

Kapitel Zwei: Die Entwicklung des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts

A. Einleitung

Die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien läßt sich zufriedenstellend nur beantworten, wenn man das gemeinschaftliche Vergaberegime als Teil eines größeren Ganzen, der Gemeinschaftsrechtsordnung *in toto*, betrachtet. Wegen ihrer wechselseitigen Bezogenheit ergibt sich der konkrete Regelungsgehalt einer Gemeinschaftsnorm erst aus dem Zusammenspiel mit den übrigen Gemeinschaftsnormen. Die folgenden Ausführungen sind der Aufgabe gewidmet, die für den Topos der sozialen Vergabekriterien relevanten Querbezüge zum Normenkomplex des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts aufzuzeigen.

I. Traditionelle Sichtweise: Beihilfen- und Vergaberecht als getrennte Rechtsgebiete

Traditionelle Landkarten des Gemeinschaftsrechts weisen das Beihilfen- und Vergaberecht als zwei voneinander vollständig getrennte Rechtsgebiete aus⁵⁰⁵. Zwar gebe es Ähnlichkeiten, doch grundsätzlich gälten Beihilfen- und Vergaberecht unabhängig von einander⁵⁰⁶. Dies erscheint auf den ersten Blick auch durchaus plausibel. Mutet doch zum einen der Inhalt der beiden Normenkomplexe inkompatibel verschieden an. Zum anderen stützen sie sich auf hierarchisch und inhaltlich unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Das Vergaberecht basiert auf dem Sekundärrecht der Vergaberichtlinien, nunmehr RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG. Diese wiederum verdanken ihre Existenz dem gemeinschaftsrechtlichen Ziel der Verwirklichung der Grundfreiheiten und des Binnenmarktes, insbesondere Art. 55 EG⁵⁰⁷ und Art. 95 EG⁵⁰⁸. Das Beihilfenrecht hingegen ist mit Art. 87 Abs. 1 ff. EG unmittelbar auf der Ebene des EG-Vertrags angesiedelt.

II. Moderne Sichtweise: Beihilfen- und Vergaberecht als verwandte Rechtsgebiete

Die Auffassung zweier grundsätzlich verschiedener, voneinander zu trennender Regelungsbereiche ist nun mittlerweile ins Wanken geraten⁵⁰⁹. Den ersten Schritt in diese Richtung tat die Kommission, indem sie aus der Durchführung oder dem Fehlen eines Ausschreibungsverfahrens Rückschlüsse auf die Existenz bzw. die Nichtexistenz einer Beihilfe im Sin-

505 Vgl. *Bartosch*, WuW 2001, 673 (673); *Reuter*, ZIP 2002, 737 (745).

506 *Reuter*, ZIP 2002, 737 (745).

507 Präambel RL 2004/18/EG, Rechtsgrundlage und 2. Erwägungsgrund; Präambel RL 2004/17/EG, Rechtsgrundlage und 3. Erwägungsgrund; Präambel RL 93/37/EWG, Rechtsgrundlage und 2. Erwägungsgrund; Präambel RL 92/50/EWG, Rechtsgrundlage und 4. Erwägungsgrund; Präambel RL 93/38/EWG, Rechtsgrundlage und 1., 2. Erwägungsgrund.

508 Präambel RL 2004/18/EG, Rechtsgrundlage; Präambel RL 2004/17/EG, Rechtsgrundlage; Präambel RL 93/36/EWG, Rechtsgrundlage und 4. Erwägungsgrund; Präambel RL 93/38/EWG, Rechtsgrundlage und 1., 2. Erwägungsgrund.

509 Vgl. *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 1; *Fischer*, Vergaber 2004, 1 (1).

ne von Art. 87 Abs. 1 EG zog⁵¹⁰. Den zweiten Streich vollführten die Gemeinschaftsgerichte⁵¹¹ und ihre GAe⁵¹², welche in ihren jeweiligen Urteilen bzw. Schlußanträgen das Beihilfenrecht mit dem Vergaberecht verquickten.

Den dritten Platz in Sachen Annäherung der beiden Rechtsgebiete verdienen sich schließlich die Gegner sozialer Vergabekriterien, indem sie argumentieren, die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter Berücksichtigung sozialer Aspekte die Merkmale des Beihilfenbestandes im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt und damit formell und materiell rechtswidrig ist⁵¹³. Trotz eines grundsätzlichen Nebeneinanders würden sich beide Rechtsgebiete derart überschneiden, daß eine Anwendung der beihilfenrechtlichen Verbotnormen geboten sei⁵¹⁴: Zwar hätte der EuGH mit den Urteilen in den Rechtssachen *Beentjes*⁵¹⁵, *Französische Schulen*⁵¹⁶, *Concordia Bus*⁵¹⁷ und *Wienstrom*⁵¹⁸ die vergaberechtliche Konformität der Anwendung nicht-wirtschaftlicher Kriterien mit den Vergaberichtlinien zementiert, dieses Verdikt tangiere jedoch nicht eine *primärrechtliche* Kontrolle anhand von Art. 87 Abs. 1 EG⁵¹⁹, da sich der EuGH hierzu nicht prononciert geäußert habe. Das Vergaberecht sitze auf dem Pulverfaß des Beihilfenrechts⁵²⁰.

Die Vertreter dieser Ansicht begründen ihren Standpunkt damit, daß die Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien zwangsläufig dazu führen müsse, daß die öffentlichen Auftraggeber Waren oder Dienstleistungen zu einem nach dem *market economy investor test* betriebs-

510 *Kommission*, XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992, Rdnr. 464; *eadem*, XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

511 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 71; *EuGH*, Rs. 280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

512 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 119; *Ga Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 84; *Ga Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157.

513 *Arnould*, PPLR 2001, NA 13 (19); *Bartl*, RiA 1999, 3 (8); *Bartosch*, 2001, 229 (230); *idem*, WuW 2001, 673 (674, 683); *Dippel/Zeiss*, NZBau 2002, 376 (377); *Dischendorfer/Stempkowski*, PPLR 2002, NA 47 (51); *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, Vor §§ 97, Rdnr. 21; *idem/ Haas/von Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilferecht, 21; *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 130 ff., 135; *Frenz*, WuW 2002, 352 (360); *Gleichner*, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (248); *Götzke*, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 94; *Heid*, wbl 1998, 194 (196); *Huber*, ThürVBl 2000, 193 (196); *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (600); *Kese/Lukasik*, VBIBW 2003, 226 (228); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 34; *Knipper*, WuW 1999, 677 (684); *Lübbig*, EuZW 1999, 671 (672); *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685 (687); *Müller-Graff*, ZHR 1988, 403 (419); *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 332; *idem*, ZHR 1998, 427 (467); *Pünder*, NZBau 2003, 530 (533); *Puhl*, VVDSTRL 2001, 456 (501); *Rieble*, NZA 2000, 225 (233); *Rittner*, EuZW 1999, 677 (679); *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 430 ff.; *Schmitges-Thees*, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, 126; *Schwarze*, EuZW 2000, 133 (134); *Sedemund*, in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 31 (41); *Stockhausen*, Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 43; *Winter*, CMLR 2004, 475 (495, 502); *Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 56, 57; *Zeiss*, EWS 2003, 114 (116); *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

514 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (674), *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, Vor §§ 97, Rdnr. 21.

515 *EuGH*, Rs. C-31/87 (Beentjes), Slg. 1988, , 4635, Rdnr. 29.

516 *EuGH*, Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 50.

517 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 59.

518 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.

519 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (683).

520 *Bartosch*, EuZW 2001, 229 (232).

wirtschaftlich ungünstigeren Preis-Leistungsverhältnis beziehen würden⁵²¹. Dieses Nachfrageverhalten entspreche wegen den Mehrkosten nicht demjenigen, das ein unter Marktbedingungen operierender Wirtschaftsteilnehmer an den Tag legen würde. Private Wirtschaftsteilnehmer würden sich nicht für Verwirklichung von Gemeinwohlzielen interessieren, die über das für den Profit einzig maßgebliche betriebswirtschaftliche *best-value-for-money-ratio* hinausgehen⁵²². Danach stelle der Verstoß gegen das vergaberechtliche Bestbieterprinzip einen spezifischen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar⁵²³.

Die Befürworter sozialer Vergabekriterien⁵²⁴ haben diesem Vorwurf argumentativ wenig entgegenzusetzen. Entweder wird das Damoklesschwert der beihilfenrechtlichen Unzulässigkeit hilflos konstatiert oder seine Anwendbarkeit geleugnet⁵²⁵. So wird vorgebracht, der Zuschlag auf ein Angebot, welches geringfügig teurer sei als das wirtschaftlich günstigste Angebot, mache die Vergütung des erfolgreichen Bieterunternehmens durch die öffentliche Hand nicht zu einer unentgeltlichen Leistung⁵²⁶. Solange die Relation von Leistung und Gegenleistung „wirtschaftlich vertretbar“ sei, und das sei bei „etwa gleichwertigen Angeboten“ der Fall, sei bereits der Beihilfentatbestand nicht erfüllt⁵²⁷. Normalerweise sei die Maßnahme als eine normale kommerzielle Transaktion zu qualifizieren⁵²⁸. Ebenso wenig überzeugend wird argumentiert⁵²⁹, daß die Zuschlagsentscheidung schlicht kein wirtschaftlich bewertbarer Vorteil ist. Darüber hinaus wird auch der Selektivitätscharakter sozialer Vergabekriterien angezweifelt⁵³⁰. Es sei nämlich schwer vorstellbar, wie der Zuschlag eines öffentlichen Auftrags das Kriterium der Selektivität erfüllen soll, wenn er gemäß den Vergaberichtlinien erteilt wurde⁵³¹. Jedenfalls werde durch eine solche Transaktion der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt⁵³².

Zwar wurde angesichts der Wechselwirkungen beider Rechtsgebiete⁵³³ (*close interplay*⁵³⁴) bereits intuitiv angedacht, das Beihilfen- und das Vergaberecht regelungstechnisch

521 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (572); *Stockhausen*, Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 43; *Zeiss*, EWS 2003, 114 (117).

522 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (572); *Schumacher*, DVBl. 2000, 467 (472); *Stockhausen*, Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 43.

523 *Zeiss*, EWS 2003, 114 (116).

524 *Arrowsmith*, *LQR* 1995, 235 (244); *eadem*, *ELR* 2002, 3 (18); *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 246; *Bovis*, CMLR 2002, 1025 (1052); *idem*, *Business Law in the European Union*, 136; *Burgi*, *Gewerbearchiv* 2001, 217 (223); *Dischendorfer/Kempkowski*, PPLR 2002, NA 47 (50); *Fischer*, *EuZW* 2004, 492 (494); *Grzeszick*, *DÖV* 2003, 649 (650); *Krüger/Nielsen/Bruun*, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, Rdnr. 6.2.2.; *Losch*, *NdsVBl.* 2003, 73 (80); *McCrudden*, *JIEL* 1999, 3 (7); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 174; *Osterloh*, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63; *Prieß/Pitschas*, PPLR 2000, 171 (194); *Pünder*, *NZBau* 2003, 530 (532); *Rust*, *EuZW* 1999, 453 (454); *eadem*, *EuZW* 2000, 205 (206); *Tobler*, *ELR* 2000, 618 (618); *Ziekow*, *VergabeR* 2003, 1 (5).

525 *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 246; *Burgbacher*, *VergabeR* 2001, 169 (171); *Dischendorfer/Stempowski*, PPLR 2002, NA 47 (50); *Fischer*, *EuZW* 2004, 492 (495); *Grzeszick*, *DÖV* 2003, 649 (651); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 548; *Schäfer*, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 420.

526 *Osterloh*, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63.

527 *Osterloh*, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63.

528 *Dischendorfer/Stempowski*, PPLR 2002, NA 47 (51).

529 *Losch*, *NdsVBl.* 2003, 73 (78).

530 *Dischendorfer/Stempowski*, PPLR 2002, NA 47 (51); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 168.

531 *Dischendorfer/Stempowski*, PPLR 2002, NA 47 (51); *Fischer*, *EuZW* 2004, 492 (495).

532 *Osterloh*, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63.

533 *Dippel/Zeiss*, *NZBau* 2002, 376 (376).

miteinander zu verknüpfen⁵³⁵. Beihilfen- und Vergaberecht stünden noch relativ unabgestimmt nebeneinander⁵³⁶. Friktionen seien daher zu vermeiden⁵³⁷. Die vorliegende Untersuchung macht es sich nun unter dem Vorzeichen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und der sozialen Vergabekriterien zur Aufgabe aufzuzeigen, daß Beihilfen- und Vergaberecht strukturell ineinandergreifen. Ziel ist es hierbei, Beihilfen- und Vergaberecht einer Synthese zuzuführen. Um die Querbezüge zwischen Beihilfen- und Vergaberecht anschaulich zu machen, erscheint es an dieser Stelle angebracht, knapp Funktion und Struktur des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes darzustellen.

III. Ratio des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes

Für Verständnis und Einordnung der Art. 87-89 EG in den gemeinschaftsrechtlichen Gesamtkontext ist zunächst von Bedeutung, daß das Beihilfenregime Bestandteil des EG-Wettbewerbsrechts ist. Während sich das erste Kapitel, Art. 81-86 EG, die private Wirtschaftsteilnehmer zum Adressaten hat, richtet sich das zweite Kapitel, Art. 87-89 EG, an die Mitgliedstaaten⁵³⁸. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH soll das Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG verhindern, daß die Mitgliedstaaten die Erfolgchancen der heimischen Wirtschaftsteilnehmer optimieren, indem sie diesen Vergünstigungen gewähren, durch die der Leistungswettbewerb zwischen den im Binnenmarkt tätigen Anbietern verfälscht wird⁵³⁹. Sinn und Zweck des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes ist daher der Schutz des Wettbewerbs. Das Beihilfenverbot soll allen Wirtschaftsteilnehmern Chancengleichheit gewährleisten und nationalen Protektionismus verhindern⁵⁴⁰.

IV. Objektivität des Beihilfenbegriffs

Art. 87 Abs. 1 EG erfaßt „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“. Der Begriff der Beihilfe umfaßt damit nicht nur positive Zuwendungen, sondern auch die Verschonung von der Leistung an sich geschuldeter Zahlungen an die öffentliche Hand⁵⁴¹. Nach der Definition des EuGH unterfallen dem Beihilfenbegriff alle staatlichen Maßnahmen, welche in verschiedener Form Belastungen vermindern, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen zu tragen hätte⁵⁴². Für den Beihilfencharakter einer staatlichen Maßnahme ist mithin weder deren äußere Form wie die Ausgestaltung der Zuwendung noch die ihr

534 *Bovis*, JBL 1999, 126 (127); *idem*, CMLR 2002, 1025 (1030).

535 *Dreher*, NVwZ 1997, 343 (344); *Knauff*, EuZW 2003, 453 (455).

536 *Kese/Lukasik*, VB1BW 2003, 226 (230); *Pünder*, NZBau 2003, 530 (530).

537 *Fischer*, VergabeR 2004, 1 (1); *Jennert*, EuR 2003, 343 (355).

538 *Mähring*, JuS 2003, 448 (448).

539 *EuGH*, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rdnr. 26; Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 12; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 58.

540 v. *Danwitz*, in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (16); *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065 (1065).

541 *EuGH*, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 58.

542 *EuGH*, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3596, Rdnr. 60; Rs. C-295/97 (Piaggio), Slg. 1999, I-3735, Rdnr. 34.