

Insofern stellt sich der Transparenzansatz als probates Mittel der Deeskalation dar, um den Konflikt zwischen der Kommission und Mitgliedstaaten um die Beihilfenkontrolle zu entschärfen<sup>1250</sup>.

Zum anderen besitzen die Mitgliedstaaten mit ihrem regionalen und lokalen Unterbau ein viel feineres Sensorium für aufkeimende Bedürfnisse der Bevölkerungen als die mitunter schwerfällig agierenden Institutionen der Gemeinschaft. Angesichts des „notwendigerweise evolutionären Charakters“<sup>1251</sup> der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind es in erster Linie die Mitgliedstaaten, welche stimmige Strategien konzipieren können, die den besonderen nationalen, regionalen und lokalen Gegebenheiten Rechnung tragen. Zu dieser Erstverantwortung der Mitgliedstaaten tritt die Tatsache, daß allein die Mitgliedstaaten sich auf eine ununterbrochene Kette demokratischer Legitimation berufen können. Auch die Kommission erkannte in einer Reihe von offiziellen Dokumenten, zuletzt im *Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*, die mitgliedstaatliche Einschätzungsprärogative ausdrücklich an<sup>1252</sup>. Um eine möglichst bürgernahe Entscheidung zu fällen, ist es daher Sache der zuständigen nationalen, regionalen und örtlichen Behörden, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, die Art und Weise der Organisation bzw. Delegation, der Finanzierung und der Kontrolle festzulegen<sup>1253</sup>. Diese Meinung wird bis auf vereinzelte Ausnahmen<sup>1254</sup> auch von der Literatur geteilt<sup>1255</sup>. Die Kommission kann die mitgliedstaatliche Entscheidung über die Feststellung des öffentlichen Interesses an einer Dienstleistung nur „auf offenkundige Fehler“ hin kontrollieren<sup>1256</sup>.

## VI. Einheitliche Verfahrensorderungen

### 1. Vorwurf fehlender einheitlicher Verfahrensorderungen

Gegen das Argument, daß ein Ausschreibungsverfahren den Beihilfentatbestand ausschließt, wird eingewandt, daß es mit Ausnahme des öffentlichen Personenverkehrs an einem

---

1249 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (685).

1250 *Koenig/Sander*, EuR 2000, 743 (744).

1251 *GA Stix-Hackl*, C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157.

1252 *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff. 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.

1253 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 31, 77, 79, 85; *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.

1254 Vgl. *Nicolaides*, *Intereconomics* 2002, 190 (195).

1255 Vgl. *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 51; *Hailbronner*, *NJW* 1991, 593 (601); *Henneke*, *DNV* 2002, 19 (20); *Kämmerer*, *NVwZ* 2002, 1041 (1043); *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).

1256 *Kommission*, Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 22; vgl. *Koenig/Haratsch*, *ZUM* 2003, 804 (806).

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 Verfahrensbedingungen 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 Verfahrensbedingungen<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 Binnenschiffahrtswegen 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 Binnenschiffahrtswegen 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).