

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. Kirchhoff/Korte/Magen*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 6 Rn. 3, demnach der Begriff des öffentlichen Unternehmens „schillernd“ ist.

Gerade die Bestimmung des Merkmals „öffentliche“ 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 Aktiengesellschaf-

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. *Cluth*, 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 gegensteuert.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. 71ff; *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; *Ronellenfitsch*, 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 Versorgertätigkeit, 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 befähigt 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/energwende/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 Angebotserweiterung 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 Druckarbeiten 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 voraussetzungloses Verbot jeglicher kommunaler Wirtschaftsbetätigung 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. Thür-KO.

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 fiele bereits die Gründung 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/Kraüßer, 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. Entfiele 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. Gleches 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 1 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 Ausufern 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 Gewinngesetz 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 gesetzeszweckakzessorisch 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. Gleichermaßen 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/lokale/s/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 begründete, 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 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.

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 1 A. I. I. 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/bbblba95782d5efd62e4273642550704/leifaden-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 Gewerk 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 Ausnahmebewilligung 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 *Schärf*, 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 Subsidiaritätsklau-

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 ungezügelten 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 rechtfertige, 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 ge-rechtfertigt, 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. Instruktiv hat dies das OVG Münster⁸³⁴ 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); *Grünewald*, 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 Unternehmensaktivität 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 *Grünewald*, 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 *Grünewald*, in: *Theobald/Kühling, EnergieR*, 200 Rn. 27.

851 Dazu *Grünewald*, in: *Theobald/Kühling, EnergieR*, 200 Rn. 27.

852 Vgl. *Tillmanns*, in: *Honig/Knörr/Thiel, HwO*, § 3 Rn. 14; eine Parallelie 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 handwerksbenachteiligte 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 untersuchenden – 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 Betriebssatzung 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 Abwägungsscheidung 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. Gleichermaßen 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 Betätigun-

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.I.; *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 handwerksrechtlich 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. PlBPr 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 Handwerkssicht 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 Erweiteren 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 – angemessen 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 Markterkundungsverfah-

⁸⁸⁷ Vgl. dazu für Bayern *Lück*, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, BayGO, Art. 87 Rn. 31; *Scharpf*, in: Widtmann/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. 111.

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 Anhöhungspflichten 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. I2/4055, 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. Beispielsweise 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 Prüfungs- umfang 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. *Diel*, 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 drittschützend 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 gehe.⁹²³ Mithin besteht für Wettbewerber keine Möglichkeit, gegen unternehmerische Befähigungen 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 handwerksrechter 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/Pündter, *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 innehalt.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 Sorgfaltspflicht 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 Unterrichtungsrecht 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 (541f.), der von einem „gesamthändlerischen“ Informationszugangsrecht spricht.

944 Vgl. *Becker*, in: Becker/Heckmann/Kempen/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 Fragerecht eines Abgeordneten des bayerischen Landtags.⁹⁴⁷ Die Detailtiefe und der konkrete Umfang der Antworten hängen davon ab, wie lange der Sachverhalt zurückliegt und welche aktuellen Bezüge er aufweist.⁹⁴⁸

Das Informationsrecht ist dabei nicht nur ein nachträgliches Kontrollrecht, sondern dient auch der Informationsgewinnung vor einem Gemeinderatsbeschluss. 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 Informationen im Voraus einer gemeindlichen Unternehmensgründung oder Erweiterung und damit an sich auch sämtliche Informationen, die erforderlich 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 Gemeinderat 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 annehmen 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 Entscheidung 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 Informationsanspruch 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 intensivierte 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 selbstständiger 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 selbstständiger 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 drittschützende 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 drittschützend 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 handwerksgechter 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 Unternebenstätigkeit.