

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).