

renskriterium ersetzt, das sich weder aus dem EG-Vertrag noch aus den Vergaberichtlinien herleiten läßt⁶⁵⁴. Die Unvereinbarkeitsvermutung führe damit zu einer „Beweislastumkehr“⁶⁵⁵, mithin zu einer erneuten institutionellen Machtverschiebung zugunsten der Kommission und zulasten der Mitgliedstaaten. Der Ausweg nur über die tendenziell eng zu interpretierenden Ausnahmenvorschriften der Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 sowie 86 Abs. 2 EG sei nicht adäquat⁶⁵⁶. Die Prüfung, ob durch die Entziehung eines staatlichen Vorteils die Erfüllung der besonderen Aufgabe des Betrauten gem. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG verhindert wird, ist eine größere Hürde, als die Prüfung, ob sich mitgliedstaatliche Zuwendung und mit der Erfüllung der besonderen Aufgabe verbundene Aufwendungen die Waage halten⁶⁵⁷.

II. Analyse und Bewertung

1. Unvereinbarkeitsvermutung

Zur Unvereinbarkeitsvermutung ist zu konstatieren, daß die Mitgliedstaaten ohnehin im Verfahren für angemeldete Beihilfen gemäß Art. 5 Abs. 1 VO 659/99/EG sowie im Verfahren für bestehende Beihilfen gemäß Art. 17 Abs. 1 VO 659/99/EG dem Auskunftersuchen der Kommission zu entsprechen und ihr alle sachdienlichen ergänzenden Auskünfte zu erteilen haben. Reagiert der Mitgliedstaat auf das Auskunftsverlangen nicht oder nicht angemessen, so kann die Kommission im Verfahren für rechtswidrigen Beihilfen gemäß Art. 10 Abs. 2 VO 659/99/EG eine Anordnung zur Auskunftserteilung erlassen. Insofern ist der Konflikt zwischen dem Amtsermittlungsgrundsatz und der Beibringungspflicht der Mitgliedstaaten bereits dem Grunde nach im sekundärrechtlichen Gemeinschaftsrechts angelegt.

Daher erscheint es vorzugswürdig, auf die konkreten Vor- und Nachteile dieser Lösung zum *status quo ante* abzustellen. Es ist zu fragen, ob die Vereinbarkeitsvermutung auch ohne die Unvereinbarkeitsvermutung zu haben ist: Im letzteren Fall würde die Kommission im vorläufigen Prüfungsverfahren weiterhin bei Transaktionen ohne Ausschreibungsverfahren auf Fall-zu-Fall-Basis entscheiden, ob ein förmliches Prüfungsverfahren gemäß Art. 88 Abs. 2 EG, Art. 4 Abs. 4 VO 659/99/EG vonnöten ist. Nicht auszuschließen ist daher, daß per Unvereinbarkeitsvermutung Fälle in das förmliche Prüfungsverfahren wandern, die unter Umständen im vorläufigen Prüfungsverfahren als beihilfenrechtlich unbedenklich bewertet worden wären.

Zu berücksichtigen ist jedoch neben der – bei realistischer Einschätzung – geringen Anzahl dieser Fälle, daß sich das Ausschreibungsverfahren als Standard nur dann wird durchsetzen lassen, wenn der Vereinbarkeitsvermutung auch eine spiegelbildliche Unvereinbarkeitsvermutung zur Seite steht. Wer die Mitgliedstaaten zu mehr Transparenz bei ihren Investitionen zu motivieren wünscht, sollte die Anreize verstärken. Die Kommission tut also gut daran, nach dem Prinzip Zuckerbrot und Peitsche Rückgriffe auf zweit- und drittbeste Mittel zu sanktionieren. Die alternative Ermittlung des marktangemessenen Kaufpreises durch einen unabhängigen Sachverständigen kann den Vorwurf der unzulässigen Beihilfe eben nicht ohne

654 Vgl. Bartosch, CMLR 2002, 551 (565).

655 Gundel, RIW 2002, 222, (227); Bartosch, EuZW 2000, 333 (334); *idem*, WuW 2001, 673 (678); *idem*, ZIP 1999, 1787 (1793); *idem*, CMLR 2002, 551 (560, 575 f.).

656 Bartosch, EuZW 2000, 333 (335).

657 Bartosch, EuZW 2000, 333 (335).

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 Bedingungslosigkeit 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); Ehrlicke, 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; Kesse/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.