

gebern die Freiheit, aus dem Bündel möglicher Nutzenfaktoren diejenigen auszuwählen, die ihm als wichtig erscheinen (Grundsatz der freien Leistungsbeschreibung¹²⁸⁰).

III. Ratio der beiden Normenkomplexe: Realisierung des Binnenmarktes gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c EG

Die dritte Wesensverwandtschaft resultiert aus dem gemeinsamen Normzweck. *Ratio* der beiden Normenkomplexe ist die Realisierung des europäischen Binnenmarktes gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c EG, um so allen privaten Wirtschaftsteilnehmern Chancengleichheit zu gewährleisten und nationalen Protektionismus zu verhindern¹²⁸¹. Die in den Mitgliedstaaten verantwortlichen Stellen tendieren seit jeher dazu, sich als Empfänger besagten Leistungstransfers die heimische Wirtschaft auszusuchen. Die Normierung beider Rechtsmaterien auf Gemeinschaftsebene speist sich aus dem Mißtrauen, daß die Mitgliedstaaten ohne gemeinschaftliches Regelkorsett nach Kräften versuchen würden, die heimischen Wirtschaftsteilnehmer zu bevorzugen und deren EG-ausländische Konkurrenten zu diskriminieren. Daß das Beihilfenrecht und das Vergaberecht dieselben Ziele verfolgen, wird auch daran deutlich, daß beiden Rechtsgebieten dieselben Leit- und Steuerungsprinzipien zugrunde liegen, nämlich Diskriminierungsfreiheit, Wettbewerbsoffenheit und Transparenz¹²⁸².

IV. Traditionell betriebswirtschaftlicher Prüfungsmaßstab

Die vierte Affinität der Sphäre der öffentlichen Aufträge zu der des Beihilfenrechts folgt aus den „gemeinsamen wettbewerbsrechtlichen Wurzeln“¹²⁸³. In beiden Rechtsgebieten war bis dato bei der Prüfung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale eine betriebswirtschaftliche Perspektive vorherrschend, die auf die einzelne, konkret getätigte Transaktion, respektive den konkret erlassenen Rechtsakt abstellte. Im Beihilfenrecht wurde dies realisiert, indem, wie gezeigt¹²⁸⁴, das Tatbestandsmerkmal des „wirtschaftlichen Vorteils“ mithilfe des Instruments des *market economy investor test* bestimmt wurde. Im Vergaberecht wurde die betriebswirtschaftliche Perspektive durch die bereits bekannte strikt betriebswirtschaftliche (*straight-forward economic efficiency approach*¹²⁸⁵) Auslegung des Begriffs des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ in die Tat umgesetzt, wonach nur solche Vergabekriterien verwendet werden dürfen, welche sich auf den öffentlichen Auftrag selbst beziehen. Bezeichnend ist weiterhin, daß beide Normenkomplexe Ausnahmenvorschriften für eine Sonderbehandlung der KMU bereit halten. Im Beihilfenrecht vollzieht sich dies über *VO 70/2001/EG KMU*¹²⁸⁶, im Vergaberecht über die Vorschriften zur Losvergabe¹²⁸⁷.

1280 *Opitz*, NZBau 2001, 12 (15); *idem*, VergabeR 2004, 421 (422).

1281 Vgl. *Reuter*, ZIP 2002, 737 (745); *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 201.

1282 *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (298).

1283 *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (780).

1284 *Supra*: S. 87.

1285 *Tobler*, ELR 2000, 618 (618).

1286 *VO 70/2001/EG* der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, vom 12. Januar 2001, ABl. L 10, S. 33, vom 13. Januar 2001.

1287 Art. 25 RL 2004/18/EG; Art. 37 RL 2004/17/EG.

V. Aufbau und Struktur von Beihilfen- und Vergaberecht

Den Blick für die Gemeinsamkeiten der beiden Rechtsmaterien darf man sich auch nicht durch die positive, respektive negative Formulierung der beiden Normenkomplexe verstellen lassen. Während nämlich der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG regelt, unter welchen Voraussetzungen eine mitgliedstaatliche Zuwendungen an Unternehmen nach Gemeinschaftsrecht unzulässig ist, mithin als Verbotsnorm ausgestaltet ist, legen die vergaberechtlichen Vergaberichtlinien fest, unter welchen Voraussetzungen die Vergabe eines öffentlicher Auftrags der öffentlicher Hand an Unternehmen nach Gemeinschaftsrecht zulässig ist, sind also als Gebots- bzw. Erlaubnisnormen formuliert. Diese eher zufällige Ausgestaltung spielt jedoch für den Vergleich der materiellen Regelungsinhalte keine Rolle. Die Sanktion für *social spending* war bisher in beiden Fällen identisch, nämlich die gemeinschaftsrechtliche Rechtswidrigkeit. Auch die Tatsache, daß beide Normenkomplexe auf unterschiedlichen Ebenen der Gemeinschaftsordnung angesiedelt sind, spielt entgegen anderer Ansicht¹²⁸⁸ keine Rolle, da sie nur auf der Zufälligkeit der damaligen Meinungsverschiedenheiten unter den Mitgliedstaaten beruht.

C. Konkrete Gemeinsamkeiten zwischen staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien

Die beiden Normenkomplexe ähneln sich jedoch nicht nur im allgemeinen. Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht weisen auch konkret eine Reihe von Überschneidungen auf.

I. Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange

In beiden Konstellationen würde das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten erlauben, aus sozialpolitischer Verantwortung von privaten Wirtschaftsteilnehmern ein bestimmtes soziales Verhalten zu „erkaufen“, zu dem diese unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten unter Umständen nicht bereit und auch nicht in der Lage gewesen wären. In beiden Fällen würde das Gemeinschaftsrecht von nun an mitgliedstaatliche Zuwendungen gutheißen, die nach traditioneller Lesart der beiden Normenkomplexe zunächst als rechtswidrig qualifiziert worden wäre. Gemeinsamer Aufhänger der beiden Konstellationen ist die Frage der Entgeltlichkeit der mitgliedstaatlichen Intervention in den Wirtschaftsablauf.

1. Vorwurf fehlender Übereinstimmung der Gemeinwohlbelange

Um von der einen Konstellation auf die andere Rückschlüsse ziehen zu können, muß zunächst Inhalt und Umfang derjenigen Gemeinwohlbelange geklärt werden, welche im Rahmen des Beihilfenrechts bei dem Phänomen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

1288 Reuter, ZIP 2002, 737 (745).