

aus hat die Kommission die VO 2204/2002/EG⁶¹² erlassen, welche, um die Schaffung neuer Arbeitsplätze in den Mitgliedstaaten zu erleichtern⁶¹³, Beihilfen freistellt, die eine Förderung der Beschäftigung im Sinne der europäischen Beschäftigungsstrategie und vor allem von benachteiligten Arbeitnehmergruppen bezwecken⁶¹⁴.

5. Analyse und Bewertung

Die kurze Synopse des Beihilfensystems zeigt, daß die Gemeinschaftsorgane Rat, Kommission und EuGH bereits im Stadium *quo ante Ferring* und *Altmark* dem Spannungsverhältnis zwischen einer strikten Beihilfenkontrolle sowie dem sozial-, umwelt- und beschäftigungspolitischen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten andererseits Tribut gezollt haben. Ansatzweise hatten sowohl der EuGH als auch Rat und Kommission mit ihren Rechtssetzungsakten bereits zu diesem Zeitpunkt eine rein binnenmarktorientierte Monooptik zugunsten einer die nicht-wirtschaftliche Dimension der Gemeinschaft einschließenden Perspektive geopfert. An dieser Stelle soll daher die These aufgestellt werden, daß die Furore machenden Urteile des EuGH in den Rechtsachen *Ferring* und *Altmark* sich nahtlos in die bisherige Tradition der Fortentwicklung des Beihilfenrechts einfügen, die verstärkt auf einen Ausgleich zwischen vorgenannten Extremen gerichtet ist⁶¹⁵.

B. Praxis der Kommission

I. Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens

Vor dem Hintergrund des skizzierten beihilferechtlichen *acquis communautaire* ist nun ein Phänomen aus der Kommissionspraxis zu beobachten⁶¹⁶, das für den Vergleich von Beihilfen- und Vergaberecht von besonderer Bedeutung ist. Die Kommission ist bei ihrer beihilferechtlichen Prüfung von mitgliedstaatlichen Transaktionen dazu übergegangen, die Durchführung eines vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechenden Ausschreibungsverfahrens zu verlangen, um das Tatbestandsmerkmal eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG auszuschließen.

I. Vereinbarkeitsvermutung

Den Startschuß zu dieser Auslegung gab die Kommission in ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht unter der Rubrik „Privatisierungen“, in dem sie von der Annahme ausging, daß der Verkauf von Aktienpaketen an der Börse generell zu Marktbedingungen erfolge und

612 VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. L 337, S. 3 ff.

613 Art. 4 Abs. 1 VO 2204/2002/EG.

614 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. L 337, S. 3 ff., Rdnr. 7.

615 Vgl. *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3030).

616 Vgl. *Bartosch*, WuW 2001, 673 (674); *idem*, CMLR 2002, 551 (553); *Bauer*, EuZW 2001, 748 (749); *Gundel*, RIW 2002, 222, (227); *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 87; *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (292).

daher kein Beihilfeelement enthalte⁶¹⁷. Für anderweitige Privatisierungen und Unternehmensverkäufe forderte die Kommission, daß erstens ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden müsse, der allen offen steht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist⁶¹⁸. Zweitens müsse das Unternehmen an den Meistbietenden veräußert werden, und die Bieter müßten über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können⁶¹⁹. Seien diese Konditionen erfüllt, bestehe ohne weitere konkrete Prüfung die Vermutung, daß die mitgliedstaatliche Transaktion mit Art. 87 Abs. 1 EG vereinbar ist. Die Kommission verzichtet dann auf ihr Sanktionsarsenal gemäß Art. 88 Abs. 2 und 3 EG. Auch in den folgenden Wettbewerbsberichten baute die Kommission auf das Instrument eines „offenen, an keine Bedingung geknüpften und nicht-diskriminierenden Ausschreibungsverfahrens“⁶²⁰, zuletzt in ihrem XXXIII. Wettbewerbsbericht aus dem Jahre 2003⁶²¹. In ihren Entscheidungen hat sich die Kommission nicht auf eine einheitliche Terminologie festgelegt und verwendet die Begriffe „öffentlich und transparent“⁶²², „offen und bedingungsfrei“⁶²³, „offen, transparent und bedingungsfrei“⁶²⁴.

a. Kriterium der Diskriminierungsfreiheit

Das Kriterium der Diskriminierungsfreiheit hat, wie auch sonst im Gemeinschaftsrecht, die Bedeutung, unmittelbare und mittelbare Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zu verhindern. Die Anwendung dieses Kriteriums im vorliegenden Kontext läßt sich anhand der Entscheidung der Kommission im Fall *Centrale del Latte di Roma* veranschaulichen. Dort hatte die Kommission das Kriterium der Diskriminierungsfreiheit verneint, da die öffentliche Hand kaufinteressierte Unternehmen verpflichten wollte, einen Großteil der Rohstoffe bei örtlichen Erzeugern zu beziehen⁶²⁵ und den Produktionsstandort Rom für einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren beizubehalten⁶²⁶.

b. Kriterium der Publizität

Im Hinblick auf das Kriterium der Publizität verlangt die Kommission für mitgliedstaatliche Transaktionen von europäischer Bedeutung, daß die Ausschreibung in der internationalen

617 *Kommission, XXIII*. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

618 *Kommission, XXIII*. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

619 *Kommission, XXIII*. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

620 *Kommission, XXX*. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, SEK (2001) 694 endg., Rdnr. 318; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2000/de.pdf; *eadem, XXIX*. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, SEK (2000) 720 endg., Rdnr. 235; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/de.pdf; *eadem, XXXI*. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf;

621 *Kommission, XXXIII*. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2003, SEK (2004), Rdnr. 395; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2003/final_en.pdf

622 *Kommission*, Entscheidung vom 25. April 2001, Sache C 64/98 (ex NN 95/97) (Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato), ABl. 2002, L 126, S. 1 ff., Rdnr. 85 ff.

623 *Kommission*, Entscheidung vom 13. Juni 2000, Sache C 30/98 (Wildauer Kurbelwelle GmbH), ABl. 2000, L 287, S. 51 ff., Rdnr. 8; Entscheidung vom 14. März 2000, Sache C 61/97 (Elpro AG), ABl. 2000, L 229, S. 44 ff., Rdnr. 32.

624 *Kommission*, Entscheidung vom 13. Juni 2000, Sache C 21/99 (Kali und Salz GmbH), ABl. 2001, L 44, S. 39 ff., Rdnr. 24 f.

625 *Kommission*, Entscheidung vom 11. April 2000, (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15 ff., Rdnr. 82.

626 *Kommission*, Entscheidung vom 11. April 2000, (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15 ff., Rdnr. 91.

Presse, bevorzugt im Amtsblatts der Gemeinschaft, öffentlich bekannt gemacht wird⁶²⁷. Das Kriterium der Publizität ist daher nicht erfüllt, wenn potentiell interessierte Bieterunternehmen direkt angesprochen werden⁶²⁸. Denn es ist nicht Sache des öffentlichen Verkäufers, den Markt der potentiellen Käufer von vornherein abzugrenzen⁶²⁹. Dazu muß die Ausschreibung eine konkrete Beschreibung des Angebots enthalten, um potentiellen Bieterunternehmen eine dezidierte Überprüfung zu ermöglichen⁶³⁰.

c. Kriterium der Bedingungslosigkeit

Seit ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht sieht die Kommission das Kriterium der Bedingungslosigkeit als erfüllt an, wenn „der Verkauf zu Bedingungen stattfindet, die bei vergleichbaren Transaktionen zwischen Privatparteien üblich sind“⁶³¹. In ihrer Grundstücksmitteilung präzisierte die Kommission dies dahingehend, daß die Bedingungslosigkeit entfällt, wenn die Verkaufsbedingungen besondere Verpflichtungen kreieren, die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht für die Entscheidungen der Planungsbehörden bzw. Umwelt- und Gesundheitsschutzvorschriften ergeben, und die nicht branchenübergreifend von jedem potentiellen Erwerber erfüllt werden können⁶³².

In der Entscheidung im Fall *Gröditzter Stahlwerke* hatte die Kommission die Transaktion als nicht bedingungslos qualifiziert, weil die interessierten Unternehmen aufgefordert wurden, ein Konzept vorzulegen, in dem sie unter anderem detaillierte Verpflichtungen zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen abgeben sollten⁶³³. Diese Haltung hat die Kommission später noch einmal im Fall *Centrale del Latte di Roma* bestätigt, wo die öffentliche Hand ein bestimmtes Beschäftigungsniveau festschreiben wollte⁶³⁴. Um so erstaunlicher ist die Tatsache, daß die Kommission in ihrem Vorschlag für eine *VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt*⁶³⁵ das Kriterium der Bedingungslosigkeit fallen ließ und statt dessen ledig-

627 *Kommission*, Mitteilung vom 10. Juli 1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997, C 209, S. 3 ff., Rdnr. II 1 lit. a.

628 Vgl. *Kommission*, Entscheidung vom 28. Januar 1996 (Head Tyrolia Mares), ABl. 1997, L 25, S. 26, Rdnr. 7.2.5.; *eadem*, Entscheidung vom 3. Mai 2000 (Tasq SA), ABl. 2000, L 272, S. 29 ff., Rdnr. 45; *eadem*, Entscheidung vom 8. September 1999, (Stardust Marine), ABl. 2000, L 206, S. 6 ff., Rdnrn. 9, 63; *eadem*, Entscheidung vom 13. Juni 2000, (Transport of Irish livestock), ABl. 2000, L 263, S. 17 ff., Rdnr. 69; *eadem*, Entscheidung vom 8. Juli 1999, (Gröditzter Stahlwerke GmbH), ABl. 1999, L 292, S. 27 ff., Rdnr. 88.

629 *Kommission*, Entscheidung vom 8. September 1999, (Stardust Marine), ABl. 2000, L 206, S. 6 ff., Rdnr. 67; *eadem*, Entscheidung vom 8. Juli 1999, (Gröditzter Stahlwerke GmbH), ABl. 1999, L 292, S. 27 ff., Rdnr. 87.

630 *Kommission*, Entscheidung vom 12. Juli 2000 (Scott Paper SA/Kimberly-Clark), ABl. 2002, L 12, S. 1 ff., Rdnr. 146.

631 *Kommission*, XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

632 *Kommission*, Mitteilung vom 10. Juli 1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997, C 209, S. 3 ff., Rdnr. II 1 lit. c.

633 *Kommission*, Entscheidung vom 8. Juli 1999, Sache (Gröditzter Stahlwerke GmbH), ABl. 1999, L 292, S. 27 ff., Rdnr. 87.

634 *Kommission*, Entscheidung vom 11. April 2000, (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15 ff., Rdnr. 82.

635 *Kommission*, Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt, KOM (2000), 5 endg., ABl. 2000, C 365, S. 179 ff., Rdnr. 44.

lich auf ein offenes, transparentes und nicht-diskriminierendes Verfahren abstellt⁶³⁶. Auch in den Erwägungsgründen zur neuen Transparenzrichtlinie spricht die Kommission von einem offenen, transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahren⁶³⁷. Gleiches gilt für ihre Ausführungen im *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*⁶³⁸.

2. Unvereinbarkeitsvermutung

Privatisierungen, die weder per Börsenverkauf noch per Ausschreibungswettbewerb erfolgen, lösen demgegenüber die Vermutung ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 87 Abs. 1 EG aus⁶³⁹. Allerdings legt die Kommission inzwischen Wert darauf zu betonen, daß das Ausschreibungsverfahren für die Mitgliedstaaten bei der Veräußerung öffentlicher Vermögenswerte nicht im strengen Sinne obligatorisch ist. Die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, das offene Ausschreibungsverfahren durchzuführen⁶⁴⁰. Die Nicht-Durchführung hat allerdings zur Folge, daß sich die Kommission eine konkrete Prüfung vorbehält, ob die Transaktion realen Marktpreisen entspricht⁶⁴¹.

3. Einsatzgebiete für die Vereinbarkeitsvermutung

Die Kommission hat diese Strategie mittlerweile auf breiter Front fortgesetzt und das Ausschreibungsverfahren als allgemein probates Instrument etabliert, um den Beihilfenvorwurf zu entkräften. So hat diese Methode Eingang in eine Reihe offizieller Dokumente gefunden⁶⁴², allen voran in die *Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Grundstücken*, wonach der Verkauf von Bauten oder Grundstücken nach einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahren grundsätzlich einen Verkauf zum Marktwert darstellt und damit keine Beihilfe enthält⁶⁴³. Insgesamt bietet das Ausschreibungsverfahren nach Dafürhalten der Kommission die beste Gewähr dafür, daß sich das mit-

636 *Kommission*, Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt, ABl. 2000, C 365, S. 179, Rdnr. 44.

637 RL 2000/52/EG der Kommission zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. 2000, L 193, S. 75 ff., Erwägungsgrund 11.

638 *Kommission*, Anhang zum Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270 endg., Rdnr. 33.

639 *Kommission*, XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

640 *Kommission*, Entscheidung vom 11. April 2000, (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15 ff., Rdnr. 88.

641 *Kommission*, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, SEK (2000), 720 endg., Rdnr. 235; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/de.pdf.

642 *Kommission*, Mitteilung über den Gemeinschaftsrahmen für staatliche Forschungs- und Entwicklungshilfen, ABl. 1996, C 45, S. 5 ff., Rdnr. 2.5; *eadem*, Mitteilung über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG und des Art. 61 EWR-Abkommen über staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl. 1994, C 350, S. 5 ff., Rdnr. 18; *eadem*, Mitteilung über die Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl. 1997, C 205, S. 5 ff., abrufbar unter: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/lvb/l24189.htm>, Rdnr. 8; *eadem*, Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt, KOM (2000), 5 endg.; ABl. 2000, C 365 E, S. 179 ff., Rdnr. 44; vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. d VO 2408/92/EWG des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. 1992, L 240, S. 8 ff.

643 *Kommission*, Mitteilung vom 10. Juli 1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997, C 209, S. 3 ff., Rdnr. II.1.

gliedstaatliche finanzielle Engagement auf den nötigen Mindestbetrag begrenzt und den realen Marktpreis widerspiegelt⁶⁴⁴.

4. Rezeption der Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens

a. Vereinbarkeitsvermutung

In der Literatur wird die Vereinbarkeitsvermutung begrüßt⁶⁴⁵. Das Ausschreibungsverfahren gewährleiste *prima facie* Marktangemessenheit, i.e. Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, da es authentische Marktverhältnisse schaffe⁶⁴⁶. Außerdem garantiere diese Strategie die gemeinschaftsrechtlich gebotene Gleichbehandlung aller in- und ausländischen Kaufinteressenten⁶⁴⁷. Kurz, die Transaktion sei dann ein „echtes Verkehrsgeschäft“⁶⁴⁸. Mißverständlich ist daher die Aussage, „die Kommission ziehe das formalisierte Kriterium der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens heran, weil der *market economy investor test* nicht weiter führe“⁶⁴⁹. Im Gegenteil, mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens sieht die Kommission den Anforderungen *market economy investor test* genüge getan. Ohne diese Verquickung von Beihilfen- und Vergaberecht würde das gesamte Vergaberecht auf den beihilfenrechtlichen Prüfstand der Kommission gelangen und diese letztlich zur „Obervergabeprüfstelle“⁶⁵⁰ mutieren lasse.

b. Unvereinbarkeitsvermutung

Auf nur geteilte Akzeptanz stößt jedoch die bei *Nicht-Durchführung* eines Ausschreibungsverfahrens aktivierte *Unvereinbarkeitsvermutung*⁶⁵¹: Im beihilferechtlichen Verfahren obliegt der Kommission nämlich eine Amtsermittlungspflicht. Die Kommission habe das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG nachzuweisen⁶⁵². Die Unvereinbarkeitsvermutung nötige jedoch *de facto* die öffentliche Hand zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, da sie ansonsten ein langwieriges Prüfungsverfahren zu gewärtigen habe⁶⁵³. Dabei werde die für die Feststellung einer staatlichen Beihilfe an sich materielle Wertung – die Feststellung eines wirtschaftlichen Vorteils – indirekt durch ein Verfah-

644 *Kommission*, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, SEK (2000), 720 endg., Rdnr. 235; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/de.pdf.

645 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (677); *Bauer*, EuZW 2001, 748 (749); *Britz*, DVBl. 2000, 1641 (1644); *Dietlein*, NZBau 2004, 472 (473); *Dreher/Haas/v. Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 24; *Eggers/Malmendier*, NJW 2003, 780 (782); *Ehricke*, ZIP 2001, 489 (493); *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 191; *Eilmansberger*, WuW 2004, 384 (391); *Gundel*, RIW 2002, 222, (227); *Koenig*, EuZW 2001, 741 (743); *idem/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (292); *idem/Scholz*, EuZW 2003, 133 (134, Fn. 8); *Mederer/v. Ysendyck*, in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 87, Rdnr. 20; *Reuter*, ZIP 2002, 737 (742, 744); *Schäfer*, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 419.

646 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (560f.).

647 *Bauer*, EuZW 2001, 748 (749).

648 *Gundel*, RIW 2002, 222, (227).

649 *Jennert*, NZBau 2003, 417 (420).

650 *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (293).

651 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (678); *idem*, ZIP 1999, 1787 (1793); *idem*, EStAL 2002, 43 (44); *idem*, CMLR 2003, 551 (565).

652 *Bartosch*, EuZW 2000, 333 (334); *idem*, WuW 2001, 673 (678); *idem*, NVwZ 2002, 174 (175); *idem*, EuZW 2000, 333 (334).

653 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (678).

renskriterium ersetzt, das sich weder aus dem EG-Vertrag noch aus den Vergaberichtlinien herleiten läßt⁶⁵⁴. Die Unvereinbarkeitsvermutung führe damit zu einer „Beweislastumkehr“⁶⁵⁵, mithin zu einer erneuten institutionellen Machtverschiebung zugunsten der Kommission und zulasten der Mitgliedstaaten. Der Ausweg nur über die tendenziell eng zu interpretierenden Ausnahmenvorschriften der Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 sowie 86 Abs. 2 EG sei nicht adäquat⁶⁵⁶. Die Prüfung, ob durch die Entziehung eines staatlichen Vorteils die Erfüllung der besonderen Aufgabe des Betrauten gem. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG verhindert wird, ist eine größere Hürde, als die Prüfung, ob sich mitgliedstaatliche Zuwendung und mit der Erfüllung der besonderen Aufgabe verbundene Aufwendungen die Waage halten⁶⁵⁷.

II. Analyse und Bewertung

1. Unvereinbarkeitsvermutung

Zur Unvereinbarkeitsvermutung ist zu konstatieren, daß die Mitgliedstaaten ohnehin im Verfahren für angemeldete Beihilfen gemäß Art. 5 Abs. 1 VO 659/99/EG sowie im Verfahren für bestehende Beihilfen gemäß Art. 17 Abs. 1 VO 659/99/EG dem Auskunftersuchen der Kommission zu entsprechen und ihr alle sachdienlichen ergänzenden Auskünfte zu erteilen haben. Reagiert der Mitgliedstaat auf das Auskunftsverlangen nicht oder nicht angemessen, so kann die Kommission im Verfahren für rechtswidrigen Beihilfen gemäß Art. 10 Abs. 2 VO 659/99/EG eine Anordnung zur Auskunftserteilung erlassen. Insofern ist der Konflikt zwischen dem Amtsermittlungsgrundsatz und der Beibringungspflicht der Mitgliedstaaten bereits dem Grunde nach im sekundärrechtlichen Gemeinschaftsrechts angelegt.

Daher erscheint es vorzugswürdig, auf die konkreten Vor- und Nachteile dieser Lösung zum *status quo ante* abzustellen. Es ist zu fragen, ob die Vereinbarkeitsvermutung auch ohne die Unvereinbarkeitsvermutung zu haben ist: Im letzteren Fall würde die Kommission im vorläufigen Prüfungsverfahren weiterhin bei Transaktionen ohne Ausschreibungsverfahren auf Fall-zu-Fall-Basis entscheiden, ob ein förmliches Prüfungsverfahren gemäß Art. 88 Abs. 2 EG, Art. 4 Abs. 4 VO 659/99/EG vonnöten ist. Nicht auszuschließen ist daher, daß per Unvereinbarkeitsvermutung Fälle in das förmliche Prüfungsverfahren wandern, die unter Umständen im vorläufigen Prüfungsverfahren als beihilfenrechtlich unbedenklich bewertet worden wären.

Zu berücksichtigen ist jedoch neben der – bei realistischer Einschätzung – geringen Anzahl dieser Fälle, daß sich das Ausschreibungsverfahren als Standard nur dann wird durchsetzen lassen, wenn der Vereinbarkeitsvermutung auch eine spiegelbildliche Unvereinbarkeitsvermutung zur Seite steht. Wer die Mitgliedstaaten zu mehr Transparenz bei ihren Investitionen zu motivieren wünscht, sollte die Anreize verstärken. Die Kommission tut also gut daran, nach dem Prinzip Zuckerbrot und Peitsche Rückgriffe auf zweit- und drittbeste Mittel zu sanktionieren. Die alternative Ermittlung des marktangemessenen Kaufpreises durch einen unabhängigen Sachverständigen kann den Vorwurf der unzulässigen Beihilfe eben nicht ohne

654 Vgl. *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (565).

655 *Gundel*, RIW 2002, 222, (227); *Bartosch*, EuZW 2000, 333 (334); *idem*, WuW 2001, 673 (678); *idem*, ZIP 1999, 1787 (1793); *idem*, CMLR 2002, 551 (560, 575 f.).

656 *Bartosch*, EuZW 2000, 333 (335).

657 *Bartosch*, EuZW 2000, 333 (335).