

Gesetzentwurf

der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen

A. Problem

Mit dem Zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 wurden Anreize geschaffen, durch die Arbeitslose verstärkt zur Gründung selbständiger Existenzen im Rahmen der sog. Ich-AG angeregt werden sollen. Durch das in Vorbereitung befindliche Kleinunternehmerförderungsgesetz sollen darüber hinaus für derartige Existenzgründungen Vereinfachungen des Steuerrechts geschaffen werden.

Diese Vorschriften enthalten keine Regelungen, die es Existenzgründern aus Arbeitslosigkeit erleichtern, unter Beachtung des handwerklichen Befähigungsnachweises in Vorbehaltsbereichen des Handwerks tätig zu werden. Auch der vorliegende Gesetzentwurf enthält keine spezielle für vormals arbeitslose Existenzgründer geltende Ausnahmen, sondern sieht Erleichterungen für alle vor, die außerhalb des Geltungsbereichs der Handwerksordnung tätig werden, insbesondere „einfache Tätigkeiten“ ausüben wollen. Vom Handwerk werden derartige Tätigkeiten nach wie vor vielfach als zum Handwerk gehörende „Teiltätigkeiten“ mit dem Erfordernis der Meisterprüfung beansprucht, obwohl diese Auffassung der langjährigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entspricht. Zugleich muss auch der übrige nicht regulierte Bereich für nichthandwerkliche und handwerkliche Unternehmen offen gehalten werden. Deshalb nimmt dieser Gesetzentwurf eine gesetzliche Klarstellung vor.

Handwerkskammern und Behörden gehen vielfach mit Abmahnverfahren, Betriebsschließungen und Bußgeldern gegen Unternehmen vor, die „einfache Tätigkeiten“ ausüben, aber nicht in die Handwerksrolle eingetragen sind. Betroffen sind mittelständische, insbesondere kleinere und kleinste Unternehmen und Existenzgründer, die eine „Nischentätigkeit“ zur Geschäftsidee ihrer gewerblichen Tätigkeit machen wollen. Dadurch werden Existenzgründungen erschwert und Arbeitsplätze gefährdet.

Betroffen hiervon sind auch viele gründungswillige Arbeitslose, die sich mit unterstützenden Leistungen der Arbeitsförderung (Überbrückungsgeld, Existenzgründungszuschuss) selbständig machen wollen.

Um den Zugang zur selbständigen Gewerbeausübung im Bereich einfacher Tätigkeiten und in sonstigen nicht regulierten Bereichen zu erleichtern, zur Erleichterung von Existenzgründungen und zur Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen ist in Umsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine klarstellende gesetzliche Regelung erforderlich.

B. Lösung

Gesetzlich klargestellt werden soll, welche Tätigkeiten nicht zum Kernbereich eines Handwerks gehören, also keine wesentlichen Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO sind. Keine wesentlichen Tätigkeiten eines Gewerbes der Anlage A der Handwerksordnung sind insbesondere „einfache“, das heißt in kurzer Anlernzeit erlernbare Tätigkeiten. Einfache Tätigkeiten sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls solche, die ein durchschnittlich begabter Berufsanfänger in zwei bis drei Monaten erlernen kann. Keine wesentlichen Tätigkeiten sind auch solche, die zwar eine längere Anlernzeit verlangen, aber für das Gesamtbild des betreffenden Gewerbes der Anlage A nebensächlich sind und deswegen nicht die Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern, auf die die Ausbildung in diesem Gewerbe hauptsächlich ausgerichtet ist. Des Weiteren gehören hierzu solche Tätigkeiten nicht, die sich nicht aus einem Gewerbe der Anlage A entwickelt haben.

Mit der Klarstellung wird insbesondere gewährleistet, dass einfache Tätigkeiten von jedermann, also nicht nur von Handwerksbetrieben, sondern auch von nicht in die Handwerksrolle eingetragenen Betrieben ausgeübt werden dürfen und damit auch für eine selbständige Tätigkeit der Ich-AG offenstehen. Durch die gesetzliche Klarstellung wird mehr Rechtsklarheit geschaffen, werden Existenzgründungen und die Schaffung von Arbeitsplätzen erleichtert sowie Arbeitsplätze und bestehende Betriebe gesichert. Die Klarstellung des geltenden Rechts hat keinen rechtlichen Einfluss auf die Zuordnung zu den Kammerorganisationen.

Damit wird auch die Entschließung des Deutschen Bundestages bei der Beratung des Entwurfs eines Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Bundestagsdrucksache 15/98) umgesetzt. Mit der Entschließung wird die Bundesregierung aufgefordert, Vorschläge zur Fortentwicklung des Handwerksrechts vorzulegen, um Selbständigkeit im Bereich einfacher Tätigkeiten zu erleichtern.

Durch die Klarstellung wird zugleich Handwerksunternehmen und anderen Unternehmen erleichtert, kostengünstig andere Betriebe insbesondere mit der Ausführung einfacher Tätigkeiten zu beauftragen, so dass die Unternehmen sich im Wettbewerb besser behaupten und entwickeln können.

Damit wird zugleich der große Befähigungsnachweis gestärkt, weil Qualität und Bedeutung des „Kernbereichs“ von Handwerken gesichert werden, dessen Ausübung allein das Erfordernis der Meisterprüfung rechtfertigt.

C. Alternativen

Keine

D. Kosten

Auswirkungen des Gesetzes auf Einnahmen und Ausgaben der Haushalte von Bund, Ländern und Gemeinden sind nicht zu erwarten.

E. Sonstige Kosten

Aufgrund der gesetzlichen Klarstellung werden Existenzgründungen erleichtert und der Weg auch für mehr Gründungen durch vormals Arbeitslose bereitet. Zwischen handwerklichen und nichthandwerklichen Unternehmen werden mehr Chancengleichheit und Wettbewerb geschaffen. Dies kommt insbesondere auch kleinen und mittleren Unternehmen zugute. Der Abbau von Wettbewerbsverzerrungen ist Voraussetzung für das Fortbestehen des Leistungswettbewerbs.

zwischen allen Marktteilnehmern. Dies schafft auch günstige Voraussetzungen für eine Kostensenkung handwerklicher Leistungen.

Das Gesetz wird somit insgesamt positive Auswirkungen auf das Verbraucherpreisniveau haben.

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung der Handwerksordnung

Dem § 1 Abs. 2 der Handwerksordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. September 1998 (BGBl. I S. 3074), die zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 10. November 2001 (BGBl. I S. 2992) geändert worden ist, wird folgender Satz angefügt:

„Keine wesentlichen Tätigkeiten sind insbesondere solche, die

1. in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten erlernt werden können,
2. zwar eine längere Anlernzeit verlangen, aber für das Gesamtbild des betreffenden Gewerbes der Anlage A nebensächlich sind und deswegen nicht die Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern, auf die die Ausbildung in diesem Gewerbe hauptsächlich ausgerichtet ist, oder
3. nicht aus einem Gewerbe der Anlage A entstanden sind.“

Artikel 2

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 3. Juni 2003

Franz Müntefering und Fraktion
Katrin Göring-Eckardt, Krista Sager und Fraktion

Begründung

A. Allgemeiner Teil

1. Mit dem Zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4621) wurden durch Änderungen im Dritten, Vierten und Sechsten Buch Sozialgesetzbuch Anreize geschaffen, durch die Arbeitslose verstärkt zur Gründung selbständiger Existenzen im Rahmen der sog. Ich-AG ange-regt werden sollen. Der u. a. durch die Einführung eines Existenzgründungszuschusses geförderte Übergang in die Selbständigkeit ist zeitlich befristet, sozial flankiert, und zwar dadurch, dass die Gründerinnen und Gründer einer solchen Ich-AG in den Schutz der Sozialversiche-rung einbezogen bleiben. Dieses neue Instrument stellt eine weitere Möglichkeit neben dem Überbrückungsgeld dar, Arbeitslosigkeit mit Leistungen der Arbeitsförde-rung (Drittes Buch Sozialgesetzbuch) durch Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit zu beenden.

Darüber hinaus sollen durch ein Gesetz zur Förderung von Kleinunternehmen und zur Verbesserung der Un-ternehmensfinanzierung (Kleinunternehmerförderungs-gesetz – KFG; Bundesratsdrucksache 130/03) Vereinfachungen bei Steuer- und Buchführungsvorschriften für Existenzgründer und bestehende Gewerbetreibende ge-schaffen werden.

2. Die Ich-AG darf zwar Tätigkeiten der „handwerksähn-lichen Gewerbe“ der derzeitigen Anlage B zur Hand-werksordnung vollständig oder in Teilbereichen aus-üben, weil insoweit keine Zulassungsvoraussetzungen bestehen. Es stehen der Ich-AG auch alle anderen ge-werblichen Tätigkeiten für eine selbständige Gewerbe-ausübung offen, die nicht in den Anlagen A oder B auf-geführt sind. Für Tätigkeiten im Vorbehaltsbereich eines Handwerks ist jedoch grundsätzlich eine Meisterprüfung erforderlich.

Eine Ausnahmegewilligung nach § 8 Handwerksord-nung (statt der grundsätzlich erforderlichen Meisterprü-fung) dürfte vielfach bereits deshalb scheitern, weil Ar-beitslosigkeit nur unter den engen Voraussetzungen der „Leipziger Beschlüsse“ des Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21. November 2000 einen Ausnahmefall darstellt, der die Meisterprüfung unzumutbar macht. Nach diesen Beschlüssen ist bei Arbeitslosigkeit und bei drohender Arbeitslosigkeit infolge einer Ausgliederung handwerk-licher Leistungen oder Umstrukturierung handwerk-licher Betriebe ein Ausnahmefall anzunehmen, wenn der Antragsteller mehrere Jahre in dem Bereich beschäftigt war und aus Mangel an vergleichbaren offenen Stellen in seinem Beruf keine adäquate Stelle findet. Bei Arbeits-losen, die sich auf dem Weg der Ich-AG oder mit Hilfe von Überbrückungsgeld selbständig machen wollen, dürfte dieser Sachverhalt häufig nicht vorliegen.

Im Rahmen des Zweiten Gesetzes für moderne Dienst-leistungen am Arbeitsmarkt war deshalb vorgesehen, die Situation der „Ich-AG“ bei der Entscheidung zu berück-sichtigen, ob ein „Ausnahmefall“ im Sinne des § 8 HwO

vorliegt, so dass der Inhaber einer Ich-AG einen An-spruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle erwerben kann, wenn er die zur selbständigen Ausübung des Handwerks er-forderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse nachgewiesen hat. Diese Regelung ist im Verlauf des Gesetzgebungs-verfahrens nicht weiter verfolgt worden.

3. Ungeachtet vorliegender Rechtsprechung und Klarstel-lungen des Gesetzgebers zum Vorbehaltsbereich des Handwerks nach § 1 Abs. 2 HwO und zur Bedeutung der Meisterprüfungsberufsbilder nach § 45 Nr. 1 HwO durch das Zweite Gesetz zur Änderung der Handwerks-ordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 596), im Folgenden „Handwerksnovelle 1998“ genannt, herrscht immer noch eine weit verbreitete Rechtsunsicherheit bezüglich der Frage, ob im konkreten Fall die betreffende Tätigkeit die Ausübung eines freien Gewerbes darstellt oder ob sie dem Handwerk vorbehalten ist. Ordnungsämter und Handwerksorganisationen gehen vielfach mit Abmah-nungen, Bußgeldern und Betriebsschließungen gegen nicht in die Handwerksrolle eingetragene Unternehmen vor.

Insbesondere werden vielfach Maßnahmen auch gegen Unternehmen ergriffen, die „einfache Tätigkeiten“ aus-üben, obwohl seit langem höchstrichterlich geklärt ist, dass einfache, weil in kurzer Anlernzeit erlernbare Tä-tigkeiten nicht die Meisterprüfung erfordern. Eine Mei-sterprüfung ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (siehe B. Besonderer Teil, Nummer 2) jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn die betreffende Tätigkeit in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten erlernt werden kann.

Betroffen sind insbesondere kleinere und kleinste mittel-ständische Unternehmen und Existenzgründer, die eine „Nischentätigkeit“ zur Geschäftsidee ihrer gewerblichen Tätigkeit machen wollen oder einfachere Tätigkeiten im Unterauftrag erbringen. Aber auch größere nichthand-werkliche Unternehmen haben Probleme, wenn sie Tä-tigkeiten ausüben, die das Handwerk als „seine Teil-tätigkeiten“ betrachtet, solange nicht Gerichte verbind-lich entschieden haben, dass es sich im konkreten Fall um eine einfache Tätigkeit und damit um ein freies Gewerbe handelt. Betroffen sind auch größere Unter-nehmen, die nichthandwerkliche Subunternehmer be-schäftigen. Die Beschäftigung von Subunternehmen ist weit verbreitet, insbesondere auch bei Handwerkern.

Entgegen beschäftigungspolitischen und wirtschaf-ts-politischen Zielsetzungen werden hierdurch dringend er-wünschte Existenzgründungen erheblich erschwert und bestehende Existenzen sowie Arbeitsplätze gefährdet. Abmahnungen, Bußgelder und Betriebsschließungen ha-ben nachteilige Folgen für den Wettbewerb. Letztlich führt dies zu Kostensteigerungen.

Zu Unrecht wird dabei vielfach der Vorwurf der Schwarzarbeit gegen Unternehmen erhoben, die nicht in die Handwerksrolle eingetragen sind. Das Fehlen einer

Eintragung in die Handwerksrolle rechtfertigt diesen Vorwurf nicht. Die Ausübung „einfacher“ oder anderer nicht regulierter Tätigkeiten ist keine Ausübung eines Handwerks.

Es ist nach wie vor Praxis von Behörden, Handwerksorganisationen und Gerichten, die Entscheidung, ob eine Meisterprüfung erforderlich ist, „maßgeblich“, d. h. mit tragender Begründung, darauf zu stützen, ob die betreffende Tätigkeit in Meisterprüfungsberufsbildern bestimmter Handwerke aufgeführt ist. Diese Praxis entspricht jedoch nicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (u. a. BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 1993, GewArch 1994 S. 199 bis 201), nach der Meisterprüfungsverordnungen gemäß § 45 Nr. 1 HwO keine ausschlaggebende Bedeutung bei der Frage beigemessen werden darf, ob eine bestimmte Tätigkeit einem Handwerk vorbehalten ist. Dies wurde durch Änderung von § 45 Nr. 1 HwO im Rahmen der Handwerksnovelle 1998 klargestellt. Danach regeln Meisterprüfungsverordnungen, welche Tätigkeiten, Fertigkeiten und Kenntnisse den einzelnen Handwerken „zum Zwecke der Meisterprüfung“ zuzurechnen sind. Damit wurde klargestellt, dass es nicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung entspricht, wenn unmittelbar aus der Meisterprüfungsverordnung abgeleitet wird, dass eine Tätigkeit dem betreffenden Handwerk vorbehalten ist (siehe Bundestagsdrucksache 13/9388, Zu Nummer 14 (§ 45)). Auch sind nach dieser Rechtsprechung Tätigkeiten nur dann gemäß § 1 Abs. 2 HwO dem Handwerk vorbehalten, wenn die Tätigkeit zu dessen „Kernbereich“ gehört.

Soweit in bisher bekannt gewordenen gerichtlichen Entscheidungen geprüft worden ist, ob die betreffende Tätigkeit einen geringen Schwierigkeitsgrad hat oder in kurzer Anlernzeit erlernbar ist, ist der Prüfung nur in wenigen Fällen die Vorgabe des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Entscheidung vom 25. Februar 1992 (GewArch 1992 S. 386) zugrunde gelegt worden, dass jedenfalls solche Tätigkeiten einfach sind, die von einem durchschnittlich begabten Berufsanfänger in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten erlernt werden können.

Die Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Praxis soll nunmehr durch die zu § 1 Abs. 2 HwO vorgesehene gesetzliche Klarstellung erreicht werden. Hierdurch wird mehr Rechtssicherheit geschaffen, werden Arbeitsplätze gesichert und Existenzgründungen erleichtert. Durch die gesetzliche Klarstellung ergeben sich keine Auswirkungen auf die Zugehörigkeit der Unternehmen zu den Kammerorganisationen. Die gesetzliche Klarstellung bewirkt auch keine „Atomisierung“ des Handwerks, weil davon auszugehen ist, dass Unternehmer sich für aus ihrer Sicht „marktfähige“ Tätigkeitsbereiche entscheiden und nicht darauf abzielen, „scheibchenweise“ verschiedene einfache Tätigkeiten anzuhäufen, um damit ihre Berufstätigkeit im Laufe der Zeit auf breite Teile eines Handwerks auszuweiten und so den großen Befähigungsnachweis „auszuhöhlen“. Einem etwaigen Missbrauch kann in der Praxis durch eine Gesamtbetrachtung entgegengewirkt werden, wenn im Einzelfall erkennbar werden sollte, dass ein Unternehmer „einfache“ Tätigkeiten „ansammelt“, um das Erfordernis der Meisterprüfung zu umgehen. Eine vergleichbare

Problematik, die sich bei der seit langem bestehenden Möglichkeit der Ausnahmegewilligung nach § 8 für wesentliche Teile der Tätigkeiten von Handwerken stellt, hat in der Praxis offensichtlich nicht zu besonderen Schwierigkeiten und zu einer grundsätzlichen Umgehung des Erfordernisses der Meisterprüfung geführt.

4. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 des Grundgesetzes (Recht der Wirtschaft). Es handelt sich bei dem Gesetzentwurf um eine die Handwerksordnung ändernde Regelung. Diese kann nur vom Bund erlassen werden, da der Bund den Bereich des Handwerksrechts abschließend geregelt hat.

Das Gesetz bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates. Mit der Vorschrift werden keine das Zustimmungserfordernis auslösende Regelungen vorgesehen, insbesondere wird nicht das Verwaltungsverfahren der Länderbehörden geregelt.

5. Auswirkungen des Gesetzes auf Einnahmen und Ausgaben der Haushalte von Bund, Ländern und Gemeinden sind nicht zu erwarten.
6. Die gesetzliche Klarstellung sorgt für mehr Chancengleichheit und Wettbewerb. Nichthandwerklichen und handwerklichen Unternehmen wird die Möglichkeit eröffnet, sich mit größerer Rechtssicherheit im Markt zu betätigen. Dies kommt insbesondere auch kleinen und mittleren Unternehmen zugute. Der Abbau von Wettbewerbsverzerrungen ist Voraussetzung für das Fortbestehen von Leistungswettbewerb zwischen allen Marktteilnehmern. Dies schafft auch günstige Voraussetzungen für eine Kostensenkung bei einschlägigen Leistungen.

Das Gesetz wird somit insgesamt positive Auswirkungen auf das Verbraucherpreinsniveau haben.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung der Handwerksordnung)

1. § 1 Abs. 2 der Handwerksordnung in der Fassung der Neufassung vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 596) lautet:

„(2) Ein Gewerbebetrieb ist Handwerksbetrieb im Sinne dieses Gesetzes, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfasst, das in der Anlage aufgeführt ist, oder wenn Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten).“

Mit dieser durch die Handwerksnovelle 1988 getroffenen Regelung wurde die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts („Gepräge“- oder „Kernbereichs“-Rechtsprechung) aufgegriffen, um den Geltungsbereich des großen Befähigungsnachweises zu verdeutlichen.

Die Anpassung und Präzisierung der Vorschrift durch diese Novelle sollte dazu beitragen, für Existenzgründer größere Rechtssicherheit zu schaffen und Abgrenzungstreitigkeiten zwischen Handwerken sowie zwischen Handwerken und Nichthandwerken weiter zu reduzieren.

2. Zur Auslegung des § 1 Abs. 2 HwO besteht eine seit Jahren gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (u. a. Entscheidungen vom 23. Juni 1983 – 5 C 37/81 BVerwGE 67, 273, GewArch 1984 S. 96; 30. März 1993 – 1 C 26.91 – GewArch 1993 S. 329; 22. Oktober 1997 – 1 B 1999/97 – GewArch 1998 S. 125), die zuletzt durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Februar 1992 (– 1 C 27.89 – GewArch 1992 S. 386) fortentwickelt worden ist. Danach sind „wesentliche Tätigkeiten“ solche, „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, können demnach die Annahme eines handwerklichen Betriebes nicht rechtfertigen. Dies trifft namentlich auf Arbeitsvorgänge zu, die – ihre einwandfreie Ausführung vorausgesetzt – wegen ihres geringen Schwierigkeitsgrades keine qualifizierten Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern, sondern deren einwandfreie Ausführung lediglich eine kurze Anlernzeit notwendig macht ...“. Weiter gehören hierzu solche Tätigkeiten nicht, „die zwar anspruchsvoll, aber im Rahmen des Gesamtbildes des betreffenden Handwerks nebensächlich sind und deswegen nicht die Kenntnisse und Fertigkeiten verlangen, auf welche die einschlägige handwerkliche Ausbildung hauptsächlich ausgerichtet ist“.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dabei ausdrücklich festgestellt, dass qualifizierte handwerkliche Kenntnisse nicht erforderlich sind für Tätigkeiten, die „von einem durchschnittlich Begabten Berufsanfänger innerhalb von zwei bis drei Monaten zu erlernen sind“. Solche Tätigkeiten geben dem betreffenden Handwerk nicht sein „Gepräge“.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen vom 31. März 2000 (– 1 BvR 608/99 – GewArch 2000 S. 240) und 27. September 2000 (– 1 BvR 2176/98 – GewArch 2000 S. 480) die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, insbesondere dessen Kriterien für die Abgrenzung „einfacher“ Tätigkeiten zu Kernberreichstätigkeiten bestätigt.

3. Die durch § 1 Abs. 2 und § 45 Nr. 1 HwO getroffenen Klarstellungen zum Erfordernis der Meisterprüfung und zur Bedeutung der Meisterprüfungsberufsbilder haben in der Praxis der Behandlung „einfacher“ Tätigkeiten durch Handwerkskammern, Behörden und Gerichte bisher nicht ausreichend gegriffen.

In der Begründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Gesetze (Bundestagsdrucksache 13/9388) sind die in § 1 Abs. 2 und § 45 Nr. 1 HwO getroffenen Regelungen und die höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu erläutert. Jedoch fehlt in der Begründung zu diesem Gesetzentwurf der Hinweis, dass nach Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls solche Tätigkeiten einfach sind, die „von einem durchschnittlich Begabten Berufsanfänger innerhalb von zwei bis drei Monaten zu erlernen sind“ und deshalb eine Meisterprüfung nicht erfordern. Auch im Entwurf eines

Gesetzes zur Regelung des Akustik- und Trockenbaus (Bundestagsdrucksache 14/2809) und in den Beschlüssen des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“ zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21. November 2000 dargestellt („Leipziger Beschlüsse“, Bundesanzeiger vom 13. Dezember 2000, Nr. 234, S. 23193 – 23195) ist die Rechtslage ausführlich dargestellt.

Gleichwohl wird die Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG in der Praxis von Behörden, Handwerksorganisationen und Gerichten nach wie vor vielfach nicht beachtet. Insbesondere werden entgegen dieser Rechtsprechung in der Praxis von Behörden, Handwerksorganisationen und Gerichten vielfach auch „einfache“ Tätigkeiten als Vorbehaltsbereich in Anspruch genommen und hierfür die Meisterprüfung verlangt, und zwar ohne zu prüfen, ob die Tätigkeit in zwei bis drei Monaten erlernt werden kann. Das Handwerk beruft sich darauf, dass es sich um „Teiltätigkeiten des Handwerks“ handle. „Einfache“ Tätigkeiten sind jedoch keine „Teiltätigkeiten“ des oder eines Handwerks. Sie sind auch kein „Minderhandwerk“. Die Tätigkeiten dürfen von jedermann ausgeübt werden.

Die Handwerksordnung enthält, wie das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 31. März 2000 (– 1 BvR 608/99 – GewArch 2000 S. 240) feststellt, empfindliche Eingriffe in die Freiheit selbständiger Berufsausübung. Jedoch folge – so das Bundesverfassungsgericht – aus den gesetzlichen Regelungen, dass der Gesetzgeber den tatsächlichen Gegebenheiten des Wirtschaftslebens Rechnung zu tragen sucht und fließende Übergänge zwischen den Bereichen zu schaffen trachtet. Dazu habe er in mehrfacher Hinsicht Schwellen normiert, wobei unterhalb der jeweiligen Schwelle der Erwerb eines Meisterbriefs zur selbständigen Berufsausübung nicht erforderlich ist. Diese Schwellen sind großzügig auszulegen und zu handhaben.

Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht unter Beachtung der verfassungsrechtlich garantierten Berufsfreiheit in zahlreichen Entscheidungen u. a. den Kernbereich und nicht dem Erfordernis der Meisterprüfung unterliegende Tätigkeiten voneinander abgegrenzt. Nur wenn die Handwerksordnung grundrechtsfreundlich ausgelegt, den Vorschriften über Ausnahmen und Schwellen das ihnen von Verfassung wegen zukommende Gewicht beigemessen wird und von Amts wegen, unter Mitwirkung der Beteiligten, alle Umstände des Einzelfalls aufgeklärt und berücksichtigt werden, entspricht die Auslegung und Anwendung der Handwerksordnung den verfassungsrechtlichen Erfordernissen.

Wird jedoch, wie dies vielfach der Fall ist, die zu § 1 Abs. 2 HwO ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung nicht beachtet, so wird hiergegen und gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts verstoßen.

4. Deshalb wird diese Rechtsprechung durch einen neuen Satz 2 in § 1 Abs. 2 HwO übernommen.

Geregelt wird, dass „keine wesentlichen Tätigkeiten insbesondere solche Tätigkeiten sind, die

1. in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten erlernt werden können,

2. zwar eine längere Anlernzeit verlangen, aber für das Gesamtbild des betreffenden Gewerbes der Anlage A nebensächlich sind und deswegen nicht die Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern, auf die die Ausbildung in diesem Gewerbe hauptsächlich ausgerichtet ist, oder
3. nicht aus einem Gewerbe der Anlage A entstanden sind“.

Die Klarstellung hinsichtlich der Fallvarianten der Ziffern 1, 2 und 3 in der Form „insbesondere“ ist erforderlich, weil das Bundesverwaltungsgericht keine abschließende Regelung der vom Vorbehaltsbereich nicht erfassten Tätigkeiten getroffen hat. Bei der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich im Übrigen um eine „Jedenfalls-Entscheidung“.

Hinsichtlich der Ziffer 1 bedeutet dies, dass jedenfalls auch Tätigkeiten, die eine über zwei- bis dreimonatige Anlernzeit voraussetzen, einfach sein können. Die Ergänzung des § 1 Abs. 2 HwO, wie vorgesehen, ermöglicht eine solche Anwendungspraxis.

Ziffer 2 gewährleistet, dass Tätigkeiten, „die zwar anspruchsvoll, aber im Rahmen des Gesamtbildes des betreffenden Handwerks nebensächlich sind“, nicht „im Umkehrschluss“ dem Vorbehalt des Handwerks unterstellt werden. Auch solche vom Kernbereich des betreffenden Handwerks nicht erfasste anspruchsvolle Tätigkeiten stehen der Ich-AG offen, soweit die konkrete Tätigkeit nicht zum Vorbehaltsbereich eines anderen Handwerks gehört oder an sie Voraussetzungen gestellt werden, die außerhalb der Handwerksordnung liegen.

Ziffer 3 stellt klar, dass Tätigkeiten, die „nicht aus einem Gewerbe der Anlage A entstanden sind“, dem Handwerk nicht als Vorbehaltsbereich zuzurechnen sind. Solche Tätigkeiten darf, unbeachtet ihrer Schwierigkeit, jeder Unternehmer ausüben, wenn und solange der Gesetzgeber nicht ausdrücklich eine andere Entscheidung getroffen hat. Das Handwerk darf auch diese Tätigkeiten ausüben. Die Klarstellung ist jedoch erforderlich, weil vielfach, wie dies z. B. beim „Offsetdruck“ oder beim „Akustik- und Trockenbau“ der Fall war, zur Begründung für das Entstehen neuer Vorbehaltsbereiche der „dynamische Handwerksbegriff“ herangezogen wird. Aus diesem ergibt sich jedoch nicht, dass vom Handwerk aufgegriffene und ausgeübte Tätigkeiten zum Vorbehaltsbereich von Handwerken gehören. Dieser Begriff besagt im Wesentlichen, dass sich das Handwerk als solches der technischen Entwicklung anpassen und sich diese Entwicklung zunutze machen darf, ohne Gefahr zu laufen, dadurch die Handwerkseigenschaft zu verlieren (BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 1993 a. a. O.). Nach dieser in der Praxis entwickelten Abgrenzungshilfe ist ein Betrieb auch dann (noch) „Handwerksbetrieb“ und kein „Industriebetrieb“, wenn „wesentliche“ Tätigkeiten eines Gewerbes der Anlage A im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO ausgeübt werden und nach dem Gesamtbild des Unternehmens unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien mehr für eine „handwerksmäßige“ als für eine „industriemäßige“ Betriebsform spricht. Aus diesem Begriff lässt sich aber, so das Bundesverwaltungsgericht, „nicht herleiten, dass allein auf Grund der tatsächlichen technischen Entwick-

lung das Gebiet der handwerklichen Betätigung erweitert und die vom Grundgesetz gewährleistete Berufsfreiheit insoweit eingeschränkt werden könnte, ohne dass der Gesetzgeber von der ihm eingeräumten Regelungsbefugnis des Artikels 12 Abs. 1 Satz 2 GG Gebrauch macht“. Dem Handwerk bleibt dabei unbenommen, sich zur Ausübung seiner Vorbehaltsbereiche aller technischen Möglichkeiten zu bedienen, sich also insoweit auch weiter zu entwickeln, und auch dem Handwerk nicht vorbehaltene Tätigkeiten auszuüben, soweit und solange nach anderen Rechtsvorschriften keine spezifischen Voraussetzungen bestehen.

Es handelt sich bei einfachen Tätigkeiten nicht um Tätigkeiten, die im Sinne des § 1 Abs. 2 HwO für irgendein Handwerk „wesentlich“ sind, also einem Handwerk sein „Gepräge“ geben. Ob eine Tätigkeit „einfach“ ist, bemisst sich nicht nach der Quantität, sondern nach der Qualität der Tätigkeit. Ist das Auswechseln einer Fliese im Badezimmer eine „einfache“ Tätigkeit des derzeit in der Anlage A aufgeführten Gewerbes Fliesen-, Platten- und Mosaikleger, so bleibt die Tätigkeit auch dann einfach, wenn mehrere Fliesen auszuwechseln sind. Einfache Tätigkeiten können handwerksmäßig oder generell in industrieller Fertigungsweise oder als nichthandwerksmäßige Dienstleistung ausgeübt werden. Durch die in dem Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vorgesehene Beschränkung der Anlage A auf Gewerbe, bei deren unsachgemäßer Ausübung Gefahren für Leben oder Gesundheit Dritter entstehen können, wird die Gewerbebezeichnung der betreffenden Gewerbe nicht geändert. „Einfache“ Tätigkeiten, die nicht zum „Kernbereich“ gehören, gibt es deshalb weiterhin auch bei den betreffenden Gewerben einer unter diesem Gesichtspunkt neustrukturierten Anlage A.

5. Die Regelung ist erforderlich, damit Existenzgründer, wie z. B. die Ich-AG, und andere Unternehmer ihr Grundrecht nach Artikel 12 GG zu gewerblicher Ausübung einfacher und anderer nicht vom Kernbereich erfasster Tätigkeiten besser wahrnehmen können. Existenzgründern und Unternehmen wird damit erleichtert, den Freiraum zu nutzen, für den eine Meisterprüfung nicht erforderlich ist. Dies dient dem Erhalt und der Schaffung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen. Es bleibt dabei, dass sowohl Handwerker wie auch handwerksähnliche und sonstige Gewerbe sowie industrielle Unternehmen weiterhin solche Tätigkeiten ausüben dürfen. Die Zugehörigkeit der Unternehmen zu verschiedenen Mitgliederorganisationen wird nicht berührt.
6. Auch die in § 1 Abs. 2 HwO eingeführten Präzisierungen sind großzügig auszulegen. Das gilt insbesondere hinsichtlich des nach oben offenen Zeitrahmens von „jedenfalls bis zu drei Monaten“ nach Satz 2 Ziffer 1. Der Gesetzentwurf schafft damit mehr Rechtssicherheit und mehr Freiraum für den Gesamtbereich der Handwerksordnung.
7. Eine Übernahme von Beispielfällen in eine Anlage zu § 1 Abs. 2 HwO wird nicht vorgesehen.

Die hierfür erforderliche generalisierende Begriffsbestimmung und Abgrenzung bestimmter Tätigkeitsfelder

ist angesichts der Vielfalt möglicher Tätigkeiten im Schwierigkeitsgrad von jedenfalls zwei bis drei Monaten, also gegebenenfalls auch mehr als drei Monaten, weder sachgerecht noch mit der erforderlichen Rechtsklarheit und Eindeutigkeit möglich.

Das zeigt sich an den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, deren einziges verbindendes Merkmal ist, dass sie nicht zum Kernbereich bestimmter Handwerke gehören, diesen also nicht ihr „Gepräge“ geben. Eine Begriffsbestimmung, die sowohl die Beispiele etwa des Herstellens von Fladenbrot (AG Paderborn, Urteil vom 20. März 2001, Az.: Owi Js 139/01 – 126/01), des Tapezierens mit Rauhfaserpapete und anschließendes Überstreichen mit Binderfarbe (Beschluss OVG NRW vom 4. Januar 2002) und des Anbringens von Thermoklinkern als Fassadenelemente (LG Kiel, Beschluss vom 12. Februar 2001, Az.: 46 Qs 10/00, GewArch 2001, 206 bis 208) erfasst und für zahlreiche weitere Fälle einfacher Tätigkeiten offen stehen muss, ist nicht erkennbar. Eine listenmäßige Erfassung müsste deshalb die von der Klarstellung betroffenen Tätigkeiten vollständig benennen. Dies ist nicht erreichbar, weil nicht antizipiert werden kann, welche Tätigkeiten Unternehmer zum Gegenstand ihrer Gewerbeausübung machen.

Folge einer Liste zu § 1 Abs. 2 HwO wäre, dass Handwerkskammern, Behörden und Gerichte in ihrer Praxis von der Liste nicht erfasste Tätigkeiten im Umkehrschluss nicht als „einfach“, sondern als „schwierig“ behandeln und hierfür die Meisterprüfung verlangen würden.

Für eine solche Praxis sprechen bereits die mit der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Meisterprüfung und der Eintragung in die Handwerksrolle von 1982 gemachten Erfahrungen. Die Anlagen zu dieser Verordnung, die vor allem die Gleichstellung von Hochschulprüfungen und Prüfungen staatlich geprüfter Techniker mit Meisterprüfungen betreffen, sind unvollständig und vielfach nicht mehr zutreffend. Deshalb besteht zu Lasten der Inhaber solcher Prüfungen der rechtstaatlich nicht vertretbare Nachteil, dass Handwerkskammern vielfach die Anlagen zu der Verordnung mit Stand von 1982 anwenden und folgeweise eine Gleichstellung von Prüfungen mit Meisterprüfungen und damit die Zulassung zur Handwerksausübung ablehnen.

Handwerkskammern und Behörden würden folgern, dass der Gesetzgeber anerkennt, wenn in einer Anlage zu § 1 Abs. 2 HwO nicht genannte Gewerbe als schwierig und nicht als „einfach“ eingestuft werden. Die Gerichte würden diese Auffassung bestätigen, wenn der

Gesetzgeber in umfassender Kenntnis der Problematik und entgegen der zu § 1 Abs. 2 HwO getroffenen Regelung Tätigkeiten des einfachen Schwierigkeitsgrades in eine spezielle Anlage zu der Vorschrift aufnimmt. Gegen derartige Schlussfolgerungen könnten rechtliche Einwände nicht erhoben werden. Ein solches Ergebnis wäre nicht vertretbar.

Damit würde insbesondere das Ziel größerer Rechtsicherheit für bestehende Betriebe und Existenzgründer sowie das Ziel der Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen verfehlt. Weiterer gesetzgeberischer Handlungsbedarf wäre unabweisbar.

8. Nach § 25 Verwaltungsverfahrensgesetz sind Behörden, Handwerkskammern sowie Industrie- und Handelskammern gehalten, Existenzgründer zu beraten und ihnen Auskünfte zu erteilen. Dies gilt insbesondere auch für die Frage, ob die beabsichtigte Tätigkeit ggf. „einfach“ ist. Sie sollten insbesondere beraten, wenn der vorgetragene oder zu ermittelnde Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte enthält oder der Betreffende sich darauf beruft, dass die Tätigkeit einfach sei. Existenzgründer, deren beabsichtigte Tätigkeit in den Vorbehaltsbereich von Handwerken hineingreift, sollten dahin beraten werden, dass sie jedenfalls einfache Tätigkeiten ausüben dürfen und dass hierfür eine handwerkliche Befähigung nicht erforderlich ist. Bleiben Zweifel, ob die Tätigkeit einfach ist, so ist zugunsten des Gewerbetreibenden zu unterstellen, dass die Tätigkeit einfach ist. Dies ist erforderlich, weil das durch die Handwerksordnung geregelte staatliche Verbot der Gewerbeausübung nur dann greift, wenn dessen Voraussetzungen zu Lasten des Gewerbetreibenden nachgewiesen sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn nachgewiesen ist, dass die ausgeübte Tätigkeit eine wesentliche Tätigkeit eines Handwerks ist, also zum Kernbereich des betreffenden Handwerks gehört.
9. Mit der Regelung wird zugleich klargestellt, dass keine unerlaubte Handwerksausübung oder Schwarzarbeit gegeben ist, wenn sich der Gewerbetreibende auf Tätigkeiten außerhalb des Geltungsbereichs der Handwerksordnung beschränkt, insbesondere also auf „einfache“ Tätigkeiten. Der Klarstellung und größerer Rechtssicherheit kommt angesichts des hohen Bußgeldrahmens besondere Bedeutung zu.

Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten. Die Vorschriften des Artikels 1 sollen wegen der damit verbundenen Klarstellung der Rechtslage unverzüglich wirksam werden.

