmen des immateriellen Kulturerbes.

346 Vgl. die für immaterielles Kulturerbe eingerichtete Internetseite, <https://www.ike.bayern.de/> (abgerufen am 10.03.2022).

347 Dies benennt der Referentenentwurf des BMWi, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften aus dem Jahr 2019 ausdrücklich, vgl. S. 16.

D. Zusammenfassung

Als Erkenntnis des ersten Teils ergibt sich ein Bild des Handwerks, das von einer Reihe rechtlicher Besonderheiten geprägt ist, die so im Gewerbe-recht einmalig sind, und das in so heterogenen Tätigkeitsfeldern präsent und bedeutsam ist, wie dies bei kaum einem anderen Wirtschaftszweig in Deutschland der Fall sein dürfte. Gleichzeitig sind es gerade der Anwendungsbereich der HwO und deren Rechtsregime, die das Handwerk mit seinen vielfältigen Tätigkeiten verklammern. Dadurch befinden sich Unternehmen, die der HwO unterfallen, in einer mit anderen Unternehmen nicht vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Situation.

Die Einordnung eines Betriebs als Handwerksbetrieb ist grundlegende Vorfrage für alle weiteren rechtlichen Besonderheiten. Von wesentlicher Bedeutung sind die Handwerksmäßigkeit und die Handwerksfähigkeit eines Betriebs. Die Bestimmung der Handwerksmäßigkeit erfolgt anhand einer Vielzahl von Einzelkriterien, die jeweils eine konkrete Einzelfallprüfung erfordern. Die Frage, ob ein Betrieb handwerksfähig ist, entscheidet sich regelmäßig danach, ob eine Tätigkeit als wesentliche Tätigkeit des entsprechenden Handwerks einzustufen ist oder nicht. Nicht zuletzt sind handwerkliche Neben- und Hilfsbetriebe abzugrenzen.

Auch das Rechtsregime des Handwerks kennt Besonderheiten, die so im deutschen Wirtschaftsverwaltungsrecht einmalig sind. Kontroverse Folge der Einordnung eines Betriebs als Handwerksbetrieb ist zunächst die Meisterpflicht als Voraussetzung des Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks. Sie dient in erster Linie dem Schutz von Leib und Leben bei gefahrgeneigten Handwerken, der Sicherung der Ausbildung im Handwerk und damit der Ausbildung für die gesamte gewerbliche Wirtschaft in Deutschland. Die Meisterpflicht ist Leitbild der Zulassung und Anknüpfungspunkt weiterer Anforderungen wie der Meisterpräsenz, die dem Ziel der Gefahrenabwehr folgt.

Für Handwerksunternehmen spürbare Folge der Einordnung als Handwerksunternehmen – sowohl hinsichtlich ihrer Vorteile als auch der mit ihr verbundenen Beitragspflicht – ist die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer. Ein Vorteil der Pflichtmitgliedschaft ist die umfassende und fachlich sehr breit aufgestellte Beratung aller Handwerksunternehmen durch die Handwerkskammern. Die Beratung wird in erster Linie über Beiträge, daneben aber auch mittels staatlicher – im Detail relativ kleinteiliger – Förderungen finanziert.

Sowohl die Ausbildung als auch das Prüfungswesen sind Tätigkeitsfelder im Handwerk, die einen Beitrag zur Verfasstheit des Handwerks als Ganzes leisten, aber auch positive Effekte über das Handwerk hinaus haben. Dies insbesondere deshalb, da die im Handwerk ausgebildeten Fachkräfte auch anderen Sektoren zur Verfügung stehen. Besonders relevant für die vorliegende Untersuchung sind dabei das Institut der Überbetrieblichen Lehrlingsunterweisung und deren teilweise staatliche Finanzierung.

Das Handwerk zeichnet sich darüber hinaus durch eine besondere Innovationskraft aus, die gerade auch aus der dualen Ausbildung resultiert. Die Kombination aus theoretischer Schulung und praktischer Ausbildung im Betrieb ist ein wesentlicher Innovationsfaktor auch über das Handwerk hinaus.

Die besondere Qualifikation dieser Berufsgruppe – die auch Merkmal der Handwerksmäßigkeit ist – macht das Handwerk zudem zu einem Motor von Energiewende, Umweltschutz und Nachhaltigkeit. Eine Vielzahl von Gewerken ist in der Lage, Umweltschutzprojekte umzusetzen, und kann von diesen durch neue oder neuartige Aufträge profitieren. Dieser wirtschaftliche Anreiz ist es auch, der das Handwerk als Ansatzpunkt für mehr Nachhaltigkeit prädestiniert. Insbesondere das Ziel vermehrter Reparatur als Beitrag zu mehr Nachhaltigkeit und einem besseren Umgang mit natürlichen Ressourcen kann mithilfe des Handwerks umgesetzt werden.

Zuletzt ist das Handwerk in zweierlei Hinsicht Bewahrer kulturellen Erbes. Überwiegend sind es Handwerksunternehmen, die aufgrund ihrer besonderen Qualifikation und des – nicht zuletzt durch die Meisterpflicht garantierten – hohen fachlichen Niveaus bestehende Kultur(infrastruktur) erhalten oder wiederherstellen können. Daneben ist das Handwerk selbst häufig kulturelles Erbe und als solches zu bewahren. Die Weitergabe von Wissen und Techniken von Meister auf Schüler, wie sie im Handwerk praktiziert wird, stellt den Erhalt dieses kulturellen Erbes sicher.

