

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 3 Gewerbenebenrecht

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht



B) Handwerksrecht

- I. Rechtsentwicklung und Schutzzweck**
- II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)**
- III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken**
- IV. Zulassungsfreie Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe**

I. Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- Bis 1953: Regelung des Handwerksrechts in GewO
- Handwerksordnung vom 17.9.1953 (BGBl. I S. 1411): Zuletzt Ausübung von 98 Handwerken abhängig von Meisterprüfung
- Neubekanntmachung: 24.9.1998 (BGBl. I S. 3074, ber. 2006 I S. 2095)

I. Rechtsentwicklung und Schutzzweck

- 2003: Reform des Handwerksrechts
 - Erklärtes Ziel der Bundesregierung: Stärkung des großen Befähigungsnachweises und der wirtschaftlichen Entwicklung des Handwerks, Europafestigkeit und Zukunftsfähigkeit und –sicherheit des Handwerksrechts
 - Letztlich aber grundlegende Veränderungen:
 - Abkehr vom bisherigen Inhaberprinzip
 - Faktische Einführung einer weitestgehenden Gewerbefreiheit durch Aufspaltung der Positivliste (vgl. [Anlage A \[§ 1 Abs. 2 HandwO\]](#); [Anlage B \[§ 18 Abs. 2 HandwO\]](#))
 - Aufnahme solcher Handwerke in [Anlage A](#), die bedeutsamen Beitrag zur Sicherung des Nachwuchses leisten
 - Erhebliche Lockerung des „Meisterzwangs“ (vgl. [§ 7b HandwO](#))
 - Rechtspolitisches Problem: Für die Gewerbe der Anlage B besteht auch kein Gesellenzwang (vgl. *Wiemers/Sonder DÖV* 2011, 104 ff.)

II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)

1. Stehendes Gewerbe

- Gewerbebegriff mit dem der [GewO](#) identisch
- Nur stehendes Gewerbe unterfällt Anwendungsbereich der HandwO, nicht Tätigkeiten im Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO)

Daher früher restriktive Auslegung des [§ 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO](#), der durch das BVerfG ([1 BvR 2176/98 v. 27.9.2000](#) = NVwZ 2001, 189 f.) die Grundlage entzogen wurde (zum Ganzen jetzt *Dürr*, GewArch 2011, 8 ff.)

- Praktische Schwierigkeiten: Abgrenzung Handwerk – Kunst / Kunstgewerbe: BSG, NJW 1999, 1990 ff.: Abstellen auf Anerkennung

II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)

2. Handwerksfähigkeit

Zulassungspflichtig: nur in [Anlage A](#) aufgelistete Handwerke ([§ 1 Abs. 2 Satz 1 HandwO](#))

- Bei Gefahrenpotential der Gewerbeausübung für Gesundheit und Leben
- Durch hohe Ausbildungsleistung gekennzeichnete Berufe

II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)

3. Handwerksmäßigkeit

§ 1 Abs. 2 Satz 1 HandwO: Nur „handwerksmäßiger Betrieb“ eines handwerkfähigen Gewerbes ist zulassungspflichtig.

Ausgangspunkt: Dynamischer Handwerksbegriff, orientiert an Betriebsstruktur (≠ statischer Handwerksbegriff: Abstellen rein schematisch auf Größe des Unternehmens)

- a) Abgrenzung zu Industriebetrieben
- b) Abgrenzung zum sog. „Minderhandwerk“
- c) Sonstige Ausnahmen (§ 3 HandwO)

II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)

a) Abgrenzung zu Industriebetrieben

- Unterscheidungskriterien des Industriebetriebs vom Handwerksbetrieb vor allem
 - Arbeitsteilung der Mitarbeiter untereinander
 - Trennung von Leitungs- und Ausführungsbereich
 - Umfang der Anwendung technischer Hilfsmittel
 - fachliche Qualität der Mitarbeiter,
 - Unternehmensgröße und Kapitaleinsatz
 - Art der Aufträge (Serien- oder Individualfertigung) oder des Absatzes
- Unerheblich:
 - Zugehörigkeitswille des Betriebsinhabers,
 - mangels Geltung des Inhaberprinzips: persönliche Mitarbeit des Betriebsinhabers
- **Einzelfallentscheidung** anhand konkreter Strukturmerkmale unter Abstellen auf das wirtschaftliche Gesamtbild und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Gewerbebezugs: *Günther*, GewArch 2012, 16 ff.

II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)

b) Abgrenzung zum sog. „Minderhandwerk“ (§ 1 Abs. 2 HandwO)

- Umkehrschluss aus § 1 Abs. 2 Satz 1, 1. Alt. HandwO
- Keine für zulassungspflichtiges Handwerk wesentliche Tätigkeit
 - Leistungen, die keine in handwerklicher Schulung erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten erfordern

II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)

b) Abgrenzung zum sog. „Minderhandwerk“ ([§ 1 Abs. 2 HandwO](#))

[OVG Lüneburg v. 11.3.2010 – 8 LB 9/08](#) – GewArch 2010, 213 ff.:

„Wesentlich im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO sind Tätigkeiten, die nicht nur fachlich zu dem betreffenden Handwerk gehören, sondern gerade den Kernbereich dieses Handwerks ausmachen und ihm sein essentielles Gepräge verleihen. Arbeitsvorgänge, die aus der Sicht des vollhandwerklich arbeitenden Betriebes als untergeordnet erscheinen, also lediglich einen Randbereich des betreffenden Handwerks erfassen, rechtfertigen die Annahme eines handwerklichen Betriebes hingegen nicht“

„Ebenso wird auch die **Negativabgrenzung in § 1 Abs. 2 Satz 2 HwO nicht durch ein Kriterium der Gefahrgeneigntheit erweitert oder überlagert**“

II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)

b) Abgrenzung zum sog. „Minderhandwerk“ ([§ 1 Abs. 2 HandwO](#))

Problem: Umgehung der Anwendbarkeit der Handwerksordnung durch Sortimentsbegrenzung (Kurzhaarschnitt mit Elektroschneider, ausschließlich Backen von türkischem Fladenbrot, kleinere Reparaturen an Elektrogeräten, reine Reifenmontage als Vulkanisier und Reifenmechanikerhandwerk)?

- Fladenbrot-Fall: VG Saarlouis, GewArch 2005, 157 ff.: Vollhandwerk
- Reifenmonteur-Fall: OLG Bamberg, GewArch 2009, 39 ff.: Minderhandwerk
- Grabmalaufstellung durch Nicht-Steinmetz: [OVG Lüneburg v. 11.3.2010 – 8 LB 9/08](#) – GewArch 2010, 213 ff.: Minderhandwerk
- Einfaches Haarschneiden und Tönungen durch Nicht-Friseur: [BVerwG, 8 C 8.10 v. 31. 8. 2011 Abs. 26 f.](#) = GewArch 2012, 35 ff.; VG Bremen, GewArch 2011, 83 ff: Vollhandwerk (jedenfalls keine Maskenbildnerei)

II. Die Ausübung zulassungspflichtiger Handwerke (§ 1 HandwO)

c) Sonstige Ausnahmen (§ 3 HandwO)

Aufgrund Zusammenspiel: § 2 Nr. 2 und Nr. 3 HandwO – § 3 HandwO:

- Grundsatz: Ausübung des Handwerks in Form eines Hauptbetriebes
- Ausweitung der Zulassungspflichtigkeit auf bestimmte Nebenbetriebe durch § 2 HandwO
 - Nebenbetrieb i.S.d. § 2 Nr. 3 HandwO = abgrenzbare Einheit gegenüber Hauptbetrieb, die auch nach außen gewisses Maß an Selbstständigkeit besitzt
- Ausnahme hiervon: § 3 HandwO; keine Geltung der Handwerksordnung bei
 - unerheblichen Nebenbetrieben (OLG Bamberg, GewArch 2009, 39, 40)
 - Hilfsbetrieben (kein selbstständiges Auftreten gegenüber Kunden)

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei Zulassungspflichtigen Handwerken

1. Eintragung in die Handwerksrolle als Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines Zulassungspflichtigen Handwerks

↳ [§ 1 Abs. 1 HandwO](#) (Gewerbeerlaubnis)

Wer wird in Handwerksrolle eingetragen? [§§ 7 ff. HandwO](#):

↳ Keine generelle Eintragung (vgl. [§ 6 Abs. 1](#), [§ 7 Abs. 1 HandwO](#)), sondern Eintragung mit „von ihnen zu betreibenden Handwerken“


→ Bei Mischbetrieben Eintragung eines jeden Zulassungsbedürftigen Handwerks erforderlich ([VG Gelsenkirchen, 9 K 478/07 v. 14. 10. 2008](#) = GewArch 2009, 118 ff.)

→ Beachte: [§ 5 HandwO](#): Vornahme ergänzender Tätigkeiten aus anderen Handwerken und Ausübung verwandter Zulassungspflichtiger Handwerke ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 HandwO](#)) zulässig

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

1. Eintragung in die Handwerksrolle als Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks

Bei Fehlen der Eintragung in Handwerksrolle:

 Untersagung der Tätigkeit nach [§ 16 Abs. 3 HandwO](#) (lex specialis gegenüber [§ 15 Abs. 2 GewO](#))

Handwerkskammer ist für Untersagung *nicht* zuständig.

Besonderheit bei § 16 HandwO: Beteiligung der Wirtschaftsorganisation nach [§ 16 Abs. 3 Satz 2, Abs. 3 bis 10 HandwO](#)

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

2. Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle ([§ 7 HandwO](#))

- **Eintragung des *Betriebsinhabers*** eines zulassungspflichtigen Handwerks
- Erfüllung der **Eintragungsvoraussetzungen durch *Betriebsleiter*** (= Verantwortlicher für Handwerksbetrieb in seiner fachlichen Ausgestaltung und im technischen Ablauf), nicht notwendig Erfüllung der Anforderungen durch den Inhaber



Abkehr vom früheren Inhaberprinzip; vgl. auch [BAG, 5 AZR 355/08](#)

[v.](#)

[18. 3. 2009, Abs. 15 ff.](#) = NJW 2009, 2554 f.

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

2. Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle ([§ 7 HandwO](#))

Eintragungsvoraussetzungen:

- a) Bestandene Meisterprüfung ([§ 7 Abs. 1a HandwO](#))
- b) Altgesellenregelung ([§ 7 Abs. 7](#) i. V. m. [§ 7b HandwO](#))
- c) Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach [§ 7 Abs. 3](#) i. V. m. [§ 8 HandwO](#)
- d) Erteilung einer Ausnahmegewilligung für EU-Ausländer nach [§ 7 Abs. 3](#) i. V. m. [§ 9 HandwO](#)

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

a) Bestandene Meisterprüfung ([§ 7 Abs. 1a](#) HandwO)

- Nach wie vor Leitbild der gesetzlichen Regelung
- Voraussetzungen für Durchführung der Meisterprüfung: §§ 45 ff. HandwO
- Gleichstellung verschiedener Studienabschlüsse gem. [§ 7 Abs. 2](#) HandwO

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

b) Altgesellenregelung ([§ 7 Abs. 7](#) i. V. m. [§ 7b](#) HandwO)

- Ausübungsberechtigung auch ohne Meisterprüfung, ausgenommen **Schornsteinfeger** (vgl. VG Aachen, GewArch 2009, 493 ff.) und **Gesundheitshandwerke** (vgl. [§ 7b Abs. 1](#) HandwO)
- Voraussetzungen:
 - Gesellenprüfung
 - Mindestens sechs Jahre Berufserfahrung in angestrebten, verwandten oder entsprechenden Handwerk (hierzu VG Neustadt = GewArch 2012, 44 ff.: Keine Anrechnung von Zeiten vor Gesellenprüfung)
 - Vier Jahre davon in leitender Stellung (hierzu [OVG Lüneburg, 8 LA 288/10 v. 4. 7. 2011](#) = GewArch 2011, 494 ff.; [VG Arnsberg, 9 K 3240 v. 2. 12. 2010](#) = GewArch 2011, 250 ff.: Entscheidungsbefugnis muss auch organisatorische Fragen einschließen, „relative Freiheit“ bei der eigenen Arbeit genügt nicht).
 - Übernahme wesentlicher Tätigkeiten des zulassungspflichtigen Handwerks

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

b) Altgesellenregelung (§ 7 Abs. 7 i. V. m. § 7b HandwO)

- Ausführlich hierzu: *Günther*, GewArch 2011, 189 ff.; *Zimmermann*, GewArch 2008, 334 ff.
- Qualitätsvermutung des § 7b Abs. 1 Nr. 2 HandwO auch nach nicht bestandener Meisterprüfung? *Dürr*, GewArch 2011, 396 ff.

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

c) Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach [§ 7 Abs. 3](#) i. V. m. [§ 8](#) HandwO

Voraussetzungen der regulären Ausnahmegewilligung

- Ausreichender Befähigungsnachweis (Nachweis der Kenntnisse und Fähigkeiten auf andere Weise als durch Meisterprüfung)
- Ausnahmegrund: Meisterprüfung im Zeitpunkt der Antragstellung unzumutbare Belastung unter Berücksichtigung des gesamten beruflichen Werdegangs

Ausführlich hierzu: *Erdmann*, DVBl. 2010, 353 ff.

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

- d) Erteilung einer Ausnahmegewilligung für EU-Ausländer nach [§ 7 Abs. 3](#) i. V. m. [§ 9 HandwO](#)
- [§ 9 Abs. 1](#) HandwO i.V.m. EU/EWR-Handwerk-Verordnung: Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit (ausführlich zur [EU/EWR-Handwerk-VO](#) v. 20.12.2007 [BGBl I S. 3075] *Stork*, GewArch 2008, 177 ff.); zur Rechtfertigung der ungleichen Voraussetzungen für die Ausnahmegewilligung von EU-Ausländern und der Altgesellenregelung des § 7b HandwO: [BVerwG, 8 C 9/10 v. 31. 8. 2011, Abs. 44 ff.](#) = NVwZ-RR 2012, 23 ff.;
 - [§ 9 Abs. 2](#) HandwO: Dienstleistungsausübung von EU-Ausländern im Inland ohne Begründung einer Niederlassung (Hintergrund: [EuGH, Rs. C-58/98, Rn. 32 ff. \[Corsten\]](#); [EuGH, Rs. C-215/01, Rn. 26 ff. \[Schnitzer\]](#): Eintragungsverfahren als unverhältnismäßiger Eingriff in Dienstleistungsfreiheit)

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

3. Verfahren der Handwerksrolleneintragung

Antrag / Eintragung von Amts wegen (§ 10 Abs. 1 HandwO)

→ Vgl. [§ 16 HandwO](#) unter Hinweis auf [§ 14 GewO](#)

Entscheidung über das „Ob“ der Eintragung (§ 11 HandwO)

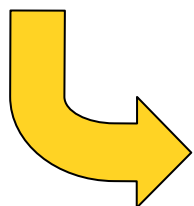
→ „Mitteilung“ = selbstständig anfechtbarer Verwaltungsakt

Eintragung als solche (§ 7 Abs. 2 HandwO)

→ Vollziehung der Mitteilung (Verwaltungsakt oder Realakt?)

Handwerkskarte (§ 10 Abs. 2 HandwO)

→ Ausweiskarte ([16 Abs.1 HandwO](#): Vorlagepflicht bei Gewerbeanmeldung nach [§ 14 GewO](#))



Bei Vorliegen der Eintragungsvoraussetzung zum Zeitpunkt der Antragstellung: Anspruch auf Eintragung

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

4. Überwachung des Handwerks

a) Löschung der Eintragung in die Handwerksrolle ([§ 13 HandwO](#))

- Sonderregelung zu §§ 48 ff. VwVfG
- Fehlerhafte oder fehlerhaft gewordene Handwerksrolleneintragung:
 - Eintragungsvoraussetzungen von Anfang an nicht gegeben
 - Eintragungsvoraussetzungen nachträglich weggefallen
 - Betrieb kann aus anderen Gründen nicht mehr ausgeübt (z. B. Gewerbeuntersagung nach [§ 35 GewO](#) [BVerwG NVwZ-RR 1992, 547 ff.], Tod des Betriebsleiters)
- Lösungsverfahren zweistufig (vgl. [§ 13 Abs. 3 HandwO](#))
 - Mitteilung der beabsichtigten Löschung (= Verwaltungsakt)
 - Löschung aus Handwerksrolle

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

b) Untersagung nach [§ 16 Abs. 3](#) HandwO

- Betriebsuntersagung bei Ausübung des Handwerks entgegen den Vorschriften der HandwO (z. B. nach Löschung aus Handwerksrolle, Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks ohne Handwerksrolleneintragung)
- Ermessensvorschrift (ggf. Unverhältnismäßigkeit der Untersagung bei bloß formeller Rechtswidrigkeit; Ermessensreduzierung auf Null bei Fehlen der sachlichen Voraussetzung der Eintragung)
- Sonderregelung für Vollstreckung: [§ 16 Abs. 9](#) HandwO

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

c) Untersagung nach [§ 35 GewO](#)

- [§ 13](#) und [§ 16 Abs. 3](#) HandwO lex specialis gegenüber [§ 35](#) GewO
- Keine Geltung des [§ 35 Abs. 8](#) GewO mangels Abhängigkeit der Handwerksausübung von Zuverlässigkeit
- Nach Untersagung gem. [§ 35](#) GewO → Löschung aus Handwerksrolle (BVerwG, NVwZ-RR 1992, 547 ff.)

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

5. Verfassungsmäßigkeit des Eintragungserfordernisses

- [BVerfG, v. 17.7.1961 – 1 BvL 44/55 –](#) BVerfGE 13, 97, 113 ff.
 - Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit Grundgesetz aufgrund Bedeutung und Besonderheiten des Handwerks als ein in sich geschlossener Berufsstand
- [BVerfG \(K\), v. 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02 –, Rn. 18 ff.](#) = GewArch 2006, 71 f.
 - Ausgangspunkt: Gesetzgeberische Konzeption der HandwO 1953; keine Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der HandwO nach Novelle 2003
 - Abstellen auf wachsende Konkurrenz aus dem EU-Ausland
 - Zweifel an Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Zumutbarkeit der Zulassungspflicht im Sinne des [Art. 12 Abs. 1 GG](#)) aufgrund (als solche nicht ausdrücklich genannter) Inländerdiskriminierung
 - Hierzu: *Albers*, JZ 2008, 708 ff.; *Kormann/Hüpers*, GewArch 2008, 273 ff.

III. Der Meisterzwang, seine Ausnahmen und seine Durchsetzung bei zulassungspflichtigen Handwerken

5. Verfassungsmäßigkeit des Eintragungserfordernisses

- Entschärfung der Inländerdiskriminierung durch Altgesellenregelung des [§ 7b HandwO](#) (kritisch: *Kormann/Hüpers*, *GewArch* 2008, 273, 277 ff.)
- Jeweils zur Verfassungsmäßigkeit des Eintragungserfordernisses nach **Neuregelung von 2004**; [BVerwG, 8 C 9/10 v. 31. 8. 2011, Abs. 29 ff.](#) = *NVwZ-RR* 2012, 23 ff.; [BVerwG, 8 C 8/10 v. 31. 8. 2011, Abs. 29 ff.](#) = *GewArch* 2012, 35 ff.; [OVG Münster v. 26.2.2010 – 4 A 2008/05](#) = *GewArch* 2010, 249 ff.; krit. hierzu *Beuter/Ratzke*, *DVBl.* 2010, 919 ff.
- Eintragungserfordernis zur Gefahrenabwehr und Sicherstellung der Ausbildungsleistung gerechtfertigt
 - Keine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch unterschiedliche Behandlung von EU-Ausländern
 - Keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber den im Reisegewerbe tätigen Handwerkern

IV. Zulassungsfreie Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe (§§ 18 ff. HandwO)

- [§ 18](#) HandwO: Anzeige zulassungsfreier Handwerke (Anlage B, Abschnitt 1) und handwerksähnlicher Gewerbe (Anlage B, Abschnitt 2) gegenüber Handwerkskammer
- Neben Handwerksrolle weiteres Verzeichnis ([§ 19](#) HandwO); Eintragung und Löschung entsprechend Vorschriften über Handwerksrolle ([§ 20](#) HandwO)
- Keine konstitutive Wirkung der Eintragung
- Untersagung nach [§ 16](#) HandwO ausgeschlossen
- Nach wie vor formalisierte Berufsausbildung; Meisterprüfung (und Gesellenprüfung) nicht Voraussetzung für Ausübung, aber Möglichkeit des Erwerbs des Meistertitels (jetzt auch für handwerksähnliche Gewerbe – Idee eines „Gütesiegels“)
- Zur Kritik: *Wiemers/Sonder*, DÖV 2011, 104 ff.
- Auch hier: Abgrenzung zwischen „handwerksmäßig“ und Industriebetrieben / Minderhandwerk (→ Pflichtmitgliedschaft bei Handwerkskammern)