

tangiert die Frage der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien nicht, da diese nicht zwangsläufig diskriminierend wirken. Auf die Frage eines spezifischen Diskriminierungspotentials wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung näher einzugehen sein<sup>695</sup>.

## II. Urteil des EuG in der Rechtssache BAI

Hatte sich der EuGH in der Frage des Verhältnisses von Beihilfen- und Vergaberecht be- deckt gehalten, äußerte sich das EuG schließlich mit seinem Urteil in der Rechtssache *BAI* zu diesem Thema.

### 1. Sachverhalt

Die Klägerin Bretagne Angleterre Irlande (BAI), Betreiberin einer Schifffahrtslinie Plymouth-Santander, hatte sich mit einer Beschwerde an die Kommission gewandt, in der sie gegen die Zuwendungen protestierte, welche dem Konkurrenzunternehmen Ferries Golfo von spanischen Behörden für den Betrieb der Schifffahrtslinie Bilbao-Portsmouth zugeflossen waren. Diese hatten sich Ferries Golfo gegenüber verpflichtet, für den Zeitraum von März 1993 bis März 1996 26.000 Reisegutscheine zu erwerben. Nachdem die spanischen Behörden die erste Vereinbarung am 7. März 1995 auf Intervention der Kommission hin durch eine zweite ersetzt hatten, erließ die Kommission eine Entscheidung über die Einstellung des formellen Prüfungsverfahrens: Die Zahl der abzunehmenden Gutscheine sei auf der Grundlage der voraussichtlichen Nachfrage bestimmter einkommensschwacher und durch soziale und kulturelle Programme begünstigter Gruppen einschließlich Schülergruppen, Jugendliche und bejahrte Personen festgelegt worden. Daraufhin erhob BAI Nichtigkeitsklage vor dem EuG gemäß Art. 230 Abs. 4 EG<sup>696</sup>.

### 2. Rechtliche Würdigung des EuG

Die erste erweiterte Kammer des EuG befand, daß eine zugunsten eines Unternehmens getroffene staatliche Maßnahme in Form eines Vertrages über den Erwerb von Reisegutscheinen nicht allein deshalb von vornherein vom Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG ausgenommen werden könne, weil sich die Vertragsparteien zu gegenseitigen Leistungen verpflichten<sup>697</sup>. Des weiteren urteilte sie, daß die kulturellen und sozialen Ziele, welche die spanischen Behörden möglicherweise verfolgen, bei der Qualifizierung der Vereinbarung von 1995 im Hinblick auf Art. 87 Abs. 1 EG keine Rolle spielen<sup>698</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte unterscheide Art. 87 Abs. 1 EG nicht nach den Gründen und Zielen der staatlichen Maßnahmen, sondern bestimme diese nach ihren Wirkungen<sup>699</sup>. Diese Ziele könnten von der Kommission nur im Rahmen der Ausnahmen gemäß Art.

---

695 *Infra*: S. 198 ff.

696 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI-/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnrn. 5, 9, 15.

697 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI-/Kommission), Slg. 1999, II-139, 2. Leitsatz und Rdnr. 71.

698 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 81.

699 *EuGH*, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rdnr. 27; Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 20; *EuG*, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 195.

87 Abs. 2 und 3 EG berücksichtigt werden<sup>700</sup>. Das EuG erklärte die Entscheidung daher für nichtig<sup>701</sup>.

### 3. Analyse und Bewertung

#### a. Anwendung des *market economy investor test* auf das staatliche Nachfrageverhalten

Die Gegner sozialer Vergabekriterien sahen mit der im *BAI*-Urteil ausgesprochenen beihilfenrechtlichen Unzulässigkeit deren Schicksal als endgültig besiegelt an und feiern es als die erlösende Lunte, die den „Sprengstoff“ sozialer Vergabekriterien endlich zum Explodieren bringt<sup>702</sup>. Die Entscheidung des EuG zeichnet sich dadurch aus, daß sie das mitgliedstaatliche Beschaffungsverhalten am Kriterium der Marktangemessenheit<sup>703</sup> mißt. Das Novum des *BAI*-Urteils ist daher, daß der *market economy investor test* zum ersten Mal ausdrücklich auf eine Maßnahme Anwendung fand, bei welcher der Staat nicht als Investor oder Gläubiger, sondern als Käufer und Nachfrager in Erscheinung getreten war<sup>703</sup>. Dieses Verdikt korreliert mit der Kommissionspraxis<sup>704</sup> sowie der Rechtsprechung des EuGH<sup>705</sup>, wonach die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen bzw. unter Marktpreis eine staatliche Beihilfe darstellen kann.

#### b. Vorteilscharakter sozialer Vergabekriterien

Die Argumentation der Gegner sozialer Vergabekriterien ist von bestechender Einfachheit: Gibt der mit sozialen Vergabekriterien operierende öffentliche Auftraggeber einem Angebot den Zuschlag, das betriebswirtschaftlich günstigste ist, wird er dem letztendlich erfolgreichen Bieterunternehmen einen Preis bezahlen, der über dasjenige hinausgeht, was auf dem privaten Nachfragemarkt als marktangemessen angesehen wird<sup>706</sup>. Dieser Mehrpreis wird nicht in vollem Umfang durch eine Gegenleistung des Unternehmens gedeckt<sup>707</sup>. Gleichzeitig kommt nicht dasjenige Unternehmen zum Zuge, dessen Angebot sich wegen des besten Preis-Leistungsverhältnisses gegenüber den Konkurrenten durchgesetzt hätte, sondern eines, das unter Marktbedingungen chancenlos geblieben wäre<sup>708</sup>. Somit enthält eine derartige Transaktion *prima facie* die fünf gemäß Art. 87 Abs. 1 EG erforderlichen Beihilfenelemente<sup>709</sup>.

700 *EuG*, Rs. T-14/96 (*BAI/Kommission*), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 81.

701 *EuG*, Rs. T-14/96 (*BAI/Kommission*), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 82.

702 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (573); *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (490), Fn. 144; *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 430; *Stockhausen*, Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 43; *Wurmeling*, BS Oktober 2001, 22 (22); *Zeiss*, EWS 2003, 114 (116).

703 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (553, 573); *idem*, WuW 2001, 673 (685 f.); *Schohe/Arhold*, EStAL 2002, 2 (5).

704 Vgl. *Kommission*, Entscheidung vom 25. April 2001 (Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato), ABl. 2002, L 126, S. 1 ff., Rdnr. 22.

705 *EuGH*, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85 (Van der Kooy/Kommission), Slg. 1988, 219, Rdnr. 28; Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnr. 10; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 62.

706 *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 131; *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065 (1066); *Lehne/Haak*, ZfBR 2002, 656 (658); *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 255; *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 82; *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

707 *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 130; *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 255.

708 *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 82.

709 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (574).

### c. Rechtsfolgen der Qualifikation als Beihilfe

Die Klassifikation der Vergabe öffentlicher Aufträge unter Berücksichtigung sozialer Aspekte als materielle Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG hätte zur Folge, daß die Implementierung derartiger Regelungen gemäß Art. 88 Abs. 3 EG der Kommission zu notifizieren wäre<sup>710</sup>. Geschieht dies nicht, sind sie und ein auf ihnen beruhender individueller Zuschlag formell-rechtswidrig<sup>711</sup>. Die Gegner sozialer Vergabekriterien rieten daher ausgebooteten Konkurrenten, in solchen Fällen gezielt Beschwerde bei der Kommission einzulegen oder sich vor nationalen Gerichten auf das unmittelbar wirksame Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG zu berufen<sup>712</sup>. Diese Sichtweise konterkarierte auch mitnichten die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, da der EuGH in den Urteilen *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* sowie *EVN und Wienstrom* explizit gefordert habe, derartige Regelungen müßten mit allen Normen des EG-Vertrages kompatibel sein<sup>713</sup>.

### d. Implikationen für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien

Das *BAI*-Urteil des EuG weist in handwerklicher Hinsicht einige Mängel auf. So ist den Ausführungen nicht zu entnehmen, welchem Tatbestandsmerkmal innerhalb des beihilfenrechtlichen Prüfungsschemas das Problem sozialer Vergabekriterien zuzuordnen ist. Darüber hinaus trennt das EuG nicht zwischen dem primären Beschaffungszweck und der Frage, ob der konkrete Beschaffungsumfang (Volumen des Ticketkontingents) über den primären Beschaffungszweck hinausgeht, also den eigentlichen Sachbedarf übersteigt. Das EuG vermischt somit die Zulässigkeit des primären Beschaffungszwecks mit dem Umfang der zur Erfüllung notwendigen Beschaffung<sup>714</sup>. Das EuG schenkte auch nicht dem Faktum genügend Aufmerksamkeit, daß die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen die Definitionshoheit über ihre Bedürfnisse haben, sei es im Vergaberecht oder was Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angeht.

Den größten Fehler machen die Gegner sozialer Vergabekriterien jedoch, wenn sie aus dem *BAI*-Urteil ableiten wollen, daß soziale Vergabekriterien generell vor dem Beihilfenrecht keine Gnade finden können. So wird übersehen, daß erstens der Bezug der Gutscheine über mehrere Jahre hinweg zu einem Preis, der noch über die in der ersten Vereinbarung festgelegten Einnahmen hinausging<sup>715</sup>, objektiv nicht durch einen tatsächlichen Bedarf gerechtfertigt war<sup>716</sup>. Zweitens besteht zwar ab den Schwellenwerten generell eine Ausschreibungspflicht, der öffentliche Auftrag über die Reisegutscheine wurde jedoch frei ausgehandelt<sup>717</sup>. Die spanischen Behörden ließen sich jedoch nie auf einen Ausschreibungswettbewerb ein<sup>718</sup> und hielten sich dementsprechend auch nicht an die Prinzipien der Publizität und Transparenz. Insgesamt erfolgte die Vergabe dieses Auftrags völlig außerhalb der spezifischen Regeln und Anforderungen der RL 92/50/EWG<sup>719</sup>. Das *BAI*-Urteil kann daher nicht Maßstab für die ge-

710 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (574); *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

711 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (685); *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

712 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (574); *Martín-Ehlers*, WuW 1999, 685 (689).

713 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (574).

714 Vgl. *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 243.

715 *EuG*, Rs. T-14/96 (*BAI/Kommission*), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 74.

716 *EuG*, Rs. T-14/96 (*Kommission*), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 79.

717 *Fischer*, VergabeR 2004, 1 (3); *Reuter*, ZIP 2002, 737 (746).

718 *Fischer*, VergabeR 2004, 1 (3).

719 *Fischer*, VergabeR 2004, 1 (3).

meinschaftsrechtliche Beurteilung sozialer Vergabekriterien sein<sup>720</sup>. Es verbietet es sich, aufgrund dieser Fallkonstellation automatisch auf die Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens im Sinne der Vergaberichtlinien zurückzuschließen. Als Fazit ist daher lediglich festzuhalten, daß bei einer irregulären Vergabe öffentlicher Aufträge die Art. 87 ff. EG Anwendung finden können<sup>721</sup>.

### III. Urteil des EuG in der Rechtssache FFSA/Kommission

#### 1. Sachverhalt

In Frankreich ordnete Art. 21 des Gesetzes über die Organisation des öffentlichen Dienstes der Post und der Telekommunikation an, daß die Besteuerungsgrundlage für La Poste bei den lokalen Steuern um 85 % ihres Betrages gesenkt wird. Im Gegenzug bestimmte das Gesetz i.V.m. einem per Dekret erlassenen Aufgabenkatalog, daß La Poste die Bedienung des *gesamten* Inlands zu gewährleisten habe, unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben und Ziele hinsichtlich der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Regionen. Nachdem die Kommission die Beschwerden der Interessenverbände der französischen Versicherungsunternehmen abgelehnt hatte, erhob unter anderem der Verband *Fédération française des sociétés d'assurances* (FFSA) gemäß Art. 230 Abs. 4 i.V.m. Art. 225 EG vor dem EuG Klage gegen die Entscheidung der Kommission<sup>722</sup>.

#### 2. Rechtliche Würdigung des EuG

Das EuG befand, daß die „streitige Steuervergünstigung grundsätzlich eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstelle, da sie La Poste finanziell besser stelle als die übrigen Steuerpflichtigen<sup>723</sup>. Jedoch folge aus der Wendung in Art. 86 Abs. 2 EG „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ... besonderen Aufgabe ... verhindert“, daß eine unter Art. 87 Abs. 1 EG fallende Maßnahme dennoch als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei, wenn Art. 86 Abs. 2 EG geltend gemacht werden könne. Obwohl es sich auch in diesem Fall um eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Vorschrift handele, könne die Wirkung der Wettbewerbsregeln hier beschränkt werden<sup>724</sup>. Zwar sei Art. 86 Abs. 2 EG als Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen<sup>725</sup>. Jedoch falle die Gewährung einer Beihilfe gemäß Art. 86 Abs. 2 EG dann nicht unter das Verbot des Art. 87 Abs. 1 EG, wenn die betreffende Beihilfe nur die Mehrkosten ausgleichen soll und die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich sei, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen als öffentlicher Dienstleistungserbringer unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen<sup>726</sup>.

---

720 Fischer, VergabeR 2004, 1 (3).

721 Seifert, ZfA 2001, 1 (25).

722 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II- 229, Rdnrn. 4, 5, 7, 13, 68, 69.

723 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 167.

724 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 172.

725 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 173.

726 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 178.