

geben 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 abstelle. 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 Ausnahmeverordnungen für eine Sonderbehandlung der KMU bereit halten. Im Beihilfenrecht vollzieht sich dies über VO 70/2001/EG KMU¹²⁸⁶, 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, AB1. L 10, S. 33, vom 13. Januar 2001.

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