

B. Generelle Gemeinsamkeiten zwischen Beihilfen- und Vergaberecht

I. Investitionsverhalten der öffentlichen Hand

Die erste bezeichnende Gemeinsamkeit zwischen Beihilfen- und Vergaberecht ist, daß beide Normenkomplexe einen Leistungstransfer zwischen der öffentlichen Hand einerseits und privaten Wirtschaftsteilnehmern andererseits zum Gegenstand haben. Charakteristikum beider Rechtsgebiete ist, daß aus staatlichen Mitteln finanzielle Leistungen an Marktteilnehmer einer bestimmten Sparte und Kategorie fließen. Beihilfen- und Vergaberecht regeln das Ausgabe- und Investitionsverhalten der Mitgliedstaaten. Sie unterscheiden sich darin, daß bei einer staatlichen Beihilfe des Empfängerunternehmens der staatlichen Leistung keine wie auch immer geartete Gegenleistung erbringt, während es für das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge gerade Voraussetzung ist, daß das Bieterunternehmen eine äquivalente Gegenleistung erbringt¹²⁷⁵. Das Beihilfenrecht kontrolliert die öffentliche Hand in ihrer Rolle als Gläubigerin und Investorin, die Vergaberichtlinien in ihrer Eigenschaft als Käuferin. Beiden Rechtsgebieten liegt damit die – um mit den Worten der Kommission zu sprechen – zentrale Frage von europäischer Tragweite¹²⁷⁶ zugrunde, welche Rolle den staatlichen Stellen in einer modernen Marktwirtschaft zukommt¹²⁷⁷.

II. Definitionsmacht der Mitgliedstaaten

In beiden Fällen ist allgemein anerkannt, daß die Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Definition des Leistungsgegenstandes haben. Im Beihilfenrecht können die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse festlegen und das Anforderungsprofil für die geforderten Eigenschaften formulieren¹²⁷⁸. Auch im Vergaberecht können die öffentlichen Auftraggeber autonom Art und Umfang des Leistungsgegenstands wählen¹²⁷⁹. Das Vergaberecht läßt den öffentlichen Auftrag-

1275 *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 141.

1276 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 47.

1277 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 4.

1278 *Kommission*, Mitteilung vom 20. September 2000 zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM 2000, 580 endg., Rdnr. 22; *eadem*, Bericht, für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001, KOM (2001), 598 endg., Rdnr. 7; *eadem*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 77; *eadem*, Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.3.; GA *Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 51; *Hailbronner*, NJW 1991, 593 (601); *Henneke*, DNV 2002, 19 (20); *Hetzel*, Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen, 41; *Kämmerer*, NVwZ 2002, 1041 (1043); *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 31; *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 185, Rdnr. 490; *Magiera*, in: FS-Rauschning, 269 (288); *Müller*, Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (90); *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (254); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (465); *Schwarze*, EuZW 2001, 334 (338); *Weber*, NZBau 2002, 194 (194).

1279 *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 65; *Dageförde*, NZBau 2002, 597 (598); *Frenz*, WuW 2002, 352 (358); *Kühling*, VerwArch 2004, 337 (356); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 188, 194; *Opitz*, NZBau 2001, 12 (15).

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 Ausnahmevorschriften 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.