

weiteres entkräften⁶⁵⁸. Überdies dient die Vermutungslösung auch dem allgemein als erstrebenswert anerkannten Ziel, die Kommission zu entlasten, damit diese sich auf die wirklich wichtigen Fälle konzentrieren kann. Den Ausschlag gibt letztlich aber die Überlegung, daß die Unvereinbarkeitsvermutung im Einzelfall widerlegt werden kann. Außerdem winken den Unternehmen und öffentlicher Hand mit der *prima facie*-Kontrolle als Preis die für Investitionen so wichtige Rechtssicherheit. Angesichts dieser Effizienzgesichtspunkte fallen bei der Abwägung die von der Kritik bemängelten Fälle nur leicht ins Gewicht. Die Vorteile einer beidseitigen Vermutungslösung wiegen etwaige Nachteile auf. Diese Auslegung stellt folglich eine legitime Ausübung ihres Ermessens bei der Würdigung der Rechtslage dar.

2. Implikationen für soziale Vergabekriterien

Mit dem Kriterium der Bedingungslosigkeit knüpft die Kommission an ihre zur öffentlichen Auftragsvergabe vertretene Position an. Es bedeutet nämlich nichts anderes als eine Absage an soziale Vergabekriterien⁶⁵⁹. In der Literatur ist man inzwischen teilweise dazu übergegangen, das Kriterium der Bedingungsfreiheit mit dem Kriterium der Diskriminierungsfreiheit gleichzusetzen⁶⁶⁰. Teilweise wird vorgeschlagen, das Kriterium der Bedingungslosigkeit in „Ausschluß marktunüblicher Bedingungen“ bzw. „zu Marktbedingungen“ umzubenennen⁶⁶¹. Danach sei es beispielsweise unzulässig, von dem Käufer Arbeitsplatzgarantien zu verlangen⁶⁶². Hierin kommt die Einschätzung der Gegner sozialer Vergabekriterien zum Ausdruck, daß soziale Vergabekriterien automatisch mit versteckten mittelbaren Diskriminierungen einhergehen⁶⁶³. Auf diese Einschätzung der Wirkungen sozialer Vergabekriterien wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einzugehen sein⁶⁶⁴.

C. Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

Im folgenden widmet sich die vorliegende Untersuchung den Entwicklungen, die das Beihilfenrecht durch die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Zusammenhang mit

658 Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780 (782).

659 Vgl. Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 (783).

660 Bauer, EuZW 2001, 748 (752); Ehrcke, ZIP 2001, 489 (494); Koenig, EuZW 2001, 37 (45); *idem/Pfromm*, NZBau 2004, 375 (379); *idem/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (783).

661 Bauer, EuZW 2001, 748 (752).

662 Bauer, EuZW 2001, 748 (752).

663 Vgl. Arnould, PPLR 2001, NA 13 (19); Bartl, RiA 1999, 3 (7); Bauer, EuZW 2001, 748 (752); Brenner, JbUTR 1997, 141 (161); Frenz, WuW 2002, 352 (354); Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162; *idem*, EuR 1999, 621 (622); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 187, 203; Kese/Lukasik, VBIBW 2003, 226 (229); Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 (783); Knauff, EuZW 2004, 141 (143); Martín-Ehlers, WuW 1999, 685 (692); Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 51; Pietzcker, ZHR 1998, 427 (467); Puhl, VVDSTRL 2001, 456 (493); Rittner, EuZW 1999, 677 (678); *idem*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (90); Schwarze, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (28); *idem*, EuZW 2000, 133 (138); Schenk, Das neue Vergaberecht, 70; Seidel, ZVgR 2000, 195 (200); Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 51, 59; Wuermeling, BS Oktober 2001, 22 (22).

664 Infra: S. 198 ff.

staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durchlaufen hat.

*I. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Du Pont de Nemours Italiana**

1. Sachverhalt

Der italienische Gesetzgeber hatte zugunsten des unterentwickelten Südens ein regionales Präferenzsystem etabliert, das sämtliche öffentliche Institutionen verpflichtete, 30 % ihres Bedarfs von im Mezzogiorno ansässigen Betrieben zu beziehen. Dementsprechend hatte die für das Gesundheitswesen zuständige öffentliche Einrichtung einen Lieferauftrag für radiologische Material in zwei Lose aufgeteilt und 30 % des Auftragsvolumens im Mezzogiorno ansässigen Unternehmen vorbehalten. In seiner Vorlagefrage begehrte das italienische Gericht zu erfahren, ob die Qualifikation des regionalen Präferenzsystems als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG bewirken würde, daß diese staatliche Maßnahme vom Verbot des Art. 28 EG ausgenommen wäre⁶⁶⁵.

2. Position des EuGH

Der EuGH stellte fest, daß Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 28 EG das gemeinsame Ziel verfolgten, den freien Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unter unverfälschten Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen⁶⁶⁶. Eine potentielle Einschlägigkeit des Beihilfentatbestandes bedeute jedoch nicht, daß die staatliche Maßnahme als solche der Verbotsnorm des Art. 28 EG entzogen wäre⁶⁶⁷. Nach dieser Feststellung ließ der EuGH dann jedoch offen, ob die in Frage stehende regionale Präferenzregelung tatsächlich eine Beihilfe ist⁶⁶⁸.

3. Analyse und Bewertung

Mit diesem Vorlageverfahren trat erstmals die Konkurrenz zwischen dem Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG und dem Regime der Grundfreiheiten zu Tage. Damit stand implizit auch die Wechselbeziehung zwischen Beihilfen- und Vergaberecht zur Debatte, die für den anstehenden Vergleich von besonderer Bedeutung ist, da die Vergaberichtlinien ein Derivat der Grundfreiheiten sind. Die Normen der Vergaberichtlinien konkretisieren die Grundfreiheiten bezogen auf den Spezialfall der öffentlichen Auftragsvergabe⁶⁶⁹. Die öffentliche Auftragsvergabe ist ein Sonderanwendungsfall der Grundfreiheiten⁶⁷⁰.

Im *Ianelli*-Urteil, dem Vorläufer der *Du Pont de Nemours*-Entscheidung, hatte der EuGH noch den Eindruck erweckt, er favorisiere eine Spezialität des Art. 87 Abs. 1 EG gegenüber Art. 28 EG: „Wenn eine staatliche Beihilfe lediglich infolge der Begünstigungswirkung geeignet ist, die Einfuhr konkurrierender Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, so genügt dies nicht, um eine Beihilfe einer Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne

665 EuGH, Rs. 21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*), Slg. 1990, I-889, Rdnrn. 3, 4, 19.

666 EuGH, Rs. 21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*), Slg. 1990, I-889, Rdn. 20.

667 EuGH, Rs. 21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*), Slg. 1990, I-889, Rdn. 20.

668 EuGH, Rs. 21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*), Slg. 1990, I-889, Rdn. 21.

669 Steiff, NZBau 2004, 75 (79).

670 Bultmann, ZfBR 2004, 134 (136).

von Art. 28 EG gleichzustellen“⁶⁷¹. Dies würde Art. 87 Abs. 1 EG zur Bedeutungslosigkeit verurteilen und die im EG-Vertrag vorgegebene Zuständigkeitsverteilung umstoßen⁶⁷². Allerdings hatte sich der EuGH in der daran anschließenden Passage eine Hintertür offen gelassen, indem er urteilte, daß sich aus der Zuständigkeitsverteilung der Art. 87 ff. EG nicht herleiten lasse, daß bei einer Verletzung sonstiger Vertragsbestimmungen mit unmittelbarer Wirkung eine Anwendbarkeit dieser Normen allein deshalb ausgeschlossen wäre, weil ein Bestandteil der staatlichen Maßnahme eine Beihilfenmodalität darstellt⁶⁷³. Angesichts der „wenig praktikablen“⁶⁷⁴ „irreführenden“⁶⁷⁵ bzw. ungenügenden⁶⁷⁶ Abgrenzung zwischen einer Beihilfe und den Modalitäten ihrer Gewährung stieß diese sogenannte Abtrennbarkeitslösung in der Literatur auf Kritik, da der EuGH die Kriterien schuldig geblieben war, ab wann eine staatliche Zuwendung als abtrennbar zu gelten habe⁶⁷⁷. In den Urteilen *Buy Irish, Kommission/Frankreich* und *Kommission/Italien* hatte der EuGH dann das Argument einer Spezialität der Art. 87 ff. EG gegenüber Art. 28 EG wieder verworfen⁶⁷⁸.

Das Verhältnis zwischen Art. 87 Abs. 1 EG und den Grundfreiheiten gehört bis heute zu den „dogmatisch noch nicht bewältigten Problemen des Gemeinschaftsrechts“⁶⁷⁹. Es ist deshalb so problematisch, weil die Gewährung einer Beihilfe wegen der großzügigen Auslegung von Art. 28 ff. EG dank der extensiven *Dassonville*-Formel⁶⁸⁰ grundsätzlich unter die dort verbotenen Maßnahmen gleicher Wirkung fällt⁶⁸¹. Es besteht die Gefahr, daß Art. 87 Abs. 1 EG ausgehöhlt wird⁶⁸². Für eine Differenzierung zwischen Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 28 ff. EG spricht die Erwägung, daß die Grundfreiheiten im Gegensatz zum Beihilfenverbot unmittelbar anwendbar sind⁶⁸³. Daraus folgen auch die unterschiedlichen Zuständigkeiten für die beiden Regelungsbereiche. Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten sind die nationalen Gerichte zur Entscheidung berufen. Im Beihilfenrecht hat in erster Linie die Kommission das Sagen⁶⁸⁴. Außerdem gilt für die Rechtfertigung von Beihilfen mit der von Ermessensgesichtspunkten geleiteten Beihilfenkontrolle der Kommission gemäß Art. 87 Abs. 3 EG ein gänzlich anderer Maßstab als für die Rechtfertigung von Beschränkungen der

671 EuGH, Rs. 74/76, (Iannelli & Volpi), Slg. 1977, 557, Rdnr. 9/10.

672 EuGH, Rs. 74/76, (Iannelli & Volpi), Slg. 1977, 557, Rdnr. 11/12.

673 EuGH, Rs. 74/76, (Iannelli & Volpi), Slg. 1977, 557, Rdnr. 14.

674 Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 37.

675 Martín-Ehlers, WuW 1999, 685 (689).

676 Arrowsmith, LQR 1995, 235 (257); Doern, PPLR 2004, 97 (103); Schardt, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 216.

677 Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 253; Fernández-Martín, The EC Public Procurement Rules, 73; Martin/Stehmann, ELR 1991, 216 (226).

678 EuGH, Rs. 249/81 (Kommission/Irland - Buy Irish), Slg. 1982, 4005, Rdnr. 18; Rs. 18/84 (Kommission/Frankreich), Slg. 1985, 1339, Rdnr. 13; Rs. 103/84 (Kommission/Italien), Slg. 1986, 1759, Rdnr. 19.

679 Schardt, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 31.

680 EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837, 1. Leitsatz:

„Jede Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen“.

681 Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 139; Fernández-Martín, The EC Public Procurement Rules, 73; Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 155; Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 322.

682 Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 37.

683 GA Lenz, Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 13 ; Vgl. Doern, PPLR 2004, 97 (98).

684 Doern, PPLR 2004, 97 (98); Cremer, EuR 1996, 225 (227).

Grundfreiheiten⁶⁸⁵. Dazu gesellt sich der Umstand, daß der EG-Vertrag den Mitgliedstaaten für die Beihilfengewährung ein besonderes Prüfungsverfahren vorschreibt⁶⁸⁶. Während die Mitgliedstaaten im Rahmen der Grundfreiheiten in ihrer Regelungstätigkeit zunächst frei sind, müssen sie im Fall der Gewährung staatlicher Beihilfen das Notifizierungsverfahren gemäß Art. 88 Abs. 2 EG anstrengen. Insgesamt indiziert die unterschiedliche Ausgestaltung der Verfahren, daß das Verhältnis der Normenkomplexe zueinander nicht kumulativ, sondern nur alternativ sein kann⁶⁸⁷. In diesem Zusammenhang von einer „Idealkonkurrenz“⁶⁸⁸ zu sprechen, ist daher nicht hilfreich, da damit die Frage des Prüfungsvorrangs nicht beantwortet wird.

In der *Du Pont de Nemours*-Entscheidung konnte sich der EuGH nur zu einem halbherzigen Anwendungsvorrang einer der beiden Normenkomplexe durchringen. Den gordischen Knoten zerschlug der EuGH nämlich, indem er Art. 28 EG zuerst prüfte und dann auf eine weitere Prüfung des Art. 87 Abs. 1 EG verzichtete. Eine Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EG war indes nicht entbehrlich, da die Vorlagefrage gerade darauf abzielte, in Erfahrung zu bringen, ob neben Art. 28 EG auch Art. 87 Abs. 1 EG einschlägig ist, und bejahendenfalls, welche Rechtsfolgen sich darauf ergeben⁶⁸⁹. Wenn daher behauptet wird, dem EuGH sei bislang nicht die Gelegenheit beschieden gewesen, sich zum Beihilfearakter von Vergabeverfahren zu äußern⁶⁹⁰, ist dem zu entgegnen, daß er willens war, hierzu Position zu beziehen⁶⁹¹.

Für die Frage des Anwendungsvorrangs ist entscheidend, daß die Grundfreiheiten ein *diskriminierendes* zumindest aber beobachteliegendes Nachfrageverhalten der öffentlichen Auftraggeber voraussetzen⁶⁹². Die Art. 87 ff. EG kommen daher nur dann zum Zuge, wenn die staatliche Maßnahme bezüglich der konkurrierenden Grundfreiheiten *keine* diskriminierende Wirkung entfalten. Wenn dagegen die mitgliedstaatliche Maßnahme Diskriminierungspotential aufweist, sind die Grundfreiheiten vorrangig einschlägig. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht, welche Art. 87 ff. EG gegenüber den Grundfreiheiten automatisch als *leges speciales* ansieht⁶⁹³, ist im Konfliktfall – unter der Voraussetzung, daß eine Diskriminierung möglich erscheint – von einem Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten auszugehen⁶⁹⁴.

Wegen der im konkreten Fall an die Herkunft der Produkte anknüpfenden unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit läßt sich aus der *Du Pont de Nemours*-Entscheidung nichts für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien ableiten. Daß im Falle von unmittelbar oder mittelbar diskriminierenden Maßnahmen der mitgliedstaatlichen Vergabestellen vorrangig und exklusiv die Grundfreiheiten einschlägig sind,

685 Cremer, EuR 1996, 225 (227); Pünder, NZBau 2003, 530 (536).

686 Martín-Ehlers, WuW 1999, 685 (688); Pünder, NZBau 2003, 530 (536); Schmitges-Thees, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, 121

687 Martín-Ehlers, WuW 1999, 685 (688).

688 Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 111; Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (600).

689 EuGH, Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20 f.

690 Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (600).

691 Vgl. Bartosch, WuW 2001, 673 (685).

692 Arrowsmith, ELR 2002, 3 (4).

693 Pünder, NZBau 2003, 530 (536); Schmitges-Thees, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, 121.

694 Vgl. Cremer, EuR 1996, 225 (236); Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 146; Fischer, EuZW 2004, 492 (495); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 273; Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 155; Seifert, ZfA 2001, 1 (26); Ziekow, NZBau 2001, 72 (78).

tangiert die Frage der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien nicht, da diese nicht zwangsläufig diskriminierend wirken. Auf die Frage eines spezifischen Diskriminierungspotentials wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung näher einzugehen sein⁶⁹⁵.

II. Urteil des EuG in der Rechtssache BAI

Hatte sich der EuGH in der Frage des Verhältnisses von Beihilfen- und Vergaberecht bedeckt gehalten, äußerte sich das EuG schließlich mit seinem Urteil in der Rechtssache *BAI* zu diesem Thema.

1. Sachverhalt

Die Klägerin Bretagne Angleterre Irlande (BAI), Betreiberin einer Schiffahrtslinie Plymouth-Santander, hatte sich mit einer Beschwerde an die Kommission gewandt, in der sie gegen die Zuwendungen protestierte, welche dem Konkurrenzunternehmen Ferries Golfo von spanischen Behörden für den Betrieb der Schiffahrtslinie Bilbao-Portsmouth zugeflossen waren. Diese hatten sich Ferries Golfo gegenüber verpflichtet, für den Zeitraum von März 1993 bis März 1996 26.000 Reisegutscheine zu erwerben. Nachdem die spanischen Behörden die erste Vereinbarung am 7. März 1995 auf Intervention der Kommission hin durch eine zweite ersetzt hatten, erließ die Kommission eine Entscheidung über die Einstellung des formellen Prüfungsverfahrens: Die Zahl der abzunehmenden Gutscheine sei auf der Grundlage der voraussichtlichen Nachfrage bestimmter einkommensschwacher und durch soziale und kulturelle Programme begünstigter Gruppen einschließlich Schülergruppen, Jugendliche und bejahrte Personen festgelegt worden. Daraufhin erhob BAI Nichtigkeitsklage vor dem EuG gemäß Art. 230 Abs. 4 EG⁶⁹⁶.

2. Rechtliche Würdigung des EuG

Die erste erweiterte Kammer des EuG befand, daß eine zugunsten eines Unternehmens getroffene staatliche Maßnahme in Form eines Vertrages über den Erwerb von Reisegutscheinen nicht allein deshalb von vornherein vom Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG ausgenommen werden könne, weil sich die Vertragsparteien zu gegenseitigen Leistungen verpflichten⁶⁹⁷. Des weiteren urteilte sie, daß die kulturellen und sozialen Ziele, welche die spanischen Behörden möglicherweise verfolgen, bei der Qualifizierung der Vereinbarung von 1995 im Hinblick auf Art. 87 Abs. 1 EG keine Rolle spielen⁶⁹⁸. Nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte unterscheide Art. 87 Abs. 1 EG nicht nach den Gründen und Zielen der staatlichen Maßnahmen, sondern bestimme diese nach ihren Wirkungen⁶⁹⁹. Diese Ziele könnten von der Kommission nur im Rahmen der Ausnahmen gemäß Art.

695 Infra: S. 198 ff.

696 EuG, Rs. T-14/96 (BAI-/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnrn. 5, 9, 15.

697 EuG, Rs. T-14/96 (BAI-/Kommission), Slg. 1999, II-139, 2. Leitsatz und Rdn. 71.

698 EuG, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdn. 81.

699 EuGH, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rdn. 27; Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdn. 20; EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdn. 195.