

Teil 2: Grundlagen und Maßstäbe

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

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

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

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

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

I. Begriff des Öffentlichen Wettbewerbsrechts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Kategorien wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Auswirkungen wettbewerbsrelevanter Staatstätigkeit auf Handwerksunternehmen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Abstrakte Bestimmung von Wettbewerbsverhältnissen

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

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

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

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

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

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

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

2. Konkrete Wettbewerbsverhältnisse von Handwerksunternehmen

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

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

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

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

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

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

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

³⁹¹ Handwerksähnliche Unternehmen und das Minderhandwerk bleiben hier ausgeklammert.

ähnliche Leistungen an, lediglich die Art der Ausführung unterscheidet sich. Insbesondere im Bereich des Lebensmittelhandwerks können solche Wettbewerbsverhältnisse bestehen. Weitere Beispiele wären Ärzte, die ähnliche Leistungen anbieten wie Augenoptiker³⁹², Hörakustiker³⁹³, Orthopädietechniker³⁹⁴, Orthopädieschuhmacher³⁹⁵ oder Zahntechniker^{396, 397}. Die Frage der Ausgestaltung der untersuchten Rechtsgebiete hat Einfluss auf den Erfolg in diesem Wettbewerb. Im Recht der EU-Beihilfen kommt es zu einem solchen Wettbewerbsverhältnis um öffentliche Mittel, wenn die Vergabe von Beihilfen an Tatbestandsmerkmale anknüpft, die Handwerksunternehmen und andere Unternehmen nicht gleichermaßen erfüllen. Im Recht der öffentlichen Unternehmen ist dieses dritte Wettbewerbsverhältnis – dann in Form des Wettbewerbs um Kunden – betroffen, wenn öffentliche Unternehmen, die keine Handwerksunternehmen sind, Leistungen anbieten, die auch von privaten Handwerksunternehmen angeboten werden.

IV. Handwerksunternehmen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge

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

392 Anlage A Nr. 33.

393 Anlage A Nr. 34.

394 Anlage A Nr. 35.

395 Anlage A Nr. 36.

396 Anlage A Nr. 37.

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

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

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

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

398 Anlage A Nr. 10.

399 Anlage A Nr. 11.

400 Anlage A Nr. 12.

401 Anlage A Nr. 30.

402 Anlage A Nr. 32 (Fleischer).

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

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

B. Potenzielle Regelungstendenzen

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

I. Handwerksfreundlichkeit

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

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

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

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

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

II. Handwerksgerechtigkeit

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

III. Handwerksbenachteiligung

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

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

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