

gemeinschaftsweit einheitlichen Verfahren mangle<sup>1257</sup>. Gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Neufassung der VO 1191/69/EWG<sup>1258</sup> sind öffentliche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich im Wege der Ausschreibung zu vergeben<sup>1259</sup>, welche „gerecht, offen und nicht diskriminierend“ ausgestaltet sein müßten<sup>1260</sup>. Solange nicht auch für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse der unmittelbar anwendbaren VO 1191/69/EWG entsprechende, verbindliche und gemeinschaftsweit einheitliche Verfahrensanforderungen festgelegt würden, sei eine den Beihilfentatbestand ausschließende Wirkung nicht anzunehmen.

## 2. Analyse und Bewertung

Diesem Einwand ist zu entgegnen, daß die Kommission ihre Praxis zur Privatisierung staatlicher Beteiligungen auch nicht von einer gemeinschaftlichen Normierung des Verfahrens des Ausschreibungswettbewerbs abhängig gemacht hat<sup>1261</sup>. Im Gegenteil, sie hat sich lange Zeit ebenfalls mit den unbestimmten Rechtsbegriffen „offen, diskriminierungsfrei und bedingungslos“ begnügt. Zum anderen liegt – unter Berücksichtigung der Autorität, welche die Urteile des EuGH in der Gemeinschaftsrechtsordnung genießen – mit dem *Altmark*-Katalog, welcher auf das positive Recht der Vergaberichtlinien verweist, ein derartiges gemeinschaftsweit einheitliches Verfahren vor. Die geltenden Vergaberichtlinien genügen den Anforderungen an einheitliche Verfahrensanforderungen<sup>1262</sup>. Dies sieht mittlerweile auch die Kommission so: „Übertragen die staatlichen Behörden einem Dritten die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch einen öffentlichen Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinien, so müssen diese, wenn sie die in der einschlägigen Richtlinie festgelegten Obergrenzen erreichen, die Verfahrensvorschriften dieser Richtlinien erfüllen und sind nicht von dieser Richtlinie ausgenommen“<sup>1263</sup>.

## VII. Gesamtergebnis zum Transparenzansatz

Der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark*-Katalogs ist die *via regia*, um Dienstleistungen von allgemeinem Interesse beihilfenrechtlich zu „immunisieren“<sup>1264</sup>. Nach dem Transparenzansatz wird der materiell-rechtliche Konflikt zwischen der gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung und dem mitgliedstaatlichen Interesse an der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen über das prozessuale Instrument des offenen Ausschreibungsverfahrens aufgelöst.

1257 Vgl. Koenig, EuZW 2001, 741 (745).

1258 Kommission, Vorschlag für eine VO des EP und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschifffahrtswegen vom 26. Juli 2000, ABl. 2000, C 365 E, S. 169 ff.; *eadem*, Geänderter Vorschlag für eine VO des EP und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschifffahrtswegen KOM (2002), 107 endg., ABl. 2002, C 151 E, S. 146 ff.

1259 Art. 6 lit. a VO-Vorschlag.

1260 Art. 12 VO-Vorschlag.

1261 Reuter, ZIP 2002, 737 (744).

1262 Jennert, WRP 2003, 459 (465).

1263 Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 81.

1264 Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 (286).

Die gegen den Transparenzansatz artikulierten Argumente können entweder direkt entkräftet oder durch Vorzüge des Transparenzansatzes aufgewogen werden. So vermag insbesondere der *market economy investor test* im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse keine Geltung zu beanspruchen. Diese können mit den staatlichen Zuwendungen saldiert werden, da der Transparenzansatz durch den Ausschreibungswettbewerb Marktangemessenheit gewährleistet. Der Transparenzansatz lässt den Legalausnahmen von Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 73 EG genügend Anwendungsräum. Die Effizienz der Beihilfenkontrolle wird durch die Anwendung des Transparenzansatzes nicht beeinträchtigt. Zum einen ist das Notifikationssystem nicht geeignet. Zum anderen wird die Beihilfenkontrolle über die Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer lediglich auf andere Akteure verlagert. Der Transparenzansatz bedeutet für alle Wirtschaftsteilnehmer Zeitersparnis und hilft der Kommission angesichts ihrer begrenzten Leistungsfähigkeit, sich auf die wichtigen Verstöße gegen das gemeinschaftliche Beihilfenregime zu konzentrieren.

In der Zusammenschau wird der Transparenzansatz sowohl durch jüngste Trends als auch durch langfristige Entwicklungen innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung bestätigt. Die Frage der Integration der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in das beihilfrechtliche System kann nicht unabhängig vom gesamten Integrationsprozeß der Gemeinschaft beurteilt werden kann. Art. 87 Abs. 1 EG ist in Verbindung mit Art. 16 EG sowie Art. 36 GR-Charta zu lesen. Der Transparenzansatz vermag überdies, dem Funktionswandel des Subsidiaritätsprinzips angemessen Rechnung zu tragen, das im Sinne eines föderalen Auslegungsgebots zu verstehen ist. Insgesamt schließt der Transparenzansatz alle Vorteile der Tatbestandslösung ein, vermeidet aber deren Nachteile. Der Transparenzansatz ist daher unter dem Blickwinkel von Binnenmarkt und sozialer Kohäsion die ideale Methode, die harmlosen Fälle mitgliedstaatlicher Intervention von vornherein aus dem Bannstrahl des Art. 87 Abs. 1 EG herauszufiltern.