

## Schriftliche Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung am 8. Juli 2003 in Berlin zu

- a) Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften (BT-Drucksache 15/1206);
- b) Antrag der Abgeordneten Ernst Hinsken, Dagmar Wöhrl, Karl-Josef Laumann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der CDU/CSU Handwerk mit Zukunft (BT-Drucksache 15/1107);
- c) Antrag der Abgeordneten Rainer Brüderle, Angelika Brunkhorst, Ernst Burgbacher, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP Meisterbrief erhalten und Handwerksordnung zukunftsfest machen (BT-Drucksache 15/1108)

**Prof. Dr. Martin Hellwig, Universität Mannheim**

### 0. Vorbemerkung

Die Monopolkommission hat sich in mehreren Gutachten zur Notwendigkeit einer Reform der Handwerksordnung geäußert. Die nachfolgende Stellungnahme beruht im wesentlichen auf diesen Gutachten und vertritt insofern die Meinung der Monopolkommission. Etwaige darüber hinaus gehende Äußerungen erfolgen in eigener Verantwortung.

### 1. Allgemeine Einschätzungen

#### 1.1 *Ökonomische Ausgangslage und ökonomische Wirkungen der Novelle - Gründungswelle - Selbständigenkultur - Insolvenzen - Nachhaltigkeit*

Negative Entwicklung des Handwerks seit 1970

1. In der Begründung des Gesetzesentwurfs und in allen Stellungnahmen wird darauf hingewiesen, dass das Handwerk sich seit einiger Zeit in einer negativen Entwicklung befindet. Für die Zeit von 1995 bzw. 1998 auf 2002 macht die Begründung des Gesetzesentwurfs diese negative Entwicklung fest am Rückgang der Beschäftigtenzahl bei gleichzeitiger

leichter Erhöhung der Zahl der Beschäftigten in der Gesamtwirtschaft, am Rückgang der Zahlen der Handwerksunternehmen und der Beschäftigten pro Unternehmen sowie am Rückgang der Umsätze und des Anteils an der Bruttowertschöpfung.

2. Umstritten ist, inwiefern die negative Entwicklung im Handwerk auf den speziellen Ordnungsrahmen zurückzuführen ist und inwiefern diese negative Entwicklung auf eine allgemeine Verschlechterung der konjunkturellen und strukturellen Rahmenbedingungen zurückzuführen ist. Kritiker des Gesetzesentwurfs führen die negative Entwicklung im Handwerk vor allem auf Letztere zurück und betonen die Bedeutung von Verschlechterungen der Rahmenbedingungen insbesondere in den letzten Jahren.
3. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die negative Entwicklung des Handwerks sich nicht erst seit 1995 oder seit 1998 abzeichnet. Für den Zeitraum von 1970 bis 1990 wird im XII. Hauptgutachten der Monopolkommission ein Rückgang der Zahl der Handwerksunternehmen in der alten Bundesrepublik von 585.100 auf 489.200 verzeichnet. Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1961 werden für 1955 noch 752.000 Betriebe genannt. Diese Beobachtung deutet darauf hin, dass die negative Entwicklung des Handwerks eher auf strukturelle Probleme der Branche als auf kurzfristige Verschlechterungen der Rahmenbedingungen unter dieser oder jener Bundesregierung zurückzuführen ist.

<sup>1</sup> Monopolkommission, Marktöffnung umfassend verwirklichen, XII. Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz. 59 ff., Monopolkommission, Reform der Handwerksordnung, Sondergutachten 31, Baden-Baden 2002.

4. Für die vorstehende Einschätzung spricht auch die Beobachtung, dass die Zahl der Unternehmen im handwerksähnlichen Gewerbe in der alten Bundesrepublik im selben Zeitraum von 1970 auf 1996 von 29.400 auf 119.700 angestiegen ist. Dieser Anstieg, der sich auch seit 1996 noch fortgesetzt hat, zeigt, dass man nicht von einem allgemeinen Rückgang der Gründungsdynamik im handwerklichen Bereich reden kann, sondern nur von einem Rückgang der Gründungsdynamik in den Bereichen, in denen die Handwerksordnung den Marktzutritt beschränkt. Die Kritiker der Novellierung der Handwerksordnung sind bislang die Erklärung dafür schuldig geblieben, warum die von ihnen beklagte Verschlechterung der Rahmenbedingungen im handwerksähnlichen Bereich nicht dieselben Wirkungen gehabt haben soll wie im Handwerk.

#### Zu erwartende ökonomische Wirkungen der Marktöffnung: Gründungsdynamik

5. Für eine quantitative Prognose der Wirkungen der Marktöffnung fehlt die empirische Grundlage, da dieses Experiment noch nicht vorgenommen worden ist. Man ist versucht, sich an der Entwicklung des handwerksähnlichen Gewerbes seit 1970 zu orientieren, doch doch ist eine der Vervierfachung seit 1970 vergleichbare Entwicklung im Handwerk selbst als Folge der Marktöffnung nicht zu erwarten. Das hohe Wachstum des handwerksähnlichen Gewerbes seit 1970 spiegelt teilweise den niedrigen Ausgangspunkt, teilweise das Entstehen gänzlich neuer Tätigkeiten, teilweise schließlich ein gewisses Ausweichverhalten gegenüber den Marktzutrittsbeschränkungen der Handwerksordnung. Aus offensichtlichen Gründen sind diese Entwicklungen so im Handwerk selbst nicht zu erwarten. Insofern allerdings die Gründungsdynamik im handwerksähnlichen Gewerbe selbst auf ein Ausweichverhalten gegenüber den Marktzutrittsbeschränkungen der Handwerksordnung zurückgehen, ist diese Gründungsdynamik ein deutlicher Beleg für die Hemmung der Wirtschaftstätigkeit durch die Handwerksordnung.
6. Einen besseren Hinweis auf die Größenordnung der von einer Liberalisierung zu erwartenden Gründungsdynamik gibt die Entwicklung in Südtirol nach der durch die italienischen Gerichte 1987 erzwungenen Abschaffung des Erfordernisses der Meisterprüfung als Voraussetzung der selbständigen handwerklichen Tätigkeit. Aus deutscher Sicht handelt es sich gewissermaßen um ein "natürliches Experiment" in einem allerdings um den Faktor zehn verkleinerten Maßstab. In Südtirol war nach der Liberalisierung ein erhebliches Wachstum des Handwerks zu verzeichnen, so dass die Zahl der Betriebe heute - trotz eines zwischenzeitlichen Rückgangs in der Rezession von 1993 - um 10 % über den Zahlen vor der Liberalisierung liegt. Natürlich spielte in Südtirol auch die gute Konjunktur der späten achtziger Jahre und der zweiten Hälfte der neunziger Jahre eine Rolle; die deutsche Erfahrung gerade der späten der achtziger Jahre zeigt aber, dass bei bestehenden Marktzutrittsbeschränkungen eine gute Konjunktur nicht ausreicht, um eine Gründungsdynamik in Gang zu setzen. Im übrigen scheint die Konjunkturverlangsamung seit 2000 auf die Entwicklung des Handwerks in Südtirol keinen Einfluss zu haben.

#### Belebung der Wirtschaftstätigkeit im Handwerk als Folge der Marktöffnung

7. Unternehmensgründungen als Folge einer Liberalisierung der Marktzutrittsbedingungen im Handwerk sind zunächst schon allein deshalb zu erwarten, weil die bestehenden Beschränkungen Unternehmensgründungen behindern. Viele von diesen werden in dem Moment vorgenommen werden, wo die Beschränkungen entfallen. In diesem Zusammenhang ist die Argumentation des Zentralverbands des Deutschen Handwerks zurückzuweisen, wonach die Größe der „Meisterreserve“ zeige, dass das der Große Befähigungsnachweis als Hemmnis für Unternehmensgründungen nicht ins Gewicht falle. Die Jungmeister, die nicht den Weg in die Selbständigkeit wählen, haben vielfältige Gründe für ihre Entscheidungen und können nicht ohne weiteres als potentielle Existenzgründer betrachtet werden. Ihr Verhalten ist für die Beurteilung der Wirkungen des Großen Befähigungsnachweises wenig maßgeblich. Maßgeblich ist das Reservoir an potentiellen Existenzgründern bei den Handwerksgesellen, die sich selbständig machen wollen und nur durch das Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises daran gehindert werden. Von ihnen ist eine deutliche Reaktion auf die Liberalisierung des Marktzutritts zu erwarten.
8. Natürlich werden nicht alle Neugründungen erfolgreich sein. Auch ist zu erwarten, dass einige bestehende Handwerksbetriebe sich in einer Welt des intensiveren Wettbewerbs schwerer tun werden. Insofern könnte es nach einer Phase intensiver Gründungsaktivität zunächst zu einer Konsolidierung kommen, wofür das Südtiroler Beispiel ebenfalls Anschauungsmaterial liefert. Gleichwohl ist zu erwarten, dass die Liberalisierung zu einer nachhaltigen Belebung der Wirtschaftstätigkeit im Handwerk führen wird. Kurzfristig wird diese Belebung daher kommen, dass Tätigkeiten, die derzeit in Schwarzarbeit durchgeführt werden, nach einer Liberalisierung legal und offen ausgeübt werden. Das mag zunächst als statistisches Artefakt erscheinen, als Wachstum legaler Handwerkstätigkeit nur aufgrund der Verlagerung aus dem Bereich der Dunkelziffern in die offizielle Statistik. Mit dieser Verlagerung jedoch verbindet sich ein Abbau von Kosten der Illegalität, die einzelwirtschaftlich wie gesamtwirtschaftlich durchaus ins Gewicht fallen, gesamtwirtschaftlich auch deshalb, weil die mit der „Normalität der Schwarzarbeit“ einhergehende Einstellung von Nachfragern wie Anbietern auch auf den Umgang mit anderen Gesetznormen ausstrahlt.
9. Mittelfristig ist eine nachhaltige Belebung der Wirtschaftstätigkeit von der Intensivierung des Wettbewerbs im Handwerk zu erwarten. Die von Seiten des Handwerks hin und wieder zu hörende Vorstellung, die Nachfrage nach Handwerksleistungen sei fest und eine hohe Zahl von Neugründungen führe nur dazu, dass der Kuchen unter mehr Unternehmen aufgeteilt werden müsse, ist zurückzuweisen. Wettbewerb bewirkt, dass Preise gesenkt werden und dass bessere Qualität geliefert wird. Preissenkungen und Qualitätsverbesserungen erhöhen die Nachfrage nach Handwerksleistungen. Ein paradigmatisches Beispiel für diesen Zusammenhang bot die Öffnung

der US-amerikanischen Luftverkehrsmärkte 1979, in deren Folge die Gewinne der Fluggesellschaften sich zunächst sogar erhöhten, weil die Nachfragesteigerung die Preissenkungen mehr als kompensierte. Im Handwerk bestehen erhebliche Potentiale für Nachfragesteigerungen, da unter den derzeitigen Bedingungen viele Nachfrager die Leistungen von Handwerksbetrieben durch Eigenarbeit, Nachbarschaftshilfe und/oder Schwarzarbeit ersetzt haben.

#### Meistererfordernis und Qualität der Handwerksleistungen

10. Zurückzuweisen ist in diesem Zusammenhang die Vorstellung, der Verzicht auf den Großen Befähigungsnachweis werde die Qualität der Handwerksleistungen senken. Diese Vorstellung beruht auf Missverständnissen bezüglich der Mechanismen der Qualitätssicherung in der Marktwirtschaft ebenso wie der Wirkungen des Erfordernisses des Meisterbriefs als Voraussetzung der selbständigen Tätigkeit im Handwerk. Soweit die Kunden selbst in der Lage sind, die Qualität der Leistungen, die sie bekommen, zu beurteilen, ist Wettbewerb der verlässlichste Mechanismus zur Qualitätssicherung und Qualitätssteigerung. Der Kunde, der auf alternative Angebote zurückgreifen kann, wird schlechte Qualität nicht akzeptieren bzw. auf schlechte Qualität mit einem Abwandern zur Konkurrenz reagieren. Insofern setzt Wettbewerb Anreize zur Lieferung guter Qualität, auch zur Steigerung der Qualität durch Entwicklung neuer Angebote. Beschränkungen des Wettbewerbs dagegen verringern diese Anreize. Was das bedeutet, weiß jeder, der die Erfahrung gemacht hat, dass es für eine bestimmte Tätigkeit an seinem Wohnort nur drei Handwerksbetriebe gibt, deren keiner in der Lage zu sein scheint, ihm einen Gesellen zu schicken, der die zu reparierende oder die zu prüfende Installation verlässlich kennt.
11. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass Meisterkurse und Meisterprüfung nur in Teilen etwas mit fachlichen Qualifikationen zu tun haben. Wesentliche Teile betreffen betriebswirtschaftliche und pädagogische Qualifikationen, die für die Qualität der Handwerksleistung nicht erkennbar von Belang sind, die auch in anderen Gewerben nicht als Voraussetzung einer selbständigen Tätigkeit verlangt werden. Die wesentliche fachliche Qualifikation wird durch die Ausbildungszeit und nachfolgende Gesellenprüfung erworben und nachgewiesen. Im übrigen begünstigt das Erfordernis der Meisterprüfung als Voraussetzung der Selbständigkeit eine Betriebsstruktur, bei der relativ viele Gesellen, die durch den Großen Befähigungsnachweis an der selbständigen Tätigkeit gehindert werden, für einen Meister arbeiten, der in vielen Fällen selbst nicht mehr handwerklich tätig ist, sondern sich auf Verwaltungstätigkeiten, Kundenakquisition u.ä. beschränkt. Ob diese Betriebsstruktur der Qualität der handwerklichen Arbeit dienlicher ist als eine Struktur, bei der die Gesellen auf eigene Rechnung arbeiten und dementsprechend interessiert sind, dass der Kunde zufrieden ist, mag füglich bezweifelt werden. Der Wettbewerbstest darüber, welche Betriebsstruktur geeignet ist, bessere Qualität zu liefern, wird allerdings durch die bestehende Regulierung im Handwerk verhindert.

12. Andere Länder der Europäischen Union kommen ohne den Großen Befähigungsnachweis aus, ohne dass die Qualität der Handwerksleistungen ersichtlich schlechter wäre. Auch in Deutschland ist nicht ersichtlich, dass die Qualität der Handwerksleistungen vor 1935, d.h. vor der Einführung des Großen Befähigungsnachweises, schlechter gewesen wäre als nach 1935.

#### Meistererfordernis und Insolvenzzraten im Handwerk

13. Von Seiten des Handwerks wird ausgeführt, die Qualität der Meisterausbildung zeige sich in den niedrigen Insolvenzzraten des Handwerks. Nach Einschätzung der Monopolkommission sind die niedrigen Insolvenzzraten des Handwerks eher ein Beleg für geringe Wettbewerbsintensität als für die Qualität betriebswirtschaftlicher Ausbildung. Der Große Befähigungsnachweis beschränkt den Marktzutritt und gibt dem Handwerk die Möglichkeit, bei knappem Angebot hohe Preise zu verlangen. Eine so begründete wirtschaftliche Solidität ist fragwürdig. Im übrigen ist wirtschaftliche Solidität eines Sektors nicht als Wert an sich zu betrachten. Zum Wettbewerb als Selektions- und Anreizmechanismus gehört es, dass die Besseren sich am Markt durchsetzen und die weniger Leistungsfähigen oder –willigen Einbußen hinnehmen oder sogar aus dem Markt ausscheiden müssen. Die Möglichkeit der Insolvenz ist ein konstitutives Element dieses Prozesses und sollte im Handwerk – wie in allen anderen Wirtschaftsbereichen auch – die Anbieter von minderwertigen Leistungen abschrecken. Wenn aufgrund geringer Wettbewerbsintensität das Insolvenzzrisiko im Handwerk praktisch ausgeschaltet ist, so fehlt ein wichtiger Anreiz zur Sicherung der Qualität handwerklicher Leistungen.
14. Im übrigen ist die Nachhaltigkeit eine auf Wettbewerbshemmnisse begründeten Solidität in Frage zu stellen. Aus vielen Episoden ist bekannt, dass ein zunächst durch Marktzutrittschranken geschützter Sektor zu einer Quelle der Instabilität werden kann, wenn eine Marktöffnung aus übergeordneten Gründen nicht zu vermeiden ist, aufgrund von Kurzsichtigkeit der Betroffenen aber zu spät vorgenommen wird. Mahnendes Beispiel ist die verspätete Deregulierung der US-amerikanischen Sparkassen, die erst stattfand, als diese den Wettbewerb mit Geldmarktfonds u.ä. schon verloren hatten und praktisch insolvent waren. Das deutsche Handwerk muss sich darauf einstellen, dass der Große Befähigungsnachweis als Marktzutrittsbarriere im Europäischen Binnenmarkt nicht aufrecht zu erhalten sein wird, d.h. dass es schon in sehr kurzer Zeit an einem Standort wie Berlin und seinem Speckgürtel in Brandenburg im Wettbewerb mit Handwerksbetrieben aus den Beitrittsländern stehen wird, ohne dass der deutsche Gesetzgeber oder die deutschen Verwaltungsbehörden irgendetwas daran ändern können. Wenn man sich nicht rechtzeitig darauf einstellt, kann es passieren, dass man den Markt verliert und auch mit einer späteren Deregulierung nur teilweise wieder gewinnen kann. Um sich auf die von Europa zu erwartende Marktöffnung vorzubereiten, braucht das Handwerk eine Gewöhnung an mehr Wettbewerb, denn, wie eine englische Regulierungsbehörde einmal

festgestellt hat: Nichts stärkt die Wettbewerbsfähigkeit so sehr wie der Wettbewerb.

### 1.2 Zeitgemäßheit der Einschränkung von Art. 12 GG durch die HwO - Handwerk als „einheitliche soziale Gruppe“

15. In seinem Urteil vom 17. Juli 1961 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass eine Einschränkung von Art. 12 GG, wie der Große Befähigungsnachweis sie darstelle, nur zulässig sei, wenn damit ein wichtiges Gemeinschaftsgut geschützt werde.<sup>2</sup> Als Gemeinschaftsgut genannt wurden die Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks und die Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft. Mit der Qualifizierung dieser Desiderata als "Gemeinschaftsgut" gab das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht einer eigenen Meinung Ausdruck, sondern es referierte die Wertung des Gesetzgebers, über die sich der Richter nur dann hinwegsetzen dürfe, wenn sie sich, am Maßstab des Grundgesetzes gemessen, als "unhaltbar" erweise. Insofern steht es dem Gesetzgeber frei, die vom Bundesverfassungsgericht 1961 akzeptierte Einschränkung von Art. 12 GG aufgrund einer Neubewertung der betroffenen Gemeinschaftsgüter aufzuheben. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat in seinem damaligen Urteil ausgeführt, dass man sich vorstellen könnte, Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks gegebenenfalls auch durch eine wettbewerbliche Ordnung des Marktes zu sichern, doch sei die Gründe des Gesetzgebers für eine andere Regelung "nicht offenbar fehlsam". Allerdings müsse die vom Gesetzgeber vorgesehene Einschränkung von Art. 12 GG im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bleiben. Das erfordere insbesondere, dass von der Möglichkeit der Erteilung von Ausnahmegewilligungen nicht engherzig Gebrauch gemacht werde.
16. Nach Auffassung der Monopolkommission hat sich der Große Befähigungsnachweis als Instrument zum Schutz von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks *nicht* bewährt. Sie betrachtet den Großen Befähigungsnachweis daher als einen unverhältnismäßigen Eingriff in individuelle Freiheitsrechte, der bewirkt massive wirtschaftliche Fehlentwicklungen bewirkt. Letztere zeigen sich in der Höhe der Preise bei zugleich knappem Angebot handwerklicher Leistungen und der damit einhergehenden Expansion der Schattenwirtschaft.
17. In seinen Erwägungen zum Interesse der Gemeinschaft an der Erhaltung und Förderung des Handwerks nennt das Bundesverfassungsgericht 1961 auch das Interesse an der Erhaltung einer möglichst großen Zahl selbständiger Unternehmen als wesentliches Element einer auf den Schutz des Mittelstands bedachten Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik. Auch diesbezüglich hat sich der Große Befähigungsnachweis nicht bewährt. Der Rückgang der Zahl der Handwerksbetriebe von 755000 im Jahre 1955 auf 585000 im Jahre 1970 und 489000 im Jahre 1990 in der alten Bundesrepublik spricht für sich. Das Bundesverfassungsgericht nannte 1961 Betriebsgrößen von durchschnittlich 5,4 Arbeitskräften

pro Unternehmen im Jahre 1956 als Belege für das Überwiegen kleinerer und mittlerer Betriebe im Handwerk. Zu denken gibt, dass die durchschnittliche Zahl der Beschäftigten pro Unternehmen 1995 bei 10,8 lag, d.h. genau doppelt so hoch wie 1955. Das Schrumpfen der Unternehmenszahl ist einhergegangen mit einer Vergrößerung der Betriebsgrößen. Von der Erhaltung einer möglichst großen Zahl selbständiger Unternehmen als Element einer auf den Schutz des Mittelstands bedachten Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik kann insofern nicht die Rede sein. Tatsächlich hat der Große Befähigungsnachweis dazu beigetragen, dass sich die Zahl der selbständigen Unternehmen im Handwerk drastisch reduziert hat - bei entsprechender Vergrößerung der abhängig Beschäftigten pro Unternehmen. Letztere Entwicklung wird auch durch den Rückgang seit 1995 nicht umgekehrt.

18. Die vom Bundesverfassungsgericht 1961 angeordnete großzügige Handhabung von Ausnahmeregelungen ist nicht realisiert worden. Statt dessen hatte das Bundesverfassungsgericht selbst mehrfach Anlass, das Fehlen einer grundrechtsfreundlichen Auslegung der Handwerksordnung und der Gewerbeordnung zu rügen, etwa wenn Entscheidungen dem Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nicht gerecht werden, weil sie "bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Ausstrahlungswirkungen der Berufsfreiheit nicht genügend beachtet haben".<sup>3</sup> Nach Auffassung der Monopolkommission ist dieses Defizit in der Struktur der Handwerksordnung selbst angelegt. Wenn in den entsprechenden Verfahren die Handwerkskammern selbst als fachlich zuständige Organe einbezogen werden, ist eine liberale Handhabung im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung kaum zu erwarten. Schließlich steht eine solche liberale Handhabung dem gemeinsamen Interesse der Mitglieder und dem gesetzlichen Auftrag (gemäß § 91 Abs. 1 HwO) sowie der rechtlichen und tatsächlichen Organisationsstruktur der Kammern (§§ 92 bis 106 HwO) geradewegs entgegen.
19. Das Problem der Illiberalität der Handhabung betrifft auch die Abgrenzung der vom Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises erfassten Tätigkeiten. Die Handwerksordnung selbst nennt nur Berufs-Oberbegriffe. Welche Tätigkeiten diesen Berufs-Oberbegriffen zuzuordnen sind, ist gesetzlich nicht geregelt. Insofern ist jemand, der ohne Meisterbrief selbständig tätig sein will, dem Risiko ausgesetzt, dass er die Abgrenzung zwischen erlaubten und nicht erlaubten Tätigkeiten nicht kennt und allenfalls im Rahmen eines Bußgeldverfahrens, d.h. unter erheblichem Sanktionsrisiko, herausfinden kann. Wie das Bundesverfassungsgericht am 7. April dieses Jahres festgestellt hat, ist letzteres den Betroffenen nicht zuzumuten. Im Hintergrund dieser Auseinandersetzung steht der Umstand, dass Handwerkskammern und von Handwerkskammern beeinflusste Behörden auch im Umgang mit der Abgrenzungsfrage nicht die vom Bundesverfassungsgericht angeordnete Großzügigkeit haben erkennen lassen, vielmehr den Staatsapparat regelmäßig und extensiv eingesetzt haben, um selbständiges Tätigwerden von

2 BVerfGE 13,97.

3 BVerfG, 1 BvR 2176/98 vom 27. September 1998, Nr. 20.

Personen ohne Meisterbrief zu verhindern oder wenigstens zu behindern.

20. Die Einführung des Großen Befähigungsnachweises 1935 gehörte zu einer Reihe von Gesetzen zur Beschränkung des Wettbewerbs als Mittel zur Eindämmung der Folgen der Weltwirtschaftskrise. Aus der Perspektive vieler Unternehmen lag die Crux der Krise darin, dass es bei fehlender Nachfrage zu "ruinösem" Wettbewerb kam, der alle dazu zwang, die Preise zu senken. Diese aus einzelwirtschaftlicher Perspektive durchaus verständliche Sicht entspricht allerdings nicht dem Befund der Wissenschaft. Nach dem heutigen Stand der Wissenschaft ging die Krise auf eine weltweite Nachfrageschwäche zurück, begründet durch restriktive Geldpolitik insbesondere der USA und Frankreichs. Länder, die versuchten, den durch die Nachfrageschwäche begründeten Preisverfall durch Kartellisierung oder durch staatliche Eingriffe aufzuhalten, litten stärker unter der Krise als Länder, die die Preise frei spielen ließen; für Deutschland wird vermutet, dass die schon in den zwanziger Jahren einsetzende Tendenz zur Kartellisierung und staatlichen Regulierung makroökonomische Dimensionen annahm, mit einer gesamtwirtschaftlichen Erhöhung der Margen der Unternehmen und einer Senkung der Wirtschaftstätigkeit und der Beschäftigung. Die marktwirtschaftliche Ordnung der Nachkriegszeit nahm bewusst davon Abstand, die Kartellisierungs- und Regulierungstendenzen der Zwischenkriegszeit fortleben zu lassen. In dieser marktwirtschaftlichen Ordnung ist eine Gesetzesnorm wie die Handwerksordnung ein Fremdkörper. Zeitgemäß war sie 1935. Damals galt es auch nicht, die Verfassungsnorm der freien Berufswahl zu berücksichtigen.

## 2. Kriterium der "Gefahrengeneigtheit" als Zugangsvoraussetzung zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit in die Anlage A der HwO

21. Die Monopolkommission hat sich wiederholt gegen das Kriterium der Gefahrengeneigtheit als Voraussetzung für den Großen Befähigungsnachweis ausgesprochen und statt dessen die gänzliche Abschaffung des Großen Befähigungsnachweises gefordert. Sie begründet ihre Auffassung mit der Überlegung, dass (i) es andere Instrumente gibt, die Gefahrengeneigtheit zu berücksichtigen und (ii) der Große Befähigungsnachweis für diesen speziellen Zweck nicht besonders gut geeignet ist. Die Monopolkommission stellt die Eignung des Großen Befähigungsnachweises zur Kontrolle der Gefahrengeneigtheit aus zwei Gründen in Frage: Zum einen erfasst der Große Befähigungsnachweis nur die Fälle, in denen die Schadenursache in mangelnder Fachkenntnis zu sehen ist, nicht aber die Fälle, in denen der Schaden auf fehlerhafte Ausführung zurückgeht. Zum anderen ist der einmalige Erwerb des Großen Befähigungsnachweises keine Garantie dafür, dass die Betroffenen sich im Laufe ihrer beruflichen Tätigkeit regelmäßig à jour halten, um auch die Gefahren zu erfassen, die sich aus neuen technischen Entwicklungen ergeben. Hierfür wären laufende Kontrollen, etwa in Verbindung mit Fortbildungskursen o.ä. deutlich besser geeignet.

22. Im übrigen kann das Problem der Gefahrengeneigtheit nach Auffassung der Monopolkommission durch die Gewerbeaufsicht, bestehende Haftungsregeln, weiterhin bestehende Sondervorschriften und speziellen Aufsichtsbefugnisse besser unter Kontrolle gebracht werden. Dieser Ansatz hätte darüber hinaus den Vorzug der Gleichbehandlung gefahrengeneigter Aktivitäten in verschiedenen Bereichen. Ansonsten ergäbe sich die Frage, ob das Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises für gefahrengeneigte Aktivitäten im Bau oder bei der KFZ-Reparatur nicht entsprechende Auswirkungen für den Umgang mit denselben Aktivitäten im Eigenbau der Häuslebauer oder Autobastler haben müsste. Ein solcher Ansatz erschiene eindeutig schlechter als ein Ansatz, der versucht, die Gefahren fehlerhafter Arbeiten im Hausbau oder bei der Autoreparatur für alle Tätigkeitsformen gleichermaßen durch Aufsichtsregeln hinsichtlich der Abnahme oder Kontrolle der Arbeitsergebnisse in den Griff zu bekommen.

## 3. Auswirkungen der Handwerksnovelle auf die Ausbildung im Handwerk

23. Vorab ist anzumerken, dass mit der Einführung des Kleinen Befähigungsnachweises Ende des 19. Jahrhunderts festgelegt wurde, dass nur Meisterbetriebe ausbilden durften. Damals hatte das Recht zur Ausbildung für die Betriebe einen Wert. Um dieses Recht zu erlangen, nahmen Handwerksunternehmer den Aufwand der Meisterausbildung auf sich. Entsprechendes ist übrigens auch seit der Liberalisierung in Südtirol zu beobachten, wo die Meisterausbildung absolviert wird u.a., um mehr Personen ausbilden zu dürfen.
24. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass Handwerksunternehmen ein Eigeninteresse an Ausbildungstätigkeit haben. Dieses Eigeninteresse ergibt sich zum einen daraus, dass der Einsatz von Auszubildenden als Arbeitskräften den Unternehmen nützt. Speziell gegen Ende der Ausbildungszeit dürfte der Beitrag der Auszubildenden zum Unternehmensergebnis deutlich über den Kosten liegen. Hinzu kommt der Umstand, dass der ausbildende Betrieb aufgrund seiner Kenntnis der Personen erhebliche Vorteile hat, wenn es darum geht, zu entscheiden, wen man nach der Gesellenprüfung behält und wen man nicht mehr weiter beschäftigt. Insofern stellt der Fortfall des Großen Befähigungsnachweises keine substantielle Bedrohung der Ausbildungsleistung des Handwerks dar.
25. Allerdings ist die Ausbildungsleistung des Handwerks heute teilweise politisch bestimmt. Wenn die Organisationen des Handwerks im Wechselspiel mit der Politik ein Tauschgeschäft Marktzutrittsbeschränkung gegen Ausbildungsleistung vereinbaren, so ist zu vermuten, dass Handwerksmeister aufgrund von verbandsinternen Übereinkünften auch Ausbildungsleistungen erbringen, die über das hinausgehen, was sie aus Eigeninteresse ohnehin für angemessen halten. Insofern ist nicht auszuschließen, ein Fortfall des genannten Tauschgeschäfts zunächst zu einem Rückgang der Ausbildungsleistungen des Handwerks führt.

26. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Ausbildungsleistungen maßgeblich auch von der Vitalität des Handwerks bestimmt werden. Die bereits mehrfach angesprochene negative Entwicklung hat auch die Ausbildungsleistungen erfasst. Sprach das Bundesverfassungsgericht 1961 noch davon, dass das Handwerk etwa zwei Drittel des Nachwuchses der gesamten gewerblichen Wirtschaft ausbildet, so stellte das Handwerk 2002 nur noch 31 % aller Ausbildungsverhältnisse zur Verfügung, mit Abbrecherquoten von 30 % (gegenüber 20 % in der Industrie und 26 % in den freien Berufen). Relativ zur wirtschaftlichen Bedeutung ist diese Ausbildungsleistung immer noch überproportional hoch. Jedoch ist auch sie in erheblichem Maße zurückgegangen. Insofern hier auch der durch die Marktzutrittsbarrieren im Handwerk mit verursachten Rückgang der Handwerksunternehmen eine Rolle spielt, hat sich der Große Befähigungsnachweis letztlich nicht positiv, sondern negativ auf die Ausbildungsleistung des Handwerks ausgewirkt.
27. Bei der Beurteilung der Ausbildungsleistung des Handwerks ist auch zu berücksichtigen, was aus den Gesellen wird, die nicht im Handwerk selbst bleiben. Im Hinblick auf tatsächliche oder zu befürchtende Lücken im Angebot an Ausbildungsplätzen wirkt die überproportionale Ausbildungsleistung des Handwerks beruhigend. Im Hinblick auf die weiteren beruflichen Chancen der Betroffenen besteht jedoch Grund zur Unruhe. Wenn nur die Hälfte der im Handwerk Ausgebildeten im Handwerk selbst unterkommt, so ist zu fragen, wie es der anderen Hälfte im Arbeitsmarkt ergeht. Insofern hier auch mit Phasen der Arbeitslosigkeit oder der Dequalifizierung zu rechnen ist, kann die ungleiche Verteilung von Ausbildungsleistungen in Handwerk und Industrie auch Probleme mit sich bringen.
28. Grundsätzlich ist es problematisch, wenn die Ausbildungsangebote in einem Land mehr von bestehenden Regulierungen und Wettbewerbsbehinderungen bestimmt werden als von den Zukunftsaussichten der verschiedenen Berufe. Für die wirtschaftliche Entwicklung des Landes, aber auch für die beruflichen Chancen der Betroffenen, kommt es darauf an, dass sie Fähigkeiten und Fertigkeiten erlernen, die im weiteren Verlauf der Wirtschaftsentwicklung auch nachgefragt werden, sei es, dass eine Nachfrage schon besteht, sei es, dass sie sich noch entwickelt. Die Fähigkeiten und Fertigkeiten, die im weiteren Verlauf der Wirtschaftsentwicklung auch nachgefragt werden, sind aber nicht unbedingt diejenigen, die von den Mitgliedern eines korporatistisch operierenden Verbandes vermittelt werden. Insofern birgt das Tauschgeschäft Marktzutrittsbeschränkung gegen Ausbildungsleistung erhebliche Gefahren der Fehllenkung - zu Lasten der Auszubildenden und zu Lasten der Gesamtwirtschaft.
29. Die Abschaffung des Großen Befähigungsnachweises bei Beibehaltung des Kleinen Befähigungsnachweises böte die Chance, die Meisterausbildung auf die Bedürfnisse der Gesellenausbildung zu fokussieren. Dies käme der Qualität der Gesellenausbildung zugute.
- 4. Die deutsche Handwerksordnung im europäischen Vergleich und ihre Reformnotwendigkeit aufgrund europäischer Vorgaben**
30. Mit Ausnahme von Luxemburg regelt kein anderes Land der Europäischen Union die selbständige Berufstätigkeit im Handwerk so restriktiv wie Deutschland. In ihren Gutachten 1998 und 2001 hat die Monopolkommission die in verschiedenen Ländern geltenden Regelungen ausführlich dokumentiert. In vielen Mitgliedstaaten der EU besteht völlige Gewerbefreiheit, in einigen gibt es für bestimmte Bereiche besondere Zulassungsregeln, die allerdings zumeist mehr der deutschen Gesellenprüfung als der Meisterprüfung entsprechen. Die besonderen Zulassungsregeln betreffen überwiegend Handwerke mit bestimmten Gefahrenaspekten.
31. Aufgrund europäischer Richtlinien sind Angehörige von Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums zur selbständigen Handwerksausübung in Deutschland auch ohne Großen Befähigungsnachweis zuzulassen, wenn schon in einem anderen EWR-Mitgliedstaat im Handwerk tätig waren und diese Tätigkeit bestimmte Bedingungen erfüllt. Genannt wird insbesondere um den Nachweis einer sechsjährigen Tätigkeit als Selbständiger oder Unternehmensleiter. Das Zeiterfordernis kann verringert werden, wenn statt dessen eine mehrjährige Ausbildung oder eine mehrjährige unselbständige Tätigkeit nachgewiesen wird. Insofern als Inländern, die diese Bedingungen erfüllen, der Zugang zur selbständigen Tätigkeit im Handwerk verwehrt wird, bewirkt der rechtliche Status Quo einer Diskriminierung der Inländer gegenüber Personen, die zwischenzeitlich während einigen Jahren als selbständige Handwerker in einem Land tätig waren, in dem der Große Befähigungsnachweis nicht erforderlich ist. Das Österreichische Verfassungsgericht hat diesen Diskriminierungsbefund zum Anlass genommen, das Erfordernis des Meisterbriefs als Voraussetzung der selbständigen Tätigkeit im Handwerk in Österreich für verfassungswidrig zu erklären.
32. Das Problem der Inländerdiskriminierung hat sich durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 3. Oktober 2000 noch verschärft.<sup>4</sup> Danach kann ein in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässiges Handwerksunternehmen auch ohne Eintragung in die deutsche Handwerksrolle in Deutschland zumindest gelegentlich handwerkliche Tätigkeiten ausüben. Das Gericht wandte sich insbesondere gegen die Dauer und die Kosten des zur Erlangung der Erlaubnis zur Ausübung handwerklicher Tätigkeiten entsprechend § 9 HwO vorgesehenen Verwaltungsverfahrens und der Eintragung in die Handwerksrolle. Verfahrensdauer und -kosten seien geeignet, im Ausland ansässigen Unternehmen von der wirtschaftlichen Tätigkeit in Deutschland abzuhalten und seien insofern als unzulässiges Hemmnis des freien Dienstleistungsverkehrs zu betrachten.
33. Mit dem skizzierten Urteil des EuGH erstreckt sich das Problem der Inländerdiskriminierung nicht mehr nur auf den Vergleich des Inländers mit der Person, die nach mehreren Jahren in einem anderen Mit-

4 Rs.C-58/98-Josef Corsten, EuZW 2000, 763, Anm. Früh.

gliedstaat der EU eine selbständige Handwerkstätigkeit in Deutschland aufnehmen will; jetzt geht es auch um den Vergleich mit einer Person, die aus einem anderen Mitgliedstaat der EU heraus grenzüberschreitend in Deutschland tätig werden will. Dass das Urteil des EuGH nur einen Fall gelegentlicher handwerklicher Tätigkeit in Deutschland betrifft, ist dabei kaum von Belang. Nach der Logik der Urteilsbegründung ist ein ähnliches Urteil zu erwarten, wenn einmal der Fall eines Unternehmens ansteht, das von den Niederlanden oder Polen aus regelmäßig handwerkliche Tätigkeiten in Deutschland durchführt.

34. In diesem Zusammenhang ist die Osterweiterung der EU von großer Bedeutung. In Anbetracht der geringen Entfernung zwischen der polnische Grenze und dem Großraum Berlin ist zu erwarten, dass nach der Osterweiterung in Polen ansässige Handwerksbetriebe in großem Umfang im Großraum Berlin tätig werden wollen. Für die in Berlin und Umgebung tätigen Gesellen, die sich unter der derzeit geltenden Handwerksordnung nicht selbständig machen können, nimmt die Inländerdiskriminierung dann dramatische Züge an. Um dem vorzubeugen, ist eine Anpassung der Handwerksordnung dringend erforderlich.