

Marinus Pöhlmann

Handwerk im Wettbewerb

Handwerksunternehmen im EU-Beihilfenrecht
und im Recht der öffentlichen Unternehmen



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 9

Marinus Pöhlmann

Handwerk im Wettbewerb

Handwerksunternehmen im EU-Beihilfenrecht
und im Recht der öffentlichen Unternehmen



Nomos

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Klimaschutz

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.

1. Auflage 2023

© Marinus Pöhlmann

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

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0595-6

ISBN (ePDF): 978-3-7489-3896-5

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748938965>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Ende März 2022. Gleiches gilt für den Stand der Gesetzestexte.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Professor Dr. Martin Burgi, der meine juristische Ausbildung seit dem zweiten Semester begleitet und maßgeblich geprägt hat. Von meiner Einstellung als erste wissenschaftliche Hilfskraft an seinem Lehrstuhl in München bis zum Abschluss des Promotionsverfahrens war er fast genau zehn Jahre Ratgeber und Ansprechpartner nicht nur in akademischen Fragen. Er hat das Thema der Arbeit angeregt und mein Dissertationsprojekt mit hilfreichen Hinweisen und konstruktiver Kritik bereichert.

Diese Arbeit ist zu einem großen Teil während meiner Tätigkeit am Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften in München entstanden, dessen interdisziplinäre Ausrichtung meine Arbeit bereichert hat. Gleiches gilt für den regen Austausch mit meinen Kolleginnen und Kollegen, insbesondere Dr. Sophie Sallaberger, Maximilian Bühner und Patrick Kosney, denen ich an dieser Stelle danken möchte. Mein Dank gilt auch dem Geschäftsführer des Instituts, Dr. Markus Glasl. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe danke ich den Herausgebern Professor Dr. Martin Burgi und Professor Dr. Gunther Friedl von der Technischen Universität München. Professor Dr. Thomas Ackermann danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Schließlich möchte ich mich von Herzen bei meinen Eltern, Stephanie und Andreas, bedanken. Sie haben mich zu jeder Zeit tatkräftig unterstützt und meine akademische Ausbildung überhaupt erst ermöglicht. Ein besonderer und inniger Dank gilt auch Jessica Behnke. Ohne sie hätte ich die vorliegende Arbeit während des Referendariats nicht in dieser Form abschließen können. Sie hat mich motiviert und inspiriert.

Berlin, Dezember 2022

Marinus Pöhlmann

Inhaltsverzeichnis

Gang der Untersuchung und Ziele der Arbeit	15
Teil 1: Handwerksunternehmen und ihre spezifische rechtliche Erfassung durch die Handwerksordnung	21
A. Einordnung als Handwerksunternehmen	23
I. Handwerksbetrieb	25
1. Zulassungspflichtiges Handwerk	25
a. Gewerbebetrieb	26
b. Handwerksmäßigkeit	28
c. Handwerksfähigkeit	32
d. Zulassungspflicht	36
2. Zulassungsfreies Handwerk	39
II. Handwerksähnliches Gewerbe	40
III. Minderhandwerk	40
IV. Neben- und Hilfsbetriebe	40
B. Rechtsregime des Handwerks	42
I. Meisterpflicht	43
II. Meisterpräsenz	46
III. Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer	48
1. Pflichtmitgliedschaft	49
2. Finanzierung der Handwerkskammern über den Pflichtbeitrag	53
C. Ausgewählte Tätigkeitsfelder	59
I. Beratungsleistungen der Handwerkskammern	59
1. Beratung durch die Handwerkskammern bzw. Handwerksorganisationen	59
2. Gegenwärtige Praxis der Finanzierung der Beratungsleistungen	65
II. Ausbildung im Handwerk	69
1. Anforderungen an die Ausbildungsstätte und den Ausbilder	70
2. Inhalt der Ausbildung	71

3. Überbetriebliche Lehrlingsunterweisung	72
4. Überwachung der Ausbildung	73
III. Prüfungswesen im Handwerk	74
1. Gesellenprüfung	74
2. Meisterprüfung	75
3. Kosten und Nutzen der Meisterprüfung	75
IV. Innovationskraft des Handwerks	77
V. Handwerk als Motor von Umweltschutz, Energiewende und Nachhaltigkeit	79
VI. Handwerk als Bewahrer kulturellen Erbes	83
1. Handwerksunternehmen als Bewahrer kulturellen Erbes	84
2. Handwerk selbst als kulturelles Erbe	85
D. Zusammenfassung	88
Teil 2: Grundlagen und Maßstäbe	91
A. Das europäische Beihilfenrecht und das Recht der öffentlichen Unternehmen als Bereiche des Öffentlichen Wettbewerbsrechts	91
I. Begriff des Öffentlichen Wettbewerbsrechts	92
II. Kategorien wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit	95
III. Auswirkungen wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit auf Handwerksunternehmen	99
1. Abstrakte Bestimmung von Wettbewerbsverhältnissen	102
2. Konkrete Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen	103
IV. Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge	105
B. Potenzielle Regelungstendenzen	107
I. Handwerksfreundlichkeit	107
II. Handwerksgerechtigkeit	108
III. Handwerksbenachteiligung	108
Teil 3: Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Mittel	109
A. Verfassungsrechtlicher und EU-Beihilfenrechtlicher Rechtsrahmen	111
I. Rechtsrahmen des Grundgesetzes	112

II. Rechtsrahmen des EU-Beihilfenrechts	119
1. Primärrecht	119
2. Verordnungen, Leitlinien und EU-Rahmen	120
a. Die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung	123
b. De-minimis-Verordnung	125
c. Grundsätzliches zur Anpassung von AGVO und De-minimis-Verordnung	127
B. Förderung des Handwerks als Ganzes	128
I. Die Förderung der Beratungsleistungen der Handwerkskammern für Handwerksunternehmen als Beispielsfall	129
1. Zu unterscheidende Arten der Beratung	129
2. Bisherige beihilfenrechtliche Einordnung der bestehenden Förderprogramme	131
3. Beitragsfinanzierte Beratungsleistungen	136
II. Der Tatbestand des Beihilfeverbots des Art. 107 Abs. 1 AEUV	137
1. Begünstigung	137
2. Unternehmen und Produktionszweig	140
3. Selektivität	141
a. Territoriale Selektivität	142
b. Materielle Selektivität	143
aa. Allgemeine Beratung durch die Handwerkskammern	144
bb. Gründungsberatung	152
cc. Beratung von Unternehmen in der Krise	154
4. Zwischenergebnis	155
III. Einordnung dieses Ergebnisses	155
C. Förderung einzelner Gruppen von Handwerksunternehmen	159
I. Weitere Fördermöglichkeiten der Beratungsleistungen der Handwerkskammern für Handwerksunternehmen	160
1. Bestehende Fördermöglichkeiten auf Grundlage der AGVO und von Leitlinien	160
a. Förderung von KMU für die Inanspruchnahme von Beratungsleistungen auf Grundlage des Art. 18 AGVO	160

b.	Förderung der Gründungsberatung auf Grundlage des Art. 22 und 28 AGVO	165
c.	Förderung von Beratungsleistungen für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben auf Grundlage des Art. 25 AGVO	168
d.	Förderung von Beratungsleistungen als Innovationstätigkeiten auf Grundlage des Art. 28 AGVO	170
e.	Förderung auf Grundlage der Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten	172
f.	Zwischenergebnis	179
2.	Rechtspolitische Vorschläge	180
a.	Änderung des Art. 18 AGVO	181
b.	Anpassung der De-minimis-Verordnung	182
c.	Bagatellgrenze	183
II.	Ausbildung im Handwerk	184
1.	Förderung der Überbetrieblichen Lehrlingsunterweisung	184
2.	Das sogenannte Meister-BAföG	187
3.	Weitere Förderungsmöglichkeiten auf Grundlage des Art. 31 AGVO	188
III.	Handwerksunternehmen als innovative Unternehmen	192
1.	Innovationsbeihilfen auf Grundlage des Art. 28 AGVO	193
a.	Anpassung der AGVO	195
b.	Anforderungen an ein nationales Förderprogramm	195
2.	Beihilfen für Prozess- und Organisationsinnovationen auf Grundlage des Art. 29 AGVO	197
IV.	Handwerksunternehmen und Umweltschutzbeihilfen	199
1.	Umweltschutzbeihilfen auf Grundlage der AGVO	200
a.	Verbesserung der Auftragslage für bestimmte Gewerke	200
b.	Förderung von Umweltstudien	206
2.	Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022	208
a.	Verbesserung der Auftragslage für bestimmte Gewerke	208
b.	Anwendbarkeit der Leitlinien auf Handwerksunternehmen als Begünstigte	209

V. Handwerk als Kultur und Bewahrer kulturellen Erbes	211
D. Gesamtergebnis der Untersuchung von Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Mittel	215
Teil 4: Handwerksunternehmen im Wettbewerb mit öffentlichen Unternehmen um Kunden	217
A. Begriff und Bedeutung öffentlicher, insbesondere kommunaler Unternehmen	217
B. Der Rechtsrahmen für kommunale Unternehmen	223
C. Kommunale Unternehmen als Handwerksunternehmen im Sinne der HwO	226
I. Übertragung des Gewinnerzielungsmaßstabs der Gewerbeordnung	228
II. Eigenständiger Gewinnerzielungsmaßstab im Handwerksrecht wegen einer am Zweck des Gesetzes ausgerichteten Auslegung des Gewerbebegriffs	230
III. Zwischenergebnis	232
D. Kommunale Unternehmen als Wettbewerber von Handwerksunternehmen	234
I. Materielle Schranken kommunaler Unternehmertätigkeit	234
1. Allgemeine Voraussetzung: Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung oder Betätigung	235
a. Die Tatbestandsmerkmale „Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung“	235
aa. Begriffsbestimmung	235
bb. Auslegung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung unter Berücksichtigung handwerksrechtlicher Grundsätze	236
b. Der Begriff der „Betätigung“	244
2. Schrankentrias	246
a. Öffentlicher Zweck	247
aa. Verbundene Tätigkeiten	248
bb. Vorausblick auf die Bedeutung formeller Schranken	257
b. Leistungsfähigkeit der Gemeinde	258
c. Subsidiaritätsklausel	258

3. Besondere Voraussetzungen bei energiewirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden	262
4. Zwischenergebnis	267
II. Formelle Schranken kommunaler Unternehmertätigkeit	270
1. Drei Gruppen von Bundesländern	272
a. Thüringen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein- Westfalen, Hessen, Brandenburg und das Saarland	272
b. Baden-Württemberg und Sachsen	278
c. Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt, Rheinland- Pfalz, Niedersachsen und Bayern	279
2. Übertragbarkeit einer formalen Ausgestaltung auch auf die Bundesländer der zweiten und dritten Gruppe	279
3. Bedeutung einer formalen Marktuntersuchung für das Handwerk	282
a. Sichtbarkeit des Handwerks	282
b. Prüfungsumfang und -maßstab der Aufsichtsbehörden	285
c. Verhältnis zwischen Entscheidungsgremium und Gemeindeverwaltung	287
aa. Problematische Informationsasymmetrie zwischen Gemeinderat und Gemeindeverwaltung	287
bb. Informationsrechte des Gemeinderats	290
4. Zwischenergebnis	293
III. Anforderungen an eine statthafte kommunale Unternehmertätigkeit mit Auswirkungen auf den Wettbewerb mit Handwerksunternehmen	294
1. Schutz vor wesentlichen Schädigungen und Aufsaugung	295
2. Bedeutung der Anwendbarkeit der HwO auf öffentliche Unternehmen	296
3. Zwischenergebnis	297
E. Gesamtergebnis der Untersuchung von Handwerksunternehmen im Wettbewerb mit öffentlichen Unternehmen um Kunden	297
Zusammenfassung der Ergebnisse	299
Literaturverzeichnis	309

Gang der Untersuchung und Ziele der Arbeit

Das Handwerk hat in Deutschland große wirtschaftliche Bedeutung und ist unverzichtbar, um eine Vielzahl von Herausforderungen der Gegenwart und Zukunft zu meistern. Es ist in den Worten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK)¹ „Motor für Wachstum und Wohlstand“², mit fast einer Million Betrieben und 5,6 Millionen Beschäftigten ein wesentlicher Teil des deutschen Mittelstandes und erwirtschaftet dabei einen Umsatz von etwa 650 Milliarden Euro.³ Gleichzeitig ist das Handwerk mit dem Handwerksrecht einem Rechtsregime unterworfen, das eine Reihe von Spezifika kennt, die so in keinem anderen Bereich des Öffentlichen Wirtschaftsrechts wiederzufinden sind. Der erste Teil der vorliegenden Arbeit dient dann auch dazu, diese rechtlichen Spezifika und ausgewählte besonders relevante Tätigkeitsfelder des Handwerks herauszuarbeiten. Diese sind Bezugspunkte und Beispiele für die weitere Untersuchung. Dabei geht es nicht um eine vollständige Darstellung aller rechtlichen Besonderheiten der Handwerksordnung (HwO), sondern vielmehr darum, diejenigen Spezifika darzustellen, die das Handwerksrecht und damit das Handwerk maßgeblich prägen. Sie sind es auch, an die die untersuchten Teilbereiche des Öffentlichen Wettbewerbsrechts (das EU-Beihilfenrecht und das Recht der öffentlichen Unternehmen) Rechtsfolgen knüpfen bzw. die dort in besonderer Weise Berücksichtigung finden. Schon der Anwendungsbereich der HwO unterscheidet sich von anderen Bereichen des Gewerberechts; nicht nur hinsichtlich der Komplexität der Bestimmung eines Handwerksunternehmens und der zahlreichen damit verbundenen Abgrenzungsfragen, sondern auch durch eine klare Fixierung von Berufsbildern, den handwerklichen Gewerken. Innerhalb des Handwerksrechts ist zunächst die immer wieder kontrovers diskutierte Meisterpflicht als Voraussetzung des Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks zu nen-

-
- 1 Bis 08.12.2022: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi).
 - 2 Vgl. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Textsammlungen/Mittelstand/handwerk.html> (abgerufen am 04.02.2022).
 - 3 Vgl. dazu Angaben des ZDH, <https://www.zdh.de/daten-und-fakten/das-handwerk/> und <https://www.zdh.de/daten-und-fakten/kennzahlen-des-handwerks/> (beide abgerufen am 04.02.2022); ebenso das BMWK, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Textsammlungen/Mittelstand/handwerk.html> (abgerufen am 04.02.2022).

nen. Sie ist – zumindest dem Leitbild der HwO folgend – Voraussetzung der Eintragung in die Handwerksrolle als besondere Form der gewerblichen Erlaubnis. Eng damit verbunden sind die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Präsenz des Meisters im Handwerksbetrieb. Mit der Pflichtmitgliedschaft der Handwerksunternehmen in der Handwerkskammer als Einrichtung der mittelbaren Staatsverwaltung und Selbstverwaltungseinheit hängen Pflichten (etwa die Beitragspflicht), aber auch Rechte bzw. Privilegien (insbesondere die Beratung durch die Handwerkskammern) zusammen. Zuletzt findet sich eine Reihe von Vorschriften über die Ausbildung im Handwerk, die sich als für die Untersuchung bedeutsam herausstellen werden.

In einer Reihe von Tätigkeitsfeldern hat das Handwerk große Bedeutung für Herausforderungen der Gegenwart und Zukunft, es leistet über seine eigenen „Zunftgrenzen“ hinweg einen wichtigen Beitrag für die Gesamtwirtschaft. Nach Angaben des Zentralverbands des Deutschen Handwerks (ZDH) befinden sich aktuell ca. 363.000 Lehrlinge in einer handwerklichen Ausbildung, wobei ein großer Teil auch außerhalb des Handwerks, insbesondere in der Industrie, Aufnahme in den Arbeitsmarkt finden wird.⁴ Das Handwerk wird deshalb auch als Ausbilder der Nation bezeichnet.⁵ Bei der Herausforderung, auch zukünftig ausreichend Fachkräfte für den Bedarf der deutschen Wirtschaft bereitzustellen, kommt es wesentlich auf das Handwerk an. Gleiches gilt für die Herausforderungen des Umweltschutzes, der Energiewende und das Streben nach mehr Nachhaltigkeit. Das Gelingen vieler ambitionierter Projekte⁶ in diesen Bereichen hängt maßgeblich von Handwerksunternehmen ab, die qualifiziert und fähig sind, die tatsächliche Umsetzung zu leisten. Das gilt mit Blick auf die Energieeffizienz von Gebäuden sowie den Ausbau der Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge ebenso wie für Anstrengungen, die Lebensdauer von Produkten durch vermehrte Reparaturen zu verlängern. Daneben ist das Handwerk im kulturellen Bereich unverzichtbar. Das gilt sowohl für die Erhaltung kulturellen Erbes als auch für das Handwerk selbst als Kulturgut. So sind nach Angaben des BMWK allein im Kulturbereich 800.000 Hand-

4 Vgl. dazu die Angaben des ZDH, <https://www.zdh.de/daten-und-fakten/kennzahlen-des-handwerks/> (abgerufen am 06.02.2022).

5 So das BMWK, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Textsammlungen/Mittelstand/handwerk.html> (abgerufen am 04.02.2022).

6 Vgl. dazu insbesondere den Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung aus SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP „Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“.

werker in 70.000 Betrieben beschäftigt.⁷ Insgesamt erbringt das Handwerk Dienstleistungen für Verbraucher, die Industrie und die öffentliche Hand gleichermaßen, die Leistungen sind dabei von individueller Fertigung, besonderer Orientierung an Kundenwünschen und stetiger Anpassung sowie Verbesserung geprägt. Neben anderen Faktoren ist dies Grund für die besondere Innovationskraft des Handwerks.

Zwar hat bereits der Abgeordnete *Dirscherl* in der ersten Lesung zur Einführung der HwO betont, dass „[das] deutsche Handwerk [...] erfreulicherweise immer auf dem Boden der Selbsthilfe gestanden“⁸ hat, in vielen der genannten Tätigkeitsbereiche steht aber nicht nur das Handwerk vor großen Herausforderungen. Nicht zuletzt deshalb ist die Förderbereitschaft in diesen besonderen Tätigkeitsbereichen in den letzten Jahren stetig gestiegen und auch die neue Bundesregierung hat sich in einer Vielzahl von für das Handwerk relevanten Bereichen eine erstmalige oder den Ausbau bestehender Förderung vorgenommen.⁹ Auch auf europäischer Ebene zeigen Programme wie der „Europäische Grüne Deal“¹⁰, dass in den kommenden Jahren eine vermehrte Förderung gerade in umwelt- und klimarelevanten Bereichen geplant ist, von denen das Handwerk profitieren kann.

Handwerksunternehmen sehen sich dabei einem – jedenfalls in der Häufigkeit der Wettbewerbssituationen – zunehmenden Wettbewerb um öffentliche Mittel ausgesetzt. Gleichzeitig kommt es gerade in Bereichen, die im Zusammenhang mit energiewirtschaftlichen Tätigkeiten stehen, zu einer vermehrten Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen, zumeist kommunale Energieversorger. Hier entsteht und verstärkt sich ein Wettbe-

7 Vgl. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Textsammlungen/Mittelstand/handwerk.html> (abgerufen am 04.02.2022); der ZDH gibt die Zahl der Betriebe sogar mit 170.000 an, vgl. <https://www.zdh.de/ueber-uns/fachbereich-gewerbefoerderung/kultur-und-handwerk/> (abgerufen am 08.03.2022).

8 Vgl. BT-Drs. 1/3497.

9 Der 28. Subventionsbericht der Bundesregierung zeigt einen erheblichen Anstieg allein der Bundesförderung von 24,6 Mrd. Euro im Jahr 2019 auf 47,2 Mrd. Euro im Jahr 2022, vgl. die Übersicht auf S. 1, vgl. *Bundesministerium der Finanzen*, 28. Subventionsbericht des Bundes, 2019–2022, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/28-subventionsbericht.html (abgerufen am 29.01.2022). Zu den Vorhaben der neuen Bundesregierung vgl. den Koalitionsvertrag, besonders für das Handwerk relevante Fördervorhaben finden sich etwa auf S. 5, 20, 28 (ausdrücklich zugunsten des Handwerks), 30, 41, 48, 51, 52, 56, 64, 88, 90 f.

10 Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, der europäische Grüne Deal v. 11.12.2019, KOM(2019)640 endg.

werb um Kunden. Mit der großen wirtschaftlichen Bedeutung des Handwerks und einer zunehmenden Förderung vonseiten des Staates geht auch eine gesteigerte Bedeutung dieser Wettbewerbsverhältnisse einher. Ihre Ausgestaltung und ihre Rahmenbedingungen haben Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg des Handwerks selbst, ebenso wie auf eine Reihe von anderen Wirtschaftszweigen und damit auch auf das Gelingen der beschriebenen Zukunftsherausforderungen. Nicht zuletzt hat die Ausgestaltung aber auch Einfluss auf die Versorgung der Verbraucher mit Handwerksleistungen. Die Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen – ihr Wettbewerb um öffentliche Mittel sowie um Kunden – werden einerseits durch das spezifische Rechtsregime der HwO, andererseits durch Rechtsrahmen geprägt, die sich nicht in erster Linie (nur) an Handwerksunternehmen richten. Die relevanten Wettbewerbsverhältnisse werden in Teil 2 der Arbeit sowohl abstrakt als auch konkret beschrieben und eingeordnet. Sie dienen als Rahmen für die Frage, wie die untersuchten Rechtsgebiete Einfluss auf den Wettbewerb von Handwerksunternehmen haben und wie die rechtlichen Spezifika und besonderen Tätigkeitsfelder des Handwerks in diesen Berücksichtigung finden. Teil 2 der Arbeit schafft die Grundlagen und Maßstäbe der konkreten Untersuchung des dritten Teils und fungiert als Allgemeiner Teil. Er dient auch dazu, die untersuchten Rechtsgebiete des Öffentlichen Wettbewerbsrechts in das Gefüge des Öffentlichen Rechts einzuordnen. Anhand des Vergaberechts lässt sich zeigen, dass noch weitere Rechtsgebiete Einfluss auf den wettbewerblichen Erfolg des Handwerks haben, und dass die in Teil 2 der Arbeit geschaffenen Grundlagen der Untersuchung weiterer Rechtsgebiete dienen können.

Der dritte Teil der Arbeit befasst sich mit den konkreten Auswirkungen der rechtlichen Erfassung von Handwerksunternehmen im EU-Beihilfenrecht und im Recht der öffentlichen Unternehmen und den sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen. Im Aufeinandertreffen der verschiedenen Regelungsbereiche, dem an das wettbewerbliche Verhalten des Staates anknüpfenden EU-Beihilfenrecht und Recht der öffentlichen Unternehmen einerseits und dem klassisch ordnungs- und gewerberechtlich geprägten Handwerksrecht andererseits, soll Klarheit über den Einfluss auf den Wettbewerb und damit einhergehend den Rahmen für wirtschaftlichen Erfolg von Handwerksunternehmen geschaffen werden. Die Untersuchung dient auch der Systematisierung dieses Einflusses, um zukünftige Entwicklungen, insbesondere in dem sehr dynamischen EU-Beihilfenrecht, rechts- und handwerkspolitisch begleiten zu können. Zunächst wird dabei der bestehende Rechtsrahmen

des EU-Beihilfenrechts sowie des Rechts der öffentlichen Unternehmen daraufhin untersucht, wie Handwerksunternehmen anknüpfend an die Spezifika des Handwerksrechts und die besonderen Tätigkeitsbereiche des Handwerks schon jetzt erfasst werden. In Abhängigkeit von den daraus gewonnenen Erkenntnissen werden rechtspolitische Vorschläge unterbreitet bzw. schon bestehende rechtspolitische Vorschläge untersucht und an höherrangigem Recht gemessen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einordnung als Handwerksunternehmen

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

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

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

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

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

25 Vgl. *Leisner*, GewA 1997, 393.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Handwerksbetrieb

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

1. Zulassungspflichtiges Handwerk

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

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

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

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

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

36 Günther, GewA 2012, 16 (17).

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

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

a. Gewerbebetrieb

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

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

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

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

40 Vgl. unten Teil 4 C.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Handwerksmäßigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

60 Vgl. *Günther*, GewA 2012, 16 (16).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c. Handwerksfähigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

104 Vgl. *VGH Mannheim GewA* 2006, 126.

105 Vgl. *BVerwGE* 25, 66.

106 Vgl. *BVerwG GewA* 1964, 108.

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

108 *Beschl. v. 13.08.2003 – 11 K 656/03, BeckRS* 2003, 24171.

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

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

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

d. Zulassungspflicht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Zulassungsfreies Handwerk

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Handwerksähnliches Gewerbe

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

III. Minderhandwerk

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

IV. Neben- und Hilfsbetriebe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Rechtsregime des Handwerks

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

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

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

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

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

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

I. Meisterpflicht

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

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

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

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

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

152 BGBl. I S. 142.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Meisterpräsenz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

174 Vgl. BVerwG GewA 1994, 172.

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

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

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

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

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

III. Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer

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

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

179 Auch wenn bei nahe beieinanderliegenden Betriebsstätten Ausnahmen gemacht wurden, vgl. BVerwG Urt. v. 22.11.1994 – 1 C 22/93 Rn. 24 –, juris; im Gesundheitshandwerk, wo im Fall die Betriebe nur 500 Meter entfernt lagen, vgl. Schl.-Holst. VG GewA 2000, 426; Karsten, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 7 Rn. 45.

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

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

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

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

1. Pflichtmitgliedschaft

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

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

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

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

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

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

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

186 BVerfGE 25, 235.

187 BVerfG NVwZ 2002, 335.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Finanzierung der Handwerkskammern über den Pflichtbeitrag

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

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

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

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

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

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

204 NJW 2017, 2744.

205 Dazu oben Teil 1 B. III. 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

der gesamten Kammertätigkeit im Rahmen der gesetzlichen Grenzen dient.²²²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

237 Hervorhebungen durch den Autor.

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

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

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

C. Ausgewählte Tätigkeitsfelder

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

I. Beratungsleistungen der Handwerkskammern

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

1. Beratung durch die Handwerkskammern bzw. Handwerksorganisationen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

266 Dazu anschaulich BVerwG 5, 74.

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

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

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

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

2. Gegenwärtige Praxis der Finanzierung der Beratungsleistungen

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

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

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

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

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

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

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

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

275 Vom 10.01.2017, BAnz AT 16.01.2017 Bl.

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

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

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

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

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

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

278 Vom 28.04.2019, ThürStAnz 2019, 931.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

282 BayMBl. Nr. 129.

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

II. Ausbildung im Handwerk

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

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

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

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

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

285 HwO, 4. Aufl. § 45 Rn. 1.

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

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

1. Anforderungen an die Ausbildungsstätte und den Ausbilder

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Inhalt der Ausbildung

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

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

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

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

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

3. Überbetriebliche Lehrlingsunterweisung

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

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

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

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

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

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

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

4. Überwachung der Ausbildung

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

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

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

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

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

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

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

III. Prüfungswesen im Handwerk

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

1. Gesellenprüfung

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

300 In Bayern z. B. in Form der Zuständigkeitsverordnung zur HwO (HwOZustV) vom 14.12.2004 (GVBl. 2005 S. 6, BayRS 7110-1-W).

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

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

2. Meisterprüfung

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

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

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

3. Kosten und Nutzen der Meisterprüfung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Innovationskraft des Handwerks

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Handwerk als Motor von Umweltschutz, Energiewende und Nachhaltigkeit

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

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

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

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

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

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

319 Anlage 1 der HwO, Nr. 25.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Handwerk als Bewahrer kulturellen Erbes

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

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

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

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

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

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

1. Handwerksunternehmen als Bewahrer kulturellen Erbes

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

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

336 Vgl. BT-Drs. 19/14335, S. 2.

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

2. Handwerk selbst als kulturelles Erbe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. Zusammenfassung

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

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

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

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

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

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

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

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

Teil 2: Grundlagen und Maßstäbe

Der zweite Teil dient als Bindeglied und Allgemeiner Teil. Er soll die Verbindung zwischen den eben aufgezeigten Spezifika des Rechtsregimes des Handwerks und den ausgewählten Tätigkeitsfeldern von Handwerksunternehmen auf der einen Seite und den untersuchten Rechtsgebieten des Öffentlichen Wettbewerbsrechts auf der anderen Seite bilden. Er dient dazu, Maßstäbe zu entwickeln, anhand derer die Auswirkungen der Berücksichtigung von handwerksrechtlich erfassten Unternehmen in den gewählten Rechtsgebieten untersucht werden. Dabei geht es noch nicht um konkrete Auswirkungen oder Beispiele, vielmehr soll ein „Allgemeiner Teil“ entwickelt werden, in dem die Auswirkungen abstrakt dargestellt werden (dazu B.). Zunächst geht es aber darum, das EU-Beihilfenrecht und das Recht der öffentlichen Unternehmen im Öffentlichen Wettbewerbsrecht zu verorten und sie den für Handwerksunternehmen relevanten Wettbewerbsverhältnissen zuzuordnen (dazu A.).

A. Das europäische Beihilfenrecht und das Recht der öffentlichen Unternehmen als Bereiche des Öffentlichen Wettbewerbsrechts

Traditionell kennt das Öffentliche Recht Teilrechtsgebiete, die das Wirtschaftsleben ordnen und steuern und in diesem Zusammenhang staatlichen Stellen Aufgaben zuweisen und entsprechende Befugnisse zur Verfügung stellen. Dabei wird regelmäßig das Wirtschaftsverfassungsrecht abgegrenzt, das je nach Einteilung aus den Regelungen des Grundgesetzes und der Landesverfassungen sowie dem europäischen Wirtschaftsverfassungsrecht besteht und dem teilweise sogar das Weltwirtschaftsrecht zugerechnet wird.³⁴⁸ Neben dem Wirtschaftsverfassungsrecht befasst sich das Wirtschaftsverwaltungsrecht oder Öffentliche Wirtschaftsrecht mit den

348 Dann spricht man von Wirtschaftsverfassungsrecht im weiteren Sinne, vgl. nur Kluth, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S.1; zwischen Wirtschaftsvölkerrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht unterscheidend Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 2 und 3.

Spezifika des Verwaltungshandelns mit Bezug auf Ordnung und Steuerung des Wirtschaftslebens, um bestimmte Gemeinwohlziele zu erreichen.³⁴⁹

I. Begriff des Öffentlichen Wettbewerbsrechts

Ein vergleichsweise neues Gebiet, das aber mit zunehmender Häufigkeit als solches anerkannt und ausgewiesen wird, ist das Öffentliche Wettbewerbsrecht.³⁵⁰ Vielfach wird der Begriff des Öffentlichen Wettbewerbsrechts lediglich für Regelungen über öffentliche Unternehmen gebraucht, während das Subventionsrecht bzw. EU-Beihilfenrecht und etwa auch das Vergaberecht auf selber Stufe danebenstehen.³⁵¹ In der vorliegenden Untersuchung dient der Begriff als Überbegriff für die hier untersuchten Rechtsgebiete und Fallkonstellationen.³⁵² Dem liegt der Ansatz zugrunde, dass staatliches Handeln auch außerhalb der staatlichen Unternehmertätigkeit Wettbewerbsbezug hat und den Wettbewerb zwischen privaten Akteuren beeinflussen kann.³⁵³ Die wettbewerbsbezogene Betrachtung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts nimmt dabei sämtliche Bereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts in den Blick und untersucht sie auf ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb. Wettbewerb kann dabei Ziel, aber auch Instrument staatlichen Handelns sein.

Das Öffentliche Wettbewerbsrecht löst sich dabei von der traditionellen Betrachtung nur des Staates und seiner verwaltenden Tätigkeiten mit Bezug auf das Wirtschaftsleben, die das Öffentliche Wirtschaftsrecht kennzeichnet, und nimmt vielmehr die Auswirkungen staatlichen Handelns auf den Wettbewerb privater Wirtschaftssubjekte in den Blick. Es sucht danach, diese rechtlich einzuhegen und einen Rahmen für das wettbewerbsrelevante staatliche Handeln vorzugeben. Hintergrund dieser Einteilung sind

349 Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 1 Rn. 8 ff. und zu den Zielen ausführlich Rn. 15 ff.; *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 1; *Brüning*, in: Schulte/Kloos, Hdb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 1.

350 Vgl. sich insgesamt mit dem öffentlichen Wettbewerbsrecht befassend G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht; speziell zur Stellung des öffentlichen Wettbewerbsrechts im System der Rechtsgebiete darin *Korte*, § 3.

351 So etwa *P. M. Huber*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 247 ff., der allerdings das Vergaberecht zum öffentlichen Wettbewerbsrecht zuordnet; ebenso *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 5 Rn. 12.

352 So auch *G. Kirchhof/Korte/Magen* u. a., in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 4 Rn. 2 f.

353 Vgl. *Schliesky*, JA 1997, 902 (903).

insbesondere unionsrechtliche Entwicklungen.³⁵⁴ Gerade dieser Einfluss hat dazu geführt, dass das Bewusstsein für die staatliche Einflussnahme auf den Wettbewerb stetig gewachsen ist. Auch legitimes staatliches Handeln kann zu Verzerrungen des Wettbewerbs führen, die durch das Öffentliche Wettbewerbsrecht abgefedert werden sollen.³⁵⁵

Das Grundgesetz enthält keine ausdrücklichen Regelungen über eine bestimmte Wirtschaftsordnung, es legt diese nicht abschließend fest und enthält auch keine systematisch zusammengefasste Wirtschaftsverfassung, erkennt aber den Wettbewerb als Ausfluss der Individualgrundrechte an.³⁵⁶ Das bedeutet nicht, dass das Grundgesetz frei von Vorgaben für die Wirtschaft ist bzw. keinen Rahmen für wirtschaftsbezogene Gesetzgebung und Wirtschaftspolitik vorgibt oder gar den Staat zur Neutralität verpflichtet.³⁵⁷ Vielmehr ist das Grundgesetz neutral in seiner Position zur Wirtschaftsordnung, es lässt der Wirtschaftspolitik relativ großen Spielraum bei der Ausgestaltung der Regeln für die Wirtschaft und deren Verfasstheit.³⁵⁸

354 Vgl. G. Kirchhof, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 1 ff.

355 Vgl. Kluth, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 5 Rn. 12.

356 Vgl. zu den Strömungen schon Huber, DÖV 1956, 97; Badura, AöR 92 (1967), 382 (384); Breuer, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, VIII, § 170 Rn. 38; Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 84 f.

357 So auch das BVerfG, das davon spricht, dass staatliche Einwirkungen unvermeidbar und von der Verfassung her unbedenklich sind, vgl. BVerfGE 15, 235 (240); Schmidt, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, IV, § 92 Rn. 20; anders Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 10; ders., DVBl. 1951, 361 (363); ders., Von der reinen Marktwirtschaft zur Gemischten Wirtschaftsverfassung, S. 9 ff.

358 Grundlegend BVerfGE 4, 7 (17 f.) in der Investitionshilfeentscheidung; später mit Verfeinerungen etwa BVerfGE 50, 290, dem Mitbestimmungsurteil; vgl. auch Badura, AöR 92 (1967), 382 mit Beispielen aus der Rechtsprechung des BVerfG in den ersten 20 Bänden der amtlichen Entscheidungssammlungen; ders., Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 20; vgl. aus der Kommentarliteratur nur Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 85; ebenso beispielhaft aus der umfassenden Literatur diese Frage betreffend Scholz, ZHR 1969, 97 (100); Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S. 12 ff., 89 ff.; Rupp, Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“, S. 5 ff.; Papier, in: FS Selmer, S. 459 ff.; Breuer, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, VIII, § 170 Rn. 38; Stern, Der Staat des Grundgesetzes, S. 208. In der Anfangszeit der BRD wurde teilweise die Ansicht vertreten, das Grundgesetz lasse lediglich die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung zu, vgl. Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik; Nipperdey, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, S. 8 ff.; ebenso von einer Wirtschaftsverfassung, aber mit anderer Ausprägung, ausgehend Huber, DÖV 1956, 97; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 65 ff. und auch Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 19 f. Zu der durch die Änderung des

Auf der Ebene des Europarechts ist die wettbewerbliche Ausrichtung deutlich stärker ausgeprägt. Während in Art. 3 Abs. 1 lit. g) EUV a. F. eine Gemeinschaftsaufgabe dahingehend verankert war, „ein System unverfälschten Wettbewerbs zu schaffen“, befindet sich dieses mittlerweile nur noch auf Protokollebene.³⁵⁹ Jedoch ist das neue Unionsziel dahingehend formuliert, dass es um eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ gehe, vgl. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EUV. Hinzu kommt, dass Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft im freien Wettbewerb postuliert. Der Wettbewerb wird auch durch die Wettbewerbsregelungen der Art. 101 ff. AEUV geschützt.³⁶⁰

Die europäische Wirtschaftsverfassung ist geprägt von dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb sowie dem Schutz dieses Wettbewerbs vor Verfälschungen. Wegen des Prinzips vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird auch die mitgliedstaatliche Wirtschaftsverfassung, so auch die an sich neutrale deutsche, insoweit beeinflusst.³⁶¹

Das Öffentliche Wettbewerbsrecht lässt sich also als die Summe der Vorschriften charakterisieren, die den Staat einseitig verpflichten, berechtigen oder organisieren und ihm Verhaltensmaßstäbe für wettbewerbsrelevantes Handeln vorgeben.³⁶² Es befasst sich mit den Fallkonstellationen, in denen der Staat am Wettbewerbsgeschehen beteiligt ist – im vorliegenden Zusammenhang etwa als Fördergeber oder Anbietender von Leistungen – und als solcher zusätzliche rechtliche Anforderungen erfüllen muss.³⁶³

Art. 109 GG indizierten Debatte *Schmidt*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, IV, § 92 Rn. 21.

359 Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, das gem. Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge ist.

360 Vgl. dazu *Nowak*, EuR 2009, Beiheft 1, 129 (169 ff.); *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 730.

361 Zum Anwendungsvorrang EuGH Urt. v. 15.07.1964 – C-6/64, NJW 1964, 2371 – *Costa/ENEL*; zu den Auswirkungen auf das Grundgesetz *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 728.

362 Vgl. *Schliesky*, JA 1997, 902 (903) und DVBl. 1999, 78 (80) mit einer stärkeren Betonung der Kontrolle des Staates.

363 Vgl. *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 2 Rn. 4; *Brüning*, in: Schulte/Kloos, Hdb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 1.

II. Kategorien wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit

Besondere auf den Wettbewerb bezogene Anforderungen üben dabei mittelbaren Einfluss auf den Wettbewerb privater Unternehmen aus, indem sie wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit³⁶⁴ einen Rahmen geben. Zur Einordnung der wettbewerbsrelevanten Staatstätigkeit werden meist mehrere Fallgruppen gebildet, die zur Orientierung dienen und dabei helfen, Rechtsprobleme zu beschreiben und gemeinsame Fragestellungen sowie Lösungsansätze zu entwickeln.

Aus einer rechtsschutzgeleiteten Perspektive unterscheidet *Schliesky* vier Wettbewerbsverhältnisse. Die Einteilung beruht dabei primär auf den verschiedenen Formen des Staatshandelns. Unterschieden wird erstens eine unmittelbare Konkurrenzsituation, zweitens die Situation, in der der Verwaltungsträger die Wettbewerbsstellung des Unternehmers durch Einflussnahme auf den Nachfrager beeinflusst, und drittens die, in der der Verwaltungsträger durch belastende Maßnahmen gegenüber dem Unternehmer auf dessen Wettbewerbsstellung Einfluss nimmt. Die vierte Kategorie bilden Konstellationen, in denen der Verwaltungsträger durch begünstigende Maßnahmen gegenüber einem Mitbewerber auf die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens einwirkt.³⁶⁵

In der ersten Kategorie konkurrieren Verwaltungsträger und Unternehmen auf einem gemeinsamen Markt um Kunden. Dabei sind mehrere Varianten denkbar: Zum einen kann der Verwaltungsträger in Konkurrenz zu einem anderen Verwaltungsträger³⁶⁶ stehen, zum anderen – und dies dürfte der häufigere Fall sein – ist ein Verwaltungsträger Konkurrent eines privaten Unternehmens. *Schliesky* unterscheidet hiervon noch eine dritte Variante, in der das öffentliche Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform mit einem privaten in Konkurrenz tritt.³⁶⁷ Dieser Kategorie – in der Ausprägung der beiden letztgenannten Varianten – ist das Recht der öffentlichen Unternehmen zuzuordnen, das unter anderem eben diese Konkurrenzsituationen erfasst.

364 Dieser Begriff geht zurück auf *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, später *ders.*, DVBl. 1999, 78 (79), der ihn allerdings nur für die anbietende Tätigkeit des Staates auf dem Markt verwendet.

365 Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 96 ff.

366 Mit Nachweisen aus der Rechtsprechung nennt *Schliesky* hier beispielhaft den Wettbewerb der Träger der gesetzlichen Krankenkassen, vgl. Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 97.

367 Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 96 f.

In der zweiten Kategorie beeinflusst der Verwaltungsträger die Wettbewerbsstellung des Unternehmers durch Einflussnahme auf den Nachfrager. Adressat des hier einzuordnenden wettbewerbsrelevanten Staatshandelns ist nicht ein Unternehmen und der Staat nimmt auch nicht selbst am Wettbewerb teil. Die Wettbewerbsstellung des Unternehmers wird vielmehr mittelbar dadurch beeinträchtigt, dass der Staat auf Kunden Einfluss nimmt. Beispiele hierfür sind Produktwarnungen des Staates oder Arzneimittelrichtlinien, die die Verschreibungspraxis durch Ärzte und damit indirekt die Produktion durch Arzneimittelproduzenten beeinflussen. Anders als in der eben beschriebenen Kategorie wird in der dritten Kategorie die Stellung des Unternehmers unmittelbar durch belastende Maßnahmen beeinflusst. Beispiele hierfür sind aufsichtsrechtliche oder standesrechtliche Maßnahmen.³⁶⁸ In der letzten Kategorie wird auf die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens eingewirkt, indem begünstigende Maßnahmen gegenüber einem Konkurrenten ergehen. Ein Beispiel ist die Äußerung einer Handwerkskammer durch ihren Präsidenten, die auf die Gründung neuer bzw. die Erweiterung bestehender Innungskrankenkassen abzielt. Hier lässt sich insbesondere auch das EU-Beihilfenrecht als zweites untersuchtes Rechtsgebiet einordnen.

In seinem Referat anlässlich der Staatsrechtslehrrertragung im Jahr 2009 entfaltet *Kersten* im Wesentlichen drei Kategorien des wettbewerbsrelevanten Handelns des Staates.³⁶⁹ Anders als noch *Schliesky* bezieht sich *Kersten* dabei nicht nur auf die unternehmerische Tätigkeit des Staates als solche, sondern bezieht grundsätzlich sämtliches staatliches Handeln mit Wettbewerbsbezug mit ein. Hintergrund der Kategorisierung ist die Herstellung von Wettbewerb als neu entwickelte Verwaltungsaufgabe. Wettbewerb ist dabei Handlungsform bzw. Ziel zur Förderung des Gemeinwohls. Staatliches Handeln ist dabei Mittel, um den von *Kersten* beschriebenen Wettbewerb zu erreichen. Unterschieden wird die Herstellung von optimiertem, instrumentellem und reguliertem Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe.³⁷⁰

Die Kategorie des optimierten Wettbewerbs findet keinen solchen oder nur einen gestörten Wettbewerb vor und zielt darauf, Wettbewerb als Ausdruck individueller Freiheit herzustellen. Nach *Kersten* liegt dem ein zweistufiges Gemeinwohlverständnis zugrunde. Auf der ersten Stufe schützen die wettbewerboptimierenden Normen unmittelbar die Handlungsfreiheit

368 Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 100 ff.

369 Vgl. *Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 288 ff.

370 Vgl. *Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 290 ff.

der Wettbewerbssteilnehmer. Unverfälschter Wettbewerb ist dabei von allgemeinem Interesse. Auf der zweiten Stufe steht die Erwartung, dass der freie Markt zu gesellschaftlichem Wohlstand, technischer Innovation und sozialer Dynamik führen wird.³⁷¹

Die Kategorie des instrumentellen Wettbewerbs unterscheidet sich davon insoweit, als Regelungsgegenstand nicht der Wettbewerb selbst ist, sondern der Wettbewerb zum Instrument hoheitlicher Steuerung wird. Mit anderen Worten dient der Wettbewerb dazu, Gemeinwohlziele zu erreichen. Der Staat kann dabei die Intensität des Wettbewerbs ebenso wie die zu erreichenden Ziele festlegen. Die beiden ersten Kategorien unterscheiden sich also dahingehend, dass einmal Wettbewerb das Ziel ist, während er in der zweiten Kategorie ein Mittel zur Erreichung von wettbewerbsexternen Zielen ist.³⁷²

Als dritte Kategorie sieht *Kersten* den regulierten Wettbewerb. Dabei geht es um die Herstellung von Wettbewerb, typischerweise in monopolistischen Strukturen, während gleichzeitig Daseinsvorsorgeleistungen garantiert werden sollen. Dabei entsteht ein sozial, ökologisch, ökonomisch, technisch oder territorial konditionierter Wettbewerb. Das maßgebliche Unterscheidungskriterium zu den beiden anderen Formen ist dabei das doppelte Ziel, die Kategorie liegt gewissermaßen zwischen den beiden Extremen, die die ersten beiden Kategorien bilden. Es geht sowohl um die Herstellung von Wettbewerb als eigenständiges Gemeinwohlziel als auch darum, weitere wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele zu erreichen.³⁷³

Sowohl das EU-Beihilfenrecht als auch das Recht der öffentlichen Unternehmen lassen sich allen Bereichen zuordnen, ihre Handlungsformen können jeweils dazu dienen, die Wettbewerbsformen, wie sie *Kersten* beschreibt, zu verwirklichen.

Ebenfalls nach Arten des Wettbewerbs unterteilt *G. Kirchhof*³⁷⁴, bildet dabei aber vier Gruppen. Den Anfang macht der rechtlich gesicherte Wettbewerb, in dem die öffentliche Hand einen schon bestehenden Wettbewerb

371 Vgl. *Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 290 ff.; die von *Schliesky* beschriebenen wettbewerbsrelevanten Staatstätigkeiten können, allenfalls mit Ausnahme der unmittelbaren Konkurrenzsituationen, dazu dienen, den Wettbewerb herzustellen.

372 Vgl. *Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 308.

373 Vgl. *Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 216 ff.

374 In: *G. Kirchhof/Korte/Magen*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 14 ff.

vor wettbewerbsimmanenten Störungen schützen will.³⁷⁵ Findet die öffentliche Hand keinen funktionierenden Wettbewerb vor und versucht sie diesen als Selbstzweck zu ermöglichen, spricht er von rechtlich ermöglichtem Wettbewerb.³⁷⁶ Werden dagegen wettbewerbsexterne Zwecke verfolgt, spricht er von rechtlich gelenktem Wettbewerb.³⁷⁷ Es geht dabei nicht darum, die dem Wettbewerb innewohnenden Ziele zu erreichen, sondern der Wettbewerb soll in eine gewisse Richtung gelenkt werden, z. B. bei der Ausgabe von Subventionen, um Umwelt- oder Verbraucherschutzziele zu fördern.³⁷⁸ Zuletzt gibt es Bereiche, in denen bisher kein Wettbewerb besteht und von der öffentlichen Hand erst geschaffen werden soll.³⁷⁹ Wettbewerb ist dabei meist nicht das primäre Ziel, sondern vielmehr Zwischenziel bzw. Instrument zur Erreichung anderer Ziele, wie beispielsweise die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben im Rahmen des Vergaberechts.³⁸⁰

Für die Zuordnung der hier untersuchten Rechtsgebiete gilt das bereits für die Einteilung von *Kersten* Gesagte entsprechend. Sie lassen sich nicht ausschließlich einer Kategorie zuordnen, sondern sind Handlungsformen in verschiedenen der beschriebenen Bereiche.

375 Vgl. G. Kirchhof, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 15. Diese Kategorie deckt sich mit der des „optimierten Wettbewerbs“ von *Kersten*.

376 Vgl. G. Kirchhof, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 16; *Kersten* spricht hierbei von „reguliertem Wettbewerb“; beispielhaft der Zugang zu Netzen: *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, § 19 Rn. 130 f.

377 Vgl. G. Kirchhof, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 17. Zu den wettbewerbsexternen und immanenten Zwecken *Magen*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2 Rn. 12 ff.

378 Vgl. G. Kirchhof, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 17.

379 Vgl. G. Kirchhof, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 18; *Kersten* nennt diese Kategorie „optimierter Wettbewerb“, vgl. VVDStRL 69 (2010), S. 290 ff.; *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, § 19 Rn. 111 ff., der von „Eröffnung von Märkten“ spricht.

380 Vgl. G. Kirchhof, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 18; *Magen*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2 Rn. 12 ff., 66 ff. Dem entspricht die von *Kersten* eingeführte Kategorie des „instrumentellen Wettbewerbs“.

III. Auswirkungen wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit auf Handwerksunternehmen

Im Vorliegenden wird der Blick wie durch eine Linse geschärft und auf die Auswirkungen staatlichen Handelns auf einen Teilbereich des wirtschaftlichen Handelns Privater, das Handwerk, gelenkt. Betrachtet werden sollen hier also nur die Auswirkungen des bestehenden rechtlichen Rahmens im EU-Beihilfenrecht, dem Recht der öffentlichen Unternehmen und dem Vergaberecht auf handwerksrechtlich erfasste Unternehmen. Die Untersuchung konzentriert sich dabei auf das Recht der EU-Beihilfen sowie das Recht der öffentlichen Unternehmen, das Vergaberecht nur knapp untersucht.

Auf den ersten Blick haben diese beiden Rechtsgebiete nicht viel gemein. Das EU-Beihilfenrecht befasst sich mit der Vergabe von finanziellen Leistungen durch die Mitgliedstaaten, die dabei ihre staatliche „Rolle“ nicht verlassen. Es soll insbesondere verhindern, dass der Wettbewerb durch die Vergabe von Beihilfen ungerechtfertigt beeinflusst wird und sich diese, insbesondere im Kontext des Binnenmarktes, protektionistisch auswirken. Gerade staatliche Wirtschaftsförderung hat vielfach einen spezifischen Wettbewerbsbezug. Das übergeordnete Ziel ist dabei die Verwirklichung eines unbeschränkten Binnenmarktes und den Grundfreiheiten des AEUV soll zu umfassenderer Geltung verholfen werden.

Das Recht der öffentlichen Unternehmen dient hingegen dazu, der staatlichen wirtschaftlichen Tätigkeit einen Rahmen zu geben, soll aber ebenso wie das EU-Beihilfenrecht den Wettbewerb vor ungerechtfertigten staatlichen Tätigkeiten schützen. Im Recht der öffentlichen Unternehmen tritt der Staat selbst als Unternehmer im Markt auf und bietet für einen begrenzten oder auch unbegrenzten Kreis von Kunden Leistungen an. Das Recht der öffentlichen Unternehmen ist dabei oft auch Recht der Privatisierung, wenn etwa Organisationseinheiten des staatlichen Tätigwerdens weiterhin öffentliche Aufgaben erfüllen, aber privatrechtlich organisiert sind. In diesem Fall spricht man von formaler Privatisierung. Formale und auch funktionale Privatisierung führen gerade zur Gründung von öffentlichen Unternehmen, stehen also in einem engen Zusammenhang. Kommt es zu einer kompletten Übertragung auch der materiellen öffentlichen Aufgabe auf Private, spricht man von materieller Privatisierung und das Recht der öffentlichen Unternehmen findet keine Anwendung. Vielmehr handelt es

sich um materiell private Unternehmen, die den allgemeinen Regelungen des Wirtschaftsrechts unterworfen sind.³⁸¹

Beide Rechtsgebiete haben aber die Gemeinsamkeit, dass sie dem Auftreten des Staates im Markt in Form der Wirtschaftsförderung oder des Anbietens von Leistungen einen Rahmen geben und damit den staatlichen Einfluss auf das „freie Spiel der Kräfte“, also den Wettbewerb, regulieren.³⁸² Zwar unterscheiden sie sich dabei in ihrer konkreten Ausgestaltung, sind aber insoweit vergleichbar, als sie sich mit dem Verhältnis des Staates zum Wettbewerb und dessen Teilnehmern befassen. Beide sind an den Bedingungen des Wettbewerbs ausgerichtet und in ihren Zielen und Instrumenten am Wettbewerb orientiert.³⁸³ In beiden Bereichen nimmt der Staat unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf den Wettbewerb um Kunden. Im Bereich der Wirtschaftsförderung in Form der Vergabe von Beihilfen nimmt er mittelbar dadurch Einfluss, dass er bestimmte Unternehmen unterstützt und ihnen damit (zumindest möglicherweise) den Wettbewerb um Kunden (etwa durch günstigere Preise) erleichtert. Im Recht der öffentlichen Unternehmen tritt er unmittelbar in den Wettbewerb mit privaten Unternehmen um Kunden ein.

Die beschriebenen Kategorien des Öffentlichen Wettbewerbsrechts nehmen, auch wenn sie es zum Teil anders beteuern,³⁸⁴ weiterhin in erster Linie die verschiedenartige Tätigkeit des Staates in den Blick und kategorisieren das Öffentliche Wettbewerbsrecht nach den Erscheinungsformen des staatlichen Tätigwerdens mit Wettbewerbsrelevanz. *Schliesky* ordnet bereits „sekundär“ nach den beteiligten Subjekten, sieht den Fokus aber weiterhin auf den Formen staatlichen Handelns.³⁸⁵ Auch *Kersten* und *G. Kirchhof* vollziehen zwar bereits einen Perspektivwechsel und betrachten verschiedene Kategorien des Wettbewerbs. Bezugspunkt ist aber auch hier weiterhin das staatliche Handeln. Entweder schafft der Staat Wettbewerb oder er lenkt ihn, er tritt als Garant auf oder schützt ihn vor Beeinträchtigungen. Bezugspunkt ist jedenfalls stets staatliches Handeln.

381 Vgl. umfassend *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben.

382 *Schliesky* schlägt schon 1999 vor, die Beeinflussung des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch den Staat als gemeinsamen Ausgangspunkt und Zuordnungskriterium eines öffentlichen Wettbewerbsrechts heranzuziehen, vgl. DVBl. 1999, 78 (79).

383 Vgl. *Magen*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2 Rn. 4.

384 Ausdrücklich *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 176 und *ders.*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 96, wenn er davon spricht, dass die Einteilung primär auf der angegriffenen Handlung des Staates beruht.

385 Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 96.

Für einzelne Unternehmen – hier Handwerksunternehmen – ist aber weniger die Einordnung nach der Handlungsform des Staates bzw. dessen Rolle im Wettbewerb entscheidend, sondern vielmehr die Frage, wie sich das staatliche Handeln bzw. der Rechtsrahmen der staatlichen Handlung auf den Wettbewerb des Unternehmens konkret auswirkt.

Die Auswirkungen staatlichen Handelns bzw. die Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens für ein solches Handeln lassen sich am besten anhand von konkreten Wettbewerbsverhältnissen untersuchen. Der Begriff des „Wettbewerbsverhältnisses“ ist zwar in erster Linie ein Begriff aus dem Wettbewerbsrecht und des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG).³⁸⁶ Nach der Rechtsprechung des BGH liegt ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des UWG vor, „wenn zwei Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen suchen. Es besteht [...] auch dann, wenn zwischen den Vorteilen, die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.“³⁸⁷

Auch wenn der Begriff des Wettbewerbsverhältnisses primär aus dem Wettbewerbsrecht des UWG kommt, so kann er zur Beschreibung von Wettbewerbssituationen bzw. Konkurrenzverhältnissen auch in den Bereichen des Öffentlichen Wettbewerbsrechts dienen. Es kommt dabei nicht auf den rechtlichen Begriff im Sinne des UWG an, sondern auf die Beschreibung der tatsächlich auftretenden Beziehungen zwischen einzelnen Akteuren in der Wirtschaft. Auf diese tatsächlichen Beziehungen können die Regelungen bzw. Regelungswirkungen der hier untersuchten Rechtsgebiete Auswirkungen haben.³⁸⁸

386 Vgl. zum Begriff des Wettbewerbsverhältnisses im UWG beispielhaft *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 2 Rn. 96 ff.

387 Ausgehend von BGH WRP 2014, 1307, aktuell BGH GRUR 2021, 497 (499 Rn. 15); vgl. dazu *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 2 Rn. 107 m. w. N. aus der Rechtsprechung des BGH; so auch *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 28 Rn. 23.

388 So auch *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 96.

1. Abstrakte Bestimmung von Wettbewerbsverhältnissen

Aus Unternehmenssicht lassen sich für die hier relevanten Rechtsbereiche zwei Wettbewerbsverhältnisse unterscheiden:³⁸⁹ zum einen Wettbewerbsverhältnisse privater Akteure untereinander, zum anderen Wettbewerbsverhältnisse privater Akteure mit dem Staat.

In der ersten Situation stehen private Akteure miteinander in Konkurrenz. In den hier untersuchten Rechtsgebieten geht es um den Wettbewerb um Kunden bzw. deren Aufträge und um den Wettbewerb um staatliche Mittel. Der Kategorie „Wettbewerbsverhältnis privater Akteure“ lässt sich das EU-Beihilfenrecht zuordnen, zwei Ebenen sind dabei zu unterscheiden. Im EU-Beihilfenrecht stehen private Akteure auf einer ersten Ebene im Wettbewerb um den Erhalt der öffentlichen Mittel, um mit diesen – auf einer zweiten Ebene – im Wettbewerb um Kunden gegebenenfalls Vorteile generieren zu können.

Dass die Vergabe von Beihilfen Auswirkungen auf den Wettbewerb von privaten Akteuren untereinander hat und diese in der Folge auch im Wettbewerb um ebendiese öffentlichen Mittel stehen, ist ohne Weiteres erkennbar. Aber auch der Rechtsrahmen, der die Vergabe solcher Beihilfen regelt, wirkt sich entsprechend aus. Ermöglicht er es, gewissen Unternehmen – etwa aufgrund ihrer Größe oder des Ortes ihrer Ansiedlung – Beihilfen zu gewähren, werden diese zumindest potenziell bessergestellt als Unternehmen, die solche Beihilfen nicht erhalten können. Der Rechtsrahmen des EU-Beihilfenrechts bedingt also die wettbewerblichen Auswirkungen, die die tatsächliche Vergabe von Beihilfen an Unternehmen hat. Hier geht es konkret um die Frage, wie der EU-Beihilfenrechtsrahmen mit Blick auf Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Mittel und im Wettbewerb um Kunden ausgestaltet ist.

In der zweiten Situation tritt der Staat als (weiterer) Wettbewerber hinzu und tritt unmittelbar in den Wettbewerb um Kunden ein. In diese Kategorie lässt sich das Recht der öffentlichen Unternehmen einordnen. Da sich diese zumindest grundsätzlich ebenfalls aus dem Markt finanzieren, sind sie – wie jedes private Unternehmen – auf die Gewinnung von Kunden angewiesen.

Vorliegend wird dabei der Frage nachgegangen, wie sich die Gestaltung des Rechtsrahmens für die unternehmerische Tätigkeit des Staates auf den Wettbewerb von Handwerksunternehmen um Kunden auswirkt. Ein

389 Im Ergebnis ebenso *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 103 f.

Aspekt der immer wieder gegen die öffentliche Unternehmertätigkeit vorgebrachten Kritik ist gerade die Beeinträchtigung der Freiheit der privaten Unternehmen. Jede wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand schließt in gewisser Weise Private aus und beeinträchtigt sie in ihrer wirtschaftlichen Freiheit. Staatliche Wirtschaftstätigkeit verzerrt den Wettbewerb zu Lasten der privaten Konkurrenz.³⁹⁰ Gerade die fehlende Insolvenzfähigkeit wird regelmäßig als Hauptgrund für eine Wettbewerbsverzerrung angeführt. Die Frage der Insolvenzfähigkeit ist jedoch keine auf Handwerksunternehmen speziell bezogene Problemstellung. Im Vorliegenden wird das spezielle Zusammenspiel des Rechts der öffentlichen Unternehmen einerseits und der speziellen handwerksrechtlichen Erfassung von Unternehmen andererseits daraufhin untersucht, wie es sich auf das Wettbewerbsverhältnis privater Akteure mit öffentlichen Unternehmen auswirkt.

2. Konkrete Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen

Nach dieser abstrakten Darstellung der möglichen Wettbewerbsverhältnisse und der Auswirkungen der Ausgestaltung des EU-Beihilfenrechts bzw. des Rechts der öffentlichen Unternehmen geht es nun, ausgehend von der oben beschriebenen Definition der Wettbewerbsverhältnisse, darum, die Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen konkret zu beschreiben.

Sowohl im Bereich des Wettbewerbs zwischen privaten Akteuren als auch im Wettbewerb zwischen privaten Handwerksunternehmen und öffentlichen Unternehmen lassen sich theoretisch drei Wettbewerbsverhältnisse unterscheiden, von denen jedoch nur das zweite und dritte weiterverfolgt werden.

Erstes Wettbewerbsverhältnis ist dabei das zwischen gleichartigen Handwerksunternehmen, also Handwerksunternehmen, auf die sich die zu untersuchenden Regelungen gleichermaßen auswirken. Solche Wettbewerbsverhältnisse bestehen insbesondere im Recht der Beihilfen. Die Vergabe von Beihilfen an Handwerksunternehmen hängt dabei von Regelungen ab, die an bestimmte Voraussetzungen anknüpfen, die nicht handwerksspezifisch sind, was auch der Grund ist, weshalb dieses Wettbewerbsverhältnis hier nicht weiter untersucht wird. Die Ausgestaltung hat auf den Erfolg des einzelnen Handwerksunternehmens gegenüber seinen gleichartigen Wettbewerbern jedenfalls dann keinen Einfluss, wenn die Regelungen im

390 Vgl. insb. Bericht der 8. Monopolkommission 1988/1989, BT-Drs. 11/7582, Rn. 66.

Einzelfall nicht gleichheitswidrig angewandt werden. Im Recht der öffentlichen Unternehmen kommt ein Wettbewerbsverhältnis zwischen gleichartigen Handwerksunternehmen nicht in Betracht. Private und öffentliche Handwerksunternehmen sind nicht gleichartig in diesem Sinne.

Das zweite Wettbewerbsverhältnis bilden ungleichartige Handwerksunternehmen. Im ersten Zugriff ist dabei an das Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Handwerksunternehmen, das als KMU einzustufen ist, und einem großen Handwerksunternehmen zu denken. Die KMU-Eigenschaft liegt aber außerhalb des Handwerksrechts bzw. der besonderen Tätigkeitsbereiche des Handwerks, die dieser Untersuchung zugrunde gelegt sind. Von Interesse ist aber – zunächst im Recht der Beihilfen – eine Förderung unter Anknüpfung an handwerksrechtliche Spezifika, die nur auf einzelne Handwerksunternehmen Anwendung finden, oder an besondere Tätigkeitsfelder bestimmter Handwerksunternehmen. Zu nennen wäre dabei etwa die Ausbildung von Lehrlingen oder die besondere Innovationsfähigkeit einzelner Handwerksunternehmen. Im Wettbewerb zwischen privaten Handwerksunternehmen und öffentlichen Unternehmen stellt sich zunächst die bedeutende Vorfrage, ob öffentliche Unternehmen überhaupt als Handwerksunternehmen im Sinne der HwO anzusehen sind. Wie zu zeigen sein wird, ist dies der Fall, sodass auch das zweite Wettbewerbsverhältnis prinzipiell Bedeutung haben kann. Innerhalb dieses Wettbewerbsverhältnisses sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Zum einen die, in der beispielsweise eine Gemeinde ein Handwerksunternehmen gründet bzw. ein schon bestehendes öffentliches Unternehmen in der Art erweitert, dass dieses zu einem Handwerksunternehmen wird. Ein neues Handwerksunternehmen tritt also in den Wettbewerb um Kunden ein. Erfasst ist zum anderen die Konstellation, dass ein bestehendes öffentliches Handwerksunternehmen seine Tätigkeit um weitere handwerkliche Angebote erweitert.

Das dritte Wettbewerbsverhältnis besteht zwischen Unternehmen, die dem besonderen Regime des Handwerksrechts unterworfen sind, und solchen Unternehmen, auf die die HwO keine Anwendung findet.³⁹¹ Die in der Praxis nicht immer einfache, aber häufig relevante Abgrenzung zwischen Handwerk und Industrie zeigt, dass es Tätigkeiten gibt, die industriell oder handwerksmäßig ausgeübt werden können. In diesen Fällen bieten Handwerksunternehmen und Industrieunternehmen gleiche oder

391 Handwerksähnliche Unternehmen und das Minderhandwerk bleiben hier ausgeklammert.

ähnliche Leistungen an, lediglich die Art der Ausführung unterscheidet sich. Insbesondere im Bereich des Lebensmittelhandwerks können solche Wettbewerbsverhältnisse bestehen. Weitere Beispiele wären Ärzte, die ähnliche Leistungen anbieten wie Augenoptiker³⁹², Hörakustiker³⁹³, Orthopädietechniker³⁹⁴, Orthopädienschuhmacher³⁹⁵ oder Zahntechniker^{396,397}. Die Frage der Ausgestaltung der untersuchten Rechtsgebiete hat Einfluss auf den Erfolg in diesem Wettbewerb. Im Recht der EU-Beihilfen kommt es zu einem solchen Wettbewerbsverhältnis um öffentliche Mittel, wenn die Vergabe von Beihilfen an Tatbestandsmerkmale anknüpft, die Handwerksunternehmen und andere Unternehmen nicht gleichermaßen erfüllen. Im Recht der öffentlichen Unternehmen ist dieses dritte Wettbewerbsverhältnis – dann in Form des Wettbewerbs um Kunden – betroffen, wenn öffentliche Unternehmen, die keine Handwerksunternehmen sind, Leistungen anbieten, die auch von privaten Handwerksunternehmen angeboten werden.

IV. Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge

Nicht nur in den hier untersuchten Gebieten des EU-Beihilfenrechts und dem Recht der öffentlichen – insbesondere der kommunalen – Unternehmen, sondern auch im Vergaberecht bestehen Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen, auf die wettbewerbsrelevante Staatstätigkeit der staatlichen Auftragsvergabe Einfluss hat. Die soeben allgemein entwickelten Grundsätze lassen sich auch auf das Vergaberecht anwenden. Das Vergaberecht unterscheidet sich mit Blick auf die Wettbewerbsverhältnisse aber dahingehend wesentlich, dass der öffentliche Auftraggeber den konkreten Beschaffungsbedarf vorgibt und damit den Kreis der Bewerber und potenziellen Auftragnehmer bereits determiniert. Wird also eine handwerkliche Leistung nachgefragt, die nur von Handwerksunternehmen erbracht werden kann, erscheint ein Wettbewerbsverhältnis zwischen handwerksrechtlich erfassten Unternehmen und anderen Unternehmen auf den

392 Anlage A Nr. 33.

393 Anlage A Nr. 34.

394 Anlage A Nr. 35.

395 Anlage A Nr. 36.

396 Anlage A Nr. 37.

397 Zur Abgrenzung in einzelnen Gewerken, *Detterbeck*, WiVerw 2021, 111, der von Wettbewerb zwischen Wirtschaftsverwaltungsrecht und Sozialrecht spricht.

ersten Blick nicht denkbar. Bei den klassischen Bereichen handwerklicher Tätigkeit mag dies richtig sein. Denkt man beispielsweise an Maler und Lackierer³⁹⁸, Gerüstbauer³⁹⁹ oder Schornsteinfeger⁴⁰⁰, so findet man dies bestätigt, deren Leistungen erbringen nur Handwerksunternehmen. Insbesondere im Bereich des Lebensmittelhandwerks zeigt sich aber ein anderes Bild. Soll beispielsweise von städtischer Seite ein Cateringunternehmen beauftragt werden, um die Gäste eines Empfangs durch den Bürgermeister zu verköstigen, so kommen als potenzielle Auftragnehmer regelmäßig Bäckereiunternehmen⁴⁰¹, Metzgereiunternehmen⁴⁰², aber auch reine Cateringunternehmen, die nicht der Anlage A unterfallen, oder Gaststätten, die ebenfalls nicht handwerksrechtlich erfasst sind, in Betracht. Hier stehen Handwerksunternehmen mit Unternehmen, die nicht von der HwO erfasst werden, unmittelbar im Wettbewerb um Kunden. Das dritte Wettbewerbsverhältnis ist betroffen. Die Frage der Ausgestaltung des Vergaberechts hat also Einfluss auf den wettbewerblichen Erfolg der Handwerksunternehmen.

Eine Reihe von wesentlichen Aspekten des Vergaberechts, wie etwa Nachfragebündelung oder Institute auf Auftragnehmerseite wie die Nachunternehmerschaft, die Eignungsleihe oder die Bietergemeinschaft ebenso wie das Gebot der Losaufteilung, ist für das Handwerk relevant. Insbesondere geht es dabei vielfach darum, kleinen und mittleren Handwerksunternehmen die Möglichkeit zu geben, sich um öffentliche Aufträge zu bemühen, was auch aufseiten des Auftraggebers von Vorteil sein kann. Eine Anknüpfung an rechtliche Besonderheiten erfolgt dabei in der Regel aber nicht. Ausnahmsweise kann im Zusammenhang mit der Verfolgung von sekundären Zielen im Vergaberecht etwa die Förderung der Ausbildung verfolgt werden, wodurch Handwerksunternehmen Vorteile erlangen, die nach den Regeln der HwO ausbilden. Schon aus diesem Grund wird das Vergaberecht hier nicht näher untersucht.

Im dritten Wettbewerbsverhältnis – dem Verhältnis zwischen Unternehmen, die dem besonderen Regime des Handwerksrechts unterworfen sind, und solchen Unternehmen, auf die die HwO keine Anwendung findet – sind im Vergaberecht einzelne Aspekte denkbar, die an die spezifische

398 Anlage A Nr. 10.

399 Anlage A Nr. 11.

400 Anlage A Nr. 12.

401 Anlage A Nr. 30.

402 Anlage A Nr. 32 (Fleischer).

rechtliche Erfassung von Handwerksunternehmen anknüpfen. Bedeutung kommt dabei insbesondere den Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie den entsprechenden Nachweisen zu. Aber auch die zeitlich vorgelagerte Leistungsbeschreibung – Herzstück⁴⁰³ der Ausschreibung – kann bereits so ausgestaltet sein, dass sie an handwerksrechtliche Spezifika anknüpft.

Die Auswirkungen des Vergaberechts auf das Handwerk hat *Burgi*⁴⁰⁴ ausführlich untersucht. Er befasst sich dabei sowohl mit dem Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte als auch dem Unterschwellenvergaberecht. Eine erneute Betrachtung des Vergaberechts unter dem Blickwinkel der Auswirkungen auf das Handwerk verspricht deshalb keine neuen oder weiterführenden Erkenntnisse.

B. Potenzielle Regelungstendenzen

Bei der Betrachtung der Auswirkungen der rechtlichen Ausgestaltung der zu untersuchenden Rechtsgebiete in den Wettbewerbsverhältnissen von handwerksrechtlich erfassten Unternehmen kommen drei verschiedene Regelungstendenzen in Betracht: Die Ausgestaltung kann „handwerksfreundlich“, „handwerksgerecht“ oder „handwerksbenachteiligend“ sein.⁴⁰⁵

I. Handwerksfreundlichkeit

Eine handwerksfreundliche Regelungstendenz des EU-Beihilfenrechts und des Rechts der öffentlichen Unternehmen führt zu einer Besserstellung von (einzelnen) Handwerksunternehmen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Besserstellung vom Gesetzgeber als solche intendiert war oder lediglich (unerkannte) Folge ist. Sowohl mit Blick auf höherrangiges Recht als auch einen möglichst freien Wettbewerb ist dies prima facie problematisch.

Der Sinn und Zweck einer handwerksfreundlichen Regelung ist dabei immer jeweils für jeden Einzelfall zu ermitteln und auf seine Tauglichkeit als Rechtfertigung einer Besserstellung zu überprüfen.

403 *Burgi* bezeichnet die Leistungsbeschreibung als „zentrales Element“ zur einer verbesserten Aufgabenerfüllung mittels Beschaffung, Vergaberecht, § 12 Rn. 2.

404 Vgl. Auswirkungen des neuen Vergaberechts auf das Handwerk und *ders.*, Auswirkungen des neuen Unterschwellenvergaberechts auf das Handwerk.

405 Eine ähnliche Wirkungsanalyse nimmt *Burgi* mit Bezug auf die Berücksichtigung des Mittelstandes im Vergaberecht vor, NZBau 2006, 606 ff. und *ders.*, Vergaberecht, § 14 Rn. 6 ff.

II. Handwerksgerechtigkeit

Davon zu unterscheiden ist die handwerksgerechte Regelungstendenz der zu untersuchenden Rechtsgebiete. Eine solche liegt vor, wenn die Besonderheiten der handwerksrechtlichen Erfassung von Unternehmen in angemessener Weise berücksichtigt werden. Die Ausgestaltung der zu untersuchenden Rechtsgebiete führt dabei nicht zu einer Besserstellung von (einzelnen) handwerksrechtlich erfassten Unternehmen, gleichzeitig aber auch nicht zu einer Benachteiligung. Ein solches Ergebnis ist aus der Perspektive eines freien Wettbewerbs und höherrangigen Rechts unproblematisch.

III. Handwerksbenachteiligung

Die Regelungstendenz kann in ihrer konkreten Form jedoch auch negativ für sämtliche oder einen Teil der handwerksrechtlich erfassten Unternehmen sein, beispielsweise wenn deren rechtliche Besonderheiten nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt werden.⁴⁰⁶ Wie ein handwerksfreundliches Ergebnis ist auch ein handwerksbenachteiligendes erst einmal problematisch.

Kommt es zu einer Benachteiligung der handwerksrechtlich erfassten Unternehmen, ist zunächst zu fragen, ob diese Benachteiligung mit höherem Recht vereinbar ist. Ist dies nicht der Fall, werden rechtspolitische Vorschläge unterbreitet, die die Besonderheiten der handwerksrechtlichen Erfassung von Unternehmen ausreichend berücksichtigen und damit die Benachteiligung beheben können.

406 Eine ähnliche Art der Auswirkung, wenn auch mit einem anderen Bezugspunkt, erkennt *Pietzcker* im Bereich des Vergaberechts und beschreibt einen Mittelstandsnachteil durch die spezifische Ausgestaltung des Vergaberechts, NVwZ 2007, 1225 (1226).

Teil 3: Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Mittel

Der dritte Teil der vorliegenden Untersuchung widmet sich den Auswirkungen des EU-Beihilfenrechts auf die Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen, einerseits zu anderen – ungleichartigen – Handwerksunternehmen (zweites Wettbewerbsverhältnis) und andererseits zu Unternehmen, die nicht der HwO unterfallen (drittes Wettbewerbsverhältnis).

Die Auswirkungen auf diese Wettbewerbsverhältnisse zeigen sich dabei auf zwei Ebenen. Zunächst unmittelbar im Wettbewerb um öffentliche Mittel, in dem sich die Ausgestaltung des EU-Beihilfenrechts unmittelbar handwerksfreundlich, handwerksgerecht oder handwerksbenachteiligend auswirkt. Hier entscheidet sich, ob die mit der Förderung verfolgten Zwecke erreicht werden können, bei handwerksfreundlicher oder handwerksgerechter Ausgestaltung ist dies eher der Fall als bei einer handwerksbenachteiligenden. Sodann hat diese Einstufung aber auch mittelbare Auswirkungen auf den Wettbewerb um Kunden. Eine handwerksfreundliche oder handwerksgerechte Ausgestaltung setzt sich dabei derart fort, dass sich die geförderten Handwerksunternehmen am Markt behaupten und bessere Preise anbieten können. Bei einer handwerksbenachteiligenden Berücksichtigung hingegen gilt, dass eine Förderung nicht oder nur unzureichend möglich ist und damit möglicherweise bestehende Wettbewerbsnachteile nicht ausgeglichen werden können. Können Förderziele nicht erreicht werden, kann auch dies zu Nachteilen bei der Wettbewerbsfähigkeit von Handwerksunternehmen führen.

Vorab sind einige Aspekte des EU-Beihilfenrechts auszuklammern. Diese sind nicht Gegenstand der vorliegenden, auf Spezifika der rechtlichen Erfassung von Handwerksunternehmen und ausgewählter Tätigkeitsfelder des Handwerks fokussierten Untersuchung. So ist ein Großteil der Handwerksunternehmen in Deutschland den kleinen und mittleren Unternehmen zuzuordnen und sie können als solche gefördert werden. Soll die Förderung auf Grundlage der KMU-Regelungen des EU-Beihilfenrechts auf nationaler Ebene auf Handwerksunternehmen beschränkt werden, lässt

dies der europarechtliche Rahmen zu.⁴⁰⁷ Die Förderung ist dann nur an Art. 3 Abs. 1 GG, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot, zu messen.⁴⁰⁸ Handwerksunternehmen werden aus der europarechtlichen Perspektive dann jedoch als KMU gefördert, es kommt nicht auf handwerksrechtliche Spezifika oder besondere Tätigkeitsfelder von Handwerksunternehmen an. Ein weiteres Beispiel wäre etwa die Förderung von Handwerksunternehmen in bestimmten Regionen, z. B. in den vom Strukturwandel in Folge des Kohleausstiegs betroffenen Gebieten.

Auch wenn sich die konkrete Bedeutung öffentlicher Mittel für das Handwerk mangels Statistiken nicht genau beziffern lässt, so geben der Subventionsbericht der Bundesregierung⁴⁰⁹ und die Erhebung der Subventionsdaten von Ländern und Kommunen durch die Zentrale Datenstelle der Landesfinanzminister (ZDL) doch Hinweise. Danach betrug das Gesamtvolumen der Subventionen (Finanzhilfen und Steuervergünstigungen) des Bundes im Jahr 2021 42,14 Mrd. Euro, das der Länder und Kommunen lag 2021 bei etwa 33,6 Mrd. Euro.⁴¹⁰ Deutschland ist dabei im Vergleich zu den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit großem Abstand Spitzenreiter bei der Vergabe von Subventionen bzw. Beihilfen.⁴¹¹

Der mit Abstand größte Anteil der Bundessubventionen entfällt dabei auf die Förderung der gewerblichen Wirtschaft, nämlich 20,35 Mrd. Euro im Jahr 2021.⁴¹² Auch wenn dabei die Förderungen im Zusammenhang mit der Energiewende eingerechnet sind, entfällt eine enorme Fördersumme auf die gewerbliche Wirtschaft, zu der auch das Handwerk gehört. Von den 20 größten Finanzhilfen des Bundes entfallen die ersten beiden auf Berei-

407 Vgl. z. B. Art. 17 bis 24 der AGVO.

408 Siehe hierzu *Burgi*, GewA 2018, 327.

409 Aktuell der 28. Subventionsbericht der Bundesregierung, vgl. *Bundesministerium der Finanzen*, 28. Subventionsbericht des Bundes, 2019–2022, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/28-subventionsbericht.html (abgerufen am 29.01.2022).

410 Vgl. *Bundesministerium der Finanzen*, 28. Subventionsbericht des Bundes, 2019–2022, S. 6 f., für die Länder und Kommunen S. 31, Übersicht 6, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/28-subventionsbericht.html (abgerufen am 29.01.2022).

411 Vgl. *Bundesministerium der Finanzen*, 28. Subventionsbericht des Bundes, 2019–2022, S. 62 und S. 63, Übersicht 9, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/28-subventionsbericht.html (abgerufen am 29.01.2022).

412 Dabei ist zu beachten, dass für das Jahr 2021 noch eine Ist-Zahlen vorliegen. Die angegebenen Zahlen beziehen sich auf die Soll-Angaben im Bundeshaushalt.

che, die unmittelbar mit den oben beschriebenen besonderen Tätigkeiten des Handwerks zusammenhängen. Die größte Finanzhilfe entfällt auf die Förderung von Maßnahmen der Energieeffizienz und erneuerbarer Energie im Gebäudebereich (2,9 Mrd. Euro), den zweiten Rang belegt die Förderung für effiziente Gebäude (BEG – 975 Mio. Euro), wobei der Betrag im Jahr 2022 auf 2,7 Mrd. Euro gesteigert werden soll. Des Weiteren finden sich in dieser Gruppe etwa Zuschüsse zur Errichtung von Tank- und Ladinfrastruktur (geplant 1,68 Mrd. Euro) oder zur Transformation von Wärmenetzen (geplant 347 Mio. Euro).⁴¹³

A. Verfassungsrechtlicher und EU-Beihilfenrechtlicher Rechtsrahmen

Den rechtlichen Rahmen des Subventions- und EU-Beihilfenrechts bildet eine Vielzahl verschiedener Normen auf unterschiedlichen Ebenen, was sowohl für das nationale Recht als auch das Unionsrecht gilt und zu einer gewissen Unübersichtlichkeit führt. Das weitaus umfassendere Rechtsregime findet sich dabei auf Unionsebene, dem in der Praxis längst auch die größere Bedeutung zukommt als dem eher rudimentär geregelten nationalen Subventionsrecht.⁴¹⁴ Die Betrachtung beschränkt sich hier deshalb auch auf den unionsrechtlichen Rahmen, während gleichzeitig nur Förderungsmaßnahmen nationaler Stellen untersucht werden. Unionsbeihilfen im direkten oder indirekten Vollzug bleiben außer Betracht.

In Folge der kaum vorhandenen Regelungen auf nationaler Ebene verfügt die Verwaltung bei der Vergabe von Subventionen bzw. Beihilfen über eine weitgehende Formwahlfreiheit.⁴¹⁵ Diese Freiheit bezieht sich sowohl auf die Form der Subvention bzw. Beihilfe selbst als auch auf die Form ihrer Gewährung. Der nationale Begriff der Subvention wurde dabei lange enger ausgelegt und erfasste nur positive Zuwendungen, während der unionsrechtliche Begriff der Beihilfe schon immer weiter verstanden wird

413 Vgl. *Bundesministerium der Finanzen*, 28. Subventionsbericht des Bundes, 2019–2022, S. 19, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/28-subventionsbericht.html (abgerufen am 29.01.2022).

414 So auch *Kühling*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band 1, § 30 Rn. 1; *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, *Kompendium*, § 8 Rn. 4.

415 Vgl. *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (8); *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, *Kompendium*, § 8 Rn. 50; *Stober/Eisenmenger*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Besonderer Teil, § 56, S. 224.

und auch Belastungsminderungen umfasst.⁴¹⁶ Der vorliegenden Untersuchung, die sich im Wesentlichen auf das EU-Beihilfenrecht konzentriert, wird der weite Beihilfenbegriff zugrunde gelegt. Gleichzeitig ist inzwischen auch national die Kategorie der Verschonungssubventionen anerkannt, sodass die Unterschiede im Einzelnen kaum mehr relevant sein dürften.⁴¹⁷ Als typische Formen lassen sich verlorene Zuschüsse, Erstattungen, zinsverbilligte Darlehen, Bürgschaften, Prämien, Garantien, Sachleistungen oder überhöhte Zahlungen für eine Gegenleistung des Beihilfenempfängers identifizieren. Daneben stehen Beihilfen in Form von Verschonungen, etwa im Steuerrecht.⁴¹⁸ Aber auch Handlungen, die auf den ersten Blick nicht an Beihilfen denken lassen, kommen in Betracht, wie etwa eine verzögerte Rückforderung von (marktüblichen) Darlehen oder ein Zahlungsaufschub.⁴¹⁹ Als Handlungsformen zur Gewährung von Beihilfen kommt von öffentlichen Verträgen über Verwaltungsakte bis zu privatrechtlichen Verträgen eine Vielzahl von unterschiedlichen Möglichkeiten in Betracht. Die Ausgestaltung kann einstufig oder zweistufig erfolgen.⁴²⁰ Denkbar – wenn auch außerhalb von Belastungsminderungen im Steuerrecht eher selten – ist auch die Vergabe durch Gesetz.⁴²¹

I. Rechtsrahmen des Grundgesetzes

Trotz der eher nachrangigen Bedeutung des nationalen Subventionsrechts im Vergleich zum EU-Beihilfenrecht lohnt ein Blick insbesondere auf die Regelungen des Grundgesetzes mit Bedeutung für die Vergabe von Beihilfen bzw. Subventionen. Denn auch wenn Förderungen nach EU-Beihilfenrecht zulässig sind und das unabhängig davon, auf welcher staatlichen Ebene

416 Vgl. zum nationalen Begriff *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 748 ff. Der weite Beihilfenbegriff ist st. Rspr. des EuGH seit EuGH Ur. v. 23.06.1961 – 30/59, Slg. 1961, 3 (43) – De Gezamenlijke Steenkolenmijnen/Hohe Behörde; aktuell etwa EuGH Ur. v. 04.03.2021 – C-362/19 P, BeckRS 2021, 3232 Rn. 58, 59 – Fútbol Club Barcelona und EuGH Ur. v. 16.03.2021 – C-562/19 P, GRUR-RS 2021, 4286 – Kommission/Polen, jeweils m. w. N. aus der Rspr. des EuGH.

417 Vgl. BVerfGE 110, 274 (293) und *Kämmerer*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 124 Rn. 11.

418 Vgl. z. B. *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (2); *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 8 Rn. 16.

419 Vgl. dazu etwa EuGH Ur. v. 10.01.2006 – C-222/04, Slg. 2006, I-289 Rn. 132 – Cassa di Risparmio di Firenze u. a.

420 Vgl. *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (8).

421 Vgl. *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 8 Rn. 51.

ne sie erfolgen, muss eine entsprechende Förderung auch den Vorgaben des nationalen Rechts, allen voran des Grundgesetzes, genügen.

Gerade die Frage des Gesetzesvorbehalts als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 3 GG ist bei der Vergabe von Subventionen seit längerem umstritten und hat zuletzt im Zusammenhang mit den umfangreichen und flächendeckenden Förderungen der Wirtschaft in der Corona-Krise wieder an Bedeutung gewonnen.⁴²²

Die Vergabe von Subventionen ist in Deutschland regelmäßig nur in Verwaltungsrichtlinien geregelt. In der früheren Rechtsprechung, insbesondere des Bundesverwaltungsrechts, sollte eine Ausweisung in den Haushaltsplänen von Bund oder Ländern ausreichen, die zwar materielle Gesetze sind, nicht aber formelle Gesetze und als solche nicht dem Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG genügen.⁴²³ Wegen der grundsätzlichen Annahme, dass der Gesetzesvorbehalt nicht auf die Leistungsverwaltung anzuwenden sei, genüge die etatmäßige Bereitstellung in den Haushaltsplänen. Eine Äußerung zu der möglichen Eingriffsqualität von Subventionen, insbesondere einer möglichen Drittwirkung zulasten von nicht begünstigten Konkurrenten, war vonseiten der Rechtsprechung nicht erforderlich.⁴²⁴ Auch wenn heute die Frage der Eingriffsqualität von Subventionen möglicherweise abweichend entschieden werden würde, kam es auf diese Frage im Zusammenhang mit dem Gesetzesvorbehalt in der Folge nicht mehr an.⁴²⁵ Das ergibt sich aus einer Konkretisierung des Erfordernisses des Gesetzesvorbehalts, der nicht von der Eingriffsqualität einer Maßnahme, sondern vielmehr von der Grundrechtsrelevanz dieser und der Wesentlichkeit der Auswirkung der Subventionsgewährung auf die grundrechtliche Frei-

422 Vgl. etwa den Beitrag von *Burgi*, Staatshilfen in der Coronakrise, Mit der Gießkanne und ohne gesetzliche Grundlage, Legal Tribune Online, 05.05.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-subventionen-stattshilfe-wirtschaft-gesetzliche-grundlage/> (abgerufen am 08.03.2022).

423 Vgl. BVerfGE 8, 155 (167); BVerwGE 58, 45 (48); BVerwG NJW 1977, 1838 (1839).

424 Vgl. BVerfGE 8, 155 (167) und BVerwG NJW 1977, 1838 (1839). Zur Frage des Gesetzesvorbehalts für die Leistungsverwaltung und offenlassend die Eingriffsfrage die genannten und BVerfGE 6, 282 (287); 58, 45 (48); 104, 220 (222). Etwa im Fall der Förderung von Religionsgemeinschaften anders BVerwGE 90, 112 (126).

425 Vgl. auch *Kühling*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 30 Rn. 11.

heit Dritter abhängt.⁴²⁶ Entscheidend ist also die Intensität der Auswirkung der Subventionierung auf Dritte.⁴²⁷

Liegt ein wirklicher Eingriff in Rechte Dritter vor – insbesondere in Betracht kommen dabei die Grundrechte des Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG –, so ist nach der Rechtsprechung der Gesetzesvorbehalt einschlägig, wobei offengelassen wurde, ob ein formelles Gesetz erforderlich sei oder ein Gesetz im materiellen Sinne ausreichend sei.⁴²⁸ Werden Subventionen in Bereichen von besonderer grundrechtlicher Sensibilität – wie der Rundfunkfreiheit oder der Religionsfreiheit – oder im Bereich der Parteienförderung vergeben, bedarf es ebenso einer gesetzlichen Grundlage über das Haushaltsrecht hinaus, da dieses keine Rechtswirkungen nach Außen entfaltet.⁴²⁹ Ein Eingriff in Rechte des Subventionierten selbst komme hingegen nicht in Betracht. Schon begrifflich handle es sich vielmehr um eine Vergünstigung, die regelmäßig mit Nebenbestimmungen verbunden wird, die zwar durchaus als Eingriff empfunden werden können, dogmatisch aber nur eine Schmälerung der Vergünstigung, auf die grundsätzlich kein Anspruch besteht, darstellen und als solche ebenfalls kein Eingriff sind.⁴³⁰

Diese in der Rechtsprechung und Rechtspraxis vorherrschende Meinung ist nicht ohne Kritik geblieben.⁴³¹ Die Kritik stützt sich vor allem darauf, dass der grundsätzlich nicht erforderliche Gesetzesvorbehalt zu einer Herausnahme der Vergabe von Subventionen aus der grundrechtlichen Kontrolle und insbesondere Rechtfertigungsbedürftigkeit führe.⁴³² Vielmehr solle, entgegengesetzt zur Rechtsprechung, in aller Regel ein Gesetzesvor-

426 Maßgeblich BVerfGE 40, 237 (249); dazu *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 IV Rn. 117.

427 Vgl. BVerfGE 80, 124 (132).

428 Vgl. BVerfGE 38, 121 (126).

429 Vgl. BVerwGE 90, 112 (126); 104, 220 (222); *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 783.

430 Vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 786; anders *Mannsen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, I, Art. 12 Abs. 1 Rn. 97 f.

431 Abgesehen von der Lehre vom Totalvorbehalt, die jedoch wenig konsequent erscheint, wenn gleichwohl Ausnahmen für Notfälle möglich sein sollen, vgl. dazu nur *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 21 f.; zu den Gegenargumenten etwa *Degenhart*, Staatsrecht I Rn. 326.

432 Vgl. *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 8 Rn. 8.

behalt erforderlich sein.⁴³³ Etwas weniger weitgehend wird teilweise ein Gesetzesvorbehalt zumindest bei flächendeckenden Förderungen und Subventionen in außerordentlicher Höhe gefordert.⁴³⁴ Gerade bei solchen Subventionen wären aber auch nach der Vorstellung der Rechtsprechung wohl regelmäßig eine Wesentlichkeit der Subventionierung und eine derartige Intensität anzunehmen, dass ein Gesetzesvorbehalt erforderlich wäre.

Die Vertreter dieser grundsätzlich von der Rechtsprechung abweichenden Auffassung argumentieren, dass zwar bei der Vergabe von Subventionen regelmäßig kein unmittelbarer Grundrechtseingriff gegeben sei, jedoch fast immer ein mittelbar-faktischer Eingriff in die Wettbewerbsposition anderer Marktteilnehmer angenommen werden könne.⁴³⁵

Ausgenommen sollen demnach nur Märkte sein, auf denen weder tatsächlicher noch potenzieller Wettbewerb herrscht.⁴³⁶ Eine solche Ausnahme müsste aber auch dann gelten, wenn in einem abgrenzbaren Markt zwar ein effektiver Wettbewerb herrscht, die Förderung aber gleichsam allen Marktteilnehmern zugutekommt bzw. zugutekommen kann. Dies würde etwa für die Förderung der handwerklichen Beratungsleistungen durch die Handwerkskammern gelten, auf die im Folgenden noch ausführlich unter dem Aspekt des EU-Beihilfenrechts einzugehen sein wird. Sie kommt zumindest statistisch sämtlichen Handwerksunternehmen zugute und richtet sich rechtlich gesehen an sämtliche Handwerksunternehmen, unabhängig von ihrer Größe oder dem jeweiligen Gewerk.⁴³⁷

Die Rechtsprechung nimmt einen Eingriff insbesondere in Art. 12 Abs. 1 GG hingegen erst dann an, wenn die wirtschaftliche Betätigung für nicht subventionierte Konkurrenten unmöglich gemacht oder zumindest unzu-

433 Vgl. *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 8 Rn. 8; *P. M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 497 ff.; *Kämmerer*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 124 Rn. 32.

434 Vgl. *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (4); *Burgi*, Staatshilfen in der Coronakrise, Mit der Gießkanne und ohne gesetzliche Grundlage, Legal Tribune Online, 05.05.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-subventionen-stattshilfe-wirtschaft-gesetzliche-grundlage/> (abgerufen am 08.03.2022).

435 So auch *P. M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 383 f. u. 497 ff.; *Kämmerer*, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, V, § 124 Rn. 46; *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (4).

436 Vgl. *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 8 Rn. 8.

437 Anders im Bereich der Förderung von Betriebsgründungen im Handwerk durch Frauen, die das BVerwG jedoch als eingriffsneutral eingestuft hat und keinen Gesetzesvorbehalt als erforderlich angesehen hat, vgl. BVerwG NVwZ 2003, 92 (94); dazu *Wernsmann*, JuS 2002, 959 (960 f.).

mutbar eingeschränkt wird.⁴³⁸ Auch wenn diese Entscheidungen nicht zur Vergabe von Subventionen, sondern zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ergangen sind, ist zu erkennen, dass das BVerfG die einschlägige Wettbewerbsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG so eng fasst, dass die meisten Subventionen – schon definitionsgemäß – keinen Eingriff darstellen können. In seinem berühmten Glykolwein-Beschluss hat das BVerfG zum ersten Mal ausgeführt, dass die Reichweite des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG von den Regeln des Wettbewerbs mitbestimmt sei, die diesen ermöglichen und begrenzen.⁴³⁹ Deshalb stellten im konkreten Fall marktbezogene Informationen des Staates keine Beeinträchtigung der grundrechtlich gewährleisteten Wettbewerbsfreiheit der betroffenen Unternehmen dar.

Das BVerfG hat diese Linie in weiteren Entscheidungen fortgeführt und bestätigt, sodass sich zusammenfassend auf den Bereich der Subventionsvergabe sagen lässt, die Wettbewerbsfreiheit schütze nach der Rechtsprechung des BVerfG nur die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen, die gerade auch durch die Subventionspraxis definiert werden. Wird Wettbewerb erst ermöglicht oder begrenzt, stellt dies keinen Eingriff dar, auch wird kein Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb gewährt.⁴⁴⁰

Folgt man der als gefestigt anzusehenden Rechtsprechung, insbesondere auch mit Blick auf die praxistaugliche Umsetzungsmöglichkeit von Förderungen des Handwerks, verbleibt als relevanter Maßstab regelmäßig nur Art. 3 Abs. 1 GG für die Frage, ob ein Eingriff in geschützte Grundrechtspeditionen der nicht subventionierten Konkurrenten gegeben ist oder nicht. Kurz umschrieben ist der Gehalt des Art. 3 Abs. 1 GG, dass wesentliches Gleiches nicht ungleich und wesentlich Ungleiches, der Ungleichheit entsprechend, nicht gleichbehandelt werden darf.⁴⁴¹ Die Prüfung folgt in der Rechtsprechung des BVerfG dabei einer dreigliedrigen Struktur: Zunächst

438 Vgl. BVerwG NJW 1978, 1539 (1539 f.); BVerwGE 60, 154 (159 f.); BVerwGE 65, 167 (174); BVerwG NJW 1995, 2938 (2939); so auch *Bungenberg/Motzkus*, WiVerw 2013, 73 (84); *Burgi*, in: Bonner Kommentar GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 158.

439 Vgl. BVerfGE 105, 252 (265); zustimmend *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, S. 127.

440 Vgl. BVerfGE 105, 252 (265 ff.); 106, 275; 115, 205 (229 f.); ebenso im Schwellenwertbeschluss vgl. BVerfGE 116, 135 (151 f.); zu Tarifreuregelungen im Berliner Vergabegesetz, BVerfG NJW 2007, 51 (54).

441 Vgl. nur *Pietzcker*, in: Merten/Papier, HGR, V, § 125 Rn. 3 u. 16 mit zahlreichen Nachweisen.

ist überhaupt eine Gleich- bzw. Ungleichbehandlungen erforderlich, so dann ist zweitens danach zu fragen, ob es sich um vergleichbare Sachverhalte handelt, also eine relevante Gleich- bzw. Ungleichbehandlung gegeben ist, und drittens schließt sich die Frage nach der Rechtfertigung dieser relevanten Gleich- oder Ungleichbehandlung an.⁴⁴²

Dass eine Gleich- oder Ungleichbehandlung vorliegt, dürfte fast immer relativ leicht feststellbar sein. Der Vergleich der Rechtsfolgen ermöglicht es festzustellen, ob eine Regelung zur Gleich- oder Ungleichbehandlung von Gegenständen führt, die vergleichbare Eigenschaften aufweisen.⁴⁴³ Auch bei der anschließenden Bildung von relevanten Vergleichsgruppen darf kein zu strenger Maßstab angelegt werden, da vollständig vergleichbare Gegenstände nicht zu finden sind.⁴⁴⁴ Es geht vielmehr darum, Gegenstände auszuschließen, die schon logisch unter keinerlei Gesichtspunkten vergleichbar sind.⁴⁴⁵ Das BVerfG ist dabei relativ großzügig, formuliert aber, dass eine Vergleichbarkeit fehlt, wenn die relevanten Regelungen „verschiedenen rechtlichen Ordnungsbereichen zugehörig sind und in anderen systematischen Zusammenhängen stehen“⁴⁴⁶.

Die Bildung von Vergleichsgruppen kann an dieser Stelle nicht abstrakt für die gesamte folgende Untersuchung vorgenommen werden, da sie von der jeweiligen Förderung im Einzelfall abhängt. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich zwar auf das EU-Beihilfenrecht, will aber auch auf mögliche gleichheitsrechtliche Probleme bei der Umsetzung der nach EU-Recht möglichen Förderungen eingehen, sollten sich diese insbesondere in der Folge einer handwerksbegünstigenden oder handwerksbenachteiligenden Auswirkung ergeben.

Bei der Frage einer Rechtfertigung einer relevanten Gleich- oder Ungleichbehandlung reicht der Rechtfertigungsmaßstab von einer reinen Willkürkontrolle am unteren Ende der Skala bis zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung am oberen Ende und orientiert sich dabei an der Schwere der Ungleichbehandlung, dem konkreten Regelungsgegenstand

442 Vgl. BVerfGE 55, 72 (88); 110, 141 (167); BVerfG NVwZ-RR 2009, 655 (656); BVerfGE 130, 151 (175); vgl. zu den wichtigsten (abweichenden) Strömungen in der Literatur *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.1–14.4.

443 Vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 15.

444 Vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 17 f.

445 Vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 18.

446 BVerfGE 133, 1 (21).

und den Differenzierungsmerkmalen.⁴⁴⁷ Das BVerfG orientiert sich dabei an drei Einflussfaktoren, um den im Einzelnen relevanten Prüfungsmaßstab zu bestimmen, wobei dieser nicht stufenartig ist, sondern vielmehr gleitend.⁴⁴⁸ Die entscheidenden Faktoren sind dabei die Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, dabei insbesondere unter Beachtung der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale⁴⁴⁹, möglicherweise einschlägige Freiheitsgrundrechte und zuletzt die Möglichkeit des Betroffenen, durch sein Verhalten die Verwirklichung der Differenzierungskriterien zu beeinflussen.⁴⁵⁰

Wie bereits gezeigt, kommt nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG im Bereich der Subventionsvergabe nur in Ausnahmefällen in Betracht⁴⁵¹, auch wenn das BVerfG ausführt, dass sich eine Verletzung der Freiheitsrechte erst aus der Ungleichbehandlung selbst ergeben kann.⁴⁵² Auch eine Annäherung an Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG erscheint im Zusammenhang der hier relevanten Themenbereiche nicht naheliegend. Im Bereich der Subventionsvergabe ist der Gesetz- bzw. Richtliniengeber insgesamt relativ frei bei der Auswahl der Kriterien, an die er die Vergabe der finanziellen Leistungen anknüpft.⁴⁵³ Das BVerfG hat ausdrücklich festgestellt, dass im Bereich der Subventionsvergabe meist das Willkürverbot eine Grenze bildet.⁴⁵⁴ Ihm stehen dabei in weitem Umfang sämtliche sachbezogenen Gesichtspunkte zur Verfügung, solange sich die Überlegungen nicht auf Gesichtspunkte stützen, die jeder Lebenserfahrung

447 Vgl. BVerfG, seit BVerfGE 129, 49 (68); *Britz*, NJW 2014, 346 (347); *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 26 m. w. N. und insb. Rn. 28.

448 Vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 45.

449 Nach BVerfGE 129, 49 nicht mehr erwähnt, vgl. *Britz*, NJW 2014, 346 (349).

450 Zu Letzterem BVerfGE 129, 49 (69) und insgesamt bereits st. Rspr. BVerfGE 139, 285 (309); dazu *Osterloh*, in: FS Kloepfer, S. 144, 150; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 45. Die Abkehr von den bisher bestehenden personen- bzw. verhaltensbezogenen Abgrenzungskriterien wird deutlich bei *Britz*, NJW 2014, 346 (347 ff.) und in einer Stellungnahme des Gerichts selbst, BVerfG DStR 2016, 862 (864).

451 Zum Einfluss der Freiheitsgrundrechte auf den Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 48.

452 Vgl. BVerfG NJW 2013, 847 Rn. 73 a. E.

453 Vgl. BVerfGE 93, 319 (350); 110, 273 (293); 118, 79 (101); dazu auch *F. Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, I, Art. 3 Abs. 1 Rn. 255.

454 So BVerfGE 17, 210 (216); 78, 104 (121).

geradezu widersprechen, und solange der Kreis der Begünstigten sachgerecht abgegrenzt ist.⁴⁵⁵

Auch die Frage der Rechtfertigung einer relevanten Ungleichbehandlung kann hier nicht vorweg abstrakt vorgenommen werden, sondern muss jeweils anhand konkreter Fördermöglichkeiten und Förderprogramme vorgenommen werden.

II. Rechtsrahmen des EU-Beihilfenrechts

Auf Ebene des Europarechts finden sich zunächst in Art. 107 bis 109 AEUV Regelungen über die Vergabe von Beihilfen durch die Mitgliedstaaten. Diese Normen bilden den primärrechtlichen Rahmen und ersten Ansatzpunkt. Ergänzend hierzu wurde auf sekundärrechtlicher Ebene die EU-Gruppenfreistellungsermächtigungsverordnung⁴⁵⁶ erlassen, deren Grundlage Art. 109 AEUV bildet. Die weitaus umfassendsten Regelungen finden sich in Form von Verordnungen einerseits und Leitlinien und EU-Rahmen der EU-Kommission andererseits.

1. Primärrecht

Den Kern der primärrechtlichen Regelungen bildet Art. 107 Abs. 1 AEUV, der zunächst den Begriff der Beihilfe definiert. Es handelt sich um einen juristischen, nicht nur einen ökonomischen Begriff.⁴⁵⁷ Der Beihilfebegriff besteht aus den in Art. 107 Abs. 1 AEUV enthaltenen vier Elementen, die kumulativ gegeben sein müssen. Es muss sich um staatliche Mittel, gleich welcher Art, handeln, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind Beihilfen grundsätzlich verboten. Es handelt sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, ein absolu-

455 Vgl. BVerfGE 17, 210 (216); 78, 104 (121); 110, 274 (293); 122, 1 (23); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 23; P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 322.

456 Verordnung (EU) 2015/1588 des Rates vom 13.07.2015 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen (EU-Gruppenfreistellungsermächtigungsverordnung), ABl. Nr. L 248, S. 1, die die Vorgängerverordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates, ABl. L 142, S. 1 vom 19.05.1998 abgelöst hat.

457 Vgl. Säcker, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, Einleitung Rn. 10.

tes Verbot mitgliedstaatlicher Beihilfen besteht nicht. Bereits in Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV finden sich Ausnahmen. Die Ausnahmen des Abs. 2 werden als Legalausnahmen bezeichnet, die des Abs. 3 als Ermessensausnahmen.

Im Fall des Vorliegens eines der Fälle des Art. 107 Abs. 2 AEUV regelt bereits das Primärrecht die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Im Rahmen des Notifizierungsverfahrens nach Art. 108 Abs. 3 AEUV ist eine Beihilfe auf Grundlage des Art. 107 Abs. 2 AEUV bei der Kommission anzumelden, die bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 2 AEUV die Beihilfe genehmigen muss. Sie hat dabei kein Ermessen, wohl aber einen Beurteilungsspielraum. Zudem unterfallen die Beihilfen ebenfalls dem in Art. 108 Abs. 3 AEUV geregelten Durchführungsverbot bis zu einer Entscheidung durch die Kommission.⁴⁵⁸

Gem. Art. 107 Abs. 3 AEUV können Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Wie schon bei Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV ist auch bei Maßnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV ein Notifizierungsverfahren erforderlich, im Rahmen dessen die Kommission über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt entscheidet. Die Kommission verfügt bei den Ausnahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV aber – anders als bei Art. 107 Abs. 2 AEUV – über ein weites Ermessen. Sie prüft unter Berücksichtigung von wirtschaftlichen und sozialen Wertungen unter Bezugnahme auf die Union als Ganzes die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt.⁴⁵⁹ Ebenfalls miteinzubeziehen sind allgemeine unionsrechtliche Parameter, wie zum Beispiel die Ausrichtung der Union auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb. Zudem kommt es zu einer Abwägung zwischen den positiven Effekten der in Rede stehenden Beihilfe und den zu befürchtenden Nachteilen insbesondere der möglichen Wettbewerbsverfälschung. Insgesamt orientiert sich die Abwägung an den Zielen der Ausnahmetatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV.⁴⁶⁰

2. Verordnungen, Leitlinien und EU-Rahmen

Auf sekundärrechtlicher Ebene wurden die Gruppenfreistellungsermächtigungsverordnung und die Verfahrensverordnung in Beihilfesachen

458 Vgl. zum Ganzen *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 2 Rn. 1.

459 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 2 Rn. 1.

460 Vgl. *Kühling/Rüchardt*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 122.

(VVO)⁴⁶¹ erlassen. Beide finden ihre primärrechtliche Grundlage in Art. 109 AEUV und wurden vom Rat der Europäischen Union erlassen. Art. 109 AEUV enthält eine Legislativbefugnis für alle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen zu den Art. 107 und 108 AEUV.⁴⁶² Mit der Gruppenfreistellungsermächtigungsverordnung hat der Rat seine Legislativbefugnis auf die EU-Kommission übertragen. Diese wurde – mit dem Ziel, die Ressourcen der Kommission auf problematische Beihilfen zu fokussieren – ermächtigt, bestimmte Kategorien von Beihilfen für automatisch mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären (Gruppenfreistellungsverordnungen).⁴⁶³ Die VVO dient dazu, das Notifizierungsverfahren zu regeln und die bis zu ihrem Erlass zu Art. 108 AEUV ergangene Rechtsprechung zu kodifizieren bzw. in einzelnen Aspekten abzuändern.⁴⁶⁴

Die Kommission hat – zur Typisierung der Ausnahmen und des Grundtatbestandes des Art. 107 AEUV – eine Reihe von Leitlinien und EU-Rahmen sowie Mitteilungen erlassen. Leitlinien und EU-Rahmen beziehen sich dabei auf die Ausnahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV, während Mitteilungen der Spezifizierung des Art. 107 Abs. 1 AEUV dienen.⁴⁶⁵ Gerade die Leitlinien und EU-Rahmen regeln detailliert die zulässigen Förderkategorien und Beihilfeintensitäten und führen damit zu einer gewissen Vorhersehbarkeit der Kommissionsentscheidungen.⁴⁶⁶ Insbesondere führen die Leitlinien der Kommission zu einer Selbstbeschränkung ihres Ermessens. Sie muss sich also an ihre eigenen Vorschriften halten, was auch durch die Unionsgerichte überprüft werden kann.⁴⁶⁷ Üblicherweise werden die Leitlinien und EU-Rahmen nach Art der Beihilfe unterteilt, wobei regionale, sektorale und horizontale Beihilfen unterschieden werden. Regionale Beihilfen beziehen sich auf ein bestimmtes Gebiet, sektorale auf bestimmte Wirtschafts-

461 Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13.07.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 248, S. 9.

462 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 109 Rn. 1.

463 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 109 Rn. 5.

464 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) 2015/1589 Rn. 1.

465 Zu beachten ist allerdings, dass die EU-Kommission diese Begrifflichkeit nicht immer einhält, vgl. auch *Kühling/Rüchardt*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 124.

466 Insbesondere die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i. S. d. Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01).

467 Vgl. *Kreuschitz*, Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, Art. 107 AEUV Rn. 738 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

zweige und horizontale auf Kriterien, die von einer bestimmten Region oder einem Wirtschaftszweig unabhängig sind, beispielsweise dem Umweltschutz.⁴⁶⁸

Mit dem Ziel der Vereinfachung und Systematisierung wurde ein Teil der ermessensleitenden Vorschriften durch mehrere Gruppenfreistellungsverordnungen ersetzt, die seit 2014 in der AGVO zusammengefasst sind und teilweise erweitert wurden.⁴⁶⁹ Sind die Voraussetzungen der AGVO erfüllt, ist die Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar anzusehen und von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt. In der Folge ist, anders als bei den Leitlinien und EU-Rahmen, keine Notifizierung erforderlich.

Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie hat die EU-Kommission am 19. März 2020 den „Befristeten Rahmen für staatliche Beihilfen“ zur Stützung der Wirtschaft erlassen.⁴⁷⁰ Die EU-Kommission gibt den Mitgliedstaaten damit die Möglichkeit, bestehende Spielräume des Unionsrechts zu nutzen, um die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie abzufedern. Auch wenn diese Regelungen seit Erlass mehrfach verlängert worden sind, so sind sie doch nur als vorübergehende Maßnahmen gedacht.⁴⁷¹ Wegen dieses vorübergehenden Charakters bleiben diese Regelungen hier außer Betracht.

468 Vgl. *Kühling/Rüchardt*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 125.

469 Weiterhin bleiben daneben die Freistellungsverordnungen für KMU, die in der Erzeugung, Verarbeitung und Verwaltung von landwirtschaftlichen und Fischereierzeugnissen tätig sind, VO 1857/2006 und 736/2008, die hier aber nicht von Bedeutung sind, bestehen.

470 Vgl. *Commission*, Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, Brussels, 19.03.2020 COM(2020) 1863 final.

471 Vgl. https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework/amendments_en (abgerufen am 29.01.2022); zur letzten Verlängerung „State aid: Commission sets out future of Temporary Framework to support economic recovery in context of coronavirus outbreak“, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6092 (abgerufen am 29.01.2022).

a. Die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung

Die AGVO⁴⁷² enthält – anders als die De-minimis-VO – keine ausdrückliche Regelung, wie die freigestellten Beihilfen einzuordnen sind. Der überwiegende Teil der Literatur nimmt an, dass es sich um „bestehende Beihilfen“ im Sinne des Art. 108 Abs. 1 AEUV handelt.⁴⁷³ Andere hingegen sehen in den Maßnahmen aufgrund der AGVO Beihilfen *sui generis*.⁴⁷⁴ Jedenfalls handelt es sich um eine rechtswidrige Beihilfe im Sinne von Art. 1 lit. f. VVO, wenn die Voraussetzungen der AGVO nicht eingehalten werden und eine Einzelnotifizierung gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV auf Grundlage des Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV nicht stattgefunden hat.⁴⁷⁵

Die AGVO kennt entsprechend der Aufteilung des Art. 3 AGVO drei verschiedene Arten von Beihilfen bzw. Beihilferegelungen: zum einen Beihilferegelungen, also nationale Regelungen über die Vergabe von Beihilfen, die als Ganzes freigestellt sein können,⁴⁷⁶ zum anderen Einzelbeihilfen auf Grundlage von Beihilferegelungen und zuletzt Ad-hoc-Beihilfen. Dabei ist eine Einzelbeihilfe nach Art. 2 Nr. 14 AGVO als Ad-hoc-Beihilfe⁴⁷⁷ und als Beihilfe, die einzelnen Empfängern auf der Grundlage einer Beihilferegelung gewährt wird, definiert. Wie schon bei den EU-Rahmen und Leitlinien lassen sich die Ausnahmetatbestände der AGVO in regionale, sektorale und horizontale Beihilfen einteilen.

Voraussetzung für eine Freistellung ist jeweils, dass die allgemeinen Voraussetzungen des allgemeinen Teils (Kapitel I) und die der jeweiligen Beihilfekategorie des besonderen Teils (Kapitel III) erfüllt werden. In Kapitel II sind lediglich Berichterstattungs- und Aufzeichnungspflichten der Mitgliedstaaten enthalten.

472 Die speziellen sektorenspezifischen Freistellungsverordnungen für Fischerei und Landwirtschaft bleiben außer Betracht.

473 Vgl. *Erlbacher*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 109 AEUV Rn. 15; *Jestaedt/Schweda*, in: Haidenhain, Hdb. des europäischen Beihilfenrechts, § 14 Rn. 72, die von einer planwidrigen Regelungslücke sprechen; *Reppinger-Hach*, in: Haidenhain, Hdb. des europäischen Beihilfenrechts, § 22 Rn. 28.

474 So *Bartosch*, in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr. 651/2014 Rn. 7; *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, VO (EU) Nr. 651/2014, A., Rn. 25.

475 Vgl. *Bartosch*, in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr. 651/2014 Rn. 7.

476 Vgl. Art. 2 Nr. 15 AGVO.

477 Vgl. dazu Art. 2 Nr. 17 AGVO.

Der allgemeine Teil enthält zunächst den Geltungsbereich der AGVO in Art. 1 AGVO und Begriffsbestimmungen in Art. 2 AGVO. Art. 3 AGVO regelt allgemein die Freistellungsvoraussetzungen und verweist dabei auf die besonderen Voraussetzungen des Kapitels III. Art. 4 AGVO regelt bestimmte Anmeldeschwellen. Danach sind Beihilfen, obwohl sie die Voraussetzungen des Kapitels III erfüllen, nicht von der AGVO freigestellt, sondern müssen als Sondernotifizierung bei der Kommission angemeldet werden.⁴⁷⁸ Art. 5 AGVO enthält Regelungen, die sicherstellen sollen, dass die Beihilfen in transparenter Art und Weise vergeben werden bzw. es sich um transparente Beihilfen handelt.

Der Anreizeffekt des Art. 6 AGVO soll sicherstellen, dass das geförderte Vorhaben nur mithilfe der Beihilfe durchgeführt wird und nicht auch ohne eine solche. Nach Abs. 2 gilt der Anreizeffekt als gegeben, wenn das Unternehmen seinen Förderantrag gegenüber den nationalen Behörden vor Beginn des zu fördernden Vorhabens gestellt hat. Aus einem Umkehrschluss zu Abs. 3 gilt dies allerdings nur für kleine und mittlere Unternehmen, nicht hingegen für große Unternehmen, bei denen die zusätzlichen Voraussetzungen des Abs. 3 erfüllt sein müssen, wenn es sich um Ad-hoc-Beihilfen handelt. Bei Einzelbeihilfen auf Grundlage einer Beihilferegulation bleibt es bei den Voraussetzungen des Abs. 2, auch wenn es sich um ein großes Unternehmen handelt. Bei Handwerksunternehmen handelt es sich größtenteils um kleine und mittlere Unternehmen, sodass es regelmäßig nur auf die Voraussetzungen des Abs. 2 ankommen wird.⁴⁷⁹ Bei dem hier ebenfalls relevanten Art. 53 AGVO gilt der Anreizeffekt als gegeben bzw. wird auf einen Anreizeffekt verzichtet, vgl. Art. 6 Abs. 5 lit. h) AGVO.

Die übrigen Vorschriften des Kapitels I befassen sich mit der Bestimmung der beihilfefähigen Kosten sowie der Beihilfenintensität (Art. 7 AGVO), der Kumulierung von Beihilfen (Art. 8 AGVO)⁴⁸⁰ und Informations- bzw. Veröffentlichungspflichten des Mitgliedstaates (Art. 9 AGVO).

478 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 4 Rn. 1; hierbei werden insbesondere die entsprechenden Leitlinien der EU-Kommission relevant.

479 Vgl. die in der Anlage 1 zur AGVO enthaltene KMU-Definition und <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Handwerk/aktuell-struktur-handwerk.html>, wonach 99,6 % der Handwerksunternehmen den KMU zuzuordnen sind (abgerufen am 06.02.2022).

480 Darauf wird im Folgenden noch näher eingegangen.

b. De-minimis-Verordnung

Mit der De-minimis-VO⁴⁸¹ hat die EU-Kommission eine Ausnahme vom grundsätzlichen Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV eingeführt, die sich darauf stützt, dass kleine Beihilfebeträge nicht alle Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen und damit auch nicht der Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV unterfallen, vgl. Art. 3 De-minimis-VO. Welches Merkmal des Art. 107 Abs. 1 AEUV in concreto nicht erfüllt ist, lässt die De-minimis-VO offen, ohnehin kommt es auf die genaue Zuordnung nicht an.⁴⁸²

Die De-minimis-VO stützt sich – ebenso wie die AGVO – auf die EU-Gruppenfreistellungsverordnung, dort konkret auf Art. 2. In der Literatur wird die Vereinbarkeit der De-minimis-VO und ihrer Grundlage mit Primärrecht teilweise in Frage gestellt.⁴⁸³ Hintergrund ist, dass der EuGH wiederholt ausgeführt hat, dass die Kommission nicht die Kompetenz hat, Art. 107 Abs. 1 AEUV verbindlich auszulegen⁴⁸⁴, was sie mit der De-minimis-VO jedoch tut. Argumentiert wird, dass die Kommission nicht durch eine sekundärrechtliche Verordnung das Primärrecht außer Kraft setzen könne.⁴⁸⁵ Dies bezieht sich darauf, dass der EuGH in zahlreichen Urteilen ausgeführt hat, dass eine Wettbewerbsverzerrung und/oder Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nicht vom Erreichen eines bestimmten absoluten Schwellenwertes abhängig sein könne.⁴⁸⁶ Schließt die Kommission den Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV für eine Maßnahme innerhalb des Rahmens der De-minimis-VO allerdings aus, würde die-

481 Neben der allgemeinen De-minimis-Verordnung existiert eine spezielle De-minimis-VO für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die sog. DAWI-De-minimis-Verordnung, der allerdings im vorliegenden Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung zukommt.

482 Siehe dazu *Soltész*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, Art. 107 Rn. 590.

483 Vgl. *Sinnaeve*, EuZW 2001, 69 (75); *Soltész*, Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, Art. 107 Rn. 591, m. w. N.

484 Vgl. EuGH Urt. v. 14.04.2005 – C-110/03, Slg. 2005, I-2801 Rn. 58 – Belgien/Kommission; EuGH Urt. v. 21.07.2005 – C-71/04, Slg. 2005, I-7419 Rn. 37 – Administración del Estado/Xunta de Galicia, EuGH

485 Vgl. *Soltész*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, Art. 107 Rn. 592 Fn. 1670 mit Verweis auf EuGH Urt. v. 21.07.2005 – C-71/04, Slg. 2005, I-7419 Rn. 37 – Administración del Estado/Xunta de Galicia.

486 Vgl. EuGH Urt. v. 21.03.1990 – 142/87, Slg. 1990, I-00959 Rn. 43 – Belgien/Kommission; EuGH Urt. v. 24.07.2003 – C-280/00, Slg. 2003, I-7747-7848 – Altmark Trans; EuGH Urt. 03.03.2005 – C-172/03, Slg. 2005, I-1627 Rn. 32 – Heiser/Finanzamt Innsbruck.

ser Ausschluss gegen höherrangiges Primärrecht verstoßen.⁴⁸⁷ Als überzeugender Kompromiss wurde demgegenüber vorgeschlagen, die De-minimis-Regelung als widerlegbare Vermutung zugunsten des Nicht-Vorliegens einer Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen.⁴⁸⁸

Auch wenn die Kommission und die sonstige beihilfenrechtliche Praxis sich an die De-minimis-VO gebunden fühlen und auch der EuGH sie in zahlreichen Entscheidungen inzwischen akzeptiert und sogar geprüft hat⁴⁸⁹, birgt die Frage der Vereinbarkeit mit Primärrecht doch eine Gefahr für staatliche Leistungen auf Grundlage der De-minimis-VO. Ist die De-minimis-VO tatsächlich nicht mit Primärrecht vereinbar, würde diesen Leistungen die beihilfenrechtliche Absicherung fehlen. Nimmt man den EuGH diesbezüglich ernst, kann allein die Höhe der Beihilfe oder die Größe des Beihilfeempfängers keine Auskunft über die Vereinbarkeit mit Art. 107 Abs. 1 AEUV geben. Andererseits ist beispielsweise *Soltész*⁴⁹⁰ der Ansicht, dass auch für den Fall der Unionsrechtswidrigkeit der De-minimis-VO die Kommission derart geringfügige Subventionen nur selten aufgreifen würde und auch die Beschwerde zur Kommission wegen der damit verbundenen Mühen unwahrscheinlich wäre. Mithin dürfte das Risiko der fehlenden Grundlage einer Förderung auf Grundlage der De-minimis-VO zumindest gering sein.

In Art. 1 der De-minimis-VO ist eine Reihe von sektorspezifischen und tätigkeitsbezogenen Ausnahmen von der Anwendbarkeit der Verordnung geregelt.⁴⁹¹ Der Kern der De-minimis-VO ist der festgelegte Gesamtbetrag, der innerhalb von drei Steuerjahren nicht überschritten werden darf, vgl. Art. 3 Abs. 2 der De-minimis-VO. Dieser beträgt aktuell 200.000 Euro. Ausweislich des Art. 3 Abs. 5 der De-minimis-VO gilt dies unabhängig von der Art und Zielsetzung der staatlichen Leistungen und auch unabhängig davon, aus welchen Mitteln die Beihilfe gewährt wird, sei es rein aus staatli-

487 Vgl. dazu auch *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr. 1407/2013 Rn. 2.

488 So auch *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr. 1407/2013 Rn. 2; *Sinnaeve*, EStAL 2014, 261 (262).

489 Vgl. z. B. EuGH Ur. v. 13.06.2002 – C-382/99, Slg. 2002, I-5163 Rn. 22 ff. – Niederlande/Kommission und *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr. 1407/2013 Rn. 2; *Soltész*, in: *Münchener Kommentar*, Beihilfenrecht, Art. 107 Rn. 591, jeweils m. w. N. aus der Rechtsprechung.

490 In: *Münchener Kommentar*, Beihilfenrecht, Art. 107 Rn. 592; ebenso *Sinnaeve*, EuZW 2001, 69 (75).

491 Näheres dazu unten B. I. 2.

chen Mitteln oder Unionsmitteln, die den Mitgliedstaaten zur Verteilung zur Verfügung gestellt werden. Entscheidend ist also nur, dass die Summe der Beihilfen je Unternehmen die Summe von 200.000 Euro nicht überschreitet.⁴⁹² Gerade dieser Umstand macht De-minimis-Beihilfen, insbesondere im Vergleich zu Beihilfen auf Grundlage der AGVO, die Zweckbindungen enthält, in der Praxis attraktiv.

Art. 6 Abs. 1 der De-minimis-VO enthält zunächst die Pflicht des Mitgliedstaates, dem betreffenden Unternehmen vor der Gewährung der Förderung die absolute Höhe der Förderung und die Beihilfeintensität, ausgedrückt als Bruttosubventionsäquivalent der förderbaren Kosten, mitzuteilen. Dies soll Begünstigten die Prüfung ermöglichen, ob der Grenzwert von 200.000 Euro innerhalb der letzten drei Steuerjahre erreicht wurde bzw. ob die Beihilfeintensität, die sich beispielsweise aus der AGVO ergeben kann, auf Grundlage der Kumulierungsvorschriften überschritten wird.⁴⁹³ Spiegelbildlich muss jedes Unternehmen vor Gewährung der Förderung schriftlich oder elektronisch jede bisherige De-minimis-Förderung der beiden vorangegangenen und des aktuellen Steuerjahres übermitteln, vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 4 der De-minimis-VO. Nach Art. 6 Abs. 3 der De-minimis-VO darf die Förderung erst gewährt werden, wenn sich der gewährende Mitgliedstaat vergewissert hat, dass durch die Gewährung der Höchstbetrag von 200.000 Euro in drei Steuerjahren nicht überschritten wird.

c. Grundsätzliches zur Anpassung von AGVO und De-minimis-Verordnung

Sowohl die AGVO als auch die De-minimis-VO wurden von der EU-Kommission auf Grundlage der Gruppenfreistellungsermächtigungsverordnung erlassen. Diese enthält in Art. 4 Regelungen betreffend die Geltungsdauer und die Änderung der Verordnungen. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Gruppenfreistellungsermächtigungsverordnung eröffnet der EU-Kommission die Möglichkeit, die AGVO oder De-minimis-VO aufzuheben oder zu ändern, wenn sich die Umstände in Bezug auf einen für ihren Erlass grundlegenden Sachverhalt geändert haben oder wenn die fortschreitende Entwicklung oder das Funktionieren des Binnenmarktes dies erfordern.

492 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr. 1407/2013 Art. 3 Rn. 4.

493 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr. 1407/2013 Art. 6 Rn. 1.

Die bisherige AGVO und De-minimis-VO sollten bis Ende 2020 gelten. Um für die Bewertung der bisherigen Ergebnisse und die Erarbeitung möglicher Verbesserungen genügend Zeit zur Verfügung zu haben, hat die Kommission die Geltung der AGVO und der De-minimis-VO zunächst um zwei Jahre verlängert. Im Laufe des Jahres 2020 erfolgte dann – auch unter dem Eindruck der Corona-Pandemie – eine Verlängerung bis ins Jahr 2023.⁴⁹⁴ Gleichzeitig hat sie einen „Fitness-Check“ des Beihilfenrechts eingeleitet, mit dem die AGVO und die De-minimis-VO evaluiert werden sollen. Die Mitgliedstaaten, aber auch Verbände oder sogar Privatpersonen haben in diesem Verfahren die Möglichkeit zur Stellungnahme erhalten.⁴⁹⁵ In der Folge wurde die AGVO bereits mehrfach geändert, auch für das erste Halbjahr 2022 sind weitere Änderungen geplant.⁴⁹⁶ Soweit die Änderungsvorschläge im Folgenden untersuchte Freistellungstatbestände betreffen, wird auf diese hingewiesen.

B. Förderung des Handwerks als Ganzes

In einem ersten Schritt soll der Frage nachgegangen werden, ob eine Förderung des Handwerks als Ganzes überhaupt eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Gemeint sind damit alle Unternehmen bzw. Betriebe, die in den Anwendungsbereich der HwO fallen.

494 Vgl. *Stöbner de Mora*, EuZW 2020, 635.

495 Vgl. dazu *Stöbner de Mora*, EuZW 2019, 102.

496 Änderungen erfolgten durch die VO (EU) 2020/972 der Kommission vom 02.07.2020, Abl. L 215 vom 07.07.2020, S. 3, die VO (EU) 2021/452 der Kommission vom 15.03.2021, Abl. L 89 vom 16.03.2021, S. 1, die VO (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23.07.2021, Abl. L 270 vom 29.07.2021, S. 39, zu den geplanten Änderungen vgl. den von der Kommission am 06.10.2021 unterbreiteten Vorschlag zur Änderung der AGVO, vgl. Staatliche Beihilfen: Kommission holt Stellungnahmen zum Entwurf eines Vorschlags ein, der die Durchführung staatlicher Beihilfen zur Förderung des ökologischen und des digitalen Wandels weiter erleichtern soll, Pressemitteilung, 06.10.2021, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_5027 (abgerufen am 21.01.2022).

I. Die Förderung der Beratungsleistungen der Handwerkskammern für Handwerksunternehmen als Beispielfall

Die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer ist eine der Besonderheiten des deutschen Handwerksrechts. Mit ihr gehen eine Reihe von Pflichten, aber auch Rechte bzw. Privilegien einher. Die Pflicht, die für die meisten Handwerksbetriebe am deutlichsten spürbar sein dürfte, ist die Leistung der Beiträge zur Handwerkskammer. Eines der Privilegien, die aus der Mitgliedschaft in der Handwerkskammer folgen, ist die Beratungsleistung der Handwerkskammern.⁴⁹⁷ Die Förderung dieser Beratungsleistungen dient hier als Beispiel für die Frage, ob eine Förderung des Handwerks als Ganzes als verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen ist.

Dabei werden zunächst die verschiedenen Arten der in der Praxis angebotenen Beratungen in Erinnerung gerufen und deren Adressatenkreis benannt (unten 1.). Anschließend wird dargestellt, wie Förderung bisher beihilfenrechtlich eingeordnet wird und welche Konsequenzen sich daraus ergeben (unten 2.). Abzugrenzen sind die hier untersuchten staatlich geförderten Beratungsleistungen von beitragsfinanzierten Beratungsleistungen, die nicht Untersuchungsgegenstand sind (unten 3.).

1. Zu unterscheidende Arten der Beratung

Die von den Handwerkskammern in Deutschland angebotenen Beratungsleistungen lassen sich in eine allgemeine Beratung für schon bestehende Handwerksunternehmen, die speziellere Gründungsberatung und die Beratung von Unternehmen in der Krise einteilen.

Die Beratungsangebote der allgemeinen Beratung stehen allen Handwerkern bzw. Handwerksunternehmen, unabhängig von Größe, Gewerk oder Standort, kostenfrei zur Verfügung. Sie sind auch tatsächlich nicht auf bestimmte Handwerksunternehmen beschränkt, was die große Bandbreite der erfassten Themen zeigt. Handwerksfreundliche, handwerksgerechte oder handwerksbenachteiligende Auswirkungen zeigen sich demnach im dritten Wettbewerbsverhältnis, dem zwischen Handwerksunternehmen einerseits und Unternehmen, die nicht der HwO unterfallen, andererseits. Würde man eine solche Förderung im Ergebnis nicht als verbotene Beihilfe

497 Ähnliche Beratungsleistungen werden auch von anderen Handwerksorganisationen wie Innungen, Bundesinnungsverbänden oder Kreishandwerkerschaften angeboten.

im Sinne von Art.107 Abs.1 AEUV ansehen, wäre dies eine handwerksfreundliche Auswirkung – zunächst handwerksfreundlich im Wettbewerb um öffentliche Mittel und mittelbar im Wettbewerb um Kunden. Lässt das EU-Beihilfenrecht hingegen eine Berücksichtigung der spezifischen Beratung nicht zu, ist die Auswirkung im Ergebnis handwerksbenachteiligend.

Die Gründungsberatung richtet sich hingegen nur an Handwerker, die ein Unternehmen gründen bzw. übernehmen wollen, oder an gerade neu gegründete Handwerksunternehmen. Sie steht also konzeptionell nicht sämtlichen Handwerksunternehmen bzw. Handwerkern offen, sondern nur einem bestimmten Kreis. Die Gründungsberatung bedarf deshalb einer eigenen beihilfenrechtlichen Untersuchung, die Auswirkungen zeigen sich dabei im zweiten und dritten Wettbewerbsverhältnis. Ein gerade gegründetes Handwerksunternehmen ist ungleichartig im Sinne des zweiten Wettbewerbsverhältnisses gegenüber einem schon länger am Markt etablierten Handwerksunternehmen. Zudem bestehen Wettbewerbsverhältnisse zwischen neu gegründeten Handwerksunternehmen und Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, aber vergleichbare Dienstleistungen anbieten und ebenfalls neu gegründet wurden.

Zwar bieten die Handwerkskammern meist keine spezielle Sanierungs- oder Insolvenzberatung an, dennoch beraten sie zumeist gezielt Unternehmen in der Krise. Die Notwendigkeit einer solchen Beratung ergibt sich einerseits aus dem gesetzlichen Auftrag der Handwerkskammern, das Handwerk zu fördern, wie § 90 Abs.1 und § 91 HwO zeigen. Sie ist Teil der Rechtsberatung. Andererseits folgt die Notwendigkeit einer solchen Beratung aus der Gefahr der Amtshaftung für eine unrichtige, unvollständige oder unterlassene Beratung oder gar einer strafrechtlich relevanten Mitwirkung der Berater an möglichen Insolvenzstraftaten, wenn Aufklärung bzw. Beratung nicht stattfinden.⁴⁹⁸ Der Kreis der Unternehmen, die eine solche Beratung erhalten, ist an sich zwar unbeschränkt, er ist jedoch faktisch dadurch begrenzt, dass nur Unternehmen in der Krise sie tatsächlich in Anspruch nehmen müssen und können. Auch dies bedingt eine gesonderte beihilfenrechtliche Untersuchung. Das EU-Beihilfenrecht kann sich im Ergebnis – wie bei der Gründungsberatung – im zweiten und dritten Wettbewerbsverhältnis handwerksfreundlich, handwerksgerecht oder handwerksbenachteiligend auswirken.

498 Vgl. dazu und zur Zulässigkeit nach dem RDG *Emmerich-Fritsche*, GewA 2011, 385 (385 f.).

2. Bisherige beihilfenrechtliche Einordnung der bestehenden Förderprogramme

Die aktuellen Förderprogramme der Beratung durch die Handwerkskammern lassen sich in zwei Modelle einteilen. In Modell 1 sind die Handwerkskammern sowohl Beihilfempfänger als auch Begünstigte der Förderung. Für die Voraussetzungen der AGVO bzw. der De-minimis-VO kommt es in Modell 1 folglich auf die Handwerkskammern an. In Modell 2 hingegen sind die Handwerkskammern zwar Beihilfempfänger, Begünstigte sind allerdings die Handwerksunternehmen. Die Handwerkskammern erhalten die Förderung, geben diese aber vollständig – in Form der kostenlosen Beratungsleistung – an die Handwerksunternehmen weiter. In Modell 2 kommt es für die Voraussetzungen der AGVO und der De-minimis-VO, z. B. für die Fragen des Erreichens der Grenzwerte, nur auf das einzelne Handwerksunternehmen an. Die vorliegende Arbeit widmet sich der Berücksichtigung von Handwerksunternehmen im Öffentlichen Wettbewerbsrecht, hier der Berücksichtigung im EU-Beihilfenrecht. Im beschriebenen Modell 1 sind nicht die Handwerksunternehmen Begünstigte, sondern die Handwerkskammern. Diese sind hier allerdings nicht Untersuchungsgegenstand, weshalb hier nur Förderungen auf Grundlage des zweiten Modells betrachtet werden.

Die aktuelle Förderung beruht in erster Linie auf der De-minimis-VO. Dabei gibt es zumindest aus rein dogmatischer Sicht nicht unberechtigte Bedenken an der Vereinbarkeit der De-minimis-VO mit dem EU-Primärrecht.⁴⁹⁹ Mit Blick auf die Beratungsleistungen der Handwerkskammern kann auch die Annahme, dass die EU-Kommission kleine Beihilfen nicht aufgreifen würde und Beschwerden von Konkurrenten bzw. deren Berufsorganisationen wegen des großen Aufwandes eher unwahrscheinlich wären, nicht beruhigen. Im Rahmen der Finanzierung der Beratungsleistungen der Handwerkskammern vonseiten des Bundes und der Länder handelt es sich um eine verhältnismäßig umfangreiche Förderung und einen erheblichen Beitrag zur Wettbewerbsfähigkeit des Handwerks insgesamt. Eine Beschwerde zur Kommission wäre hier zumindest denkbar, der Aufwand dürfte die Organisationen der Konkurrenz des Handwerks auch nicht abschrecken.

Zwar findet die De-minimis-VO auf die Beratung der Handwerksunternehmen durch die Handwerkskammern grundsätzlich Anwendung, aber

499 Siehe dazu oben Teil 3 A. II. 2. b.

möglicherweise schon im Rahmen der Anwendbarkeit ergeben sich eine erste Einschränkung. Gem. Art. 1 Abs. 1 lit. d) De-minimis-VO findet diese keine Anwendung auf exportbezogene Tätigkeiten, die auf Mitgliedstaaten oder Drittstaaten ausgerichtet sind. Dies betrifft Beihilfen, die unmittelbar mit den ausgeführten Mengen, mit der Errichtung und dem Betrieb eines Vertriebsnetzes oder mit anderen laufenden exportbezogenen Ausgaben in Zusammenhang stehen. Dem Wortlaut nach sind also auch außenwirtschaftliche Beratungen der Handwerkskammern von dieser Ausnahme erfasst und können nicht auf Grundlage der De-minimis-VO gefördert werden. Allerdings enthält der 9. Erwägungsgrund der De-minimis-VO eine Spezifizierung der exportbezogenen Tätigkeiten. Dort heißt es, dass Beihilfen für die Teilnahme an Messen oder für die Durchführung von Studien oder die Inanspruchnahme von Beratungsdiensten im Hinblick auf die Einführung eines neuen oder eines bestehenden Produkts auf einem neuen Markt in einem anderen Mitgliedstaat oder einem Drittstaat in der Regel nicht als Ausfuhrbeihilfen anzusehen sind.⁵⁰⁰ Damit fallen entsprechende Beratungsleistungen der Handwerkskammern nicht unter den Ausnahmetatbestand des Art. 1 Abs. 1 lit. d) der De-minimis-VO, mit der Folge, dass diese auch auf die Außenwirtschaftsberatung als Teil der allgemeinen Beratung für schon bestehende Unternehmen, aber gegebenenfalls auch als Teil der Gründungsberatung der Handwerkskammern Anwendung finden kann.

Für die Beratungsleistungen bedeutet der Grenzwert von 200.000 Euro gem. Art. 3 Abs. 2 der De-minimis-VO, dass die Beratungsleistungen nur bis zu einem Bruttosubventionsäquivalent⁵⁰¹ von 200.000 Euro pro Unternehmen von staatlicher Seite aus gefördert werden können. Zwar können die Handwerkskammern in der Summe einen deutlich höheren Betrag erhalten, sie dürfen jedoch maximal 200.000 Euro pro Unternehmen einsetzen, da nicht die Kammern selbst Begünstigte sind, sondern vielmehr das zu beratende Unternehmen. Auf den ersten Blick erscheint dieser Betrag relativ hoch und mit Blick auf die Fördersummen der bisherigen Beratung auch als ausreichend. Auf Grundlage der Beratungsförderung werden aktuell bis zu 120 Tagewerke gefördert. Ein Tagewerk besteht dabei aus 8 Stunden, die

500 So auch *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr. 1407/2013, Art. 1 Rn. 6.

501 Die Berechnung erfolgt entsprechend den Vorgaben des Art. 4 der De-minimis-VO.

mit 200 Euro gefördert werden.⁵⁰² Pro Berater beträgt die Förderung also maximal 24.000 Euro, die nicht komplett für ein Unternehmen aufgewendet werden. Zu beachten ist allerdings, dass es für die Ermittlung des Grenzwertes von 200.000 Euro nicht auf die einzelne De-minimis-Beihilfe ankommt, sondern auf sämtliche De-minimis-Beihilfen, die ein Unternehmen innerhalb des relevanten Zeitraums von drei Steuerjahren erhalten hat, vgl. Art. 3 Abs. 2 der De-minimis-VO. Nimmt das Handwerksunternehmen neben der Beratungsleistung also beispielsweise noch geförderte Bürgschaften oder Kredite an, deren Förderung ebenfalls auf der De-minimis-VO beruht, kann der Betrag von 200.000 Euro durchaus erreicht werden. In der Folge sind Handwerksunternehmen nicht nur durch den erheblichen damit verbundenen Verwaltungsaufwand möglicherweise gehemmt, die an sich niederschwellige Beratung anzunehmen, sondern auch durch das Risiko, den Betrag von 200.000 Euro zu überschreiten. Damit wäre eine Rückforderung der gesamten gewährten De-minimis-Beihilfe verbunden, nicht nur des Anteils, der die 200.000 Euro überschreitet.⁵⁰³ Gerade für kleine und mittlere Handwerksunternehmen ist dieses Zusammenspiel nicht immer erkennbar. Zudem werden die De-minimis-Bescheinigungen, beispielsweise der Beratungsleistungen, häufig erst am Jahresende ausgestellt, sodass es während des Jahres zu einer Überschreitung des Höchstbetrages kommen kann, ohne dass dies erkennbar wird. Um dies zu vermeiden, verzögert sich die Vergabe von geförderten Krediten oder Bürgschaften teils erheblich bzw. muss auf Förderungen (nachträglich) verzichtet werden.⁵⁰⁴

Die gleichen Risiken birgt das Kumulierungsverbot in Art. 5 der De-minimis-VO. Nach Abs. 2 dürfen De-minimis-Beihilfen nicht mit anderen Beihilfen, beispielsweise auf Grundlage der AGVO, von Gemeinschaftsrahmen oder Leitlinien, kumuliert werden, wenn sie dieselben förderfähigen Kosten betreffen und dadurch die höchste einschlägige Beihilfeintensität oder der höchste einschlägige Beihilfebetrags überschritten wird.⁵⁰⁵ Andere

502 Vgl. Punkt 6.3.1. der Richtlinie des BMWK zur Förderung eines Innovationsclusters im Handwerk durch ein Informations-, Beratungs- und Technologietransfernetzwerk (Know-how-Transfer im Handwerk).

503 Vgl. Art. 3 Abs. 7 der De-minimis-VO; so auch *Soltész*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, Art. 107 Rn. 602.

504 Zu einem solchen Verzicht, EuGH Urt. v. 28.10.2020 – C-608/19, BeckRS 2020, 28177 – Zennaro Giuseppe Legnami Sas di Zennaro Mauro & C.

505 Vgl. dazu *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) 1407/2013, Art. 5 Rn. 2.

Beihilfen dürfen hingegen kumuliert werden, vgl. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 De-minimis-VO. Um diesen Anforderungen zu entsprechen, ist erneuter Nachweisaufwand vonseiten der Handwerksunternehmen erforderlich.

Ein Vorteil der De-minimis-VO ist jedoch die Unabhängigkeit von Förderzielen. Es kommt bei der Förderung ausschließlich auf den Grenzwert an, nicht auf die Ziele der Förderung. Werden die De-minimis-Beihilfen also beispielsweise mit dem Ziel gewährt, durch Beratungsleistungen die Wettbewerbsfähigkeit von Handwerksunternehmen im Vergleich zu ausländischen Handwerksunternehmen oder im Vergleich zu Industrieunternehmen zu fördern, ist dies kein Verstoß gegen die Beihilferegeln des Unionsrechts. Die oben benannte Förderung der Beratungsleistungen der Handwerkskammern durch den Bund benennt die Steigerung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit dementsprechend ausdrücklich als Zweck der Förderung.⁵⁰⁶

Die Förderung auf Grundlage der De-minimis-VO bedeutet gleichzeitig aber einen erheblichen Verwaltungsaufwand für jedes einzelne Handwerksunternehmen. Bereits die Ermittlung des Grenzwertes von 200.000 Euro in einem Zeitraum von drei Steuerjahren trägt dazu bei. Zwar wurde die De-minimis-VO im Vergleich zu ihrer Vorgängerregelung schon dahingehend angepasst, dass es statt auf Kalender- auf Steuerjahre ankommt, mit dem Ziel, dass ein einfacher Blick in die Jahresabschlüsse des betreffenden Unternehmens zeigen soll, welche De-minimis-Beihilfen gewährt wurden.⁵⁰⁷ Dennoch handelt es sich bei der Frist von drei Steuerjahren um eine flexible Regelung, die erfordert, dass ab dem Zeitpunkt der relevanten Gewährung zunächst ermittelt wird, ob der Grenzwert in den vorausgehenden Steuerjahren bereits erreicht wurde. Für die Beratungsangebote der Handwerkskammern bedeutet dies, dass jeder Handwerksunternehmer zunächst die drei letzten Jahresabschlüsse einsehen muss, bevor er De-minimis-geförderte Beratungsleistungen in Anspruch nehmen kann, ohne dem Risiko eines Rückforderungsverlangens ausgesetzt zu sein. Dies führt jedenfalls zu einer Verzögerung der Inanspruchnahme von Leistungen und kann sich

506 Vgl. die Präambel der Richtlinie zur Förderung eines Innovationsclusters im Handwerk durch ein Informations-, Beratungs- und Technologietransfernetzwerk (Know-how-Transfer im Handwerk).

507 Dazu *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) Nr.1407/2013, Art. 3 Rn. 4.

auch als Hürde derart auswirken, dass eine Beratungsmöglichkeit möglicherweise überhaupt nicht in Anspruch genommen wird.⁵⁰⁸

Der erhebliche Verwaltungsaufwand ergibt sich dabei insbesondere aus Art. 6 Abs. 1 Satz 4 der De-minimis-VO, wonach das Handwerksunternehmen sämtliche De-minimis-Förderungen des laufenden und der beiden vergangenen Jahre vor Inanspruchnahme der Beratungsleistung, soweit diese aufgrund der De-minimis-Regelung gefördert werden, angeben muss. Dies bedeutet einen erheblichen Nachweisaufwand vonseiten der Handwerksunternehmen, die sämtliche erhaltenen Leistungen, einschließlich der Beratungsleistungen, nachweisen müssen.⁵⁰⁹ Auf staatlicher Seite sieht Art. 6 Abs. 1 Satz 2 der De-minimis-VO eine Vereinfachung für den Fall vor, dass die Förderung auf Grundlage einer Regelung verschiedenen Unternehmen gewährt wird. Der Mitgliedstaat kann seine Informationspflicht nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der De-minimis-VO durch Mitteilung eines Festbetrages, der dem auf der Grundlage der Regelung zulässigen Beihilfehöchstbetrag entspricht, erfüllen. Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 3 der De-minimis-VO ist dann dieser Höchstbetrag für die Berechnung des Grenzwertes von 200.000 Euro maßgeblich. Diese Regelung dient der Vereinfachung der Beihilfegewährung zugunsten einer Vielzahl von Unternehmen. Auf die hier relevanten Beratungsleistungen der Handwerkskammern, die aufgrund von Richtlinien gefördert werden, ist diese Regelung anwendbar, da sämtliche Handwerksunternehmen (zumindest eines Bundeslandes) Förderungen erhalten. Problematisch ist allerdings, dass damit der maximal zulässige Förderungsbetrag für die Berechnung des Grenzwertes maßgeblich ist und nicht der tatsächliche Wert der Beratungsleistungen. Dies kann dazu führen, dass, würde man den tatsächlichen Beratungswert zugrunde legen, weitere oder höhere andere Förderungen möglich wären, als wenn der Maximalbetrag anzusetzen ist. Diese Pflicht birgt nicht nur Verwaltungsaufwand, sondern darüber hinaus auch ein Rückforderungsrisiko. Zwar sieht Art. 6 Abs. 2 De-minimis-VO ein Zentralregister für sämtliche

508 So auch *ZDH*, Stellungnahme, Gezielte Anpassung der AGVO bei Programmen, S. 3. Der niedrighschwellige Zugang zu Beratungsleistungen ist aber Ziel beispielsweise der Förderung der Beratungsleistungen durch den Bund auf Grundlage der Richtlinie zur Förderung eines Innovationsclusters im Handwerk durch ein Informations-, Beratungs- und Technologietransfernetzwerk (Know-how-Transfer im Handwerk).

509 Daran knüpft auch eine Reformforderung des *ZDH* an, *ZDH*, Beihilfenrecht – Vereinfachungen für KMU dringend erforderlich, kompakt; vgl. auch *ZDH*, Stellungnahme, Gezielte Anpassung der AGVO bei Programmen, S. 3.

De-minimis-Beihilfen vor, das eine Kontrolle erheblich vereinfachen würde, ein solches existiert in Deutschland jedoch nicht.⁵¹⁰

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Grundlagen der bisherigen Finanzierung der Beratungsleistungen der Handwerkskammern sich handwerksbenachteiligend auswirken und insbesondere mit Blick auf den erheblichen Verwaltungsaufwand für Handwerksunternehmen diesen nicht gerecht werden. Zudem haben etwa 83 % der Betriebe, die Beratungen in Anspruch genommen haben, keine weiteren De-minimis-Beihilfen erhalten. Von den übrigen Betrieben, die weitere De-minimis-Beihilfen erhalten haben, haben 88 % den Grenzwert von 200.000 Euro nicht erreicht.⁵¹¹ Der beschriebene erhebliche Verwaltungsaufwand trifft mithin alle Handwerksunternehmen, wenngleich nur ein geringer Anteil überhaupt in den Bereich des Schwellenwertes kommt. Für diese verbleibenden Unternehmen bedeuten die Regelungen der De-minimis-VO die Errichtung teils erheblicher Hürden für die Inanspruchnahme der Beratungsleistungen. Diese widersprechen dem Sinn der Beratungen als niedrigschwelliges Angebot.

Aber auch aufseiten der Handwerkskammern, die die Beratungsleistungen anbieten, entstehen erhebliche Kosten aufgrund der Anforderungen der De-minimis-VO. Der finanzielle Aufwand lässt sich dabei auf etwa 3.000 Euro je Beratungsstelle beziffern, was einen bundesweiten Gesamtbeitrag von etwa 1,35 Mio. Euro jährlich ergibt. Dieser Betrag wird ausschließlich für die Erfüllung der Nachweis- und Dokumentationspflichten aufgewandt.

3. Beitragsfinanzierte Beratungsleistungen

Die Beratungsleistungen der Handwerkskammern, die aus Beiträgen finanziert werden, sind aus beihilfenrechtlicher Sicht nicht relevant. Nach einer Reihe von Urteilen der Unionsgerichte ist inzwischen anerkannt, dass es sich bei Leistungen von Branchenorganisationen, die aus Pflichtbeiträgen ihrer Mitglieder finanziert werden, nicht um staatliche Mittel oder Leistungen unter Inanspruchnahme von staatlichen Mitteln handelt. Entscheidend ist, dass der Staat keinen Zugriff auf die Beiträge hat und die Handwerkskammern selbst über die Beitragsverwendung entscheiden. Dass die Bei-

⁵¹⁰ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 21 der De-minimis-VO.

⁵¹¹ Vgl. dazu ZDH, Stellungnahme, Gezielte Anpassung der AGVO bei Programmen, S. 3.

träge aufgrund eines Gesetzes zu Pflichtbeiträgen werden, ändert daran ebenfalls nichts.⁵¹²

II. Der Tatbestand des Beihilfeverbots des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Wie bereits dargestellt, liegt eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, wenn es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handelt, die bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt. Zudem muss die Maßnahme geeignet sein, den Wettbewerb zu verfälschen oder zu verfälschen drohen sowie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dass es sich bei den Förderungen um staatliche Maßnahmen unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handelt, ist bei Mitteln des Bundes oder der Länder aus den Haushalten unproblematisch gegeben. Insbesondere kommt es nicht darauf an, welche staatliche Stelle die Beihilfen vergibt. Erfasst ist nicht nur der Mitgliedstaat als solcher, sondern alle Hoheitsträger, also auch Bundesländer, Kommunen oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten.⁵¹³

1. Begünstigung

Näher in den Blick rückt das Merkmal der Begünstigung. Grundsätzlich sind sämtliche Leistungen, die ein Unternehmen erhält, als Begünstigung anzusehen, wenn ihnen keine angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung gegenübersteht.⁵¹⁴ Eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jeder wirtschaftliche Vorteil eines Unternehmens. Davon erfasst werden auch Maßnahmen, die eine Belastung mindern, die

512 Vgl. zum Ganzen EuGH Urt. v. 15.07.2004 – C-345/02, Slg. 2004, I-7139 – Pearle; EuGH Urt. v. 30.05.2013 – C-677/11, EuZW 2013, 582 – *Doux Élevage*, mit Anm. *Wernicke*; *Jahn*, GewA 2014, 196; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 277 f., m. w. N.

513 Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 249.

514 Vgl. *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 28; *Bartosch*, in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 1; *Wolf*, in: Münchener Kommentar, Beihilferecht, DAWI Rn. 26.

das Unternehmen an sich zu tragen hätte.⁵¹⁵ Es kommt nicht auf die Ziele der staatlichen Maßnahme an, sondern ausschließlich auf deren Wirkungen.⁵¹⁶

Die Begünstigung durch den Staat kann dabei unmittelbar und auch mittelbar erfolgen. Eine unmittelbare Zuwendung ist etwa gegeben, wenn der Staat Handwerksunternehmen direkt Mittel zur Verfügung stellt, mit denen die Unternehmen Beratungsleistungen auf dem Markt in Anspruch nehmen können. Eine solche Förderung zielt dann aber nicht auf das Beratungsangebot der Handwerkskammern, die für die Pflichtmitglieder gerade kostenfrei sind, sondern auf Beratungsleistungen von privaten Beratungsunternehmen.⁵¹⁷

Eine mittelbare Begünstigung ist deutlich problematischer. Grundsätzlich führt jede staatliche Vorteilsgewährung zu einem indirekten Vorteil für andere Wirtschaftsbeteiligte wie etwa Zulieferer, Abnehmer, Anteilseigner oder auch Handwerker.⁵¹⁸ Würde man all diese indirekten Vorteile als Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ansehen, wäre eine uferlose Beihilfekontrolle die Folge.⁵¹⁹ Es kommt also darauf an, eine taugliche Abgrenzung zwischen solchen indirekten Vorteilen und einer tatsächlichen mittelbaren Begünstigung zu finden, auch um die Umgehung des Beihilfetatbestandes durch Zwischenschaltung Dritter zu verhindern.⁵²⁰ Die Kom-

515 St. Rspr. des EuGH, vgl. EuGH Urt. v. 23.02.1961 – 30/59, Slg. 1961, 3, 43 – De Gezamenlijke Steenkolenmijnen/Hohe Behörde; EuGH Urt. v. 15.03.1994 – C-387/92, Slg. 1994, I-877 Rn. 13 – Banco Exterior de España S. A./Ayuntamiento de Valencia; EuGH Urt. v. 07.03.2002 – C-310/99, Slg. 2002, I-2289 Rn. 51 – Italien/Kommission; EuGH Urt. v. 24.07.2003 – C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rn. 84 – Altmark Trans; aktuell EuGH Urt. v. 17.09.2020 – C-212/19, BeckRS 2020, 23025 Rn. 39 f. – Ministre de l’Agriculture et de l’Alimentation/Compagnie des pêches de Saint-Malo und EuGH Urt. v. 04.03.2021 – C-362/19 P, BeckRS 2021, 3232 Rn. 58 – Fútbol Club Barcelona; siehe auch *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 51.

516 St. Rspr. des EuGH, vgl. z. B. EuGH Urt. v. 14.01.2015 – C-518/13, EuZW 2015, 181 (182 Rn. 33) – Eventech und EuGH Urt. v. 04.03.2021 – C-362/19 P, BeckRS 2021, 3232 Rn. 61 – Fútbol Club Barcelona; dazu *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 47 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; vgl. die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i. S. d. Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) Rn. 67.

517 Zur Förderung externer Beratungsangebote siehe Teil 3 C. I. 1. a.

518 Vgl. *Soltész/Hellstern*, EuZW 2013, 489 (489).

519 Vgl. zu dieser Kritik *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 129.

520 Vgl. *Soltész/Hellstern*, EuZW 2013, 489 (489).

mission hat sich in ihrer bisherigen Praxis zwar einige – insbesondere im Infrastrukturbereich angesiedelte – Beispiele einer mittelbaren Begünstigung herausgegriffen, sie hat aber noch keine abschließenden Kriterien herausgearbeitet.⁵²¹ Klarheit besteht jedoch inzwischen darüber, dass mittelbare Begünstigungen auch vom Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst werden.⁵²² Eine mittelbare Begünstigung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Staat die wirtschaftlichen Vorteile einem Unternehmen über andere juristische oder natürliche Personen zukommen lässt. Dabei verbleibt der wirtschaftliche Vorteil nicht bei dem eigentlichen Empfänger der Leistung, sondern wird vollständig an ein anderes Unternehmen weitergegeben, das dann als (mittelbar) begünstigt anzusehen ist.⁵²³ Die bisherige Praxis der Förderung der Beratungsleistungen der Handwerkskammern basiert auf einer mittelbaren Begünstigung der Handwerksunternehmen. Zwar erhalten die Handwerkskammern die Leistung in Form von finanziellen Mitteln, diese verbleiben aber nicht bei den Kammern, sondern werden an die beratenen Handwerksunternehmen in Form der Beratung weitergegeben. Eine entsprechende Weiterleitung ist in den Förderrichtlinien vorgegeben und muss entsprechend umgesetzt und auch dokumentiert werden.⁵²⁴ In der Folge kommt es bei der Beurteilung der weiteren Kriterien des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf das jeweils einzelne Handwerksunternehmen an. Dies entspricht dem oben dargestellten zweiten Modell. Diese Art der Förderung ist auch von einer Infrastrukturförderung derart zu unterscheiden, dass zwar die Infrastruktur gefördert wird, in der Folge allerdings die Nutzer etwa durch verbesserte Nutzungsbedingungen

521 Vgl. *Soltész/Hellstern*, EuZW 2013, 489 (489 ff.) mit weiteren Beispielsbereichen, in denen Kommissionsentscheidungen ergangen sind. Anschaulich zur Problematik der mittelbaren Begünstigungen *Bartosch*, in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 129.

522 Siehe z. B. EuGH Urt. v. 19.09.2000 – C-156/98, Slg. 2000, I-6857 Rn. 26 und 27 – Deutschland/Kommission; EuGH Urt. v. 13.06.2002 – C-382/99, Slg. 2002, I-5163 Rn. 60–66 – Niederlande/Kommission; EuGH Urt. v. 28.07.2011 – C-403/10 P, Slg. 2011, I-117 Rn. 81 – Mediaset/Kommission; EuG Urt. v. 04.03.2009 – T-424/05, Slg. 2009, II-23 Rn. 136–147 – Italien/Kommission; so auch *Soltész/Hellstern*, EuZW 2013, 489 (493) und ausdrücklich *Bartosch*, in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 128.

523 Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 57.

524 Vgl. beispielhaft die Richtlinie zur Förderung eines Innovationsclusters im Handwerk durch ein Informations-, Beratungs- und Technologietransfernetzwerk (Know-how-Transfer im Handwerk), Abschnitt 6.1.

mittelbare Vorteile erlangen.⁵²⁵ Hier kommt es gerade auf eine Förderung der Handwerksunternehmen an, die nur über die Handwerkskammern als „Vermittler“ erfolgt. Das Merkmal der Begünstigung ist mithin gegeben.

2. Unternehmen und Produktionszweig

Ist das beratene Handwerksunternehmen Begünstigter der Beihilfe, so liegt das Merkmal des Unternehmens im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV unproblematisch vor. Ein Unternehmen im Sinne des EU-Beihilfenrechts ist jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform, der Art ihrer Finanzierung oder dem Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht. Der Unternehmensbegriff entspricht dabei dem des gesamten EU-Wettbewerbsrechts und ist ein funktionaler.⁵²⁶ Eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne ist bei jedem Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem Markt gegeben.⁵²⁷ Mithin sind auch Einzelhandwerker Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbs- und EU-Beihilfenrechts.

Deutlich schwieriger ist die Definition eines Produktionszweigs.⁵²⁸ Dieser zeigt, dass eine Maßnahme auch dann selektiv sein kann, wenn sie sich nicht zugunsten eines Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen auswirkt, sondern alle Unternehmen einer Branche⁵²⁹ oder alle Unternehmen einer Gewerbeart⁵³⁰ begünstigt. Der Begriff des Produktionszwei-

525 Dieser Aspekt wäre im hier aber nicht behandelten Modell I der Förderung relevant.

526 Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 11; *Wolf*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, DAWI Rn. 10, beide jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung. Zur Einheitlichkeit des Unternehmensbegriffs im gesamtem EU-Wettbewerbsrecht EuG Ur t. v. 24.03.2011 – verb. Rs. T-443/08 u. a. Rn. 117 – Flughafen Leipzig/Halle.

527 Vgl. EuGH Ur t. v. 10.01.2006 – C-222/04, Slg. 2006, I-289 Rn. 107 – Cassa di Risparmio di Firenze; EuGH Ur t. v. 01.07.2006 – C-49/07, Slg. 2006, I-4863 Rn. 21 – MOTOE; EuGH Ur t. v. 11.07.2006 – C-205/03 P, Slg. 2006, I-6295 Rn. 25 – FENIN/Kommission; aktuell EuG Ur t. v. 16.07.2014 – T-309/12, NZBau 2015, 234 (235 Rn. 51) – Zweckverband Tierkörperbeseitigung.

528 Vgl. nur beispielhaft für den Rindfleischsektor EuGH Ur t. v. 30.06.2016 – C-270/15 P, EuZW 2017, 709 – Belgien/Kommission, m. Anm. von Köckritz.

529 Etwa die Bankenbranche EuGH Ur t. v. 17.06.1999 – C-75/97, Slg. 1999, I-3671 Rn. 33 – Belgien/Kommission („Maribel“); EuGH Ur t. v. 15.12.2005 – C-148/04, EuZW 2006, 209 Rn. 45 – Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova I.

530 Vgl. dazu EuGH Ur t. v. 08.11.2001 – C-143/99, Slg. 2001, I-8365 – Adria-Wien Pipeline, dabei war die Begünstigung des produzierenden gegenüber dem Dienstleistungsgewerbe Gegenstand.

ges wird dabei weit ausgelegt und erfasst neben dem produzierenden Gewerbe auch Dienstleistungs- und Handelsunternehmen und auch die freien Berufe.⁵³¹ In der Praxis werden beispielsweise die Landwirtschaft, der Schiffbau, die Textil-, Leder- oder Uhrenindustrie ebenso wie die Fischerei als Produktionszweige angesehen.⁵³² Je nachdem, worauf man im Konkreten abstellt, kann das Handwerk als Produktionszweig angesehen werden. Orientiert man sich an den herzustellenden Produkten oder der Art der angebotenen Dienstleistungen, so dürfte das Handwerk eine ganze Reihe von verschiedenen Produktionszweigen erfassen. Stellt man aber – vergleichbar mit den freien Berufen oder der Landwirtschaft – auf die Art der Tätigkeit ab, könnte das Handwerk als eigener Produktionszweig eingeordnet werden. Eine Rechtsprechung des EuGH dazu liegt jedenfalls nicht vor. Auch wenn Art. 107 Abs. 1 AEUV das Tatbestandsmerkmal des Produktionszweigs nennt, kommt diesem aber neben dem der Unternehmen keine eigenständige Bedeutung zu, sodass die Frage der Einordnung des Handwerks offenbleiben kann. Erfassen Begünstigungen ganze Produktionszweige, so erfassen sie automatisch auch einzelne Unternehmen. Das Merkmal dient der Klarstellung, insbesondere kommt der Unterscheidung aber auch in der weiteren Prüfung keine Bedeutung zu.⁵³³

3. Selektivität

Eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt nicht vor, wenn der staatlichen Maßnahme das Merkmal der Selektivität fehlt, wenn die Begünstigung also nicht bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugutekommt. Das Merkmal dient dabei der Abgrenzung von Beihilfen zu allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahmen, die von Art. 107 ff. AEUV nicht erfasst werden.⁵³⁴

531 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 135; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 11.

532 Vgl. *EU-Kommission*, XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2002 Rn. 366 ff., abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2002/de.pdf (abgerufen am 08.03.2022).

533 So auch *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, AEUV, Art. 107 Rn. 27 und etwa *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 135.

534 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 135; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 168; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der

Für die Bestimmung der Selektivität, basierend auf dem Merkmal „bestimmter“ in Art. 107 Abs. 1 AEUV, wird zunächst zwischen territorialer und materieller Selektivität unterschieden.⁵³⁵

a. Territoriale Selektivität

Territoriale Selektivität liegt vor, wenn sich die Begünstigung innerhalb eines Mitgliedstaates auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt.⁵³⁶ Eine solche liegt jedenfalls bei einer bundesweiten Förderung aller Handwerksunternehmen nicht vor, da sämtliche Handwerker bzw. Handwerksunternehmen im Bundesgebiet von den Beratungsleistungen und mittelbar der Finanzierung dieser aus Bundesmitteln erfasst werden.

Problematisch erscheint das Merkmal der territorialen Selektivität nur bei einer Beschränkung der Förderung auf das Gebiet eines Bundeslandes. Eine solche Förderung vonseiten des Bundes wäre nach obiger Definition jedenfalls territorial selektiv. Anders zu beurteilen ist dies aber, wenn die Förderung auf Landesebene – jedenfalls bei landesweiter Förderung – erfolgt. Entscheidend ist dabei, dass der Bezugsrahmen auch das Gebiet eines Bundeslandes sein kann. In der Rechtsprechung des EuGH kommt es auf drei Kriterien an, anhand derer bestimmt werden soll, ob staatliche Regelungshoheit auf unterstaatliche Institutionen übertragen wurde.⁵³⁷ So muss die Untergliederung einen eigenen politischen und administrativen Status haben, die konkrete Maßnahme ohne Einfluss der Zentralregierung erlassen werden und es darf keinen finanziellen Ausgleich für die Maßnah-

staatlichen Beihilfe i. S. d. Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) Rn. 117.

535 *Pacher/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, 1. Teil, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 215 unterscheiden zudem noch eine zeitliche Selektivität. Auch die EU-Kommission unterscheidet nur zwischen regionaler und materieller Selektivität, vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i. S. d. Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) Rn. 119.

536 Vgl. *Koenig/Förtsch*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 84; *Bartosch*, in: Bartosch, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 156.

537 Vgl. EuGH Urt. v. 06.09.2006 – C-88/03, Slg. 2006, I-7115 Rn. 67 – Azorenurteil; vgl. auch Generalanwalt *Jaaskinen* Schlussantrag v. 07.04.2011 – verb. Rs. C-106/09 P und 107/09 P Rn. 177 ff. – Kommission/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich.

me von der Zentralregierung geben.⁵³⁸ Schon die Wortwahl zeigt, dass die Kriterien für einen eher zentralistisch geprägten Staatsaufbau eingeführt wurden, im Fall des zitierten Azorenurteils etwa für das zentralistisch verfasste Portugal. Der föderale Aufbau der Bundesrepublik Deutschland erfüllt diese Kriterien jedoch ohne Weiteres. So haben die Bundesländer einen eigenen politischen und administrativen Status, bilden vielmehr die Grundlage der Staatlichkeit. Sie können Maßnahmen ohne Einfluss der Bundesregierung bzw. des Bundesgesetzgebers erlassen und erhalten regelmäßig auch keinen Ausgleich für finanzielle Belastungen ihrer Maßnahmen. Sie finanzieren diese vielmehr aus eigenen Steuermitteln. Eine bundesstaatliche Förderung der Beratungsleistungen durch die Handwerksorganisationen ist damit nicht territorial selektiv, da der Bezugsrahmen das Gebiet des Bundeslandes ist und sämtliche Handwerksunternehmen bzw. Handwerker im Zuständigkeitsbereich einer Handwerkskammer innerhalb des Bundeslandes Zugang zu den Beratungsleistungen haben.

b. Materielle Selektivität

Materielle Selektivität hingegen liegt vor, wenn die Maßnahme geeignet ist, im Rahmen einer rechtlichen Regelung bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen Unternehmen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Maßnahme verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen oder rechtlichen Situation befinden, zu begünstigen.⁵³⁹ Selektivität kann auch dann vorliegen, wenn eine Maßnahme nicht nur allen Unternehmen eines Produktionszweiges zugutekommt⁵⁴⁰, sondern auch Unternehmen mehrerer Produktionszweige begünstigt werden, während andere ausgeschlossen sind.⁵⁴¹ Dabei kommt es nicht auf die Formulierung

538 Vgl. *Glaser*, EuZW 2009, 363; *Pacher/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, I. Teil, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 227.

539 Grundlegend EuGH Urt. v. 08.11.2001 – C-143/99, Slg. 2001, I-8365 Rn. 41 – *Adria-Wien Pipeline*.

540 Dann spricht man von sektoraler Selektivität, dazu etwa *Reiter*, EuZW 2020, 312.

541 Vgl. EuGH Urt. v. 17.06.1999 – C-75/97, Slg. 1999, I-3671 Rn. 33 – *Belgien/Kommission*; zum Fall der Erfassung von Unternehmen mehrerer Produktionszweige, EuGH Urt. v. 08.11.2001 – C-143/99, Slg. 2001, I-8365 – *Adria-Wien Pipeline*; EuGH Urt. v. 04.06.2015 – C-15/14 P Rn. 60 – *MOL*; EuGH Urt. v. 19.12.2018 – C-374/17, EuZW 2019, 209 (211 Rn. 35) – *A-Brauerei*; EuGH Urt. v. 28.03.2019 – C-173/73, Slg. 1974, 709 Rn. 33 – *Italien/Kommission für den Fall, dass alle Unternehmen eines Produktionszweiges erfasst werden*; EuGH Urt. v. 16.03.2021 – C-562/19 P, GRUR-RS 2021,

der Maßnahme als allgemeine Maßnahme an, sondern vielmehr auf deren tatsächliche Wirkung.⁵⁴²

Bei der Prüfung der Selektivität einer Maßnahme ist zunächst danach zu unterscheiden, ob es sich um eine allgemeine Beihilferegulierung oder um eine Einzelbeihilfe handelt. Bei Einzelbeihilfen liegt, sobald ein wirtschaftlicher Vorteil festgestellt werden kann, „prima facie“ eine selektive Maßnahme vor.⁵⁴³

In Rede stehen hier nur Beihilferegulierungen für das Handwerk insgesamt, am Beispiel einer Förderung der Beratungsleistungen. Die Prüfung der materiellen Selektivität muss die oben dargestellten Arten der Beratungsangebote unterscheiden.

aa. Allgemeine Beratung durch die Handwerkskammern

Der EuGH prüft die materielle Selektivität bei allgemeinen Beihilferegulierungen ganz überwiegend in drei Schritten.⁵⁴⁴ Der Dreischritt stammt ursprünglich aus der Überprüfung von Steuererleichterungen, konkret aus der Prüfung von direkten Unternehmensbesteuerungen, kann aber

4286 Rn. 28 – Polen/Kommission; EuGH Urt. v. 06.10.2021 – verb. Rs. C-53/19 P und C-65/19 P, BeckRS 2021, 29071 – Banco Santander SA u. a./Kommission.

542 Vgl. EuGH Urt. v. 22.12.2008 – C-487/06 P, Slg. 2008, I-10515 Rn. 89 – British Aggregates/Kommission; EuGH Urt. v. 08.09.2011 – C-279/08 P, Slg. 2011, I-7671 Rn. 51 – Kommission/Niederlande; EuGH Urt. v. 15.11.2011 – verb. Rs. C-106/09 P und C-107/09 P, Slg. 2011, I-11113 Rn. 87 – Kommission/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich; EuGH Urt. v. 07.11.2014 – T-399/11, BeckRS 2014, 82547 Rn. 69 – Banco Santander SA u. a./Kommission, bestätigt durch EuGH Urt. v. 06.10.2021 – verb. Rs. C-53/19 P und C-65/19 P, BeckRS 2021, 29071 – Banco Santander SA u. a./Kommission; dazu *Pacher/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, I. Teil, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 205.

543 Vgl. EuGH Urt. v. 04.06.2015 – C-15/14 P, BeckRS 2015, 80707 Rn. 60 – MOL; EuG Urt. v. 13.12.2017 – T-314/15, BeckRS 2017, 136763 Rn. 79 – Griechenland/Kommission; EuG Urt. v. 24.09.2019 – verb. Rs. T-755/15 und T-759/15, BeckRS 2019, 22317 Rn. 333 – Luxemburg und Fiat Chrysler Finance Europe/Kommission; *Bartosch*, EuZW 2017, 756 (765).

544 Vgl. EuGH Urt. v. 08.11.2001 – C-143/99, Slg. 2001, I-8365 Rn. 37 ff. – Adria-Wien Pipeline; EuGH Urt. v. 13.02.2003 – C-409/00, Slg. 2003, I-1521 Rn. 45 ff. – Spanien/Kommission; EuGH Urt. v. 29.04.2004 – C-308/01, Slg. 2004, I-4777 – GIL Insurance; EuGH Urt. v. 06.10.2021 – C-50/19 P, BeckRS 2021, 29063 Rn. 31 – Sigma Alimentos Exterior SL/Bundesrepublik Deutschland; EuG Urt. v. 20.09.2019 – T-696/17, BeckRS 2019, 22492 Rn. 127 ff. – Havenbedrijf Antwerpen NV und Maatschappij van de Brugse Zeehaven NV/Kommission.

auch auf Sachverhalte außerhalb von Steuererleichterungen übertragen werden.⁵⁴⁵ Erster Prüfungspunkt ist die Ermittlung des Bezugsrahmens, also des Rahmens, in dem der Vergleich vorgenommen werden soll. Es müssen diejenigen Unternehmen ermittelt werden, die sich in einer vergleichbaren Sach- und Rechtslage befinden, wobei es nicht auf die Regelungstechnik des Mitgliedstaates ankommt, sondern nur auf die Auswirkungen auf Unternehmen in der gleichen Sach- und Rechtslage.⁵⁴⁶ Zweitens ist festzustellen, ob zwischen diesen Unternehmen mit Blick auf die konkrete Maßnahme eine Ungleichbehandlung besteht, und drittens ist, falls eine solche Ungleichbehandlung besteht, zu ermitteln, ob die Ungleichbehandlung durch Wesen und allgemeine Struktur des Systems, dem sie angehört, gerechtfertigt werden kann.⁵⁴⁷

Der erste Schritt der Prüfung ist dabei von entscheidender Bedeutung. Die Festlegung des Bezugsrahmens hat erhebliche Auswirkungen auf die Frage der Selektivität.⁵⁴⁸ Je weiter und umfassender dieser gefasst wird,

-
- 545 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 136; *Pacher/Pieper*, in: *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, I. Teil, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 213; *Linn*, IStR 2015, 114 (116); anders *Ismer/Piotrowski*, IStR 2015, 257 (258).
- 546 Vgl. etwa EuGH Urt. v. 15.11.2011 – verb. Rs. C-106/09 P und C-107/09 P, Slg. 2011, I-11113 Rn. 87 – Kommission/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich; EuGH Urt. v. 30.06.2016 – C-270/15 P, EuZW 2016 709 (711 Rn. 44 ff.) – Belgien/Kommission, m. Anm. von *Köckritz*, der darauf hinweist, dass es der EuGH vermeiden hat, klare Orientierungshilfen, was die Vergleichbarkeit von Unternehmen angeht, zu geben und die Entscheidung des EuG eher aus verfahrensrechtlichen Gründen aufrechterhalten hat; EuGH Urt. v. 21.12.2016 – verb. Rs. C-20/15 P und C-21/15 P, EuZW 2017, 219 – Kommission/World Duty Free Group u. a.; EuGH Urt. v. 06.10.2021 – C-50/19 P, BeckRS 2021, 29063 Rn. 42 ff. – Sigma Alimentos Exterior SL/Bundesrepublik Deutschland.
- 547 Z. B. EuGH Urt. v. 29.04.2008 – C-308/01, Slg. 2004, I-4777 Rn. 65 ff. – GIL Insurance; EuGH Urt. v. 08.09.2011 – verb. Rs. C-78/08 bis C-80/08, Slg. 2011, I-7611 Rn. 49 ff. – Paint Graphos; EuG Urt. v. 07.03.2012 – T-210/02 Rn. 46–49 – British Aggregates/Kommission; vgl. auch *Koenig/Förtisch*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, AEUV, Art. 107 Rn. 87 ff.; *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 1 Rn. 136 mit leicht abweichender Aufteilung des Dreischritts; zwar nicht ausdrücklich so benennend, in der Prüfung aber ebenso *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 191.
- 548 Ausdrücklich so EuGH Urt. v. 06.10.2021 – C-52/19 P, BeckRS 2021, 29070 Rn. 42 f. – Banco Santander SA u. a./Kommission; so auch *Bartosch*, EuZW 2015, 99 (102 ff.); *Kahl/Bews*, NVwZ 2015, 1081 (1083); *Frenz*, EWS 2015, 194 (195 f.); *Bartosch*, EuZW 2017, 756 (758 ff.); auch *Koenig/Förtisch*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, AEUV, Art. 107 Rn. 88.

desto eher steht eine Ungleichbehandlung von Unternehmen und damit Selektivität im Raum. Wenn für verschiedene Unternehmen aber ein ganz unterschiedlicher Rechtsrahmen gilt, spricht dies gegen die Annahme der Vergleichbarkeit und damit gegen die Selektivität der Maßnahme.⁵⁴⁹

Nach der Kommission setzt sich das Bezugssystem aus kohärenten Vorschriften zusammen, die auf der Grundlage objektiver Kriterien generell auf alle Unternehmen Anwendung finden, die definitionsgemäß in seinen Anwendungsbereich fallen. Typischerweise werden in diesen Vorschriften nicht nur der Anwendungsbereich des Systems, sondern auch die Voraussetzungen für seine Anwendung, die Rechte und Pflichten der ihm unterliegenden Unternehmen und die technischen Aspekte seiner Funktionsweise festgelegt.⁵⁵⁰

Die bisherigen Entscheidungen der Unionsgerichte beziehen sich meist auf Steuersysteme und Maßnahmen in Form von Steuervergünstigungen für bestimmte Unternehmen.⁵⁵¹ Dort ist der entscheidende Bezugsrahmen dann das jeweilige Steuersystem, z. B. die Regelungen der Körperschaftsteuer für Unternehmen⁵⁵², innerhalb dessen einigen Unternehmen Erleichterungen gewährt werden.⁵⁵³ Der Rahmen war im konkreten Fall auf

549 So EuGH Urt. v. 08.09.2011 – verb. Rs. C-78/08 bis C-80/08, Slg. 2011, I-7611 Rn. 61 – Paint Graphos; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 171.

550 Vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i. S. d. Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) Rn. 133, allerdings zu Entlastungsbeihilfen; ebenso EuGH Urt. v. 06.10.2021 – C-52/19 P, BeckRS 2021, 29070 Rn. 48 – Banco Santander SA u. a./Kommission, auch zu Steuervergünstigungen.

551 Z. B. aus jüngerer Zeit EuGH Urt. v. 06.10.2021 – C-52/19 P, BeckRS 2021, 29070 – Banco Santander SA u. a./Kommission; EuGH Urt. v. 21.12.2016 – verb. Rs. C-20/15 P und C-21/15 P, EuZW 2017, 219 – Kommission/World Duty Free Group ua; EuGH Urt. v. 06.10.2021 – C-50/19 P, BeckRS 2021, 29063 – Sigma Alimentos Exterior SL/Bundesrepublik Deutschland; vgl. auch *Bartosch*, EuZW 2015, 99 (100).

552 Vgl. EuGH Urt. v. 08.09.2011 – verb. Rs. C-78/08 bis C-80/08, Slg. 2011, I-7611 Rn. 50 – Paint Graphos.

553 Vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i. S. d. Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) Rn. 134 mit Verweis auf EuGH Urt. v. 08.09.2011 – verb. Rs. C-78/08 bis C-80/08, Slg. 2011, I-7611 – Paint Graphos; EuGH Urt. v. 03.03.2005 – C-172/03, EWS 2005, 222 – Heiser/Finanzamt Innsbruck, in der der EuGH allerdings das Vorliegen der Selektivität annahm. Dort betraf die streitige Maßnahme jedoch nur freiberufliche Ärzte und nicht auch Vertragsärzte, die – so der EuGH – jedoch in einer vergleichbaren rechtlichen oder tatsächlichen Lage wären (Rn. 40 ff., 48); EuGH Urt. v. 29.04.2008 – C-308/01, Slg. 2004, I-4777 – GIL Insurance.

sämtliche relevanten Unternehmen, auch Genossenschaften, anwendbar. Gleichzeitig kam der EuGH aber zu dem Ergebnis, dass für Genossenschaften besondere Regelungen gelten, die sie von Handelsgesellschaften unterscheiden, sie mithin rechtlich und tatsächlich nicht in der gleichen Situation seien.⁵⁵⁴

Erheblich schwerer ist hingegen die Bestimmung eines Bezugsrahmens bei positiven Begünstigungen. Eine bereits bestehende positive unternehmens- oder produktionszweigübergreifende Begünstigung wird sich nur selten feststellen lassen.⁵⁵⁵ An einer solchen könnte dann die Begünstigung einzelner Unternehmen bzw. Produktionszweige gemessen werden.

Teilweise wird nun angenommen, dass eine solche Begünstigung schon wegen ihres Zuschnitts auf einzelne Unternehmen oder einen Produktionszweig per se selektiv ist.⁵⁵⁶ Bezugssystem – im Sinne eines hypothetischen – ist dabei eine positive Förderung aller Unternehmen oder Produktionszweige, die freilich nicht existiert. In der Folge stellt die Einführung einer Förderung (stets) eine Abweichung vom Regelfall des Nichtbestehens eines Förderrahmens dar, mit der Folge, dass eine positive Förderung einzelner Unternehmen bereits selektiv ist.⁵⁵⁷ Auf den ersten Blick lässt sich diese Ansicht auch in der Rechtsprechung des EuGH wiederfinden. So hat der EuGH in der Rechtssache „Orange/Kommission“⁵⁵⁸ von dem Merkmal der Vergleichbarkeit Abstand genommen. Dabei ging es jedoch um eine Einzelbeihilfe an ein einziges Unternehmen, die France Télécom, zur Förderung der Ruhegehälter der Beamten des Unternehmens. Wie schon oben gezeigt, ist zwischen Einzelbeihilfen und Beihilferegelungen zu differenzieren. Während Einzelbeihilfen, sobald sie eine begünstigende Wirkung haben, selektiv sind, ist dies bei Beihilferegelungen jedenfalls nicht automatisch der Fall. In der vorliegenden Untersuchung geht es aber gerade um Beihilferegelungen, sodass es weiterhin auf die Bestimmung eines Referenzrahmens als Grundlage für den Dreischritt der Selektivitätsprüfung ankommt.

Dem beschriebenen absoluten Ansatz ist auch der EuGH in der Rechtssache „Eventech“⁵⁵⁹ nicht gefolgt. Im Detail wird auf diese Entscheidung

554 Vgl. EuGH Urt. v. 08.09.2011 – verb. Rs. C-78/08 bis C-80/08, Slg. 2011, I-7611 Rn. 50 – Paint Graphos.

555 So auch *Reiter*, EuZW 2020, 312 (315).

556 So etwa *Arhold*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, Art. 107 AEUV Rn. 493.

557 Vgl. *Bartosch*, EuZW 2015, 99 (104); *Reiter*, EuZW 2020, 312, (315), lehnen diesen Ansatz ab.

558 EuGH Urt. v. 26.10.2016 – C-211/15 P, BeckRS 2016, 82540 Orange/Kommission.

559 EuGH Urt. v. 14.01.2015 – C-518/13, EuZW 2015, 181 – Eventech.

noch einzugehen sein, sie zeigt aber schon an dieser Stelle, dass der EuGH auch bei positiven Begünstigungen auf die Vergleichbarkeit abstellt und einen Bezugsrahmen zu bestimmen sucht. Zurückkehrend zu der Definition des Bezugsrahmens, die der EuGH in der Rechtssache „Adria-Wien-Pipeline“ formuliert hat, bilden den Bezugsrahmen hier diejenigen Unternehmen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Maßnahme verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen oder rechtlichen Situation befinden.⁵⁶⁰

Entscheidend für die Bestimmung des Bezugssystems ist hier damit das Handwerksrecht als besonderer Rechtsrahmen für Handwerksunternehmen, nicht etwa das gesamte Gewerberecht oder gar das Unternehmensrecht. Die zu fördernde allgemeine Beratungsleistung von Handwerksunternehmen durch die Handwerkskammern ist Teil des Handwerksrechts, sie findet ihre Grundlage in § 91 Abs. 1 HwO. Die HwO dient in ihrer Gesamtheit dazu, dem Handwerk einen speziellen Regelungsrahmen zu geben und den tatsächlichen Besonderheiten des Handwerks Rechnung zu tragen. Die Beratungsleistungen der Handwerkskammern dienen dabei unterschiedlichen Zwecken im Gefüge der HwO.⁵⁶¹ Zum einen soll die Qualität der handwerklichen Leistung gefördert werden, was zumindest einen Teilaspekt des übergeordneten Ziels darstellt, die Leistungsfähigkeit des Handwerks insgesamt zu fördern. Dabei geht es um die Funktionsfähigkeit des Handwerks und dessen Leistungen bzw. Bedeutung für die Bevölkerung, die insbesondere auch dem Allgemeininteresse dienen sollen. Mit der Handwerksnovelle 2004 wurde insbesondere die Meisterpflicht mit dem Schutz vor Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter begründet. Es zeigt sich also, dass die HwO und damit auch die Beratung der Handwerksunternehmen sowohl vor als auch nach der Novelle 2004 darauf abzielt, einen Beitrag zur sicheren und ordnungsgemäßen Erbringung von Handwerksleistungen für die Bevölkerung zu leisten. Das gilt sowohl für die Handwerke der Anlage A als auch der Anlage B. In den Beratungen zur Einführung der HwO wird kein Bezug auf die Meisterpflicht hergestellt, sondern vielmehr die HwO als Ganzes diesem Zweck unterstellt. Für die meisterpflichtigen Handwerke gilt dies seit der Novelle 2004 freilich noch mehr. Die Beratungsleistungen dienen damit insgesamt – zumindest auch – dem Verbraucherschutz. Die HwO findet generell auf alle Handwerksun-

560 Am Beispiel der Sportförderung *Reiter*, EuZW 2020, 312 (315).

561 Siehe dazu bereits oben unter Teil I C. I. I. mit den entsprechenden Nachweisen.

ternehmen Anwendung und regelt die Einordnung als Handwerksunternehmen, ebenso konkrete Rechte und Pflichten, wie beispielsweise die Meisterpflicht oder die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer.⁵⁶²

Kein Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO befindet sich diesbezüglich in einer vergleichbaren rechtlichen oder tatsächlichen Situation.⁵⁶³ Dies gilt mit Blick auf die Meisterpflicht insbesondere für zulassungspflichtige Handwerksunternehmen, aber auch für zulassungsfreie Handwerksunternehmen. Auch wenn diese den strengen Anforderungen der Meisterpflicht und den damit einhergehenden Ausbildungsanforderungen nicht unterworfen sind, sind sie in der Rechtsordnung doch von den übrigen Gewerbeunternehmen getrennt. Dies ergibt sich insbesondere aus den Anforderungen der Handwerksmäßigkeit, die auch zulassungsfreie Handwerke erfüllen. Die von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien für die Abgrenzung von Handwerksunternehmen zu Industrieunternehmen bilden dabei einen rechtlichen und tatsächlichen Rahmen, den andere Gewerbeunternehmen so nicht erfüllen. Die Handwerksmäßigkeit dient gerade der Abgrenzung und trägt den besonderen Strukturen der Handwerksunternehmen auf rechtlicher Ebene Rechnung.

Angehende Handwerker, bereits fertig ausgebildete Handwerker und Handwerksunternehmen jeder Größe und jedes Gewerks erfahren durch die HwO besondere Regelungen, wie sie in Teil 1 der vorliegenden Untersuchung herausgearbeitet wurden. Zwar gelten auch für andere Unternehmen einzelne ähnliche Regelungen wie beispielsweise die Pflichtmitgliedschaft in einer Wirtschaftskammer, so z. B. in der Industrie- und Handelskammer oder der Anwaltskammer. Ein Regelungsrahmen, der eine vergleichbare rechtliche Situation in ihrer Gesamtheit bedingt, besteht aber für keine andere Gruppe von Unternehmen. Auch tatsächlich befinden sich andere Unternehmen nicht in einer vergleichbaren Situation, schon weil die rechtlichen Rahmenbedingungen die tatsächliche Situation vorbedingen, wobei wiederum die Meisterpflicht und die Handwerksmäßigkeit beispielhaft sind.

Die zweite Frage bei der Prüfung der materiellen Selektivität – die Frage, ob Unternehmen, konkret Handwerksunternehmen, innerhalb dieses Bezugsrahmens unterschiedlich behandelt werden – lässt sich bei der allgemeinen Beratung durch die Handwerkskammern relativ klar beantworten.

562 Vgl. zu diesen Aspekten und zu weiteren Teil 1 A. und B.

563 Ähnlich *Burgi*, GewA 2018, 327 (331), allerdings im Rahmen der Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG.

Die allgemeinen Beratungsleistungen stehen rechtlich und tatsächlich allen Handwerksunternehmen offen. Wie bereits in Teil 1 herausgearbeitet, ist die allgemeine Beratung den Pflichtaufgaben der Handwerkskammern i. S. v. § 91 HwO zuzuordnen. Sie ist insbesondere nicht auf einzelne Gewerke beschränkt⁵⁶⁴ und statistisch gesehen werden die Beratungsleistungen tatsächlich auch von allen Handwerksunternehmen in regelmäßigem Zeitabstand genutzt. Im Ergebnis erweist sich die Förderung der allgemeinen Beratung durch die Handwerkskammern als nicht materiell selektiv.⁵⁶⁵ Dieses Ergebnis lässt sich unter anderem durch zwei Entscheidungen des EuGH stützen.

In der jüngeren Entscheidung ging es um die Frage der Selektivität einer Flughafenentgeltordnung. Der EuGH entschied, dass die Selektivität dieser Maßnahme nur anhand der gegenwärtigen oder potenziellen Nutzer der betreffenden Einrichtung – im entschiedenen Fall der Flughafen Lübeck und nicht anhand der Kunden anderer Unternehmen des Sektors, die ähnliche Güter oder Dienstleistungen zur Verfügung stellen, beispielsweise des Flughafens Hamburg – beurteilt werden dürfe.⁵⁶⁶

Die Entgeltordnung eines Flughafens setzt Entgelte für die Benutzung der Flughafeneinrichtungen fest, also beispielsweise für das Starten und Landen von Flugzeugen, für die Benutzung des Vorfeldes zum Abstellen von Flugzeugen oder ein Sicherheits- und Terminalentgelt. Die Gebührenordnung des Flughafens Lübeck, der zu 10 % im Eigentum der Stadt Lübeck stand, sah deutlich niedrigere Gebühren als marktüblich vor. Die Kommission war der Ansicht, dass es sich bei der Entgeltordnung um eine selektive Maßnahme handele. Sie stützte dies darauf, dass die Vorteile aus der Gebührenordnung nur den Fluggesellschaften zugutekämen, die den Flughafen Lübeck nutzten.⁵⁶⁷ Das EuG und später der EuGH hielten dem entgegen, dass die entscheidende Vergleichsgruppe bei der Nutzung von

564 So auch *Frenz*, GewA 2017, 172 (173), der zudem vor den Gefahren der Beschränkung auf einzelne Handwerksbetriebe, z. B. in Abhängigkeit von ihrer Innovationskraft, warnt.

565 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Frenz*, GewA 2017, 172 (173).

566 Vgl. EuGH Urt. v. 21.12.2016 – C-542/14 P, EuZW 2017, 195 (199 Rn. 59) – Kommission/Hansestadt Lübeck; zuvor ebenso EuG Urt. v. 09.09.2014 – T-461/12, EuZW 2014, 875 – Hansestadt Lübeck/Kommission; anders Generalanwalt *Mengozzi*, Schlussanträge v. 27.06.2013, in: EuGH Urt. v. 21.11.2013 – C-284/12 Rn. 50 ff. – Deutsche Lufthansa.

567 Vgl. EuG Urt. v. 09.09.2014 – T-461/12, EuZW 2014, 875 (877 Rn. 47) – Hansestadt Lübeck/Kommission.

öffentlichen Einrichtungen nicht sämtliche Unternehmen seien, sondern nur diejenigen, die die Einrichtung tatsächlich nutzen bzw. nutzen könnten. Innerhalb dieser Vergleichsgruppe sei dann zu prüfen, ob die Begünstigungen nur einigen oder allen zugutekämen.⁵⁶⁸ Die Ansicht der Kommission würde zu einer übermäßigen Ausweitung des Beihilfebegriffs führen. Bei den Beratungsleistungen der Handwerkskammern besteht eine vergleichbare Situation. Nur Handwerksunternehmen bzw. Handwerker können die Angebote der Handwerkskammern in Anspruch nehmen, nicht aber andere Unternehmen. Somit stellen ausschließlich die Handwerksunternehmen die Vergleichsgruppe dar, auf die es hier ankommt. Innerhalb dieser können alle Handwerksunternehmen die allgemeinen Beratungsleistungen in Anspruch nehmen.

Die beschriebene Entscheidung des EuGH reiht sich ein in eine Reihe von Entscheidungen zu Förderungen im Infrastrukturbereich. Diesen ist eine gewisse Nutzerselektivität typischerweise eigen, da nur diejenigen Unternehmen, die die Infrastruktur konkret nutzen oder nutzen können, von der Förderung begünstigt werden. Mit dem EuGH ist die Prüfung des Referenzrahmens und der erforderlichen Gleichbehandlung innerhalb dieses Referenzrahmens als entscheidendes Kriterium aber nicht auf den Infrastrukturbereich beschränkt.⁵⁶⁹

In der schon genannten Rechtssache „*Eventech*“⁵⁷⁰ ging es unter anderem um die Frage, ob die Möglichkeit der Benutzung von Busspuren nur durch London-Taxis (sog. black cabs) und nicht durch Funkmietwagen eine selektive Begünstigung der black cabs darstelle. Der EuGH war der Ansicht, dass die rechtliche und tatsächliche Situation der black cabs mit der der Funkmietwagen nicht vergleichbar sei, weshalb das Merkmal der Selektivität nicht vorläge. Zunächst betont das Gericht, dass der Vergleich nicht nur auf das Marktsegment beschränkt werden dürfe, in dem die beiden Beförderungsanbieter tatsächlich in Konkurrenz stünden. Auf das Handwerk übertragen bedeutet dies, dass der Vergleich nicht nur auf die Konkurrenzsituationen beschränkt werden darf, die Handwerksunterneh-

568 Vgl. EuGH Urt. v. 21.12.2016 – C-542/14 P, EuZW 2017 195 (199 Rn. 63 ff.) – Kommission/Hansestadt Lübeck; EuG Urt. v. 09.09.2014 – T-461/12, EuZW 2014, 875 (878 Rn. 53 und 56) – Hansestadt Lübeck/Kommission, unter Berücksichtigung früherer Rechtsprechung, deren Nichtanwendbarkeit auf den vorliegenden Fall ausführlich dargestellt wird.

569 Vgl. EuGH Urt. v. 20.12.2017 – C-70/16 P, BeckRS 2017, 136154 Rn. 61 – Comunidad Autónoma de Galicia; so auch *Soltész*, EuZW 2018, 60 (63).

570 EuGH Urt. v. 14.01.2015 – C-518/13, EuZW 2015, 181 – *Eventech*.

men und sonstige Unternehmen betrifft. Vielmehr ist die Gesamtheit des Regelungsrahmens für das Handwerk zu beachten. Der EuGH stützte die Unvergleichbarkeit der black cabs und der Funkmietwagen vor allem auf die Beförderungspflicht der black cabs, die zudem erkennbar in der Lage sein müssen, Rollstuhlfahrer zu befördern. Auch müssen ihre Fahrer die Dienstleistungen mit einem speziellen Taxameter in Rechnung stellen und über besondere Kenntnisse über die Stadt London verfügen.⁵⁷¹ Auch das Handwerksrecht stellt an Handwerksunternehmen eine Reihe von besonderen Anforderungen, die andere Unternehmen nicht treffen, insbesondere die Meisterpflicht und die Pflichtmitgliedschaft in den Handwerkskammern.

bb. Gründungsberatung

Bei der Frage, ob eine mittelbare Förderung der Gründungsberatung eine materiell selektive Maßnahme ist, ist der konzeptionelle Zuschnitt der Beratung nur auf zu gründende bzw. neu gegründete Handwerksunternehmen zu beachten.

Wie oben beschrieben, kommt es darauf an, ob sich die begünstigten Unternehmen mit nicht begünstigten Unternehmen in einer vergleichbaren rechtlichen oder tatsächlichen Lage befinden. Bezugsrahmen für die allgemeine Beratung von schon bestehenden Handwerksunternehmen war dabei das Handwerksrecht in seiner Gesamtheit unter Bezugnahme auf die Ziele der Beratung und der HwO insgesamt.

In einer Entscheidung betreffend Steuererleichterungen für neu gegründete Unternehmen, die Investitionen von über 80 Millionen ESP tätigen, mindestens 10 Arbeitsplätze schaffen und ein eingezahltes Kapital von über 20 Millionen ESP ausweisen, hat das EuG entschieden, dass es sich dabei um eine selektive Maßnahme des spanischen Staates handelt.⁵⁷² Allerdings bezieht sich das EuG dabei eher darauf, dass Unternehmen, die keine Investitionen in der entsprechenden Höhe getätigt haben, nicht von der

571 Vgl. EuGH Urt. v. 14.01.2015 – C-518/13, EuZW 2015, 181 (184 Rn. 60) – Eventech; zuvor zu staatlichen Mobilfunklizenzen ähnlich EuG Urt. v. 04.07.2007 – T-475/04, Slg. 2007, II-2097 Rn. 110 ff. – Bouygues Télécom; EuG Urt. v. 10.04.2008 – T-233/04, Slg. 2008, II-00591 Rn. 79 ff. – Niederlande/Kommission.

572 Vgl. EuG Urt. v. 23.10.2002 – T-346/99, Slg. 2002, II-4259 Rn. 53 – Diputación Foral de Álava/Kommission II.

Steuerbefreiung erfasst werden.⁵⁷³ Mithin gibt diese Entscheidung noch keinen Aufschluss darüber, ob Maßnahmen wie die Förderung der Gründungsberatung für neu gegründete oder noch zu gründende Unternehmen per se selektiv sind.⁵⁷⁴

Entscheidend ist vielmehr wiederum der Referenzrahmen für Neugründungen von Handwerksunternehmen, der auch hier das Handwerksrecht ist. Dieses stellt eine Reihe von besonderen rechtlichen Anforderungen an die Neugründung von Handwerksunternehmen. Dabei ist zunächst die wesentliche Weichenstellung zwischen zulassungspflichtigen und zulassungsfreien Handwerken zu beachten. Im Bereich der zulassungspflichtigen Handwerke ist ein Meister bzw. eine Ausnahmegenehmigung nach § 7a HwO erforderlich. Dabei sind auch Fragen der verwandten Handwerke zu beachten. Die für die Existenzgründung erforderliche Genehmigung hat dabei eine besondere Form, nämlich die Handwerksrolleneintragung. Auch Unternehmen bzw. Unternehmer eines zulassungsfreien Handwerks müssen in die entsprechenden Verzeichnisse der Handwerkskammer eingetragen werden, vgl. § 18 HwO. Damit einher geht die Erteilung einer Handwerkskarte. Beides ist so in keinem anderen Gewerbe vorgesehen. Mit der Gründung geht zudem die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer einher, die Rechte, aber auch Pflichten, insbesondere den Pflichtbeitrag, zur Folge hat. Auch Anforderungen außerhalb der HwO hängen mit dieser zusammen, zu nennen ist dabei beispielhaft die Rentenversicherungspflicht nach § 2 Nr. 8 SGB VI, die an die Eintragung in die Handwerksrolle bzw. die Erfüllung der Eintragungsvoraussetzungen anknüpft.

Handwerksbetriebe müssen zwar auch Anforderungen erfüllen, die für andere Unternehmen gelten, wie beispielsweise gesellschaftsrechtliche Anforderungen. Dennoch unterscheiden sich Unternehmensgründungen wegen der eben beschriebenen Besonderheiten im Handwerksbereich von sonstigen Unternehmensgründungen. Die Existenzgründungsberatungen der Handwerkskammern gehen auf diese speziellen Besonderheiten ein und sollen eine ordnungsgemäße Gründung sicherstellen. Das entspricht auch dem Gesetzeszweck der Gefahrenabwehr, wenn sichergestellt wird, dass bei Neugründungen die Anforderungen bekannt sind und die Einhaltung der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt wird.

573 Vgl. EuG Urt. v. 23.10.2002 – T-346/99, Slg. 2002, II-4259 Rn. 54 – Diputación Foral de Álava/Kommission II.

574 So wohl aber *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 174, die Fördermaßnahmen für Unternehmensgründer als Beispiel für selektive Maßnahmen anführen.

Im Ergebnis handelt es sich auch bei der Förderung der Gründungsberatung der Handwerkskammern nicht um eine selektive Maßnahme des Staates.⁵⁷⁵ Dem Ziel der Förderung der Gründungsberatung – die besonderen Anforderungen im Handwerk an die Gründung eines Unternehmens zu begleiten – entsprechend befinden sich keine Unternehmen in der gleichen rechtlichen oder tatsächlichen Lage wie Handwerksunternehmen. Insbesondere steht die Gründungsberatung auch sämtlichen Interessierten offen, die ein Handwerksunternehmen gründen wollen. Die Beratung ist nicht auf bestimmte Gewerke beschränkt, sondern erfasst die gesamte Anlage A und B. Mithin liegt auch hier keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

cc. Beratung von Unternehmen in der Krise

Wie schon bei der Gründungsberatung gilt auch für die Beratung von Unternehmen in der Krise, dass diese schon konzeptionell auf bestimmte Unternehmen beschränkt ist. Anders als bei der Gründungsberatung und der allgemeinen Beratung ergeben sich für Handwerksunternehmen in der Krise allerdings keine speziellen Anforderungen aus der HwO. Sie sind insoweit mit anderen Unternehmen in der Krise zu vergleichen, befinden sich diesbezüglich in einer vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Situation.

Damit ist die Förderung der Beratung von Handwerksunternehmen in der Krise, anders als die Förderung der allgemeinen Beratung und der Gründungsberatung, selektiv und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen, nämlich der Wettbewerbsverfälschung und der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, insgesamt als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren.

Das heißt jedoch noch nicht, dass eine Förderung dieser Beratungsleistungen durch den Bund und die Länder nicht möglich wäre. Jedoch kommt es bei der Möglichkeit der Förderung auf die Ausnahmemöglichkeiten der Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV an, wobei dabei eine Notifizierung etwaiger Beihilfen nach Art. 108 Abs. 1 AEUV erforderlich wäre. Der in der Praxis gangbarste Weg dürfte eine Förderung unter den Voraussetzungen der AG-VO bzw. der De-minimis-VOen sein.

575 So auch *Frenz*, GewA 2017, 172 (173).

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist die Förderung der allgemeinen und der gründungsbezogenen Beratung durch die Handwerksorganisationen in der Form, dass die Handwerksunternehmen Begünstigte sind, nicht als selektiv anzusehen und in der Folge keine verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Dies gilt unabhängig von einer Förderung auf Landes- oder Bundesebene. Anders ist dies nur für die Beratung von Unternehmen in der Krise einzuschätzen. Die Förderung der Beratungsleistungen ist dabei ein plastisches Beispiel, das sogleich einer Einordnung in den größeren Kontext der Förderung des Handwerks bedarf.

III. Einordnung dieses Ergebnisses

Ausgehend vom Beispiel der Förderung der allgemeinen Beratung, die für sämtliche Handwerksunternehmen angeboten wird, hat sich gezeigt, dass eine Förderung des Handwerks in seiner Gesamtheit möglich ist, ohne dass das EU-Beihilfenrecht zur Anwendung käme. Die Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV unter Berücksichtigung der spezifischen Rechtsordnung des Handwerksrechts führt zu einem handwerksfreundlichen Ergebnis. Es ist gerade das Handwerksrecht mit seinen Spezifika, das bei einer allgemeinen Beratung zu einem Vorteil des Handwerks im dritten Wettbewerbsverhältnis, also gegenüber solchen Unternehmen, die nicht vom Anwendungsbereich der HwO erfasst werden, führt. Es führt zu einer Besserstellung des Handwerks gegenüber anderen Unternehmen, da sie eine Beratung ermöglichen, die über handwerksrechtliche Spezifika hinausgeht. Die Beratung erfasst etwa allgemeine betriebswirtschaftliche Fragen und auch eine allgemeine Rechtsberatung ist Teil des Angebots. Das EU-Beihilfenrecht findet aber wegen der Spezifika des Handwerksrechts, die die Selektivität entfallen lassen, auf eine Förderung des Handwerks als Ganzes keine Anwendung, es ist handwerksfreundlich ausgestaltet.

Die Spezifika des Handwerksrechts sind es auch, die die Handwerksfreundlichkeit rechtfertigen. Im Rahmen der Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG kommt es zunächst auf die Bildung von Vergleichsgruppen an. Im Hinblick auf die hier zu beurteilende allgemeine Beratung bilden Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO und Handwerksunternehmen die relevanten Vergleichsgruppen. Unternehmen, die nicht der HwO unterfallen, müssen nicht diesen spezifischen Anforderungen – erinnert sei an

die Meisterpflicht, die Meisterpräsenz oder die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer – genügen. Auch wenn die allgemeine Beratung über die reine Beratung zu diesen Spezifika hinausgeht, so besteht doch meist ein Zusammenhang zur besonderen Verfasstheit des Handwerks und seines Rechtsregimes. Bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung einer etwaigen Forderung sind die Vergleichsgruppen folgerichtig auch nicht als im Wesentlichen gleich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG anzusehen.⁵⁷⁶

Bei der Gründungsberatung ist zwischen den betroffenen Wettbewerbsverhältnissen und auch zwischen den Inhalten der Beratung zu differenzieren. Im dritten Wettbewerbsverhältnis ist das EU-Beihilfenrecht in der hier vertretenen Auslegung handwerksfreundlich, soweit die Gründungsberatung die spezifischen Gründungsvoraussetzungen, die sich aus der HwO ergeben, adressiert. So sind es gerade diese spezifischen Anforderungen an die Gründung eines Handwerksunternehmens, insbesondere Meisterpflicht und Pflichtmitgliedschaft, die eine beihilfefreie Förderung ermöglichen. Es kommt dabei aber nicht zu einer Besser- oder Schlechterstellung des Handwerks, vielmehr können die Gründungsvoraussetzungen, denen nur Handwerksunternehmen genügen müssen, im Rahmen einer Förderung berücksichtigt werden. Erst bei einer Beratung, die über die Spezifika des Handwerksrechts hinausgeht, kommt es zu einer Besserstellung des Handwerks im dritten Wettbewerbsverhältnis. Nach der hier vertretenen Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV kommt auch eine Förderung solcher Beratungen in Betracht, da sich das Handwerk als Ganzes – auch bei der Gründung – in einer rechtlichen und tatsächlichen Lage befindet, die mit anderen Unternehmen nicht vergleichbar ist. Wie schon eine Förderung der allgemeinen Beratung kann ein nationales Förderprogramm auch den gleichheitsrechtlichen Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG genügen, da wiederum neu zu gründende Handwerksunternehmen bzw. solche, die gerade gegründet wurden, mit Neugründungen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO nicht im Wesentlichen gleich sind. Die besonderen Gründungsanforderungen sind es, die eine ungleiche Behandlung – eben eine Förderung nur von Handwerksunternehmen – zulassen. Dies gilt auch für Gründungsberatung, die über die Beratung hinsichtlich der spezifischen handwerksrechtlichen Anforderungen hinausgeht. Denn auch wenn sie allgemeine Fragen zur Unternehmensgründung – wie etwa der Finanzierung – erfasst, so kann sie sich nie ganz von den handwerksrechtlichen und „handwerkstatsächlichen“ Rahmenbedingungen lösen. Auch bei der Finan-

576 Ausführlich dazu *Burgi*, GewA 2018, 327 (331).

zierung der Unternehmensgründung müssen schon Fragen wie die Pflichtmitgliedschaft und der damit einhergehende Beitrag zur Handwerkskammer berücksichtigt werden. Gleiches gilt etwa für die Frage, ob der Betrieb ausbilden möchte oder nicht. Der Beratungsbedarf ist also wegen der in Teil 1 beschriebenen Spezifika des Handwerksrechts bei beiden Vergleichsgruppen nicht gleich, beide Gruppen sind in der Folge auch bei einer allgemeineren Gründungsberatung nicht im Wesentlichen gleich.

Im zweiten Wettbewerbsverhältnis zeigt sich hingegen ein handwerksgerechtes Bild. Die Möglichkeit einer Förderung von neu gegründeten Handwerksunternehmen berücksichtigt deren spezifische herausfordernde Gründungshürden gegenüber Handwerksunternehmen, die schon am Markt etabliert sind, in angemessener Art und Weise. Eine Reihe von spezifischen Anforderungen betrifft gerade die Gründung eines Handwerksunternehmens, etwa die besondere Form der Erlaubnis oder die Eintragung in die Handwerksrolle. Es bestehen zahlreiche Ausnahmemöglichkeiten, falls der Meisterpflicht nicht Genüge getan werden kann, der Betriebsinhaber benötigt eine Handwerkskarte gem. § 10 Abs. 2 HwO und auch die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer bedeutet für gründende Handwerker Neuerungen, die so für bereits bestehende Handwerksunternehmen nicht die gleichen Herausforderungen darstellen. Die Berücksichtigung dieser im Rahmen des Art. 107 Abs. 1 AEUV führt aber nicht zu einer Besser- oder Schlechterstellung von neu gegründeten gegenüber schon länger am Markt etablierten Handwerksunternehmen, die bei ihrer Gründung ebenfalls die Beratungsangebote der Handwerkskammern in Anspruch nehmen konnten.

Das hier vertretene Ergebnis hat für die Förderung des Handwerks auch enorme praktische Bedeutung. Die bisherige Praxis der Förderung auf Grundlage der De-minimis-VO erweist sich damit als unnötig. Vielmehr könnte die Finanzierung unabhängig von den Voraussetzungen der De-minimis-VO erfolgen. Bisher sind die Beratungsleistungen nur bis zu einer bestimmten Höhe, die die De-minimis-VO vorgibt, gefördert. Die übrigen Beratungsleistungen, soweit sie angeboten werden, werden aus Mitteln der Kammern, also aus Pflichtbeiträgen der Handwerksunternehmen des jeweiligen Kammerbezirks, finanziert. Gerade Handwerkskammern mit finanziell eher angespannter Lage können dementsprechend möglicherweise nicht das gleiche Angebot an Beratungsleistungen zur Verfügung stellen, wie dies finanziell gut gestellte Kammern können. Dem entspricht auch die Prärogative der Handwerkskammern hinsichtlich der Aufgabenerfüllung,

die sich freilich auch an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Handwerkskammern orientieren muss.⁵⁷⁷ Auch wenn aktuell die Beratungsleistungen noch auf einem relativ einheitlichen Niveau stattfinden und einen ähnlichen Umfang haben, besteht die Gefahr, dass sich dies in der Zukunft ändert. Zum Beispiel gehen die Handwerkskammern davon aus, dass die Überführung von 12 bisher zulassungsfreien Handwerken der Anlage B in die Anlage A zu einem Beitragswegfall führen wird.⁵⁷⁸ Einige Handwerkskammern können ihre Beiträge nur noch in relativ geringem Maße anheben, um derartige Ausfälle zu kompensieren. Ist eine weitere Anhebung nicht möglich oder nicht erwünscht, führt dies zu einer Reduzierung der Kammerleistungen, auch der Beratungsleistungen. Schon um eine bundesweit gleiche Beratungsleistung zu garantieren, müsste vonseiten des Bundes und der Länder ein Interesse daran bestehen, die Beratungsleistungen umfassender finanziell zu fördern. Dabei ist diese Förderung insgesamt dem Anwendungsbereich der Art. 107 ff. AEUV entzogen, sodass auch eine Notifizierung bei der EU-Kommission nicht erforderlich ist.

Auch für die Handwerksunternehmen ergeben sich daraus Vorteile. Beispielsweise müssten die Handwerksunternehmen nicht mehr auf die Überschreitung der Grenzwerte der De-minimis-VO achten, wenn sie Beratungsleistungen der Handwerkskammern in Anspruch nehmen. Freilich müsste weiterhin sichergestellt sein, dass die Förderung, die an die Handwerkskammern ausgezahlt wird, an das jeweilige Unternehmen vollständig weitergeleitet wird. Dennoch würde sich der bürokratische Aufwand aufseiten der Handwerksunternehmen deutlich reduzieren. Man denke in diesem Zusammenhang nur an die De-minimis-Erklärungen.⁵⁷⁹ Auch aufseiten der Handwerkskammern würde sich der Verwaltungsaufwand insbesondere in Form der De-minimis-Bescheinigung pro Beratung deutlich reduzieren lassen.

Auch wenn die wirtschaftliche Lage des Handwerks eine Förderung des gesamten Handwerks im Augenblick nicht erforderlich erscheinen lässt, so

577 Vgl. *Fröhler/Oberndorfer*, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, S. 67 ff.

578 Die Handwerkskammer für München und Oberbayern rechnet beispielsweise mit einem Rückgang von etwa 4.000 Betrieben in den nächsten 5 Jahren und damit einem Beitragsminus von ca. 600.000 EUR. Berücksichtigt werden muss dabei aber, dass die verbleibenden Betriebe wahrscheinlich einen höheren Umsatz erzielen werden.

579 In diese sind sogar bereits beantragte Beihilfen einzutragen, die noch nicht bewilligt wurden.

kann doch, gerade unter dem Eindruck der sog. Corona-Krise in Folge des COVID-19-Virus und der damit einhergehenden wirtschaftlichen Verwerfungen, eine Förderung des Handwerks in der Zukunft nicht ausgeschlossen werden. Wird eine solche Förderung dann nicht auf einzelne Gruppen von Handwerksunternehmen beschränkt, liegt mangels Selektivität keine grundsätzlich verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

Aber auch das Ergebnis hinsichtlich einer Förderung der Beratung von Handwerksunternehmen in der Krise – diese ist als selektiv und damit als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen – ist als handwerksgerecht im zweiten und dritten Wettbewerbsverhältnis einzustufen. Es kommt nicht zu einer Besserstellung des Handwerks gegenüber Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO, die sich in einer wirtschaftlichen Krise befinden. Gleichzeitig werden Handwerksunternehmen aber auch nicht schlechtergestellt. Das Rechtsregime des Handwerks stellt keine spezifischen Anforderungen an Handwerksunternehmen in der Krise, die berücksichtigt werden müssten. Dies gilt auch im zweiten Wettbewerbsverhältnis gegenüber Handwerksunternehmen, die sich nicht in einer wirtschaftlichen Krise befinden.

C. Förderung einzelner Gruppen von Handwerksunternehmen

Folgt man konsequent der oben beschriebenen Linie, so ist die Förderung von bestimmten Gruppen von Handwerksunternehmen als grundsätzlich verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen. Eine Förderung ist deshalb nicht ausgeschlossen. Sie kann jedoch nur noch auf Grundlage der Ausnahmen des Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV und nach erfolgter Notifizierung gem. Art. 108 AEUV oder auf Grundlage der AGVO bzw. der De-minimis-VO erfolgen. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt dabei auf der auch für die Praxis bedeutsamen AGVO, im Rahmen einzelner Bereiche lohnt allerdings auch der Blick in entsprechende Leitlinien der EU-Kommission, die im Falle einer Notifizierung einer Förderung zur Anwendung kommen würden.⁵⁸⁰

580 Zu den Details der Anwendung der Leitlinien und ihrer Bedeutung im Gefüge des EU-Beihilfenrechts siehe bereits oben Teil 3 A. II. 2.

I. Weitere Fördermöglichkeiten der Beratungsleistungen der Handwerkskammern für Handwerksunternehmen

Weiterhin ist aber auch eine Förderung der Beratungsleistungen auf Grundlage der Freistellungstatbestände der AGVO und der Leitlinien der Kommission von Interesse. Dieser Frage kommt eine entscheidende Bedeutung zu bei der Förderung der Beratungen von Unternehmen in der Krise oder anderer Beratungen, die nur einzelnen Gruppen von Handwerksunternehmen offenstehen oder tatsächlich zugutekommen. Dabei werden zunächst die bestehenden Möglichkeiten auf Grundlage der AGVO bzw. auf Grundlage von Leitlinien der EU-Kommission daraufhin untersucht, ob sie sich handwerksfreundlich, handwerksgerecht oder handwerksbenachteiligend auswirken (dazu 1.). Von den dabei gewonnenen Erkenntnissen sollen anschließend rechtspolitische Vorschläge abgeleitet werden (dazu 2.). Diese beziehen sich auch auf die De-minimis-VO, deren Bedeutung und Nachteile für die Förderung der Beratungsleistungen bereits oben⁵⁸¹ und auch in Teil I⁵⁸² untersucht wurden.

1. Bestehende Fördermöglichkeiten auf Grundlage der AGVO und von Leitlinien

a. Förderung von KMU für die Inanspruchnahme von Beratungsleistungen auf Grundlage des Art. 18 AGVO

Bei der Frage der Finanzierung von Beratungsleistungen der Handwerkskammern kommt zunächst Art. 18 AGVO in Betracht. Schon der Titel der Norm lässt vermuten, dass Art. 18 AGVO für Beratungsleistungen geschaffen wurde: „KMU-Beihilfen für die Inanspruchnahme von Beratungsdiensten“.

Abs. 1 formuliert, dass Beihilfen zugunsten von KMU für die Inanspruchnahme von Beratungsdiensten mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht freigestellt sind, soweit sie die Voraussetzungen des Art. 18 AGVO und die allgemeinen Voraussetzungen des Kapitels I der AGVO erfüllen. Abs. 1 dient also nur als Freistellungsregelung und Verweis auf Kapitel I der AGVO.

581 Teil 3 A. II. 2. b.

582 Unter C. I. 2.

Schon aufgrund der systematischen Stellung des Art. 18 AGVO ist zunächst Voraussetzung, dass es sich bei den geförderten Unternehmen um KMU im Sinne von Art. 2 Nr. 2 AGVO i. V. m. der in Art. 1 bis 6 AGVO-Anhang I enthaltenen Definition handelt. Mit Blick auf das Handwerk bedeutet dies, dass schon nicht sämtliche Handwerksunternehmen gefördert werden können, da – auch wenn die überwiegende Zahl der Handwerksunternehmen KMU sind – auch Handwerksunternehmen existieren, die nicht unter die KMU-Definition fallen. Würde also Art. 18 AGVO als Grundlage der Finanzierung der Beratungsangebote der Handwerkskammern herangezogen, so müssten die Beratungsangebote jedenfalls auf Handwerksunternehmen, die gleichzeitig KMU sind, beschränkt werden. Den Kammern bleibt es freilich unbenommen, das Angebot auch auf große Handwerksunternehmen auszuweiten, die Finanzierung könnte dann beispielsweise über Beiträge erfolgen, wie dies jedenfalls teilweise schon jetzt der Fall ist. Ebenfalls kommt die Gebührenerhebung in Betracht.

Der Begriff der Beratungsdienste ist in Art. 2 Nr. 62 bis 65 AGVO, die speziell auf KMU zugeschnittene Begriffsbestimmungen enthalten, nicht definiert. Art. 2 Nr. 64 AGVO enthält allerdings eine Definition von Beratungsdiensten zur Förderung der Zusammenarbeit. Dabei handelt es sich um „Beratung, Unterstützung und Ausbildung für den Wissens- und Erfahrungsaustausch und zur Verbesserung der Zusammenarbeit“. In Art. 2 Nr. 94 AGVO wird der Begriff der „Innovationsberatungsdienste“ definiert als „Beratung, Unterstützung und Schulung in den Bereichen Wissenstransfer, Erwerb, Schutz und Verwertung immaterieller Vermögenswerte sowie Anwendung von Normen und Vorschriften [...], in denen diese verankert sind“. Mit Blick auf diese beiden Definitionen ist davon auszugehen, dass der Begriff der Beratungsdienste im Sinne von Art. 18 AGVO jedenfalls die Elemente Beratung, Unterstützung und Ausbildung bzw. Schulung umfasst.⁵⁸³ Insoweit würden Beratungsleistungen der Handwerksorganisationen erfasst werden. Art. 18 Abs. 4 AGVO schließt in diesem Zusammenhang allerdings die Förderung von Beratungsleistungen aus, die fortlaufend oder in regelmäßigen Abständen in Anspruch genommen werden oder die zu den gewöhnlichen Betriebskosten des Unternehmens gehören, wie laufende Steuerberatung, regelmäßige Rechtsberatung oder Marketingberatung.

583 Vgl. auch *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 18 Rn. 3.

Nach Art. 18 Abs. 3 AGVO können jedoch nur externe Beratungsleistungen gefördert werden.⁵⁸⁴ Dies soll sicherstellen, dass keine Leistungen gefördert werden, die aufgrund einer speziellen Verbindung zwischen dem jeweiligen Beratungsdienst und dem begünstigten Unternehmen auch ohne die Beihilfe erbracht worden wären.⁵⁸⁵ Anhang I der AGVO enthält für die KMU-Definition zu berücksichtigende Partnerunternehmen und verbundene Unternehmen. Jedenfalls diese sind nicht als externe Beratungsdienste anzusehen.⁵⁸⁶ Partnerunternehmen sind gem. Art. 3 Abs. 2 des Anhangs I zur AGVO alle Unternehmen, die nicht als verbundene Unternehmen im Sinne des Absatzes 3 gelten und zwischen denen folgende Beziehung besteht: Ein Unternehmen (das vorgeschaltete Unternehmen) hält – allein oder gemeinsam mit einem oder mehreren verbundenen Unternehmen im Sinne des Absatzes 3 – 25 % oder mehr des Kapitals oder der Stimmrechte eines anderen Unternehmens (des nachgeschalteten Unternehmens). Nach Abs. 3 des Art. 3 des Anhangs I sind verbundene Unternehmen,

„die zueinander in einer der folgenden Beziehungen stehen:

- a) ein Unternehmen hält die Mehrheit der Stimmrechte der Anteilseigner oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens;*
- b) ein Unternehmen ist berechtigt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums eines anderen Unternehmens zu bestellen oder abzuwählen;*
- c) ein Unternehmen ist gemäß einem mit einem anderen Unternehmen geschlossenen Vertrag oder aufgrund einer Klausel in dessen Satzung berechtigt, einen beherrschenden Einfluss auf dieses Unternehmen auszuüben;*
- d) ein Unternehmen, das Aktionär oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens ist, übt gemäß einer mit anderen Aktionären oder Gesellschaftern dieses anderen Unternehmens getroffenen Vereinbarung die*

584 Dies bestätigt die Antwort der EU-Kommission auf Frage 96 der „Frequently Asked Questions“ betreffend die „General Block Exemption Regulation (GBER)“, Q&A to Articles 1 to 35: July 2015, Q&A to Articles 36 to 58: March 2016.

585 Vgl. *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 18 Rn. 4.

586 Vgl. *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 18 Rn. 4. Zur entsprechenden Vorgängerbestimmung *Johann*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, 4. Teil, Art. 26, 27 VO 800/2008 Rn. 2309.

alleinige Kontrolle über die Mehrheit der Stimmrechte von dessen Aktionären oder Gesellschaftern aus.“

Fraglich ist also, ob die Beratungsleistungen der Handwerkskammern als externe Beratungsleistungen anzusehen sind. Der Blick auf die Definition der Partnerunternehmen und der verbundenen Unternehmen, deren Leistungen nicht als externe Beratungsleistungen angesehen werden können, zeigt, dass eine gesellschaftsrechtliche bzw. anteilmäßige Verbindung zwischen den Unternehmen erforderlich ist, um den externen Charakter auszuschließen. Dies würde gegen die Einordnung der Handwerkskammern als interne Beratungsleistungen sprechen.

Bereits unter Berücksichtigung des Normzwecks könnte sich allerdings etwas anderes ergeben. Wie beschrieben dient Abs. 3 dazu, die Förderung von Leistungen auszuschließen, die auch ohne Beihilfe erbracht werden würden. Mit Blick auf § 91 Abs. 1 HwO, der den Handwerkskammern die Beratungsleistungen als Pflichtaufgaben zuweist, könnte man davon ausgehen, dass diese die Beratungsleistungen ohnehin auf gesetzlicher Grundlage erbringen müssten und so auch ohne Beihilfe von staatlicher Seite erbringen würden. Tatsächlich stellt die AGVO jedoch nicht auf gesetzliche Verpflichtungen ab, sondern nur darauf, ob die Beratungsleistungen von externen Anbietern geleistet werden. Der Charakter des externen Anbieters fehlt den Handwerkskammern allerdings wegen der Pflichtmitgliedschaft der Handwerksunternehmen. Durch die Pflichtmitgliedschaft besteht eine enge Verbindung zwischen den Unternehmen und den Handwerkskammern auch in Bezug auf die Beratungsleistungen, die noch über eine rein gesellschaftsrechtliche bzw. anteilmäßige Verbindung hinausgeht.⁵⁸⁷ Aus ihr ergeben sich – teilweise intensive – gegenseitige Rechte und Pflichten, die die Annahme einer engen Verbindung bedingen.

Nimmt man also an, dass zwischen den Handwerksunternehmen als Mitglieder und den Handwerkskammern eine Verbindung im Sinne des Art. 18 Abs. 3 AGVO besteht, so scheidet Art. 18 AGVO insgesamt als Grundlage einer Förderung der Beratungsleistungen der Handwerkskammern aus.⁵⁸⁸

587 So auch *Frenz*, GewA 2017, 325 (329), der nur bei der innovationsbezogenen Anfangsberatung eine Zusatzleistung sieht, die nicht unter die Ausnahme des Art. 18 Abs. 3 AGVO fallen soll.

588 Der Bund hat die Möglichkeit des Art. 18 AGVO aber auch für externe Beratungsangebote nicht genutzt, sondern stützt eine entsprechende Förderung auf die Deminimis-VO, vgl. dazu die entsprechende Rahmenrichtlinie zur Förderung unterneh-

Art. 18 AGVO ist in der oben beschriebenen Systematik im Bereich des dritten Wettbewerbsverhältnisses zu verorten, also dem Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen, die dem besonderen Regime des Handwerksrechts unterworfen sind, und solchen Unternehmen, auf die die HwO keine Anwendung findet. Der Anwendungsbereich des Art. 18 AGVO ist, was die Beratung durch die Handwerkskammern angeht, für alle Handwerksunternehmen ausgeschlossen, sodass das zweite Wettbewerbsverhältnis – etwa zwischen Handwerksunternehmen, die KMU sind, und solchen, die große Unternehmen sind – nicht bzw. noch nicht tangiert ist.

Gerade mit Blick auf die Bedeutung der Beratung durch die Handwerkskammern und die Verfügbarkeit von externen Beratern auf dem Markt führt die Beschränkung der Förderung auf externe Beratungsleistungen gem. Art. 18 Abs. 3 AGVO zu einer Handwerksbenachteiligung. Dem Realbereich der handwerklichen Beratungsleistungen wird nicht entsprechend den Spezifika im Handwerk Rechnung getragen. Bei einer unmittelbaren Förderung der Handwerksunternehmen mit dem Ziel, dass diese dann externe Beratungsleistungen in Anspruch nehmen, ergeben sich relativ hohe bürokratische Anforderungen für die Handwerksunternehmen. Wie oben bereits beschrieben, haben sie eine Reihe von Nachweisen zu erbringen, bevor sie eine Förderung auf Grundlage des Art. 18 AGVO erhalten können. Zudem besteht aufseiten der freiberuflichen Berater nur ein relativ geringes Interesse an der Beratung von Handwerksunternehmen, die meist nur einen relativ geringen und zeitlich eher begrenzten Beratungsbedarf haben. Eine Beratung ist für viele freiberufliche Berater in diesem Zusammenhang nicht wirtschaftlich oder zumindest nicht lukrativ genug. Hinzu kommt, dass das spezifische handwerksrechtliche und „handwerkstatsächliche“ Know-how bei den meisten externen Beratern nicht oder zumindest nicht im gleichen Umfang wie bei den Handwerkskammern vorhanden ist. Besonders ist auch die Ausrichtung der Beratungsleistungen auf eine eher neutrale Beratung. Die Beratung dient nicht dazu, andere Handwerksunternehmen zu verdrängen, sondern soll sämtlichen Handwerksunternehmen eine gleiche Basis für ihr Handeln bieten.

merischen Know-hows vom 28.12.2015 (BAnz AT 31.12.2015 B4) in der geänderten Fassung vom 25.03.2019 (BAnz AT 01.04.2019 B2) sowie vom 26.11.2020 (BAnz AT 07.12.2020 B2) die sich auch auf Gründungsberatungen und Beratungen von Unternehmen in der Krise bezieht.

b. Förderung der Gründungsberatung auf Grundlage des Art. 22 und 28 AGVO

Wie schon für die allgemeine Beratung soll auch für die Gründungsberatung untersucht werden, ob weitere Fördermöglichkeiten auf Grundlage der AGVO möglich sind. Dabei kommt insbesondere Art. 22 AGVO in Betracht.⁵⁸⁹

Art. 22 Abs. 2 AGVO legt die möglichen Beihilfegünstigten fest und beschränkt die Beihilfefähigkeit einer Förderung auf kleine Unternehmen. Auch erfasst werden Kleinstunternehmen im Sinne des Art. 2 der KMU-Definition in Anhang 1 zur AGVO, da diese stets kleine Unternehmen im Sinne der KMU-Definition sind. Auswirkungen dieser Einschränkung zeigen sich im zweiten hier beschriebenen Wettbewerbsverhältnis, wobei die KMU-Eigenschaft als nicht spezifisch handwerksrechtlich nicht weiter untersucht wird. Mit Blick auf die spezifische Struktur des Handwerks und gerade der handwerklichen Gründungen lässt sich Art. 22 AGVO aber trotz der Beschränkung auf kleine Unternehmen noch als handwerksgerecht einstufen. Die überwiegende Mehrzahl der handwerklichen Gründungen spielt sich im Bereich solcher kleiner Unternehmen ab.

Auch in zeitlicher Hinsicht stellt Art. 22 Abs. 2 AGVO weitere Anforderungen. Ist das Unternehmen in das Handelsregister eingetragen, so darf diese Eintragung nicht länger als fünf Jahre zurückliegen. Diese Anforderung gewinnt insbesondere Bedeutung für Handwerksunternehmen in der Rechtsform der GmbH oder AG, da diese gem. § 5 HGB zwingend in das Handelsregister einzutragen sind.⁵⁹⁰ Ist das Unternehmen – wie dies bei Handwerksunternehmen meist der Fall sein dürfte – nicht in das Handelsregister eingetragen, so ist auf den Beginn der Wirtschaftstätigkeit bzw. den Beginn der Steuerpflicht für diese Wirtschaftstätigkeit abzustellen.

Art. 22 Abs. 2 AGVO bzw. Art. 2 AGVO enthalten keine Definition des „Beginns der Wirtschaftstätigkeit“. Stellt man auf den Begriff der wirt-

589 Der Entwurf der Kommission zur Änderung der AGVO vom 06.10.2021 sieht zwar eine Änderung des Art. 22 AGVO vor, dabei handelt es sich in erster Linie aber um kleinere Anpassungen des Wortlauts, die auf die hier besprochenen Aspekte keinen Einfluss haben. Auch der neu einzufügende Abs. 6, der als neue Beihilfeform Anlaufbeihilfen in Form einer Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums und damit verbundenen Zugangsrechten von einer Forschungseinrichtung auf ein Unternehmen einführt, hat für die vorliegende Untersuchung keine Bedeutung.

590 Vgl. BGH GewA 1988, 162; Ammon, GmbHR 2004, 1578; Leisner, in: Leisner, BeckOK HwO, § 1 Rn. 51.

schaftlichen Tätigkeit im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts ab, so liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit vor, wenn das Unternehmen Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbietet.⁵⁹¹ Es kommt für den Beginn dieser Tätigkeit nur auf das Anbieten an, nicht allerdings auf die Erzielung von Verkäufen, also nicht auf (Außen-)Umsätze.⁵⁹² Im Bereich des zulassungspflichtigen Handwerks fällt dieser Zeitpunkt regelmäßig mit der Eintragung in die Handwerksrolle zusammen. Jedenfalls kann aus handwerksrechtlicher Sicht der Beginn der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts nicht vor der Eintragung in die Handwerksrolle liegen, da gem. § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO das selbstständige Betreiben eines in § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO genannten Gewerbes eine Ordnungswidrigkeit darstellt und damit handwerksrechtlich unzulässig ist. Möglich ist allerdings, dass der Beginn im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts zeitlich nach der Eintragung angesiedelt ist. Aus Rechtssicherheits- und Rechtsklarheitsgründen erscheint es allerdings sinnvoll, zur Bestimmung des Beginns der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts und im Sinne des Art. 22 Abs. 2 AGVO an die Eintragung in die Handwerksrolle anzuknüpfen. Das formale Kriterium der Eintragung kann dabei allerdings nur als widerlegliche Vermutung dienen, es muss dem Handwerksunternehmen möglich sein, den späteren Beginn der tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Streitfall – etwa durch Zeugen oder entsprechende Rechnungen – nachzuweisen. Für zulassungsfreie Gewerbe regelt § 18 Abs. 1 Satz 1 HwO, dass jeder, wer ein zulassungsfreies Handwerk als stehendes Gewerbe beginnt, dies unverzüglich der zuständigen Handwerkskammer mitzuteilen hat. Der Zeitpunkt der Mitteilung erscheint auch hier als sinnvolles (formales) Kriterium, um den Beginn der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des Art. 22 Abs. 2 AGVO zu bestimmen.

Keine Auskunft gibt der Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 AGVO darüber, ob eine Förderung auch schon vor Beginn der wirtschaftlichen Tätigkeit möglich ist. Gerade in diesem Stadium wird von den Handwerkskammern jedoch in großem Umfang Beratung angeboten, um gründungswilligen Handwerkern den Weg zur wirtschaftlichen Tätigkeit in einem Handwerk zu erleichtern. Allerdings spricht Art. 22 Abs. 3 AGVO von „Anlaufbeihilfen“, was schon darauf hindeutet, dass Beihilfen auch schon vor Beginn der

591 So *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 22 Rn. 3; von *Wendland*, in: *Münchener Kommentar*, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 21–24 Rn. 44, m. w. N. aus der Rspr.

592 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 22 Rn. 3.

wirtschaftlichen Tätigkeit gewährt werden können. Auch die in Abs. 3 genannten Beihilfeformen wie Kredit und Garantie deuten darauf hin, da diese den Beginn der Tätigkeit möglicherweise erst ermöglichen. Auch der Vergleich zu den übrigen Artikeln des 3. Abschnitts der AGVO spricht für diese Einschätzung. So setzt beispielsweise Art. 22 Abs. 5 lit. a AGVO voraus, dass das beihilfefähige Unternehmen noch auf keinem Markt tätig ist.⁵⁹³

Hinsichtlich der zeitlichen Anwendungsgrenzen des Art. 22 Abs. 2 AGVO kann mit der Eintragung in die Handwerksrolle und einer Anzeige nach § 18 Abs. 1 Satz 1 HwO an Spezifika des Handwerksrechts angeknüpft werden, gleichwohl ist auch eine Beratung vor der Gründung möglich. Art. 22 AGVO erweist sich diesbezüglich als handwerksgerecht.

Daneben ist Art. 22 AGVO auch im dritten Wettbewerbsverhältnis zu verorten. Auf Grundlage des Art. 22 AGVO können sowohl Handwerksunternehmen als auch andere Unternehmen gefördert werden. Eine entsprechende Förderung kann dementsprechend Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen Handwerksunternehmen und anderen Unternehmen haben.

Es kommt dabei grundsätzlich zu keiner Besserstellung, aber auch keiner Benachteiligung von Handwerksunternehmen, soweit die Beratung spezifische Gründungsforderungen der HwO, wie etwa die Eintragung in die Handwerksrolle oder die Meisterpflicht, adressiert. Eine Beratung zu diesen besonderen Gründungsanforderungen berücksichtigt diese in angemessener Weise, andere Unternehmen müssen diesen Anforderungen nicht genügen. Aber auch in den Bereichen, in denen die Beratung über Gründungsanforderung aus der HwO hinausgeht, kommt es – im Wettbewerbsverhältnis mit nicht handwerklich erfassten Unternehmen – zu keiner Besser- oder Schlechterstellung des Handwerks gegenüber anderen Unternehmen. Sowohl Handwerksunternehmen als auch andere Unternehmen werden von Art. 22 AGVO erfasst, eine Förderung der Beratung ist hinsichtlich beider möglich. Auch diesbezüglich ist Art. 22 AGVO handwerksgerecht. Entscheidet sich ein nationaler Fördergeber gleichwohl dazu, nur die Beratung von Handwerksunternehmen durch die Handwerkskammern zu fördern, so muss er den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 GG genügen. Vergleichsgruppen wären hier zu gründende Handwerksunternehmen einerseits und zu gründende Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs

593 von *Wendland*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 21–24 Rn. 1 bezeichnet Art. 21 und Art. 22–24 AGVO als zumindest verwandt.

der HwO andererseits. Wie oben beschrieben, kann sich auch eine allgemeine Beratung nie ganz von den handwerksrechtlichen und „handwerkstatsächlichen“ Rahmenbedingungen lösen, sodass es auch bezüglich dieser allgemeineren Beratung an einer Vergleichbarkeit von Handwerksunternehmen und Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO fehlt.

Neben Art. 22 AGVO kommt auch eine Förderung auf Grundlage des Art. 28 AGVO in Betracht, soweit es sich um Innovationsberatungsleistungen der Handwerkskammern handelt. Art. 28 AGVO ist auch im Rahmen einer Gründungsberatung anwendbar, insoweit ergeben sich keine Abweichungen zu den Fördermöglichkeiten der Innovationsberatung schon bestehender Handwerksunternehmen.

c. Förderung von Beratungsleistungen für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben auf Grundlage des Art. 25 AGVO

Eine Regelung über die Förderung von Beratungsleistungen findet sich auch in Art. 25 Abs. 3 lit. d) AGVO. Danach sind beihilfefähige Kosten von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben

„Kosten für Auftragsforschung, Wissen und für unter Einhaltung des Arm’s-length-Prinzips von Dritten direkt oder in Lizenz erworbene Patente sowie Kosten für Beratung⁵⁹⁴ und gleichwertige Dienstleistungen, die ausschließlich für das Vorhaben genutzt werden“.

Voraussetzung des Art. 25 AGVO ist zunächst, dass es sich um ein Forschungs- und Entwicklungsvorhaben handelt.

In der AGVO findet sich, wohl versehentlich⁵⁹⁵, keine Definition des Begriffs der Forschungs- und Entwicklungsvorhaben. Allerdings stehen die Regelungen des Abschnitts 4 „Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation“ der AGVO in einem engen Zusammenhang zu dem Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation⁵⁹⁶, der eine entsprechende Definition in Nr. 15 lit. cc. enthält. Danach sind Forschungs- und Entwicklungsvorhaben anzunehmen,

594 Hervorhebung durch den Autor.

595 Vgl. von Wendland, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 25–30 Rn. II. Daran hat auch die Änderung der AGVO 2020/2021 nichts geändert.

596 ABL. 2014 C 198/1.

wenn sie Tätigkeiten umfassen, die unter eine oder mehrere der FuE-Kategorien Grundlagenforschung, industrielle Forschung sowie experimentelle Entwicklung fallen und darauf abzielen, eine genau definierte unteilbare Aufgabe ökonomischer, wissenschaftlicher oder technischer Art mit klar festgelegten Zielen durchzuführen.

Art. 25 Abs. 2 AGVO erfordert zusätzlich die Zuordnung des geförderten Teils des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens zu einer der aufgeführten Kategorien. Diese sind Grundlagenforschung, industrielle Forschung, experimentelle Entwicklung und Durchführbarkeitsstudien. Wirklich genau vermag keine dieser Kategorien auf das Handwerk zu passen. Ausweislich der Definitionen in Art. 2 Nr. 84 bis 86 AGVO dient die Grundlagenforschung dem Erwerb neuen Grundlagenwissens ohne erkennbar direkte kommerzielle Anwendungsmöglichkeiten. Dabei hat die EU-Kommission in erster Linie Forschungseinrichtungen im Blick. Die industrielle Forschung dient der Entwicklung neuer Produkte, Verfahren oder Dienstleistungen oder deren wesentlicher Verbesserung. Erfasst sind dabei auch der Bau von Prototypen in einer Laborumgebung und Pilotlinien, wenn dies für die Validierung von technologischen Grundlagen notwendig ist. Auch wenn der Begriff „industrielle“ Forschung auf den ersten Blick – zumindest nach den deutschen handwerksrechtlichen Vorgaben, die Handwerk und Industrie trennen – eine Subsumtion von handwerklichen Forschungsprojekten ausschließt, muss doch der europäische Begriff der „industriellen Forschung“ weiter verstanden werden. Auf primärrechtlicher Ebene findet sich der Begriff der Industrie in Art. 173 Abs. 1 AEUV. Der darin enthaltene Industriebegriff ist weiter als der beispielsweise Deutschlands oder Großbritanniens und umfasst, insbesondere im Zusammenhang mit KMU, auch das Handwerk.⁵⁹⁷

Experimentelle Entwicklung im Sinne des Art. 25 Abs. 2 AGVO bezieht sich auf den Zeitpunkt kurz vor der Markteinführung und erfasst Erwerb, Kombination, Gestaltung und Nutzung vorhandener wissenschaftlicher, technischer, wirtschaftlicher und sonstiger einschlägiger Kenntnisse und Fertigkeiten mit dem Ziel, neue oder verbesserte Produkte, Verfahren oder Dienstleistungen zu entwickeln. Erfasst ist auch die Entwicklung kommerziell nutzbarer Prototypen und Pilotprojekte, wenn es sich dabei zwangsläufig um das kommerzielle Endprodukt handelt und dessen Herstellung allein für Demonstrations- und Validierungszwecke zu teuer wäre. Mit

597 Ausdrücklich *Gundel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV, Art. 173 Rn. 12.

Blick auf die Handwerksmäßigkeit, die unter anderem mit dem Kriterium bestimmt wird, dass Handwerksunternehmen sich durch individuelle Fertigung auszeichnen, die geprägt ist von der Kombination und Nutzung vorhandener, insbesondere technischer handwerklicher Kenntnisse und Fertigkeiten mit dem Ziel, neue oder verbesserte Produkte, Verfahren oder Dienstleistungen zu entwickeln, lässt sich handwerkliche Tätigkeit regelmäßig unter Art. 25 Abs. 2 lit. c) AGVO, die experimentelle Entwicklung, fassen.

Wie bereits eingangs beschrieben, sind in der Folge beihilfefähige Kosten auch Kosten für Beratungen oder gleichwertige Dienstleistungen, die ausschließlich für das Vorhaben genutzt werden. Damit ist eine Förderung insbesondere der technischen Beratung, aber ggf. auch der Rechtsberatung im Zusammenhang mit den Forschungs- und Entwicklungsvorhaben im Bereich der „industriellen Forschung“ und der „experimentellen Entwicklung“ für Handwerksunternehmen möglich.

Art. 25 AGVO lässt sich in Bezug auf die Beratungsförderung im Bereich der „industriellen Forschung“ sowie der „experimentellen Entwicklung“ dem dritten Wettbewerbsverhältnis zuordnen. Es können sämtliche Handwerksunternehmen gefördert werden, da an die Handwerksmäßigkeit, die bei allen Handwerksunternehmen gleichsam Wesensmerkmal ist, angeknüpft wird. In der Folge kommen Auswirkungen – zumindest durch die Ausgestaltung des Art. 25 AGVO bedingte – im zweiten Wettbewerbsverhältnis gegenüber anderen Handwerksunternehmen nicht in Betracht.

Innerhalb des dritten Wettbewerbsverhältnisses kommt es dann weder zu einer Besserstellung von Handwerksunternehmen noch zu einer Benachteiligung aufgrund rechtlicher Besonderheiten. Vielmehr kann die Handwerksmäßigkeit wie gezeigt ihrer Bestimmtheit nach berücksichtigt werden, weshalb sich die Ausgestaltung von Art. 25 AGVO als handwerksgerecht erweist.

d. Förderung von Beratungsleistungen als Innovationstätigkeiten auf Grundlage des Art. 28 AGVO

Eine Förderung von Beratungsleistungen für einzelne Gruppen von Handwerksunternehmen kommt auch auf Grundlage des Art. 28 AGVO in Betracht.

Dieser erfasst verschiedene Innovationstätigkeiten, gem. Art. 28 Abs. 2 lit. c) AGVO auch Innovationsberatungsdienste und innovationsunterstützende Dienstleistungen. Das umfasst unter anderem die Beratung, Unterstützung und Schulung in den Bereichen Wissenstransfer, Erwerb, Schutz und Verwertung immaterieller Vermögenswerte sowie Anwendung von Normen und Vorschriften, in denen diese verankert sind.⁵⁹⁸ Ziel der Regelung ist es, die Nachfrage nach den Innovationsfaktoren Personal, Patente und Innovationsdienstleistungen zu erhöhen und damit die Schaffung von innovationsfreundlichen Bedingungen zu begünstigen.⁵⁹⁹

Damit werden die Beratungsleistungen im Bereich der Innovationsberatung durch die Handwerkskammern von Art. 28 AGVO erfasst. Eine solche Förderung erfolgt in der Praxis insbesondere für die sog. Beauftragten für Innovation und Technologie (BIT) auf Grundlage der Richtlinie zur Förderung eines Innovationsclusters im Handwerk durch ein Informations-, Beratungs- und Technologietransfernetzwerk (Know-how-Transfer im Handwerk) vom 10. Januar 2017.

Wegen seiner grundsätzlichen Beschränkung auf KMU lässt sich Art. 28 AGVO wie auch schon Art. 22 AGVO zunächst dem zweiten hier beschriebenen Wettbewerbsverhältnis zuordnen. Gleichwohl ist die Förderung nicht von vornherein auf Handwerksunternehmen oder andere Unternehmen beschränkt, sodass sich auch Auswirkungen im dritten Wettbewerbsverhältnis zwischen Handwerksunternehmen und solchen Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, ergeben.

Dabei lässt sich keine Besser- oder Schlechterstellung von Handwerksunternehmen erkennen. Vielmehr kann mit einer Förderung von Beratungsleistungen im Innovationsbereich auf Grundlage des Art. 28 AGVO auf die Faktoren eingegangen werden, die ohnehin bereits Grundlage der hohen Innovationskraft des Handwerks sind. Dies sind Merkmale wie eine geringe Betriebsgröße, flache Hierarchien, Flexibilität und nicht zuletzt gut qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zielt Art. 28 AGVO gerade auch auf den Wissenstransfer, so kann eine geförderte Beratung etwa das Institut der ÜLU, dessen Funktion die Übertragung und betriebliche Implementierung neuen Wissens ist, erfassen. Art. 28 AGVO ermöglicht es also, gezielt auf Innovationsfaktoren des Handwerks einzugehen.

598 Vgl. die Definition von Innovationsdiensten, Art. 2 Nr. 94 AGVO, und Innovationsunterstützenden Dienstleistungen, Art. 2 Nr. 95 AGVO. Dazu auch *von Wendland*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 25–30 Rn. 28.

599 Vgl. *von Wendland*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 25–30 Rn. 28.

e. Förderung auf Grundlage der Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten

Ausweislich des Art. 1 Abs. 4 lit. c) AGVO, ergänzt durch den Erwägungsgrund 14 der AGVO, sollen Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten gerade nicht unter die AGVO fallen, um nicht die besonderen Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten⁶⁰⁰ zu umgehen.⁶⁰¹ Eine Förderung der Beratung der Gruppe von Handwerksunternehmen, die sich in einer Krise bzw. in Schwierigkeiten befinden, kommt demnach nur auf Grundlage dieser Leitlinien in Betracht.

Anders als die AGVO dienen Leitlinien dazu, das Ermessen der Kommission im Rahmen des Ausnahmetatbestandes des Art. 107 Abs. 3 AEUV zu konkretisieren und Entscheidungen der Kommission vorhersehbarer zu machen. Grundlage für Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten ist dabei Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.⁶⁰² Ziel der Leitlinien ist dabei unter anderem die Förderung eines nachhaltigen, intelligenten und inklusiven Wachstums in einem wettbewerbsfähigen Binnenmarkt.⁶⁰³

Zunächst ist freilich Voraussetzung, dass überhaupt ein Unternehmen vorliegt, das in Schwierigkeiten ist. Nach der Kommission gilt ein Unter-

600 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01). Die Geltungsdauer dieser wurde mit der Mitteilung der Kommission über die Verlängerung und Änderung der Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014–2020, der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020, der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, der Mitteilung — Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, der Mitteilung der Kommission — Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation und der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf die kurzfristige Exportkreditversicherung (2020/C 224/02) bis zum 31.12.2023 verlängert, vgl. Nr. 12.

601 Die nur zeitweisen Ausnahmen von dieser Regel aufgrund der Corona-Pandemie bleiben hier außer Betracht, vgl. dazu *Soltész*, EuZW 2021, 5 (10).

602 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 1.

603 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 3 lit. a).

nehmen als in Schwierigkeiten, wenn es auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher zur Einstellung seiner Geschäftstätigkeit gezwungen sein wird, wenn der Staat nicht eingreift.⁶⁰⁴ Grundsätzlich kommen neu gegründete Unternehmen in den ersten drei Jahren nicht für Förderungen auf Grundlage der Leitlinien in Betracht.⁶⁰⁵ Dabei gilt allerdings für KMU eine Ausnahme, wenn das Unternehmen bereits Gegenstand eines Insolvenzverfahrens ist oder die Voraussetzungen eines Insolvenzverfahrens gegeben sind.⁶⁰⁶

Die Leitlinien unterscheiden drei Arten von Beihilfen: Rettungsbeihilfen, Umstrukturierungsbeihilfen und vorübergehende Umstrukturierungsbeihilfen. Für die Beratungsförderung kommen dabei nur Umstrukturierungsbeihilfen in Betracht, denn nur für diese geben die Leitlinien keine Beihilfeart vor. Rettungsbeihilfen beispielsweise müssen vorübergehende Liquiditätshilfen in Form von Darlehensbürgschaften oder Darlehen sein, vgl. Nr. 55 lit. a) der Leitlinien. Vorübergehende Umstrukturierungsbeihilfen sind ebenfalls Liquiditätshilfen und scheiden deshalb für die Beratungsförderung gleichsam aus. Bei den Umstrukturierungsbeihilfen räumt die Kommission den Mitgliedstaaten hingegen einen Entscheidungsspielraum ein. Nach Nr. 58 der Leitlinien können die Mitgliedstaaten über die Form der Umstrukturierungsbeihilfen selbst entscheiden. Dabei kommt auch eine Beratungsförderung, sowohl in unmittelbarer als auch in mittelbarer Form, in Betracht.

Aber auch eine Umstrukturierungsbeihilfe in Form der Beratungsförderung muss den allgemeinen Anforderungen der Leitlinien genügen. Sie muss insbesondere mit dem Binnenmarkt vereinbar sein. Die Kommission prüft dabei, ob ein Beitrag zu einem genau definierten Ziel von gemeinsamem Interesse geleistet wird, ob die staatliche Maßnahme notwendig und geeignet ist. Zudem ist ein Anreizeffekt erforderlich und die Beihilfe muss

604 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 20, weitere Spezifikationen finden sich ebenfalls in Nr. 20 für unterschiedliche gesellschaftsrechtliche Modelle; darauf Bezug nehmend etwa EuGH *Urt. v. 27.01.2022 – C-347/20*, *EuZW* 2022, 182 (184 Rn. 49) – *SIA 'Zinātnes parks'/ Finanšu ministrija*.

605 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 21.

606 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 24 lit. b) i. V. m. Nr. 20 lit. c).

angemessen sein, übermäßige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten vermeiden sowie transparent gewährt werden.⁶⁰⁷

Zunächst muss also ein Beitrag zu einem genau definierten Ziel von gemeinsamem Interesse geleistet werden. Allein die Verhinderung des Marktaustritts reicht dabei nicht aus, da das Verlassen des Marktes bei der Erzielung eines Produktivitätswachstums eine wichtige Rolle spielen. Es kommt vielmehr darauf an, dass durch die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität des Unternehmens erhebliche soziale Härten vermieden werden oder ein Marktversagen behoben wird, das entstände, wenn das Unternehmen aus dem Markt ausscheidet.⁶⁰⁸ Wann eine solche erhebliche soziale Härte oder ein Marktversagen vorliegt, ist in nicht abschließender Weise in Rn. 44 der Leitlinien genannt. Dabei sind insbesondere lit. b) und f) für das Handwerk von Interesse. Der Mitgliedstaat hat das Vorliegen nachzuweisen und die Kommission nimmt diese Aspekte sehr ernst. Regelmäßig ist eine kontradiktorische Studie der Situation mit und ohne die Umstrukturierungsbeihilfe erforderlich.⁶⁰⁹

Nach Nr. 44 lit. b) liegen eine erhebliche soziale Härte bzw. ein Marktversagen vor, wenn die Gefahr einer Unterbrechung der Erbringung eines wichtigen Dienstes gegeben ist, der nur schwer zu ersetzen ist, wobei es für Wettbewerber schwierig wäre, die Erbringung der Dienstleistung einfach zu übernehmen. Die Kommission nennt dabei nationale Infrastrukturanbieter als Beispiel. Im Bereich des Handwerks dürfte im Augenblick eine solche Situation noch nicht bestehen. Es ist allerdings denkbar, dass die Versorgung mit Handwerksunternehmen insbesondere in ländlichen Gegenden weiter abnimmt, sodass dort das Ausscheiden eines Handwerksunternehmens aus dem Markt zu einer Unterbrechung der handwerklichen Dienste, etwa im Lebensmittelhandwerk, führen kann.⁶¹⁰ In einer solchen Situation wären Umstrukturierungsbeihilfen, gerichtet auf die Beratungsförderung von Handwerksunternehmen, denkbar.

607 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 38.

608 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 43.

609 Vgl. dazu *Schütte/Werner*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, R&U-Leitlinien Nr. 11 und 13, die von erforderlicher Fantasie der Ökonomen und Anwälte sprechen.

610 Eine ähnliche Befürchtung beschreibt *Burgi*, GewA 2018, 327 (327 f.).

Nr. 44 lit. f) der Leitlinien sieht erhebliche soziale Härten oder ein Marktversagen, wenn das Ausscheiden des betroffenen Unternehmens aus dem Markt zu einem unwiederbringlichen Verlust wichtiger technischer Kenntnisse und Fachkompetenzen führen würde. Gerade im Bereich des Kulturgüterschutzes existieren häufig nur sehr wenige, hoch spezialisierte Handwerksunternehmen, die dem Meister-Schüler-Prinzip folgend wichtige technische Kenntnisse und Fachkompetenzen erhalten haben, die möglicherweise nicht ohne Weiteres neu erlernt oder erschlossen werden können.⁶¹¹ Auch in diesem Bereich wäre mithin eine Umstrukturierungsbeihilfe in Form einer Beratungsförderung denkbar, gerichtet auf die Beratung des Handwerksunternehmens in der Krise.

Die Kommission hat jedoch auch erkannt, dass das Ausscheiden von KMU aus einem Markt weniger wahrscheinlich erhebliche soziale Härten oder ein Marktversagen zur Folge hat.⁶¹² Sie sieht es aber als besorgniserregend an, dass es bei KMU zu einer Wertvernichtung kommen kann, obwohl diese mit Umstrukturierungsbeihilfen vermieden werden könnte. Der Mitgliedstaat muss in der Folge beim Erlass einer Beihilferegelung nur feststellen, dass es wahrscheinlich zu sozialen Härten käme oder ein Marktversagen zur Folge hätte, wenn das KMU den Markt verlässt. Wiederum nennt die Kommission hier einige Beispielfälle. Nach Nr. 107 lit. b) sind soziale Härten oder ein Marktversagen wahrscheinlich, wenn der Marktaustritt eines Unternehmens mit umfangreichen Verbindungen zu anderen lokalen oder regionalen Unternehmen, insbesondere zu anderen KMU, negative Folgen hätte. Gerade im Bereich des Bau- und Ausbauhandwerks spielt das Zusammenspiel verschiedener Gewerke und Handwerksunternehmen eine entscheidende Rolle. Wenn in diesem Bereich ein Handwerksunternehmen ausscheidet, kann dies häufig zu negativen Folgen in Form von Verzögerungen der Projekte führen, die in der Folge auch eine Verzögerung für die anderen Gewerke bedeuten können. Gerade bei eng kalkulierten Bauprojekten kann eine solche Verzögerung KMU bereits in wirtschaftliche Bedrängnis bringen.

Bei sämtlichen Umstrukturierungsbeihilfen ist grundsätzlich ein Umstrukturierungsplan zur Herstellung der langfristigen Rentabilität erforderlich. Konkret fordert die Kommission dabei, dass finanzielle Leistungen

611 Siehe dazu bereits Teil I C. VI. 2.

612 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 107.

nicht nur frühere Verluste decken dürfen, ohne dass auch die Ursachen der Verluste angegangen werden. Dazu ist ein realistischer, kohärenter und weitreichender Umstrukturierungsplan erforderlich. In ihm müssen realistische Annahmen verarbeitet werden und die allgemeinen und spezifischen Schwierigkeiten des konkreten Unternehmens genannt werden. Zudem muss aufgezeigt werden, wie diese Probleme konkret behoben werden sollen. Dabei können Angaben zur Organisationsstruktur, zur Finanzierung oder anderen relevanten Aspekten gemacht werden. Zudem sind ein Basis- und ein Worst-Case-Szenario erforderlich, die auf einer Marktstudie beruhen.⁶¹³ Auf den ersten Blick erscheint ein solcher Plan, gerade für KMU, kaum durchführbar. Tatsächlich enthält Nr.108 der Leitlinien für KMU eine Erleichterung dahingehend, dass sie keine Marktstudien durchführen müssen. Zudem geht es hier um Beratungsleistungen der Handwerkskammern, die mit spezialisiertem Personal schon jetzt umfassende und sachlich fundierte Beratungen für Unternehmen in der Krise anbieten. Die Erstellung eines solchen Plans ist für die Berater gemeinsam mit den Unternehmen durchaus machbar und entspricht in Teilen ohnehin der bisherigen Praxis. Bei der Förderung der Beratungsleistungen geht es zudem gerade nicht nur um die Auszahlung finanzieller Mittel zum bloßen Ausgleich vergangener Verluste, sondern gerade darum, die Ursachen dieser Verluste anzugehen. Die Beratung durch die Handwerkskammern entspricht gerade dem Zweck, den die Kommission mit einem Umstrukturierungsplan erreichen will.

Des Weiteren müssen die Umstrukturierungsmaßnahmen von staatlicher Seite auch notwendig sein.⁶¹⁴ Dabei muss der Mitgliedstaat, der eine Umstrukturierungsbeihilfe plant, in einem Vergleich mit realistischen alternativen Szenarien aufzeigen, dass die staatliche Maßnahme notwendig ist und das gleiche Ziel nicht auf anderem Weg erreicht werden kann. Mit Blick auf die besondere Qualität der Beratung durch die Handwerkskammern bei der Beratung von Handwerksunternehmen können insbesondere private Berater kein gleichwertiges Beratungsangebot bieten. Auch wenn aktuell eine Finanzierung der Beratung über die Beiträge der Mitglieder der

613 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 45 bis 52.

614 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 53.

Handwerkskammern noch gesichert erscheint, kann sich durchaus beim Wegfall eines Teils dieser Beiträge etwas anderes ergeben.⁶¹⁵

Die Umstrukturierungsbeihilfen müssen auch geeignet sein. Zwar nennt die Leitlinie in Nr. 58 in erster Linie rein finanzielle Lösungen wie Darlehen und Darlehensbürgschaften, sie eröffnet aber, wie bereits angesprochen, den Mitgliedstaaten eine Wahlmöglichkeit, was die Form der Umstrukturierungsbeihilfe angeht. Bei Handwerksunternehmen ergeben sich Schwierigkeiten und Krisen nicht nur aufgrund von Liquiditäts- oder Solvenzproblemen, sondern häufig auch aufgrund (vorübergehender) unternehmerischer Fehlsteuerungen. Hierbei erscheint die Beratung durch die Handwerkskammern als geeignet, gerade diese Probleme nachhaltig anzugehen, um die langfristige Rentabilität des Unternehmens wiederherzustellen.

Des Weiteren erfordert eine Umstrukturierungsbeihilfe auf Grundlage der Leitlinien einen Anreizeffekt, der Mitgliedstaat muss nachweisen, dass das begünstigte Unternehmen ohne die Beihilfe so umstrukturiert, veräußert oder abgewickelt würde, dass das Ziel von gemeinsamem Interesse nicht erreicht würde.⁶¹⁶ Die Beihilfe muss darüber hinaus angemessen sein, d. h., sie muss sich auf das erforderliche Minimum beschränken und es sind Eigenanteile nach Nr. 62–64 zu erbringen. Da die meisten Handwerksunternehmen kleine Unternehmen im Sinne der Leitlinien sind, ist regelmäßig ein Anteil von 75 % der Beraterkosten förderfähig.⁶¹⁷ Zusätzlich sind Maßnahmen zur Begrenzung von Wettbewerbsverfälschungen zu treffen, um die nachteiligen Auswirkungen der Beihilfe auf die Handelsbedingungen so weit wie möglich abzuschwächen und die positiven Folgen überwiegen zu lassen.⁶¹⁸ Dabei handelt es sich in erster Linie um strukturelle

615 Siehe dazu die Ausführungen in Teil I C. I. 2.

616 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 59.

617 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. III.

618 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 76.

Maßnahmen, wie die Veräußerung und Verkleinerung von Geschäftsanteilen, wobei bei KMU Ausnahmen gelten.⁶¹⁹

Im Ergebnis kommen Umstrukturierungsbeihilfen in Form der Förderung von Beratungsleistungen für Unternehmen in Schwierigkeiten durch die Handwerkskammern in mehreren Bereichen in Betracht. Zum einen kann sich eine Situation ergeben, in der ländliche Räume nur noch schlecht mit handwerklichen Leistungen versorgt werden und ein Ausscheiden eine Unterbrechung der Versorgung bedeuten würde. Zum anderen kommen Beihilfen für Handwerksunternehmen im Bereich der Erhaltung des kulturellen Erbes in Betracht und zuletzt, gestützt auf die Vereinfachung bei KMU, möglicherweise Beihilfen in Bereichen, in denen mehrere Handwerksunternehmen sehr eng zusammenarbeiten und der Ausfall eines Unternehmens negative Folgen auch für die anderen Unternehmen hätte. Dies ist etwa im Baubereich denkbar.

Die Förderung von Beratungsleistungen für Unternehmen in der Krise auf dieser Grundlage lässt sich sowohl dem zweiten als auch dem dritten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis zuordnen. Hinsichtlich einer Förderung von KMU ist das zweite Wettbewerbsverhältnis erfasst, die KMU-Eigenschaft als Kriterium bleibt hier aber außer Betracht. Bei einer Förderung in den beiden anderen aufgezeigten Situationen ist das Wettbewerbsverhältnis zwischen Handwerksunternehmen und solchen Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, betroffen. Als Beispiel lässt sich dabei etwa das Lebensmittelhandwerk in ländlichen Regionen anführen, das dort zum Beispiel mit Supermärkten im Wettbewerb steht. Gleiches gilt für den Bereich des kulturellen Erbes, in dem Restaurationsarbeiten von Handwerksunternehmen, aber auch von akademischen Restauratoren erbracht werden können.

In diesem dritten Wettbewerbsverhältnis erweisen sich die Leitlinien im Zusammenhang mit Beratungsleistungen für Unternehmen in Schwierigkeiten als handwerksgerecht. Es kommt weder zu einer Besserstellung von Handwerksunternehmen noch zu deren Benachteiligung. Vielmehr ist Anknüpfungspunkt einer Förderung die Gefahr der Unterversorgung mit handwerklichen Leistungen oder der Verlust von spezifischem handwerklichen Wissen oder Können. Die danach mögliche Förderung gerade von Beratungsleistungen der Handwerkskammern eröffnet dem nationalen

619 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) Nr. 113.

Fördergeber die Möglichkeit, auf das besondere Wissen und die Erfahrungswerte der Handwerkskammern gezielt Bezug zu nehmen und einem geringeren privaten Beratungsangebot gegenzusteuern.

f. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis der Untersuchung von weiteren Fördermöglichkeiten für Beratungsleistungen der Handwerkskammern lässt sich festhalten, dass man in Art. 22, 25 und 28 AGVO fündig wird.

Auf Grundlage des Art. 22 AGVO ist die Förderung von Gründungsberatungen möglich. Abgesehen von der Beschränkung auf KMU, die zu einer Auswirkung im zweiten Wettbewerbsverhältnis führt, aber hier nicht Untersuchungsgegenstand ist, wirkt sich die Ausgestaltung von Art. 22 AGVO im dritten Wettbewerbsverhältnis aus. Diese ist als handwerksgerecht einzustufen. Schon der zeitliche Anwendungsbereich des Art. 22 AGVO bestimmt sich unter Rückgriff auf das formale Kriterium der Eintragung in die Handwerksrolle bzw. der Mitteilung im Sinne von § 18 Abs. 1 Satz 1 HwO unter Berücksichtigung handwerksrechtlicher Spezifika. Zudem lässt er auch eine Beratung vor Beginn der wirtschaftlichen Tätigkeit zu und ermöglicht es damit, dem Beratungsbedarf des Handwerks, der gerade vor der eigentlichen Gründung besteht, Rechnung zu tragen.

Zu keiner Besser- oder Schlechterstellung von Handwerksunternehmen gegenüber Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO kommt es, soweit es um eine Beratung hinsichtlich der spezifischen Gründungsanforderungen der HwO geht. Hier ermöglicht Art. 22 AGVO eine angemessene Berücksichtigung spezifischer Gründungsanforderungen des Handwerksrechts, die andere Unternehmen nicht erfüllen müssen. Art. 22 AGVO ist auch hinsichtlich der Förderung einer allgemeineren Gründungsberatung als handwerksgerecht einzustufen, da Handwerksunternehmen gegenüber anderen Unternehmen nicht besser- oder schlechtergestellt werden. Beide Gruppen von Unternehmen können gefördert werden. Bei einer Beschränkung der Förderung nur auf Handwerksunternehmen muss der nationale Fördergeber Art. 3 Abs. 1 GG beachten. Dabei sind Handwerksunternehmen und Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, jedoch schon nicht vergleichbar.

Art. 25 AGVO erlaubt die Förderung der Beratung von konkreten Forschungs- und Entwicklungsvorhaben von Handwerksunternehmen und lässt sich in Bezug auf die Beratungsförderung in den Bereichen „industri-

eller Forschung“ sowie „experimenteller Entwicklung“ dem dritten Wettbewerbsverhältnis zuordnen. Innerhalb dieses Wettbewerbsverhältnisses erweist sich Art. 25 AGVO – gerade wegen der Berücksichtigung der Handwerksmäßigkeit – als handwerksgerecht.

Die Auswirkungen einer Förderung auf Grundlage von Art. 28 AGVO zeigen sich im dritten Wettbewerbsverhältnis und erweisen sich ebenfalls als handwerksgerecht. Gerade das Kriterium der Handwerksmäßigkeit mit dem ihren Elementen inhärenten Innovationspotenzial erlaubt eine angemessene Berücksichtigung des Handwerks. Art. 28 AGVO ermöglicht zusätzlich die Förderung der Innovationsberatung.

Die Beratung von Unternehmen in der Krise kann nicht auf Grundlage der AGVO erfolgen, eine Förderung wäre aber – unter Zugrundelegung der Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten – notifizierungsfähig. Betroffen ist dabei das dritte Wettbewerbsverhältnis, in dem sich die Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten als handwerksgerecht erweisen. Um Versorgungslücken etwa in ländlichen Räumen zu verhindern oder um besonderes Wissen und besondere Fähigkeiten des Handwerks im Kulturgüterschutz oder selbst als Kulturgut zu erhalten, können Förderungen auf Grundlage der Leitlinien notifiziert werden. Die Regelungen lassen damit eine angemessene Berücksichtigung der besonderen Tätigkeitsfelder des Handwerks zu, stellen Handwerksunternehmen aber weder besser noch schlechter gegenüber anderen Unternehmen, die die Voraussetzungen der Leitlinien ebenso erfüllen können.

Art. 18 AGVO hingegen ist in der aktuellen Fassung keine taugliche Grundlage, da er nur externe Beratungsleistungen und gerade nicht Beratungsleistungen von Handwerkskammern erfasst. Die Regelung erweist sich als handwerksbenachteiligend im dritten Wettbewerbsverhältnis.

2. Rechtspolitische Vorschläge

Im Folgenden soll insbesondere bezüglich Art. 18 AGVO ein rechtspolitischer Vorschlag erörtert werden. Aber nicht nur dieser erweist sich als handwerksbenachteiligend, auch die De-minimis-Verordnung hat – wie dargestellt – diese Tendenz. Auch diesbezüglich werden Änderungsvorschläge unterbreitet. Zuletzt soll auch noch auf den Vorschlag einer Bagatellgrenze bei Beihilfen eingegangen werden.

a. Änderung des Art. 18 AGVO

Wie gezeigt ist Art. 18 AGVO in seiner jetzigen Fassung handwerksbenachteiligend, da dieser nur Beratungsleistungen externer Berater und gerade nicht die Beratungsleistungen der Handwerkskammern erfasst. Insofern besteht diesbezüglich aus Sicht des Handwerks ein Anpassungs- bzw. Änderungsbedarf. Ziel ist dabei, die Beratungsleistungen der Handwerkskammern ebenfalls zu erfassen.

Dies würde der spezifischen Organisationsstruktur des Handwerks besser entsprechen. Gerade die Struktur der Handwerkskammern, die bereits eine Vielzahl von Aufgaben in Bezug auf die Handwerksförderung übernehmen und auch im Bereich der Beratungen tätig sind, würde den Zugang der Handwerksbetriebe zu der entsprechenden Förderung deutlich vereinfachen.⁶²⁰ Auch bestehen bei den Handwerkskammern bereits Strukturen, die eine mittelbare Förderung der Handwerksunternehmen über die Handwerkskammern oder andere Handwerksorganisationen relativ einfach umsetzbar machen. Vonseiten der Handwerksorganisationen wurde beispielsweise eine Ergänzung des Art. 18 Abs. 3 AGVO vorgeschlagen:

„Beihilfefähig sind die Kosten für Beratungsleistungen externer Berater sowie von Beratern der Wirtschaftskammern und beruflichen Vereinigungen (Fachverbände, Innungen).“⁶²¹

Diese Ergänzung würde es den Mitgliedstaaten erlauben, Beratungsleistungen der Wirtschaftskammern und beruflichen Vereinigungen zu fördern. Andernfalls müssten die Handwerksbetriebe vor der Beratung durch die Handwerkskammer selbst Anträge stellen. So wie der Vorschlag formuliert ist, würde neben der Beratung durch die Handwerkskammern auch die Beratung durch die Industrie- und Handelskammern in Deutschland erfasst werden und wäre förderbar. Freilich bliebe es bei der Beschränkung auf KMU, da sich Art. 18 AGVO in Abschnitt 2 der AGVO befindet, der sich nur mit Beihilfen für kleine und mittlere Unternehmen befasst.

620 Vgl. ZDH, Beihilfenrecht – Vereinfachungen für KMU dringend erforderlich, kompakt, abrufbar unter https://www.zdh.de/fileadmin/user_upload/themen/Handwerkspolitik/zdh-kompakt/zdh_kompakt_2019_19_05_02_Beihilferecht_01.pdf (abgerufen am 13.08.2019).

621 Vgl. den Beitrag des bayerischen Handwerkskammertags zur EU-Konsultation des EU-Beihilfenrechts vom 10.07.2019; die Ergänzung ist hervorgehoben.

b. Anpassung der De-minimis-Verordnung

Wie bereits in Teil 1 beschrieben, erfolgt eine Vielzahl der bisherigen Förderleistungen auf Grundlage der De-minimis-VO. Dem ist zuzugeben, dass die Gewährung von De-minimis-Beihilfen relativ einfach zu bewerkstelligen ist. Gleichzeitig sind damit aber auch Nachteile verbunden.

So müssen bisher sämtliche erhaltenen Leistungen aufgeführt und nachgewiesen werden (auch Beratungsleistungen), bevor eine weitere Leistung ausbezahlt werden darf. Das Unternehmen hat also im Voraus bereits ausführlich nachzuweisen, welche Förderungen es in den letzten drei Steuerjahren erhalten hat. Es hat diesbezüglich eine relativ ausführliche De-minimis-Erklärung abzugeben. Zur Vereinfachung dieses Prozesses ließe sich die Kontrolle umkehren und zunächst eine Erklärung mit dem Inhalt ausreichen lassen, dass der entsprechende Höchstbetrag von 200.000 Euro noch nicht überschritten wurde. Erst wenn daran vonseiten der beihilfegewährenden Stelle Zweifel bestehen, müssten dann Nachforschungen angestellt werden und genauere Nachweise gefordert werden. Zwar ist die beihilfegewährende Stelle meist der Bund bzw. die Länder in Gestalt der jeweils zuständigen Behörde, die Nachforschungspflichten ließen sich aber auf die Handwerkskammern übertragen, über die ohnehin mittelbar gefördert wird und die einen deutlich sachnäheren Zugang zu den Handwerksunternehmen haben. Zudem können diese intern relativ einfach überprüfen, welche Beratungsleistungen in den letzten drei Jahren schon in Anspruch genommen wurden und welche Kosten hierfür entstanden sind.⁶²²

Gleiches gilt für die Kumulierungsanforderungen des Art. 5 Abs. 2 De-minimis-VO. Zudem wäre, im Sinne des Bürokratieabbaus, eine Abgabe der entsprechenden Erklärungen in elektronischer Form wünschenswert. Auch eine Reduzierung der Vorhalteplichten der Aufzeichnungen über De-minimis-Einzelbeihilfen von bisher zehn auf zukünftig fünf Jahre würde für die Handwerksunternehmen eine erhebliche Erleichterung darstellen.⁶²³

622 Vgl. *ZDH*, Beihilfenrecht – Vereinfachungen für KMU dringend erforderlich, kompakt, abrufbar unter https://www.zdh.de/fileadmin/user_upload/themen/Handwerkspolitik/zdh-kompakt/zdh_kompakt_2019/19_05_02_Beihilferecht_01.pdf (abgerufen am 13.08.2019).

623 Vgl. *ZDH*, Beihilfenrecht – Vereinfachungen für KMU dringend erforderlich, kompakt, abrufbar unter https://www.zdh.de/fileadmin/user_upload/themen/Han

c. Bagatellgrenze

Ein weiterer Vorschlag des Bayerischen Handwerkstags zielt auf die Einführung einer Bagatellgrenze für Beihilfen mit nur sehr geringem Umfang, wie beispielsweise die Beratungsleistungen der Handwerkskammern. So würden die bürokratischen Anforderungen der De-minimis-VO keine Anwendung finden und der Niedrigschwelligkeit der Beratungsleistungen Rechnung getragen werden.⁶²⁴ Eine solche Bagatellgrenze wäre im Rahmen der Merkmale „Wettbewerbsbeeinträchtigung“ oder „Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ angesiedelt.

Grundsätzlich kennt Art.107 Abs.1 AEUV jedoch keine Bagatellgrenze. Die Unionsrechtsprechung lehnt in ständiger Rechtsprechung eine solche ebenfalls ab und betont, dass eine Wettbewerbsverfälschung bzw. eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten auch schon bei Beihilfen mit nur sehr geringem Umfang gegeben sein kann.⁶²⁵ Jedenfalls ein genereller Ausschluss ist nach der Rechtsprechung nicht möglich, vielmehr kommt es auf den jeweiligen Einzelfall an.

Teilweise wird in der Literatur eine sog. Spürbarkeitsschwelle gefordert.⁶²⁶ Dies bezieht sich allerdings auf Beihilfen, die den Betrag von 200.000 Euro, also die De-minimis-Grenze, überschreiten. Zudem knüpfen die Vorschläge weniger an einen bestimmten Betrag im Sinne einer Bagatellgrenze als vielmehr an materielle Kriterien an, beispielsweise dann, wenn das betroffene Handelsgut nur zu einem sehr geringen Teil dem grenzüberschreitenden Handel unterliegt.⁶²⁷

Die Einführung einer Bagatellgrenze durch die EU-Kommission beispielsweise im Rahmen der De-minimis-VO, um von einigen besonders intensiven Nachweis- und Dokumentationspflichten zu befreien, wäre aller-

dwerkspolitik/zdh-kompakt/zdh_kompakt_2019/19_05_02_Beihilferecht_01.pdf (abgerufen am 13.08.2019).

624 *Bayerischer Handwerkstag e.V.*, Stellungnahme des Bayerischen Handwerks zum Entwurf der Verordnung der Europäischen Kommission über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf „De-minimis“-Beihilfe, 10.05.2013.

625 Z. B. EuGH Urt. v. 03.03.2005 – C-172/03, Slg. 2005, I-1627 Rn. 32 – Heiser/Finanzamt Innsbruck; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, B., Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 327; so auch Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i. S. d. Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) Rn. 192.

626 Vgl. etwa *Koenig/Frötsch*, in: Streinz, EUV/AEUV, AEUV, Art. 107 Rn. 114; *Frenz*, Hdb. Europarecht, Band 3: Beihilferecht, Kapitel 4, § 2 Rn. 1443.

627 So *Koenig/Frötsch*, in: Streinz, EUV/AEUV, AEUV, Art. 107 Rn. 114.

dings möglich. Eine Freistellung von Beihilfen im Zusammenhang mit Beratungsleistungen auf Grundlage der AGVO kommt ebenfalls in Betracht. Eine ähnliche Regelung enthält der Entwurf zur Änderung der AGVO. Der neu einzuführende Art. 20a AGVO stellt Beihilfen bis zu einem Betrag von 20.000 Euro frei, um die Teilnahme an ETZ-Projekten zu vereinfachen. Zwar kennt die Gruppenfreistellungsermächtigungsverordnung, auf deren Grundlage die De-minimis-VO beruht, ebenfalls keine Bagatellgrenze im Sinne eines weiteren Grenzwertes. Sie schließt aber Vereinfachungen von Nachweis- oder Dokumentationspflichten für Beihilfen von geringem Umfang nicht aus. Mit Blick auf Art. 2 der Gruppenfreistellungsermächtigungsverordnung muss allerdings auch dann sichergestellt sein, dass die De-minimis-Grenze nicht überschritten wird. Denkbar wäre eine – bereits oben vorgeschlagene – Umkehrung der Beweislast zumindest für solche Beihilfen mit nur geringem Umfang.

II. Ausbildung im Handwerk

Eine herausragende Besonderheit des Handwerks ist dessen Ausbildungsleistung. Eine Vielzahl von Handwerksunternehmen fungiert als Ausbildungsbetrieb für oftmals mehr als nur einen Lehrling. Sie bilden dabei nicht nur ihren eigenen Nachwuchs aus, sondern stellen einen erheblichen Teil des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft in Deutschland. Die besondere Bedeutung der Ausbildung im Handwerk hat auch die neue Regierungskoalition aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der FDP erkannt und in ihrem Koalitionsvertrag ausdrücklich eine gezielte Förderung der Ausbildung im Handwerk vereinbart.⁶²⁸

1. Förderung der Überbetrieblichen Lehrlingsunterweisung

Ein besonderes Institut ist dabei die ÜLU, die – wie in Teil 1 beschrieben – in erster Linie durch private Nutzungsentgelte oder Beiträge bzw. Gebühren aufgrund von Satzungen finanziert wird. Daneben fördern sowohl der Bund als auch die Länder die Kosten anteilig, wobei es sich nicht um verbotene Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Die EU-Kom-

⁶²⁸ Vgl. Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 28.

mission hat dies bereits in Erwägungsgrund 6 der VO (EG) Nr. 68/2001, die den jetzigen Regelungen der Ausbildungsbeihilfen in der AGVO vorausging, klargestellt. Insbesondere solche Maßnahmen, die Personen direkt und unabhängig von ihrem Standort zugutekommen und nicht bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige begünstigen, fallen danach nicht in den Anwendungsbereich des Beihilfeverbots. Beispielhaft nennt die Kommission dabei Erstausbildungsmaßnahmen wie etwa eine Lehre oder berufs begleitenden Unterricht.

In diesen Fällen fehlt es mitunter bereits am Merkmal des Unternehmens, da Errichtung und Erhaltung des öffentlichen Bildungssystems schon nicht als wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen werden⁶²⁹, insbesondere wenn die Maßnahme in erster Linie den Lehrlingen und nicht den Unternehmen zugutekommt. Es fehlt – wie eingangs gezeigt – jedenfalls am Merkmal der Selektivität, wenn sämtliche Handwerksunternehmen unabhängig von ihrem Gewerk gefördert werden. An der fehlenden Wirtschaftlichkeit ändert sich auch nichts dadurch, dass Schüler oder Eltern Unterrichts- oder Einschreibgebühren entrichten müssen, die zu den operativen Kosten des Systems beitragen.⁶³⁰ Grund dafür ist, dass diese Beiträge oft nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten der Dienstleistung abdecken und insofern nicht als Entgelt angesehen werden können.

Problematisch ist mit Blick auf die Finanzierung der ÜLU, dass diese nicht in erster Linie aus dem staatlichen Haushalt, sondern durch die Betriebe in Form von privaten Entgelten oder öffentlich-rechtlichen Gebühren oder Beiträgen erfolgt. Sie steht damit einer Privatschule zumindest auf den ersten Blick sehr nahe. In seiner Entscheidung „*Humble and Edel*“ hat der EuGH aber auch Schulen der Berufsausbildung als Teil des nationalen Bildungssystems angesehen.⁶³¹ Zudem gelten auch Bildungseinrichtungen, die von privaten Trägern betrieben werden und durch Beiträge finanziert werden, als integraler Bestandteil des Bildungssystems und werden nicht

629 Vgl. dazu Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02) Nr. 26 f.; vgl. EuGH Urt. v. 27.09.1988 – C-263/86, Slg. 1988, 5356 Rn. 15 ff. – *Humble and Edel*; EuGH Urt. v. 11.09.2007 – C-318/05, Slg. 2007, I-6957 Rn. 68 – *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*.

630 Vgl. EuGH Urt. v. 27.09.1988 – C-263/86, Slg. 1988, 5356 Rn. 19 – *Humble and Edel*.

631 Vgl. EuGH Urt. v. 27.09.1988 – C-263/86, Slg. 1988, 5356 Rn. 15 ff. – *Humble and Edel*.

als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts angesehen.⁶³² Die ÜLU ist keine Form des Privatunterrichts an einer Privatschule, sondern vielmehr ein von den Handwerkskammern bzw. Innungen getragenes System der Berufsbildung und als solches Teil der Berufsausbildung im Handwerk, die von den Mitgliedern der Handwerkskammern bzw. den Innungen und den an der ÜLU teilnehmenden Unternehmen finanziert wird.⁶³³ Die Finanzierung erfolgt in der Praxis meist über Sonderbeiträge, die von den Handwerkskammern erhoben werden.⁶³⁴ Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Aufgaben eines Berufsverbandes nicht zu einer Belastung des Staatshaushalts führen und damit die ÜLU nicht aus staatlichen Mittel finanziert ist, kommt es doch auf das Kriterium der staatlichen Finanzierung der Bildungseinrichtung nicht so sehr an wie auf deren Einordnung als integraler Bestandteil der Ausbildung eines Mitgliedstaates. Denn selbst wenn die Bildungseinrichtung überwiegend aus privaten Mitteln finanziert wird, aber einen integralen Bestandteil des nationalen Bildungssystems darstellt, ist sie nicht als wettbewerbliche Tätigkeit im Sinne des EU-Beihilfenrechts anzusehen.⁶³⁵

Im Ergebnis ist eine Förderung der ÜLU von staatlicher Seite schon keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Die entsprechende Förderung richtet sich dabei an alle Handwerksunternehmen und ist mithin im dritten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis zu verorten. Die Finanzierungsregelungen für die ÜLU berücksichtigen die Besonderheiten der handwerklichen Ausbildung und deren Anforderungen in einem Maße, dass es weder zu einer Besserstellung von Handwerksunternehmen noch zu einer Benachteiligung kommt. Gerade auch mit Blick auf die in der Rechtsprechung des EuGH vorgenommene Auslegung des Beihilfenbegriffs und

632 Vgl. Kommission, Staatliche Beihilfe N 118/2000 – Frankreich, Aide aux clubs sportifs professionnels Rn. 14; Kommission, Staatliche Beihilfe N 644/F/2002 – Deutschland, Ausbau der kommunalen wirtschaftsnahen Infrastruktur im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe (GA) „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ nach Teil II, Punkt 7 des Rahmenplans f) Errichtung oder Ausbau von Einrichtungen der beruflichen Ausbildung, Fortbildung und Umschulung.

633 Vgl. Karsten, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 36.

634 Zur Zulässigkeit dieser Sonderbeiträge vgl. Karsten, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 113 Rn. 37 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.

635 Kommission, Staatliche Beihilfe N 644/F/2002 – Deutschland, Ausbau der kommunalen wirtschaftsnahen Infrastruktur im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe (GA) „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ nach Teil II, Punkt 7 des Rahmenplans f) Errichtung oder Ausbau von Einrichtungen der beruflichen Ausbildung, Fortbildung und Umschulung; Kommission, Staatliche Beihilfe N 118/2000 – Frankreich, Aide aux clubs sportifs professionnels Rn. 14.

der konkreten Finanzierungsstruktur in Deutschland ist die Ausgestaltung des EU-Beihilfenrechts bezüglich der Finanzierung der ÜLU als handwerksgerecht einzustufen.

2. Das sogenannte Meister-BAföG

Um die bereits oben⁶³⁶ beschriebenen Kosten der Meisterprüfung zu reduzieren bzw. angehende Handwerksmeister in finanzieller Hinsicht zu unterstützen, wird ein sog. Meister-BAföG bzw. ein Meisterbonus gewährt. Auf Grundlage des Gesetzes zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung (Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz – AFBG⁶³⁷) wird die Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen öffentlicher und privater Träger, die in einer fachlichen Richtung gezielt vorbereiten, gefördert. Förderfähig sind dabei insbesondere Fortbildungen auf Grundlage der §§ 42, 42a, 45 und 122 HwO, wie sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. lit. b) AFBG ergibt.

Die §§ 42 und 42a HwO befassen sich mit der beruflichen Fortbildung im Handwerk und sind dabei Ausdruck der besonderen Bedeutung der beruflichen Fortbildung als integraler Bestandteil der Berufsbildung.⁶³⁸ Anknüpfend an die von §§ 42 und 42a HwO erfassten Fortbildungsmaßnahmen ist schon de lege lata eine Förderung der Weiterbildung im Handwerk unter dem Stichwort „Weiterbildungs-BAföG“ möglich. §§ 24, 51a und 122 HwO betreffen die Meisterausbildung sowohl in den zulassungspflichtigen als auch den zulassungsfreien Handwerken. Dass es sich hierbei um einen integralen Bestandteil der handwerklichen Berufsbildung handelt, ist offensichtlich. Insbesondere im Bereich des zulassungspflichtigen Handwerks, bei dem die Meisterprüfung Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines solchen Handwerks ist, kommt der Meisterausbildung eine besondere Bedeutung zu.

Aus EU-beihilfenrechtlicher Perspektive gelten dabei die gleichen Grundsätze wie bereits bei der Förderung der ÜLU. Es handelt sich sowohl bei der beruflichen Fortbildung im Handwerk als auch, und noch mehr, bei der Meisterausbildung um integrale Bestandteile des staatlichen Bildungssystems, sodass etwaige Fördermaßnahmen nicht als Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen sind. Zudem kommt die Förderung des

636 Teil I C. III. 3.

637 Gesetz zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.08.2020 (BGBl. I S. 1936).

638 Vgl. BT-Drs. 15/3980, S. 54.

AFBG den Auszubildenden und nicht den Unternehmen zugute, weshalb das Meister-BAföG im Ergebnis keinem der hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnisse direkt zuzuordnen ist, da diese lediglich das Verhältnis von Unternehmen beschreiben. Gleichwohl kommt eine Förderung dem Handwerk insgesamt zugute, wenn etwa die Attraktivität der handwerklichen Ausbildung gesteigert wird. Wegen der in Teil 1 unter C. II. und III. beschriebenen besonderen Anforderungen an die handwerkliche Ausbildung reagiert das Meister-BAföG jedoch nur auf ein erhöhtes Maß an Belastung einer handwerklichen Ausbildung bis zum Meistertitel. Die Ausgestaltung des EU-Beihilfenrechts und der Förderung durch das AFBG ist deshalb mangels Besser- oder Schlechterstellung des Handwerks als handwerksgerecht einzustufen.

3. Weitere Förderungsmöglichkeiten auf Grundlage des Art. 31 AGVO

Wie gezeigt stellen die meisten staatlichen Förderungsmaßnahmen im Bereich der Beschäftigung oder Ausbildung keine Beihilfen dar, weil sie nicht Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts zugutekommen, sondern vielmehr den Auszubildenden, oder weil die Bildungseinrichtungen nicht als wirtschaftliche Unternehmen anzusehen sind. Nur wenn es sich also um Maßnahmen handelt, die Unternehmen zugutekommen und damit als Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen sind, kommt es auf Art. 31 AGVO überhaupt an.

Grundsätzlich dürfen dabei keine Beihilfen für Ausbildungsmaßnahmen von Unternehmen zur Einhaltung verbindlicher Ausbildungsnormen der Mitgliedstaaten gewährt werden; vgl. Art. 31 Abs. 2 AGVO. Diese Regelung steht in engem Zusammenhang mit dem bereits nach Art. 6 AGVO erforderlichen Anreizeffekt einer Beihilfe. Art. 31 Abs. 2 AGVO soll sicherstellen, dass keine Beihilfen für Maßnahmen gewährt werden, die das betreffende Unternehmen ohnehin vornehmen müsste.⁶³⁹ Bei Ausbildungsbeihilfen prüft die EU-Kommission mit Billigung durch den EuGH einen Anreizeffekt und die Erforderlichkeit der Beihilfe für die konkrete Ausbildungsentscheidung des Unternehmens. Dabei kann der Anreizeffekt nicht darin gesehen werden, dass ein Unternehmen eine Standortentscheidung aufgrund der Ausbildungsbeihilfen trifft. Hintergrund dieser Beschränkung ist der

639 Vgl. dazu *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 31 Rn. 7.

Zweck der Freistellung von Ausbildungsbeihilfen, die nicht die Standortwahl eines Unternehmens beeinflussen sollen, sondern die Qualifikation der Beschäftigten zu verbessern suchen.⁶⁴⁰ Diese Kommissionspraxis greift aber, wie gezeigt, nur oberhalb der Anmeldeschwellen der AGVO, sodass es hier nur auf Art. 6 und dessen Vermutung eines Anreizeffekts in Abs. 2 AGVO sowie auf Art. 31 Abs. 2 AGVO ankommt. Das bedeutet, dass die hier relevanten Ausbildungsbeihilfen auf Grundlage des Art. 31 AGVO auch den Zweck haben dürfen, die Ansiedlung von Betrieben in bestimmten Regionen zu fördern. Selbst wenn man aber einen regionalen Anreizeffekt nicht als ausreichend für die Freistellung einer Ausbildungsbeihilfe auf Grundlage des Art. 31 AGVO ansehen wollte, ist er jedenfalls nicht schädlich.⁶⁴¹

Mit Blick auf die Regelungen der HwO zur Ausbildung im Handwerk stellt sich die Frage, ob es sich dabei um Regelungen handelt, die eine verpflichtende Ausbildung im Sinne von Art. 31 Abs. 2 AGVO vorschreiben. Grundsätzlich ist in der HwO nicht vorgeschrieben, dass ein Handwerksbetrieb auszubilden hat, vielmehr ist dies (selbstverständlich) eine freie unternehmerische Entscheidung. Hat sich ein Betrieb dann aber dazu entschieden, Auszubildende anzunehmen, so sind die konkreten Ausbildungsmaßnahmen vorgeschrieben. Die bisherigen Entscheidungen der Kommission, bei denen die Zulässigkeit von Beihilfen verneint wurde, ergingen zu Ausbildungsnormen, die gesetzliche Voraussetzung für den Betrieb eines Unternehmens waren – etwa die Entscheidung „DHL Leipzig/Halle“⁶⁴² zu Ausbildungen, die für eine Genehmigung des Betriebs des Logistikzentrums erforderlich waren.⁶⁴³ So sind insbesondere Ausbildungsmaßnah-

640 Vgl. EuGH Urt. v. 21.07.2011 – C-459/10 P, Slg. 2011, I-109 Rn. 42 – DHL Leipzig-Halle.

641 Sogar oberhalb der Anmeldeschwellen in diese Richtung der EuGH, vgl. EuGH Urt. v. 21.07.2011 – C-459/10 P, Slg. 2011, I-109 Rn. 43 – DHL Leipzig-Halle unter Verweis auf die Entscheidung der Vorinstanz, zu der gerügt wurde, dass der EuG festgestellt hätte, dass eine Förderung von Betrieben in benachteiligten Gebieten und die Ansiedlung neuer Unternehmen nur durch Regionalbeihilfen erfolgen könnten; wie hier *Winkelhüsener/Schmitz*, EuZW 2010, 897 (899), die von „Unbeachtlichkeit des Anreizeffekts für die Standortwahl“ sprechen; anders *Frenz*, GewA 2019, 181 (181) auch unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH vom 21.07.2011, jedoch nur Rn. 42.

642 Entscheidung vom 02.07.2008 – C 18/2007 (ex N 874/2006) Rn. 63 ff.

643 Zwar erging die Entscheidung zu Beihilfen außerhalb des Anwendungsbereichs der AGVO, da die Anmeldeschwellen überschritten waren, die Kommission stellt aber insoweit auf die gleichen Voraussetzungen ab wie Art. 31 Abs. 2 AGVO, vgl.

men in Bezug auf die Einhaltung besonderer Sicherheitsvorschriften am Arbeitsplatz nicht förderfähig.⁶⁴⁴ Es geht also stets um die Frage, ob das „Ob“ der Ausbildung bereits vorgeschrieben ist oder nicht. Ist hingegen das „Wie“ der Ausbildungsmaßnahme etwa in Ausbildungsordnungen, wie dies im Handwerk der Fall ist, vorgeschrieben, schließt dies eine Förderung gem. Art. 31 Abs. 2 AGVO nicht aus.

Gem. Art. 31 Abs. 3 lit. a) und d) AGVO sind beihilfefähige Kosten zum einen die Personalkosten für Ausbilder, die für die Stunden anfallen, in denen sie die Ausbildungsmaßnahme durchführen, und zum anderen die Personalkosten für Ausbildungsteilnehmer und allgemeine indirekte Kosten (Verwaltungskosten, Miete, Gemeinkosten), die für die Stunden anfallen, in denen die Ausbildungsteilnehmer an der Ausbildungsmaßnahme teilnehmen. Zwar ist im Handwerk insbesondere die praktische Ausbildung regelmäßig dadurch geprägt, dass Auszubildende im Betrieb mitarbeiten und im Zuge dieser Mitarbeit praktisch ausgebildet werden. Aber auch im Handwerk bestehen klar abgrenzbare Ausbildungsmaßnahmen, die insofern einer Förderung zugänglich sind. Die Möglichkeit, die Personalkosten für Ausbildungsteilnehmer und allgemeine indirekte Kosten, die für die Stunden anfallen, in denen die Ausbildungsteilnehmer an der Ausbildungsmaßnahme teilnehmen zu berücksichtigen, erfasst dabei auch Maßnahmen für Auszubildende, nicht nur für Weiterbildungsangebote.

Gem. Art. 31 Abs. 3 lit. b) AGVO sind Aufwendungen, die direkt mit Ausbildungsmaßnahmen verbunden sind, ebenfalls als beihilfefähige Kosten einzustufen und mithin förderfähig. Beispielhaft genannt sind dabei direkt mit der Maßnahme zusammenhängende Reisekosten, Materialien und Bedarfsartikel sowie die Abschreibung von Werkzeugen und Ausrüstungsgegenständen, soweit sie ausschließlich für die Ausbildungsmaßnahme verwendet werden. Unterbringungskosten sind — mit Ausnahme der dem erforderlichen Minimum entsprechenden Unterbringungskosten für Auszubildende, die Arbeitnehmer mit Behinderungen sind — nicht beihilfefähig. Damit sind insbesondere die Kosten einer Lehrwerkstatt förderfähig, aber auch Reisekosten, Materialien und Bedarfsausrüstung, die im normalen Betrieb ausschließlich für Ausbildungsmaßnahmen verwendet werden.

Punkt 2.3 der Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzelner anmeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem gemeinsamen Markt (2009/C 188/01).

644 Vgl. Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 31 Rn. 6.

Art. 31 Abs. 3 lit. d) AGVO nennt die Personalkosten für Ausbildungsteilnehmer und allgemeine indirekte Kosten (Verwaltungskosten, Miete, Gemeinkosten), die für die Stunden anfallen, in denen die Ausbildungsteilnehmer an der Ausbildungsmaßnahme teilnehmen.

Anders als die Förderung der ÜLU und das Meister-BAföG ist eine Förderung auf Grundlage des Art. 31 AGVO unmittelbar – je nach konkreter Ausgestaltung – dem zweiten oder dritten Wettbewerbsverhältnis zuzuordnen. Bei einer Förderung der handwerklichen Ausbildung ohne Beschränkungen auf bestimmte Handwerksunternehmen (etwa nach Gewerk) bewegt man sich im dritten Wettbewerbsverhältnis, also dem zwischen Unternehmen, die dem besonderen Regime des Handwerksrechts unterworfen sind, und solchen Unternehmen, auf die die HwO keine Anwendung findet. Bei einer Beschränkung auf bestimmte Handwerksunternehmen wäre eine Förderung im zweiten Wettbewerbsverhältnis, dem zwischen ungleichartigen Handwerksunternehmen, zu verorten.

Rein fiktive Fördermöglichkeiten sind einer Einordnung als handwerksfreundlich, handwerksgerecht oder handwerksbenachteiligend insbesondere im zweiten Wettbewerbsverhältnis nicht zugänglich, da diese von der konkreten Ausgestaltung abhängt. Im dritten Wettbewerbsverhältnis – in dem eine Förderung aller Handwerksunternehmen zu verorten wäre – erscheint die Ausgestaltung von Art. 31 AGVO mit Blick auf die besondere Ausbildungsleistung und die Ausgestaltung der Ausbildung im Handwerk zumindest teilweise handwerksgerecht. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf klar abgrenzbare Ausbildungsmaßnahmen, die nicht im Rahmen der betrieblichen Ausbildung stattfinden. Jedoch wird damit der über das Handwerk hinausgehenden Bedeutung der Ausbildung im Handwerk nicht vollständig Rechnung getragen. Die Beschränkung auf Kosten, die ausschließlich für Ausbildungsmaßnahmen anfallen, schränkt den Anwendungsbereich ein. Gerade die betriebliche Ausbildung ist davon geprägt, dass Auszubildende im Betrieb mitarbeiten und dadurch ihre praktische Ausbildung erhalten. Als handwerksbenachteiligend erweist sich diese Beschränkung jedoch regelmäßig nicht, da auch die Betriebe durch die zusätzliche Arbeitskraft profitieren. Zudem verbleibt ein Anwendungsbereich, der Besonderheiten der handwerklichen Ausbildung im Betrieb angemessen berücksichtigt. Beispielhaft zu nennen ist eine Förderung der Kosten für Lehrwerkstätten. Insgesamt ist die Ausgestaltung von Art. 31 AGVO also als handwerksgerecht einzustufen.

III. Handwerksunternehmen als innovative Unternehmen

Wie in Teil 1 unter C. IV. beschrieben, trägt unter anderem die Betriebsstruktur vieler Handwerksunternehmen maßgeblich zu deren Innovationskraft bei. Eine geringe Betriebsgröße, flache Hierarchien, gut qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Flexibilität und Reaktionsschnelligkeit sind dabei die maßgeblichen Faktoren. Gleichzeitig ergeben sich gerade aus der Betriebsstruktur eines Handwerksunternehmens häufig auch innovationsbezogene Nachteile. So können etwa Kosten für Innovationen nicht über ein breites Produktportfolio verteilt werden, es fehlt an personellen Kapazitäten für Innovationsprojekte und schließlich fehlen oftmals die finanziellen Möglichkeiten, um hohe Innovationskosten zu tragen.

Neben den oben bereits untersuchten Beratungsangeboten für Handwerksunternehmen sind deshalb unter anderem Finanzierungsinstrumente im Innovationsbereich von großer Bedeutung.

Nicht in den Bereich der Förderung von Handwerksunternehmen und damit auch nicht in den Bereich der hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnisse, die sich sämtlich auf Verhältnisse zwischen Unternehmen beziehen, fällt die Förderung von Innovationsclustern auf Grundlage von Art. 27 AGVO. Danach sind Beihilfen für sogenannte Innovationscluster freigestellt. Unter einem Innovationscluster versteht die AGVO eine „Einrichtung oder organisierte Gruppe von unabhängigen Partnern (z. B. innovative Unternehmensneugründungen, kleine und mittlere und große Unternehmen, Einrichtungen für Forschung und Wissensverbreitung, gemeinnützige Einrichtungen sowie andere miteinander verbundene Wirtschaftsbeteiligte), die durch entsprechende Förderung, die gemeinsame Nutzung von Anlagen, den Austausch von Wissen und Know-how und durch einen wirksamen Beitrag zum Wissenstransfer, zur Vernetzung, Informationsverbreitung und Zusammenarbeit unter den Unternehmen und anderen Einrichtungen des Innovationsclusters Innovationstätigkeit anregen sollen“⁶⁴⁵.

Nach dieser Definition können etwa Handwerkskammern zusammen mit kleinen und mittleren Handwerksunternehmen als Innovationscluster angesehen werden.⁶⁴⁶ Die Beihilfe darf dabei jedoch nur an die juristische

645 Art. 2 Nr. 92 AGVO.

646 So auch *Frenz*, *GewA* 2017, 325 (328); *Frenz*, *GewA* 2019, 143 (145). Der Aufbau des Beratungs- und Informationssystems für Technologietransfer im Handwerk (BIS-TECH) wurde beispielsweise auf Grundlage des Art. 27 AGVO durch das Bundes-

Person geleistet werden, die den Innovationscluster betreibt, die sog. Clusterorganisation, vgl. Art. 27 Abs. 2 AGVO.⁶⁴⁷ Ziel des Art. 27 AGVO ist es, die Errichtung bzw. den Betrieb von Plattformen, die von Industrieunternehmen, insbesondere innovativen KMU, für die Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung sowie bei Innovationstätigkeiten genutzt werden können, zu unterstützen.⁶⁴⁸

1. Innovationsbeihilfen auf Grundlage des Art. 28 AGVO

Ziel des Art. 28 AGVO⁶⁴⁹ ist es, die Nachfrage nach den Innovationsfaktoren Personal, Patente und Innovationsdienstleistungen zu erhöhen und damit die Schaffung von innovationsfreundlichen Bedingungen zu begünstigen.⁶⁵⁰ Zu diesem Zweck ist in Art. 28 AGVO eine Reihe von Innovationstätigkeiten – die Erlangung, die Validierung und die Verteidigung von Patenten und anderen immateriellen Vermögenswerten – genannt. Hinzu kommen die Abordnung hoch qualifizierten Personals an ein KMU sowie das Beziehen von Innovationsberatungsdiensten und innovationsunterstützenden Dienstleistungen. Die Beihilfengewährung kann auf verschiedene Weise erfolgen, entweder unmittelbar an das Unternehmen oder an Dienstleister, die im Anschluss Leistungen unter Marktpreis zugunsten der mittelbar begünstigten Unternehmen erbringen.⁶⁵¹

Insbesondere die Möglichkeit einer Abordnung von hoch qualifiziertem Personal von einer Einrichtung für Forschung und Wissensverbreitung oder einem großen Unternehmen für die Tätigkeit im Bereich Forschung, Entwicklung und Innovation an ein KMU ist hier von Interesse. Schon wegen der Beschränkung auf KMU ist eine Förderung, unabhängig von den sogleich zu untersuchenden Voraussetzungen, jedenfalls dem zweiten

ministerium für Wirtschaft und Energie gefördert, vgl. Richtlinie zur Förderung eines Innovationsclusters im Handwerk durch ein Informations-, Beratungs- und Technologietransfernetzwerk (Know-how-Transfer im Handwerk).

647 Vgl. *Frenz*, *GewA* 2019, 143 (145).

648 Vgl. *von Wendland*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 25–30 Rn. 25.

649 Die von der Kommission am 06.10.2021 vorgeschlagene Änderung des Art. 28 AGVO (Neufassung des Art. 28 Abs. 2 lit. c) AGVO) bringt keine Änderungen für die hier relevante Fragestellung mit sich.

650 Vgl. *von Wendland*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 25–30 Rn. 28.

651 So auch *Frenz*, *GewA* 2019, 143 (146).

Wettbewerbsverhältnis zuzuordnen, gleichwohl bleibt der KMU-Aspekt wie oben begründet hier außer Betracht.

Hoch qualifiziertes Personal in diesem Zusammenhang sind Personen mit einem Hochschulabschluss und mindestens fünf Jahren einschlägiger Berufserfahrung, zu der auch eine Promotion zählen kann, vgl. die Definition in Art. 2 Nr. 93 AGVO. Nicht erfasst sind damit Handwerksmeister. Bisher ist es im Anwendungsbereich des Art. 28 AGVO nicht möglich, die Abordnung eines Handwerksmeisters eines großen Unternehmens – die Abordnung von einer Einrichtung für Forschung und Wissensverbreitung dürfte im Handwerk ohnehin eher selten vorkommen – an ein KMU zu fördern.⁶⁵² Gerade mit Blick auf das Erfordernis eines Betriebsleiters im Bereich des zulassungspflichtigen Handwerks wäre eine Abordnung an ein KMU, das beispielsweise zur Erschließung neuer Geschäftsmodelle auch handwerkliche Tätigkeiten anbieten möchte, denkbar. Eine solche Abordnung kann dazu beitragen, dass handwerkliche Produkte entwickelt werden können und die Zeit bis zur Einstellung eines „eigenen“ Betriebsleiters, der die Anforderungen eines zulassungspflichtigen Handwerks erfüllt, überbrückt werden kann.

Der Fokus des Art. 28 AGVO auf Personen mit einem Hochschulabschluss und gegebenenfalls einer Promotion übergeht die Innovationskraft des Handwerks, insbesondere die Meisterqualifikation, komplett. Eine Förderung der Abordnung von hoch qualifiziertem Personal würde dabei dem Innovationstransfer von großen Unternehmen hin zu KMU dienen und den Zugang von KMU zu hoch qualifiziertem Personal erleichtern.⁶⁵³ Im Umkehrschluss suggeriert die Beschränkung auf Personen mit Hochschulabschluss und einschlägiger Berufserfahrung, zu der auch eine Promotion zählen kann, dass gerade der Zugang zu diesem Personal für KMU erschwert ist, während der Zugang zu ebenso gut qualifiziertem Personal mit einer beruflichen Ausbildung wie etwa einer Meisterausbildung im Handwerk dies nicht ist. Dies dürfte angesichts der stetig steigenden Zahl an unbesetzten Ausbildungsplätzen im Handwerk und des daraus folgenden insgesamt Mangels an Personal, insbesondere auch solchem mit Meistertitel, zumindest zu bezweifeln sein.

652 Bereits bzgl. der Vorgängerverordnung zur aktuellen AGVO gab es Kritik an der Definition des hoch qualifizierten Personals, die nach Art. 30 Nr. 5 der VO Nr. 800/2008 nur „Forscher, Ingenieure, Designer und Marketingspezialisten mit Universitätsabschluss“ umfasste.

653 Vgl. auch Erwägungsgrund 46 der AGVO.

Insgesamt wirkt sich die Regelung, konkret die Definition von hoch qualifiziertem Personal als Grundlage des Art. 28 Abs. 2 lit. b) AGVO in ihrer bisherigen Form, im dritten Wettbewerbsverhältnis aus. Wegen der Nichtanwendbarkeit auf handwerklich hoch qualifiziertes Personal kommt eine Förderung des Handwerks insgesamt nicht in Betracht, sodass sich nur im Wettbewerbsverhältnis zwischen Handwerksunternehmen und Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, Auswirkungen ergeben können. Die Regelung ist dabei als klar handwerksbenachteiligend einzustufen, wenn zugunsten von Unternehmen, die nicht der HwO unterfallen, eine Abordnung von hoch qualifiziertem Personal möglich ist, während dies bei Handwerksunternehmen nicht der Fall ist. Etwa bei der Erschließung von neuen Geschäftsfeldern oder Märkten wirkt sich dies zunächst nachteilig im Wettbewerb um öffentliche Mittel aus und in der Folge regelmäßig auch im Wettbewerb um Kunden.

a. Anpassung der AGVO

Den Anwendungsbereich des Art. 28 AGVO auch für Handwerksunternehmen und insbesondere Handwerksmeister zu öffnen, ließe sich relativ einfach durch eine Ergänzung⁶⁵⁴ der Definition in Art. 2 Nr. 93 AGVO erreichen:

„hochqualifiziertes Personal“: Personal mit Hochschulabschluss, *Meisterbrief oder einer gleichwertigen beruflichen Qualifikation* und mindestens fünf Jahren einschlägiger Berufserfahrung, zu der auch eine Promotion zählen kann.

b. Anforderungen an ein nationales Förderprogramm

Bei Erlass einer Förderrichtlinie gibt die AGVO den Rahmen vor, gleichwohl kann der nationale Fördergeber keine Gestaltung wählen, die einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellen würde. Stünde ein solcher Verstoß gewissermaßen zwingend aufgrund der Vorgaben der AGVO im Raum, müsste der nationale Fördergeber von einer Förderung insgesamt Abstand nehmen, die Möglichkeiten der AGVO blieben dann ungenutzt. Mit Blick auf die oben vorgeschlagene Änderung der AGVO bedeutet dies,

654 Die vorgeschlagene Ergänzung ist hervorgehoben.

dass eine Erweiterung nur um Personal mit einem Meisterbrief nicht ausreichend wäre, sondern vielmehr dazu führen würde, dass zwar in der AGVO Handwerker mit Meisterbrief Berücksichtigung finden würden, eine Umsetzung in Deutschland aber nicht möglich wäre. Bei der Frage der Vereinbarkeit der nationalen Förderrichtlinie mit Art. 3 Abs. 1 GG käme es – wie unter A. I. beschrieben – zunächst auf die relevanten Vergleichsgruppen an, bei denen ein im Wesentlichen gleicher Sachverhalt vorliegt. Mit Blick auf die duale Berufsbildung und Ausbildung außerhalb der handwerklichen Berufe reicht eine Ergänzung nur des Begriffs „Meisterbrief“ nicht aus. In diesem Fall wären die relevanten Vergleichsgruppen einerseits Handwerksunternehmen eines Gewerks der Anlage A mit einem Meister als Betriebsleiter und andererseits Handwerksunternehmen der Anlage B ohne Meister. Zudem bilden Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, aber dennoch über beruflich hoch qualifiziertes Personal verfügen, eine dritte Vergleichsgruppe.

Eine Förderung nur von Unternehmen der Anlage A mit Meister wäre insbesondere schon mit Blick auf die der HwO innewohnende Systematik der beruflichen Qualifikationen nicht zu rechtfertigen. So ist nach § 7 Abs. 1a HwO eintragungsfähig, wer die Meisterprüfung im betreffenden Handwerk abgelegt hat bzw. wer einen Betriebsleiter mit entsprechendem Meistertitel anstellt. Ebenso eintragungsfähig ist, wer die Meisterprüfung in einem verwandten Handwerk abgelegt hat. Daneben sind aber auch Personen eintragungsfähig, die keine Meisterprüfung absolviert haben. So sind nach § 7 Abs. 2 HwO Ingenieure, Absolventen von technischen Hochschulen und von staatlichen oder staatlich anerkannten Fachschulen für Technik und für Gestaltung mit dem zulassungspflichtigen Handwerk eingetragen, dem der Studien- oder der Schulschwerpunkt ihrer Prüfung entspricht. Während sich Ingenieure und Absolventen von technischen Hochschulen ohnehin schon unter den bisherigen Tatbestand des Art. 28 AGVO subsumieren lassen, gilt dies nicht für Absolventen von staatlichen oder staatlich anerkannten Fachschulen für Technik und für Gestaltung, die nicht als Hochschulen im Sinne von Art. 2 Nr. 93 AGVO angesehen werden. Gleichwohl erkennt die HwO ihre Ausbildung und Qualifikation als gleichwertig mit der Meisterausbildung an, wenn sie eine Eintragung gleich einem Meister ermöglicht. Insbesondere wird bei diesen die Gleichwertigkeit der Ausbildung mit der Meisterausbildung unterstellt. Darüber hinaus ist die Eintragung von Personen, die eine andere, der Meisterprüfung für die Ausübung des betreffenden zulassungspflichtigen Handwerks mindestens gleichwertige deutsche staatliche oder staatlich anerkannte Prüfung er-

folgreich abgelegt haben, gem. § 7 Abs. 2 Satz 2 HwO zumindest nach positiver Gleichwertigkeitsprüfung gem. § 50b HwO möglich.

Es zeigt sich also, dass die HwO selbst eine Reihe von anderen beruflichen Qualifikationen als der Meisterprüfung gleichwertig anerkennt, so dass eine Förderung nur von Unternehmen mit einem Meister gleichheitsrechtlich nicht zu rechtfertigen wäre.

Hinsichtlich der dritten Vergleichsgruppe in Form von Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, aber dennoch über beruflich hoch qualifiziertes Personal verfügen, fehlt es bereits an einer Vergleichbarkeit im Sinne der Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG. Dies folgt aus den besonderen rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an die Meisterqualifikation und auch an eine als gleichwertig anzusehende Qualifikation im hiesigen Sinne.

2. Beihilfen für Prozess- und Organisationsinnovationen auf Grundlage des Art. 29 AGVO

Anders als Innovationsbeihilfen sind Beihilfen für Prozess- und Organisationsinnovationen nicht nur für KMU freigestellt, sondern auch für alle übrigen Unternehmen. Eingeschränkt wird eine solche Förderung allerdings durch Art. 29 Abs. 2 AGVO, demnach sind Beihilfen für große Unternehmen nur freigestellt, wenn diese mit KMU zusammenarbeiten und das KMU mindestens 30 % der beihilfefähigen Kosten trägt.⁶⁵⁵ Insofern ist Art. 29 AGVO zunächst dem zweiten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis zuzuordnen.

Die Beihilfen in dieser Kategorie dienen dazu, die Optimierung von Produktionsprozessen, Management, Geschäftsmethoden und Logistik zu unterstützen. Sie bewegen sich dabei im Rahmen der Zielsetzung der EU-Ressourceneffizienzpolitik.⁶⁵⁶ Prozessinnovationen umfassen die Anwendung einer neuen oder wesentlich verbesserten Methode für die Produktion oder die Erbringung von Leistungen (einschließlich wesentlicher Änderungen bei den Techniken, den Ausrüstungen oder der Software); nicht als Prozessinnovation angesehen werden hingegen geringfügige Änderungen oder Verbesserungen, der Ausbau der Produktions- oder Dienstleistungskapazi-

655 Dazu von *Wendland*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 25–30 Rn. 36.

656 Vgl. Mitteilung der Kommission Ressourcenschonendes Europa – eine Leitinitiative innerhalb der Strategie Europa 2020 v. 26.01.2011, KOM(2011) 21 endg.

täten durch zusätzliche Herstellungs- oder Logistiksysteme, die den bereits verwendeten sehr ähnlich sind, die Einstellung eines Arbeitsablaufs, einfache Ersatz- oder Erweiterungsinvestitionen, Änderungen, die sich allein aus Veränderungen bei den Faktorpreisen ergeben, neue Kundenausrichtung, Lokalisierung, regelmäßige, saisonale und sonstige zyklische Veränderungen sowie der Handel mit neuen oder erheblich verbesserten Produkten.⁶⁵⁷

Organisationsinnovationen werden definiert als die Anwendung neuer Organisationsmethoden in den Geschäftspraktiken, den Arbeitsabläufen oder Geschäftsbeziehungen eines Unternehmens; nicht als Organisationsinnovation angesehen werden Änderungen, die auf bereits in dem Unternehmen angewandten Organisationsmethoden beruhen, Änderungen in der Managementstrategie, Fusionen und Übernahmen, die Einstellung der Anwendung eines Arbeitsablaufs, einfache Ersatz- oder Erweiterungsinvestitionen, Änderungen, die sich allein aus Veränderungen bei den Faktorpreisen ergeben, neue Kundenausrichtung, Lokalisierung, regelmäßige, saisonale oder sonstige zyklische Veränderungen sowie der Handel mit neuen oder erheblich verbesserten Produkten.⁶⁵⁸

Beide Definitionen dienen insbesondere dazu, förderfähige Innovationsbeihilfen von routinemäßigen Produkt- oder Dienstleistungsverbesserungen abzugrenzen.⁶⁵⁹ Gerade mit Blick auf die Herausnahme von geringfügigen Änderungen und Verbesserungen aus der Definition der Prozessinnovationen dürften Handwerksunternehmen regelmäßig nicht von Förderungen auf Grundlage des Art. 29 AGVO erfasst werden. Meist sind es gerade geringfügige Änderungen und Verbesserungen im Rahmen der Prozesse, die die Innovationskraft eines Handwerksunternehmens ausmachen. Die ständige mehr oder weniger geringfügige Anpassung von Produkten oder Dienstleistungen ist eines der wesentlichen Kriterien der Handwerksmäßigkeit. Die Betriebsstruktur der meisten Handwerksunternehmen lässt große Anpassungen und die Anwendung neuer oder wesentlich verbesserter Methoden für die Produktion oder die Erbringung von Leistungen zudem nicht zu.

Damit wirkt sich Art. 29 AGVO mit Blick auf die Definitionen aus Art. 2 Nr. 96 und 97 AGVO insbesondere im dritten Wettbewerbsverhältnis, also im Wettbewerb zwischen Handwerksunternehmen und Unterneh-

657 Vgl. Art. 2 Nr. 97 AGVO.

658 Vgl. Art. 2 Nr. 96 AGVO.

659 Vgl. *von Wendland*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014, Art. 25–30 Rn. 35.

men, die nicht der HwO unterfallen, handwerksbenachteiligend aus. Die Handwerksmäßigkeit bedingt dabei die Einordnung als Handwerksunternehmen und zugleich die Nichterfassung von Art. 29 AGVO. Im Gegensatz zu Handwerksunternehmen ist es für Industrieunternehmen regelmäßig leichter, etwa mit speziellen Innovationsabteilungen große Anpassungen vorzunehmen oder neue bzw. wesentlich verbesserte Methoden für die Produktion oder Leistungserbringung umzusetzen. Allerdings eröffnet die Anforderung der Zusammenarbeit mit einem KMU, das 30 % der beihilfefähigen Kosten tragen muss, auch Chancen für das Handwerk. Über eine entsprechende Zusammenarbeit können Handwerksunternehmen Potenziale großer Unternehmen, etwa mit eigenen Entwicklungsabteilungen im Bereich der Prozess- und Organisationsinnovationen, auch für sich nutzbar machen. So können große Anpassungen und neue oder wesentlich verbesserte Methoden für die Produktion oder die Erbringung von Leistungen gemeinsam entwickelt werden, was für Handwerksunternehmen allein nicht möglich wäre. Gerade die Anforderung der Zusammenarbeit, ohne die eine Förderung von nicht handwerklichen Unternehmen ausscheidet, lässt sich also auch als Chance begreifen und kann sich dementsprechend handwerksfreundlich auswirken. Insgesamt betrachtet sind Art. 29 AGVO und eine entsprechend darauf gestützte Förderung als handwerksgerecht einzustufen. Eine Förderung kann eher handwerksbenachteiligende Aspekte mit handwerksfreundlichen kombinieren und im Ergebnis so ausgestaltet sein, dass sie den Anforderungen von Handwerksunternehmen in Bezug auf Prozess- und Organisationsinnovationen handwerksgerecht Rechnung trägt.

IV. Handwerksunternehmen und Umweltschutzbeihilfen

Wie in Teil 1 unter C. V. beschrieben, birgt der Umweltschutz neben der Energiewende und dem Streben nach mehr Nachhaltigkeit eine Vielzahl von Chancen für Handwerksunternehmen im Bau- und Ausbauhandwerk, im Installations- und Heizungsbauhandwerk, im Elektrotechnikhandwerk, im Karosserie- und Fahrzeugbauhandwerk oder für Kraftfahrzeugtechniker. In diesem Kontext spielen sog. Umweltschutzbeihilfen⁶⁶⁰ – insbeson-

660 Wobei insbesondere im Bereich der AGVO nicht alle Beihilferegulungen rein umweltpolitisch motiviert sind, sondern auch klima- und/oder umweltenergie- bzw. energieumweltpolitisch, vgl. dazu *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbs-

dere mit Blick auf die Handwerksfähigkeit als ein wesentliches Merkmal von Handwerksunternehmen – auch in den hier beschriebenen Wettbewerbsverhältnissen eine Rolle. Primärrechtliche Grundlage von Umweltschutzbeihilfen ist Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.⁶⁶¹ Die AGVO enthält in Abschnitt 7 eine Reihe von Freistellungstatbeständen für Umweltschutzbeihilfen, außerhalb ihres Anwendungsbereichs konkretisieren die „Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022“⁶⁶² die Ermessensausnahme des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.

Dabei können Umweltbeihilfen Handwerksunternehmen unmittelbar zugutekommen und Anstrengungen zur Verbesserung des Umweltschutzes in den Handwerksbetrieben fördern und unterstützen. Handwerksunternehmen unterscheiden sich in dieser Situation jedoch nicht von sonstigen Unternehmen, deren Umwelanstrengungen gefördert werden sollen. Abgestellt wird dabei nicht auf die in Teil 1 herausgearbeiteten Spezifika des Rechtsrahmens oder besondere Tätigkeitsfelder von Handwerksunternehmen, weshalb dieser Aspekt hier nicht näher untersucht wird.

1. Umweltschutzbeihilfen auf Grundlage der AGVO

Die AGVO enthält detaillierte Regelungen für die Gewährung von Umweltschutzbeihilfen in Abschnitt 7. Die Art. 36 bis 49 AGVO sollen – ausweislich der Erwägungsgründe 55 und 56 der AGVO – Anreize schaffen, ein insgesamt höheres und ein über die geltenden verbindlichen Unionsnormen hinaus verbessertes Umweltschutzniveau zu erreichen.

a. Verbesserung der Auftragslage für bestimmte Gewerke

Insgesamt bieten Umweltschutzbeihilfen insbesondere den einschlägigen umweltrelevanten Gewerken Chancen für neue und neuartige Aufträge.

recht, Band 3, AGVO, Art. 36 Rn. 1. Hier wird aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit von Umweltschutzbeihilfen gesprochen; für einen Überblick über das Europäische Umweltrecht vgl. *Nowak*, NuR 2015, 306 ff. und 375 ff.

661 Vgl. die Einleitung der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, Nr. 7.

662 Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 v. 27.01.2022, KOM(2022) 481 endg.

Zunächst befassen sich Art. 36 und 37 AGVO mit Beihilfen, die es Unternehmen ermöglichen sollen, über bestehende Unionsnormen hinauszugehen bzw. bei Fehlen solcher Normen den Umweltschutz zu verbessern (Art. 36 AGVO)⁶⁶³ bzw. sich an neue, also schon angenommene, aber noch nicht in Kraft getretene Unionsnormen, die einen besseren Umweltschutz gewährleisten sollen, anzupassen (Art. 37 AGVO). Ein – insbesondere für das Kfz-Handwerk – interessanter Freistellungstatbestand ist Art. 36 Abs. 4 AGVO.⁶⁶⁴ Danach können Beihilfen gewährt werden, um „vorhandene Fahrzeuge für den [Straßenverkehr] umzurüsten, sofern Unionsnormen zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme dieser Fahrzeuge noch nicht in Kraft waren und ab Inkrafttreten nicht rückwirkend gelten“. Es geht dabei um Umrüstungen, die zukünftige, strengere Unionsnormen vorwegnehmen und die in Deutschland überwiegend nur von Handwerksunternehmen des Kraftfahrzeugtechnikergewerks⁶⁶⁵ durchgeführt werden können. Der bereits in Teil I unter C. V. hervorgehobene Aspekt der Nachhaltigkeit zeigt sich hier, Fördermöglichkeiten in diesem Bereich ermöglichen es dem Handwerk, auf diesem Feld vermehrt tätig zu werden. Unter dem Blickwinkel der erhöhten Auftragschancen für Handwerksunternehmen sind auch Art. 36a (Investitionsbeihilfen für öffentlich zugängliche Lade- oder Tankinfrastruktur für emissionsfreie und emissionsarme Straßenfahrzeuge)⁶⁶⁶, Art. 38 (Investitionsbeihilfen für Energieeffizienzmaßnah-

663 Die von der Kommission am 06.10.2021 vorgeschlagene Neufassung des Art. 36 AGVO führt zu einer Anpassung an die neuen Leitlinien für Klima-, Energie- und Umweltbeihilfen 2022, insbesondere wird der Klimaschutz ausdrücklich als Ziel mit aufgenommen und Beihilfen zugunsten fossiler Brennstoffe werden ausgeschlossen. An der potenziellen Verbesserung der Auftragslage für Handwerksunternehmen ändert dies nichts, im Gegenteil werden ggf. noch weitere Bereiche zukünftig erschlossen.

664 Nach dem Vorschlag der Kommission vom 06.10.2021 soll Art. 36 Abs. 4 AGVO gestrichen werden und die Nachrüstung von Fahrzeugen als eigenständiger Art. 36b AGVO freigestellt werden. Beihilfefähig sollen danach „Investitionen sein, die darin bestehen, dass Fahrzeuge nachgerüstet werden, damit sie als saubere oder als emissionsfreie Fahrzeuge eingestuft werden können [...]“. Damit geht auch weiterhin eine Verbesserung der Auftragslage insb. für das Kfz-Handwerk einher.

665 Anlage A zur HwO Nr. 20.

666 In die AGVO aufgenommen durch die Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23.07.2021 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. Nr. L 270 vom 29.07.2021, S. 39. Nach dem Vorschlag der Kommission vom 06.10.2021 künftig unter dem Titel „Investitionsbeihilfen für Lade-

men)⁶⁶⁷ und Art. 39 AGVO (Investitionsbeihilfen für gebäudebezogene Energieeffizienzprojekte in Form von Finanzinstrumenten)⁶⁶⁸ von Interesse. Energieeffizienzprojekte sind insbesondere Investitionsvorhaben zur Steigerung der Energieeffizienz eines Gebäudes, also etwa die Erneuerung von Heizungs- oder Kühl- und Gefriersystemen oder die Verbesserung der Beleuchtungs-, Lüftungs- oder Pumpensysteme.⁶⁶⁹ Art. 40 AGVO ermöglicht Investitionsbeihilfen für hoch effiziente Kraft-Wärme-Kopplung, also die „in ein und demselben Prozess gleichzeitig erfolgende Erzeugung thermischer Energie und elektrischer und/oder mechanischer Energie“, vgl. Art. 2 Nr. 108 AGVO.⁶⁷⁰ Die Energieeffizienz-RL⁶⁷¹ nennt in Anhang 1 Teil II als Beispiele in nicht abschließender Weise Gasturbinen mit Wärme-

oder Tankinfrastruktur“, wobei sich inhaltlich für das Handwerk keine wesentlichen Änderungen ergeben.

- 667 Allgemein zum Energieeffizienzrecht *Schneider*, in: Schneider/Theobald, *Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2013, § 21 Rn. 176 ff. Der Vorschlag der Kommission vom 06.10.2021 zur Änderung des Art. 38 AGVO enthält in erster Linie zeitliche Übergangsregelungen, Anpassungen an andere Änderungen und Regelungen zur Berechnung der Beihilfen. Interessant sind allerdings die vorgeschlagenen Abs. 3b und 7. Diese lassen eine Kombination mehrerer Beihilfen zu, was insgesamt zu höheren Beihilfeintensitäten führen würde und damit auch die positiven Auswirkungen auf die Auftragslage des Handwerks verstärken dürfte. Gleiches gilt für den neu einzufügenden Abs. 3d, der ausdrücklich Beihilfen für die Verbesserung der Energieeffizienz der Heiz- oder Kühlanlagen freistellt, wovon insbesondere das Ofen- und Luftheizungsbaugewerbe (Nr. 2 Anlage A zur HwO) und das Wärme-, Kälte- und Schallschutzisolerhandwerk (Nr. 6 Anlage A zur HwO) profitieren können.
- 668 Zum diesbezüglichen Pleonasmus *Bartosch*, in: Bartosch, *EU-Beihilfenrecht*, AEUV, Art. 107 Abs. 3 Rn. 251; vgl. allgemein *Stock*, in: Härtel/Pielow, *Effektiv zu mehr Energieeffizienz?*, S. 137 ff.
- 669 Art. 39 AGVO wurde teilweise geändert und ergänzt durch die Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23.07.2021 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, *Abl. Nr. L 270* vom 29.07.2021, S. 39; vgl. dazu anschaulich die Abbildung „Landkarte“ der bis 2030 realisierbaren Effizienzpotenziale. Einsparung gegenüber einem Szenario mit „eingefrorener“ Effizienzentwicklung, *IFEU, Fraunhofer ISI, Prognos, GWS et al.*, *Endbericht, Energieeffizienz*, S. 21.
- 670 Vgl. zur Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung *Schneider*, in: Schneider/Theobald, *Recht der Energiewirtschaft*, 5. Aufl. 2021, § 23 Rn. 103 ff.; nach dem Vorschlag der Kommission vom 06.10.2021 soll Art. 40 AGVO gestrichen werden und dessen Freistellungstatbestand künftig in Art. 41 AGVO integriert werden. Inhaltlich ergeben sich daraus für die vorliegende Untersuchung keine Abweichungen.
- 671 Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU

rückgewinnung, Gegendruckdampfturbinen, Entnahme-Kondensationsdampfturbinen, Verbrennungsmotoren, Mikroturbinen, Stirling-Motoren, Brennstoffzellen und Dampfmaschinen. Art. 41 bis 43 AGVO stellen Investitions- bzw. Betriebsbeihilfen im Bereich der erneuerbaren Energien frei und in Art. 44 bis 48 AGVO finden sich weitere, speziellere Freistellungstatbestände im Bereich des Umweltschutzes.⁶⁷² So werden beispielsweise nach Art. 48 AGVO Investitionsbeihilfen für Energieinfrastrukturen freigestellt. Welche Bedeutung etwa die Investitionsbeihilfen für Energieinfrastrukturen haben, zeigt die Schätzung der Kommission, die von einem Gesamtinvestitionsbedarf von 200 Mrd. Euro ausgeht.⁶⁷³

Bei all diesen Freistellungstatbeständen kann das Handwerk profitieren. Gleichwohl definiert zunächst der – durch Umweltschutzbeihilfen angestoßene – Bedarf das relevante Wettbewerbsverhältnis. Insoweit besteht eine erhebliche Ähnlichkeit zum oben dargestellten Vergaberecht, auch dort determiniert der Beschaffungsbedarf das Wettbewerbsverhältnis. In der Folge können hier beschriebene Wettbewerbsverhältnisse der zweiten und dritten Art entstehen, gleichwohl können diese aber auch überhaupt nicht betroffen sein. Können die nachgefragten Arbeiten – schon handwerksrechtlich begründet – nur von Handwerksunternehmen ausgeführt werden, kann kein Wettbewerbsverhältnis in der dritten zugrunde gelegten Form entstehen. Hier zeigt sich wie schon im Vergaberecht deutlich, dass die Berufsbildfixierung der HwO und die mit der Handwerksfähigkeit in Zusammenhang stehende Zulassungspflicht Wettbewerbsvorteile für das Handwerk insgesamt bieten.

Nur wenn Leistungen nachgefragt werden, die neben Handwerksunternehmen auch andere Unternehmen erbringen können, ist das dritte Wettbewerbsverhältnis eröffnet und die Frage nach den potenziellen Regelungstendenzen der Tatbestände der AGVO stellt sich. Ein gutes Beispiel hierfür sind Förderungen aufgrund des neu eingeführten Art. 36a AGVO. Freigestellt sind danach Investitionsbeihilfen für öffentlich zugängliche Lade- oder Tankinfrastruktur für emissionsfreie und emissionsarme Straßenfahrzeuge, also neben Gastankstellen insbesondere auch Ladestationen für

und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, die hier nur als Beispielgeber für die Kraft-Wärme-Kopplungstechnik dient.

672 An diesem Befund ändert sich auch nichts durch die Änderungsvorschläge der Kommission vom 06.10.2021.

673 Vgl. Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 48 Rn. 2.

Elektrofahrzeuge. Die Installation solcher Ladestationen können Handwerksunternehmen – etwa aus dem Gewerk der Elektrotechniker, gegebenenfalls im Zusammenwirken mit Gewerken aus dem Baugewerbe und sogar Straßenbauern (vgl. dazu Art. 36a Abs. 3 Satz 2 AGVO, der ausdrücklich auch Straßenbaukosten freistellt) – ebenso durchführen wie Industrieunternehmen. Letztere sind häufig diejenigen Unternehmen, die auch die eigentlichen Ladestationen herstellen.⁶⁷⁴

Insgesamt sind Handwerksunternehmen prädestiniert, die Investitionen auf Grundlage der eben benannten Freistellungstatbestände umzusetzen, da sie gerade aufgrund der spezifischen Umwelt- und Energieberatung, die die Handwerkskammern anbieten⁶⁷⁵, über entsprechendes Wissen hinsichtlich der relevanten Unionsnormen verfügen bzw. ein solches Wissen kostenfrei erwerben können. So zielen Art. 36 und Art. 37 AGVO darauf ab, noch nicht in Kraft getretenen Normen, die besseren Umweltschutz gewährleisten, bzw. Unionsnormen, die über nationale Regelungen betreffend den Umweltschutz hinausgehen, zu (früherer) Geltung zu verhelfen oder Anreize für Unternehmen zu geben, noch größere Anstrengungen im Umweltschutz zu tun als unionsrechtlich vorgeschrieben. Zwar sind nicht sämtliche Investitionskosten förderfähig, dennoch führt auch die Übernahme eines Teils der Kosten zu einer Anreizwirkung, von der Handwerksunternehmen profitieren. Insbesondere wenn Unternehmen bei anstehenden Investitionen aufgrund der Anreizwirkung der Förderungen entscheiden, überobligatorische Anstrengungen im Umweltschutz zu unternehmen, brauchen sie dementsprechende Beratung, die insbesondere Handwerksunternehmen ebenso wie die anschließende fachgerechte Umsetzung leisten können.⁶⁷⁶

Bei diesem positiven Effekt für die Auftragslage im Handwerk handelt es sich aber nicht nur um einen ungewollten „Nebeneffekt“, sondern vielmehr ist es ausdrücklich Ziel des Unionsgesetzgebers, „das Wachstums- und Beschäftigungspotenzial auszuschöpfen, das in Handwerk und Baugewerbe

674 Vgl. zu den Fragen bei der Installation einer Ladestation etwa die Angaben eines der Hersteller, <https://blog.wallbox.com/de/ladestation-installation/> (abgerufen am 25.01.2022).

675 Dazu Teil 1 C. I. 1.

676 So auch *Burgi*, GewA 2015, 363 (363) mit Bezug zu Energieeffizienzmaßnahmen auf Grundlage der Energieeinsparverordnung (EnEV) im nationalen Recht unter Verweis auf steigende Beratungszahlen.

[...] vorhanden ist“.⁶⁷⁷ Dabei „sollten die Mitgliedstaaten eine langfristige Strategie für die Zeit nach 2020 festlegen, mit der Anreize für Investitionen in die Renovierung von Wohn- und Geschäftsgebäuden mit Blick auf eine Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz des Gebäudebestands geschaffen werden sollen“.⁶⁷⁸ Diese ausdrücklichen Ziele finden sich in Erwägungsgrund 16 der Energieeffizienz-RL, der freilich keine unmittelbare Bedeutung für die AGVO und deren Ziele haben kann. Jedoch sind die Regelungen des 7. Abschnitts der AGVO, die Umweltschutzbeihilfen und die Energieeffizienz-RL Teil der Gesamtstrategie „EUROPA 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“⁶⁷⁹ und der konkreteren Strategie „ENERGIE 2020, Eine Strategie für wettbewerbsfähige, nachhaltige und sichere Energie“⁶⁸⁰ der EU-Kommission aus dem Jahr 2010. In Erwägungsgrund 55 und 56 nimmt die AGVO auch ausdrücklich auf die Strategie „EUROPA 2020“ Bezug und stellt die Beihilfen im Bereich des Umweltschutzes ausdrücklich in deren Dienst.⁶⁸¹ Der gemeinsame Rahmen der AGVO und der Energieeffizienz-RL und das gemeinsame Ziel, Anreize für die Verwirklichung eines höheren Umweltschutzniveaus zu schaffen, sprechen dafür, dass der Unionsgesetzgeber auch im Rahmen der AGVO das Wachstums- und Beschäftigungspotenzial im Handwerk im Blick hatte. Jedenfalls können Umweltschutzbeihilfen einen Beitrag dazu leisten.

Kommt es in der Folge von Förderungen auf Grundlage der beschriebenen Freistellungstatbestände zu Wettbewerbsverhältnissen zwischen Handwerksunternehmen und Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO, so lassen sich die Freistellungstatbestände des 7. Abschnitts der AGVO als handwerksgerecht einstufen. Sie führen nicht zu einer Besser- oder Schlechterstellung des Handwerks oder einzelner Handwerksunter-

677 Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, Abl. L 315/1 vom 14.11.2012, Erwägungsgrund 16.

678 Erwägungsgrund 16 Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, Abl. L 315/1 vom 14.11.2012.

679 V. 03.03.2010, KOM(2010) 2020 endg.

680 V. 10.11.2010, KOM(2010) 639 endg.

681 Bzgl. Art. 38 AGVO, der insbesondere mit der Strategie EUROPA 2020 in Verbindung steht, vgl. *Nowak*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, Band 3, AGVO, Art. 38 Rn. 1.

nehmen gegenüber Unternehmen, die nicht von der HwO erfasst werden. Vielmehr verhält sich das EU-Beihilfenrecht hier neutral. Die Chancen im Wettbewerb um geförderte Aufträge hängen vielmehr von der Vergabe der Aufträge durch öffentliche oder private Auftraggeber ab. Das EU-Beihilfenrecht verhält sich neutral, was das auszuwählende Unternehmen angeht, anders als bei der Übertragung des Betriebs einer geförderten Lade- oder Tankinfrastruktur – siehe dazu Art. 36a Abs. 9 AGVO – sieht es auch keine Regeln für das Verfahren der Auftragsvergabe für den Bau oder die Installation solcher Infrastruktur vor.

Dass sich die Auftragslage für Handwerker verbessert, ist auch noch keine mittelbare Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Dies hätte zur Folge, dass, obwohl Beihilfen auf Grundlage der AGVO freigestellt wären, für die profitierenden Handwerksbetriebe jeweils eine eigene Überprüfung der Beihilferegelungen der Art. 107 ff. AEUV erforderlich wäre. Würden die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen und kämen keine Ausnahmen auf Grundlage des Abs. 2 oder Abs. 3 des Art. 107 AEUV und der AGVO oder der De-minimis-VO in Betracht, so wäre auch dieser „Nebeneffekt“ eine rechtswidrige und damit zurückzufordernde Beihilfe. Die Folge wäre zudem eine völlig ausufernde Beihilfekontrolle, da letztlich jede staatliche Vorteilsgewährung zu indirekten Vorteilen auch für andere Wirtschaftsteilnehmer – etwa Zulieferer oder Abnehmer, hier eben für das Handwerk – führt. Eine solche Begünstigung ist jedoch – wie oben gezeigt – nicht als Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen.⁶⁸²

b. Förderung von Umweltstudien

Einen weiteren im dritten Wettbewerbsverhältnis relevanten Aspekt stellt die Förderung von Umweltstudien auf Grundlage des Art. 49 AGVO dar.⁶⁸³ Dieser bezieht sich unmittelbar auf die vorausgehenden Artikel des 7. Abschnitts und befasst sich mit der Freistellung von Beihilfen für Umweltstudien einschließlich Energieaudits. Zwar definiert die AGVO Umweltstudien und Energieaudits nicht, gemeint sind jedoch Untersuchungen, mit de-

682 Siehe dazu insb. *Soltész/Hellstern*, EuZW 2013, 489 (489).

683 Nach dem Vorschlag der Kommission vom 06.10.2021 soll Art. 49 AGVO neu gefasst werden und künftig „Beihilfen für Studien und Beratungsleistungen in den Bereichen Umweltschutz und Energie“ freistellen, inhaltlich ergeben sich jedoch keine hier relevanten Unterschiede.

nen ermittelt werden soll, mit welchen Investitionen Verbesserungen im Umweltschutz bzw. wie kostenwirksame Energieeinsparungen erzielt werden können.⁶⁸⁴ Hintergrund ist ein von der Kommission anerkanntes Marktversagen bei der Durchführung von Umweltstudien bzw. Energieaudits. Konkret würden Unternehmen die Möglichkeiten und Vorteile von Energiesparmaßnahmen und von erneuerbaren Energien unterschätzen und entsprechende Investitionen nicht vornehmen. Den Grund sieht die Kommission dabei insbesondere in einer asymmetrischen Informationslage.⁶⁸⁵ In Bezug auf die Energieaudits steht Art. 49 AGVO in engem Zusammenhang mit der Energieeffizienz-RL, aus der die Pflicht resultiert, kleine und mittlere Unternehmen zu ermutigen sich Energieaudits zu unterziehen.⁶⁸⁶ Wegen dieses engen Zusammenhangs lässt sich für die Frage des Begriffs des Energieaudits auch auf die Energieeffizienz-RL zurückgreifen. Demnach handelt es sich bei einem Energieaudit um ein systematisches Verfahren zur Erlangung ausreichender Informationen über das bestehende Energieverbrauchsprofil eines Gebäudes oder einer Gebäudegruppe, eines Betriebsablaufs oder einer industriellen oder gewerblichen Anlage in der Industrie oder im Gewerbe oder privater oder öffentlicher Dienstleistungen zur Ermittlung und Quantifizierung der Möglichkeiten für kostenwirksame Energieeinsparungen und zur Erfassung der Ergebnisse in einem Bericht, vgl. Art. 8 Abs. 1 und Anhang VI der Energieeffizienz-RL. Relevant werden solche Energieaudits daher im Vorfeld von Investitionen nach den hier besonders relevanten Art. 38 und 39 AGVO sowie Art. 41 bis 43 AGVO.⁶⁸⁷

Art. 49 AGVO enthält keine Aussagen darüber, wer die Umweltstudien bzw. Energieaudits durchführen kann oder welche Anforderungen an diejenigen zu stellen sind. Die bereits in Teil I unter C. V. vorgestellten Vorschriften des EDL-G können dabei zwar nicht unmittelbar zur Auslegung des Art. 49 AGVO herangezogen werden, sie zeigen aber, dass der Gesetzgeber auf verschiedenen Ebenen Handwerker und Handwerksunternehmen als besonders geeignet angesehen hat, um Umweltstudien und Ener-

684 So *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 49 Rn. 1 und Erwägungsgrund 68 der AGVO.

685 So noch die Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen 2008 (ABl. 2008 C 82/1) Nr. 46.

686 Vgl. *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 49 Rn. 2.

687 Daneben haben noch weitere Vorschriften des 7. Abschnitts Bedeutung, dazu *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 49 Rn. 5.

gieaudits durchzuführen. Gerade aufgrund jahrelanger Aus- und Fortbildung, der konkreten praktischen Tätigkeit und der Ausführung von Konzepten mit Umweltbezug ist bei Handwerksunternehmen eine hohe Qualifikation vorhanden, weshalb sie als qualifizierte Experten anzusehen sind.⁶⁸⁸ Im Wettbewerbsverhältnis mit nicht handwerksrechtlich erfassten Unternehmen erweist sich Art. 49 AGVO gerade mit Blick auf die Anerkennung der handwerklichen Aus- und Fortbildung als handwerksgerecht. Der erfasste Personenkreis erstreckt sich zwar auch auf Handwerker, nennt daneben aber auch noch andere potenziell geeignete Personen. Es kommt dabei zu keiner Besser- oder Schlechterstellung von Handwerkern, vielmehr wird ihre besondere Qualifikation angemessen berücksichtigt.

2. Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022

Auf primärrechtlicher Ebene dient Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV als Grundlage von Umweltschutz- bzw. Energiebeihilfen, der allerdings – dem Wortlaut nach – eine Subsumtion kaum möglich macht. Die Kommission hat diesbezüglich zuletzt die Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 erlassen, die insgesamt 14 verschiedene Beihilfengruppen enthalten, für deren Genehmigung auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV allgemeingültige Regeln formuliert sind. Es kommt auf die Voraussetzungen der Leitlinie aber nur an, wenn nicht bereits die Voraussetzungen der AGVO für die entsprechende Beihilfe vorliegen und die Beihilfe damit schon kraft der Freistellungswirkung als mit dem Binnenmarkt vereinbar gilt. Die AGVO ist insoweit vorrangig.⁶⁸⁹

a. Verbesserung der Auftragslage für bestimmte Gewerke

Wie schon auf Grundlage der AGVO führt die Vergabe von Beihilfen auf Grundlage der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 zu vermehrten Aufträgen für Handwerksunternehmen, die entsprechende Investitionen umsetzen können. Die zur AGVO gemachten Ausführungen haben auch hier Gültigkeit, auch im Rahmen von Auf-

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

689 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 3 Rn. 239.

trägen zur Umsetzung von aufgrund der Leitlinien geförderten Projekten kommt der Zulassungspflicht und der mit ihr verbundenen Handwerksfähigkeit eine für das Handwerk schützende Funktion zu. Die neuen Leitlinien enthalten dabei neue Beihilfekategorien, die sich so auch in der AGVO finden. Insbesondere Beihilfen für die Nachrüstung von Fahrzeugen⁶⁹⁰ – neu auch in Art. 36a AGVO – sind für das Handwerk von Bedeutung. Insgesamt verhalten sich auch die Leitlinien neutral zur Frage der Auftragsausführung, sie sind insofern handwerksgerecht.

b. Anwendbarkeit der Leitlinien auf Handwerksunternehmen als Begünstigte

Bereits im Anwendungsbereich der Leitlinien findet sich ein für das Handwerk relevanter Aspekt. In Punkt 13 (Abschnitt 2.1. Anwendungsbereich) wird festgelegt, wann die Leitlinien nicht zur Anwendung kommt. Unter lit. a) heißt es dort, dass die Leitlinien nicht für die „Entwicklung und Herstellung umweltverträglicher Produkte, Maschinen und Beförderungsmittel, die mit einem geringeren Einsatz natürlicher Ressourcen betrieben werden sollen [...]“, gelten. Die Kommission liefert zugleich in Fußnote 10 eine diesbezügliche Erklärung. Nach Ansicht der Kommission verursachen Umweltschutzbeihilfen geringere Wettbewerbsverzerrungen und erzielen eine größere Wirkung, wenn sie den Verbrauchern bzw. Nutzern umweltfreundlicher Produkte gewährt werden und nicht den Erzeugern bzw. Herstellern. Dies zielt darauf ab, durch Kaufanreize eine größere Nachfrage nach umweltfreundlichen Produkten zu generieren, die ebenfalls zu einer Entwicklung und Herstellung umweltverträglicherer Produkte, Maschinen und Beförderungsmittel mit geringerem Einsatz natürlicher Ressourcen führen soll. Sie sieht insbesondere Umweltzeichen und Umweltangaben für Verbraucher bzw. Nutzer als effektiveres Instrument als Beihilfen für die Entwicklung und Herstellung umweltfreundlicher Produkte an.⁶⁹¹

Für hoch innovative Handwerksunternehmen bedeutet dies aber, dass eine Förderung der Entwicklung und Herstellung umweltverträglicher Produkte, Maschinen oder Beförderungsmittel zumindest nicht auf Grundlage der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen erfolgen kann. Dabei lässt die Kommission außer Betracht, dass es für neue oder

690 Nr. 163.

691 Zur Frage der Zuordnung zu Art. 107 Abs. 2 AEUV siehe *Kreuschitz*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, Art. 107 AEUV Rn. 921.

verbesserte umweltverträgliche Produkte, Maschinen oder Beförderungsmittel regelmäßig noch keinen Markt und keine Nachfrage geben kann, da die entsprechenden Produkte noch unbekannt sind. So kann eine Förderung nicht gewährt werden, wenn Handwerksunternehmen umweltverträgliche Produkte entwickeln oder herstellen (wollen), um diese anschließend auf den Markt zu bringen. Gerade für Handwerksunternehmen kann es regelmäßig eine Hürde darstellen, die nötigen Investitionsmittel für die Entwicklung oder Herstellung solcher Produkte aufzubringen. Eine entsprechende Förderung wäre hier ein effektives Mittel, um neue und umweltverträgliche Produkte, Maschinen oder Beförderungsmittel zu erhalten.

Es lässt sich also festhalten, dass die Fixierung der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 auf die Förderung von Endverbrauchern zur Schaffung von Kaufanreizen außer Betracht lässt, dass die für die Entwicklung und Herstellung von umweltverträglichen Produkten und Maschinen regelmäßig erforderlichen Voraussetzungen bei Handwerksunternehmen eher nicht gegeben sind. Die Förderung eines Kaufanreizes setzt zunächst das Potenzial neuer Entwicklungen in Erwartung von Kaufentscheidungen der Verbraucher voraus. Für Handwerksunternehmen, deren Innovationspotenzial bei umweltverträglichen Produkten und allgemein in der stetigen Weiterentwicklung von Produkten anlässlich konkreter Aufträge liegt, erweist sich ein solcher Förderansatz regelmäßig als handwerksbenachteiligend im dritten hier zugrunde liegenden Wettbewerbsverhältnis.

Gerade Handwerksunternehmen führen schon als Teil ihrer handwerksmäßigen Tätigkeit stets Anpassungen und individuelle Arbeiten durch, wodurch sie besondere Erfahrungen in der Entwicklung und Herstellung neuer Produkte haben. Diese Erfahrung kann durch gezielte Förderung auf Grundlage einer entsprechend angepassten Leitlinie genutzt werden, um umweltfreundliche Produkte zu entwickeln.

In den bisherigen Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020 war auch der Begriff der „Öko-Innovation“ handwerksbenachteiligend. In Punkt 19 Unterpunkt 4 lit. i) hieß es, dass geringfügige Änderungen oder Verbesserungen nicht als Innovation gelten. Gerade Anpassungen in der täglichen Arbeit eines Handwerksunternehmens, die charakteristisch sind für eine handwerksmäßige Tätigkeit, können Auswirkungen in Richtung auf einen verbesserten Umweltschutz haben. Hier hat die EU-Kommission eine für das Handwerk wesentliche Änderung in den neuen Leitlinien vorgenommen. Nicht als „Öko-Innovationen“ sind

nunmehr nur noch „Tätigkeiten, die nur zu geringfügigen Änderungen oder Verbesserungen des Umweltschutzes führen“⁶⁹², anzusehen. Es kommt nun nicht mehr auf den Umfang der Änderung oder Verbesserung an sich an, sondern vielmehr auf den Grad der Auswirkungen dieser Änderungen bzw. Verbesserungen auf den Umweltschutz. Mit dieser nur geringfügigen Anpassung des Anwendungsbereichs der Leitlinien finden diese nun auch auf Handwerksunternehmen Anwendung, die im Rahmen ihres betrieblichen Alltags eine Reihe von geringfügigen Änderungen und Verbesserungen vornehmen, die aber oftmals nicht nur geringfügige Auswirkungen auf den Umweltschutz haben. Die geänderten Leitlinien erweisen sich damit als handwerksgerecht. Sie eröffnen Fördermöglichkeiten für Handwerksunternehmen, ohne diese besser- oder schlechterzustellen. Sie berücksichtigen vielmehr eine Besonderheit des Handwerks, die auch ein Element der Handwerksmäßigkeit darstellt, in angemessener Weise.

V. Handwerk als Kultur und Bewahrer kulturellen Erbes

Von Bedeutung sind im Zusammenhang mit dem Handwerk als Kultur bzw. als Bewahrer kulturellen Erbes zunächst Art. 53 AGVO und dessen primärrechtliche Grundlage Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV. Nach Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV kann die EU-Kommission „Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“, als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären. Die Ausnahme folgt dabei der Zielbestimmung des Art. 167 Abs. 4 AEUV, der die Union dazu verpflichtet, bei ihrer Tätigkeit kulturellen Aspekten, insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt der Kulturen, Rechnung zu tragen.⁶⁹³ Die Besonderheit des kulturellen Bereichs besteht darin, dass häufig bereits das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit fehlt und damit der Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV tatbestandlich nicht eingreift.⁶⁹⁴ Auf die Ausnahme

692 Vgl. Nr. 19 Unterpunkt 29 lit. (a) der neuen Leitlinien.

693 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV, Art. 107 Abs. 3 Rn. 24; *Nowak*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 53 Rn. 1.

694 Vgl. *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV Art. 107 Abs. 3 Rn. 24; *Scharf/Blanck-Putz*, in: *Münchener Kommentar, Beihilfenrecht, VO (EU) 651/2014*, Art. 54 Rn. 1ff.

nach Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV kommt es dann nicht an. Insbesondere bei Museen und Kulturdenkmälern ist dies der Fall.⁶⁹⁵

Nur außerhalb dieses nicht wirtschaftlichen Bereichs und wenn die weiteren Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV gegeben sind,⁶⁹⁶ kommen mithin beihilfenrechtlich relevante Förderungen in Betracht. Gerade die Entwicklung der Rechtsprechung in den letzten Jahren hat gezeigt, dass auch im Bereich von Museen mit nur regionaler Bedeutung der Beihilfetatbestand vorliegen kann, weshalb Kultur- und Sportbeihilfen in die AGVO aufgenommen worden sind.⁶⁹⁷

Wie schon im Bereich des Umweltschutzes ist auch hier zu unterscheiden, ob die Handwerksunternehmen direkt Begünstigte der Förderung sind, wie dies ggf. auf Grundlage des Art. 53 Abs. 2 lit. c) AGVO möglich ist, oder ob sie von einer Förderung anderer Unternehmen oder Organisationen sowie Privater durch vermehrte Aufträge profitieren. Bei der Frage der verbesserten Auftragslage für bestimmte Gewerke des Handwerks, die einen besonderen Beitrag zur Erhaltung von Kultur, kulturellem Erbe oder Kulturgütern leisten, wird ein möglicher Wettbewerb – wie schon bei den Umweltschutzbeihilfen – zunächst durch die nachgefragte Leistung bestimmt. Nur wenn die konkrete Leistung sowohl von Handwerksunternehmen als auch Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO erbracht werden kann, kommt eine Auswirkung – dann im dritten Wettbewerbsverhältnis – in Betracht. Ein Beispiel bilden die bereits angesprochenen Wettbewerbsverhältnisse zwischen Handwerksunternehmen und akademischen Restaurateuren.

Grundlage für eine verbesserte Auftragslage kann insbesondere Art. 53 AGVO sein. Art. 53 Abs. 2 AGVO nennt eine Reihe von kulturellen Zwecken und Aktivitäten, für die Beihilfen gewährt werden können, Art. 53 Abs. 3 AGVO Investitionsbeihilfen einschließlich Beihilfen für den Bau oder die Modernisierung von Kulturinfrastruktur als mögliche Beihilfeformen, die gerade im Bereich des Bau- und Ausbauhandwerks von Bedeutung sind. Hinsichtlich des Aspekts der verbesserten Auftragslage kann auf das im Rahmen der Umweltschutzbeihilfen Gesagte verwiesen werden.

695 Differenziert bei Museen *Bartosch*, in: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV Art. 107 Abs. 3 Rn. 24.

696 Zur Frage der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten siehe *Scharf/Blanck-Putz*, in: *Münchener Kommentar, Beihilfenrecht*, VO (EU) 651/2014, Art. 54 Rn. 5 ff.

697 Vgl. *Scharf/Blanck-Putz*, in: *Münchener Kommentar, Beihilfenrecht*, VO (EU) 651/2014, Art. 54 Rn. 8 f.

Art. 53 AGVO kann aber auch Grundlage einer Förderung sein, die sich unmittelbar an das Handwerk als kulturelles Erbe richtet. So heißt es in Art. 53 Abs. 2 lit. c) AGVO, dass Beihilfen für immaterielles Kulturerbe in jeder Form einschließlich Brauchtum und Handwerk gewährt werden können. Bereits der Begriff der Kultur bzw. des kulturellen Erbes wird von der EU-Kommission sehr weit verstanden und entgegen dem Ausnahmecharakter des Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV und der AGVO eher nicht restriktiv ausgelegt.⁶⁹⁸ Mit Bezug auf das in Art. 53 Abs. 2 lit. c) AGVO ausdrücklich erwähnte Handwerk liegen bisher keine Kommissionsentscheidungen vor. Relevanz hat die Norm bisher hauptsächlich im Bereich regionaler oder Minderheitssprachen, wobei sich eine Überschneidung mit Art. 53 Abs. 2 lit. f) AGVO ergeben kann.⁶⁹⁹

Allerdings erfasst Art. 53 Abs. 2 lit. c) AGVO nicht das Handwerk als Ganzes. Danach ist möglicher Fördergegenstand das immaterielle Kulturerbe, während Brauchtum und Handwerk als Konkretisierung und Beispiele des immateriellen Kulturerbes genannt werden. Im Unionsrecht – weder auf primärrechtlicher noch auf sekundärrechtlicher Ebene – findet sich keine Definition des Kulturbegriffs oder des Begriffs des kulturellen Erbes.⁷⁰⁰ Die Kommission lässt sich bei der Bestimmung dieser Begriffe von den Zielen des Art. 167 AEUV und des Art. 22 GRC ebenso leiten wie von Abkommen auf europäischer und internationaler Ebene, die sich mit der Förderung von Aspekten der Kultur befassen.⁷⁰¹ So bezieht sie beispielsweise die UNESCO-Konvention über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen und die Europäische Charta der Regional- und Minderheitensprachen in die beihilfenrechtlichen Entscheidungen mit ein.⁷⁰² Sie bringt zudem zum Ausdruck, dass die Definition kultureller Aktivitäten unter Beachtung des in Art. 5 EUV verankerten Subsidiaritätsprin-

698 Vgl. Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 53 Rn. 2.

699 Vgl. Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 53 Rn. II.

700 Vgl. Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 53 Rn. 2; für den Begriff der Kultur i. S. d. Titels XIII des AEUV gilt Gleiches, vgl. Niedobitek, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 167 AEUV Rn. 27.

701 Vgl. Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, AGVO, Art. 53 Rn. 2; für 22 GRC Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, EU-GRCharta, Art. 22 Rn. 3.

702 Z. B. Kommissionsbeschlüsse vom 04.04.2011, SA. 32144 (N 2011) Rn. 15 „State Aid to dance, music and poetry“; vom 30.05.2013, SA. 35814 u. a. Rn. 17 „State aid to Madach-Posonium, Lilium Aurum, Petit Press and MPhilms“; und vom 11.02.2014,

zips vorrangig in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten falle.⁷⁰³ Die Grenze der Anwendung des Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV und damit auch des Art. 53 AGVO ist allerdings bei einer mitgliedstaatlichen Förderung von Tätigkeiten erreicht, die nicht unmittelbar der Kulturförderung, sondern primär wirtschaftlichen bzw. kommerziellen Interessen dienen, was insbesondere bei der Förderung des Rundfunks⁷⁰⁴ und von Presseprodukten⁷⁰⁵ ohne kulturellen Schwerpunkt relevant werden kann.

Auch in Art. 167 AEUV ist der Begriff der Kultur oder des Kulturguts nicht definiert. Allerdings ist in Abs. 2 eine Reihe von Zielen und Tätigkeitsbereichen der Union im Bereich der Kultur definiert.⁷⁰⁶ Die EU-Kommission sieht darüber hinaus alles als Kultur an, was „nach allgemeiner Auffassung der Kultur zugeordnet“⁷⁰⁷ werden kann, und folgt dabei dem europäischen Ansatz, den Kulturbegriff anhand von Beispielen enumerativ zu definieren.⁷⁰⁸ Auch wenn der unionsrechtliche Kulturbegriff nicht mithilfe von mitgliedstaatlichen Begriffen definiert werden kann, so bietet sich trotzdem der Rückgriff auf mitgliedstaatliche Beispiele für den Begriff der Kultur an. Denn auch wenn es sich um einen autonomen Begriff des Unionsrechts handelt, so hat er doch – zumindest auch – mitgliedstaatlichen Ursprung.⁷⁰⁹ Berücksichtigt man dies, können jedenfalls die in Teil 1 unter C. VI. 2. genannten besonderen Gewerke gefördert werden. Dies gilt sowohl für die Gewerke, die Aufnahme in die „Repräsentative Liste des immateriellen Kulturerbes der Menschheit der UNESCO“ gefunden haben, als auch jene, die in die „UNESCO-Liste des immateriellen Kulturerbes in Deutschland“ aufgenommen wurden. Jedenfalls deren Wissen und Können sind als immaterielles Kulturerbe auch im Sinne von Art. 53 AGVO anzuse-

SA. 37916 Rn. 30 „Subventions pour le développement de l'usage de la langue basque dans la vie sociale“.

703 Vgl. Mitteilung der Kommission über staatliche Beihilfen für Filme und andere audiovisuelle Werke (2013/C 332/01) Rn. 18, 25. Zu den Auswirkungen des PSpP-Urteils des BVerfG unter anderem auf das Beihilfenrecht im Kulturbereich *Ackermann*, NZKart 2020, 281 (282).

704 Vgl. *Held/Kliemann*, EStAL 2012, 37 mit weiteren Beispielen aus der Entscheidungs- bzw. Beschlusspraxis der Kommission; vgl. auch *M. Schröder*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, 3. Teil, Art. 107 Abs. 3 AEUV Rn. 2088 f.

705 Vgl. *Psychogiopoulou*, EStAL 2012, 57 ff.; *dies.*, EStAL 2013, 69 ff.

706 Vgl. *Niedobitek*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 167 AEUV Rn. 30.

707 Kommission 24.02.1999 – NN 70/1998 (Kinderkanal und Phoenix) Rn. 6.2.

708 So *Lenski*, Öffentliches Kulturrecht, S. 26 f.

709 So *Niedobitek*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 167 AEUV Rn. 31.

hen. Mit Blick auf den Kulturbegriff bzw. dessen Weite und den Spielraum der Mitgliedstaaten dürften daneben aber weitere Gewerke denkbar sein.

Auswirkungen einer Förderung auf Grundlage des Art. 53 AGVO können sich nur im zweiten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis ergeben. Bei einer Förderung von Handwerksunternehmen, deren Wissen und Fähigkeiten als immaterielles Kulturerbe eingestuft werden, können sich Wettbewerbsverhältnisse zu Handwerksunternehmen ergeben, bei denen dies nicht der Fall ist. Das kann etwa darin begründet sein, dass einzelne Handwerksunternehmen besondere Techniken oder traditionelles Wissen erhalten haben und Dienstleistungen auf dieser Grundlage anbieten, während solche Leistungen auch mit modernen Techniken möglich sind. Gleichwohl kommt es durch Art. 53 AGVO nicht zu einer Besserstellung dieser Handwerksunternehmen. Vielmehr erlaubt dieser eine Förderung unter angemessener Berücksichtigung gerade dieses kulturellen Erbes, das einzelne Handwerksunternehmen bewahren. Zumeist geht damit ein erhöhter (finanzieller) Aufwand einher oder es entstehen besondere Schwierigkeiten etwa bei der Beschaffung von Ersatzteilen. Eine Fördermöglichkeit auf Grundlage von Art. 53 AGVO erlaubt die Berücksichtigung dieser und ist damit als handwerksgerecht ausgestaltet anzusehen.

D. Gesamtergebnis der Untersuchung von Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Mittel

Als Gesamtergebnis der Untersuchung von Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Mittel lässt sich zunächst festhalten, dass eine Förderung des Handwerks als Ganzes keine grundsätzlich verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ist. Eine solche Förderung hat und kann mit Blick auf die Ziele des Art. 107 Abs. 1 AEUV keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse zwischen Handwerksunternehmen haben, sie kann aber zu einer Besserstellung von Handwerksunternehmen gegenüber Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, führen. Unter Anwendung der hier vertretenen Auslegung und Anwendung des Art. 107 Abs. 1 AEUV legitimiert die spezifische Erfassung des Handwerks in Deutschland eine handwerksfreundliche Anwendung des EU-Beihilfenrechts.

Daneben ist eine Reihe von Förderungen auf Grundlage der AGVO bzw. unter Zugrundelegung der Leitlinien der EU-Kommission möglich. Die ganz überwiegende Mehrzahl der Fördertatbestände erweist sich dabei als

handwerksgerecht im zweiten, aber überwiegend im dritten Wettbewerbsverhältnis. Lediglich einzelne Normen lassen eine angemessene Erfassung der rechtlichen Spezifika des Handwerksrechts oder der tatsächlichen Gegebenheiten des Handwerks nicht zu. Dabei genügen bereits kleine Anpassungen, um dem Handwerk mit seiner besonderen rechtlichen Erfassung durch die HwO Rechnung zu tragen.

Die Zusammenschau der einzelnen Fördermöglichkeiten und insbesondere die handwerksfreundliche Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV zeigt, dass eine handwerksgerechte oder sogar handwerksfreundliche Ausgestaltung des EU-Beihilfenrechts im Wettbewerb um öffentliche Mittel weit überwiegt. Selbst Spezifika des handwerklichen Rechtsregimes wie die Meisterpflicht oder die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer werden fast immer angemessen berücksichtigt. Im Bereich einer Förderung des Handwerks als Ganzes sind es gerade diese Spezifika, die das Handwerk im Sinne einer handwerksfreundlichen Ausgestaltung im Wettbewerb um öffentliche Mittel besserstellen. Auch auf nationaler Ebene – insbesondere mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG – rechtfertigen diese Spezifika eine besondere Förderung des Handwerks als Ganzes.

Teil 4: Handwerksunternehmen im Wettbewerb mit öffentlichen Unternehmen um Kunden

Die mit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, insbesondere mit öffentlichen Unternehmen, verbundenen Fragestellungen sind seit jeher Feld politischer und juristischer Diskussionen. Die Diskussion ist dabei von Privatisierungs- und Rekommunalisierungszyklen geprägt.⁷¹⁰

Im Recht der öffentlichen Unternehmen sind, wie schon im EU-Beihilfenrecht, nicht Handwerksunternehmen direkte Adressaten der relevanten Normen. Das Recht der öffentlichen Unternehmen richtet sich an Bund, Länder oder Kommunen und gibt den Rechtsrahmen für die unternehmerische Aktivität dieser vor. Ebenso wie im EU-Beihilfenrecht wirkt sich der Regelungsrahmen zunächst nur mittelbar auf Handwerksunternehmen aus. Je nach Ausgestaltung des Rechts der öffentlichen Unternehmen stehen diese einer mehr oder weniger starken oder umfangreichen Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen gegenüber. Die Auswirkungen betreffen also den Wettbewerb um Kunden.

Die insbesondere kommunale Handwerkstätigkeit kann auf der anderen Seite auch einen Beitrag zu einer flächendeckenden Versorgung ländlicher Regionen mit Handwerksleistungen bieten, wenn diese durch Private nicht mehr in dem erforderlichen Maße gewährleistet wird.⁷¹¹

A. Begriff und Bedeutung öffentlicher, insbesondere kommunaler Unternehmen

Die Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Unternehmens fällt schwer. Eine Legaldefinition oder auch nur einheitliche Definition existiert nicht.⁷¹²

710 Vgl. *Moraing*, WiVerw 1998, 233 (233).

711 Vgl. den diesbezüglichen Vorschlag von *Burgi*, GewA 2018, 327 (328).

712 Vgl. *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 16 Rn. 4; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 661; *Wollenschläger*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 6 Rn. 3, demnach der Begriff des öffentlichen Unternehmens „schillernd“ ist.

Gerade die Bestimmung des Merkmals „öffentlich“ ist dabei umstritten.⁷¹³ Überwiegend wird ein öffentliches Unternehmen angenommen, wenn es durch die öffentliche Hand beherrscht wird, wenn diese also die maßgebliche Leitungs- und Führungskompetenz des Unternehmens innehat.⁷¹⁴ Im europäischen Recht findet sich eine Legaldefinition in der Transparenzrichtlinie.⁷¹⁵ Dort sind öffentliche Unternehmen als Unternehmen definiert, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Zwar gilt diese Definition unmittelbar nur für die sekundärrechtliche Richtlinie selbst, es entspricht aber der allgemeiner Ansicht, dass sie als Anhaltspunkt für andere Regelungszusammenhänge herangezogen werden kann.⁷¹⁶ Auch dabei wird auf das Merkmal der Beherrschung abgestellt.

Grundsätzlich steht dem Staat bei der Verfasstheit von öffentlichen Unternehmen ein Wahlrecht zu, sie können entweder öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich verfasst sein.⁷¹⁷ In der Folge findet sich in der Praxis – auf sämtlichen staatlichen Ebenen – eine Vielzahl von unterschiedlichen Formen. Diese reichen von rechtlich unselbstständigen Einheiten wie dem Regie- und Eigenbetrieb zu privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaft-

713 Etwa an die Widmung anknüpfend *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, II. Band, S. 243 f. Die Widmung ist auch konstitutives Element einer öffentlichen Einrichtung im Kommunalrecht, vgl. etwa Art. 21 BayGO. An die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge knüpft etwa die Definition des öffentlichen Eisenbahnverkehrsunternehmens in § 3 Abs. 1 Nr. 1 AEG, vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 663.

714 Vgl. BGHZ 69, 334 ff. und BGHZ 135, 107 ff. bei nur 20 % Aktienanteil des Landes Niedersachsen an der Volkswagen AG; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 668; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 5 ff. In diese Richtung geht auch die Anknüpfung an die Eigentümerstellung, etwa *Schmidt-Aßmann*, BB-Beilage 34, (1990), 1 (2).

715 Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. L 318 vom 17.11.2006, S. 17.

716 Vgl. *Kluth*, in: Mann/ Püttner, Hdb. der kommunalen Wissenschaft und Praxis, II, § 39 Rn. 28 f.; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 667.

717 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 73 ff.; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 713; *Brüning*, in: Schulte/Kloos, Hdb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 16.

ten.⁷¹⁸ Daneben sind nichtrechtsfähige und rechtsfähige Vereine ebenso wie Genossenschaften oder rechtsfähige Stiftungen möglich, die in der Praxis aber nur eine sehr geringe Bedeutung haben.⁷¹⁹ Die größte Gruppe der öffentlichen Unternehmen findet sich auf kommunaler Ebene.⁷²⁰ Schätzungen zufolge gibt es in Deutschland etwa 13.000 kommunale Unternehmen, wovon etwa 1.500 Mitglieder des Verbandes kommunaler Unternehmen (Vku) sind und mit 275.000 Beschäftigten einen Umsatz von etwa 119 Milliarden Euro erzielen.⁷²¹

Staatliche wirtschaftliche Betätigung hat eine lange Tradition, die meist darauf zurückgeht, dass eine Unterversorgung der Staatsbürger oder der Gemeindeeinwohner in einem bestimmten Bereich der Privatwirtschaft festgestellt wurde und der Staat dem mit wirtschaftlicher Tätigkeit gegenübergestellt.⁷²² Daneben spielen weitere Gründe eine Rolle. Zum einen verleitet die Finanznot, insbesondere auf kommunaler Ebene, dazu, ertragsstarke wirtschaftliche Engagements beizubehalten oder neue aussichtsreiche Betätigungsfelder zu erschließen. Zudem hat die Veränderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf einer Reihe von Märkten im Zuge einer Liberalisierungspolitik dazu beigetragen, dass neue Möglichkeiten der wirtschaftlichen Betätigung entstanden sind. Dies gilt vor allem im Bereich der Energieversorgung. Zuletzt tragen auch Bestrebungen der Verwaltungsmodernisierung und der Ökonomisierung des Staates und der Kommunen zu einem Anstieg wirtschaftlicher Aktivitäten des Staates bei. Ein weiterer, eher neuerer Grund ist der Wunsch nach mehr Gestaltungsmöglichkeiten. So nimmt insbesondere auf kommunaler Ebene etwa das Interesse an Wohnungsbaugesellschaften wieder zu, in der Hoffnung, die Wohnraumversorgung besser mitgestalten zu können.⁷²³ Gleiches gilt für den Breitbandausbau, in dem allein 190 kommunale Unternehmen engagiert sind.⁷²⁴

718 Vgl. zu den verschiedenen Formen und ihren Besonderheiten etwa *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 71 ff.; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 673–679; *Brüning*, in: Schulte/Kloos, Hdb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 17–20.

719 Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 17.

720 So auch *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 2.

721 Vgl. <https://www.vku.de/verband/ueber-uns/> (abgerufen am 10.03.2022).

722 Zur historischen Entwicklung *Breuer*, NVwZ 2015, 150; *Ronellenfisch*, in: Isensee/G. Kirchhof, HStR, IV, § 98 Rn. 8 ff.

723 Zum Ganzen *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 5 f.

724 Vgl. dazu <https://www.vku.de/verband/ueber-uns/> (abgerufen am 10.03.2022).

Eines der größten Felder kommunaler Wirtschaftstätigkeit stellt die Versorgung mit Strom, Gas und Wärme dar. Gerade im Zuge der Energiewende und dem Aufkommen einer „digitalen Energiewirtschaft“ rückt die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden in diesen Bereichen wieder mehr in den Fokus und damit einhergehend auch das kommunale Wirtschaftsrecht.⁷²⁵ Dass Kommunen solche Dienstleistungen grundsätzlich erbringen dürfen, ist nicht umstritten, sie sind vielmehr Teil der sog. Daseinsvorsorge⁷²⁶ und damit Teil des Kernbereichs des Art. 28 Abs. 2 GG. Dementsprechend sehen fast alle Kommunalordnungen der Bundesländer die Zulässigkeit dieser Betätigungen ausdrücklich vor, beispielhaft sei an dieser Stelle nur § 107a GO NRW genannt. Zu einem verstärkten Engagement der Kommunen in diesem Bereich hat zum einen die Liberalisierung der netzgebundenen Märkte durch die EU und zum anderen die Energiewende beigetragen, die die dezentrale Energieversorgung stärker vorantreibt.⁷²⁷ Für das Handwerk relevant ist nicht diese Vorsorgertätigkeit, hier entsteht kein Wettbewerb, sondern vielmehr damit verbundene Tätigkeiten. So erbringen kommunale Versorgungsbetriebe eine Reihe von Tätigkeiten „hinter dem Stromzähler“⁷²⁸, wie etwa den Einbau von Messsystemen, die Installation und Wartung von Heizungsanlagen⁷²⁹ oder auch Energieberatungsleistungen. In diesen Bereichen sind ebenso Handwerksunternehmen tätig, im Bereich der Energieberatungsdienste sind sie, wie gezeigt, sogar besonders förderfähig.⁷³⁰ Die Digitalisierung der Energiewende beflügelt dabei Kreativprozesse bei kommunalen Energieversorgern.⁷³¹ Sie bieten unter anderem Prozessdienstleistungen im Zusammenhang mit Software- und Hardwarelösungen an, die im Zusammenhang mit gesetzlich vorgeschriebenen energiewirtschaftlichen Vorgängen stehen, wie dem Smart Meter

725 Vgl. *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, 1276 (1276); *Schulz/Tischer*, GewA 2014, 1 (1); *Pielow*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 10 ff.

726 Vgl. BVerfG NJW 1990, 1783; BVerwGE 98, 273 (275); *Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93.; *Püttner*, LKV 1991, 209 (211).

727 Vgl. zu dieser Entwicklung *Pielow*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 1 ff.

728 *Wolters/Frey*, KommJur 2018, 205.

729 Vgl. schon *Moraing*, WiVerw 1998, 233 (239); Tätigkeiten unter anderem im Bereich des zulassungspflichtigen Handwerks des „Installateur und Heizungsbauer“, HwO, Anlage A, Nr. 24; mit weiteren Beispielen auch aus dem Bereich der „digitalen Energiewirtschaft“ *Pielow*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 9, 12 ff.

730 Siehe Teil 3 C. IV. 1. b.

731 Vgl. *Pielow*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 64.

Rollout oder den Datenaustausch über Smart-Meter-Gateways (SMG). Dabei ist ein gesetzlich vorgeschriebener Tätigkeitsbereich⁷³² von einem freiwilligen Engagement der Gemeinden zu unterscheiden. Gerade solche freiwillige Tätigkeiten führen zu vermehrtem Wettbewerb mit Handwerksunternehmen. Zu denken ist dabei etwa an Smart-Home-Anlagen⁷³³ oder Angebote zur Installation von Photovoltaik- oder Stromspeicheranlagen.⁷³⁴ Gerade im Zusammenhang mit der Stromversorgung wird häufig eine Art Gesamtpaket angeboten, das sich etwa auch auf den Verkauf, die Installation und sogar den Service von Photovoltaik-Anlagen bzw. Solar-Anlagen bezieht.⁷³⁵ Auch in diesem Bereich sind Handwerksunternehmen tätig und erfahren durch diese Angebote – insbesondere wenn diese wie im zitierten Beispiel langfristige Serviceverträge beinhalten – erheblichen (neuen) Wettbewerb. Ziel der kommunalen Versorgungsunternehmen ist meist eine stärkere Kundenbindung und Marktdurchdringung.⁷³⁶ Daneben bieten kommunale Versorgungsbetriebe auch Leistungen wie die Installation von privaten Ladestationen für Elektrofahrzeuge an, sodass hier neben den oben schon genannten Industrieunternehmen als Wettbewerber von Handwerksunternehmen auch kommunale Unternehmen auftreten.⁷³⁷

Insgesamt sind es – woraus sich dann auch Wettbewerbsverhältnisse der hier untersuchten Art zu Handwerksunternehmen ergeben – gerade kommunale Versorgungsbetriebe, die einen wesentlichen Beitrag bei der

732 Wie etwa der Smart Meter-Rollout, vgl. §§ 29 ff. i. V. m. § 2 Satz 1 Nr. 15 des Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen (Messstellenbetriebsgesetz – MsbG), vom 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034).

733 In diesem Kontext ist die Beteiligung der TEAG Thüringer Energie AG an dem Unternehmen eness GmbH, das Solaranlagen mit Speichern vertreibt, zu sehen, vgl. die Pressemitteilung vom 29.10.2019, abrufbar unter <https://www.thuega.de/pressemitteilungen/teag-beteiligt-sich-an-eness-gmbh/> (abgerufen am 07.03.2022).

734 Vgl. *Pielow*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 64.

735 Z.B. ein Angebot der Stadtwerke München, <https://www.swm.de/photovoltaik/m-solar-plus> (abgerufen am 25.01.2022); vgl. auch *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl. 2021, § 5 Rn. 28.

736 Vgl. dazu die Vku-Studie „Positionierung von Stadtwerken im Endkundenmarkt 4.0“, <https://www.vku.de/themen/energiewende/artikel/positionierung-von-stadtwerken-im-endkundenmarkt-40/> (abgerufen am 25.01.2022); früh *Moraing*, WiVerw 1998, 233 (239), der jedoch aus Sicht der Kommunen argumentiert und in dieser Angebotsweiterung eine notwendige Reaktion auf Privatisierungsentwicklungen und Resultat der schwierigen finanziellen Lage der Kommunen sieht; darauf weist auch *Pielow*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 9, 63 f.

737 Etwa die Stadtwerke München, <https://www.swm.de/elektromobilitaet/privat-laden> (abgerufen am 25.01.2022).

Umsetzung der Energiewende leisten. Sie sind wichtige Akteure beim Auf- und Ausbau lokaler Versorgungsinfrastrukturen.⁷³⁸ Insbesondere Kommunen sind damit in Bereichen tätig, die unmittelbar das Handwerk betreffen. Gerade das Handwerk ist dadurch geprägt, dass es vor Ort arbeitet, weshalb die örtliche Betätigung von Kommunen nicht selten als Bedrohung für ansässige Handwerksunternehmen empfunden wird.⁷³⁹

Zudem werden von Verkehrsbetrieben Werkstattleistungen im Kfz-Bereich⁷⁴⁰ angeboten und im Bereich der Druckerarbeiten nehmen städtische Druckereien private Druckaufträge (z. B. Geburtsanzeigen, Einladungen und Veranstaltungsprogramme)⁷⁴¹ an. Noch weitere Beispiele aus verschiedenen handwerklichen Bereichen sind zu nennen, wie etwa Testen von Feuerlöschern durch kommunale Unternehmen⁷⁴². Der Staat wird darüber hinaus im Bereich der Gebäudereinigung ebenso tätig⁷⁴³ wie als Betreiber eines eigenen Weingutes und Weinkellers.⁷⁴⁴ Auf kommunaler Ebene finden sich städtische Schlachthöfe⁷⁴⁵ und auf Messen werden Elektroarbeiten⁷⁴⁶ angeboten. Eines der bekannteren Beispiele sind kommunale Bestattungsunternehmen, die sogar schon Gegenstand der Rechtsprechung

738 Vgl. dazu *VkU*, Kommunale Wärmewende, abrufbar unter https://www.vku.de/fileadmin/user_upload/Verbandsseite/Publikationen/2018/180711_VKU_Broschuere_Waermewende_RZ-WEB.PDF (abgerufen am 25.01.2022).

739 So etwa anlässlich des ersten „Forum Handwerksrecht“ 2019 *Pielow*, *WiVerw* 2019, 154 (166); auch *Breuer*, *WiVerw* 2015, 150 (151) und Fn. 4.

740 Beispielsweise in Koblenz, vgl. <https://servicebetrieb.koblenz.de/downloads/broschueren/ksk-imagebroschuere-internetversion-pdf-2016.pdf?cid=bxh> (abgerufen am 25.01.2022), die Kfz-Werkstatt übernimmt dabei die Versorgung auch anderer Eigenbetriebe der Stadt; dazu auch *Moraing*, *WiVerw* 1998, 233 (239); Tätigkeit unter anderem im Bereich der zulassungspflichtigen Handwerke der „Karosserie- und Fahrzeugbauer“ sowie der „Kraftfahrzeugtechniker“; *HwO*, Anlage A, Nr. 15 und 20.

741 Vgl. *Moraing*, *WiVerw* 1998, 233 (240); *Meyer/Diefenbach*, *Handwerkliche Betätigung von Kommunen und kommunalen Unternehmen*, S. 15; Tätigkeit im Bereich des zulassungsfreien Handwerks der „Buchbinder“ und „Drucker“; *HwO*, Anlage B, Nr. 39 und 40.

742 Tätigkeiten im Bereich der Schornsteinfeger, Anlage A zur *HwO*, Nr. 12.

743 Also im Bereich des Handwerks der „Gebäudereiniger“; *HwO*, Anlage B, Nr. 33; vgl. *Heinzen*, *Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung*.

744 Im Bereich des Handwerks des „Weinküfers“; *HwO*, Anlage B, Nr. 30; vgl. dazu *Hermann*, *Sonderinformation 2: Saat vor Privat? – Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit*, S. 19 f.

745 Im Bereich des Handwerks der „Fleischer“; *HwO*, Anlage A, Nr. 32.

746 Vgl. *OLG München NVwZ* 2000, 835 f.; eine Tätigkeit im Bereich der Elektrotechniker; Anlage A zur *HwO*, Nr. 25.

des Bundesverwaltungsgerichts waren.⁷⁴⁷ Ebenfalls bundesgerichtlich in Erscheinung getreten ist die Konkurrenz staatlicher Krankenversicherungen zu Optikern bei der Abgabe von Brillen.⁷⁴⁸

Wie die Beispiele zeigen, kommen Wettbewerbssituationen in den in Teil 2 beschriebenen und hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnissen fast ausschließlich auf kommunaler Ebene in Betracht, weshalb sich die nachfolgende Untersuchung auch auf kommunale (öffentliche) Unternehmen beschränken wird.

B. Der Rechtsrahmen für kommunale Unternehmen

Der Einfluss des Rechts der öffentlichen Unternehmen auf das zweite und dritte Wettbewerbsverhältnis besteht auf zwei Ebenen. Zum einen ist die Frage des „Ob“ der unternehmerischen Tätigkeit des Staates ausschlaggebend, zum anderen die Frage des „Wie“ der staatlichen Unternehmenstätigkeit. Entsprechend lässt sich auch der Rechtsrahmen in Regelungen der Statthaftigkeit der kommunalen Wirtschaftstätigkeit („ob“) und Regelungen, die Handlungsmaßstäbe enthalten („wie“), unterteilen. Zudem wird zwischen einem allgemeinen Rechtsrahmen und dem speziellen Rechtsrahmen – niedergelegt in den Kommunalgesetzen der Länder – differenziert.⁷⁴⁹

Der allgemeine Rechtsrahmen findet sich dabei im Europarecht, dem Verfassungsrecht, dem Wettbewerbsrecht und auch im allgemeinen Unternehmensrecht, wie etwa dem Kapitalgesellschaftsrecht, das anzuwenden ist, wenn das kommunale Unternehmen als GmbH oder AG organisiert ist, oder dem HGB.

Allgemeine Regelungen des „Ob“ der staatlichen, konkret kommunaler Wirtschaftstätigkeit enthält das europäische Primärrecht nicht. Vielmehr regelt Art. 345 AEUV, dass die „Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten“ unberührt bleibt, was auch die Zuordnung von Unterneh-

747 Vgl. BVerwGE 39, 329 (329 ff.); BGH NJW 1987, 60 ff. und 62 ff.; BGH GRUR 1989, 603 ff., VGH Mannheim GewA 1969, 141 (141 ff); das Gewerk der Bestatter wurde im Zuge der Reform 2019 in die Anlage B zur HwO aufgenommen, vgl. Nr. 55.

748 Vgl. BGHZ 82, 375; *Maydell/Scholz*, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, S. 83.

749 So etwa *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Abschnitt II. und III.

menseigentum zu staatlichen oder privaten Trägern betrifft.⁷⁵⁰ Das Europarecht ist von „Neutralität und Gestaltungsfreiheit“ geprägt.⁷⁵¹

Auch das deutsche Verfassungsrecht enthält so gut wie keine expliziten Vorgaben im Sinne eines Verbots oder Gebots öffentlicher Wirtschaftstätigkeit. Das Grundgesetz steht öffentlichen Unternehmen jedenfalls nicht ablehnend gegenüber.⁷⁵² Da es allerdings bei dem Betrieb eines öffentlichen Unternehmens auch weiterhin um die Erfüllung von staatlichen Aufgaben geht, kommt dieser Modus der Aufgabenerfüllung nur in Betracht, wenn ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigt.⁷⁵³ Eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung ohne Gemeinwohlbezug kommt damit nicht in Betracht.⁷⁵⁴ Auf kommunalrechtlicher Ebene ist dies auch explizit als Umsetzung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgabe geregelt (dazu unten genauer). Gleichwohl handelt es sich dabei um eine eher leicht zu überspringende Hürde, da sich öffentliche Zwecke für eine wirtschaftliche Betätigung relativ leicht finden lassen und dabei sämtliche nachvollziehbaren Gründe ausreichend sind.⁷⁵⁵

Grundlegend ist das „Wie“ der staatlichen Unternehmertätigkeit in Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV beschrieben. Daraus ergibt sich der Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen.⁷⁵⁶ Zudem sind – anders als auf Ebene der Grundrechte – öffentliche Unternehmen sowohl Adressaten als auch Berechtigte⁷⁵⁷ der Grundfreiheiten des AEUV. Die Anwendbarkeit auf juristische Personen des öffentlichen Rechts ist in Art. 54 Abs. 2 und 62 AEUV ausdrücklich geregelt.⁷⁵⁸

Auf Ebene des Verfassungsrechts ist zunächst festzuhalten, dass die Bindung kommunaler Träger auch bei (privatrechtlicher) unternehmerischer Tätigkeit bestehen bleibt, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG. Sie sind weiterhin an die

750 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 23; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 730.

751 Vgl. so auch die EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20.9.2000, KOM(2000) 580 endg., S. 3, 11.

752 Vgl. etwa *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 680.

753 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 24.

754 Anders *Britz*, NVwZ 2001, 380 (382).

755 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 24.

756 Vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 734; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 22.

757 Ersichtlich aus Art. 106 Abs. 1 AEUV.

758 Vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 731. Anderes gilt im Verhältnis des öffentlichen Unternehmens zu seinem „eigenen“ Mitgliedstaat, vgl. dazu *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 20.

Grundrechte gebunden, eine Berufung auf diese ist ihnen – mit engen Ausnahmen – verwehrt (Konfusionsargument).⁷⁵⁹ Die Gründung und der Betrieb kommunaler Unternehmen fallen zudem unter den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG.⁷⁶⁰ In der Folge kommt dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des kommunalen Unternehmensrechts zwar ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu, ein vollständiges und voraussetzungsloses Verbot jeglicher kommunaler Wirtschaftstätigkeit scheidet hingegen aus, da dies den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie verletzen würde.⁷⁶¹

Der spezielle Rechtsrahmen des kommunalen Wirtschaftsrechts, das in allen Gemeindeordnungen enthalten ist,⁷⁶² verfolgt grundlegend vier Ziele, deren Erreichung sowohl auf Ebene des „Ob“ als auch auf der Ebene des „Wie“ verfolgt wird.

Zunächst geht es um das allgemeine rechtsstaatliche Anliegen der Einhaltung der Gesetze. Daneben soll die demokratische Kontrolle öffentlicher Unternehmen sichergestellt werden, was häufig in Form von Einwirkungspflichten der Fall ist. Die Verwirklichung des verfassungsrechtlich erforderlichen öffentlichen Zwecks sicherzustellen und zuletzt das Gemeindevermögen vor Verlusten und Haftungsrisiken zu schützen, sind die klassischen Ziele des kommunalen Wirtschaftsrechts.⁷⁶³ Umstritten – und insbesondere mit Blick auf den Rechtsschutz klärungsbedürftig – ist, ob daneben auch wettbewerbliche Ziele, also insbesondere der Schutz privater Wettbewerber, verfolgt werden. Unabhängig davon, ob dieses Ziel tatsächlich leitend war, führt die Subsidiaritätsklausel faktisch zu einem Schutz privater Unternehmen. Ausweislich der Gesetzesbegründung des bayerischen Gesetzgebers dient die Schrankentrias jedenfalls auch dazu, eine ordnungs-

759 Zur Grundrechtsbindung grundlegend die Fraport-Entscheidung des BVerfG BVerfGE 128, 226 (244 ff.); *Ronellenfitsch*, in: Isensee/G. Kirchhof, HStR, IV, § 98 Rn. 46 ff.; *Wollenschläger*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 183. Zur Gewerbefreiheit für öffentliche Unternehmen siehe *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 683.

760 Vgl. für die Landesverfassung von Rheinland-Pfalz VerfGH Rhld.-Pf. DVBl. 2000, 992; *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (455 ff.); *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 688 ff.; *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 8 ff.

761 Vgl. BVerfGE 79, 127 (146 ff.); *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 690 f.; *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 9.

762 §§ 102 ff. BW GemO; Art. 87 ff. BayGO; §§ 91 ff. BbgKVerf; §§ 121 ff. HGO; §§ 68 ff. KV M-V; §§ 136 ff. NKomVG; §§ 107 ff. GO NRW; §§ 85 ff. RP Gem.; §§ 108 ff. KSVG; §§ 94a ff. SächsGemO; §§ 128 ff. KVG LSA; §§ 101 ff. GO SH; §§ 71 ff. ThürKO.

763 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 79 ff.

politische Balance zwischen kommunaler und privater Wirtschaft zu schaffen.⁷⁶⁴

C. Kommunale Unternehmen als Handwerksunternehmen im Sinne der HwO

Wird eine Kommune in Form eines öffentlichen Unternehmens im Bereich des Handwerks sachlich tätig, stellt sich zunächst die Frage, ob ein solches öffentliches Unternehmen auch als Handwerksunternehmen im Sinne des § 1 HwO zu qualifizieren ist. Damit einher geht insbesondere die Frage der Eintragung in die Handwerksrolle nach § 7 HwO bzw. in ein Verzeichnis nach § 18 HwO. Die bisherige Diskussion hat sich dabei bereits mit der Frage befasst, ob etwa der Betriebsinhaber von kommunalen Lehr- oder Behindertenwerkstätten oder auch Stadtwerksbetriebe, die Installations- und Wartungsarbeiten durchführen, eintragungspflichtig sind.⁷⁶⁵

Warum ist die Frage der Anwendbarkeit der HwO für die Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen entscheidend? Die HwO enthält eine Reihe von Einschränkungen für die wirtschaftliche Tätigkeit des Handwerks, etwa die Meisterpflicht, die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer und die damit einhergehende Beitragspflicht oder die Anforderungen der Meisterpräsenz. Auch an die Ausbildung von Lehrlingen werden spezielle Anforderungen gestellt. Müsste ein kommunales Unternehmen, das handwerkliche Leistungen anbietet, all diese Voraussetzungen nicht erfüllen, hätte es im Wettbewerb um Kunden – im zweiten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis – effektiv Vorteile. Eine solche Ausgestaltung wäre handwerksbenachteiligend. Zum einen fielen bereits die Gründungen im Bereich des zulassungspflichtigen Handwerks, unabhängig von den Voraussetzungen etwa des Kommunalrechts, deutlich leichter, wenn kein Betriebsleiter mit Meister erforderlich wäre. Hier könnte es zu einem Anstieg der Wettbewerber für Handwerksunternehmen kommen. Auch auf finanzieller Ebene würden sich daraus Vorteile im Wettbewerb um Kunden ergeben, wenn man davon ausgeht, dass Personal, das keinen Meistertitel hat, geringere Lohnkosten verursacht und so bessere Preise angeboten werden könnten. Dem ließe sich auch kaum entgegenhalten, dass gerade der Handwerksmeister bei der Entscheidung des Kunden für oder

764 Vgl. Amtl. Begründung, LT-Drs. 13/10828, S. 16.

765 Vgl. Pinegger/Kraußner, GewA 1997, 16 (18).

gegen ein Handwerksunternehmen ausschlaggebender Garant für Qualität und Sicherheit der Leistung ist, denn wenn hinter öffentlichen Unternehmen der Staat oder eine Kommune steht, dürfte von Verbraucherseite ein ähnliches Vertrauen bestehen. Entfielen für kommunale Unternehmen die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer und damit auch die Beitragspflicht, so wäre auch dies ein finanzieller Vorteil, der in Form von günstigeren Preisen an den Kunden weitergegeben werden könnte. Vorteilhaft wäre auch das Fehlen der Anforderungen an die Meisterpräsenz.

Insgesamt kann es auch nicht gewollt sein, dass die Gründung kommunaler Unternehmen dazu führt, dass Preise immer weiter nach unten angepasst werden, um im Wettbewerb mit staatlichen Unternehmen um Kunden bestehen zu können.

Zunächst ist festzuhalten, dass sich weder in der HwO noch in anderen Gesetzen, die sich mit öffentlichen Unternehmen befassen, eine Regelung findet, die öffentliche Unternehmen vom Anwendungsbereich der HwO ausschließt. Vielmehr regelt § 2 Nr. 1 HwO ausdrücklich, dass die Vorschriften der HwO über den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks auch für gewerbliche Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, in denen Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden, Anwendung finden. Gleiches gilt nach Nr. 2 auch für handwerkliche Nebenbetriebe, die mit einem Versorgungs- oder sonstigen Betrieb der in Nr. 1 bezeichneten öffentlich-rechtlichen Stellen verbunden sind.

Voraussetzung ist dabei aber, dass es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt und zudem um einen gewerblichen Betrieb.

Für sämtliche anderen öffentlichen Unternehmen, also solche, die keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind, kommt es auf § 1 HwO für zulassungspflichtige Handwerke bzw. § 18 HwO für zulassungsfreie Handwerke an. Gemeinsame Voraussetzung beider Vorschriften ist das Vorliegen eines stehenden Gewerbes. Gerade der Gewerbebegriff bereitet mit Blick auf öffentliche Unternehmen Schwierigkeiten. Voraussetzung eines Gewerbes ist, wie bereits in Teil I gezeigt, die Gewinnerzielungsabsicht. Demgegenüber ist etwa in sämtlichen Gemeindeordnungen der Bundesländer ausgeschlossen, dass ein öffentliches Unternehmen nur zur Gewinnerzielung gegründet wird, und auch auf Bundes- oder Landesebene ist eine reine Gewinnerzielungsabsicht kein ausreichender Gemeinwohlzweck.

Zur Auflösung dieses auf den ersten Blick bestehenden Widerspruchs waren bisher insbesondere zwei Lösungsansätze im Fokus der Diskussion.

I. Übertragung des Gewinnerzielungsmaßstabs der Gewerbeordnung

Der erste Ansatz zieht eine Parallele zum Gewerbebegriff der GewO und geht von einem Gleichlauf von GewO und HwO im Umgang mit öffentlichen Unternehmen aus.⁷⁶⁶ Aber auch beim Gewerbebegriff der GewO herrscht keine Einigkeit hinsichtlich des Umgangs mit öffentlichen Unternehmen. Einerseits wird ein genereller Ausschluss öffentlicher Unternehmen aus dem Anwendungsbereich der GewO vorgeschlagen.⁷⁶⁷ Argumentiert wird dabei insbesondere teleologisch mit Verweis auf die bereits vonseiten der Staats- bzw. Kommunalaufsicht erfolgte Kontrolle über das „Ob“ der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Ein zusätzlicher Schutz durch die GewO und eine Überwachung durch die Gewerbeaufsicht seien danach nicht erforderlich.⁷⁶⁸ Zudem sei die Beurteilung, ob in erster Linie eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird oder ob Gewinn erzielt werden soll, in der Praxis oft schwierig.⁷⁶⁹

Andererseits wird überwiegend und überzeugender vertreten, dass anhand der Grundsätze der Gewinnerzielungsabsicht im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein kommunales Unternehmen Gewinnerzielungsabsicht hat oder nicht. Entscheidend ist danach, ob die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand vorrangig der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder der Erzielung von Gewinn dient.⁷⁷⁰ Im ersten Fall wird die Gewinnerzielungsabsicht verneint, selbst wenn diese zumindest Nebenzweck ist („Gewinnmitnahme“), denn ein bloßer Nebenzweck rechtfertigt noch nicht die

766 Vgl. *Bulla*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 10 Rn. 19; *Ehlers*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 19 Rn. 16 ff.; *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht Rn. 543; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 460; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Besonderer Teil, § 48, S. 95; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11 Rn. 13

767 Vgl. *Pielow*, in: Pielow, BeckOK GewO, § 1 Rn. 156.

768 In diese Richtung *Winkler*, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, § 1 Rn. 23 f.

769 Vgl. *Winkler*, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, § 1 Rn. 23.

770 Vgl. *Friauf*, in: Friauf, GewO, § 1 Rn. 87 ff.; *Fröhler/Kormann*, in: Fröhler/Kormann, GewO, § 1 Rn. 12; *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht Rn. 339; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 221; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Besonderer Teil, § 45, S. 18 f.; *Winkler*, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, § 1 Rn. 23; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 11; wohl auch *Korte*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium, § 9 Rn. 13.

Anwendbarkeit des Überwachungsregimes des Gewerberechts.⁷⁷¹ Das ist bedeutsam, denn viele Gemeindeordnungen schreiben für ihre kommunalen Unternehmen Gewinnmitnahme als Nebenzweck vor.⁷⁷² Im zweiten Fall hingegen wird die Gewinnerzielungsabsicht bejaht, mit der Folge, dass die GewO anwendbar ist und auch öffentliche Unternehmen der Gewerbeaufsicht unterliegen. Für diese differenzierte Herangehensweise spricht der Vergleich des Zwecks der GewO und Gewerbeaufsicht auf der einen und der der Kommunalaufsicht und der Frage des „Ob“ der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zugrunde liegenden Normen auf der anderen Seite. Die Kommunalaufsicht dient in erster Linie dazu, die Kommunen vor den finanziellen Risiken eines wirtschaftlichen Engagements in Form von öffentlichen Unternehmen zu schützen.⁷⁷³ Die Wirtschaftsklauseln etwa des Kommunalrechts dienen zudem dazu, ein Ausufer der Kommunalwirtschaft zulasten von privaten Konkurrenten zu verhindern.⁷⁷⁴

Demgegenüber dient die GewO in erster Linie dem Schutz der Verbraucher vor den Gefahren, die von einem Gewerbe ausgehen können, und dem Schutz der in den Gewerben beschäftigten Arbeitnehmer. Hinzu kommt, dass der Staats- und Kommunalaufsicht unmittelbar nur öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen unterliegen. Sind öffentliche Unternehmen hingegen privatrechtlich organisiert, ist der Einfluss der Aufsicht nur relativ gering. Gemeinden etwa müssen sich bei einer formalen Privatisierung Einwirkungsmöglichkeiten auf das privatrechtlich organisierte Unternehmen vorbehalten und nur auf die Wahrnehmung dieser kann die Kommunalaufsicht hinwirken. Der Einflussmöglichkeiten sind insoweit deutlich weniger effektiv, als dies vonseiten der Gewerbeaufsicht mit den Mitteln der Gewerbeüberwachung möglich ist.

Überträgt man diesen Ansatz nun auf die HwO, würde dies bedeuten, dass ein Gewerbe im Sinne der HwO nur vorliegen würde, wenn ein öffentliches Unternehmen vorrangig oder ausschließlich der Gewinnerzie-

771 Wie hier *Meyer/Diefenbach*, *Handwerkliche Betätigung von Kommunen*, S. 53 Fn. 207; a. A. *Ehlers*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band 1, § 18 Rn. 16.

772 Vgl. § 102 Abs. 3 BW GemO; § 92 Abs. 4 BbgKVerf; § 121 Abs. 8 S. 1 HGO; § 75 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 KV M-V; § 109 Abs. 1 S. 2 GO NRW; § 149 Abs. 1 NKomVG; § 85 Abs. 3 S. 1 RP GemO; § 116 Abs. 2 KSVG; § 84a Abs. 4 SächsGemO; § 107 S. 2 GO SH; § 75 Abs. 1 ThürKO. Ein Gewinnangebot findet sich auch in anderen für kommunale Unternehmen relevanten Gesetzen, vgl. *Franz*, *Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge*, S. 453.

773 Vgl. *Pielow*, in: *Pielow*, *BeckOK GewO*, § 1 Rn. 156.

774 Vgl. *Scharpf*, *Kommunales Unternehmensrecht in Bayern*, S. 79.

lung dient. Gerade bei der Mehrzahl der öffentlichen Unternehmen, den kommunalen Unternehmen, ist dies gerade nicht möglich, sodass diese Unternehmen niemals in den Anwendungsbereich der HwO fallen würden.

II. Eigenständiger Gewinnerzielungsmaßstab im Handwerksrecht wegen einer am Zweck des Gesetzes ausgerichteten Auslegung des Gewerbebegriffs

Auch wenn bei der Bestimmung des Begriffs des Gewerbes in der HwO zumeist auf den Gewerbebegriff der GewO verwiesen wird, gilt dies doch nicht in allen Feinheiten.⁷⁷⁵ Insbesondere das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht wird nach überwiegender Ansicht in der Literatur in der HwO anhand eines eigenständigen Maßstabs bestimmt und gesetzszweckakzessorisch ausgelegt.⁷⁷⁶ In der HwO wird dabei die Gewinnerzielungsabsicht deutlich eher angenommen, als dies in der GewO der Fall ist.

Auch wenn die HwO an sich keine wettbewerblichen Zielsetzungen hat, wird eine Gewinnerzielungsabsicht bei öffentlichen Unternehmen schon dann angenommen, wenn sie Sach- oder Dienstleistungen am Markt anbieten und damit Einfluss auf den Wettbewerb zu anderen Anbietern haben.⁷⁷⁷ So werden etwa Behindertenwerkstätten und Gefängniswerkstätten als Gewerbe eingestuft, da sie, zwar mit einigen Vereinfachungen, Waren und Leistungen auf dem Markt anbieten und damit auch in Konkurrenz zu anderen Handwerksbetrieben treten.⁷⁷⁸ Dass diese Gewinnerzielungsabsicht dabei nur Nebenzweck im Vergleich zu Hauptzwecken wie etwa der beruflichen Rehabilitation und Eingliederung von behinderten Menschen in das Arbeitsleben oder der Resozialisierung von Straftätern ist, wird als ausreichend angesehen.⁷⁷⁹

Für die Anwendung der HwO auf öffentliche Unternehmen sprechen aber noch weitere Gründe. Zunächst existiert in der HwO mit § 2 Nr. 1

775 Differenzierter *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 48.

776 Vgl. *Meyer/Diefenbach*, Handwerkliche Betätigung von Kommunen, S. 55 f.; *Leisner*, in: *Leisner, BeckOK HwO*, § 1 Rn. 2; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 51 f.; *Thiel*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 1 Rn. 22.

777 Vgl. *Leisner*, in: *Leisner, BeckOK HwO*, § 1 Rn. 3; *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 51 f.; *Thiel*, in: *Honig/Knörr/Thiel*, HwO, § 1 Rn. 22 f.

778 Vgl. *Schreiner*, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 1 Rn. 51 f.

779 Vgl. *Meyer/Diefenbach*, Handwerkliche Betätigung von Kommunen, S. 56.

und Nr. 2 HwO ein normativer Anknüpfungspunkt, der sich mit dieser Frage zumindest in Teilen befasst. Nach § 2 Nr. 1 HwO gelten die Vorschriften der HwO für den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks auch für gewerbliche Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, in denen Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden. Nach § 2 Nr. 2 HwO gilt dies auch für handwerkliche Nebenbetriebe, die mit einem Versorgungs- oder sonstigen Betrieb der in Nr. 1 bezeichneten Betriebe verbunden sind. Zweck dieser Regelungen ist es, private und öffentliche Unternehmen gleich zu behandeln und die öffentliche Hand nicht zu privilegieren bzw. private Handwerksunternehmen nicht zu benachteiligen.⁷⁸⁰ Auch wenn § 2 Nr. 1 HwO überwiegend für deklaratorisch gehalten wird⁷⁸¹ und nach Gesagtem richtigerweise auch ist, wenn das öffentliche Unternehmen bereits Gewerbe im Sinne der HwO ist, zeigt er doch, dass der Gesetzgeber der HwO die Problematik der Anwendbarkeit der HwO auf öffentliche Unternehmen erkannt hat und sicherstellen wollte, dass diese ebenso wie auf private Unternehmen Anwendung findet.⁷⁸²

Des Weiteren spricht auch der Gesetzeszweck der HwO für eine Anwendung dieser auch auf öffentliche Unternehmen. Insbesondere im Bereich des zulassungspflichtigen Handwerks der Anlage A geht es um die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben, die von Handwerkstätigkeiten ausgehen können. Geschützt werden sollen dabei zum einen die Verbraucher, zum anderen auch die Arbeitnehmer in den Handwerksunternehmen. Ausdruck dieses Gedankens ist insbesondere die Meisterpflicht in den besonders gefahrgeneigten Handwerken der Anlage A, aber etwa auch die Anforderungen an die Meisterpräsenz. Diese Art von Gefahren entstehen gleichermaßen bei privaten Handwerksunternehmen wie auch bei öffentlichen Handwerksunternehmen. Es besteht kein Grund, Letztere mit Blick auf die Gefahrenabwehr anders zu behandeln. Bei der Auslegung des unbestimm-

780 Vgl. BVerfGE 13, 97, 108 und 114; Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik vom 20.03.1953 zu BT-Drs. Nr. 4172; Meyer, GewA 2001, 265 (267); Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und Europäische Union, 23 f.; Meyer/Diefenbach, Handwerkliche Betätigung von Kommunen, S. 55; Leisner, in: Leisner, BeckOK HwO, § 2 Rn. 1; Thiel, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 2 Rn. 1.

781 Vgl. Meyer/Diefenbach, Handwerkliche Betätigung von Kommunen, S. 50; Heck, in: Schwannecke, Handwerksordnung, HwO, § 2 Rn. 2 f.; Tillmanns, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 2 Rn. 2.

782 Erkannt wurde dies bereits beim Erlass der HwO im Jahr 1950, wie das Plenarprotokoll der 95. Sitzung des dt. Bundestages zeigt, vgl. BT-Drs. 01/3499.

ten Rechtsbegriffs Gewerbe und dabei insbesondere der Gewinnerzielungsabsicht sind also auch aus diesem Grund in der HwO andere, im Ergebnis geringere Anforderungen an öffentliche Unternehmen zu stellen als in der GewO. Zudem spricht auch in der GewO der Aspekt des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Arbeitnehmer für eine Anwendbarkeit auf öffentliche Unternehmen.

Wenn damit öffentliche Unternehmen in der GewO anders behandelt werden als in der HwO, lässt sich dies, im Vergleich zu privaten Unternehmen, rechtfertigen. Die Eingriffe aufgrund der GewO sind im Vergleich zu denen der HwO weniger stark, weshalb es durchaus rechtfertigbar ist, wenn öffentliche Unternehmen im Rahmen der GewO eine Sonderrolle einnehmen. Die Anwendung der HwO allerdings führt zu einer Reihe von intensiven Eingriffen, etwa der Meisterpflicht, der Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer mit dem einhergehenden Pflichtbeitrag, der Meisterpräsenz oder auch den Anforderungen an die Ausbildung. Auch mit Blick auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen öffentlichen Handwerksunternehmen und privaten Handwerksunternehmen ließe sich eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen. Es ist ein wesentlicher wettbewerblicher Vorteil, weder Beiträge an die Handwerkskammer leisten noch einen mit einem Meisterbrief qualifizierten Betriebsleiter anstellen zu müssen. Gleiches gilt für die Einstellung eines Meisters für jede Niederlassung, was Konsequenz der Anforderungen der Meisterpräsenz ist.

III. Zwischenergebnis

Es lässt sich festhalten, dass die HwO auf kommunale Unternehmen anwendbar ist, wenn Nebenzweck dieser Unternehmen die Gewinnerzielung ist. Dass für die Anwendbarkeit und das Vorliegen eines Gewerbes die Gewinnerzielungsabsicht als Nebenzweck ausreicht, entspricht auch den Zwecken der HwO, insbesondere der Gefahrenabwehr bei Handwerken der Anlage A.

Damit erweist sich die hier vertretene Auslegung der HwO als handwerksgerecht. Sie führt dazu, dass das Rechtsregime des Handwerks auch auf öffentliche Handwerksunternehmen Anwendung findet. Wegen § 2 Nr. 2 HwO können daneben beispielsweise Bauhöfe, Werkstätten bei Behörden, in Gefängnissen oder (Hoch-)Schulen der HwO unterliegen,

wenn sie selbst Sach- oder Dienstleistungen am Markt anbieten,⁷⁸³ ebenso Betriebe der Stadtwerke, die Wartungs- und Installationsarbeiten durchführen.⁷⁸⁴ In der Folge sind diese an die spezifischen Regelungen dieses Regimes ebenso gebunden wie private Handwerksunternehmen. Diese werden nicht besser oder schlechter gegenüber kommunalen Handwerksunternehmen gestellt. So müssen kommunale Handwerksunternehmen der Meisterpflicht genügen, sie sind Pflichtmitglieder in der Handwerkskammer und der damit einhergehenden Beitragspflicht unterworfen. Auch die Anforderungen der Meisterpräsenz finden auf sie Anwendung, ebenso wie die speziellen Anforderungen an die Ausbildung von Lehrlingen. Jedenfalls aus dem speziellen Rechtsregime des Handwerks ergeben sich demzufolge weder bei der Gründung noch bei Betrieb eines kommunalen Handwerksunternehmens Vorteile für diese.

Gleichzeitig können kommunale Handwerksunternehmen die Anwendung der HwO vermeiden, indem sie keine Aufträge Dritter annehmen. Fehlen solche Aufträge, fehlt es an einer Gewinnerzielungsabsicht und die HwO findet mangels Vorliegen eines Gewerbes keine Anwendung. Etwa bei kommunalen Lehrwerkstätten oder bei Kfz-Werkstätten kommunaler Bauhöfe ist dies der Fall.⁷⁸⁵ Dies hat zwar keinen Einfluss auf bestehende Wettbewerbsverhältnisse zwischen privaten und öffentlichen Handwerksunternehmen, da sie nicht um bestehende Aufträge auf dem Markt konkurrieren. Die öffentlichen Aufträge etwa zur Reparatur von Baufahrzeugen eines Bauhofs erreichen den Markt schon nicht. Handwerksunternehmen hätten ohne derartige öffentliche Unternehmen aber unter Umständen zusätzliche Aufträge zu verzeichnen. Es besteht jedoch keine Pflicht des Staates, Aufgaben, die er selbst erledigen kann, zu vergeben.⁷⁸⁶ Zudem ist es gerade Charakteristikum eines Handwerksunternehmens, dass es sich um ein Gewerbe handelt. Werden also die Wettbewerbsverhältnisse zwischen öffentlichen und privaten Handwerksunternehmen untersucht, ist Grundvoraussetzung, dass es sich um ein Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei

783 Vgl. *Leisner*, in: *Leisner*, BeckOK HwO, § 2 Rn. 4.

784 Etwa die Nebenbetriebe der Schleswiger Stadtwerke, vgl. <https://www.shz.de/lokales/schleswiger-nachrichten/schleswiger-stadtwerke-greifen-nach-dem-handwerk-id17702176.html> (abgerufen am 10.03.2022).

785 Vgl. etwa die Kfz-Werkstatt der Stadt Koblenz, die nur Aufträge der Stadt selbst bzw. ihrer Eigenbetriebe annimmt, <https://servicebetrieb.koblenz.de/downloads/broschueren/ksk-imagebroschuere-internetversion-pdf-2016.pdf?cid=bxh> (abgerufen am 25.01.2022).

786 Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 23.

Gewerbebetrieben handelt. Gerade diese Eigenschaft fehlt aber öffentlichen Einheiten, die nur eigene Aufträge des Staates bearbeiten.

D. Kommunale Unternehmen als Wettbewerber von Handwerksunternehmen

Im Folgenden geht es nun um die Frage, welche Vorgaben das kommunale Wirtschaftsrecht für öffentliche Unternehmen vorsieht, die Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen diesen und privaten Handwerksunternehmen haben. Wie bereits in Teil 2 unter A. III. 2. gezeigt, kommen dabei sowohl das zweite als auch das dritte Wettbewerbsverhältnis in Betracht.

Zunächst werden die Grenzen staatlicher Unternehmertätigkeit, also die Ebene des „Ob“, untersucht, wobei zwischen materiellen (dazu I.) und formellen (dazu II.) Schranken unterschieden wird. Anschließend geht es – auf der Ebene des „Wie“ – um Anforderungen an eine statthafte kommunale Unternehmenstätigkeit mit Auswirkungen auf die beiden Wettbewerbsverhältnisse (dazu III.).

I. Materielle Schranken kommunaler Unternehmertätigkeit

Auch wenn sich die Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zum Teil erheblich je nach Bundesland unterscheiden, lassen sich doch gemeinsame Grundanforderungen herausarbeiten.⁷⁸⁷ Zunächst unterscheiden die meisten Gemeindeordnungen zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Unternehmen und stellen nur an Erstere besondere Anforderungen, während nicht wirtschaftliche Unternehmen meist gesetzlich vorgeschrieben sind oder ausschließlich der Gemeinwohlerfüllung dienen bzw. nur den Eigenbedarf einer Gemeinde decken sollen.⁷⁸⁸ Diese Differenzierung findet sich ausdrücklich etwa in § 107 Abs. 2 GO NRW, angelegt ist sie auch in § 97 SächsGemO.

787 Was daran liegt, dass die Regelungen im Kern auf § 67 der Deutschen Gemeindeordnung von 1936 zurückgehen; vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 37.

788 Diese Unterscheidung geht auf *Popitz*, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, S. 49 zurück, vgl. dazu *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 704.

1. Allgemeine Voraussetzung: Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung oder Betätigung

Allgemeine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Schrankentrias ist – je nach Bundesland – entweder die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines gemeindlichen Unternehmens oder die (wirtschaftliche) Betätigung der Gemeinde. Die Frage der Anwendbarkeit der Schrankentrias spielt sowohl im zweiten als auch im dritten Wettbewerbsverhältnis eine entscheidende Rolle. Die Schrankentrias soll neben anderen Zielen auch private Handwerksunternehmen vor kommunalen Wettbewerbern schützen. Die Frage ihrer Anwendbarkeit hat demnach erheblich Einfluss sowohl auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen privaten und kommunalen Handwerksunternehmen als auch auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen (privaten) Handwerksunternehmen und nicht handwerklichen kommunalen Unternehmen.

a. Die Tatbestandsmerkmale „Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung“

Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen knüpfen die Anwendbarkeit der Schrankentrias dabei an die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines Unternehmens.⁷⁸⁹ Dabei unterscheiden die Gemeindeordnungen von Bayern und Thüringen nicht zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Unternehmen, sondern verwenden den weiteren Begriff des Unternehmens.

aa. Begriffsbestimmung

Unter Errichtung versteht man die Gründung eines Unternehmens (etwa im Sinne von Art. 86 BayGO), wobei die Neugründung ebenso wie die Ausgliederung von Regiebetrieben oder anderen bisher in der Gemeindever-

789 Die Begriffe finden sich aber auch etwa in der Hessischen Gemeindeordnung, dort aber im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer Markterkundung, siehe dazu noch genauer Teil 4 D. II. 1. a.

waltung angesiedelten Aufgabenbereichen erfasst ist.⁷⁹⁰ Der Begriff ist insofern formal zu verstehen. Übernahme ist der Erwerb oder die Übertragung eines bestehenden Unternehmens – bisher betrieben von einem Dritten – auf die Gemeinde.⁷⁹¹

Das mit Blick auf das Handwerk relevanteste Tatbestandsmerkmal ist das der wesentlichen Erweiterung. Unter Erweiterung versteht man dabei die Ausweitung der Tätigkeit eines bereits existierenden Unternehmens unter Erweiterung des Unternehmensgegenstandes bzw. eine Erweiterung des Geschäftsumfangs oder Leistungsangebots im Rahmen des bestehenden Unternehmensgegenstandes.⁷⁹² Der Begriff des Unternehmensgegenstandes beschreibt den konkreten Tätigkeitsbereich des Unternehmens.⁷⁹³ Tritt also ein neuer Unternehmensgegenstand hinzu, liegt eine Erweiterung vor, nicht hingegen, wenn der Unternehmensgegenstand ausgewechselt wird.⁷⁹⁴ Regelmäßig dürfte sich bei einem Austausch des Unternehmensgegenstandes der Charakter eines Unternehmens derart ändern, dass von einer Errichtung gesprochen werden kann.

bb. Auslegung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung unter Berücksichtigung handwerksrechtlicher Grundsätze

Mit Blick auf die Wettbewerbsverhältnisse zwischen privaten Handwerksunternehmen und kommunalen Handwerksunternehmen bzw. privaten Handwerksunternehmen und solchen kommunalen Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, ist die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung von entscheidender Bedeutung. Je nachdem, wie weit der Begriff gefasst wird, greift der Schutz durch die Schrankentrias zugunsten der handwerklichen Wettbewerber ein oder nicht. Die Auslegung des Begriffs kann sich demnach unmittelbar hand-

790 Vgl. *Lück*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 87 Rn. 8; *Scharpf*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 3.

791 Vgl. *Scharpf*, BayVBl. 2005, 549; *ders.*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 4.

792 Vgl. *Lück*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 87 Rn. 17; *Scharpf*, BayVBl. 2005, 549 (550).

793 Vgl. *Scharpf*, BayVBl. 2005, 549 (550); *Lück*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, Art. 87 Rn. 18.

794 Vgl. *Scharpf*, BayVBl. 2005, 549 (550); *ders.*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 6.

werksfreundlich, handwerksgerecht oder handwerksbenachteiligend auswirken.

Die Bedeutung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung für private Handwerksunternehmen in den beiden zugrunde liegenden Wettbewerbsverhältnissen lässt sich an einem Beispiel beschreiben, das einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2002⁷⁹⁵ nachgebildet ist:

Die Stadtwerke der in Bayern gelegenen Stadt M versorgen seit ihrer Errichtung als Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Gemeindeangehörigen und ortsansässigen Unternehmen mit Strom. Im Zuge einer Neuausrichtung der Tätigkeit führen sie nun auch für private Auftraggeber Elektroarbeiten aus, etwa das Aufstellen oder Entfernen von Verteilerschränken und Anschlussäulen für die „fliegenden Bauten“ auf der Auer Dult oder dem Oktoberfest. Bis zu dieser Neuausrichtung hatte ein ebenfalls in der Stadt M ansässiges Handwerksunternehmen die entsprechenden Tätigkeiten ausgeführt und nun im Zuge der Umstellung eine Reihe von Aufträgen verloren.

Der Verstoß gegen die Subsidiaritätsklausel – in ihrer strikten oder einfachen Form – liegt auf der Hand. Das Handwerksunternehmen kann den Zweck mindestens ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen, es hat dies in der Vergangenheit ja schon getan. Zudem ist das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks für solche Elektroarbeiten zumindest zweifelhaft.

Allerdings kommt es darauf nur an, wenn es sich bei dem neuen Angebot der Stadtwerke der Stadt M um eine wesentliche Erweiterung des bisherigen Unternehmensgegenstandes handelt. Bisheriger Gegenstand war die Versorgung der Betreiber der fliegenden Bauten mit Strom.

Grundsätzlich ist, entsprechend der obigen Definition, auf den bisherigen Unternehmensgegenstand abzustellen. Die Frage der Wesentlichkeit – eine am Einzelfall vorzunehmende Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs – bereitet naturgemäß und besonders mit Blick auf das Handwerk erhebliche Schwierigkeiten. Die Gemeindeordnungen der Länder, die den Begriff der wesentlichen Erweiterung verwenden, definieren diesen nicht.

795 Vgl. BGH GewA 2002, 322, dabei ging es um einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch eines privaten Konkurrenten, der bereits durch die Errichtung der Stadtwerke Aufträge verloren hatte. Auch wenn die Klage nicht zum Erfolg führte, da der Verstoß gegen Art. 87 BayGO nicht zugleich einen Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG begründe, kann die Konstellation als anschauliches und in der Praxis nicht undenkbares Beispiel dienen.

Auch in der etwa für Bayern erlassenen Vollzugsbekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 3. März 2003⁷⁹⁶ finden sich keine Hinweise auf eine mögliche Begriffsbestimmung.

Die wohl h. M. argumentiert mit dem systematischen Zusammenhang, in dem der Begriff steht. So müsse die Erweiterung nach Art und Umfang ein Ausmaß erreichen, das einer Errichtung oder einer Übernahme gleichkomme.⁷⁹⁷ Damit sei jedenfalls jede Erweiterung, die über den in der Satzung bis dahin festgelegten Unternehmensgegenstand hinausgeht, wesentlich.⁷⁹⁸ Das ist etwa der Fall, wenn ein neuer Unternehmensgegenstand hinzutritt.⁷⁹⁹ Bloße Verbesserungen oder qualitative Erweiterungen, die sich noch im Rahmen des Unternehmensgegenstandes bewegen, sollen grundsätzlich keine wesentlichen Erweiterungen sein.⁸⁰⁰ Dazwischen wären Fälle denkbar, in denen die Erweiterung zwar noch vom bisherigen Unternehmensgegenstand gedeckt ist, sie aber dennoch eine wesentliche Erweiterung darstellt. Das wird insbesondere angenommen, wenn neue Geschäftsfelder übernommen werden, wenn – statt bisher – auch Leistungen für Dritte angeboten werden, wenn neue Leistungsangebote (zur Auslastung von Kapazitäten) aufgenommen werden oder das Gemeindegebiet überschritten werden soll.⁸⁰¹

Entscheidendes Kriterium soll insgesamt das Wesen des Unternehmens sein, mithin die Frage, ob sich das Unternehmen seinem Wesen nach durch die Erweiterung ändert. Unter Berücksichtigung handwerksrechtlicher Spezifika lassen sich dabei drei Konstellationen unterscheiden; zunächst die, in der ein kommunales Unternehmen, das bisher nicht als Handwerksunternehmen i. S. d. HwO zu qualifizieren war, durch die

796 Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über Kommunales Unternehmensrecht; Hinweise zur Anwendung von Art. 87 GO, Art. 75 LKRÖ und Art. 73 BezO (Vollzugsbekanntmachung zum kommunalen Unternehmensrecht – VollzugsBekKUR) vom 03.03.2003 (AllMBl. S. 57), die durch Bekanntmachung vom 25.05.2009 (AllMBl. S. 179) geändert worden ist.

797 Vgl. Köhler, BayVBl. 2000, 1 (4); Scharpf, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 7.

798 Vgl. Scharpf, BayVBl. 2005, 549 (554); in diese Richtung auch OLG München NVwZ 2000, 835 (836); und Wolff, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl. 2021, § 5 Rn. 10.

799 Vgl. Scharpf, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 3.

800 Vgl. Scharpf, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 6.

801 So Scharpf, BayVBl. 2005, 549 (550); ders., in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 6. In zeitlicher Hinsicht anders Köhler, BayVBl. 2000, 1 (2), der auf den formalen Akt der Übertragung einer Aufgabe auf das Unternehmen abstellt.

Erweiterung zu einem Handwerksunternehmen wird. Die zweite Konstellation bilden kommunale Unternehmen, die um einen handwerklichen Nebenbetrieb erweitert werden, während die dritte Konstellation kommunale Handwerksunternehmen beschreibt, die weitere handwerkliche Tätigkeiten übernehmen.

Angewandt auf das obige Beispiel, das der ersten Konstellation zuzuordnen ist, kommt es darauf an, ob nunmehr ein handwerksmäßiger Betrieb vorliegt und dieser ein Gewerbe der Anlage A vollständig erfasst bzw. wesentliche Tätigkeiten ausgeübt werden, vgl. § 1 Abs. 2 HwO. Eine Wesensänderung läge auch dann vor, wenn nach der Erweiterung ein zulassungsfreies bzw. ein handwerksähnliches Gewerbe gegeben wäre, was der Fall ist, wenn ein Gewerbe handwerksmäßig bzw. handwerksähnlich betrieben wird und in Anlage B Abschnitt 1 oder Abschnitt 2 aufgeführt ist, vgl. § 18 Abs. 2 HwO.

Im Beispiel handelt es sich um das Gewerk der Elektrotechniker in Anlage A Nr. 25. Unterstellt man die Handwerksmäßigkeit, die sich nicht abstrakt bestimmen lässt, ist entscheidend, ob wesentliche Tätigkeiten des entsprechenden Handwerks ausgeübt werden, wenn Verteilerschränke und Anschlussäulen aufgestellt oder entfernt werden. Nach der insoweit herrschenden Kernbereichslehre kommt es darauf an, ob die Tätigkeiten zum Kernbereich des entsprechenden Handwerks gehören.⁸⁰² Maßgeblich ist dabei auf die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten und den Schwierigkeitsgrad der Tätigkeiten abzustellen. Einzubeziehen ist, ob eine einwandfreie Ausübung der Tätigkeiten eine handwerkliche Befähigung erforderlich macht und ob das äußere Erscheinungsbild des Handwerks eine Zuordnung zum Vollhandwerk rechtfertigt. Zur Vereinfachung der Abgrenzung und Zuordnung haben die Handwerkskammern und Industrie- und Handelskammern einen gemeinsamen Leitfaden⁸⁰³ herausgegeben. Demnach gehöre das Legen und Reparieren von Energieversorgungsanschlüssen zu den wesentlichen Tätigkeiten des Elektrotechnikhandwerks. Auch wenn dieses Merkblatt keinen verbindlichen Charakter haben kann, werden ähnliche Merkblätter auch von den Gerichten herangezogen, um

802 Vgl. dazu die Nachweise in Teil I A. I. 1. c.

803 *Deutscher Industrie- und Handelskammertag/Deutscher Handwerkskammertag*, Leitfaden Abgrenzung, Handwerk | Industrie | Handel | Dienstleistungen, Stand 07.2021, abrufbar unter <https://www.rhein-neckar.ihk24.de/blueprint/servlet/resource/blob/3638148/bbb1ba95782d5efd62e4273642550704/leitfaden-abgrenzung-handwerk-data.pdf> (abgerufen am 10.03.2022).

zu bestimmen, ob eine wesentliche Tätigkeit gegeben ist oder nicht.⁸⁰⁴ Zudem sind sie Ausdruck der Verwaltungspraxis der Handwerkskammern.

Danach muss man hier zu dem Ergebnis kommen, dass es sich – unter Berücksichtigung der spezifischen handwerksrechtlichen Regelungen – um eine wesentliche Erweiterung handelt. Mit Aufnahme der Tätigkeit handelt es sich bei den Stadtwerken um ein Handwerksunternehmen, dessen handwerksmäßiger Betrieb nur zulässig ist, wenn der Betrieb in die Handwerksrolle eingetragen ist. Werden, anders als im hier gewählten Beispiel, Tätigkeiten im Bereich der zulassungsfreien oder handwerksähnlichen Gewerke der Anlage B ausgeübt, muss dasselbe gelten. Zwar ist dann keine Eintragung in die Handwerksrolle erforderlich, es handelt sich aber dennoch um eine Wesensänderung. Bei zulassungsfreien Handwerken liegt – nach der Erweiterung – nun ein Handwerksunternehmen vor und auch an handwerksähnliche Gewerbe sind andere Anforderungen zu stellen als an sonstige Betriebe oder Unternehmen, die nicht der HwO unterfallen.

Für diesen Ansatz spricht auch, dass bereits die Ausübung nur einer wesentlichen Tätigkeit bei einem privaten Unternehmen zur Unterwerfung des gesamten Betriebs unter die HwO führen würde. Dieses würde dadurch erheblich sein Wesen verändern. Nichts anderes kann bei einem öffentlichen Unternehmen gelten, zumal die HwO wie gezeigt auch auf öffentliche Unternehmen Anwendung findet. Eine Gleichbehandlung ist nur konsequent.

In dieser Situation entsteht ein neues Wettbewerbsverhältnis zwischen privaten Handwerksunternehmen und einem insoweit ungleichartigen neuen kommunalen Handwerksunternehmen (zweites Wettbewerbsverhältnis). Die Heranziehung der für das Handwerksrecht geltenden Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Tätigkeiten erlaubt eine sachgerechte Bestimmung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung. Unter Anwendung dieser Grundsätze kommt die Schrankentrias zur Anwendung und kann ihren Schutzgehalt, insbesondere den der Subsidiaritätsklausel, entfalten. Es kommt dadurch weder zu einer Besserstellung von (einzelnen) Handwerksunternehmen im Sinne einer handwerksfreundlichen Ausgestaltung noch zu einer Benachteiligung dieser. Vielmehr handelt es sich um eine im Ergebnis handwerksgerechte Ausgestaltung der Anwendungsvoraussetzungen der Schrankentrias, die die Voraussetzungen für die

804 Vgl. aus dem Bereich des Elektrotechnikerhandwerks das OVG Lüneburg GewA 2006, 339 (340) unter Verweis auf einen Beschluss des VGH Mannheim GewA 2006, 126 ff. und weitere Entscheidungen; auch VG Sigmaringen GewA 2009, 38.

Anwendbarkeit der HwO entsprechend berücksichtigt. Die Schrankentrias kann in der Folge – schon auf der Ebene des „Ob“ – ihrem Schutzgehalt entsprechend Einfluss auf das zweite Wettbewerbsverhältnis nehmen. Es kommt zu einer Parallelität der Anwendung der Schrankentrias und der Einordnung eines Unternehmens als Handwerksunternehmen, die handwerksgerecht ist.

Das dritte Wettbewerbsverhältnis ist folglich nur unterhalb der Schwelle der wesentlichen Tätigkeiten im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO betroffen. Übernimmt ein kommunales Unternehmen solche unwesentlichen Tätigkeiten, wird es nicht zu einem Handwerksunternehmen i. S. d. HwO, es handelt sich vielmehr um ein Unternehmen im Bereich des Minderhandwerks. Gleichwohl entstehen dadurch aber Wettbewerbsverhältnisse mit Handwerksunternehmen, die diese Tätigkeiten als Teil ihres Gewerks anbieten. Dass es dabei allerdings zu einem tatsächlich für Handwerksunternehmen relevanten Wettbewerb kommt, dürfte schon wegen der nur geringen Bedeutung des Minderhandwerks sehr selten sein.

Die zweite Konstellation bilden kommunale Unternehmen, die um einen handwerklichen Nebenbetrieb im Sinne von § 2 Nr. 2, 3 und § 3 HwO erweitert werden. Auch hier ist die Annahme einer wesentlichen Erweiterung aus den genannten Gründen gerechtfertigt, Relevanz hat dies wiederum im zweiten und dritten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis. Wie in Teil 1 unter IV. dargestellt, ist die HwO auch auf Nebenbetriebe anwendbar, was etwa zur Folge hat, dass ein Betriebsleiter mit Meistertitel eingestellt und der Nebenbetrieb in die Handwerksrolle eingetragen werden muss. Bereits ein Nebenbetrieb begründet darüber hinaus die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer und die entsprechende Beitragspflicht. Auch wenn das Argument des Schutzes der Gemeinde vor Überforderung etwa bei der Gründung eines Nebenbetriebs durch große Stadtwerke nicht greifen dürfte, so ist ein Schutz privater Handwerksunternehmen durch Anwendung der Schrankentrias durchaus geboten.

Eine Ausnahme bilden nur solche Erweiterungen, die auch die Erheblichkeitsschwelle im Sinne des § 3 Abs. 2 HwO nicht überschreiten. Dann handelt es sich um Nebenbetriebe, die zwar handwerklich sind, aber wegen ihrer Unerheblichkeit aus dem Anwendungsbereich der HwO herausgenommen wurden.⁸⁰⁵

Auch in der Konstellation des hinzukommenden Nebenbetriebs ist von einer handwerksgerechten Ausgestaltung auszugehen. Die Anwendungs-

805 Vgl. zur Bestimmung *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 3 Rn. 14 ff.

voraussetzungen der Schrankentrias werden unter Berücksichtigung der Spezifika der handwerksrechtlichen Erfassung von Nebenbetrieben bestimmt, sodass es weder zu einer Besserstellung noch zu einer Benachteiligung (einzelner) privater Handwerksunternehmen gegenüber kommunalen Handwerksunternehmen im zweiten Wettbewerbsverhältnis kommt.

Handelt es sich schon bisher um ein Handwerksunternehmen im Sinne der HwO und sollen weitere handwerkliche Leistungen ausgeübt werden – so die dritte Konstellation –, kann für die Frage der Wesensänderung ebenfalls auf das Handwerksrecht abgestellt werden. Betroffen ist in dieser Konstellation ausschließlich das zweite Wettbewerbsverhältnis, das zwischen ungleichartigen Handwerksunternehmen besteht.

Aus handwerksrechtlicher Sicht liegt eine Wesensänderung nicht vor, wenn zukünftig weitere handwerkliche Leistungen innerhalb des unternehmensgegenständlichen Handwerks oder Leistungen eines verwandten Handwerks i. S. v. § 7 Abs. 1 HwO angeboten werden sollen. In diesen Fällen ist keine neue Eintragung in die Handwerksrolle erforderlich und sie können mit dem vorhandenen Personal ausgeübt werden. Es kommt für die Frage der Wesensänderung also auf die – unabhängig vom Handwerk im Kommunalrecht – entwickelten Fallgruppen und deren handwerksfreundliche, handwerksgerechte oder handwerksbenachteiligende Wirkung an.

Sollen weitere Leistungen innerhalb des unternehmensgegenständlichen Handwerks angeboten werden, sind die kommunalrechtlichen Kriterien als handwerksgerecht einzustufen. Sie stellen auf Aspekte ab, etwa das Tätigwerden über das Gemeindegebiet hinaus, die weder zu einer Besser- noch zu einer Schlechterstellung von Handwerksunternehmen im Wettbewerbsverhältnis zu den öffentlichen Unternehmen führen. Insbesondere wenn die h. M. eine wesentliche Erweiterung bei Überschreiten des Gemeindegebiets annimmt, kommt es zugleich zu einer Berücksichtigung der handwerksrechtlichen Besonderheit der Meisterpräsenz. Nach dieser muss ein Meister je Niederlassung tatsächlich vor Ort bzw. in unmittelbarer Nähe sein. Aus handwerksrechtlicher Sicht stellt also etwa eine örtliche Erweiterung eine Wesensänderung des Unternehmens dar, aus kommunalrechtlicher Sicht ebenfalls. Somit werden die Besonderheiten des handwerklichen Rechtsregimes in angemessener, mithin handwerksgerechter Weise berücksichtigt. Auch das Kriterium der Übernahme neuer Geschäftsfelder – noch innerhalb des gleichen Handwerks – führt zu einer wesentlichen Erweiterung und damit der Anwendung der Schrankentrias. Richtet man sich bei der Bestimmung der Geschäftsfelder nach den im Handwerk anerkannten

Berufsbildern und den wesentlichen Tätigkeiten eines Handwerks, so werden auch dabei die handwerksrechtlichen Spezifika angemessen berücksichtigt. Insgesamt erweisen sich damit die kommunalrechtlichen Kriterien als handwerksgerecht.

Auch im Bereich eines verwandten Handwerks ist von einer handwerksgerechten Ausgestaltung auszugehen. Bei der Übernahme von Tätigkeiten eines verwandten Handwerks liegt unter Anwendung der kommunalrechtlichen Kriterien eine wesentliche Erweiterung vor. So werden mit den Tätigkeiten aus einem verwandten Handwerk neue Geschäftsfelder erschlossen und neue Leistungsangebote aufgenommen. Eine Wesensänderung wie bei der Übernahme von Leistungen aus nicht verwandten Handwerken liegt lediglich aufgrund einer handwerksrechtlichen Privilegierung von verwandten Handwerken nicht vor. Verwandte Handwerke stehen sich so nahe, „dass die Beherrschung des einen zulassungspflichtigen Handwerks die fachgerechte Ausübung wesentlicher Tätigkeiten des anderen zulassungspflichtigen Handwerks ermöglicht“, wie § 7 Abs. 1 Satz 2 HwO normiert. Dem Schutzzweck der Meisterpflicht und der damit verbundenen Eintragung in die Handwerksrolle entsprechend können verwandte Handwerke auch ohne einen Meistertitel in dem entsprechenden Handwerk ausgeübt werden. Die Privilegierung ist Ausdruck der Verhältnismäßigkeit des mit der Gefahrenabwehr gerechtfertigten Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit.⁸⁰⁶ Gleichwohl wird tatsächlich aber ein neues Gewerbe ausgeübt. In der Folge ist bei der Erweiterung eines kommunalen Handwerksunternehmens um Angebote aus einem verwandten Handwerk dennoch die Schrankentrias anzuwenden, die so ihren Schutzgehalt entfalten kann.

Wenn hingegen handwerkliche Leistungen angeboten werden, die nicht mehr vom unternehmensgegenständlichen Handwerk oder einem damit verwandten Handwerk umfasst werden, liegt bereits ohne Rückgriff auf die kommunalrechtlichen Kriterien eine wesentliche Erweiterung vor. Die Situation ist dabei zu vergleichen mit der Situation, in der ein Unternehmen zum ersten Mal Handwerksleistungen anbietet. Insbesondere ist die Eintragung in die Handwerksrolle – damit einhergehend die Pflichtmitgliedschaft und möglicherweise eine Veränderung der Beitragspflicht – auch für das

806 Zur Bedeutung der Ausnahmeregelungen wie der Altgesellenregelung gem. §§ 7 Abs. 7 i. V. m. 7b HwO oder der Ausnahmegewilligung gem. § 8 HwO bei der Frage der Verhältnismäßigkeit des Meisterpflicht vgl. *Burgi*, WiVerw 2018, 181 (217).

neue Handwerk erforderlich. Zudem muss auch diesbezüglich ein neuer (weiterer) Betriebsleiter eingestellt werden.

Diese Argumentation lässt sich auch unter Bezugnahme auf die Schutzzwecke der Schrankentrias stützen.⁸⁰⁷ Danach soll zum einen die Gemeinde vor Überforderung geschützt werden. Mit einer Veränderung des Unternehmens hin zu einem Handwerksunternehmen oder hin zu einem Handwerksunternehmen anderen Gewerks gehen Veränderungen einher, die einer Entscheidung durch den Gemeinderat bedürfen. Zum Beispiel ist erstmals eine Eintragung in die Handwerksrolle erforderlich und es entsteht eine Beitragspflicht zur Handwerkskammer. Zudem muss – so auch bei einer Übernahme von Tätigkeiten außerhalb des unternehmensgegenständlichen Handwerks oder eines damit verwandten Handwerks – neues Personal eingestellt werden. Das gilt insbesondere unter dem Aspekt der Meisterpflicht für einen entsprechend qualifizierten Betriebsleiter. Zum anderen soll die Schrankentrias auch private Unternehmen vor weiterer staatlicher Konkurrenz schützen. Eine Erweiterung des Unternehmensgegenstandes auf handwerkliche Leistungen oder nicht verwandte handwerkliche Leistungen führt zu neuen Wettbewerbsverhältnissen mit anderen privaten Handwerksunternehmen. Auch aus diesem Grund ist eine Überprüfung durch die zuständigen Organe anhand der Schrankentrias erforderlich. Gleichwohl kommt es auch hier nicht zu einer Besserstellung einzelner (privater) Handwerksunternehmen gegenüber den neu hinzutretenden kommunalen Wettbewerbern. Vielmehr handelt es sich – wiederum, weil handwerksrechtliche Regelungen in sachgerechter Weise Anwendung finden – um eine handwerksgerechte Ausgestaltung der Anwendungsvoraussetzungen der Schrankentrias.

b. Der Begriff der „Betätigung“

Die Länder Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt sprechen nicht von einer Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung von Unternehmen, sondern knüpfen die Anwendbarkeit der Schrankentrias an die „wirtschaftliche Betätigung“ einer Gemeinde.

807 Im Ansatz auch *Scharpf*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 7 a. E.

In einigen Bundesländern findet sich eine Legaldefinition des Begriffs der wirtschaftlichen Betätigung. Auch wenn diese nur für das jeweilige Bundesland Geltung beanspruchen kann, kann sie auch für die übrigen Bundesländer als Definitionsgrundlage herangezogen werden.

So definiert etwa § 91 BbgKVerf die „Wirtschaftliche Betätigung [als] das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten.“⁸⁰⁸

Sobald also Güter, Dienstleistungen oder vergleichbare Leistungen hergestellt, angeboten oder verteilt werden, die auch von einem Handwerksunternehmen (mit Gewinnerzielungsabsicht) hergestellt, angeboten oder verteilt werden, ist der Anwendungsbereich der Schrankentrias eröffnet. Die Rechtsprechung hat dabei – etwa für Nordrhein-Westfalen – entschieden, dass der Begriff der wirtschaftlichen Betätigung betriebs- und nicht handlungsbezogen auszulegen ist. Es kommt nicht auf jede einzelne unternehmerische Handlung, sondern auf den Gegenstand des betriebenen Unternehmens an.⁸⁰⁹ In anderem Gewand stellt sich hier die gleiche Frage, die sich bereits bei der Begriffsbestimmung der „wesentlichen Erweiterung“ gestellt hat. Der dort vorgeschlagene Ansatz lässt sich auch hier anwenden. Demnach ist der Gegenstand des betriebenen Unternehmens immer dann betroffen und als wirtschaftlich einzustufen, wenn eine wesentliche Tätigkeit eines Handwerks der Anlage A handwerksmäßig betrieben wird bzw. wenn ein Gewerbe der Anlage B handwerksmäßig oder handwerksähnlich betrieben wird. Ist dies der Fall, handelt es sich stets um den Gegenstand des Unternehmens, das dann ein Handwerksunternehmen oder ein handwerksähnliches Unternehmen ist. Die Übertragung des im Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffs der „wesentlichen Erweiterung“ ausgeführten Ansatzes führt auch hier dazu, dass sich die Bestimmung des Begriffs der „Betätigung“ im zweiten Wettbewerbsverhältnis handwerksgerecht auswirkt. Gleiches gilt auch für die Relevanz des dritten Wettbewerbsverhältnisses.

Von größerer Bedeutung ist in diesen Bundesländern jedoch die Frage nach der Zulässigkeit von sog. verbundenen Tätigkeiten.

808 Ebenso § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW.

809 Vgl. OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1522).

2. Schrankentrias

Gemeinsam ist allen Gemeindeordnungen eine sog. Schrankentrias⁸¹⁰, die zwar in der konkreten Formulierung von Bundesland zu Bundesland abweicht, im Kern aber der gleichen Grundstruktur folgt.⁸¹¹ Die meisten Gemeindeordnungen differenzieren dabei zwischen wirtschaftlichen Unternehmen und nicht wirtschaftlichen Unternehmen, wobei die Schrankentrias nur auf wirtschaftliche Unternehmen Anwendung findet.⁸¹² Grundvoraussetzung aller Gemeindeordnungen ist ein öffentlicher Zweck der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung.⁸¹³ Diese Anforderung ist schon verfassungsrechtlich geboten, da staatliches Handeln nur zulässig ist, wenn öffentliche Aufgaben verfolgt werden.⁸¹⁴ Zudem müssen die Art und der Umfang des Unternehmens der Leistungsfähigkeit der Gemeinde ebenso entsprechen wie einem voraussichtlichen Bedarf.⁸¹⁵ Dies dient insbesondere dazu, die Gemeinden vor unkalkulierbaren Risiken zu schützen und zu verhindern, dass sich diese wirtschaftlich übernehmen. Der gleichen Zielsetzung folgen das zum Teil geregelte Territorialprinzip und die Anforderung, Gewinn zu erwirtschaften.⁸¹⁶ Zuletzt enthalten sämtliche Gemeindeordnungen Subsidiaritätsbestimmungen, nach denen die Gemeinde nur wirtschaftlich tätig werden darf, wenn der Zweck nicht besser oder wirtschaftlicher auf andere Weise, also insbesondere auch durch Private, erfüllt werden kann. Im Einzelnen sind die Anforderungen der Subsidiaritätsklausel

810 Bzw. Schrankenquadriga in Bayern, wo nach Art. 87 Abs. 1 Satz 1 BayGO die Aufgabe auch für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sein muss; vgl. dazu *Schoch*, DÖV 1993, 377 (383); vgl. die Übersicht von *Gaß*, in: *Wurzel/Schraml/Gaß*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C. Rn. 51.

811 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 41; *Breuer*, NVwZ 2015, 150 (152). Auch die Schrankentrias geht zurück auf die DGO aus dem Jahre 1935, genauer § 67 DGO.

812 Vgl. zu den Details der unterschiedlichen Ausgestaltung *Gaß*, in: *Wurzel/Schraml/Gaß*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C. Rn. 55 ff.

813 Mit teilweise unterschiedlicher Intensität: So muss in Thüringen etwa der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigen, vgl. § 71 Abs. 1 Nr. 1 ThürKO, während in Bayern dieser das Unternehmen erfordern muss, vgl. Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO; vgl. dazu *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 42.

814 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 24; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 705.

815 Vgl. z. B. § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO SH, während z. B. § 107 GO NRW auf die Nennung des Bedarfs verzichtet; dazu *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 708.

816 Etwa in NRW vgl. § 109 Abs. 1 Satz 2 GO NRW; *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 37.

sel in einigen Bundesländern strenger⁸¹⁷, in anderen weniger streng⁸¹⁸. Im Zusammenspiel mit dem Erfordernis des öffentlichen Zwecks und dem Ausschluss einer rein auf Gewinnerzielung gerichteten Tätigkeit wollen die Landesgesetzgeber die Kommunen vor den Gefahren überdehnter unternehmerischer Tätigkeit schützen, zugleich aber auch einer ungezügelter Erwerbstätigkeit zulasten der Privatwirtschaft vorbeugen.⁸¹⁹

a. Öffentlicher Zweck

Erste Voraussetzung der Schrankentrias ist, dass ein öffentlicher Zweck die Unternehmertätigkeit erfordert bzw. rechtfertigt. In einzelnen Bundesländern wird diese Voraussetzung noch zusätzlich durch die Dringlichkeit des öffentlichen Zwecks ergänzt bzw. begrenzt.

Das Merkmal des öffentlichen Zwecks dient der Konkretisierung des Bezugs zum Wohl der Gemeindeeinwohner, Bezugspunkt ist die konkrete Wirtschaftstätigkeit.⁸²⁰ Bereits aus dem oben angesprochenen Gemeinwohlbezug kommunaler Tätigkeit folgt, dass ein rein fiskalischer Zweck nicht ausreicht, was einige Gemeindeordnungen auch klarstellen.⁸²¹ Dabei werden entweder sämtliche öffentlichen Zwecke und damit auch soziale Gesichtspunkte wie etwa die Schaffung von Arbeitsplätzen als tauglicher Zweck angesehen⁸²² oder aber es wird nur auf Güter und Dienstleistungen, die die Gemeinde anbietet, abgestellt.⁸²³ Ein öffentlicher Zweck ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Gemeinde einen bestehenden Man-

817 § 102 I Nr. 3 BW GemO; Art. 87 I 1 Nr. 4 BayGO; § 121 I 1 Nr. 3 HGO; § 136 I 2; Nr. 3 NKomVG; § 85 I Nr. 3 RP GemO; § 108 I Nr. 3 KSVG; § 71 II Nr. 4 ThürKO.

818 Vgl. § 91 III 1 BbgKVerf; § 68 II 1 Nr. 3 KV M-V; § 107 I 1 Nr. 3 GO NRW; § 94a I 1; Nr. 3 SächsGemO; § 128 I 1 Nr. 3 KVG LSA; § 101 I Nr. 3 GO SH.

819 Vgl. für Bayern LT-Drs. 13/10 828, S. 19 sub. 7.2; so auch BayVGH BayVBl 1976, 628.

820 Vgl. *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 13 Rn. 65; *Lange*, NVwZ, 2014, 616 (617).

821 Z. B. Art. 87 Abs. 2 BayGO; vgl. auch BVerfGE 61, 82 (107). Demgegenüber schlägt *Jarass* das Konzept eines Wettbewerbsunternehmens vor, das befreit von den Bindungen der Schrankentrias in den Wettbewerb mit privaten Unternehmen treten kann, vgl. *Jarass*, Reform des Kommunalwirtschaftsrechts; zustimmend *Leder*, DÖV 2008, 173; kritisch *Ehlers*, Der Landkreis 2003, 22 (23); *Papier*, DVBl. 2003, 688 (689).

822 So *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 43; *Moraing*, WiVerw 1998, 233 (252).

823 Vgl. BVerfGE 61, 82 (107); *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 13 Rn. 67.

gel behebt oder lindert.⁸²⁴ Die Rechtsprechung räumt den Gemeinden hinsichtlich des Vorliegens eines öffentlichen Zwecks ebenso wie bei der Frage, ob dieser die unternehmerische Tätigkeit rechtfertigt, einen einheitlichen Beurteilungsspielraum in Form einer Einschätzungsprärogative ein.⁸²⁵

Einige Gemeindeordnungen regeln, dass in bestimmten Fällen vom Vorliegen eines öffentlichen Zwecks auszugehen ist.⁸²⁶ So etwa in Nordrhein-Westfalen mit § 107a Abs. 1 NRW GO für die Energiewirtschaft oder in Art. 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO für Daseinsvorsorgeeinrichtungen im Sinne von Art. 57 BayGO für Bayern.⁸²⁷

aa. Verbundene Tätigkeiten

Bedeutung hat im Rahmen der Frage des öffentlichen Zwecks regelmäßig der Begriff der „verbundenen Tätigkeit“.

In jenen Bundesländern, die bereits für die Anwendbarkeit der Schrankentrias an die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung anknüpfen, stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer verbundenen Tätigkeit ohne Anwendung der Schrankentrias – insbesondere hinsichtlich des öffentlichen Zwecks – nur unterhalb der Schwelle der wesentlichen Erweiterung. Dabei ist relativ einheitlich anerkannt, dass eine Kapazitätsauslastung bereits vorhandener Kapazitäten zulässig ist, solange sie sich unterhalb der Schwelle der wesentlichen Erweiterung bewegt.⁸²⁸ Gleiches gilt für Nebentätigkeiten, die zur wirtschaftlicheren und dauerhafteren Erfüllung der zulässigen Hauptaufgabe beitragen. Die oben vorgeschlagene Auslegung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung bietet eine wirksame Berücksichtigung des Handwerks auch bei der Frage der Zulässigkeit von verbundenen Tätigkeiten.

824 Vgl. *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 13 Rn. 67.

825 Vgl. BVerwGE 39, 329 (334); OVG Münster NVwZ 2008, 1031; differenzierter OVG Schleswig Urt. v. 11.07.2013 – 2 LB 32/12, BeckRS 2013, 59141; vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 197.

826 Den umgekehrten Weg – die Beteiligung der Gemeinde darf fortbestehen – geht § 66 Abs. 2 ThürKO beim Entfallen des öffentlichen Zwecks, kritisch *Brüning*, in: Schulte/Kloos, Hdb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 35.

827 Dazu auch *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 13 Rn. 68;

828 Vgl. nur *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl. 2021, § 5 Rn. 30.

Wesentlich größere Bedeutung hat die Bestimmung einer verbundenen Tätigkeit in den Bundesländern, in denen die Anwendbarkeit der Schrankentrias von vornherein an eine „wirtschaftliche Betätigung“ der Gemeinde geknüpft ist. Der Begriff der Betätigung ist dabei so weit, dass grundsätzlich jedes Tätigwerden die Anwendung der Schrankentrias auslösen würde.

Dementsprechend haben sowohl Rechtsprechung⁸²⁹ als auch Literatur⁸³⁰ versucht bestimmte verbundene Tätigkeiten aus diesem Anwendungsbereich herauszulösen. Solche verbundenen Tätigkeiten sollen auch dann zulässig sein, wenn sie selbst keinem öffentlichen Zweck dienen, sie nehmen vielmehr am öffentlichen Zweck der Haupttätigkeit teil.⁸³¹ In den hier zugrunde liegenden Wettbewerbsverhältnissen von kommunalen und privaten Unternehmen können dadurch neue Wettbewerber hinzutreten bzw. bestehende Wettbewerbsverhältnisse intensiviert werden, ohne dass die Schrankentrias Anwendung findet. Dies erscheint zunächst handwerksbenachteiligend. Dieser Eindruck verstärkt sich noch dadurch, dass regelmäßig in der Literatur Beispiele für zulässige verbundene Tätigkeiten angeführt werden, die im Handwerksbereich angesiedelt sind. So führt etwa *Ogorek* als Beispiel für eine zulässige verbundene Tätigkeit den Betrieb einer Kfz-Werkstatt, die an ein kommunales Verkehrsunternehmen angeschlossen ist, an.⁸³² Der Betrieb einer Kfz-Werkstatt ist ein zulassungspflichtiges Handwerk, vgl. § 1 Abs. 1 und 2 HwO i. V. m. Anlage A Nr. 20 zur HwO. In diesem Beispiel entsteht neuer Wettbewerb im zweiten Wettbewerbsverhältnis, also zwischen privaten Kfz-Werkstätten als Handwerksunternehmen und der Kfz-Werkstatt des kommunalen Verkehrsunternehmens. Für die Frage der handwerksfreundlichen, handwerksgerechten oder handwerksbenachteiligenden Ausgestaltung kommt es demnach auf die Auslegung des Begriffs der verbundenen Tätigkeit an.

Zum Teil und dann auch nur in den Gemeindeordnungen der Bundesländer, die die Anwendung der Schrankentrias an ein „wirtschaftliches Betätigen“ anknüpfen, finden sich besondere Regelungen für verbundene Tä-

829 Grundlegend OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1522), wonach die Anforderungen der Schrankentrias als zu starr empfunden wurden; als zulässige Randnutzung wurde etwa die Vermietung eines Fitness-Studios auf einem Parkhaus mit dem Zweck der besseren Auslastung der Parkflächen anerkannt, vgl. auch OVG Münster NWVBl. 2005, 68.

830 Vgl. z. B. *Lange*, NVwZ 2014, 616 (617). Mögliche Randnutzungen sind etwa auch die Werbung in städtischen Bussen oder die Verlegung von Versorgungsleitungen im öffentlichen Straßenraum, Beispiele nach *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 44.

831 Vgl. etwa *Lange*, NVwZ 2014, 616 (617).

832 In: Dietlein/Ogorek, BeckOK Kommunalrecht Hessen, HGO, § 121 Rn. 50.1.

tigkeiten oder Nebenleistungen, so in Brandenburg (§ 91 Abs. 5 BbgKVerf), in Hessen (§ 121 Abs. 4 HGO), im Saarland (§ 108 Abs. 3 KSVG) und in Sachsen-Anhalt (§ 128 KVG LSA), wobei lediglich § 128 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA die untergeordnete Bedeutung der Nebentätigkeit ausdrücklich adressiert und zudem die Subsidiaritätsklausel für anwendbar erklärt.

Grundvoraussetzung einer solchen verbundenen Tätigkeit ist, auch ohne ausdrückliche Regelung wie in § 128 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA, dass sie nur untergeordnete Bedeutung gegenüber der Haupttätigkeit hat und es sich um einen bloßen Annex oder eine Nebentätigkeit handelt. Nur dann ist es gerechtfertigt, sie am öffentlichen Zweck der Haupttätigkeit teilhaben zu lassen.⁸³³

Um zu bestimmen, ob es sich um eine bloß untergeordnete Tätigkeit handelt, ist auf den Unternehmensgegenstand als solchen abzustellen. Instrukтив hat dies das *OVG Münster*⁸³⁴ zu Art. 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW dargestellt. Danach komme es für die Frage, ob eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW vorliege, darauf an, ob der Unternehmensgegenstand wirtschaftlich sei. Zu betrachten sei dabei der gesamte Betrieb und nicht – in „atomisierender Weise“ – jede einzelne Handlung des Unternehmens. Das Gericht macht das am Wortlaut der in § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW enthaltenen Definition der wirtschaftlichen Betätigung fest, die von „Betrieb“ eines Unternehmens spricht. Für die Frage, ob es sich um eine Nebentätigkeit handelt, ist also entscheidend, ob sie sich konkret noch im Rahmen des Unternehmensgegenstandes bewegt oder nicht. In seiner Entscheidung argumentiert das OVG nun parallel zu den kapitalgesellschaftsrechtlichen Regeln hinsichtlich der Bestimmung von Nebentätigkeiten. Das hat mit Blick auf die häufig insbesondere bei Stadtwerken gewählte Rechtsform der GmbH den weiteren Vorteil, dass auf diese die gesellschaftsrechtlichen Regelungen ohnehin direkt Anwendung finden.⁸³⁵ Nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG und § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG hat die Unternehmenssatzung den Unternehmensgegenstand zu benennen. Anhand dieses Unternehmensgegenstandes ist dann – im Wege objektiver Auslegung – zu ermitteln, ob die konkrete Tätigkeit noch eine Nebentätig-

833 Vgl. so im Ergebnis auch *Britz*, NVwZ 2001, 380 (385); vgl. auch *Lange*, NVwZ 2014, 616 (617 f.); *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (165); *Grünwald*, in: Theobald/Kühling, EnergieR, 200 Rn. 27. Die Probleme bei der Bestimmung der bloß untergeordneten Nebentätigkeit zeigt auch die Gesetzesbegründung zu § 95 Abs. 5 BbgKVerf, vgl. GVBl. I/12 Nr. 01 ber. GVBl. I/12 Nr. 7.

834 NVwZ 2003, 1520.

835 Für öffentliche Unternehmen dazu *Mann*, JZ 2002, 819 (821).

keit im Rahmen des Unternehmensgegenstandes ist oder ob dieser Bereich verlassen wurde. Im Gesellschaftsrecht ist ausweislich des § 82 Abs. 2 AktG und § 37 Abs. 1 GmbHG eine Geschäftsführung außerhalb des Unternehmensgegenstandes im Innenverhältnis nicht zulässig. Überträgt man – wie das OVG Münster – diesen Ansatz auf öffentliche Unternehmen, so ist eine Nebentätigkeit eines kommunalen Unternehmens, das dessen Unternehmensgegenstand verlässt, zwar nicht grundsätzlich unzulässig, soll aber eine erneute Überprüfung anhand der Schrankentrias auslösen.⁸³⁶ Bei öffentlichen Unternehmen wird der Unternehmensgegenstand zudem verfassungsrechtlich relevant. Denn dieser muss – wie oben gezeigt – einem öffentlichen Zweck dienen. Wird also der Unternehmensgegenstand verlassen, wird zugleich auch der öffentliche Zweck des Unternehmens verlassen, was nur in sehr engen Grenzen und nur bei untergeordneten Tätigkeiten zulässig ist. Solange sich eine Tätigkeit innerhalb des Unternehmensgegenstandes bewegt, bewegt sie sich auch innerhalb des öffentlichen Zwecks und ist ohne Weiteres zulässig. Dies ist etwa anerkannt bei der Erneuerung veralteter Maschinen oder der Einführung neuer Arbeitsmethoden.⁸³⁷ Auch im Handwerksrecht findet sich eine vergleichbare Konstellation. Bei der Bestimmung der Handwerksmäßigkeit und dem zugrunde liegenden dynamischen Handwerksbegriff führen solche Änderungen – insbesondere bei der Implementierung neuer Arbeitsmethoden, die mit neuen Tätigkeiten einhergehen – nicht dazu, dass die Handwerksmäßigkeit entfällt.

Bei der Bestimmung einer Nebentätigkeit kann zunächst zwischen kapazitätsauslastender und kapazitätserweiternder Nebentätigkeit unterschieden werden.⁸³⁸ Kapazitätsauslastende Nebentätigkeiten sind solche, die für eine Auslastung bestehender – ohnehin zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks vorhandener – Kapazitäten, die im Moment nicht benötigt werden, sorgen sollen.⁸³⁹ Sie können sich dabei noch innerhalb des öffentlichen Zwecks der Haupttätigkeit bewegen oder aber darüber hinausgehen und beispielsweise nur der Gewinnerzielung dienen. Diese Nebentätigkeiten haben nicht selten entscheidende Bedeutung für das öffentliche Unternehmen, da nur mit ihnen die Rentabilität sichergestellt werden kann. Zudem können so häufig bequem weitere Einnahmen generiert werden.⁸⁴⁰ Die Zu-

836 So explizit OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1522).

837 Vgl. *Scharpf*, BayVBl. 2005, 549 (550)..

838 Wie *Britz*, NVwZ 2001, 380; weiter untergliedernd *Schink*, NVwZ 2002, 129 (134).

839 Vgl. etwa *Britz*, NVwZ 2001, 380 (384).

840 Vgl. *Britz*, NVwZ 2001, 380 (384).

lässigkeit solcher Nebentätigkeiten ergibt sich auch aus dem – in allen Kommunalordnungen niedergelegten – Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gemeindlichen Handelns, etwa in § 92 Abs. 2 HGO.⁸⁴¹ Etwa in Brandenburg ist die Zulässigkeit solcher kapazitätsauslastenden Tätigkeiten ausdrücklich geregelt, § 91 Abs. 5 Nr. 1 BbgKVerf. Gleichzeitig muss das Erfordernis der Nebentätigkeit zur Kapazitätsauslastung von außen kommen, d. h., das öffentliche Unternehmen darf nicht von vornherein so konzipiert werden, dass es nur mit der kapazitätsauslastenden Nebentätigkeit (für Dritte) rentabel ist.⁸⁴²

Aus Sicht des Handwerks sind solche kapazitätsauslastenden Tätigkeiten weniger problematisch. Eine Kapazitätsauslastung in handwerklichen Bereichen kommt nur in Betracht, wenn bereits die Haupttätigkeit handwerklich ist, denn nur dann können handwerkliche Kapazitäten frei sein, die für das Wettbewerbsverhältnis zwischen kommunalen und privaten Handwerksunternehmen relevant sind. Unter Heranziehung handwerksrechtlicher Grundsätze lässt sich der Rahmen von zulässigen kapazitätsauslastenden Tätigkeiten eingrenzen. Bewegen sich die kapazitätsauslastenden Tätigkeiten innerhalb des handwerklichen Gegenstandes des Unternehmens, wurde bereits auf Ebene dieses Hauptgegenstandes die Zulässigkeit der kommunalen Unternehmenstätigkeit anhand der Schrankentrias überprüft. In dieser Konstellation kommt es im zweiten Wettbewerbsverhältnis zwar möglicherweise zu einer Intensivierung bestehenden Wettbewerbs zwischen öffentlichen und privaten Handwerksunternehmen, nicht aber zu neuem Wettbewerb. Durch die Anwendung der Schrankentrias auf den Hauptgegenstand, der nun nur unter besserer Auslastung der Kapazitäten betrieben werden soll, wird ein Schutz der privaten Wettbewerber sichergestellt. Die Bestimmung einer verbundenen Tätigkeit ist insoweit handwerksgerecht. Der Hauptgegenstand des öffentlichen Handwerksunternehmens kann zur Kapazitätsauslastung – im Bereich der zulassungspflichtigen Handwerke – aufgrund Handwerksrechts nur für verwandte Handwerke verlassen werden, vgl. § 7 Abs. 1 HwO. Sobald eine Tätigkeit einer weiteren Eintragung und damit der Einstellung eines neuen Meisters bedarf, kann nicht mehr von einer Auslastung bestehender Kapazitäten ausgegangen werden. Aber auch die Ausübung von Tätigkeiten eines verwandten

841 Vgl. grundlegend zu solchen Randnutzungen BVerwG NJW 1989, 2409 (2410); zur HGO vgl. *Ogorek*, in: Dietlein/Ogorek, BeckOK Kommunalrecht Hessen, HGO, § 121 Rn. 50.

842 Wegweisend die sog. Gelsengrün-Entscheidung des OLG Hamm NJW 1998, 3504, zuvor anders das BVerwG, vgl. BVerwGE 82, 29 (34).

Handwerks im Sinne von § 7 Abs. 1 HwO kann nicht mehr als kapazitätsauslastende Nebentätigkeit verstanden werden. Lediglich aufgrund handwerklicher Privilegierung können verwandte Handwerke ohne erneute Eintragung und die damit verbundene Anstellung eines entsprechend meisterlich ausgebildeten Betriebsleiters ausgeübt werden. Dies folgt – wie schon oben bei der Bestimmung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung gezeigt – aus dem Aspekt der Gefahrenabwehr im Zusammenhang mit der Meisterpflicht. Auch bei der Übernahme von Leistungen eines verwandten Handwerks wird aber der ursprüngliche Unternehmensgegenstand verlassen, sodass keine bloße Kapazitätsauslastung gegeben sein kann.

Sollen also Leistungen eines verwandten Handwerks angeboten werden, ist das zweite Wettbewerbsverhältnis betroffen, indem neue Wettbewerbsverhältnisse zwischen öffentlichen und privaten Handwerksunternehmen entstehen, die diese Leistungen bereits anbieten (selbst als verwandte oder als originäre Handwerke). Dabei greift nach Gesagtem der Schutz der Schrankentrias ein, weshalb auch in dieser Konstellation die Bestimmung des Begriffs der verbundenen Tätigkeit als handwerksgerecht zu qualifizieren ist.

Kapazitätserweiternde Nebentätigkeiten sind demgegenüber solche Zusatzleistungen zum eigentlichen Hauptgegenstand des Unternehmens, die nur durch Schaffung neuer Kapazitäten angeboten werden können.⁸⁴³ Teilweise wird deren Zulässigkeit insgesamt abgelehnt.⁸⁴⁴ Zwar kann insbesondere das Argument der wirtschaftlichen und sparsamen Nutzung vorhandener Ressourcen hier nicht greifen. Richtig dürfte es aber sein, auch solche Nebentätigkeiten nicht generell abzulehnen, sondern sie dann zuzulassen, wenn sie im Vergleich zur Haupttätigkeit untergeordneter Natur sind. Dafür spricht insbesondere, dass teilweise Hauptleistungen ohne bestimmte Nebenleistungen nicht (wirtschaftlich) angeboten werden können.⁸⁴⁵ Würde man diese Nebenleistungen kategorisch verbieten, würde das in diesen Fällen eine Beendigung der Haupttätigkeit bedeuten, die aber einen öffent-

843 Vgl. *Britz*, NVwZ 2001, 380 (384 f.).

844 Vgl. dazu OVG Rhld.-Pf. NVwZ 2000, 801, allerdings zum Begriff der „wesentlichen Erweiterung“, die Grundsätze sind aber übertragbar; ebenso *Enkler*, ZG 1998, 328 (334 f.); *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (501); *Hennecke*, NdsVBl. 1999, 1 (3 f.); *Köhler*, BayVBl. 2000, 1 (5); kritisch *Grünwald*, in: Theobald/Kühling, *EnergieR*, 200 Rn. 27.

845 Vgl. *Ogorek*, in: Dietlein/Ogorek, BeckOK Kommunalrecht Hessen, HGO, § 121 Rn. 49.

lichen Zweck hat.⁸⁴⁶ Dieser Gedanke war etwa auch für den Landesgesetzgeber in Hessen leitend. Sinn und Zweck der Regelung des § 121 Abs. 4 HGO ist es, die Chancengleichheit kommunaler Unternehmen im Wettbewerb zu schützen. Grundlegend war dabei, dass eine Vermarktung bestimmter Leistungen oftmals nur in Betracht kommt, wenn diese zusammen mit anderen Leistungen angeboten werden.⁸⁴⁷

Gleichwohl muss es sich bei kapazitätsauslastenden Nebentätigkeiten um gegenüber dem Hauptgegenstand des Unternehmens untergeordnete Tätigkeiten handeln, um von – ohne eigenen öffentlichen Zweck – zulässigen verbundenen Tätigkeiten sprechen zu können.

Die Frage der kapazitätserweiternden Tätigkeit hat sowohl im zweiten als auch im dritten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis Bedeutung. Einfluss auf das zweite Wettbewerbsverhältnis, das zwischen einem öffentlichen Handwerksunternehmen und privaten Handwerksunternehmen, hat eine kapazitätserweiternde Tätigkeit dann, wenn durch sie neue Wettbewerbsverhältnisse zu anderen Handwerksunternehmen begründet werden. Im Bereich des dritten Wettbewerbsverhältnisses hat eine Kapazitätserweiterung Bedeutung, wenn mit ihr Tätigkeiten durch ein nicht der HwO unterfallendes kommunales Unternehmen aufgenommen werden, die auch von Handwerksunternehmen ausgeübt werden.

Erste Anhaltspunkte können die für das Kapitalgesellschaftsrecht entwickelten Grundsätze liefern. Danach sind Geschäfte – gleichbedeutend mit Tätigkeiten – zur Vorbereitung der Haupttätigkeit nur untergeordneter Art und Weise; ebenso die Organisation und Finanzierung des Unternehmens, der Erhalt von Vermögenswerten, die optimale Verwertung und Anlage von Erlösen oder ähnliche auf das Unternehmen bezogene Tätigkeiten.⁸⁴⁸ Solche auf das Unternehmen bezogenen Tätigkeiten sind auch aus Sicht konkurrierender Handwerksunternehmen nicht problematisch und für die Wettbewerbsverhältnisse nicht relevant.

846 So auch *Britz*, NVwZ 2001, 380 (385) und *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C. Rn. III, allerdings mit dem Argument, dass dadurch der Wettbewerb zum Nachteil für die Kunden reduziert würde. Bloße Wettbewerbsschaffung dürfte aber allein nicht ausreichen, um einen öffentlichen Zweck zu begründen.

847 Vgl. *Ogorek*, in: Dietlein/Ogorek, BeckOK Kommunalrecht Hessen, HGO, § 121 Rn. 49.

848 Vgl. dazu *Mertens/Chan*, in: Kölner Kommentar zum AktG, II, § 82 Rn. 23 f. und 25 ff.

Häufig findet sich die Aussage, dass die Ergänzung und Abrundung der Hauptleistung nur eine untergeordnete Tätigkeit darstellt.⁸⁴⁹ Diese Begriffe zeichnen sich aber vor allem durch ihre Unbestimmtheit aus und es bleiben Unsicherheiten. Abgestellt wird dabei auf quantitative oder qualitative Aspekte, ohne dass damit begriffliche Klarheit geschaffen werden würde.⁸⁵⁰ Häufig geht es dann um Fragen des Zusammenhangs zwischen der Haupt- und der Nebentätigkeit, der aber noch keine Aussage über die untergeordnete Art und Weise erlaubt.⁸⁵¹

Vorgeschlagen wird hier daher, die oben bereits zur Bestimmung der Wesentlichkeit entwickelten Grundsätze auch auf die Frage der untergeordneten Art und Weise einer Tätigkeit zu übertragen. Danach kann eine untergeordnete Tätigkeit dann nicht mehr angenommen werden, wenn durch ihre Aufnahme ein kommunales Unternehmen zu einem Handwerksunternehmen i. S. d. HwO wird. Eine solche Nebentätigkeit würde die Eintragungspflicht des Unternehmens bzw. zumindest des Nebenbetriebs – wie § 2 Nr. 2 HwO klarstellt – ebenso wie etwa die Beitragspflicht und Anforderungen an die Meisterpräsenz auslösen. Dabei liegt dann keine untergeordnete Nebentätigkeit mehr vor, sodass eine solche Tätigkeit nur bei Einhaltung der Schrankentrias zulässig ist. Wiederum, wie schon bei der Bestimmung des Tatbestandsmerkmals der wesentlichen Erweiterung, ist im Hinblick auf unwesentliche Nebentätigkeiten im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO eine Ausnahme zu machen. Ist eine verbundene Tätigkeit zwar handwerklich, überschreitet aber nicht die Schwelle eines nur unerheblichen Nebenbetriebs, verändert sich auch das Wesen des öffentlichen Unternehmens nicht, da die Anforderungen der HwO wie bei einem bloßen Hilfsbetrieb nicht greifen. Unerheblichkeit im Sinne des § 3 Abs. 2 HwO ist etwa gegeben, wenn die jährliche Tätigkeit eines idealtypischen Ein-Personen-Betriebs nicht überschritten wird.⁸⁵²

Handelt es sich schon bisher um ein Handwerksunternehmen im Sinne der HwO und sollen weitere handwerkliche Leistungen ausgeübt werden, kann für die Frage der nur untergeordneten Art und Weise der Tätigkeit

849 Vgl. *Britz*, NVwZ 2001, 380 (385); *Ogorek*, in: Dietlein/Ogorek, BeckOK Kommunalrecht Hessen, HGO § 121 Rn. 50.

850 Kritisch auch *Grünwald*, in: Theobald/Kühling, EnergieR, 200 Rn. 27.

851 Dazu *Grünwald*, in: Theobald/Kühling, EnergieR, 200 Rn. 27.

852 Vgl. *Tillmanns*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 3 Rn. 14; eine Parallele zwischen der Bestimmung von Haupt- und Nebenbetrieb und wesentlicher Tätigkeit deutet auch *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 1 Rn. 57 unter Bezugnahme auf BVerwG GewA 1984, 96 (97) an.

ebenfalls auf das Handwerksrecht abgestellt werden. Sollen weitere handwerkliche Leistungen innerhalb des unternehmensgegenständlichen Handwerks angeboten werden, handelt es sich schon nicht um eine verbundene Tätigkeit, sondern vielmehr sind die Leistungen dann gerade Hauptgegenstand des Unternehmens.

Wenn aber handwerkliche Leistungen, die nicht mehr vom unternehmensgegenständlichen Handwerk erfasst sind, oder Leistungen eines verwandten Handwerks angeboten werden sollen, kann nicht mehr von einer untergeordneten Tätigkeit und in der Folge nicht von einer verbundenen Tätigkeit ausgegangen werden. Die Situation ist dabei zu vergleichen mit der Situation, in der ein Unternehmen zum ersten Mal Handwerksleistungen anbietet. Insbesondere ist die Eintragung in die Handwerksrolle – damit einhergehend die Pflichtmitgliedschaft und möglicherweise eine Veränderung der Beitragspflicht – auch für das neue Handwerk erforderlich. Zudem muss auch diesbezüglich ein neuer (weiterer) Betriebsleiter eingestellt werden. Im Bereich der verwandten Handwerke ist zwar keine neue Eintragung und damit keine Einstellung neuen Personals erforderlich, entsprechend dem dargestellten Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 HwO kann aber gleichwohl nicht von einer bloß untergeordneten Tätigkeit ausgegangen werden.

Greift man das eingangs dargestellte Beispiel unter Anwendung der hier vorgeschlagenen Auslegung nochmals auf, kann der handwerksbenachteiligende Eindruck zumindest abgemildert werden. Der Betrieb einer Kfz-Werkstatt für Dritte ist – anders als ein Verkehrsunternehmen, das etwa öffentlichen Personennahverkehr anbietet – ein Handwerksbetrieb. Mithin kann es sich nicht um eine untergeordnete Tätigkeit handeln, wenn Leistungen für Dritte angeboten werden, die als verbundene Tätigkeit – ohne selbst die Anforderungen der Schrankentrias zu erfüllen – ausgeübt werden können. Diese dürften dabei schon wegen des fehlenden öffentlichen Zwecks (die Versorgung mit Kfz-Werkstätten dürfte meist ausreichend gegeben sein und etwa umweltpolitische Aspekte erscheinen kaum begründbar) eher nicht gegeben sein. Auch scheint die Subsidiaritätsklausel hier kaum überwindbar zu sein.⁸⁵³

853 Im Ergebnis so auch *Schink*, NVwZ 2002, 129 (134).

bb. Vorausblick auf die Bedeutung formeller Schranken

An dieser Stelle ist ein Vorausblick auf die – noch genauer zu untersuchen – formellen Schranken und insbesondere die Bedeutung der Markterkundungsverfahren, die in einigen Bundesländern bei der Gründung eines öffentlichen Unternehmens vorgeschrieben sind, lohnend. Wie beschrieben kommt es für die Entscheidung, ob es sich bei einer Tätigkeit um eine Nebentätigkeit handelt und ob diese ihrer Art nach untergeordnet ist, auf den Unternehmensgegenstand an. Dabei ist für kommunale Unternehmen, etwa in der Rechtsform einer GmbH, die möglichst genaue Beschreibung des Unternehmensgegenstandes bereits aufgrund des GmbHG vorgeschrieben. Eine Niederlegung des Unternehmensgegenstandes ist aber auch für andere Formen gemeindlicher Unternehmen verpflichtend, wie sich etwa aus § 1 der EigenbetriebVO NRW für die Betriebsatzung eines Eigenbetriebs oder aus § 114a Abs. 2 GO NRW für ein kommunales Unternehmen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts ergibt. Bei der Gründung kommunaler Unternehmen ist deshalb entscheidend, dass der Unternehmensgegenstand möglichst genau gefasst wird, aber auch, dass die Handwerksorganisationen im Prozess dieser Beschreibung zumindest angehört, bestenfalls beteiligt werden.⁸⁵⁴ Eine solche Beteiligung versetzt die zuständigen Organe der Gemeinde in die Lage, die bei den Handwerksorganisationen vorhandenen Kenntnisse hinsichtlich verbundener Nebentätigkeiten zu nutzen. So können die Handwerksorganisationen etwa darlegen, ob eine für eine Vielzahl von Handwerksunternehmen relevante Tätigkeit vom Unternehmensgegenstand des angestrebten öffentlichen Unternehmens umfasst wäre. Die zuständigen Organe haben dann auf politischer Ebene die Möglichkeit, den Unternehmensgegenstand gegebenenfalls so präzise zu formulieren, dass Abgrenzungsprobleme vermieden werden können und die Belange der vor Ort tätigen Handwerker berücksichtigt werden.

Markterkundungsverfahren und noch mehr ein Verfahren zur Einbindung von Handwerksorganisationen bei der Gründung eines kommunalen Unternehmens können also von erheblicher Bedeutung für das Handwerk sein. Die Regelungen, die eine solche Einbindung vorsehen, sind schon deshalb als handwerksfreundlich einzustufen.

854 Zu § 107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW so auch *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, GO NRW, § 107a Rn. 19 und *Burgi*, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, S. 52.

b. Leistungsfähigkeit der Gemeinde

Zweites Kriterium ist die Leistungsfähigkeit der Gemeinde. Die wirtschaftliche Betätigung muss ihrer Art und ihrem Umfang nach in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Diese Schranke dient ausschließlich dazu, die Gemeinde vor finanzieller Überforderung zu schützen.⁸⁵⁵ Um diese Voraussetzung auf eine fundierte Tatsachenbasis zu stellen und die Entscheidung zu rationalisieren, haben einige Bundesländer ein Markterkundungsverfahren vorgeschrieben, das dazu dient, die Chancen und Risiken der gemeindlichen wirtschaftlichen Tätigkeit zu ermitteln.⁸⁵⁶ Das Markterkundungsverfahren stellt dabei eine formalisierte Ausgestaltung einer ohnehin erforderlichen Marktanalyse dar, anhand derer ermittelt wird, ob die wirtschaftliche Betätigung der Leistungsfähigkeit der Gemeinde entspricht. Aus Sicht des Handwerks ist diese Schranke rechtlich nicht von Bedeutung, faktisch verhindert sie bei korrekter Anwendung übermäßiges kommunales Engagement.

c. Subsidiaritätsklausel

Dritte Schranke ist die sogenannte Subsidiaritätsklausel.⁸⁵⁷ Unterscheiden lassen sich echte bzw. strikte und unechte oder einfache Subsidiaritätsklauseln. Eine echte Subsidiaritätsklausel liegt vor, wenn die gemeindliche Tätigkeit nur zulässig ist, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso gut und wirtschaftlich von einem anderen, insbesondere einem privaten Unternehmen erbracht werden kann.⁸⁵⁸ Von der unechten Subsidiaritätsklausel spricht man hingegen, wenn diese erfordert, dass der öffentliche Zweck nicht durch andere private Unternehmen besser oder wirtschaftlicher erfüllt werden kann.⁸⁵⁹

855 Vgl. *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 16 Rn. 71.

856 Dazu im Detail noch Teil 4 D. II.

857 Zum landesverfassungsrechtlichen Hintergrund am Beispiel der bayerischen Verfassung: *Schmidt am Busch*, GewA 2015, 273 (277). Nach Art. 153 Satz 1 BV darf kommunale Wirtschaftsbetätigung nicht zulasten der privaten Mitbewerber und somit nicht zulasten eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Markt gehen.

858 Vgl. *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 16 Rn. 72.

859 Vgl. *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 16 Rn. 72.

Um diese Frage zu beantworten, hat die Gemeinde eine Abwägungsentscheidung in Form einer Zweck-Mittel-Relation vorzunehmen. Sie muss dabei die relevanten Gesichtspunkte zusammenstellen, gewichten und am Ende entscheiden, ob sie gleich gut oder besser sein kann.⁸⁶⁰ Sie hat dabei einen Beurteilungsspielraum.⁸⁶¹

Die Subsidiaritätsklausel hat Auswirkungen sowohl im zweiten als auch im dritten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis. Entscheidet sich eine Kommune dazu, handwerkliche Tätigkeiten mittels eines kommunalen Handwerksunternehmens zu erbringen, tritt sie in den Wettbewerb mit anderen Handwerksunternehmen ein. Das zweite Wettbewerbsverhältnis ist betroffen. Erbringt bzw. plant ein kommunales Unternehmen, das nicht der HwO unterfällt, Tätigkeiten im Wettbewerb mit Handwerksunternehmen zu erbringen, ist das dritte Wettbewerbsverhältnis betroffen. In beiden Konstellationen sind die Anforderungen der Subsidiaritätsklausel zu erfüllen. Ein griffiges Beispiel mit Handwerksbezug macht *Burgi*, der den Verkauf von Backwaren zwar als öffentlichen Zweck ansieht, da die Bevölkerung mit Nahrungsmitteln versorgt wird. Hier greife jedoch die Subsidiaritätsklausel ein, da private Bäckereien – also Handwerksunternehmen – dies ebenso gut erfüllen können.⁸⁶²

Die Subsidiaritätsklausel stellt dabei auf zwei Elemente ab. Zum einen darf die Leistung nicht von Privaten ebenso gut oder besser erbracht werden. Es kommt auf die Qualität der Leistungserbringung an. Zum anderen wird auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung für die Gemeinde abgestellt.

In beiderlei Hinsicht ist das Handwerk gut aufgestellt, sodass selten ein Fall gegeben sein dürfte, in dem nicht ein Handwerksunternehmen die Leistung ebenso gut oder gar besser erfüllen kann. In den Handwerken mit Meisterpflicht ist ein hoher Qualitätsstandard gerade dadurch sichergestellt, dass jeder Handwerksbetrieb einen Meister als Betriebsleiter haben muss. Die Anforderungen der Meisterpräsenz erweitern dies sogar auf jede Niederlassung. Auch in den Handwerken der Anlage B sorgt eine geregelte Ausbildung für ein hohes Niveau der Leistungserbringung. Bei einer Subsidiaritätsklausel, die erfordert, dass ein Privater die Leistung nicht ebenso gut erbringen kann, dürfte dies fast nie gegeben sein. Sowohl das

860 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 46.

861 Vgl. OVG Rhld.-Pf. NVwZ 2000, 801 (803); *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 709.

862 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 46.

gemeindliche Unternehmen als auch der private Handwerksbetrieb sind im Bereich der A-Handwerke nach der HwO verpflichtet, einen Betriebsleiter mit Meistertitel einzustellen, sodass jedenfalls über die Qualifikation der Mitarbeiter keine Leistungsunterschiede feststellbar sein dürften. In der Konsequenz ist der privaten Aufgabenerfüllung der Vorrang zu geben. In der theoretischen Betrachtung ist die Subsidiaritätsklausel als handwerksfreundlich einzustufen.

Freilich entscheidet in der Praxis nicht allein die Ausbildung des Meisters über die Qualität der Leistungserbringung, sondern auch etwaige Erfahrungswerte, persönliche Leistungsbereitschaft, Weiterbildungen und am Ende schlicht das handwerkliche Geschick und die Gründlichkeit der Mitarbeiter eines Betriebs. Objektiv feststellbar, geschweige denn kontrollierbar ist die Berücksichtigung solcher Kriterien mit Blick auf den Beurteilungsspielraum jedoch nicht. So wird in der praktischen Anwendung – gerade auch wegen des Beurteilungsspielraums der Kommune – die theoretisch handwerksfreundliche Ausgestaltung nicht selten relativiert.⁸⁶³ Die Anhörung und Einbeziehung der Handwerksorganisationen erlangt hier erneut Bedeutung.

Eng mit dem zweiten Kriterium, der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung, ist die Frage der Verfügbarkeit der Leistung verknüpft. Auch diese ist von der Gemeinde im Rahmen ihrer Abwägung zu berücksichtigen.

Zu unterscheiden ist die Frage der Verfügbarkeit von der Frage des Bedarfs der anzubietenden Leistung, die etwa in Bayern in Art. 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayGO ausdrücklich adressiert ist. Ohne Bedarf – im Sinne von Absatzmöglichkeiten – würde die Gemeinde wirtschaftlich nicht rentabel handeln. Davor zu schützen, ist gerade Zweck der zweiten Voraussetzung der Schrankentrias. Auf tatsächlicher Ebene gehen die Frage des Bedarfs und die der Verfügbarkeit der Leistung oft Hand in Hand. Besteht ein hoher Bedarf an einer Leistung, ist diese oft nicht oder nicht ausreichend verfügbar. Gleichwohl kann eine Leistung auf dem Markt verfügbar sein und auch ein hoher Bedarf nach dieser bestehen. Solange der Bedarf allerdings durch Private gedeckt werden kann, besteht eine ausreichende Verfügbarkeit der Leistung und die Gemeinde kann nur subsidiär wirtschaftlich tätig werden.

863 Entsprechend kritisch *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 16 Rn. 74

Dabei kommt der (zuverlässigen) Verfügbarkeit eine umso größere Bedeutung zu, je wichtiger die konkrete Leistung für die Bevölkerung ist.⁸⁶⁴ Auch wenn unter dem Eindruck der Coronakrise die Wartezeiten auf einen Handwerker im Jahr 2020 gegenüber den Vorjahren gesunken sind, so betrug die durchschnittliche Wartezeit im Bauhauptgewerbe schon 2021 wieder 14,1 Wochen, in den übrigen Gewerken immerhin noch 9,9 Wochen.⁸⁶⁵ Bezieht man die Frage der Verfügbarkeit einer Leistung, insbesondere in ländlichen Regionen, in die Abwägung ein, so erscheint das Überspringen der Subsidiaritätsschranke zumindest wahrscheinlicher.⁸⁶⁶

Unter Anwendung der Subsidiaritätsklausel kommt *Burgi* in seinem Beispiel des Verkaufs von Backwaren trotz vorliegenden öffentlichen Zwecks dann auch dazu, die Statthaftigkeit abzulehnen, weil Private die Leistung ebenso gut erbringen können.⁸⁶⁷

Nicht erfasst sind Konstellationen, in denen der Bürger ergänzend zu der kommunalen Dienstleistung eine private Dienstleistung selbst aussucht und vergütet. Am Beispiel der Beratung, Planung, Installation und Wartung von Heizungsanlagen lässt sich dies gut demonstrieren. Die Gemeinde bietet die – für den Bürger notwendige – Lieferung von Energie an. Die Beratung, Planung, Installation und Wartung der ebenso erforderlichen Heizungsanlage kann der Bürger dann bei jedem Handwerksunternehmen seiner Wahl nachfragen. In dieser Konstellation entstehen für die Gemeinde keine Kosten dafür, dass ein Privater die verbundenen Tätigkeiten durchführt.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die Subsidiaritätsklausel angemessen die Spezifika des Handwerksrechts und das reale Tätigwerden von Handwerksunternehmen in den in Teil 1 unter C. geschilderten ausgewählten Tätigkeitsfeldern berücksichtigt. Es kommt dabei nicht zu einer Besser- oder Schlechterstellung von (einzelnen) Handwerksunternehmen, vielmehr ist die Subsidiaritätsklausel als handwerksgerecht einzustufen.

864 Vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 709 unter Verweis auf das Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21.05.2003, KOM(2003) 270 endg. Rn. 49 ff., der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

865 Vgl. *ZDH*, Konjunkturbericht 2/2020, S. 18 und 2/2021, S. 8 f.

866 In diese Richtung denkt etwa *Burgi*, *GewA* 2018, 327 (328) und zuvor *Burgi*, in: Henneke, *Rechtliche Herausforderungen bei der Entwicklung ländlicher Räume*, S. 212 f., 222 f., 225.

867 Vgl. *Burgi*, *Kommunalrecht*, § 17 Rn. 46.

3. Besondere Voraussetzungen bei energiewirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden

Von besonderer Bedeutung für das Handwerk ist die Betätigung von Gemeinden auf dem Gebiet der Energiewirtschaft, da eine Reihe von Gewerken, allen voran die Installateure, in diesen Bereichen tätig sind und sich oftmals dem Wettbewerb mit kommunalen Unternehmen ausgesetzt sehen.⁸⁶⁸ Gerade in verbundenen Tätigkeiten – insbesondere im Bereich des Messwesens (Stichwort: Smart Meter)⁸⁶⁹ – sind Handwerksunternehmen häufig tätig. Gleiches gilt etwa für die Beratung, Planung, Installation und Wartung von Heizungsanlagen.⁸⁷⁰ Diese Tätigkeiten fallen sämtlich in den Tätigkeitsbereich eines Installateurs, einem zulassungspflichtigen Handwerk der Anlage A der HwO. Auch der oben beschriebene Fall der Stadtwerke der bayerischen Stadt M ließe sich – verlagert an einen anderen Ort – hier anführen.

Wiederum ist eine Betroffenheit sowohl des zweiten als auch des dritten Wettbewerbsverhältnisses denkbar. Im Bereich der energiewirtschaftlichen Tätigkeiten existieren Bereiche, die schon aus handwerksrechtlichen Gründen nur von Handwerksunternehmen erbracht werden können. Betroffen ist dann das zweite Wettbewerbsverhältnis zwischen privaten Handwerksunternehmen und kommunalen Handwerksunternehmen. Gleichwohl sind aber auch energiewirtschaftliche Tätigkeiten denkbar, die sowohl von Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO als auch von Handwerksunternehmen erbracht werden können. Man denke etwa an Energieberatungen. In diesen Fällen ist das dritte Wettbewerbsverhältnis betroffen, das zwischen privaten Handwerksunternehmen einerseits und kommunalen Unternehmen, die nicht Handwerksunternehmen sind, andererseits.

Nahezu alle Gemeindeordnungen⁸⁷¹ enthalten meist als weiteren Absatz oder sogar als eigene Norm besondere Voraussetzungen für die Betätigung

868 Vgl. *Pielow*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 65. Kooperationsmodelle in Form von Public Private Partnerships bleiben hier außer Betracht, zu diesen *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 39 ff.

869 Dazu und zu weiteren Beispielen bereits oben Teil 4 A.

870 Vgl. *Ogorek*, in: Dietlein/Ogorek, BeckOK Kommunalrecht Hessen, HGO, § 121 Rn. 50.1.; *Pielow*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, EnWG, Einl. E. Rn. 9.

871 Ausgenommen sind nur das Saarland und Sachsen, die keine Sonderregelungen in diesem Bereich erlassen haben.

gen der Gemeinden im Bereich der Energiewirtschaft. Dabei wird der Begriff der Energiewirtschaft als solcher nur in Nordrhein-Westfalen – als amtliche Überschrift – und Schleswig-Holstein legaldefiniert verwendet.⁸⁷² Die übrigen Bundesländer zählen die Tätigkeiten lediglich auf. Allen gemein ist dabei die Versorgung mit Strom und Gas, teilweise ergänzt um Wärme⁸⁷³ und den öffentlichen Personennahverkehr⁸⁷⁴, die Einrichtung und den Betrieb von Telekommunikationsnetzen⁸⁷⁵, die Wasserversorgung⁸⁷⁶, die Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung oder die Wohnungswirtschaft⁸⁷⁷.

Die Privilegierung dieser Bereiche hat bereits im Jahr 2010 begonnen und zielt in erster Linie auf eine Erleichterung der überörtlichen Betätigung im Bereich der Energiewirtschaft ab. Entsprechende Regelungen finden sich in allen Bundesländern, die grundsätzlich über Sonderregelungen verfügen.⁸⁷⁸ Keine weitergehenden Erleichterungen finden sich in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern. Für diese Bundesländer ergeben sich keine weiteren Besonderheiten für das Handwerk und die hier betroffenen Wettbewerbsverhältnisse gegenüber den allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen der Schrankentrias und der Schrankentrias selbst, wie sie bereits oben dargestellt wurden. Dass für die energiewirtschaftliche Betätigung der öffentliche Zweck fingiert wird, ändert nichts an den Anforderungen, die etwa an Nebentätigkeiten gestellt werden müssen.

In Thüringen findet sich in § 71 Abs.1 Nr. 4 Satz 2 Hs. 2 ThürKO eine Sonderregelung für verbundene Tätigkeiten im Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde. Die mit der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung einschließlich einer Betätigung auf dem Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung erneuerbarer Energien sowie der Verteilung von hieraus gewonnener thermischer Energie verbundenen Tätigkeiten sind danach zulässig, wenn sie im Vergleich zur Haupttätigkeit eine nur untergeordnete Bedeutung haben. Unter Rückgriff auf die oben

872 Vgl. § 107a GO NRW und § 101a GO SH.

873 Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, aufzählend ebenso zusätzlich Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen.

874 Niedersachsen und Sachsen-Anhalt.

875 Niedersachsen und Sachsen-Anhalt.

876 Niedersachsen und Sachsen-Anhalt.

877 Letztere drei nennt nur Sachsen-Anhalt.

878 Zurückgehend auf *Burgi*, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen.

entwickelten Grundsätze zur Bestimmung der Wesentlichkeit einer verbundenen Tätigkeit ist § 71 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 Hs. 2 ThürKO als handwerksgerecht einzustufen. Von untergeordneter Bedeutung im Sinne von § 71 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 Hs. 2 ThürKO ist die Nebentätigkeit danach nicht mehr, wenn sich das Unternehmen – nach handwerksrechtlichen Bestimmungen – in seinem Charakter verändert, weil wesentliche Tätigkeiten eines Handwerks wahrgenommen werden. Eine solche Nebentätigkeit würde die Eintragungspflicht des Unternehmens bzw. zumindest des Nebenbetriebs (vgl. § 2 Nr. 2 HwO) ebenso wie etwa die Beitragspflicht und Anforderungen an die Meisterpräsenz auslösen.

Das gilt sowohl für das zweite als auch das dritte hier zugrunde gelegte Wettbewerbsverhältnis. Im Verhältnis zwischen privaten und kommunalen (Handwerks-)Unternehmen ist § 71 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 Hs. 2 ThürKO so ausgestaltet, dass er weder zu einer Besser- noch zu einer Schlechterstellung von privaten Handwerksunternehmen gegenüber kommunalen Unternehmen führt. Mit der hier vorgeschlagenen Auslegung werden vielmehr die handwerksrechtlichen Spezifika – insbesondere bei der Bestimmung eines Handwerksunternehmens und eines Nebenbetriebs im Sinne von § 2 Nr. 2 HwO – angemessen berücksichtigt.

Die ausdrückliche Regelung in Nordrhein-Westfalen stellt zunächst eigene Anforderungen für die energiewirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde auf, eine Subsidiaritätsklausel findet sich nicht. Nach § 107a Abs. 2 GO NRW sind verbundene Dienstleistungen zulässig, wenn sie den Hauptzweck fördern. Anerkannt sind dabei etwa Angebote des Energiemanagements, der Energieberatung, des Energiehandels oder das Angebot bestimmter Contracting-Modelle.⁸⁷⁹ Die Grenze der Zulässigkeit sollte dabei so gezogen werden, dass die Stadtwerke keine Leistungen innerhalb der Kundenanlage hinter dem Hausanschluss erbringen, sondern diese Tätigkeiten (weiterhin) in erster Linie von Handwerksunternehmen und nur subsidiär von kommunalen Unternehmen erbracht werden.⁸⁸⁰ Auf materieller Ebene war es also ausdrücklich das gesetzgeberische Anliegen, der möglichen Konkurrenz von Stadtwerken oder anderen kommunalen

879 Vgl. *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, GO NRW, § 107a Rn. 14; so schon im Entwurf dieser Norm *Burgi*, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, S. 50 ff.

880 Vgl. *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, GO NRW, § 107a Rn. 16; *Wiermann* in der Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen, Landtag Nordrhein-Westfalen, Ausschussprotokoll APr 15/59, 43 ff.

Energieversorgern und Handwerksunternehmen entgegenzuwirken; vielmehr sollten die Aufgaben klar verteilt werden. In einzelnen Bereichen wie etwa dem „Smart Meter“ mag das nicht immer eindeutig gelingen.

Insgesamt sind es gerade handwerkliche Leistungen, die regelmäßig den Hauptzweck der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung fördern. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und ausdrücklich die Berücksichtigung der Belange kleinerer Unternehmen, insbesondere des Handwerks, geregelt, vgl. § 107a Abs. 2 Satz 2 GO NRW. Unbeantwortet ist für Nordrhein-Westfalen allerdings die Frage, ob – für das Handwerk relevante – Nebentätigkeiten wie die Installation und Wartung der Endgeräte von § 107a Abs. 2 Satz 1 GO NRW erfasst werden.⁸⁸¹ Nach der oben vorgeschlagenen Bestimmung von Nebentätigkeiten, die gleichbedeutend sind mit verbundenen Dienstleistungen, ist dies abzulehnen.⁸⁸² In Nordrhein-Westfalen spricht für diese Sichtweise zudem, dass § 107a Abs. 2 Satz 2 GO NRW ausdrücklich auf das Handwerk abzielt und gesetzgeberischer Wille war, die bis dahin bestehende Zusammenarbeit zwischen Stadtwerken und Handwerk nicht zu verändern.⁸⁸³ Die „Rücksichtnahmeklausel“⁸⁸⁴ des § 107a Abs. 2 Satz 2 GO NRW stellt zwar keine materielle Schranke in dem Sinne dar, dass ein Verstoß zur Unzulässigkeit der Nebentätigkeit führen würde, sie führt aber die bereits als bedeutsam beschriebene Einbindung des Handwerks im Prozess der Festlegung des Unternehmensgegenstandes herbei.⁸⁸⁵ Zudem sind die Gemeinden gehalten, die Einhaltung dieser Vorgaben auch auf gesellschaftsrechtlicher Ebene durch entsprechende Klau-

881 Vgl. *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, GO NRW, § 107a Rn. 15.

882 So auch die Fraktionen von CDU und FDP zur alten Rechtslage in ihrem Entschließungsantrag, LT-Drs. 14/4961 i. V. m. PIBPr 14/70, 8016 und *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, GO NRW, § 107a Rn. 16 mit Verweis auf das Handwerk, allerdings ohne entsprechende Begründung; *Schink*, NVwZ 2002, 129 (134). Anders aber das Urteil des OVG Rhld.-Pf. v. 28.03.2000, NVwZ 2000, 801 (803).

883 Vgl. die Begründung zum Änderungsantrag der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen zum Gesetzentwurf, LT-Drs. 15/867, Anhang 1, 12.

884 Zum Begriff: *Burgi*, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, S. 33.

885 Vgl. *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, GO NRW, § 107a Rn. 19.

seln in den Gesellschaftsverträgen oder durch Einflussmöglichkeiten innerhalb der Gesellschaften sicherzustellen.⁸⁸⁶

Durch die formale Einbeziehung des Handwerks bei der Gründung von kommunalen Unternehmen wird insbesondere der Realbereich der handwerklichen Tätigkeit angemessen berücksichtigt. Sowohl im Bereich des zweiten als auch des dritten Wettbewerbsverhältnisses kommt es dabei nicht zu einer Besser- oder Schlechterstellung des Handwerks, sodass sich die Ausgestaltung der Zulässigkeit der energiewirtschaftlichen Tätigkeit in Nordrhein-Westfalen als handwerksgerecht einstufen lässt.

Schleswig-Holstein regelt in § 101a GO SH zwar die energiewirtschaftliche Betätigung besonders, eine Privilegierung für verbundene oder ähnliche Tätigkeiten ist jedoch nicht enthalten. Handwerkliche Leistungen im Zusammenhang mit der energiewirtschaftlichen Betätigung können damit – solange sie unter die Begriffe „Betätigung zur Erzeugung oder zur Gewinnung, zum Vertrieb oder zur Verteilung“ fallen – ausgeübt werden. Voraussetzung ist nur, dass die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und des Unternehmens steht, was der Verweis von § 101a Abs. 1 Satz 1 GO SH auf § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO SH zeigt. Solange eine handwerkliche oder andere Tätigkeit im Wettbewerbsverhältnis mit privaten Handwerksunternehmen unter den Begriff der Erzeugung, der Gewinnung, des Vertriebs oder der Verteilung – wobei die Erzeugung und Gewinnung nur selten einschlägig sein dürften – fällt, greift zugunsten der privaten Wettbewerber kein weitergehender Schutz, wie dies in Thüringen oder Nordrhein-Westfalen der Fall ist. Eine angemessene Berücksichtigung des Handwerks insbesondere mit Blick auf die tatsächlich von einer Reihe von Handwerksunternehmen ausgeübten Tätigkeiten im Zusammenhang mit energiewirtschaftlichen Betätigungen erfolgt hier nicht. Demnach ist die Regelung in Schleswig-Holstein als handwerksbenachteiligend einzustufen. De lege ferenda wäre eine Anpassung des Schutzes unter Anlehnung etwa an die Regelung in Nordrhein-Westfalen möglich und aus Handwerksicht wünschenswert.

886 Vgl. *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, GO NRW, § 107a Rn. 19.

4. Zwischenergebnis

Die Untersuchung der materiellen Schranken staatlicher Unternehmens-tätigkeit hat gezeigt, dass bereits die Anwendungsvoraussetzungen der Schrankentrias von entscheidender Bedeutung sind. Insbesondere in den Bundesländern, die auf ein Errichten, Übernehmen oder wesentliches Erweitern des (wirtschaftlichen) Unternehmens abstellen, ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der wesentlichen Erweiterung aus Sicht des Handwerks besonders relevant. Je nach Auslegung greift die Schrankentrias ein oder nicht, weshalb die Einordnung als handwerksfreundlich, handwerksgerecht oder handwerksbenachteiligend wesentlich von der Auslegung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung abhängt.

Bei einer Auslegung unter Berücksichtigung der handwerksrechtlichen Besonderheiten betreffend die Einordnung eines Unternehmens als Handwerksunternehmen ist eine wesentliche Erweiterung anzunehmen, wenn bis zur Erweiterung des Unternehmensgegenstandes kein Handwerksunternehmen i. S. d. HwO gegeben war, dies aber nach der Erweiterung der Fall wäre. Diese Auslegung berücksichtigt handwerksspezifische Fragestellungen, etwa ob es sich bei neuen Tätigkeiten um wesentliche Tätigkeiten eines Handwerks handelt. In dieser ersten Konstellation entsteht ein neues Wettbewerbsverhältnis zwischen privaten und kommunalen Handwerksunternehmen, wobei die Berücksichtigung der spezifischen Anwendungsvoraussetzungen der HwO zu einer handwerksgerechten Auslegung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung führt. Private Handwerksunternehmen werden gegenüber öffentlichen nicht besser- oder schlechtergestellt, vielmehr greift der Schutz der Schrankentrias gleichlaufend mit dem Anwendungsbereich der HwO ein.

In der zweiten Konstellation, der Erweiterung eines kommunalen Unternehmens um einen handwerklichen Nebenbetrieb im Sinne von § 2 Nr. 2, 3 und § 3 HwO, ist ebenfalls eine wesentliche Erweiterung unter Berücksichtigung der handwerksrechtlichen Spezifika anzunehmen. Auswirkungen ergeben sich dabei sowohl im zweiten als auch im dritten Wettbewerbsverhältnis. Diese sind dabei als handwerksgerecht zu qualifizieren. Wiederum finden die handwerksrechtlichen Spezifika – diesmal die Frage des handwerklichen Nebenbetriebs – angemessene Berücksichtigung, sodass es auch hier zu einem Gleichlauf von Handwerksrecht und dem Anwendungsbereich der Schrankentrias kommt.

Die dritte Konstellation liegt vor, wenn schon bisher ein kommunales Handwerksunternehmen gegeben war und nun weitere handwerkliche

Leistungen ausgeübt werden sollen. Betroffen ist dabei nur das zweite Wettbewerbsverhältnis. Im Ergebnis ist in dieser Konstellation zu unterscheiden. Sollen künftig handwerkliche Leistungen innerhalb des unternehmensgegenständlichen Handwerks oder eines verwandten Handwerks i. S. v. § 7 Abs. 1 HwO ausgeübt werden, liegt aus handwerksrechtlicher Sicht keine Wesensänderung vor. Abzustellen ist dann auf die kommunalrechtlichen Kriterien zur Bestimmung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung, die sich aber sowohl hinsichtlich weiterer unternehmensgegenständlicher Handwerksleistungen als auch Leistungen eines verwandten Handwerksunternehmens als handwerksgerecht erweisen. Sie erlauben in Bezug auf die unternehmensgegenständlichen neuen Leistungen eine angemessene Berücksichtigung handwerksrechtlicher Spezifika wie etwa der Meisterpräsenz oder anerkannten Berufsfelder im Handwerk. Im Bereich der verwandten Handwerke erlauben die kommunalrechtlichen Kriterien eine angemessene Berücksichtigung der tatsächlichen Auswirkungen einer Erweiterung um ein verwandtes Handwerk. Auch wenn handwerksrechtlich etwa kein weiterer Meistertitel erforderlich ist, so werden doch tatsächlich neue Geschäftsfelder erschlossen und Leistungen angeboten, die bestehende Wettbewerbsverhältnisse zwischen kommunalen und privaten Handwerksunternehmen intensivieren oder neue Wettbewerbsverhältnisse begründen. Die kommunalrechtlichen Kriterien erweisen sich auch hier handwerksgerecht.

Demgegenüber steht die Erweiterung um Leistungen außerhalb des unternehmensgegenständlichen Handwerks oder eines verwandten Handwerks. Hier kommt es wieder zu einem Gleichlauf von Handwerksrecht – danach liegt ein neues bzw. anderes Handwerksunternehmen vor – und dem Anwendungsbereich der Schrankentrias, was sich im zweiten Wettbewerbsverhältnis handwerksgerecht auswirkt.

In den Bundesländern, die die Anwendbarkeit der Schrankentrias an eine (wirtschaftliche) Betätigung der Gemeinde knüpfen, hat die erste Stufe der Schrankentrias größere Bedeutung als deren Anwendbarkeit. Die Frage der Zulässigkeit von verbundenen Tätigkeiten auf Ebene des „öffentlichen Zwecks“ kann dabei aber unter Rückgriff auf die schon i. R. d. Auslegung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung entwickelten Grundsätze gelöst werden. Die Begriffsbestimmung erfolgt dabei unter Rückgriff auf handwerksrechtliche Grundsätze, was angesichts der Anwendbarkeit der HwO auch auf öffentliche Unternehmen hier ebenso konsequent erscheint. Von Bedeutung sind diese Auslegung und die damit verbundene Auswirkung sowohl im zweiten als auch im dritten Wettbewerbsverhältnis. Nur unter

Rückgriff auf handwerksrechtliche Grundsätze lässt sich die eher als handwerksbenachteiligend einzustufende bisherige Auslegung der Rspr. und h. Lit. hin zu einer handwerksgerechten Anwendung des ersten Merkmals der Schrankentrias abmildern.

Während die Subsidiaritätsklausel bei rein theoretischen Betrachtung durchaus handwerksfreundlich ist, gilt dies für die praktische Anwendung nicht uneingeschränkt. Die Auswirkungen der Subsidiaritätsklausel zeigen sich dabei wiederum sowohl im zweiten als auch im dritten Wettbewerbsverhältnis. Aus Sicht der betroffenen Handwerksunternehmen kommt es gerade wegen des kommunalen Beurteilungsspielraums i. R. d. Abwägung nicht immer zu einer angemessenen Berücksichtigung der Belange des Handwerks, sodass die Subsidiaritätsklausel insgesamt als handwerksgerecht anzusehen ist.

Von besonderer Bedeutung für das Handwerk sind die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden bzw. deren kommunalen Unternehmen. Gerade in Geschäftsbereichen „hinter dem Zähler“, der Beratung oder dem Service, bestehen hierbei Wettbewerbsverhältnisse der zweiten und dritten hier zugrunde gelegten Art. Die meisten Gemeindeordnungen der Bundesländer enthalten besondere Regelungen für die energiewirtschaftliche Betätigung ihrer Kommunen, die für die Bestimmung der Regelungstendenz gesondert zu betrachten sind. In Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern ergeben sich dabei keine Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Regelungen.

Handwerksgerecht erweisen sich hingegen die Regelungen in Thüringen und Nordrhein-Westfalen, während sich § 101a GO SH mangels besonderen Schutzes oder gezielter Berücksichtigung der Handwerksunternehmen vor Ort als handwerksbenachteiligend erweist. Die besondere Bedeutung der energiewirtschaftlichen Betätigung des Handwerks findet hier keine angemessene Berücksichtigung.

In der Gesamtschau zeigt sich sowohl im Anwendungsbereich der Schrankentrias als auch auf beiden genannten Ebenen dieser die Notwendigkeit der Einbeziehung der Handwerksorganisationen. Bereits bei der Frage der Formulierung des Unternehmensgegenstandes, von dessen Fassung die Anwendbarkeit der Schrankentrias ebenso wie die Frage der Zulässigkeit einer verbundenen Tätigkeit abhängt, können so Belange der vor Ort tätigen Handwerker berücksichtigt werden. Auf Ebene der Subsidiaritätsklausel können mit einer – bestenfalls verpflichtenden – Einbeziehung des Handwerks Nachteile bei der praktischen Anwendung reduziert

werden. Die formale Einbeziehung des Handwerks bei der Gründung eines kommunalen Unternehmens im Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung ist es auch, die etwa die Regelung in Nordrhein-Westfalen als handwerksgerecht erscheinen lässt.

II. Formelle Schranken kommunaler Unternehmertätigkeit

Wie oben bereits beschrieben, ist die gemeindliche wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich von Art. 28 Abs. 2 GG „im Rahmen der Gesetze“ geschützt. Auf Ebene des einfachen Rechts können also Schranken für die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden normiert werden, was in allen Bundesländern in Form der sog. Schrankentrias – mit Abweichungen im Detail – der Fall ist. Bei der Prüfung der Anforderungen der Schrankentrias hat die Gemeinde grundsätzlich einen Beurteilungsspielraum.⁸⁸⁷ Bei den im Folgenden zu beschreibenden Anforderungen an die Prüfung der materiellen Schranken durch die Gemeinde handelt es sich um Verfahrenspflichten, die die Gemeinden bei einer (geplanten) wirtschaftlichen Betätigung zu erfüllen haben. Durch sie werden keine materiellen Berücksichtigungspflichten oder zusätzliche Tatbestandsmerkmale aufgestellt. Sie behandeln nicht das „Ob“ der kommunalen wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern sollen vielmehr die relevanten Informationen für die Entscheidung über das „Ob“ durch die zuständigen Gemeindegremien liefern. Diese Verfahrenspflichten sind also der Entscheidung vorgelagert. In ihrer Bedeutung dürfen sie gleichwohl nicht unterschätzt werden.

Die formellen Schranken werden sowohl im zweiten als auch im dritten Wettbewerbsverhältnis relevant. Sie erfassen Fälle, in denen ein kommunales Handwerksunternehmen gegründet oder so erweitert werden soll, dass die Schrankentrias eingreift. Sie greifen aber auch – insoweit ist das dritte Wettbewerbsverhältnis betroffen – bei der Gründung eines Unternehmens, das nicht der HwO unterfällt, aber im Wettbewerb mit privaten Handwerksunternehmen steht.

Die Gemeindeordnungen verwenden dabei nicht einheitlich die gleichen Begriffe. Einige sprechen von einer Marktanalyse (so Nordrhein-Westfalen und das Saarland), andere wiederum von einem Markterkundungsverfahren.

887 Vgl. dazu für Bayern *Lück*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 87 Rn. 31; *Scharpf*, in: Widmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 15, 3; genauer noch Teil 4 D. II. 3. b.

ren (so Hessen), wieder andere sprechen etwa von einer Wirtschaftlichkeitsanalyse (so Brandenburg) oder sie verwenden keine dieser Begriffe (so Mecklenburg-Vorpommern), stellen der Sache nach aber ebenfalls prozedurale Anforderungen an die Beurteilung der Schrankentrias. Auch in der Literatur werden die Begriffe sehr uneinheitlich verwendet.

Keine der Gemeindeordnungen definiert die jeweilig verwendeten Begriffe und auch wenn in der Betriebswirtschaftslehre die Begriffe Marktanalyse und Markterkundung sehr genau differenziert und damit unterschiedliche Arten der Marktuntersuchung beschrieben werden, handelt es sich bei den Begriffen der Gemeindeordnung um juristische Begriffe, die eigenständig zu definieren sind.⁸⁸⁸ Bei den kommunalrechtlichen Begriffen kann zudem davon ausgegangen werden, dass beide synonym verwendet werden und die jeweiligen Landesgesetzgeber keine grundlegend verschiedenen Verfahrensformen festlegen wollten.⁸⁸⁹ Grundlegendes Anliegen beider Verfahren ist es, bestimmte Sachverhalte durch besondere Verfahren zu erforschen und zu erhellen. Gerichtet sind beide Verfahren dabei auf die materiellen Schranken der gemeindewirtschaftlichen Betätigung sowie die Erkundung der Auswirkungen auf den Markt. Bezugspunkt ist dabei in erster Linie die Subsidiaritätsklausel, aber auch die Folgen der Betätigung für die Gemeinde selbst.⁸⁹⁰

Auch wenn die inhaltlichen Anforderungen der einzelnen Verfahren teilweise divergieren und auch durch entsprechende Erlasse auf Landesebene im Detail unterschiedlich ausgestaltet werden, genügt für das Anliegen der vorliegenden Untersuchung der Auswirkungen auf das Handwerk die eben beschriebene begriffliche Grundlage. Beide Verfahren lassen sich zudem dem Überbegriff der Marktuntersuchung zuordnen, die – wie zu zeigen sein wird – grundsätzlich in allen Bundesländern erforderlich ist. Der Begriff der Marktuntersuchung, wie er hier verwendet wird, ist dabei neutral hinsichtlich der Art der Untersuchung und gibt insoweit keine prozeduralen Anforderungen vor.

Hinsichtlich der Einbeziehung der Handwerkskammern sprechen die Gemeindeordnungen der Länder dagegen überwiegend einheitlich davon, diesen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

888 Zu den betriebswirtschaftlichen Begriffen *Kappelhoff*, Marktuntersuchung, S. 51–58.

889 So auch *Schink*, NVwZ 2002, 129 (138); *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), 27 (47) und ausführlich zu den Unterschieden im Detail *Kappelhoff*, Marktuntersuchung, S. 61–110.

890 Vgl. *Kappelhoff*, Marktuntersuchung, S. III.

1. Drei Gruppen von Bundesländern

Die Gemeindeordnungen der Bundesländer lassen sich dabei in drei Gruppen einteilen, die sich jeweils bei der Ausgestaltung solcher formeller Marktuntersuchungsverfahren unterscheiden bzw. solche überhaupt nicht kennen. Die erste Gruppe enthält ausführliche formelle Anforderungen an das Verfahren vor Gründung von kommunalen wirtschaftlich tätigen Unternehmen, wie etwa eine Marktanalyse oder Markterkundung. Zudem enthalten sie die Verpflichtung, Stellungnahmen der zuständigen Handwerkskammern einzuholen.

Die zweite Gruppe bilden Bundesländer, in denen keine prozeduralen Anforderungen an eine Marktuntersuchung geregelt sind, jedoch die Handwerkskammern Möglichkeit zur Stellungnahme erhalten sollen.

Die dritte Gruppe umfasst diejenigen Bundesländer, die keinerlei formelle Regelungen oder Stellungnahmeverpflichtungen vorsehen.

a. Thüringen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Brandenburg und das Saarland

Die erste Gruppe bilden Thüringen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Brandenburg und das Saarland.

Die Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung enthält im Vergleich zu den übrigen Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen der ersten Gruppe Besonderheiten. Die Regelungen für die Marktuntersuchung wurden auch zeitlich gesehen als erste eingeführt.⁸⁹¹ Nach § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO ist gegebenenfalls ein Markterkundungsverfahren unter Einbindung der betroffenen örtlichen Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie durchzuführen, bei dem ermittelt werden soll, ob der mit dem kommunalen Unternehmen verfolgte Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.⁸⁹² Durch den Wortlaut „gegebenenfalls“ wollte der Landesgesetzgeber in Thüringen das Markterkundungsverfahren auf Fälle beschränken, in denen die

891 Dazu *Kappelhoff*, Marktuntersuchung, S. 30.

892 Vgl. *Gaß*, in: *Wurzel/Schraml/Gaß*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C. Rn. 187; *Dietl*, *KommJur* 2015, 401 (402).

Subsidiaritätsklausel nicht von vornherein als eindeutig erfüllt angesehen werden kann, also nur auf unklare Fälle.⁸⁹³

Die Vorschrift dient der Informationsgewinnung, um die Anforderungen der Subsidiaritätsklausel tatsächlich beurteilen zu können. Die Gemeinde wird dabei zunächst möglichst genau ihre geplante Tätigkeit formulieren müssen und im Anschluss die möglicherweise betroffenen Betriebe dazu auffordern, darzulegen, mit welcher Qualität und zu welchem Preis sie die Tätigkeiten erbringen können.⁸⁹⁴ Ausdrücklich vorgesehen ist die Einbindung der betroffenen örtlichen Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie in das Verfahren. Das Handwerk ist als Teil des Gewerbes damit ebenfalls – wenn auch nicht ausdrücklich – erfasst. Dabei sind freilich nicht sämtliche oder gar fiktive Betriebe einzubeziehen, vielmehr sind nur solche Unternehmen zu berücksichtigen, die die entsprechende Leistung tatsächlich schon anbieten oder dazu konkret bereit sind.⁸⁹⁵ Die übrigen Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen, auch der Bundesländer, die ausdrücklich die Berücksichtigung des Handwerks bzw. des Mittelstandes vorsehen, eröffnen zwar den Handwerkskammern eine Möglichkeit zur Stellungnahme, sehen aber keine Einbindung der einzelnen Betriebe vor. Eine Einbeziehung der Handwerkskammern ist in Thüringen hingegen nicht vorgesehen.

Neben Thüringen sind auch in Nordrhein-Westfalen, Hessen, Brandenburg und dem Saarland Marktanalysen bzw. Markterkundungsverfahren vorgesehen, die jedoch in ihrer Ausgestaltung weiter gehen als die Regelung in Thüringen und zudem nicht nur fakultativ durchzuführen sind, sondern verpflichtend. Die erste umfassende Novellierung fand in Nordrhein-Westfalen statt. Die übrigen Gemeindeordnungen wurden in der Folgezeit nach dem Vorbild Nordrhein-Westfalens angepasst, wobei sich teilweise Ergänzungen und Klarstellungen bzw. Abweichungen im Detail finden lassen.⁸⁹⁶

Neben materiellen Voraussetzungen enthält § 107 Abs. 5 GO NRW zwei formelle Anforderungen für die Gründung bzw. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einem Unternehmen durch eine Gemeinde. Zum einen muss der Rat auf Grundlage einer Marktanalyse über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements und über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft un-

893 Vgl. *Dieter*, in: PdK Th B-1, § 71, 5.2.4.2.

894 Vgl. *Dieter*, in: PdK Th B-1, § 71, 5.2.4.2.

895 Vgl. *Dieter*, in: PdK Th B-1, § 71, 5.2.4.2.

896 Vgl. *Kappelhoff*, Marktuntersuchung, S. 24.

terrichtet werden. Zum anderen ist den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und den für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaften Gelegenheit zur Stellungnahme zu einer solchen Marktanalyse zu geben, was als Branchendialog bezeichnet wird.⁸⁹⁷

Eine besondere Berücksichtigung erfährt das Handwerk auch im Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung in § 107a Abs. 2 Satz 2 GO NRW. Eine prozedurale Anforderung wie etwa eine Marktanalyse oder Markterkundung ist für diesen Bereich allerdings nicht vorgeschrieben, sodass die Gemeinde grundsätzlich frei in der Ausgestaltung des Verfahrens ist, mit dem sie die Belange kleiner Unternehmen und insbesondere des Handwerks ermittelt.⁸⁹⁸ Nach § 107a Abs. 4 Satz 1 GO NRW ist der Rat vor der Entscheidung über die Gründung von bzw. die unmittelbare Beteiligung an Unternehmen im Sinne des Absatzes 1, also Unternehmen im Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung, über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements zu unterrichten. Zudem ist in § 107a Abs. 4 Satz 2 GO NRW vorgesehen, dass den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel sowie den Gewerkschaften Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, sofern die Entscheidung die Erbringung von verbundenen Dienstleistungen betrifft. Ein Branchendialog, wie er außerhalb der energiewirtschaftlichen Betätigung vorgesehen ist, ist nicht geregelt. Die Beschränkung auf verbundene Dienstleistungen ist dabei ausdrücklich vom Gesetzgeber gewollt. Hier lässt sich – in dem für das Handwerk besonders wichtigen Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung – eine Einschränkung der sonst handwerksgerechten Ausgestaltung in Nordrhein-Westfalen erkennen. Aus Sicht des Handwerks positiv zu bewerten ist, dass die Anhörung der Handwerkskammern bestehen bleibt, die die Interessen des Handwerks so gegenüber der Gemeinde und dem zuständigen Rat vertreten können.

Auch im Saarland sieht § 108 Abs. 5 Satz 1 KSVG eine Marktanalyse vor der Errichtung, Übernahme und wesentlichen Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen sowie der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an ihnen vor, die das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft be-

897 Vgl. *Kaster*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, § 107 Rn. 47; *Lange*, Kommunalrecht, S. 909 Rn. 116; *Kappelhoff*, Marktuntersuchung, S. 24.

898 Vgl. *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C. Rn. 188.

sonders zu berücksichtigen hat. Wie in Nordrhein-Westfalen ist nach § 108 Abs. 5 Satz 2 KSVG den Kammern der gewerblichen Wirtschaft und der freien Berufe sowie den Arbeitskammern Gelegenheit zur Stellungnahme zu dieser Marktanalyse zu geben. Die Stellungnahmen sind inhaltlich auf die Bereiche beschränkt, die den jeweiligen Geschäftsbereich der Kammer betreffen. Für die Handwerkskammern sind das die Interessen und Anliegen der möglicherweise von der kommunalen Wirtschaftstätigkeit betroffenen Handwerksunternehmen. Die Regelung im Saarland ist insoweit von der in Nordrhein-Westfalen abweichend, als sie sich nicht nur auf die Gründung von wirtschaftlichen Unternehmen bezieht, sondern auch auf die Übernahme und wesentliche Erweiterung. Der saarländische Gesetzgeber wollte, unter Berücksichtigung der Erfahrungen in Nordrhein-Westfalen, damit in erster Linie Interpretationen vermeiden, die zu einer Verkürzung des Anwendungsbereichs der Marktanalyse und des Branchendialogs führen würden, und insoweit zur Klarstellung des Anwendungsbereichs beitragen.⁸⁹⁹

Auch in Hessen ist eine umfangreiche Unterrichtung der Gemeindevertretung auf Grundlage einer Markterkundung vorzunehmen, bevor eine Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen errichtet, übernimmt oder wesentlich erweitert bzw. sich unmittelbar oder mittelbar an einem Unternehmen beteiligt, vgl. § 121 Abs. 6 Satz 1 HGO. Dabei sollen die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung sowie die erwarteten Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft dargelegt werden. Zudem ist nach § 121 Abs. 6 Satz 2 HGO vor der Befassung in der Gemeindevertretung den örtlichen Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern sowie Verbänden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, soweit der jeweilige Geschäftsbereich betroffen ist.

Auf den ersten Blick erscheinen die Regelungen in Hessen, dem Saarland und Nordrhein-Westfalen relativ gleich. Mit Blick auf die Marktanalyse ist dies auch – bis auf Klarstellungen – richtig. Sie unterscheiden sich allerdings bei der Möglichkeit der Stellungnahme durch die Handwerkskammern, die Industrie- und Handelskammern und die relevanten Verbände. In Nordrhein-Westfalen und dem Saarland können diese nach § 107 Abs. 5 Satz 2 GO NRW zu den Marktanalysen Stellung nehmen, während sie in Hessen insgesamt zur Frage der wirtschaftlichen Betätigung Stellung nehmen können. Der Gegenstand der Stellungnahme ist in Hessen

899 Vgl. Kappelhoff, Marktuntersuchung, S. 26.

also weiter gefasst als in Nordrhein-Westfalen oder dem Saarland. Im Einzelfall dürfte sich dies positiv für das Handwerk auswirken, da keine schon vorgefasste Analyse den Gegenstand der Stellungnahme einschränkt.

In Mecklenburg-Vorpommern enthält § 68 Abs. 7 KV M-V die Regelung, dass die Auswirkungen der beabsichtigten wirtschaftlichen Betätigung auf die mittelständische Wirtschaft und auf das Handwerk zu berücksichtigen sind. Daneben ist ein Branchendialog vorgesehen, so soll nach § 68 Abs. 7 Satz 2 KV M-V den örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammern sowie den Handwerkskammern Möglichkeit zu Stellungnahme gegeben werden. Dabei wird eine Frist von vier Wochen festgelegt. Die Berücksichtigung der mittelständischen Wirtschaft und des Handwerks lenkt die Prüfung der Gemeinde zwar weniger als in den bisher genannten Bundesländern, da eine formale Ausgestaltung der Marktuntersuchung nicht stattfindet. Sie gibt aber dennoch eine bestimmte Richtung vor.

Auch Brandenburg ist dieser ersten Gruppe zuzuordnen. § 91 Abs. 3 Satz 1 BbgKVerf enthält eine Subsidiaritätsklausel und damit zusammenhängend ist in Satz 2 geregelt, dass zur Prüfung dieser Angebote einzuholen oder Vergleichsberechnungen vorzunehmen sind. Diese sind wiederum den zuständigen Gremien vorzulegen. Satz 3 schränkt dies auf die Fälle ein, in denen der Hauptausschuss der jeweiligen Gemeinde die wirtschaftliche Betätigung nicht im öffentlichen Interesse für erforderlich hält. Konkret hat die Gemeinde gem. § 92 Abs. 3 Satz 1 BbgKVerf bei der Gründung eines neuen Unternehmens das Gründungsvorhaben bekannt zu machen und private Anbieter dazu aufzufordern, eigene Angebote vorzulegen, bzw. in einer unabhängigen, sachverständigen Wirtschaftlichkeitsanalyse Unternehmensgründung und Privatisierungsmöglichkeiten zu vergleichen und zu bewerten. Auch wenn – was § 91 Abs. 1 Satz 2 BbgKVerf zeigt – Ziel in erster Linie ist, die Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu schützen, so regelt § 91 Abs. 3 Satz 3 BbgKVerf, dass den örtlichen Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern vor der Gründung Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem Gründungsvorhaben zu geben ist. § 92 Abs. 3 Satz 4 BbgKVerf stellt klar, dass die Unterlagen der Wirtschaftlichkeitsanalyse und die Stellungnahmen der Kammern der Gemeindevertretung vor der Beschlussfassung über die Unternehmensgründung vorzulegen sind. Was den Anwendungsbereich dieser Regelung angeht, ist sie enger gefasst als etwa in Hessen und dem Saarland, sie bezieht sich nämlich nur auf die Gründung eines Unternehmens.

In Nordrhein-Westfalen, dem Saarland, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg wird bei den beschriebenen formalen Anforderungen an die Prüfung der Voraussetzungen für eine unternehmerische Tätigkeit ausdrücklich auf das Handwerk eingegangen. Die Thüringische Gemeindeordnung spricht zwar nur von „Gewerbe“, erfasst damit aber auch das Handwerk. Die Erwähnung des Handwerks erfolgt in zweierlei Form. Zum einen muss eine Marktuntersuchung, die ggf. als Marktanalyse oder Markterkundungsverfahren ausgestaltet sein muss, klar herausarbeiten, wie sich die geplante gemeindliche Wirtschaftstätigkeit auf das Handwerk, das neben der mittelständischen Wirtschaft ausdrücklich und gesondert genannt wird, auswirkt. Zum anderen muss den Handwerkskammern als Vertreter des Handwerks vor Ort Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben werden, was auch mit § 90 Abs. 1 und § 91 Abs. 1 Nr. 1 HwO, der Aufgabe der Handwerkskammer, die Interessen des Handwerks, eben auch gegenüber den Gemeinden, zu vertreten, korrespondiert.⁹⁰⁰

In all den genannten Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen wird ein Verfahrensansatz verfolgt, der die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden nicht beschränkt oder neue materielle Anforderungen begründet, aber mögliche Wettbewerber und die Auswirkungen einer gemeindlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in die Aufmerksamkeit der kommunalen Entscheidungsträger bringen soll. Mit diesem Ansatz sollen Konkurrenzsituationen zwischen den Gemeinden und Privaten vermieden werden, die etwa in den Bereichen der Versorgung mit Wärme, Strom, Gas oder Wasser insbesondere durch damit verbundene Tätigkeiten auftreten.⁹⁰¹

Dabei wird eine Marktuntersuchung in einer bestimmten Form vorgeschrieben oder es werden „Leitplanken“ aufgestellt, die eine solche Marktuntersuchung in bestimmte Bahnen lenken sollen. Die daraus gewonnenen Ergebnisse sollen den zuständigen Gremien eine umfassende Basis für ihre Entscheidung liefern, um die Einhaltung der Subsidiaritätsklausel sicherzustellen und eine Tatsachenbasis für die Rechtfertigung der gemeindlichen wirtschaftlichen Tätigkeit durch einen öffentlichen Zweck zu legen.⁹⁰² Zudem dient das Ergebnis als Grundlage für die Abwägung des angemessenen

900 So auch *Dietl*, *KommJur* 2015, 401 (402).

901 Vgl. dazu etwa den Gesetzesentwurf der Landesregierung des Saarlandes zur Einführung der oben beschriebenen Regelung, Landtag des Saarlands, Drs. 12/918, S. 1 und 19.

902 Vgl. *Dietl*, *KommJur* 2015, 401 (401); *Lange*, *Kommunalrecht*, S. 909.

Verhältnisses der wirtschaftlichen Tätigkeit zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde.⁹⁰³

b. Baden-Württemberg und Sachsen

Die Gemeindeordnungen in Baden-Württemberg⁹⁰⁴ und Sachsen⁹⁰⁵, die die zweite Gruppe bilden, unterscheiden sich von der ersten Gruppe in zweierlei Hinsicht. In Baden-Württemberg ist eine formelle Ausgestaltung der Marktanalyse nicht vorgesehen⁹⁰⁶, in Sachsen ist sie zwar vorgesehen, bezieht sich aber nicht ausdrücklich auf das Handwerk. Nach § 95 SächsGemO ist der Gemeinderat vor der Errichtung, Übernahme und wesentlichen Veränderung eines Unternehmens sowie der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einem solchen umfassend über die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung und deren Auswirkungen auf die *private Wirtschaft* zu unterrichten. Da Handwerksunternehmen selbstverständlich Teil der privaten Wirtschaft sind, dürften regelmäßig die Auswirkungen auf diese ebenfalls Teil der Unterrichtung des Gemeinderats sein, ausdrücklich hervorgehoben ist das Handwerk jedoch nicht. Gem. § 97 Abs. 2 Satz 1 SächsGemO finden diese Regelungen auch auf kommunale Versorgungsunternehmen Anwendung. Gerade in diesem Bereich ist das Handwerk in erster Linie betroffen („Tätigkeiten hinter dem Zähler“), sodass eine Klarstellung sicherlich der Bedeutung dieser Tätigkeiten für eine Reihe von Handwerksunternehmen Rechnung getragen hätte. In der Sache dürfte sich jedoch durch eine solche Hervorhebung die Unterrichtung des Gemeinderats nicht wesentlich ändern.

Die Gemeindeordnungen beider Bundesländer enthalten Anhörungsrechte der örtlichen Wirtschafts- und ggf. berufsständischen Kammern, sodass auch in diesen Bundesländern die Handwerkskammern vor einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde Möglichkeit zu Stellungnahme erhalten. In Baden-Württemberg bezieht sich dies nur auf ein Tätigwerden der Gemeinde außerhalb der Daseinsvorsorge.

903 Vgl. *Lange*, Kommunalrecht, S. 909 Rn. 117.

904 Vgl. § 102 Abs. 2 BW GemO.

905 Vgl. § 94a Abs. 1 Satz 2 SächsGemO.

906 Eine „ähnliche“ Ausgestaltung nimmt aber *Kappelhoff*, Marktuntersuchung und Branchendialog im kommunalen Wirtschaftsrecht, S. 38, allerdings nur auf Grundlage der Gesetzesbegründung, an.

Wegen der Einschränkung des § 94 Abs. 1 Satz 2 SächsGemO, nach dem nur den Kammern der betroffenen Wirtschaftskreise Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, sind die Handwerkskammern nur einzubeziehen, wenn die Versorgungsunternehmen verbundene Dienstleistungen anbieten. Nur bei diesen ist das Handwerk ein betroffener Wirtschaftskreis in diesem Sinne.⁹⁰⁷

c. Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Bayern

Die dritte Gruppe bilden die Bundesländer Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Bayern, die keine formellen Vorschriften für die Prüfung der Schranken der gemeindlichen Unternehmenstätigkeit vorsehen. Die Kommunalordnungen enthalten weder Anhörungspflichten oder Stellungnahmemöglichkeiten und auch keine Markterkundungsverfahren oder inhaltlich ausgestaltete Marktanalysen. Das Handwerk wird in diesen Bundesländern in einem formalen Zusammenhang nicht erwähnt.

2. Übertragbarkeit einer formalen Ausgestaltung auch auf die Bundesländer der zweiten und dritten Gruppe

Im Ergebnis herrscht Einigkeit darüber, dass die Gemeinden in allen Bundesländern grundsätzlich eine Marktuntersuchung durchzuführen haben, sich nur die prozedurale Ausgestaltung dieser Marktanalyse und die Möglichkeit der Stellungnahme für die hier relevanten Handwerkskammern unterscheiden.⁹⁰⁸ Grundsätzlich gilt dabei, dass die Überprüfung der Voraussetzungen der Subsidiaritätsklausel durch die Gemeinden transparent, plausibel und nachvollziehbar ausgestaltet sein muss.⁹⁰⁹ Ob diese Anforderung erfüllt ist, kann auch vonseiten der Aufsichtsbehörden nachgeprüft werden, wobei die Anforderungen deutlich leichter zu erfüllen sein werden,

907 So auch *Dietl*, KommJur 2015, 401 (403).

908 Auch in Bayern ist anerkannt, dass eine Marktanalyse grundsätzlich erforderlich ist, ein Markterkundungsverfahren aber nicht vorgesehen ist, so *Scharpf*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 87 Rn. 35; *Stiel*, NordÖR 2006, 379 (380) für Niedersachsen; Landtag Baden-Württemberg, Drs. 12/4055, S. 24.

909 Vgl. *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (166).

als wenn eine formalisierte Marktuntersuchung vorgegeben ist, deren Einhaltung überprüft werden kann.

Es gibt in der Literatur Stimmen, die die prozeduralen Anforderungen der Bundesländer der ersten Gruppe auch auf die Bundesländer der zweiten und dritten Gruppe übertragen wollen. Die Rede ist dabei von einer bloß „deklaratorischen Bedeutung“⁹¹⁰ der ausdrücklichen Regelung. *Lange* argumentiert, dass die Nachweispflicht der Gemeinde hinsichtlich der Erfüllung insbesondere der Subsidiaritätsklausel ohne formelle Marktuntersuchung in Form des Markterkundungsverfahrens kaum erfüllt werden könne.⁹¹¹ Er sieht eine solche auch als erforderlich an, um zu ermitteln, ob ein öffentlicher Zweck die gemeindliche wirtschaftliche Betätigung rechtfertigt oder erfordert und ob die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.⁹¹² Diese Überlegung führt dann auch zur Erweiterung des Inhalts der Marktanalyse auf alle drei Schranken der gemeindlichen wirtschaftlichen Betätigung.

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass eine Gemeinde ihren Nachweispflichten auch auf andere Weise nachkommen kann und sie, wenn gesetzlich kein bestimmtes Verfahren – etwa eine Marktanalyse – vorgeschrieben ist, in der Nachweisführung frei ist.⁹¹³ Zwar stellt eine formelle Ausformung der materiellen Pflichten, die sich aus der Subsidiaritätsklausel ergeben, keinen Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG dar, dieser zeigt aber, dass die Gemeinden grundsätzlich frei sind, wie sie ihr Verwaltungshandeln gestalten. Ebenso gesehen hat dies etwa der Landesgesetzgeber in Niedersachsen, der es ausdrücklich als überflüssig angesehen hat, eine besondere Nachweisverpflichtung hinsichtlich der Erfüllung der Subsidiaritätsklausel einzuführen. Er war der Ansicht, dass die notwendige Transparenz bereits durch das kommunale Rechnungswesen (Doppik) sichergestellt sei.⁹¹⁴ Eine Übertragung der Pflicht zu prozedural ausgestalteten Marktanalysen auch auf die Bundesländer, die

910 Insb. *Lange*, Kommunalrecht, S. 910 Rn. 118.

911 Vgl. *Lange*, Kommunalrecht, S. 910 Rn. 117 f.

912 Vgl. *Lange*, Kommunalrecht, S. 910 Rn. 117.

913 So *Dietl*, KommJur 2015, 401 (402); *Lück*, in: *Dietlein/Suerbaum*, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 87 Rn. 52.

914 Vgl. Landtag Niedersachsen, Drs. 15/1680, S. 51; allerdings kommt es bei einem Vergleich der buchhaltenden Privatwirtschaft mit dem kameralistischen System der öffentlichen Hand stets zu Verzerrungen, vgl. *Stehlin/Grabolle*, VBlBW 2007, 41 (45).

eine solche nicht ausdrücklich vorgesehen haben, ist damit vor dem Hintergrund des Art. 28 Abs. 2 GG nicht überzeugend.

Allerdings finden sich in den Bundesländern, die keinerlei Vorschriften zur Ausgestaltung der Marktanalyse kennen, auf einer anderen Ebene doch Vorschriften in diese Richtung. Beispielhaft lässt sich dabei Bayern mit der Vollzugsbekanntmachung zum kommunalen Unternehmensrecht (VollzugsBekKUR)⁹¹⁵ anführen. Danach sind Gemeinden im Falle einer Errichtung, Übernahme und wesentlichen Erweiterung gemeindlicher Unternehmen verpflichtet, diesbezügliche Entscheidungen der Kommunalaufsichtsbehörde vorzulegen, vgl. Art. 96 Abs. 1 BayGO. Diese überprüft anschließend, ob die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Maßnahme vorliegen, also insbesondere ob ein öffentlicher Zweck gegeben ist und ob die Anforderungen der Subsidiaritätsklausel erfüllt sind.⁹¹⁶ Für die Prüfung der Subsidiaritätsklausel sieht die VollzugsBekKUR vor, dass die Rechtsaufsichtsbehörde grundsätzlich Stellungnahmen der zuständigen Kammern der Wirtschaft oder der sonst betroffenen Kammern sowie der örtlichen bzw. regionalen Verbandsorganisationen der Wirtschaft einzuholen hat.⁹¹⁷ So findet zumindest indirekt auch in Bayern eine Einbeziehung der Handwerkskammern statt, allerdings – bedingt durch den eingeschränkten Prüfungsumfang der Rechtsaufsichtsbehörden – kann diese nicht so weit gehen wie eine Einbeziehung der Handwerkskammern durch die Gemeinden selbst.

Im Ergebnis können die ausdrücklichen Regelungen auch in den anderen Bundesländern, hier denen der zweiten und dritten Gruppe, als Anhaltspunkte dienen, welche Anforderungen an die Marktuntersuchung zu stellen und welche Gruppen einzubeziehen sind. Eine ähnliche Pflicht zur Durchführung einer formalisierten Marktuntersuchung lässt sich jedoch nicht konstruieren. Hier sind politischer Wille und eine entsprechende Gesetzgebung erforderlich.

915 Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über Kommunales Unternehmensrecht; Hinweise zur Anwendung von Art. 87 BayGO, Art. 75 LKrO und Art. 73 BezO (Vollzugsbekanntmachung zum kommunalen Unternehmensrecht – VollzugsBekKUR) vom 03.03.2003 (AllMBl. S. 57), die durch Bekanntmachung vom 25.05.2009 (AllMBl. S. 179) geändert worden ist.

916 Vgl. 5.1 VollzugsBekKUR.

917 Vgl. 5.1. VollzugsBekKUR.

3. Bedeutung einer formalen Marktuntersuchung für das Handwerk

Bei der Ermittlung der Bedeutung der formalisierten Marktanalyse für das Handwerk und damit der Frage, ob die formellen Schranken als handwerksfreundlich, handwerksgerecht oder handwerksbenachteiligend einzustufen sind, spielen die einzelnen Bezüge der Marktanalyse zu den verschiedenen Elementen der Schrankentrias eine entscheidende Rolle. Auch wenn der vordergründige Zweck der prozeduralen Ausgestaltung des Abwägungsvorgangs und der Marktanalyse ist, eine Entscheidungsgrundlage der Gemeinde für die Beurteilung des Subsidiaritätserfordernisses zu bilden, kommt ihr auch hinsichtlich der übrigen Anforderungen der Schrankentrias Bedeutung zu.⁹¹⁸ Wird etwa der Unternehmenszweck genau beschrieben, um auf dieser Grundlage den relevanten Markt überhaupt erst zu bestimmen, wird so auch gleichzeitig der öffentliche Zweck des Unternehmens ausführlich dargelegt.⁹¹⁹ Wie bereits oben beschrieben, kommt der Marktanalyse bzw. Einbindung des Handwerks bei der Formulierung des Unternehmensgegenstandes entscheidende Bedeutung zu. Aus gemeindlicher Sicht können sie helfen das notwendige Abwägungsmaterial für die Entscheidung über die wirtschaftliche Betätigung zu erhalten.⁹²⁰

a. Sichtbarkeit des Handwerks

Die für das Handwerk entscheidende Bedeutung einer formalisierten Marktanalyse bzw. weiterer prozeduraler Anforderungen an den Abwägungsvorgang der Kommunen liegt zum einen darin, die kommunale Einschätzungsprärogative und materielle Unsicherheiten des kommunalen Wirtschaftsrechts, insbesondere der Subsidiaritätsklausel, auszugleichen.⁹²¹ Ohne formelle Anforderungen hängt die Wirkungskraft der Subsidiaritätsklausel sehr stark von der Handhabung der Klausel durch die Gemeinde

918 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 46; *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 16 Rn. 74; *Kappelhoff*, Marktuntersuchung, S. 220 f.

919 Vgl. *Kappelhoff*, Marktuntersuchung, S. 215 ff.

920 Vgl. *Dietl*, KommJur 2015, 401 (403).

921 So *Frenz*, DÖV 2000, 802 (809); *Shirvani*, DÖV 2011, 865 (871); *Uechtritz/Ottig/Olgemöller*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Hdb. Kommunale Unternehmen, S. 95 f.; *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (166); *Brüning*, NVwZ 2015, 689 (693); *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, § 16 Rn. 74; *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 46.

und die Aufsichtsbehörde im Einzelfall ab, da die Maßstäbe nicht objektiviert sind und auch nur eingeschränkt überprüfbar sind – worauf gleich noch genauer einzugehen sein wird. Zum anderen kommt diesem formalen Ansatz aber auch eine entscheidende Bedeutung beim Schutz möglicher Wettbewerber und des Wettbewerbs insgesamt zu, was sich am besten anhand der Regelungen eines Bundeslandes verdeutlichen lässt, das eine solche prozedurale Ausgestaltung nicht kennt, wie etwa Bayern.

In Bayern gilt, wie in einigen anderen Bundesländern auch, dass die materiell-rechtlichen Vorschriften des Art. 87 BayGO nicht dritt-schützend sind und insbesondere privaten Unternehmern auch kein subjektiv-öffentliches Recht auf Einhaltung der Schranken für unternehmerische Tätigkeiten verleihen.⁹²² Nach der Rechtsprechung des BGH kommt ein Anspruch aus § 1 UWG wegen einer Verletzung des Art. 87 BayGO ebenso nicht in Betracht, da Art. 87 BayGO nur dazu dient, die Gemeinden zu schützen, und es nicht um die Lauterkeit des Wettbewerbs als solches geht.⁹²³ Mithin besteht für Wettbewerber keine Möglichkeit, gegen unternehmerische Betätigungen von Gemeinden in Bayern vorzugehen, und auch die aufsichtlichen Möglichkeiten, die als einzige verbleiben, sind wie gezeigt eher begrenzt.⁹²⁴

Der einzige Schutz der Wettbewerber findet also zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gemeinderats statt, wenn dieser zu beurteilen hat, ob der Zweck der Tätigkeit nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. An dieser Stelle kommt nun der Marktanalyse eine entscheidende Bedeutung zu. Zwar dient die Marktanalyse auch in der Form des Markterkundungsverfahrens oder des Branchendialogs nach der gesetzlichen Konzeption lediglich dazu, Tatsachen für die Entscheidung, ob die Anforderungen der Subsidiaritätsklausel erfüllt sind, einzuholen. Auch ihre Formalisierung und ihr Bezug auf Handwerksunternehmen und mittelständische Unternehmen beinhalten keine weiteren Schranken oder Berücksichtigungsgebote.

922 Vgl. *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern, Art. 87 GO, S. 2 Rn. 2; anders etwa OVG Rhld.-Pf. NVwZ 2000, 801; OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1521); VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 714.

923 Vgl. BGH NJW 2002, 2645.

924 Vgl. zu einer möglichen Rechtsschutzkonstellation OVG Schleswig, NVwZ-RR 2014, 323 Ls.; *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern, Art. 87 GO, S. 3 Rn. 2; dementsprechend skeptisch hinsichtlich der Bedeutung der Subsidiaritätsklausel allgemein *Schink*, NVwZ 2002, 129 (137); *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (166 f.).

Die formellen Schranken der Gemeindeordnungen der ersten Gruppe erweisen sich unter dem Gesichtspunkt der Sichtbarkeit des Handwerks als handwerksgerecht. Die Marktanalyse rückt die wirtschaftlichen Gegebenheiten vor Ort in das Bewusstsein der Gemeinderäte, Stadträte oder sonstigen zur Entscheidung berufenen Organmitglieder. Sie trägt damit zu einer angemessenen Berücksichtigung der örtlichen Handwerksunternehmen und deren Schutz vor neuen oder intensivierten Wettbewerbsverhältnissen zu öffentlichen Unternehmen bei. Eine formalisierte Marktuntersuchung hat deshalb einen weit stärkeren Einfluss auf deren Entscheidung, als ihr formaler Charakter auf den ersten Blick vermittelt.⁹²⁵ Gleichwohl gilt, dass materielle Schwächen nicht allein durch eine formalisierte und prozedural ausgestaltete Marktanalyse ausgeglichen werden können.⁹²⁶ Es handelt sich, wenn sie umfassend stattfindet und in ansprechender Form aufbereitet ist, um eine wichtige Station im Verfahren der Gründung eines kommunalen Unternehmens. Werden schon bei der Durchführung dieser Marktanalyse die betroffenen Betriebe zumindest mittelbar über die Handwerkskammern oder die übrigen Handwerksorganisationen vor Ort eingebunden, können die Auswirkungen der wirtschaftlichen Tätigkeit besser beurteilt werden und unerwünschte Einflüsse auf den Wettbewerb vermieden werden. Zudem hängt die Entscheidung der zuständigen Gremien davon ab, welche Informationen konkret zur Verfügung stehen, sodass auch die inhaltliche Ausgestaltung der Marktanalyse die Entscheidung beeinflussen kann. Wenn nun also in einigen Bundesländern der Fokus für die Marktanalyse auf Handwerksunternehmen und mittelständische Unternehmen gelegt wird und Stellungnahmen der zuständigen Handwerkskammern erforderlich sind, ist sichergestellt, dass die Marktanalyse zumindest auf die Interessen des Handwerks konkret eingeht. Eine für das Handwerk nachteilige tatsächliche Ausgestaltung einer Marktanalyse ist damit zumindest weniger leicht möglich. Damit hat schon die gesetzliche Ausgestaltung der Marktanalyse, wie sie in Thüringen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Brandenburg und dem Saarland vorgenommen wurde, Schutzwirkung für Handwerksunternehmen vor Ort. Eine Missach-

925 So auch *Oebbecke*, in: Mann/Prüttner, Hdb. der kommunalen Wissenschaft und Praxis, II, § 41 Rn. 45; eher skeptisch *Schink*, NVwZ 2002, 129 (138), der aber auch positive Aspekte anerkennt; vgl. auch *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (166); *Katz*, NVwZ 2018, 1091 (1094), der für eine Übertragung der vom BVerfG aufgestellten Informationsrechte des Parlaments auf den Gemeinderat plädiert.

926 Vgl. *Breuer*, WiVerw 2015, 150 (166).

tung der Verfahrensanforderungen macht die wirtschaftliche Betätigung mit allen kommunalrechtlichen Konsequenzen rechtswidrig.⁹²⁷ So wurden zu oberflächliche Marktanalysen, die einer rechtmäßigen Abwägung des Rates nicht ausreichend Grundlage geboten haben, von den Aufsichtsbehörden in Nordrhein-Westfalen beanstandet.⁹²⁸

Fehlt hingegen eine formale Marktuntersuchung, fehlt auch ein Instrument der Sichtbarkeit des Handwerks und seiner wirtschaftlichen Tätigkeit vor Ort. Mit einem neuen oder erweiterten öffentlichen (Handwerks-)Unternehmen tritt ein neuer, weiterer Wettbewerber im Markt auf, ohne dass der Gemeinde zuvor alle Fakten zu diesen neuen oder intensivierten Wettbewerbsverhältnissen zur Kenntnis gebracht werden konnten. Dies erweist sich als handwerksbenachteiligend.

b. Prüfungsumfang und -maßstab der Aufsichtsbehörden

Grundsätzlich überprüft die Rechtsaufsichtsbehörde die Maßnahme umfassend auf die Einhaltung des gesamten formellen und materiellen Rechts, ebenso die Einhaltung des Unionsrechts.⁹²⁹ Auch unbestimmte Rechtsbegriffe – etwa die Frage des öffentlichen Zwecks – auf Tatbestandsseite werden von der Rechtsaufsicht umfassend geprüft. Eine Einschränkung des aufsichtlichen Prüfungsmaßstabs besteht jedoch in den Bereichen, in denen der Gemeinde ein – auf einem verfassungsrechtlich anerkannten Sachgrund beruhender – Beurteilungsspielraum eingeräumt wurde.⁹³⁰ Grenze des Beurteilungsspielraums sind nur grobe und offensichtliche Fehleinschätzungen der Gemeinde.⁹³¹

Bei der Frage, ob die Anforderungen der Subsidiaritätsklausel gegeben sind oder nicht, kommt der Gemeinde eine Einschätzungsprärogative und

927 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 46.

928 So *Stiel*, NordÖR 2006, 379 (380).

929 Vgl. *Suerbaum*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 109 Rn. 12; *Burgi*, Kommunalrecht, § 8 Rn. 32.

930 Vgl. *Brüning*, NVwZ 2015, 698 (691); *Suerbaum*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 109 Rn. 13.

931 Vgl. OVG Schleswig Urt. v. 11.07.2013 – 2 LB 32/12, BeckRS 2013, 59141; OVG Münster NVwZ 2008, 1031.

damit ein solcher Beurteilungsspielraum zu.⁹³² Diese Entscheidung knüpft der Gesetzgeber an eine „höchstpersönliche Qualifizierung“ und überträgt sie der Gemeinde zur allgemeinverbindlichen Entscheidung.⁹³³ In der Regel ist mit der Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens auch kein Eingriff in die privaten Rechte verbunden, sodass die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG keine umfassendere gerichtliche Überprüfbarkeit erfordert.⁹³⁴ Maßgeblich für die Bestimmung des Umfangs der noch verbleibenden richterlichen oder aufsichtlichen Kontrolldichte ist wiederum die konkrete Ermächtigungsgrundlage.⁹³⁵ Grundsätzlich ist die Kontrolle auf die Prüfung beschränkt, ob die Entscheidung korrekt zustande gekommen ist und welchen Inhalts sie ist.⁹³⁶ Die Aufsichtsbehörde kann insoweit – wie auch ein Gericht – nur prüfen, ob die Behörde von einem vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, ihre Prognose einleuchtend begründet hat und keine offensichtlich fehlerhaften, insbesondere in sich widersprüchlichen Einschätzungen getroffen hat.⁹³⁷

Diese Beschränkungen bei der Nachprüfbarkeit werden durch die formalen Schranken der ersten Gruppe von Bundesländern in handwerksrechtlicher Weise ausgeglichen. Legt der Gesetzgeber bestimmte Verfahrensanforderungen für das Zustandekommen dieser Entscheidung fest, ist deren Einhaltung umfassend überprüfbar. So ist die Anforderung, eine Marktanalyse – unter Einbeziehung der Interessen des Handwerks – durchzuführen, ähnlich umfassend überprüfbar wie etwa die Frage, ob ein zur letztverbindlichen Entscheidung berufenes Gremium bei Prüfungsentscheidungen oder etwa beamtenrechtlichen Beurteilungen entsprechend der Ermächtigungsgrundlage richtig besetzt war.

Legt der Gesetzgeber hingegen keine prozeduralen Anforderungen fest, so hat die Aufsichtsbehörde bezüglich einer Marktuntersuchung keine Kontrollmaßstäbe und ist auf den Maßstab der groben und offensichtli-

932 Vgl. OVG Rhld.-Pf. NVwZ 2000, 801 (803); *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 16 Rn. 74; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 8 Rn. 709. Zur Bestimmung, ob eine Einschätzungsprärogative gegeben ist, BVerwGE 62, 86 (101); 129, 328 (342); *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 197; kritisch *Brüning*, NVwZ 2015, 698 (693).

933 BVerwGE 62, 86 (101).

934 Vgl. OVG Schleswig Urt. v. 11.07.2013 – 2 LB 32/12, BeckRS 2013, 59141.

935 Vgl. BVerwGE 59, 213 (217); insoweit nicht eindeutig *Glaser/Gaß*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 109 Rn. 6.

936 Vgl. BVerwGE 59, 213 (217).

937 Vgl. BVerwG NVwZ 2010, 321; OVG Schleswig Urt. v. 11.07.2013 – 2 LB 32/12, BeckRS 2013, 59141.

chen Fehler beschränkt. Ein offensichtlicher Fehler dürfte im Einzelfall bei einem vollständigen Außerachtlassen des Handwerks zwar gegeben sein, bei einem nur teilweisen Außerachtlassen oder einer nur unzureichenden Berücksichtigung bliebe das Handeln der Gemeinde rechtmäßig. Dies – und damit die Gemeindeordnungen der zweiten und dritten Gruppe von Bundesländern – erweist sich als handwerksbenachteiligend. Die Schaffung eines nachprüfbaren Prüfungsmaßstabs ist demzufolge ein weiteres Argument für die Schaffung formaler Regelungen zur Marktuntersuchung im Zusammenhang mit der materiellen Schrankentrias.

c. Verhältnis zwischen Entscheidungsgremium und Gemeindeverwaltung

Bisher so gut wie unbeachtet sind die Regelungen, die sich mit der Vorlage der Ergebnisse der Marktuntersuchung an den Gemeinderat befassen.

aa. Problematische Informationsasymmetrie zwischen Gemeinderat und Gemeindeverwaltung

Der Gemeinderat hat – als Hauptorgan der Gemeinde – grundsätzlich über alle wichtigen Angelegenheiten der Gemeinde zu entscheiden. Die Gründung eines kommunalen Unternehmens ist dabei selbst in großen Gemeinden dem Aufgabenbereich des Gemeinderats zuzuordnen und nicht etwa als Angelegenheit der laufenden Verwaltung anzusehen, für die der Bürgermeister zuständig wäre. Voraussetzung für diese Entscheidung sind aber sachgerechte Informationen, ohne die der Gemeinderat eine fundierte Entscheidung nicht treffen und damit auch seiner Verantwortung gegenüber den Gemeindeeinwohnern nicht gerecht werden kann.⁹³⁸

Gleichzeitig besteht aber bei der Frage der Gründung von kommunalen Unternehmen zwischen dem Gemeinderat als für die Gründungsentscheidung zuständiges Organ und der Gemeindeverwaltung, insbesondere dem Bürgermeister, eine Informationsasymmetrie.⁹³⁹ Der Bürgermeister als

938 Vgl. *Katz*, NVwZ 2018, 1091 (1094).

939 Zu diesem Spannungsverhältnis *Katz*, *KommJur* 2018, 241 (241); zu der nicht bestehenden Möglichkeit eines „kommunalen Untersuchungsausschusses“ nach dem Vorbild parlamentarischer Untersuchungsausschüsse, *Lück/Witznick*, *KommJur* 2021, 405.

„Chef“ der Gemeindeverwaltung kann auf die Ressourcen dieser Verwaltung zurückgreifen und auf diese Weise deutlich umfangreicher Informationen beschaffen als der ehrenamtliche Gemeinderat bzw. dessen Mitglieder, die jedoch über die Gründung des kommunalen Unternehmens zu entscheiden haben.⁹⁴⁰ Er bereitet die Sitzungen des Gemeinderats vor (z. B. Art. 46 Abs. 2 Satz 1 BayGO) und stellt dabei die erforderlichen Informationen zusammen, sodass er auch hier die Informationshoheit innehat.⁹⁴¹ Auch wenn eine Reihe von Gemeindeordnungen berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder vorsieht, die bei Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern eine beratende Stimme innehaben und damit ein Bindeglied zwischen der Gemeindeverwaltung und dem Gemeinderat darstellen, bleibt dennoch ein regelmäßiges Informationsdefizit des Gemeinderats bestehen. Die Gemeinderatsmitglieder sind überwiegend ehrenamtliche Gemeinderäte, was das Informationsdefizit – schon aus zeitlichen Gründen – verstärken kann. Zwar sind die Gemeinderäte bei der Ausübung ihres Amtes verpflichtet, sich sachgerecht zu informieren, was sich aus der allgemeinen Sorgfaltpflicht der Gemeinderäte etwa in Art. 20 Abs. 1 BayGO ergibt. Die Anforderungen an eine solche Informationspflicht sind allerdings nur recht gering und erfassen die oftmals komplexen wirtschaftlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Gründung eines kommunalen Unternehmens im Hinblick auf die Schrankentrias nicht. Zu überprüfen, ob die Anforderungen der Schrankentrias erfüllt sind, ist aber Aufgabe des Gemeinderats.

So ist in Nordrhein-Westfalen der Rat auf Grundlage der Marktanalyse über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten, vgl. § 107 Abs. 5 Satz 1 GO NRW. Bemerkenswert ist allerdings, dass eine solche Regelung für den Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen fehlt. In § 107a Abs. 2 Satz 2 GO NRW ist lediglich geregelt, dass die Gemeinde als solche die Berücksichtigung des Handwerks und kleiner Unternehmen sicherstellt. Ein damit korrespondierendes Informationsrecht des Gemeinderats findet sich hier nicht. Nach § 107 Abs. 4 Satz 1 GO NRW ist der Gemeinderat allerdings über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements zu unterrichten. Auch ist eine ausdrückliche

940 So auch *Katz*, NVwZ 2018, 1091 (1092) auch für das Verhältnis von Parlament und Regierung.

941 Zu den Regelungen der Vorbereitung und deren Umfang in NRW *Tenostendarp*, KommJur 2019, 244.

Regelung über die Vorlage der Stellungnahmen nach § 107a Abs. 4 Satz 2 GO NRW an den Gemeinderat nicht normiert, wie dies schon bei den Stellungnahmen nach § 107 Abs. 5 Satz 2 GO NRW der Fall ist.

Die gleiche Regelung trifft § 108 Abs. 5 Satz 1 KSVG für die Ergebnisse der Marktanalyse und § 108 Abs. 5 Satz 3 KSVG erweitert die Vorlagepflicht noch auf die Stellungnahmen der Kammern der gewerblichen Wirtschaft und der freien Berufe sowie der Arbeitskammern. Ebenso sieht dies § 121 Abs. 6 Satz 1 und 3 HGO für Hessen vor. Dem gleichen Zweck folgt die Klarstellung in Satz 3, dass die Stellungnahmen (ungefiltert) dem Gemeinderat vorzulegen sind.⁹⁴² Für Brandenburg regelt § 92 Abs. 3 Satz 4 BbgKVerf, dass vor Beschlussfassung über die Unternehmensgründung der Gemeindevertretung die oben beschriebenen Marktuntersuchungen und die Stellungnahmen der Handwerkskammern vorzulegen sind. Die Regelungen in Nordrhein-Westfalen, im Saarland und in Hessen erweisen sich damit als handwerksgerecht. Gleiches gilt für die Regelung in Brandenburg.

Anders als bisher gilt dieses Ergebnis aber nicht für alle Bundesländer der ersten Gruppe. Keine Vorlageregelung findet sich in Mecklenburg-Vorpommern. Dort sieht § 68 Abs. 7 Satz 1 KV M-V vor, dass bei der Entscheidung der Gemeindevertretung die Auswirkungen auf die mittelständische Wirtschaft und das Handwerk zu berücksichtigen sind. Eine Vorlagepflicht der eventuell einzuholenden Stellungnahmen der zuständigen Handwerkskammern ist nicht vorgesehen. Sie fehlt auch in Thüringen.

Handwerksgerechter hingegen sind die Regelungen in Baden-Württemberg und in Sachsen. In Baden-Württemberg ist zwar keine formalisierte Marktuntersuchung geregelt, jedoch eine Anhörung der Selbstverwaltungsorganisationen des Handwerks, der Industrie und des Handels, die unmittelbar durch den Gemeinderat zu erfolgen hat, sodass hier eine entsprechende Vorlageverpflichtung nicht erforderlich ist. Auch in Sachsen ist eine Unterrichtungspflicht zugunsten des Gemeinderats vor Errichtung, Übernahme und wesentlicher Veränderung eines Unternehmens über die Auswirkungen auf die private Wirtschaft vorgesehen, vgl. § 95 Abs. 2 Satz 1 SächsGemO.

942 Vgl. Kappelhoff, Marktuntersuchung, S. 27.

bb. Informationsrechte des Gemeinderats

Überwiegend erweisen sich nach Gesagtem die Gemeindeordnungen der zweiten und dritten Gruppe als handwerksbenachteiligend, da ihnen eine formale Ausgestaltung der Marktuntersuchung fehlt. Geht man aber – wie hier – von bestehenden Marktuntersuchungspflichten auch in diesen Bundesländern aus, die nur in formaler Hinsicht nicht ausgestaltet sind, kommt noch ein weiterer Aspekt hinzu, der für die gesetzgeberische Regelung formalisierter Marktuntersuchungsregelungen spricht. Das Informationsdefizit des Gemeinderats, das oben als Informationsasymmetrie beschrieben wurde, findet andernfalls keine Auflösung.

Informationsrechte des Gemeinderats sind den Gemeindeordnungen zwar nicht fremd, auch nicht den Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen der Bundesländer der zweiten und dritten Gruppe. Diese sollen zwar auch der beschriebenen Informationsasymmetrie Rechnung tragen, bleiben aber hinter den Regelungen in den Bundesländern, die eine Unterrichtung auf Grundlage einer formalisierten Marktuntersuchung und die Vorlage der Stellungnahmen der Handwerkskammern regeln, zurück.

So regelt etwa Art. 30 Abs. 3 BayGO, dass der Gemeinderat die gesamte Gemeindeverwaltung überwacht, insbesondere auch die Ausführung seiner Beschlüsse. Daraus wird ein gewichtiges und umfangreiches Informationsrecht des Gemeinderats als Ganzes abgeleitet.⁹⁴³ Dieser Informationsanspruch richtet sich gegen den ersten Bürgermeister und setzt sich aus einem Unterrichtsrecht und einem Recht auf Akteneinsicht zusammen.⁹⁴⁴ Die Überwachung erfasst dabei sämtliche Angelegenheiten der Gemeinde, insbesondere auch deren gemeindliche Unternehmen, unabhängig von deren Rechtsform.⁹⁴⁵ Der Gemeinderat legt durch Beschluss fest, welche Informationen ihm in welchem Umfang und in welcher Form vorzule-

943 Vgl. *Barth*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 30 Rn. 27; *Engelbrecht*, BayVBl. 2017, 541 (541 f.), der von einem „gesamthänderrischen“ Informationszugangsrecht spricht.

944 Vgl. *Becker*, in: Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil, D. Rn. 178; *Lange*, Kommunalrecht, S. 178 Rn. 173; *Lissack*, Bayerisches Kommunalrecht, § 4 Rn. 74; vgl. auch *Engelbrecht*, BayVBl. 2017, 541 (542); *Barth*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 30 Rn. 33.

945 Vgl. *Strobel*, Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, S. 134 ff; *Barth*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 30 Rn. 34; *Glaser*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 30 Rn. 10a.

gen sind.⁹⁴⁶ Der konkrete Umfang der Beantwortung der Frage orientiert sich dabei am Umfang der Antwortpflicht der Regierung bei dem Frage-recht eines Abgeordneten des bayerischen Landtags.⁹⁴⁷ Die Detailtiefe und der konkrete Umfang der Antworten hängen davon ab, wie lange der Sach-verhalt zurückliegt und welche aktuellen Bezüge er aufweist.⁹⁴⁸

Das Informationsrecht ist dabei nicht nur ein nachträgliches Kontroll-recht, sondern dient auch der Informationsgewinnung vor einem Gemein-deratsbeschluss. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut, der als nicht abschließendes Beispiel „insbesondere“ die Ausführung der Beschlüsse des Gemeinderats nennt.⁹⁴⁹ Der Informationsanspruch erfasst auch Informa-tionen im Voraus einer gemeindlichen Unternehmensgründung oder Er-weiterung und damit an sich auch sämtliche Informationen, die erforder-lich sind, um zu überprüfen, ob die Voraussetzungen der Schrankentrias und insbesondere der Subsidiaritätsklausel erfüllt sind.

Zu bedenken ist aber, dass sich ein solcher Informationsanspruch nur aus einem entsprechenden Beschluss des Gemeinderats ergibt. Dieser kann eine Marktuntersuchung etwa in Form einer Marktanalyse oder mittels eines Markterkundungsverfahrens erforderlich machen, wenn der Gemein-derat Informationen in dieser Detailgenauigkeit und Aufarbeitung seiner Entscheidung zugrunde legen will. Gleichzeitig ist ein Gemeinderat aber nicht dazu verpflichtet, überhaupt einen entsprechenden Beschluss zur Informationsgewinnung zu erlassen, sondern kann sich auch auf andere Weise informieren. Selbst wenn man eine solche Überwachungspflicht und damit einhergehend eine eigene Informationspflicht des Gemeinderats an-nehmen möchte, sind an eine solche Pflicht keine hohen Anforderungen zu stellen. Der Gemeinderat ist eben gerade kein Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, sondern vielmehr ein demokratisch gewähltes und ehrenamtlich besetztes Organ, in diesem Fall Überwachungsorgan.⁹⁵⁰ Kommt er dabei zu der Einschätzung, dass die Informationen, die ihm vorliegen, für seine Ent-scheidung über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ausreichen, so kann er, ohne dass dies grundsätzlich rechtswidrig wäre, entscheiden. Eine Berücksichtigung des Handwerks kann dabei vom Gemeinderat dadurch

946 Vgl. *Glaser*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 30 Rn. 10, 10d.

947 Vgl. *Glaser*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 30 Rn. 10e.

948 Vgl. BayVerfGH NVwZ 2002, 715 (716 f.) zum insoweit übertragbaren Informations-an-spruch von Abgeordneten des bayerischen Landtags.

949 Vgl. *Barth*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, Art. 30 Rn. 39.

950 Vgl. auch *Glaser*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, BayGO, Art. 30 Rn. 10c, 10d.

erreicht werden, dass er konkret Informationen über die Auswirkungen der gemeindlichen wirtschaftlichen Tätigkeit auf das Handwerk einfordert. Dazu ist er aber nicht verpflichtet. Zudem hat der Bürgermeister, was die genaue Aufarbeitung der relevanten Informationen angeht, weiterhin eine Einschätzungsprärogative, sodass auch dieser Einfluss auf die Art und den Umfang der vorzulegenden Informationen nehmen kann, wenn etwa der Gemeinderat nur sämtliche „relevanten“ Informationen anfordert.⁹⁵¹

Ob es daneben etwa in Bayern (ungeschriebene) Informationszugangsrechte einzelner Gemeinderatsmitglieder gibt, ist umstritten. Die neuere Rechtsprechung und Literatur tendieren dazu, ein individuelles Informationsrecht der Gemeinderäte nicht mehr generell auszuschließen, soweit es auf einer anderen Grundlage als der Gemeindeordnung beruht.⁹⁵² Unabhängig davon besteht auch bei einem solchen Informationsrecht das oben beschriebene Problem bzw. Defizit. Es wird bei einem ungeschriebenen Informationsrecht sogar noch verstärkt, da Umfang und Art der Informationsgewährung noch weniger geregelt sind und damit umso mehr von der konkreten Anfrage des einzelnen Gemeinderatsmitglieds abhängen.

Damit kommt der Informationsanspruch aus Art. 30 Abs. 3 BayGO und den entsprechenden Vorschriften in den übrigen Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen einer formalistischen Marktuntersuchung, wie sie in den Bundesländern der ersten Gruppe vorgesehen ist, nicht nahe und kann der Bedeutung dieser Verfahren nicht gerecht werden.

Nichts anderes gilt für Art. 46 Abs. 2 Satz 1 BayGO. Danach bereitet der Bürgermeister die Beratungsgegenstände in sachlicher und rechtlicher Hinsicht vor und bereitet sie so auf, dass der Gemeinderat in die Lage versetzt wird, darüber sachkundig zu beraten und Beschluss zu fassen.⁹⁵³ Der Bürgermeister hat dabei nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, welche Informationen – orientiert an der Komplexität des Beratungsgegenstandes – in welchem Umfang erforderlich sind.⁹⁵⁴ Damit korrespondiert zwar ein Anspruch des Gemeinderats auf Auskunftserteilung, eine unzurei-

951 Art. 30 Abs. 3 BayGO sieht auch *Katz*, NVwZ 2018, 1091 im Hinblick auf öffentliche Unternehmen als unzureichend an.

952 Ausführlich dazu *Engelbrecht*, BayVBl. 2017, 541 (542 ff.); kritisch *Pahlke*, BayVBl. 2011, 686; befürwortend *Eiermann*, NVwZ 2005, 43; *Stiedl/Troidl*, BayVBl. 2008, 289 (295 f.). Für Niedersachsen OVG Lüneburg NVwZ-RR 2014, 531.

953 Vgl. *Wernsmann/Neudenberger*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 46 Rn. 8.

954 Vgl. OVG Münster NVwZ-RR 1989, 155; *Wernsmann/Neudenberger*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 46 Rn. 8.

chende Vorbereitung hat jedoch keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit eines dennoch gefassten Beschlusses.⁹⁵⁵ Der Gemeinderat kann die Beschlussfassung aufgrund fehlender Informationen nur verschieben, weitere Informationen anfordern oder einen positiven Beschluss ablehnen.⁹⁵⁶ Wie schon bei Art. 30 Abs. 3 BayGO besteht das Problem, dass eine Marktuntersuchung in formalisierter Form nicht verpflichtend ist, und zudem müsste sie dem Gemeinderat nicht zwingend zur Kenntnis gebracht werden. Die Aufbereitung der Informationen steht vielmehr im Ermessen des Bürgermeisters. Eine weitergehende Informationsvorlage erfordert ein Tätigwerden des Gemeinderats.

Zusammengefasst kann die Einführung einer formalisierten Marktuntersuchungsregelung nur dann ihre volle – handwerksgerechte – Wirkung entfalten, wenn auch Regelungen über die Vorlage dieser Informationen an das zuständige Entscheidungsgremium enthalten sind.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis zeigt sich bei der Betrachtung der formellen Schranken kommunaler Unternehmenstätigkeit unter dem Blickwinkel der Regelungstendenzen für das Handwerk ein differenziertes Bild.

Was die Sichtbarkeit des Handwerks im Prozess der Gründung oder Erweiterung eines kommunalen (Handwerks-)Unternehmens – insoweit und auch im Weiteren ergeben sich keine Unterschiede zwischen dem zweiten und dritten Wettbewerbsverhältnis – angeht, erweisen sich die formalen Regelungen der ersten Gruppe von Bundesländern als handwerksgerecht. Sie machen die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse des Handwerks vor Ort angemessen sichtbar und ermöglichen es, dies in den Entscheidungsprozess miteinzubeziehen. Das Fehlen eines formalen Marktuntersuchungsverfahrens führt dazu, dass die Regelungen über kommunale Unternehmen der Bundesländer der zweiten und dritten Gruppe als handwerksbenachteiligend einzustufen sind. Es können in diesen Bundesländern neue oder intensiviertere Wettbewerbsverhältnisse für Handwerksunternehmen entstehen, ohne dass die Gegebenheiten des Handwerks ausreichend sichtbar geworden sind.

955 Vgl. *Wernsmann/Neudenberger*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 46 Rn. 9.

956 Vgl. BayVGH BeckRS 2001, 21554.

Das gleiche Ergebnis ergibt sich auch hinsichtlich der Auswirkungen der formalen Schranken auf den Prüfungsumfang und -maßstab der Kommunalaufsicht bei der Überprüfung der Gründung und Erweiterung von kommunalen Unternehmen.

Zwischen dem Gemeinderat als zur Entscheidung über Gründung oder Erweiterung berufenem Gremium und der Gemeindeverwaltung besteht eine Informationsasymmetrie, was die tatsächlichen Grundlagen der Schrankentrias angeht. In einzelnen Bundesländern (Nordrhein-Westfalen, dem Saarland, Hessen und Brandenburg) ist dieses in handwerksgerechter Weise mit Vorlagepflichten an den Gemeinderat adressiert. Auch in Bundesländern der zweiten Gruppe – die zwar keine formellen Schranken in Form von Marktuntersuchungen kennen – finden sich zum Teil Vorlage- bzw. Informationspflichten zugunsten des Gemeinderats (Baden-Württemberg und Sachsen). Diese Regelungen vermögen einen Ausgleich der Informationsasymmetrie zu bewirken und wirken sich ebenfalls handwerksgerecht aus.

Andere Informationsrechte des Gemeinderats vermögen diese Asymmetrie hingegen nicht wirksam auszugleichen, sodass die Handwerksbenachteiligung in den Bundesländern der dritten Gruppe, die bereits durch das Fehlen formeller Schranken besteht, noch verstärkt wird (Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Bayern).

Eine Übertragung der formellen Schranken, wie sie die Bundesländer der ersten Gruppe kennen, auch auf die Gemeindeordnungen der zweiten und dritten Gruppe ist de lege lata nicht möglich. Zur Beseitigung der Handwerksbenachteiligung sowohl hinsichtlich der Sichtbarkeit des Handwerks als auch hinsichtlich des Prüfungsumfangs und -maßstabs der aufsichtsrechtlichen Kontrolle erscheint ein gesetzgeberisches Tätigwerden demzufolge geboten. Zur Beseitigung der Informationsasymmetrie zwischen Gemeinderat und Gemeindeverwaltung sind auch Informationsrechte oder Vorlagepflichten mit aufzunehmen.

III. Anforderungen an eine statthafte kommunale Unternehmertätigkeit mit Auswirkungen auf den Wettbewerb mit Handwerksunternehmen

Von den unter I und II. behandelten Schranken unternehmerischer Tätigkeit ist die Frage zu unterscheiden, welche Auswirkungen die Anforderungen an eine statthafte kommunale Unternehmertätigkeit auf die untersuchten Wettbewerbsverhältnisse haben. Neben den Regeln des (Kapital-)Ge-

sellschaftsrechts – für die Rechtsformen GmbH oder AG – finden die Regelungen des Handelsrechts und des privaten Wirtschaftsrechts auf diese Anwendung.

1. Schutz vor wesentlichen Schädigungen und Aufsaugung

Neben diesen Regelungen und neben der klassischen Schrankentrias enthalten die Gemeindeordnungen einzelner Bundesländer noch weitere besondere Anforderungen an die Statthaftigkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit.⁹⁵⁷ So normiert etwa Art. 95 Abs. 2 BayGO – in Umsetzung von Art. 153 BV – eine sogenannte Aufsaugungsklausel, die explizit das Handwerk benennt und vorschreibt, dass „Gemeindliche Unternehmen [...] keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken“ dürfen.⁹⁵⁸

Art. 95 Abs. 2 BayGO zielt dabei nicht auf den Marktzutritt eines öffentlichen Unternehmens, sondern regelt dessen Marktverhalten, greift also auf der Ebene des „Wie“ ein. Die Norm ist gewissermaßen die Fortsetzung der Subsidiaritätsklausel nach Gründung des gemeindlichen Unternehmens.⁹⁵⁹ Wie auch in Art. 153 BV wird das Handwerk ausdrücklich neben der Landwirtschaft, dem Handel, Gewerbe und der Industrie genannt. Entsprechend den weiter bestehenden Einwirkungspflichten im Bereich der gemeindlichen Unternehmen richtet sich diese Regelung an die Gemeinden als Träger bzw. Inhaber gemeindlicher Unternehmen. Ganz konkrete Anforderungen an das wirtschaftliche Verhalten der kommunalen Unternehmen lassen sich dabei jedoch nicht ableiten. Insbesondere greift Art. 95 Abs. 2 BayGO erst bei wesentlichen Schädigungen oder einer Aufsaugung selbständiger Betriebe, also nur im denkbar stärksten Eingriffsfall. Die explizite Nennung des Handwerks erhöht aber zumindest die Sichtbarkeit, wie dies schon bei der formalen Ausgestaltung der Verfahren bei der Prüfung von Marktzutrittsregelungen teilweise der Fall ist. Wie dort gilt es auch hier das (politische) Gewicht dieser Sichtbarkeit nicht zu unterschätzen.

957 § 109 GO NRW oder § 149 NKomVG enthalten beispielsweise keine Regelungen entsprechend dem Art. 95 Abs. 2 BayGO, sondern nur Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit der gemeindlichen Unternehmensführung.

958 Ähnlich § 71 Abs. 3 ThürKO, allerdings ohne das Handwerk explizit zu nennen.

959 Vgl. *Lück*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 95 Rn. 11.

Äußerst umstritten ist – wie schon bei Art. 87 BayGO und allgemein bei den Subsidiaritätsklauseln der Bundesländer – die Frage, ob Art. 95 Abs. 2 BayGO dritt-schützende Wirkung hat, er also Grundlage für Rechtsschutz betroffener Konkurrenten sein kann. Auch wenn das Handwerk in Art. 95 Abs. 2 BayGO ausdrücklich genannt ist, unterscheiden sich die Rechtsschutzsituation und die Frage, ob Art. 95 Abs. 2 BayGO dritt-schützend ist, für Handwerksunternehmen nicht von anderen Unternehmen, die nicht der HwO unterfallen.

Für Eigenbetriebe⁹⁶⁰ und kommunale Unternehmen⁹⁶¹ existieren untergesetzliche Verordnungen, die die – eher vage gehaltenen – Anforderungen des Art. 95 BayGO konkretisieren, sodass den Regelungen in Art. 95 Abs. 1 BayGO für diese beiden Unternehmensformen keine besondere Bedeutung zukommt.⁹⁶² Konkretisierungen hinsichtlich des hier relevanten Art. 95 Abs. 2 BayGO finden sich in beiden jedoch nicht.

2. Bedeutung der Anwendbarkeit der HwO auf öffentliche Unternehmen

Zentral ist aber für das Wettbewerbsverhältnis zu Handwerksunternehmen die bereits oben unter III. beantwortete Frage, ob öffentliche Unternehmen in den Anwendungsbereich der HwO fallen. Da dies der Fall ist, muss ein öffentliches Unternehmen, wie auch ein privates Handwerksunternehmen, sämtliche Anforderungen, die die HwO an diese stellt, erfüllen. Das sind zum einen Schranken der Aufnahme einer unternehmerischen Tätigkeit wie die Meisterpflicht, der auch der Betriebsleiter eines öffentlichen Handwerksunternehmens genügen muss. Das sind zum anderen aber auch Anforderungen an das „Wie“ des Betriebs, wie etwa die Meisterpräsenz oder die Anforderungen an das Unternehmen, wenn dieses ausbilden möchte.

960 Eigenbetriebsverordnung (EBV) vom 29.05.1987 (GVBl. S. 195, BayRS 2023-7-I), die zuletzt durch § 1 Abs. 55 der Verordnung vom 26.03.2019 (GVBl. S. 98) geändert worden ist.

961 Verordnung über Kommunalunternehmen (KUV) vom 19.03.1998 (GVBl. S. 220, BayRS 2023-15-I), die zuletzt durch § 1 Abs. 56 der Verordnung vom 26.03.2019 (GVBl. S. 98) geändert worden ist.

962 Vgl. *Lück*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 95 Rn. 3.

3. Zwischenergebnis

Anders als den Regelungen auf Ebene des „Ob“ der kommunalen Unternehmenstätigkeit kommt den Anforderungen an eine statthafte unternehmerische Betätigung der Gemeinden keine entscheidende Bedeutung in Bezug auf die hier untersuchten Wettbewerbsverhältnisse zu. Das kommunale Unternehmensrecht kennt diesbezüglich kaum Regelungen. Bedeutung haben hier vielmehr die positiv beantwortete Frage nach der Anwendbarkeit der HwO auch auf öffentliche Unternehmen und die damit einhergehenden Anforderungen an diese.

E. Gesamtergebnis der Untersuchung von Handwerksunternehmen im Wettbewerb mit öffentlichen Unternehmen um Kunden

Als Gesamtergebnis des vierten Teils lässt sich zunächst festhalten, dass kommunale Unternehmen Handwerksunternehmen i. S. d. HwO sein können, diese also auch auf kommunale Unternehmen Anwendung findet. Dies ist gerade auf der Ebene des „Wie“ der kommunalen Unternehmenstätigkeit von entscheidender Bedeutung für die Wettbewerbsverhältnisse zwischen kommunalen Unternehmen und privaten Handwerksunternehmen und als solches handwerksgerecht.

Der Wettbewerb um Kunden besteht zwischen privaten Handwerksunternehmen und kommunalen Unternehmen sowohl im zweiten als auch im dritten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis. Dabei erweisen sich bereits der Anwendungsbereich der kommunalrechtlichen Schrankentrias als auch deren Anforderungen als handwerksgerecht, wenn eine Parallelität mit dem Handwerksrecht erreicht wird. Eine Auslegung insbesondere des Begriffs der wesentlichen Erweiterung und eine Bestimmung von verbundenen Tätigkeiten unter Berücksichtigung handwerksrechtlicher Spezifika kann dies bewerkstelligen. Wettbewerbsverhältnisse der zweiten und dritten hier zugrunde gelegten Art bestehen insbesondere in dem für das Handwerk besonders bedeutsamen Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden bzw. kommunalen Unternehmen. Während die meisten Gemeindeordnungen der Bundesländer besondere Regelungen für die energiewirtschaftliche Betätigung ihrer Kommunen enthalten, ergeben sich in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern keine Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Regelungen.

In den übrigen Bundesländern erweisen sich die Regelungen meist als handwerksgerecht, lediglich die Regelung in Schleswig-Holstein ist als handwerksbenachteiligend einzustufen. De lege ferenda wird eine Anpassung unter Anlehnung etwa an die Regelung in Nordrhein-Westfalen vorgeschlagen.

Die Untersuchung hat die besondere Bedeutung der formalen Schranken kommunaler Unternehmertätigkeit für das Handwerk und seine Wettbewerbsverhältnisse gezeigt. Der materielle Schutzgehalt der Schrankentrias – als solcher handwerksgerecht – kann seine Wirkung nur vollständig entfalten, wenn handwerkliche Belange bei der Gründung oder Erweiterung eines kommunalen Unternehmens in formalisierter Weise miteinbezogen werden. Gerade wegen der immer noch vorherrschenden Meinung, dass die Schrankentrias keinen Drittschutz entfaltet, kann so in handwerksgerechter Weise auf handwerksrechtliche und handwerkstatsächliche Besonderheiten eingegangen werden.

So gut wie keine Bedeutung für die Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen haben die kommunalrechtlichen Anforderungen an eine statthafte kommunale Unternehmenstätigkeit.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich sowohl das EU-Beihilfenrecht als auch das Recht der kommunalen Unternehmen als überwiegend handwerksgerecht erweist. Beide Rechtsgebiete berücksichtigen die rechtlichen und tatsächlichen Spezifika des Handwerks also zumeist in angemessener Art und Weise. Nur wenige Regelungen sind als handwerksfreundlich – sie führen zu einer Besserstellung von (einzelnen) Handwerksunternehmen – oder handwerksbenachteiligend einzustufen. Letzteres ist der Fall, wenn sich Regelungen als negativ für sämtliche oder einen Teil der handwerksrechtlich erfassten Unternehmen in den untersuchten Wettbewerbsverhältnissen erweisen, etwa wenn die rechtlichen Besonderheiten von Handwerksunternehmen nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt werden. Während sich handwerksfreundliche Regelungstendenzen im Ergebnis stets als gerechtfertigt erweisen, können Handwerksbenachteiligungen zumeist mit geringfügigen Gesetzesänderungen oder sogar nur einer angepassten Auslegung beseitigt werden.

Zentrales Ergebnis der EU-Beihilfenrechtlichen Untersuchung ist zunächst, dass eine Förderung des Handwerks als Ganzes gerade wegen der Spezifika des handwerklichen Rechtsregimes und der tatsächlichen Ausprägung des Handwerks keine selektive Begünstigung und damit keine verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Das gilt beispielhaft für die Förderung der Beratung durch die Handwerkskammern in Form der allgemeinen Beratung und der Gründungsberatung, ist auf diesen Anwendungsbereich aber nicht beschränkt. Diesbezüglich ist die Ausgestaltung des EU-Beihilfenrechts, insbesondere die maßgeblich durch die Praxis der EU-Kommission und die Rechtsprechung der Unionsgerichte geprägte Auslegung des Begriffs der Selektivität, handwerksfreundlich. Es sind gerade die spezifischen Regelungen des Handwerksrechts, die das Handwerk in eine rechtliche und tatsächliche Lage versetzen, die mit anderen Unternehmen nicht vergleichbar ist, und demzufolge die Selektivität entfallen lassen. Sie sind es auch, die diese Besserstellung des Handwerks rechtfertigen und dazu führen, dass eine nationale Förderung nur des Handwerks als Ganzes den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG genügt bzw. genügen würde. Auswirkungen hat diese Regelungstendenz im dritten Wettbewerbsverhältnis, also dem Wettbewerb um öffentliche Mittel zwi-

schen Handwerksunternehmen und Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen. Demgegenüber ist die Förderung einer auf bestimmte Handwerksunternehmen beschränkten Beratung von Unternehmen in der Krise – wie jede andere Förderung nur bestimmter Handwerksunternehmen – selektiv i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Überwiegend erweisen sich die Regelungen des EU-Beihilfenrechts jedoch als handwerksgerecht. Dies gilt zunächst für die Freistellungstatbestände der AGVO im Zusammenhang mit der Förderung von Beratungsleistungen von Gruppen von Handwerksunternehmen und ebenso für die Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten. Art. 22 AGVO stellt die Förderung von Gründungsberatungen frei. Schon der zeitliche Anwendungsbereich ermöglicht eine angemessene Berücksichtigung handwerksrechtlicher Spezifika. Für den Förderbeginn kann an die Eintragung in die Handwerksrolle bzw. die Mitteilung im Sinne von § 18 Abs. 1 Satz 1 HwO als formales Kriterium angeknüpft werden. Gleichzeitig ist eine Beratung schon zuvor möglich, was gerade bei der Gründungsberatung im Rahmen der Meisterausbildung von Bedeutung ist. Soweit die Beratung spezifische Anforderungen der HwO wie etwa die Eintragung in die Handwerksrolle als Genehmigungsform oder die Meisterpflicht als Zulassungsvoraussetzung adressiert, kommt es zu keiner Besser- oder Schlechterstellung des Handwerks, Art. 22 AGVO ist demnach handwerksgerecht im dritten Wettbewerbsverhältnis. Gleiches gilt im Ergebnis aber auch für eine Beratung, die über die spezifischen Gründungsanforderungen der HwO hinausgeht, da auch hier das Handwerk gegenüber Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen, weder besser- noch schlechtergestellt wird. Eine Förderung ist zugunsten beider Unternehmensgruppen möglich. Auf nationaler Ebene ist eine Beschränkung der Förderung der Gründungsberatung nur auf Handwerksunternehmen mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren, da sich auch eine Beratung, die über die spezifischen Gründungsanforderungen der HwO hinausgeht, nicht von den handwerkstatsächlichen Rahmenbedingungen lösen kann. In der Folge ist das Handwerk – erneut – nicht mit Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HwO vergleichbar. Auch Art. 25 AGVO, der eine Förderung von Beratungsleistungen für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben freistellt, führt im dritten Wettbewerbsverhältnis nicht zu einer Besser- oder Schlechterstellung von Handwerksunternehmen, ist also handwerksgerecht. Die Handwerksmäßigkeit und insbesondere das Kriterium der individuellen Fertigung durch Kombination und Nutzung vorhandener technischer und handwerklicher Kenntnisse und Fertigkeiten mit dem Ziel, neue

und verbesserter Produkte, Verfahren oder Dienstleistungen zu entwickeln, finden im Begriff der experimentellen Entwicklung eine angemessene Berücksichtigung. Zuletzt kommt eine Förderung von Beratungsleistungen für einzelne Gruppen von Handwerksunternehmen noch auf Grundlage des Art. 28 AGVO in Betracht, der sich ebenfalls im dritten Wettbewerbsverhältnis als handwerksgerecht erweist. Art. 28 AGVO lässt eine angemessene Berücksichtigung der Innovationsfaktoren des Handwerks, insbesondere die geringe Betriebsgröße, flache Hierarchien und insbesondere die Verfügbarkeit gut qualifizierter Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, zu. Auch besondere Tätigkeitsfelder wie die ÜLU finden angemessene Berücksichtigung durch Art. 28 AGVO, der gerade auch auf einen Wissenstransfer abzielt. Ebenfalls noch im Bereich der Beratungsförderung erweisen sich die Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten als handwerksgerecht. In Form von Umstrukturierungsbeihilfen ist eine Förderung von Handwerksunternehmen möglich, wenn etwa in ländlichen Räumen eine Unterversorgung mit Handwerksleistungen droht oder das Ausscheiden eines Handwerksunternehmens zu einem Verlust von Wissen und Fähigkeiten im Bereich des Kulturgüterschutzes führen würde. Gleiches gilt, wenn das Wissen und die Fähigkeiten des Handwerksunternehmens in der Krise selbst als Kulturgut einzustufen sind oder wenn mehrere Handwerksunternehmen so eng zusammenarbeiten, dass der Ausfall eines Unternehmens auch negative Folgen für andere Unternehmen hätte, was etwa im Baubereich denkbar ist. Danach sind die Leitlinien für Unternehmen in der Krise als handwerksgerecht im dritten Wettbewerbsverhältnis einzustufen.

Auch die Freistellungstatbestände mit Bezug zu der besonderen Ausbildungsleistung von Handwerksunternehmen erweisen sich als handwerksgerecht. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei einer staatlichen Förderung der ÜLU und der Meisterausbildung etwa in Form eines MeisterBAföG schon nicht um eine verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt, da die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der ÜLU und auch die Ausbildung zum Handwerksmeister nicht als wettbewerbliche Tätigkeit im Sinne des EU-Beihilfenrechts anzusehen sind. Die besonderen Ausbildungsleistungen des Handwerks können in diesem Zusammenhang angemessen berücksichtigt werden, ohne dass es zu einer Besser- oder Schlechterstellung des Handwerks gegenüber Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der HWO kommt. In der Folge sind Art. 107 Abs. 1 AEUV und die diesbezügliche Auslegungspraxis durch die EU-Kommission und die europäischen Gerichte als handwerksgerecht im dritten Wettbewerbsverhältnis anzusehen. Ebenfalls als handwerksgerecht einzustufen ist

Art. 31 AGVO, der Ausbildungsbeihilfen freistellt. Die HwO schreibt eine Ausbildung durch Handwerksbetriebe nicht verbindlich vor, erst wenn sich ein Betrieb entschieden hat auszubilden, finden sich Anforderungen an diese Ausbildung. In der Folge lässt Art. 31 AGVO Förderungen dieser Ausbildungsleistungen zu, dieser schließt nur Förderungen aus, die auf verpflichtende Ausbildungen zielen. Art. 31 AGVO berücksichtigt damit den rechtlichen Rahmen der Ausbildung im Handwerk ebenso wie die tatsächliche Bedeutung der Ausbildung im Handwerk über dieses selbst hinaus. Plastisches Beispiel ist etwa die Förderung von Lehrwerkstätten.

Das Handwerk zeichnet sich durch seine hohe Innovationskraft aus, wofür eine Reihe von Faktoren verantwortlich ist, die bereits bei der Bestimmung der Handwerksmäßigkeit eine Rolle spielen. Daneben trägt die Ausbildung im Handwerk maßgeblich zu dessen Innovationskraft bei. Jedenfalls im Ergebnis erweist sich in diesem Zusammenhang auch Art. 29 AGVO als handwerksgerecht. Art. 29 AGVO stellt Beihilfen für Prozess- und Organisationsinnovationen frei und hat sowohl im zweiten als auch im dritten hier zugrunde gelegten Wettbewerbsverhältnis Auswirkungen. Art. 29 AGVO erfasst gerade keine routinemäßigen Produkt- und Dienstleistungsverbesserungen oder geringfügigen Änderungen und Verbesserungen von Prozessen oder Produkten. In der Folge sind Handwerksunternehmen regelmäßig von einer Förderung auf Grundlage des Art. 29 AGVO ausgenommen, da ihre Innovationskraft gerade auch darauf beruht, dass sie Produkte und Dienstleistungen ständig, aber meist geringfügig anpassen. Diese Art der Anpassung ist ein Kriterium der Handwerksmäßigkeit. Auch die Betriebsstruktur im Handwerk lässt große Anpassungen oder die Anwendung neuer bzw. wesentlich verbesserter Methoden meist nicht zu. Solche Anpassungsleistungen sind für Industrieunternehmen – hier ist dann das dritte Wettbewerbsverhältnis betroffen – deutlich einfacher. Gleichwohl eröffnet Art. 29 AGVO die Möglichkeit, die Zusammenarbeit von Handwerksunternehmen und Industrieunternehmen zu fördern und so Potenziale von Entwicklungsabteilungen großer Unternehmen auch für das Handwerk fruchtbar zu machen, sodass sich Art. 29 AGVO im Ergebnis als handwerksgerecht erweist.

Im Bereich der Umweltschutzbeihilfen kann das Handwerk von neuen und neuartigen Aufträgen profitieren, die sich im Zusammenhang mit einer entsprechenden Förderung ergeben. Dabei determiniert der durch die Umweltschutzbeihilfen angestoßene Bedarf das betroffene Wettbewerbsverhältnis. So kann je nach Bedarf das zweite oder dritte Wettbewerbsverhältnis betroffen sein, gleichwohl aber auch keines der hier zu-

grunde gelegten Wettbewerbsverhältnisse. Insbesondere wenn schon handwerksrechtlich die nachgefragten Arbeiten nur von Handwerksunternehmen ausgeführt werden dürfen, kann kein Wettbewerbsverhältnis in der dritten hier zugrunde gelegten Art entstehen. So sind es gerade die handwerksrechtliche Zulassungspflicht und die Berufsbildfixierung der HwO, die dem Handwerk insgesamt Wettbewerbsvorteile verschaffen. Die Verbesserung der Auftragslage für das Handwerk ist noch keine mittelbare Begünstigung i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV, weshalb entsprechende Förderungen mit Blick auf das Handwerk keiner Beihilfenkontrolle unterliegen. Handwerksgerecht im dritten Wettbewerbsverhältnis wirkt sich auch Art. 49 AGVO aus. Unter Berücksichtigung der Aus- und Fortbildung im Handwerk und der konkreten praktischen Tätigkeit sowie der Ausführung von Konzepten mit Umweltbezug sind Handwerksunternehmen als qualifizierte Experten zur Durchführung von Umweltstudien und Energieaudits anzusehen. Wie schon die vielfältigen Freistellungstatbestände für Umweltschutzbeihilfen führen auch die Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen zu einer Verbesserung der Auftragslage für bestimmte Gewerke von Handwerksunternehmen. Auch hier sichert die HwO dem Handwerk Wettbewerbsvorteile, da bestimmte Leistungen nur von Handwerksunternehmen erbracht werden dürfen.

Zuletzt spielen Handwerksunternehmen als Kultur und Bewahrer kulturellen Erbes eine besondere Rolle. In diesem Zusammenhang ist Art. 53 AGVO in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Wie schon bei den Umweltschutzbeihilfen profitiert das Handwerk von Förderungen auf Grundlage des Art. 53 AGVO zur Erhaltung von Kultur, kulturellem Erbe oder Kulturgütern. Auch hier ist es wiederum der handwerksrechtliche Rahmen, der Handwerksunternehmen im Wettbewerb um solche Aufträge Vorteile verschafft bzw. einen solchen Wettbewerb im dritten Wettbewerbsverhältnis ausschließt. Gleichwohl kann Art. 53 AGVO aber auch Grundlage einer Förderung von Handwerksunternehmen selbst sein, betroffen ist dann nur das zweite Wettbewerbsverhältnis. Der in der AGVO und der primärrechtlichen Grundlage des Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV verwendete Kulturbegriff erlaubt eine Förderung von Handwerksunternehmen, deren Wissen und Fähigkeiten selbst als (immaterielles) Kulturerbe einzustufen sind. Damit erweist sich Art. 53 AGVO als handwerksgerecht im zweiten und dritten Wettbewerbsverhältnis, da eine angemessene Berücksichtigung von handwerklichen Fähigkeiten und Wissen als Kulturgut möglich ist.

Einzelne Regelungen der AGVO erweisen sich hingegen als handwerksbenachteiligend im Wettbewerbsverhältnis zwischen Handwerksunterneh-

men und Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der HwO fallen (drittes Wettbewerbsverhältnis). Dies gilt zunächst für Art. 18 AGVO, der eine Förderung von KMU für die Inanspruchnahme von Beratungsleistungen freistellt. Der Anwendungsbereich des Art. 18 AGVO schließt gerade die für das Handwerk besonders wichtige Beratung durch die Handwerkskammern aus, da diese nicht als externe Beratungsleistung im Sinne des Freistellungstatbestandes anzusehen ist. Eine angemessene Berücksichtigung der Bedeutung der Beratungsleistungen durch die Handwerkskammern und der fehlenden Verfügbarkeit von externen Beratungsangeboten erfolgt nicht. *De lege ferenda* wird deshalb eine Anpassung des Art. 18 Abs. 3 AGVO vorgeschlagen, sodass neben den Kosten für Beratungsleistungen externer Beratungen auch die Kosten von Beratern der Wirtschaftskammern und beruflichen Vereinigungen, wie Fachverbänden und Innungen, beihilfefähig sind.

Ebenso handwerksbenachteiligend im dritten Wettbewerbsverhältnis ist Art. 28 AGVO in Verbindung mit der Definition von hoch qualifiziertem Personal. Auf Grundlage des Art. 28 AGVO können Innovationsbeihilfen gewährt werden. Im Zusammenspiel mit der in der AGVO verwendeten Definition von hoch qualifiziertem Personal wird die Innovationskraft des Handwerks – gerade eines der besonderen Tätigkeitsfelder von Handwerksunternehmen – nicht angemessen berücksichtigt. Die Definition beschränkt den Anwendungsbereich von Art. 28 AGVO, insbesondere Art. 28 Abs. 2 lit. b) AGVO, ausschließlich auf Personen mit einem Hochschulabschluss und übergeht dabei die Meisterqualifikation des Handwerks, die wesentlicher Innovationsfaktor des Handwerks insgesamt ist. *De lege ferenda* ist deshalb eine Anpassung der Definition des Art. 2 Nr. 93 AGVO geboten. Vorgeschlagen wird eine Ergänzung dahingehend, dass neben Personal mit einem Hochschulabschluss auch Personal mit einem Meisterbrief oder einer gleichwertigen beruflichen Qualifikation als hoch qualifiziertes Personal im Sinne der AGVO anzusehen ist.

Wegen hoher bürokratischer Anforderungen und dogmatischer Unsicherheiten erweist sich auch die *De-minimis*-VO als zumindest tendenziell handwerksbenachteiligend. Gleichwohl bietet sie eine Reihe von praktischen Vorteilen, die eine Förderung des Handwerks auf Grundlage der *De-minimis*-VO gerade auch im Bereich der Beratungen durch die Handwerkskammern attraktiv machen. Die Nachteile der *De-minimis*-VO lassen sich durch eine Umkehrung der Kontrollverpflichtung adressieren. So würde eine konkrete Prüfung, ob der Höchstbetrag von 200.000 Euro pro Unternehmen und Steuerjahr erreicht wurde, nur dann erfolgen, wenn von

der gewährenden Stelle entsprechende Zweifel bestehen. Auch die Umstellung der Erklärungen im Zusammenhang mit den Kumulierungsverboten auf elektronische Meldungen würde die Nachteile der De-minimis-Förderung reduzieren. Zuletzt wird dafür plädiert, Vorhaltpflichten zu reduzieren.

Auch im Recht der öffentlichen Unternehmen erweisen sich die meisten Vorschriften als handwerksgerecht. Der wesentliche Wettbewerb um Kunden besteht hier mit kommunalen (Handwerks-)Unternehmen. Eine handwerksfreundliche Ausgestaltung wurde nicht ermittelt, hingegen erweisen sich einzelne Regelungen bzw. deren Anwendung durch die Rechtsprechung und Literatur als handwerksbenachteiligend. Insgesamt kommt den Regelungen hinsichtlich des „Ob“ der kommunalen Wirtschaftstätigkeit eine weitaus größere Bedeutung für die Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen zu als den Anforderungen an eine statthafte kommunale Wirtschaftstätigkeit, also der Frage des „Wie“.

Zunächst zu den handwerksgerechten Ergebnissen: Erstes und ein zentrales Ergebnis ist, dass die HwO auch auf öffentliche Unternehmen anzuwenden ist. Voraussetzung ist – entsprechend dem eigenständigen Gewerbebegriff der HwO –, dass Nebenzweck des öffentlichen Unternehmens die Gewinnerzielung ist. Der hier vertretenen Auslegung folgend erweist sich die HwO in Bezug auf öffentliche Unternehmen selbst als handwerksgerecht. Die Anwendbarkeit der HwO auch auf öffentliche Unternehmen eröffnet das zweite Wettbewerbsverhältnis und führt in diesem gleichzeitig zu einer angemessenen Berücksichtigung ihrer Spezifika und damit zu keiner Besser-, aber eben auch keiner Schlechterstellung von privaten Handwerksunternehmen.

Die Gemeindeordnungen der Bundesländer enthalten alle eine sog. Schrankentrias mit im Detail unterschiedlicher Ausgestaltung, was zu teilweise unterschiedlichen Ergebnissen der Untersuchung führt.

In einigen Bundesländern kommt sie bei der Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung von (wirtschaftlichen) Unternehmen, in anderen bei jeder wirtschaftlichen Betätigung von gemeindlichen Unternehmen zur Anwendung. Aus Sicht des Handwerks kommt zunächst dem Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Erweiterung entscheidende Bedeutung zu. Vorgeschlagen wird hier eine Auslegung dieses Begriffs unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Einordnung eines Unternehmens als Handwerksunternehmen.

Danach ist von einer wesentlichen Erweiterung auszugehen, wenn bis zur Erweiterung des Unternehmensgegenstandes kein Handwerksunter-

nehmen i. S. d. HwO gegeben war, dies nach der Erweiterung aber der Fall wäre. In dieser Konstellation entsteht ein neues Wettbewerbsverhältnis zwischen privaten Handwerksunternehmen und öffentlichen Handwerksunternehmen, gleichwohl werden mit der vorgeschlagenen Auslegung handwerksrechtliche Spezifika berücksichtigt. Die Auslegung erweist sich diesbezüglich als handwerksgerecht, der Schutz der Schrankentrias greift parallel zur Anwendbarkeit der HwO ein.

Von einer wesentlichen Erweiterung ist auch dann auszugehen, wenn ein kommunales Unternehmen um einen handwerklichen Nebenbetrieb im Sinne von § 2 Nr. 2, 3 und § 3 HwO erweitert wird. Wiederum können so handwerksrechtliche Spezifika berücksichtigt werden und die Auslegung erweist sich als handwerksgerecht.

Die dritte Konstellation im Zusammenhang mit der Bestimmung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung ist die, in der ein kommunales Handwerksunternehmen weitere handwerkliche Leistungen ausüben will. Betroffen ist dabei nur das zweite Wettbewerbsverhältnis. Bei einer Erweiterung der Tätigkeit innerhalb des unternehmensgegenständlichen Handwerks oder um Tätigkeiten eines verwandten Handwerks i. S. v. § 7 HwO liegt zwar aus handwerksrechtlicher Sicht keine wesentliche Erweiterung vor. Gleichwohl erweisen sich in diesen Fällen auch die kommunalrechtlichen Kriterien zur Bestimmung der wesentlichen Erweiterung als handwerksgerecht. Bei einer Erweiterung des Tätigkeitsbereichs eines kommunalen Unternehmens um Leistungen außerhalb des unternehmensgegenständlichen oder eines verwandten Handwerks kommt es nach der hier vorgeschlagenen Auslegung wieder zu einem Gleichlauf des Anwendungsbereichs der HwO und der Schrankentrias, wiederum erweist sich dies als handwerksgerecht im zweiten Wettbewerbsverhältnis.

Die Subsidiaritätsklausel als wichtigste Stufe der Schrankentrias erweist sich in einer rein theoretischen Betrachtung durchaus als handwerksfreundlich, was allerdings durch die praktische Anwendung relativiert werden muss. Hintergrund ist dabei insbesondere der gemeindliche Beurteilungsspielraum bei der Prüfung der Subsidiaritätsklausel. Im Rahmen dessen kann zwar in angemessener Weise auf die Belange des Handwerks eingegangen werden, dies ist aber – gerade in den Bundesländern ohne Formalisierung des Abwägungsprozesses – nicht sichergestellt. Betroffen sind dabei das zweite und das dritte Wettbewerbsverhältnis.

In dem für das Handwerk besonders bedeutsamen Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden erweisen sich diejenigen Ge-

meindeordnungen, die spezielle Regelungen für diese Tätigkeiten vorsehen, als überwiegend handwerksgerecht.

Im Zusammenhang mit der Schrankentrias ergibt sich aber – zumindest in einigen Bundesländern – auch eine handwerksbenachteiligende Ausgestaltung. So hat in anderen Bundesländern, die die Anwendbarkeit der Schrankentrias an eine (wirtschaftliche) Betätigung der Gemeinde knüpfen, die erste Stufe der Schrankentrias größere Bedeutung als deren Anwendungsbereich. Aus Sicht des Handwerks kommt es sowohl im zweiten als auch im dritten Wettbewerbsverhältnis dabei auf die Auslegung des Begriffs der verbundenen Tätigkeit an. Die bisherigen Ansätze der Rechtsprechung und Literatur erweisen sich dabei als handwerksbenachteiligend. Deshalb wird hier eine Auslegung unter Rückgriff auf handwerksrechtliche Grundsätze, gleichlaufend mit der Auslegung des Begriffs der wesentlichen Erweiterung, vorgeschlagen. Einer Gesetzesänderung bedarf es dann nicht.

Das Ergebnis der Untersuchung der formellen Schranken kommunaler Unternehmenstätigkeit ist ein differenziertes, betroffen sind jeweils das zweite und das dritte Wettbewerbsverhältnis gleichermaßen.

In Thüringen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Brandenburg und dem Saarland können die formellen Schranken sowohl hinsichtlich der Sichtbarkeit des Handwerks im Prozess der Gründung oder Erweiterung eines kommunalen (Handwerks-)Unternehmens als auch hinsichtlich des Prüfungsumfangs und -maßstabs der Kommunalaufsicht bei der Überprüfung der Gründung oder Erweiterung kommunaler Unternehmen als handwerksgerecht eingestuft werden.

Hingegen erweisen sich die Gemeindeordnungen der Länder Baden-Württemberg, Sachsen, Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Bayern hinsichtlich beider Aspekte als handwerksbenachteiligend, da sie alle keine formalen Marktuntersuchungsregelungen enthalten. Eine Übertragung der formalen Regelungen auch auf diese Bundesländer ist *de lege lata* nicht möglich, vielmehr wäre hier gesetzgeberisches Handeln – orientiert an den Bundesländern der ersten Gruppe – erforderlich, um die Nachteile für das Handwerk auszugleichen.

Bedeutung haben die formalen Schranken auch im Zusammenhang mit einer Informationsasymmetrie zwischen dem Gemeinderat und der Gemeindeverwaltung. In handwerksgerechter Weise ist diese in Nordrhein-Westfalen, dem Saarland, Hessen, Brandenburg, Baden-Württemberg und Sachsen adressiert, diese Gemeindeordnungen enthalten spezielle Vorlagepflichten an den Gemeinderat im Zusammenhang mit der Gründung und Erweiterung kommunaler Unternehmen. Bestehende Informationsrechte

des Gemeinderats vermögen diesen Ausgleich nicht in gleicher Weise zu leisten und so ist das Fehlen entsprechender Vorlagepflichten in Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Bayern als handwerksbenachteiligend einzustufen. Auch hier sind de lege ferenda Vorlage- oder Informationspflichten erforderlich, um die für das Handwerk nachteilige Informations-asymmetrie zu beseitigen.

Insgesamt wird das Handwerk sowohl im Wettbewerb um öffentliche Mittel als auch im Wettbewerb mit kommunalen Unternehmen um Kunden überwiegend so gesehen, wie es ist.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*, Das europäische Wettbewerbsrecht als Kollateralschaden des PSPP-Urteils des Bundesverfassungsgerichts? NZKart 2020, 281–281.
- Ammon, Ludwig*, Nochmals: Handelsregistereintragung einer Handwerks-GmbH, GmbHR 2004, 1578–1579.
- Axer, Peter*, Die Finanzierung der Industrie- und Handelskammern durch Abgaben, GewA 1996, 453–461.
- Bäcker, Matthias*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht. Eine dogmatische Neubestimmung am Beispiel des Abwehrrechts des Konkurrenten gegen eine Subvention, Baden-Baden, 2007 (zugl. Diss. Hamburg 2006).
- Badura, Peter*, Das handwerksrechtliche Gebot der Meisterpräsenz in den Gesundheitsberufen, dargestellt am Beispiel des Augenoptikerhandwerks, GewA 1992, 201–208.
- Badura, Peter*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967), 382–407.
- Badura, Peter*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: ein exemplarischer Leitfaden, 4. neubearbeitete Aufl., Tübingen, 2011.
- Badura, Peter/Kormann, Joachim*, Der Beitrag zur Handwerkskammer – Zur Frage einer Anrechenbarkeit von an eine Innung geleisteten Beiträgen –, GewA 2005, 99–107 (1. Teil); 136–142 (2. Teil).
- Bartosch, Andreas*, (Neu-)Entwicklungen in der materiellen Selektivität, EuZW 2017, 756–761.
- Bartosch, Andreas*, Die Selektivität der Selektivität – Wie ist es um die Gestaltungsfreiräume der Mitgliedstaaten in der Wirtschaftsförderung bestellt?, EuZW 2015, 99–104.
- Bartosch, Andreas*, EU-Beihilfenrecht. Art. 106-109 AEUV, Art. 93 AEUV, De-minimis-Verordnung, DAWI-Paket, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung sowie Verfahrensverordnung, Kommentar, 3. Aufl., München, 2020 (zitiert: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht).
- Bätge, Frank*, Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung – Erster Teil, KommJur 2020, 321–325.
- Bayerischer Handwerkstag e.V.*, Stellungnahme des Bayerischen Handwerks zum Entwurf der Verordnung der Europäischen Kommission über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf „De-minimis“-Beihilfe, 10. Mai 2013.
- Beaucamp, Guy*, Meister ade - Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl. 2004, 1458–1463.

- Becker, Ulrich/Heckmann, Dirk/Kempen, Bernhard/Manssen, Gerrit, Öffentliches Recht in Bayern, Verfassungsrecht, Kommunalrecht, Polizei- und Sicherheitsrecht, Öffentliches Baurecht, eine prüfungsorientierte Darstellung, 7. Aufl., München, 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern).
- Berg, Wilfried, Gewerbefreiheit und Handwerksmonopol – am Beispiel der Abgrenzung zwischen Straßenbauerhandwerk und dem Gewerbe des Garten- u. Landschaftsbaus –, *GewA* 1982, 73–77.
- Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Halbband 1), Energiewirtschaftsrecht – Energieplanungsrecht, Energiesicherungsgesetz, hrsg. v. Säcker, Franz Jürgen, 4., völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Aufl., Frankfurt am Main 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht).
- Birstiel, Alexander/Bungenberg, Marc/Heinrich, Helge (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, Baden-Baden, 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Birstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht).
- Bizer, Kilian/Fredriksen, Kaja/Proeger, Till/Schade, Franziska, Handwerk und Reparatur – ökonomische Bedeutung und Kooperationsmöglichkeiten mit Reparaturinitiativen, Göttingen, 2019, abrufbar unter https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2019-02-25_texte_1-2019_handwerk-reparatur.pdf (abgerufen am 12.02.2022).
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. v. Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, Ordner 5, Art. 11-17, 214, Aktualisierung (Stand: Dezember 2021), Heidelberg 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bonner Kommentar GG).
- Böttger, Michael, Stellungnahme zum vorstehenden Aufsatz von Dr. Dieter Johannes Roemer-Blum über die „Abgrenzung zwischen Handwerk und Kunst“, *GewA* 1986, 14–16.
- Breuer, Ludger, Zersplitterung und Bedeutungsverlust des Gemeindewirtschaftsrechts, *WiVerw* 2015, 150–172.
- Britz, Gabriele, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, *NJW* 2014, 346–351.
- Britz, Gabriele, Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, *NVwZ* 2001, 380–387.
- Brüning, Christoph, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, *VerwArch* 100 (2009), 453–474.
- Brüning, Christoph, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, *NVwZ* 2015, 689–695.
- Bulla, Simon, Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, *GewA* 2012, 470–477.
- Bundesministerium der Finanzen, 28. Subventionsbericht des Bundes, 2019–2022, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Bruschieren_Bestellservice/28-subventionsbericht.html (abgerufen am 04.03.2022).

- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit*, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II, Programm zur Nachhaltigen Nutzung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen, Berlin 2016, abrufbar unter https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/progress_ii_broschuere_bf.pdf (abgerufen am 04.03.2022).
- Bungenberg, Marc/Motzkus, Matthias*, Die Praxis des Subventions- und Beihilfenrechts in Deutschland, WiVerw 2013, 76–148.
- Burgi, Martin*, Auswirkungen des neuen Unterschwellenvergaberechts auf das Handwerk, München 2018.
- Burgi, Martin*, Auswirkungen des neuen Vergaberechts auf das Handwerk, München 2016.
- Burgi, Martin*, Das Handwerk als Stabilitätsanker im ländlichen Raum? Kontext und Förderrahmen, GewA 2018, 327–333.
- Burgi, Martin*, Die Verpflichtung zur überbetrieblichen Ausbildung in der Bauwirtschaft im Rahmen von Verfassung und Gesetz, WiVerw 2016, 233–253.
- Burgi, Martin*, Kommunalrecht, 6. Aufl., München 2019.
- Burgi, Martin*, Mittelstandsfreundliche Vergabe, Möglichkeiten und Grenzen (Teil 1), NZBau 2006, 606–610.
- Burgi, Martin*, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen. Vorschlag für eine sektorspezifische Modernisierung des kommunalen Wirtschaftsrechts am Beispiel Nordrhein-Westfalen, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht, Band 55, Stuttgart u. a. 2010.
- Burgi, Martin*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf. Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag, München 2008.
- Burgi, Martin*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), 405–456.
- Burgi, Martin*, Staatshilfen in der Coronakrise, Mit der Gießkanne und ohne gesetzliche Grundlage, Legal Tribune Online, 05.05.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-subventionen-stattshilfe-wirtschaft-gesetzliche-grundlage/> (abgerufen am 04.03.2022).
- Burgi, Martin*, Subventionsrechtliche Betätigungsverbote für Handwerker auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, GewA 2015, 343–350.
- Burgi, Martin*, Verfassungs- und europarechtliche Statthaftigkeit der Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO?, WiVerw 2018, 181–255.
- Burgi, Martin*, Vergaberecht. Systemtische Erläuterung für Praxis und Ausbildung, 3. Aufl., München 2021.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 6. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).
- Creditreform Wirtschaftsforschung*, Wirtschaftslage und Finanzierung im Handwerk, 2019/2020, abrufbar unter https://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/central_files/News/News_Wirtschaftsforschung/2020/2020-03-12_AY_OE_Analyse_HW.pdf (abgerufen am 08.02.2021).

- Czybulka, Detlef*, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, NVwZ 1990, 137-138.
- Degenhart, Christoph*, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, mit Bezügen zum Europarecht, Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte, 36., neu bearbeitete Aufl., Heidelberg 2020 (zitiert: *Degenhart, Staatsrecht I*).
- Degenhart, Christoph*, Strukturwandel im Handwerk, Handwerksbegriff und Kammerzugehörigkeit, DVBl. 1996, 551-556.
- Detterbeck, Steffen*, Die Meisterpräsenz in den Gesundheitshandwerken – Zugleich eine Besprechung von BGH, 17.07.2013 – I ZR 222/11 – GewA 2013, 407 –, GewA 2014, 147-154.
- Detterbeck, Steffen*, Gesundheitshandwerker und Ärzte: Wettbewerb zwischen Wirtschaftsverwaltungs- und Sozialrecht, WiVerw 2021, 111-118.
- Detterbeck, Steffen*, Handwerkskammerbeitrags-Bonussystem für Innungsmitglieder, GewA 2005, 271-278 (1. Teil); 321-328 (2. Teil).
- Detterbeck, Steffen*, Handwerksordnung, Kommentar, 3. Online-Aufl., 2016 (zitiert: *Detterbeck, HwO*).
- Detterbeck, Steffen*, Handwerksordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 2008 (zitiert: *Detterbeck, HwO*, 4. Aufl.).
- Deuster, Jan*, EU-rechtskonforme Finanzierung und Vergabe von öffentlichen Ladesäulen – Teil 1: Beihilfenrecht, KommJur 2021, 41-45.
- Deuster, Jan*, EU-rechtskonforme Finanzierung und Vergabe von öffentlichen Ladesäulen – Teil 2: Vergaberecht, KommJur 2021, 85-89.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag/Deutscher Handwerkskammertag*, Leitfaden Abgrenzung, Handwerk | Industrie | Handel | Dienstleistungen, Stand Juli 2021, Berlin 2021, abrufbar unter <https://www.rhein-neckar.ihk24.de/blueprint/servlet/resource/blob/3638148/bbb1ba95782d5efd62e427%203642550704/leitfaden-abgrenzung-handwerk-data.pdf> (abgerufen am 04.03.2022).
- Die deutsche Bundesregierung*, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Weiterentwicklung 2021, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/998006/1873516/%207c0614aff0f2c847f51c4d8e9646e610/2021-03-10-dns-2021-finale-langfassung-barrierefrei-data.pdf?download=1> (abgerufen am 04.03.2022).
- Dietl, Fabian*, Die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Durchführung eines Branchendialogs, KommJur 2015, 401-407.
- Dietlein, Johannes/Heusch, Andreas* (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 18. Edition, München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Dietlein/Heusch*, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen).
- Dietlein, Johannes/Ogorek, Markus* (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Hessen, 18. Edition, München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Dietlein/Ogorek*, BeckOK Kommunalrecht Hessen).
- Dietlein, Johannes/Suerbaum, Joachim* (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Bayern, 13. Edition, München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Dietlein/Suerbaum*, BeckOK Kommunalrecht Bayern).
- Dohrn, Max-Jürgen*, Besonderheiten bei der Ausübung des Hörgeräteakustiker-Handwerks, GewA 1986, 116-126.

- Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, hrsg. v. Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H., Band I, Art. 1–5, 95. Lieferung (Stand: Juli 2021), München 2021; Band II, Art. 6–16a, 95. Lieferung (Stand: Juli 2021), München 2021; Band III, Art. 17–28, 95. Lieferung (Stand: Juli 2021), München 2021; Band VI, Art. 87a–106b, 95. Lieferung (Stand: Juli 2021), München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG).
- Dürr, Wolfram, Meisterprüfung als präventives Sicherheitselement?, *GewA* 2003, 415–417.
- Ehlers, Dirk, Die Zukunft der Kommunalwirtschaft, *Der Landkreis* 2003, 22–26.
- Ehlers, Dirk, Rechtsfragen des Subventionsrechts, *DVBl.* 2014, 1–14.
- Ehlers, Dirk, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, *DVBl.* 1998, 497–508.
- Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg 2019* (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, *Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1*).
- Eiermann, Heinrich, Akteneinsicht durch kommunale Mandatsträger, *NVwZ* 2005, 43–48.
- Emmerich-Fritsche, Angelika, Rechtliche Grenzen und Risiken der Betriebsberatung in einer Unternehmenskrise am Beispiel der Beratung durch die Handwerkskammer, *GewA* 2011, 385–391.
- Engelbrecht, Kai, Informationszugang für bayerische Gemeinderatsmitglieder, *BayVBl.* 2017, 541–549.
- Enkler, Claus, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in neuen Geschäftsfeldern, *ZG* 1998, 328–351.
- Ennuschat, Jörg/Wank, Rolf/Winkler, Daniela (Hrsg.), *Gewerbeordnung, Kommentar, 9. Aufl., München 2020* (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ennuschat/Wank/Winkler, *GewO*).
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz, 49. Edition* (Stand: 15.11.2021) München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Epping/Hillgruber, *BeckOK GG*).
- Europäische Kommission, XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2002, In Zusammenhang mit dem „Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Union 2002“ veröffentlichter Bericht, Brüssel, Luxemburg 2003, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2002/de.pdf (abgerufen am 08.03.2022). (zitiert: *EU-Kommission*, XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2002).
- Expertenkommission *Forschung und Innovation (EFI)*, Gutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leistungsfähigkeit Deutschland, Gutachten 2014, abrufbar unter https://www.e-fi.de/fileadmin/Assets/Gutachten/2014/EFI_Gutachten_2014.pdf (abgerufen am 04.03.2022).
- Fiege, Carsten, Der Filialhandwerker in Deutschland und Europa – Zur Zulässigkeit und zu den Voraussetzungen für den Betrieb handwerklicher Filialunternehmen nach deutschem Handwerksrecht, den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und der Rechtslage in den anderen EU-Mitgliedsstaaten –, *GewA* 2001, 409–415.

- Franz, Thorsten*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge. Zugleich eine Untersuchung zu den Zwecken und Formen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung, Tübingen 2005.
- Frenz, Walter*, Beihilfen für Ausbildung und Beschäftigung, GewA 2019, 181–184.
- Frenz, Walter*, Beratungsbeihilfe für Handwerker: Wettbewerbsstärkung und Legitimation, GewA 2017, 325–331.
- Frenz, Walter*, Beratungsbeihilfe? Beihilferechtliche Bewertung eines BMWi-geförderten Informationsnetzwerks für Handwerker, GewA 2017, 172–178.
- Frenz, Walter*, F&E&I-Beihilfen, GewA 2019, 143–146.
- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilferecht, 2. Aufl. Berlin 2021 (zitiert: *Frenz*, Hdb. Europarecht, Band 3: Beihilferecht).
- Frenz, Walter*, Selektivität in der Beihilfenkontrolle auf altem Kurs – nach dem EuGH-Urteil zur Kernbrennstoffsteuer, EWS 2015, 194–197
- Friauf*, Kommentar zur Gewerbeordnung – GewO, Gewerberechtlicher Teil und Kommentar der Ausführungsverordnungen, hrsg. v. *Korte, Stefan/Repkewitz, Ulrich/Schulze-Werner, Martin*, Band 1, §§ 1–33g, 327. Lieferung (Stand: September 2021), Köln 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Friauf*, GewO).
- Fröhler, Ludwig*, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, BB 1957, 1127–1130.
- Fröhler, Ludwig/Kormann, Joachim* (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung, Heidelberg 1978 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Fröhler/Kormann*, GewO).
- Fröhler, Ludwig/Kormann, Joachim*, Die Handwerkskammer als Unternehmer?, GewA 1984, 177–188.
- Fröhler, Ludwig/Mörtel, Georg*, Die Berufsbildfixierung im Handwerksrecht und die Frage ihrer verfassungsrechtlichen Problematik, Band 2, Das System der Berufsbilder nach der Handwerksordnung, München 1979.
- Fröhler, Ludwig/Oberndorfer, Peter*, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, München 1974.
- Frotscher, Werner/Kramer, Urs*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht. Eine systematische Einführung anhand von Grundfällen, 7., überarbeitete und ergänzte Aufl., München 2019.
- Geiger, Stefan/Aßmann, Jaron*, Chancen und Grenzen der Expansionsmöglichkeiten kommunaler Energieversorgungsunternehmen, DVBl. 2012, 1276–1283.
- Glaser, Andreas*, Regionale Steuerautonomie im Fokus des EG-Beihilfenrechts, EuZW 2009, 363–366.
- Glasl, Markus/Maiwald, Beate/Wolf, Maximilian*, Handwerk – Bedeutung, Definition, Abgrenzung, München 2008.
- Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, hrsg. v. *Nettesheim, Martin*, Band I, EUV/AEUV, 74. Ergänzungslieferung (Stand: September 2021) München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU).
- Günther, Thomas*, Die Änderung des Handwerksrechts durch das 5. HwO-Änderungsgesetz, GewA 2021, 478–487.
- Günther, Thomas*, Die Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung, GewA 2012, 16–20.

- Haidenhain, Martin* (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Haidenhain, Hdb. des europäischen Beihilfenrechts).
- Hamann, Andreas*, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied u. a. 1958.
- Härtel, Ines/Pielow, Johann-Christian* (Hrsg.), Effektiv zu mehr Energieeffizienz? Dokumentation der XV. Jahrestagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 19. Mai 2011, Stuttgart u. a. 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Härtel/Pielow, Effektiv zu mehr Energieeffizienz?).
- Heinzen, Markus*, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, Berlin 1999.
- Held, Ansgar/Kliemann, Annette*, The 2009 Broadcasting Communication and the Commission's Decisional Practice Two Years after its Entry into Force, EStAL 2012, 37–48.
- Henneke, Hans-Günter*, Das Recht der Kommunalwirtschaft in Gegenwart und Zukunft, NdsVBl. 1999, 1–10.
- Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen bei der Entwicklung ländlicher Räume, Stuttgart u. a. 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Henneke, Rechtliche Herausforderungen bei der Entwicklung ländlicher Räume).
- Hermann, Karolin*, Sonderinformation 2: Saat vor Privat? – Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit, Deutsches Steuerzahlerinstitut des Bundes der Steuerzahler e.V., Berlin 2014, abrufbar unter <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/97170/1/784199779.pdf> (abgerufen am 04.03.2022).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1).
- Honig/Knörr/Thiel*, Handwerksordnung mit Berufsausbildungsrecht, Kommentar, hrsg. v. *Thiel, Markus*, 5. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO).
- Hoppe, Werner/Uechtritz, Michael/Reck, Joachim* (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3., vollständig überarbeitete Aufl., Köln 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Hdb. Kommunale Unternehmen).
- Huber, Ernst Rudolf*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 97–102 (1. Teil); 135–143 (2. Teil); 172–175 (3. Teil); 200–207 (4. Teil).
- Huber, Peter M.*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Tübingen.
- Hüpers, Frank*, Reisegewerbe und handwerklicher Befähigungsnachweis, GewA 2004, 230–233.

- ifeu-Institut für Energie- und Umweltforschung, Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung, Prognos AG, Gesellschaft für Wirtschaftliche Strukturforschung mbH u.a., Endbericht, Energieeffizienz: Potenziale, volkswirtschaftliche Effekte und innovative, Handlungs- und Förderfelder für die Nationale Klimaschutzinitiative, Heidelberg u.a. Oktober 2011, abrufbar unter https://www.ifeu.de/fileadmin/uploads/NKI_Endbericht_2011.pdf (abgerufen am 04.03.2022) (zitiert: *IFEU, Fraunhofer ISI, Prognos, GWS et al.*, Endbericht, Energieeffizienz).
- Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfenrecht/Sonderbereiche, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, hrsg. v. *Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Körber, Torsten*, 5. Aufl. München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 3).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, Aufgaben des Staates, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Isensee/P. Kirchhof*, HStR, IV).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Isensee/P. Kirchhof*, HStR, V).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Isensee/P. Kirchhof*, HStR, VIII).
- Iser, Roland/Piotrowski, Sophia*, Selektivität von Beihilfen: Dogmatische Grundfragen am Beispiel von IP-Boxen, IStR 2015, 257–267.
- Jahn, Ralf*, Zum gerichtlichen Inkasso durch Handwerkskammern für ihre Mitgliedsbetriebe, NVwZ 2002, 306–307.
- Jarass, Hans D.*, Reform des Kommunalwirtschaftsrechts. Probleme des Gemeindefirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen sowie in anderen Bundesländern und deren Behebung, Baden-Baden 2005.
- Kahl, Wolfgang/Bews, James*, Letztes Rückzugsgefecht der Atomenergie? – Die Kernbrennstoffsteuer vor dem EuGH, NVwZ 2015, 1081–1086.
- Kappelhoff, Michael*, Marktuntersuchung und Branchendialog im kommunalen Wirtschaftsrecht, Hamburg 2021 (zugl. Diss. Münster 2010).
- Katz, Alfred*, Demokratische Legitimationsbedürftigkeit der Kommunalunternehmen, Verantwortlichkeit des Gemeinderats – Information und ihre Grenzen, NVwZ 2018, 1091–1097.
- Katz, Alfred*, Vorbereitung von Gemeinderatssitzungen – Anforderungen, Informationspflichten und -grenzen, KommJur 2018, 241–245.
- Kersten, Jens*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), 288–334.
- Kirchberg, Christian*, Zwang, Pflicht oder Chance – Mitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern, NJW 2017, 2723–2726.

- Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan* (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets, Heidelberg 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht).
- Klein*, Abgabenordnung: AO, einschließlich Steuerstrafrecht, bearb. v. *Gersch, Eva-Maria/Jäger, Markus/Rätke, Bernd* u. a., 15., völlig neubearbeitete Aufl., München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Klein, AO).
- Klindt, Thomas*, Kaufst Du noch oder reparierst Du schon? Kritisches zum geplanten "Recht auf Reparatur", BB, 2022, I.
- Kluth, Winfried* (Hrsg.), Die IHK-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 2017, Analyse, interdisziplinäre Einordnung und Kritik, Halle (Saale) 2018.
- Kluth, Winfried* (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 3. Aufl., Baden-Baden 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts).
- Kluth, Winfried*, Funktionale Selbstverwaltung, Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997.
- Kluth, Winfried*, Kammerfinanzierung ohne Pflichtbeiträge?, GewA 2018, 261–263.
- Kluth, Winfried*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2019.
- Knauff, Matthias*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Baden Baden 2020.
- Köckritz, Christian von*, Anm. zu EuGH C-270/15 P – Belgien/Kommission, EuZW 2016, 709 (712–713).
- Köhler, Helmut*, Das neue kommunale Unternehmensrecht in Bayern, BayVBl. 2000, 1–12.
- Köhler/Bornkamm/Feddersen*, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, GeschGehG, PAngV, UKlaG, DL-InfoV, P2B-VO, bearb. v. *Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn/Alexander, Christian*, 40., neu bearbeitete Auflage, München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG).
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2/1, §§ 76–94 AktG, hrsg. v. *Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich*, 3., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Köln 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kölner Kommentar zum AktG, II).
- Kopp, Ferdinand*, Die Zukunft des Handwerksrechts und seine Organisation, WiVerw 1994, 1–19.
- Kormann, Joachim*, Abgabenerhebung durch Handwerkskammern und Handwerksinnung für Maßnahmen der Überbetrieblichen Unterweisung, München 1990.
- Kormann, Joachim*, Steuerberatung als Service-Leistung der Handwerkskammern, GewA 1988, 249–261.
- Kormann, Joachim*, Überbetriebliche Unterweisung und Außerbetriebliche Ausbildung, München 1985.
- Kormann, Joachim*, Verpflichtung zur Überbetrieblichen Unterweisung, München 1989.
- Kormann, Joachim/Hüpers, Frank*, Das neue Handwerksrecht. Rechtsfolgen aus der HwO-Novelle 2004 für Handwerksbetriebe und -organisationen, Überblick, Zweifelsfragen und erstes Resümee, München 2004.
- Kormann, Joachim/Hüpers, Frank*, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewA 2004, 353–363.

- Kormann, Joachim/Liegmann, Jörg*, Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band 1. Eine Bestandsaufnahme, eine Bestandsaufnahme zur Abgrenzung des Vollhandwerks von Industrie, zulassungsfreien Handwerken handwerksähnlichen Gewerben und einfachen Tätigkeiten, München 2005.
- Kormann, Joachim/Schinner-Stör, Ute*, Rechtsdienstleistungen durch öffentlich-rechtliche Handwerksorganisationen, GewA 2004, 265–277.
- Kormann, Joachim/Schinner-Stör, Ute*, Zulässigkeit von Rechtsdienstleistungen der Handwerksorganisationen, München 2003.
- Kormann, Joachim/Wolf, Ulrike*, Ausbildungsordnung und Ausbildungsberufsbild. Aktuelle Rechtsfragen der handwerklichen Berufsausbildung, München 2004.
- Korte, Stefan*, Vom goldenen Boden des Reisehandwerks, GewA 2010, 265–273.
- Kramer, Urs*, Die Meisterpflicht im Handwerk – Relikt oder Weg in die Zukunft?, GewA 2013, 105–111.
- Kreppner, Oskar*, Handwerk oder Industrie – Zählen nur Kleinbetriebe zum Handwerk?, GewA 1965, 49–54.
- Krimphove, Dieter*, „Akademisierung“ des Handwerks, GewA 2021, 263–266.
- Krüger, Herbert*, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950.
- Krüger, Herbert*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, 361–368.
- Krüger, Herbert*, Von der reinen Marktwirtschaft zur Gemischten Wirtschaftsverfassung, Hamburg 1966.
- Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Band I, Gewerbeordnung, Kommentar, bearb. v. *Marcks, Peter/Neumann, Dirk/Bleutge, Peter* u. a., 86. Ergänzungslieferung (Stand: Februar 2021), München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO).
- Lange, Klaus*, Kommunalrecht, 2., überarbeitete Aufl., Tübingen 2019.
- Lange, Klaus*, Öffentlicher Zweck, öffentliches Interesse und Daseinsvorsorge als Schlüsselbegriffe des kommunalen Wirtschaftsrechts, NVwZ 2014, 616–621.
- Leder, Martin*, Kohärenz und Wirksamkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts im wettbewerbsrechtlichen Umfeld, DÖV 2008, 173–183.
- Leisner, Walter Georg* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Handwerksordnung, 15. Edition (Stand: 01. Dezember 2021), München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Leisner, BeckOK HwO).
- Leisner, Walter Georg*, Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks in § 1 Abs. 2 HwO. Rechtsprechungsanalyse und systematische Einordnung von Einzel(grenz)fällen, München 2014.
- Leisner, Walter Georg*, Die überbetriebliche Lehrlingsunterweisung (ÜLU) im Handwerk. Bedeutung – Rechtsgrundlagen – Finanzierung, München 2011/2012.
- Leisner, Walter Georg*, Wettbewerbschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks, Tübingen 2014.
- Leisner, Walter*, Der Verfassungsschutz des Handwerks und die Abgrenzung Handwerk – Industrie, GewA 1997, 393–400.

- Lenski, Sophie-Charlotte*, Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung, 2013.
- Lenssen*, Zulässigkeit und rechtliche Bedeutung der Wahrnehmung beruflicher Interessen einzelner Kammerzugehöriger durch die Handwerkskammer, GewA 1973, 201–203.
- Linn, Alexander*, Die Beihilfeverfahren in Sachen Amazon, Apple, Fiat und Starbucks – Eine neue Dimension der Selektivität?, IStR 2015, 114–120.
- Lissack, Gernot*, Bayerisches Kommunalrecht, 4. Aufl., München 2019.
- Luber, Michael/Tremml, Bernd*, Die Amtshaftung der Handwerksorganisation, GewA 2007, 393–398.
- Lück, Dominik/Witznick, Benjamin*, Kommunale Untersuchungsausschüsse – eine Möglichkeit zur Kontrolle der Kommunalverwaltung?, KommJur 2021, 405–410.
- Maaßen, Wolfgang*, Kunst oder Gewerbe? Die Abgrenzung der künstlerischen von der gewerblichen Tätigkeit im Steuerrecht, Handwerksrecht, Künstlersozialversicherungsrecht und in anderen Rechtsbereichen, 3. überarbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg 2001.
- Mache, Hans-Michael*, Der IHK-Beitrag – Ist die Bemessungsgrundlage heute noch gerechtfertigt?, GewA 1986, 122–126.
- Mallmann, Otto*, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht, GewA 1996, 89–96.
- Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, Band 1, Präambel, Artikel 1–19 hrsg. v. *Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas*, 7. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, I).
- Mann, Thomas*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JZ 2002, 819–826.
- Mann, Thomas/Prüttner, Günter* (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, Kommunale Wirtschaft, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin u. a. 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Mann/Prüttner, Hdb. der kommunalen Wissenschaft und Praxis, II).
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20., überarbeitete und ergänzte Aufl., München 2020.
- Maydell, Bern von/Scholz, Rupert*, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, Berlin 1980.
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, 3. Aufl., Heidelberg 1924 (Unveränderter Nachdruck 2004).
- Merkt, Albrecht*, Die mitgliedschaftsbezogene Abgabe des öffentlichen Rechts, Pfaffenweiler 1990, (zugl. Diss. Heidelberg 1989).
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Merten/Papier, HGR, V).
- Meyer, Werner/Diefenbach, Wilhelm*, Handwerkliche Betätigung von Kommunen und kommunalen Unternehmen. Schranken aus Handwerks-, Kommunal-, Wettbewerbs- und Verfassungsrecht, München 2002.

- Meyer, Werner/Diefenbach, Wilhelm*, Handwerksordnung und Europäische Union: Ausländer-/ Inländerdiskriminierung? Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 3. Oktober 2000 – Rs C-58/98 - auf deutsche gewerbe- und handwerksrechtliche Regelungen, München 2001.
- Mirbach, Horst*, Anfang vom Ende des Meisterzwangs?, NVwZ 2001, 161–163.
- Moraing, Markus*, Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte. Handlungsbedarf und Handlungsmöglichkeiten aus Sicht der Kommunalwirtschaft, WiVerw 1998, 233–263.
- Mörtel, Georg*, Die Berufsbilder nach § 25 und § 45 der Handwerksordnung, WiVerw 1980, 88–124.
- Muckel, Stefan*, Pflichtmitgliedschaft und Beitragspflicht in der IHK sind verfassungsgemäß, JA 2017, 878–880.
- Müller, Gerhard*, Die Abgrenzung Handwerk / Industrie in der Tiefbau-Branche, GewA 1986, 79–84.
- Müller, Klaus*, Handwerksrechtsnovelle von 2003. Was waren die Ergebnisse?, GewA 2016, 54–60.
- Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 5, Beihilfenrecht, hrsg. v. Säcker, Franz Jürgen, 2. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münchener Kommentar, Beihilfenrecht).
- Neumann, Rainer/Olma, Michael*, Die Betriebsberatung im Handwerk, Bonn 1995.
- Nipperdey, Hans Carl*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 5. März 1954, Karlsruhe 1954.
- Nipperdey, Hans Carl*, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, Köln 1960.
- Nowak, Carsten*, Entwicklung, Koordinatensystem und Kernbestandteile des Europäischen Umweltverfassungsrechts, NuR 2015, 306–316.
- Nowak, Carsten*, Ausformungen, Wirkungen und Kernfragen des Europäischen Umweltverfassungsrechts, NuR 2015, 375–386.
- Nowak, Carsten*, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, EuR 2009, Beiheft 1, 129–192.
- Oebbecke, Janbernd*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), 366–404.
- Osterloh, Lerke*, Der Gleichheitssatz zwischen Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Beharren. Beweg. Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 139–152.
- Pahlke, Michael*, Gibt es einen „ungeschriebenen verfassungsunmittelbaren Informationsanspruch“ eines jeden Gemeinderatsmitglieds gegenüber dem Bürgermeister?, BayVBl. 2011, 686–694.
- Papier, Hans Jürgen*, Wirtschaftsverfassung in der Wirtschaftsordnung der Gegenwart, in: Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin, 2004, S. 459–477.

- Papier, Hans-Jürgen*, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, DVBl. 2003, 686–697.
- Peifer, Markus*, Grundsätze des Handwerksrechts in Kroatien, GewA 2015, 67–71.
- Pielow, Johann-Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Gewerbeordnung, 55. Edition (Stand: 01. September 2021), München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Pielow, BeckOK GewO).
- Pielow, Johann-Christian*, Handwerksrelevante Entwicklungen im Gewerberecht, Wi-Verw 2019, 154–168.
- Pietzcker, Jost*, Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, 1225–1232.
- Pinegger, Michael/Kraußner, Hans-Peter*, Aktuelle Rechtsfragen des Gewerberechts, GewA 1997, 16–22.
- Popitz, Johannes*, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden. Gutachten, erstattet der Studiengesellschaft für den Finanzausgleich, Berlin 1932.
- Prandl, Josef/Zimmermann, Hans/Büchner, Hermann/Pahlke, Michael* (Hrsg.), Kommunalrecht in Bayern, Kommentar zur Gemeindeordnung - Verwaltungsgemeinschaftsordnung - Landkreisordnung und Bezirksordnung mit ergänzenden Vorschriften, Loseblatt (Stand: 2019), Köln 2019 (zitiert: *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern).
- Praxis der Kommunalverwaltung*, Beck-Kommunalpraxis Thüringen plus, Gesamtwerk, Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung (Thüringer Kommunalordnung – ThürKO –), Kommentar, hrsg. v. *Dirnberger, Franz/Hennecke, Hans-Günter/Meyer, Hubert* u.a., Wiesbaden (zitiert: *Bearbeiter*, in: PdK Th B-1).
- Psychogiopoulou, Evangelia*, State Aids to the Press: The EU's Perspective, EStAL 2012, 57–71.
- Psychogiopoulou, Evangelia*, State Aids to the Publishing Industry and Cultural Policies in Europe, EStAL 2013, 69–82.
- Püttner, Günter*, Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Energieversorgung in Deutschland, LKV 1991, 209–213.
- Reiter, Lukas*, Beihilfen zugunsten von Produktionszweigen: zur sektoralen Selektivität im Beihilfenrecht, EuZW 2020, 312–316.
- Roemer-Blum, Dieter Johannes*, Zur Abgrenzung zwischen Handwerk und Kunst, GewA 1986, 9–14.
- Ruffert, Matthias* (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, Zugleich Band 5 der Enzyklopädie Europarecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht).
- Ruffert, Matthias*, Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 92 (2001), 27–57.
- Rupp, Hans Heinrich*, Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“, Tübingen 1974.
- Rüth, Herbert*, Die handwerklichen Berufsbilder auf dem Prüfstand, GewA 1992, 129–133.
- Rüth, Herbert*, Kunsthandwerk – Handwerk oder Kunst?, Die rechtliche Einordnung des Kunstwerks, GewA 1995, 363–367.

- Ruthig, Josef/Storr, Stefan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5., neu bearbeitete Aufl., Heidelberg 2020.
- Sachs, Michael, Grundrechte: Schutz vor Zwangsmitgliedschaften, Vereinbarkeit der Zwangsmitgliedschaft nebst Beitragspflicht in der IHK mit Art. 2 I GG, JuS 2017, 1135–1137.
- Sallaberger, Sophie, Die Handwerksrechtsnovelle 2020, GewA 2020, 203–208.
- Sallaberger, Sophie, Digitalisierung als Herausforderung für das Rechtsregime des Handwerks, Baden-Baden 2021 (zugl. Diss. Bochum 2021).
- Scharpf, Christian, „Errichtung“, „Übernahme“ und „wesentliche Erweiterung“ i.S. des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GO, BayVBl. 2005, 549–554.
- Scharpf, Christian, Kommunales Unternehmensrecht in Bayern. Voraussetzungen und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit nach Art. 87 BayGO, München 2004.
- Schink, Alexander, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, 129–140.
- Schliesky, Utz, Über Notwendigkeit und Gestalt eines Öffentlichen Wettbewerbsrechts, DVBl. 1999, 78–86.
- Schliesky, Utz, Öffentliches Wettbewerbsrecht. Verhaltensrechtliche Determinanten von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln, Berlin 1997 (zugl. Diss. Kiel 1996/97).
- Schliesky, Utz, Einwirkungen des Staates auf den Wettbewerb, JA 1997, 902–909.
- Schliesky, Utz, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Deutsche und europäische Grundlagen, 4., völlig neu bearbeitete Aufl., Heidelberg 2014.
- Schmidt am Busch, Birgit, Noch immer aktuell: Die Wirtschaftsordnung der Bayerischen Verfassung, GewA 2015, 273–279.
- Schmidt, Reiner, Wirtschaftspolitik und Verfassung. Grundprobleme, Baden-Baden 1971.
- Schmidt, Reiner/Wollenschläger, Ferdinand (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., Berlin 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium).
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG, BB Beilage 34 (1990), 1–14.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht. Mit Jura-Kartei (JK) auf CD-ROM - Edition 2008, 14., neu bearbeitete Aufl., Berlin 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht).
- Schmitz, Klaus, Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1999, 88–99.
- Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian, Recht der Energiewirtschaft. Praxishandbuch, 4., neu bearbeitete Aufl., München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013).
- Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian, Recht der Energiewirtschaft. Praxishandbuch, 5., neu bearbeitete Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl. 2021).

- Schöbener, Burkhard*, Die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Kammern, GewA 2011, 49–56.
- Schoch, Friedrich*, Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1993, 377–383.
- Scholz, Rupert*, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 1969, 97–148.
- Schotthöfer, Kurt*, Haftung der Betriebsberater der Handwerksorganisation, GewA 1977, 213–215.
- Schotthöfer, Kurt*, Zum Betriebsleiterproblem im Handwerksrecht, GewA 1981, 114–118.
- Schröter, Helmuth/Jakob, Thinam/Klotz, Robert/Mederer, Wolfgang* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, Großkommentar, 2., völlig überarbeitete Aufl., Baden-Baden 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht).
- Schulte, Martin/Kloos, Joachim*, Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht. Grundlagen, Beihilfen, öffentliche Unternehmen, Gewerberecht, Umweltrecht, Regulierungsrecht, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schulte/Kloos, Hdb. Öffentliches Wirtschaftsrecht).
- Schulz, Sönke E./Tischer, Jakob*, Die Grenzen kommunalen Wirtschaftens: aktuelle Entwicklungen, alte Fragen, GewA 2014, 1–6.
- Schulze, Roland*, Erleichterung von Existenzgründungen und Förderung von Kleinunternehmen im Bereich einfacher Tätigkeiten – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung –, GewA 2003, 283–288.
- Schwannecke, Holger* (Hrsg.), Die Deutsche Handwerksordnung, Kommentar, Muster-satzungen und Materialien, Loseblatt mit Aktualisierungen (Stand: 2018) Berlin 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwannecke, Handwerksordnung).
- Schwannecke, Holger*, Der Meisterbrief des Handwerks: Ein Qualifikationsinstrument mit Zukunft? – Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Handwerksordnung –, WiVerw 2003, 193–216.
- Schwappach, Jürgen/Klinge, Gabriele*, Handwerksrechtliche Voraussetzungen zur Annahme eines Nebenbetriebes i. S. von §§ 2 und 3 HwO, GewA 1987, 73–80.
- Schwarz, Paul*, Der Strukturwandel im Handwerk als Strukturproblem der Handwerkskammern, GewA 1993, 353–357.
- Schwarz, Paul*, Die „handwerksmäßige“ Betriebsform unter der gewandelten Struktur des Handwerks, WiVerw 1989, 207–229.
- Sertl, Walter*, Kriterien für die Abgrenzung von Handwerksbetrieben und Industrieunternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht, WiVerw 1989, 185–205.
- Shirvani, Foroud*, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, DÖV 2011, 865–873.
- Sinnaeve, Adinda*, Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?, EuZW 2001, 69–77.
- Sinnaeve, Adinda*, The Complexity of Simplification: The Commission’s Review of the de minimis Regulation, EStAL 2014, 261–276.
- Soltész, Ulrich*, Wichtige Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht im Jahre 2017, EuZW 2018, 60–67.

- Soltész, Ulrich, Wichtige Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht im Jahre 2020, EuZW 2021, 5–12.
- Soltész, Ulrich/Hellstern, Mara, „Mittelbare Beihilfen“ – Indirekte Begünstigungen im EU-Beihilferecht, EuZW 2013, 489–493.
- Stehlin, Volker/Grabolle, Martin, Spielräume gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, Die neue Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW in der praktischen Anwendung, VBIBW 2007, 41–46.
- Stern, Klaus, Der Staat des Grundgesetzes. Ausgewählte Schriften und Vorträge, hrsg. v. Siekmann, Helmut, Köln u. a. 1992.
- Sternberg, Hans Karl, Abgrenzung zwischen Handwerk und freier Kunst, WiVerw 1986, 130–137.
- Stiedl, Hermann/Troidl, Thomas, Mehr Demokratie im Gemeinderat – Transparenz und Grundsatz des freien Mandats im Kommunalrecht –, BayVBl. 2008, 289–302.
- Stiel, Arnd P., Neuer Rahmen für die Wirtschaftstätigkeit von Gemeinden in Niedersachsen, NordÖR 2006, 379–382.
- Stober, Rolf, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewA 2003, 393–400.
- Stober, Rolf/Eisenmenger, Sven, Öffentliches Wirtschaftsrecht - Besonderer Teil. Gewerberechtliche Grundlagen, spezielles Branchenrecht und branchenübergreifende Querschnittsmaterien, 17., überarbeitete Aufl., Stuttgart 2019.
- Stober, Rolf/Korte, Stefan, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen Öffentlichen Wirtschaftsrechts, 19., überarbeitete Aufl., Stuttgart 2018.
- Stöbner de Mora, Sarah, Beihilfenrecht: EU-Kommission plant Verlängerung und Evaluierung beihilferechtlicher Vorschriften, EuZW 2019, 102.
- Stöbner de Mora, Sarah, Beihilfenrecht: Verlängerung der AGVO, De-minimis-Verordnung und Leitlinien sowie gezielte Anpassungen aufgrund der Covid-19-Krise, EuZW 2020, 635.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Streinz, EUV/AEUV).
- Strobel, Brigitte, Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, Baden-Baden 2002 (zugl. Diss. Frankfurt am Main 2002).
- Tenostendarp, Tom, Vorbereitung der Gemeinderatssitzung durch den Bürgermeister, KommJur 2019, 244–248.
- Tettinger, Peter J., Kammerrecht, Das Recht der wirtschaftlichen und der freiberuflichen Selbstverwaltung, München 1997.
- Theobald, Christian/Kühling, Jürgen (Hrsg.), Energierecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen, Kommentar, 112. Ergänzungslieferung (Stand: Juni 2021), München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Theobald/Kühling, EnergieR).

- Thomä, Jörg*, Ende des Erfahrungswissens? Akademisierung und Innovationsfähigkeit von KMU, Göttingen 2019.
- Traublinger, Heinrich*, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewA 2003, 353–359.
- Verband kommunaler Unternehmen e.V.*, Kommunale Wärmewende, Die Lösung liegt vor Ort!, abrufbar unter https://www.vku.de/fileadmin/user_upload/Verbandsseite/Publikationen/2018/180711_VKU_Broschuere_Waermewende_RZ-WEB.PDF (abgerufen am 04.03.2022) (zitiert: *VkU*, Kommunale Wärmewende).
- Wendt, Rudolf*, Zulässigkeit und Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Wirtschafts- und Haushaltsführung der IHK Frankfurt, insbesondere der Bildung von Rücklagen durch die Kammer, sowie Begrenzung der Finanzkontrolle seitens des Landesrechnungshofs durch die Selbstverwaltungsbefugnis und Haushaltsautonomie der Kammer, WiVerw 2013, 5–58.
- Wernicke, Kurt Georg/Booms, Hans* (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Band. 3, Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung, München 1986 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wernicke/Booms, Der Parlamentarische Rat, Band 3).
- Wernsmann, Rainer*, Grenzen unterschiedlicher Förderung von Männern und Frauen – OVG Münster, NWVBl 2002, 239, JuS 2002, 959–964.
- Widtmann, Julius/Grasser, Walter/Glaser, Erhard* (Hrsg.), Bayerische Gemeindeordnung, mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, Kommentar, Losebl.-Ausg. (Stand: 1. Februar 2021), München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar).
- Wiemers, Matthias*, Die Gesundheitshandwerke zwischen Handwerksrecht und Gesundheitsrecht, DVBl. 2012, 942–950.
- Wiemers, Matthias/Ghaedi, Mina*, Rechtsberatung durch die Wirtschaftskammern, GewA 2016, 185–188.
- Wiemers, Matthias*, Anm. zu BVerfG 1 BvR 2222/12, 1 BvR 1106/13, NVwZ 1282 (1290–1291).
- Will, Martin*, Selbstverwaltung der Wirtschaft. Recht und Geschichte der Selbstverwaltung in den Industrie- und Handelskammern, Handwerksinnungen, Kreishandwerkerschaften, Handwerkskammern und Landwirtschaftskammern, Tübingen 2010.
- Winkelhüsener, Beate/Schmitz, Jan-Volkert*, Von der Automobilindustrie zur Luftfracht: Strenge Prüfung der Erforderlichkeit von Ausbildungsbeihilfen durch die Kommission von EuG als rechtmäßig erkannt, EuZW 2010, 897–899.
- Winter, Franz H.*, Handwerk oder Industrie – Vernachlässigte Aspekte der Abgrenzung, GewA 1965, 1–5.
- Witt, Daïke*, Neue Ausbildungsordnungen im Handwerk und Neuentwicklungen im Prüfungswesen, WiVerw 2003, 236–247.
- Wolters, Sarah/Frey, Michael*, Stadtwerke und ihre Dienstleistungen hinter dem Stromzähler: kommunalrechtliche Rahmenbedingungen und Grenzen, KommJur 2018, 205–209.

- Wurzel, Gabriele/Schraml, Alexander/Gaß, Andreas (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen).
- Zentralverband des Deutschen Handwerks, Beihilfenrecht – Vereinfachungen für KMU dringend erforderlich, kompakt, Berlin 2019, abrufbar unter https://www.zdh.de/fileadmin/user_upload/themen/Handwerkspolitik/zdh-kompakt/zdh_kompakt_2019/19_05_02_Beihilferecht_01.pdf (abgerufen am 13.08.2019) (zitiert: *ZDH*, Beihilfenrecht – Vereinfachungen für KMU dringend erforderlich, kompakt).
- Zentralverband des Deutschen Handwerks, Geschäftslage erholt sich vorläufig Aussichten bleiben getrübt, Konjunkturbericht 2/2020, abrufbar unter https://www.zdh.de/fileadmin/Oeffentlich/Wirtschaft_Energie_Umwelt/ALT/konjunkturberichte/2020/ZDH_Konjunkturreport_2-2020.pdf (abgerufen am 04.03.2022) (zitiert: *ZDH*, Konjunkturbericht 2/2020).
- Zentralverband des Deutschen Handwerks, Konjunkturauftrieb für Handwerksbetriebe – Lieferengpässe bremsen weitere Erholung, Konjunkturbericht 2/2021, abrufbar unter https://www.zdh.de/fileadmin/Oeffentlich/Wirtschaft_Energie_Umwelt/Themen/Konjunkturberichte/2021-2/ZDH_Konjunkturreport_2_2021.pdf (abgerufen am 04.03.2022) (zitiert: *ZDH*, Konjunkturbericht 2/2021).
- Zentralverband des Deutschen Handwerks, Stellungnahme, Gezielte Anpassung der AGVO bei Programmen, Berlin 2019 (zitiert: *ZDH*, Stellungnahme, Gezielte Anpassung der AGVO bei Programmen).
- Ziekow, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht. Ein Studienbuch, 5., neu bearbeitete Aufl., München 2020.
- Zimmermann, Eric, Einführung eines Handwerkskammerbeitragsbonus für Innungsmitglieder?, *GewA* 2007, 141–146.