

Sophie Sallabberger

Digitalisierung als Herausforderung für das Rechtsregime des Handwerks



Nomos

Wirtschaft und Recht für Mittelstand und Handwerk

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

herausgegeben von

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

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

Band 6

Sophie Sallabberger

Digitalisierung als Herausforderung für das Rechtsregime des Handwerks



Nomos

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



sowie die
Wirtschaftsministerien
der Bundesländer

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

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

1. Auflage 2021

© Sophie Sallabberger

Publiziert von

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

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Walzseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-7240-7

ISBN (ePDF): 978-3-7489-1250-7

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



Onlineversion
Nomos eLibrary



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

Vorwort

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

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

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

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

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

Berlin, im Mai 2021

Sophie Sallaberger

Inhaltsübersicht

§ 1 Ziele der Arbeit	17
§ 2 Digitalisierung und Handwerk	20
A. Begriff „Digitalisierung“	20
B. Ausgewählte Phänomene der Digitalisierung der Wirtschaft	22
C. Erscheinungsformen im Handwerk	26
§ 3 Rechtliche Rahmenbedingungen des Handwerks	33
A. Aufbau und Standort des Rechtsregimes	33
B. Gesetzgebungskompetenz für die Handwerksordnung	40
C. Spezifische Inhalte der Handwerksordnung	42
D. Anwendbarkeit des Handwerksordnung	48
§ 4 Handwerksmäßigkeit beim Einsatz von Digitaltechnik	56
A. Problemstellung	56
B. Handwerksmäßigkeit anhand der bisherigen Auslegungsgrundsätze	57
C. Auswirkung des Einsatzes von Digitaltechnik auf die Einordnung eines Betriebs anhand von Beispielen	83
D. Perspektivische Weiterentwicklung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit	90
E. Ergebnis	122
§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe bei Zustandekommen des Vertrags unter Einsatz des Internets der Dinge	123
A. Problemstellung	123
B. Einordnung der Erbringung handwerklicher Leistungen zur Erfüllung von über die Steuerungsmodule intelligenter Dinge eingeworbenen Verträgen	124

Inhaltsübersicht

C. Adäquanz der Einordnung der Auftragsakquise mittels eines auf den Einzelfall zugeschnittenen digitalen Angebots über die Ausführung handwerklicher Leistungen als Reisegewerbe	135
D. Mögliche Konsequenzen	144
E. Vorschlag zur verfassungskonformen Rechtsanwendung durch teleologische Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO	146
F. Ergebnis	147
§ 6 Maßgeblicher Handwerksbetrieb bei der Vermittlung über digitale Plattformen	148
A. Problemstellung	148
B. Handwerksbetrieb	148
C. Anwendbarkeit der Handwerksordnung auf verschiedene Plattformmodelle	156
D. Adäquanz von Einordnung und Rechtsrahmen	191
E. Ergebnis	211
§ 7 Ergebnisse und Fazit	212
Literaturverzeichnis	221

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Ziele der Arbeit	17
§ 2 Digitalisierung und Handwerk	20
A. Begriff „Digitalisierung“	20
B. Ausgewählte Phänomene der Digitalisierung der Wirtschaft	22
I. Veränderung der Arbeitsmittel und -prozesse durch 3-D-Druck und Robotik	22
II. Veränderung der Modalitäten des Vertragsschlusses durch das Internet der Dinge	24
III. Veränderung von Geschäftsmodellen durch digitale Plattformen	25
C. Erscheinungsformen im Handwerk	26
I. Einsatz digitaltechnischer Arbeitsmittel im Handwerk	26
II. Internet der Dinge	28
III. Digitale Plattformen zur Vermittlung von Handwerkern	29
§ 3 Rechtliche Rahmenbedingungen des Handwerks	33
A. Aufbau und Standort des Rechtsregimes	33
I. Normenbestand	33
1. Handwerksordnung	33
2. Gewerbeordnung	34
3. Industrie- und Handelskammergesetz	35
4. Berufsbildungsgesetz	36
II. Standort im Öffentlichen Wirtschaftsrecht	36
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen	37
2. Unionsrechtlicher Rahmen	38
B. Gesetzgebungskompetenz für die Handwerksordnung	40
C. Spezifische Inhalte der Handwerksordnung	42
I. Materiell-rechtliche Inhalte	42
1. Berechtigung zum Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes	43
2. Berufsbildung und Meisterprüfung	44

Inhaltsverzeichnis

II. Organisatorische Inhalte	45
D. Anwendbarkeit des Handwerksordnung	48
I. Selbstständiger Betrieb eines stehenden Gewerbes	48
II. Betrieb eines Handwerks oder handwerksähnlichen Gewerbes	50
1. Handwerksfähigkeit	50
2. Handwerksmäßigkeit oder Handwerksähnlichkeit	52
III. Umfassen handwerklicher Nebenbetriebe	53
IV. Keine Anwendbarkeit auf bestimmte Nebenbetriebe	54
 § 4 Handwerksmäßigkeit beim Einsatz von Digitaltechnik	56
A. Problemstellung	56
B. Handwerksmäßigkeit anhand der bisherigen Auslegungsgrundsätze	57
I. Dynamischer Handwerksbegriff der Handwerksordnung	57
II. „Handwerksmäßigkeit“ als unbestimmter Rechtsbegriff	60
III. Funktion des Kriteriums „Handwerksmäßigkeit“ als Abgrenzungsmoment	61
1. Nicht belastbar zur Abgrenzung von der Kunst	61
2. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom Handel	63
3. Nicht belastbar zur Abgrenzung von Dienstleistungen	66
4. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom handwerksähnlichen Gewerbe	66
5. Nicht belastbar zur Abgrenzung vom Minderhandwerk	71
6. Funktion als Abgrenzungsmoment von industriell oder auf andere Weise nichthandwerksmäßig bzw. -ähnlich betriebenen handwerksfähigen Gewerbebetrieben	74
7. Zwischenergebnis	76
IV. In die Gesamtbetrachtung einzubeziehende Indizien zum Feststellen der Handwerksmäßigkeit	76
1. Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 HwO	77
a) Geringer Einsatz von Technik	77
b) Geringer Grad der Arbeitsteilung	78
c) Fachliche Qualifikation der Mitarbeiter	79
d) Möglichkeit der Einflussnahme des Betriebsleiters	79
e) Betriebsgröße	81
f) Art der Fertigung und Kundenkreis	81

2. Handwerksmäßigkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 1 HwO und Handwerksähnlichkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 S. 2 HwO	82
V. Zwischenergebnis	83
C. Auswirkung des Einsatzes von Digitaltechnik auf die Einordnung eines Betriebs anhand von Beispielen	83
I. 3-D-Druck in der Zahntechnik	84
II. 3-D-Druck in der Orthopädiotechnik	85
III. Roboter als Steinmetzen	87
IV. Digitale Fotografie	87
V. Fazit	90
D. Perspektivische Weiterentwicklung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit	90
I. Adäquanz der gängigen Auslegung der Handwerksmäßigkeit	91
1. Impulse geänderter Lebenssachverhalte	91
a) Annäherung der Produktionsweisen in Handwerk und Industrie	92
b) Erhöhte Abgrenzungsschwierigkeiten auch bei nichtproduzierenden Betrieben	93
c) Zwischenergebnis	94
2. Gleichheitsrechtliche Bedenken gegen das Beibehalten der gängigen Auslegungsgrundsätze	94
a) Ungleichbehandlung der handwerksmäßigen mit der nichthandwerksmäßigen Ausübung eines stehenden handwerksfähigen Gewerbes der Anlage A zur HwO	95
b) Prüfungsmaßstab der Rechtfertigung	96
c) Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bei gängiger Auslegung der Handwerksmäßigkeit	97
3. Zwischenergebnis	102
II. Mögliche Konsequenzen	103
III. Vorschlag zur verfassungskonformen Neuauslegung der Handwerksmäßigkeit	104
1. Reduktion der Indizien?	104
2. Auslegungsrahmen des Wortlauts	105
3. Zum Wesen des Handwerks	106
a) KMU	106
b) Besonderer praktischer Charakter	107

Inhaltsverzeichnis

c) Besonderer kreativer Charakter	108
d) Besonderer gestalterischer Charakter	108
e) Auf besonderen Kenntnissen basierende planerische Gesamtkonzeption durch den Betriebsleiter	110
f) Enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung	110
4. Enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung als zur Abgrenzung vom Nichthandwerk in Betracht kommendes Spezifikum	112
5. Auf der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung basierende Auslegung der Handwerksmäßigkeit	114
6. Zielgerechte Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung	116
a) Ziele der Zulassungspflicht für die Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A zur HwO	116
b) Gemeinsame Betreuung vergleichbar betriebener Gewerbebetriebe in Handwerksberufen in den Handwerkskammern	119
c) Zwischenergebnis	119
7. Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Auslegung mit Verfassung und Unionsrecht	119
IV. Fazit	122
E. Ergebnis	122
§ 5 Abgrenzung des stehenden Handwerks vom Reisegewerbe bei Zustandekommen des Vertrags unter Einsatz des Internets der Dinge	123
A. Problemstellung	123
B. Einordnung der Erbringung handwerklicher Leistungen zur Erfüllung von über die Steuerungsmodule intelligenter Dinge eingeworbenen Verträgen	124
I. Anzeigen der Möglichkeit, handwerkliche Leistungen zu bestellen	124
1. Gewerbe	125
2. Ohne vorhergehende Bestellung	125
3. Außerhalb der gewerblichen Niederlassung	126

4. Erfüllen eines besonderen Merkmals	128
a) Anbieten von Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO	128
b) Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO	129
5. Zwischenergebnis	134
II. Anzeigen der Möglichkeit, sich einen Handwerker zur Durchführung der Leistung vermitteln zu lassen	134
III. Zwischenergebnis	135
C. Adäquanz der Einordnung der Auftragsakquise mittels eines auf den Einzelfall zugeschnittenen digitalen Angebots über die Ausführung handwerklicher Leistungen als Reisegewerbe	135
I. Berufsunabhängige Bedenken gegen die Einordnung solcher Modalitäten der Auftragsakquise als Reisegewerbe	136
1. Keine Einschlägigkeit der §§ 55 ff. GewO nach ihrem Sinn und Zweck	136
2. Keine Vereinbarkeit der Reisegewerbekartenpflicht für diese Fälle mit Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG	138
3. Keine Vereinbarkeit der Reisegewerbekartenpflicht für diese Fälle mit Art. 3 Abs. 1 GG	140
4. Zwischenergebnis	140
II. Gleichheitsrechtliche Bedenken gegen die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich der Handwerksordnung	140
1. Grundsätzliche Bedenken gegen die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung auf das stehende Gewerbe	141
2. Bedenken speziell bei der Ausübung handwerklicher Tätigkeiten infolge dieser Form der Auftragsakquise	142
a) Impulse sich verändernder Lebenssachverhalte	142
b) Dadurch ausgelöste Bedenken mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG	143
3. Zwischenergebnis	144
III. Fazit	144
D. Mögliche Konsequenzen	144
E. Vorschlag zur verfassungskonformen Rechtsanwendung durch teleologische Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO	146
F. Ergebnis	147

Inhaltsverzeichnis

§ 6 Maßgeblicher Handwerksbetrieb bei der Vermittlung über digitale Plattformen	148
A. Problemstellung	148
B. Handwerksbetrieb	148
I. Der Handwerksbetrieb als zentraler Anknüpfungspunkt der Handwerksordnung	148
II. Funktionaler Handwerksbetriebsbegriff	150
III. Betriebsformen und ihr Verhältnis zueinander	153
IV. Verhältnis von Betrieb und Betriebsstätte	155
C. Anwendbarkeit der Handwerksordnung auf verschiedene Plattformmodelle	156
I. Werbe-, „Onlineshop“- und „Partnervermittler“-Plattformen sowie „Infrastruktur-Anbieter“	156
1. Anwendbarkeit auf ausführende Einheiten	157
a) Gewerbe	157
b) Stehend	158
c) Handwerksfähigkeit und Handwerksmäßigkeit	159
d) Zwischenergebnis	159
2. Anwendbarkeit auf Plattform	159
II. „Franchiser“-Plattformen	160
1. Anwendbarkeit auf ausführende Einheiten	160
2. Anwendbarkeit auf Plattform	165
III. Plattformen mit eigenen ausführenden Einheiten	168
1. Selbstständiges Betreiben eines Gewerbes	168
2. Bestimmung des maßgeblichen Betriebs	169
a) Verhältnis zwischen Plattform und ausführenden Einheiten anhand der Parameter des Nebenbetriebsbegriffs	169
aa) Möglichkeit der Abgrenzung anhand der Parameter des Nebenbetriebsbegriffs	170
bb) Verbundenes Unternehmen im Sinne von § 2 Nr. 2 oder Nr. 3 HwO	171
(1) Plattform, deren einzige Funktion die Vermittlung an ausführende Einheiten in der Hand desselben Inhabers darstellt	171
(2) Plattform, über die auch an externe Handwerker vermittelt wird oder Produkte verkauft werden	172
cc) Verbundenheit	173

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

Inhaltsverzeichnis

D. Adäquanz von Einordnung und Rechtsrahmen	191
I. Anknüpfen an ausführende Einheiten	191
II. Ausnahme bestimmter ausführender Einheiten vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung	192
1. Gleichheitsrechtliche Bedenken	193
a) Unerhebliche Nebenbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO	193
b) Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 HwO	196
c) Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 1 HwO	202
d) Nebenbetriebe, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden	203
2. Perspektivische Weiterentwicklung	205
a) Unerhebliche Nebenbetriebe und Hilfsbetriebe, in denen wesentliche Tätigkeiten der Anlage A handwerksmäßig ausgeübt werden	206
b) Nebenbetriebe im weiteren Sinne, in denen Berufe der Anlage B handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich ausgeübt werden	207
3. Fazit	209
III. Adäquanz des Inhalts der Handwerksordnung für ausführende Einheiten	210
IV. Fazit	211
E. Ergebnis	211
§ 7 Ergebnisse und Fazit	212
Literaturverzeichnis	221