

Aufsätze und Berichte

Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht

Von Univ.-Professor Dr. Christian Koenig LL. M.*

Die Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungs-freien Bietverfahrens schafft einen diskriminierungsfrei zugänglichen Markt- platz für die Übertragung öffentlicher Vermögenswerte sowie für die – insbesondere in einem Insolvenzverfahren erfolgende – Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens. Hierdurch kann unter Einhaltung der Voraussetzungen der Offenheit, der Transparenz und der Bedingungs-freiheit des Bietverfahrens ein Nachweis der Marktangemessenheit der unternehmerischen Gegenleistung erbracht und damit das EG-beihilfenrechtliche Tatbestandsmerkmal der einseitigen staatlichen Begünstigung i. S. des Art. 87 I EG ausgeschlossen werden. Für den Fall der Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens begründet der Autor seine These, dass die Durchführung eines Bietverfahrens dem Erwerber einen Schlüssel zur Rechtssicherheit verleiht. Im Rahmen der Übertragung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (Art. 86 II EG) soll ein Bietverfahren insbesondere gewährleisten, dass nur die Nettomehrkosten für die Aufgabenerfüllung ausgeglichen und Überkompensationseffekte durch einen Bieterwettbewerb vermieden werden.

I. Einordnung des Bietverfahrens in die rechtsdogmatischen Funktionsebenen der Art. 86, 87 EG

1. Überblick

Zur Beantwortung der Frage, in welchen Fällen die Durchführung eines Bietverfahrens das beihilfenrechtliche Tatbestandsmerkmal der einseitigen staatlichen Begünstigung i. S. des Art. 87 I EG auszuschließen bzw. dem Erwerber von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens als Schlüssel zur Rechtssicherheit zu dienen vermag, sind die folgenden rechtsdogmatischen Funktionsebenen scharf voneinander zu unterscheiden:

a) *Tatbestandsebene:* Das Bietverfahren vermag unter Einhaltung der Voraussetzungen der Offenheit, der Transparenz und der Bedingungs-freiheit den Nachweis der Marktangemessenheit der unternehmerischen Gegenleistung zu erbringen und damit das EG-beihilfenrechtliche Tatbestandsmerkmal der einseitigen staatlichen Begünstigung i. S. des Art. 87 I EG auszuschließen.

b) *Rückabwicklungsebene:* Die Tatbestandsmäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Beihilfengewährung ist von der Kommission in einer – auf Grund von Art. 242 S. 1 EG ohne aufschiebende Wirkung – vollziehbaren Entscheidung festgestellt worden; zugleich ist die Beihilfenrückforderung gegenüber dem Mitgliedstaat angeordnet worden. Sollen die Aktiva des beihilfenbegünstigten Unternehmens nun veräußert werden, so kann die Durchführung eines Bietverfahrens dem Erwerber insoweit Rechtssicherheit¹ gewähren, als er für die Beihilfenrückzahlung nicht in Anspruch zu nehmen ist. Werden umgekehrt die Aktiva ohne ein solches Bietverfahren innerhalb eines Konzernverbundes („intra group asset-deal“) veräußert oder werden die gebündelten Aktiva „going concern“, also zum Zwecke einer funktionalen Unternehmensfortführung veräußert, so kann sich nach jüngerer Kommissionspraxis die Rückforderungsverpflichtung u. U. auf den Erwerber der Aktiva erstrecken².

c) *Übertragung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (Art. 86 II EG):* Die Durchführung eines Bietverfahrens

fördert den Ausgleich zwischen der Beeinträchtigung des gemeinsamen Marktes auf Grund eines Ausschlusses der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 II 1 EG und den positiven Effekten der Erbringung von Daseinsvorsorgediensten durch ein staatlich konzessioniertes („betrautes“) Unternehmen. Außerdem soll ein Bietverfahren gewährleisten, dass nur die Nettomehrkosten für die Aufgabenerfüllung ausgeglichen und Überkompensationseffekte durch einen Bieterwettbewerb vermieden werden.

2. Die Ausgangsfrage: offenes Bietverfahren oder geschlossenes Verfahren auf Grund von Bewertungsgutachten unabhängiger Sachverständiger?

Unterliegt das Veräußerungsobjekt einer etablierten Marktpraxis, zumindest aber allgemeinverbindlich festgelegten sowie öffentlich anerkannten Bewertungsmethoden, akzeptiert die Kommission, insbesondere nach ihrer Grundstücksmitteilung von 1997³, alternativ zu einem Bietverfahren regelmäßig ein unabhängiges Sachverständigengutachten. Sind allerdings keine objektiven und öffentlich anerkannten Bewertungsstandards verbindlich definiert, scheidet ein Sachverständigengutachten aus. Dieses Verfahren vermag nämlich nur in bestimmten Fallgruppen eine zuverlässige Bewertung der Marktüblichkeit zu gewährleisten. Denn zum einen muss es sich um ein Objekt handeln, für das im Hinblick auf seine Art und Funktionen verlässliche Erfahrungsdaten über wirtschaftliche Transaktionen (Verkauf, Miete, Pacht, Leasing etc.) bestehen. Dazu muss nicht unbedingt das gleiche Objekt bereits Gegenstand einer etablierten Marktpraxis gewesen sein. Vielmehr müssen auf der Grundlage vorhandener und methodisch ausgewerteter Erfahrungsdaten über *vergleichbare* Marktabläufe objektive Bewertungsstandards für unabhängige Sachverständige verbindlich definiert und öffentlich anerkannt sein. Nur so wird ein Gutachter überhaupt erst in die Lage versetzt, zumindest im Wege der analogen Bewertung den üblichen Marktpreis verlässlich zu *antizipieren* und zwar auch außerhalb eines authentischen und offen zugänglichen Marktplatzes, insbesondere ohne Durchführung eines versteigerungähnlichen Bietverfahrens. Nur unter diesen Voraussetzungen akzeptiert die Kommission die Wertermittlung durch einen Sachver-

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Der Autor dankt Herrn Professor Dr. Klaus-Dieter Borchardt und Herrn Krzysztof Jaros für den intensiven Diskurs und die kritischen Anmerkungen.

1) Vgl. Bauer, Rechtswidrige Beihilfen machen Unternehmenskäufe riskant. Offenes Bietverfahren schafft Rechtssicherheit, FAZ v. 11. 8. 2001, S. 21.

2) Vgl. Kommission, Entsch. v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 Rdnr. 102 – Gröditzter Stahlwerke GmbH; Kommission, Entsch. v. 2. 6. 1999, ABIEG 2000 Nr. L 227, S. 24 – Seleco; dazu jüngst (zust.) Generalanwalt Geelhoed, Schlussanträge v. 27. 9. 2001, verb. Rs. C-328 u. 399/00 – SIM 2 Multimedia SpA; Kommission, Entsch. v. 11. 4. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 238, S. 50 – SMI; Kommission, Entsch. v. 22. 6. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 318, S. 62 – CDA Albrechts GmbH, sowie die Kommission, Entsch. v. 30. 10. 2001, Pressemitteilung IP/01/1519 v. 30. 10. 2001 – Graf von Henneberg Porzellan GmbH. Dazu Borchardt, ZIP 2001, 1301; Ehrlicke, ZIP 2000, 1656; ders., ZIP 2001, 489; Koenig, BB 2000, 573; ders., EuZW 2001, 37; Meessen, DB 2001, 1294; Rapp/Bauer, KTS 2001, 1; Slocock, Competition Policy Newsletter Nr. 1 2000, S. 7; Soltész, BB 2001, 1049.

3) Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABIEG 1997 Nr. C 209, S. 3.

ständigen in ausgewählten Wirtschaftsbereichen, namentlich bei der Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand sowie beim Verkauf von Aktiva eines vormals öffentlichen Unternehmens, etwa in einem Insolvenzverfahren, in dem die Bewertung auf der Grundlage eines unabhängigen Zerschlagungswertgutachtens erfolgt.

Allerdings muss ein Bietverfahren regelmäßig dann durchgeführt werden, wenn innerhalb oder außerhalb eines Insolvenzverfahrens Aktiva eines Unternehmens veräußert werden, in das staatliche Beihilfen geflossen sind. Nur wenn solche Aktiva in einem offenen, transparenten und bedingungslosen Bietverfahren, also „über den Markt“ veräußert werden, haben die durch die Beihilfengewährung geschädigten Wettbewerber Gelegenheit, die Güter des beihilfebegünstigten Unternehmens zu erwerben. Mit dieser Erwerbsoffentlichkeit im Rahmen eines offenen Bietverfahrens wird ein gewisser kompetitiver Ausgleich für die eingetretene Wettbewerbsverzerrung hergestellt, der sich in einem geschlossenen Veräußerungsverfahren auf der Grundlage eines unabhängigen Sachverständigengutachtens nicht erreichen ließe.

Die Kommission hat im Fall der Gröditzter Stahlwerke, in dem vor dem Erlass der Kommissionsentscheidung vom 8. 7. 1999 das gesamte Vermögen der Gröditzter Stahlwerke GmbH (GSW) im Wege eines asset deal an Gesellschaften übertragen wurde, welche nicht zum Gesellschaftsvermögen der GSW gehörten, sondern vielmehr in einer komplizierten Holdingkonstruktion der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) unterstanden, festgestellt, dass die Veräußerung „ohne offenes Verkaufsverfahren an andere, von der BvS kontrollierte Unternehmen“ erfolgte. Daher lag ein begründeter Verdacht nahe, dass „der Zweck oder die Wirkung eines solchen Vorgangs in dem Versuch bestehen [könnte], die in Frage stehenden Vermögensanteile dem Geltungsbereich der Kommissionsentscheidung zu entziehen“⁴.

Auch bei der staatlichen Übertragung von Diensten der Daseinsvorsorge stellt sich die Verfahrensfrage immer dringlicher⁵. Der Durchführung eines bedingungslosen Bietverfahrens im Rahmen der Übertragung von Gemeinwohldiensten kam vor allem in der Entscheidung Kinderkanal/Phoenix vom 22. 3. 1999⁶ eine besondere Bedeutung zu. Dabei ging es um die Beurteilung der Angemessenheit staatlicher Mittelzuwendungen an ARD und ZDF für die Ausstrahlung der beiden Spartenprogramme. Sie lagen unstreitig im öffentlichen Interesse, so dass die Kommission ihre Prüfung auf die Marktüblichkeit von unternehmerischer Leistung der Sendeanstalten und staatlicher Gegenleistung bei der Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse konzentrierte. Hier bewertete die Kommission die staatliche Gegenleistung so lange als zu Marktbedingungen festgesetzt, wie allen an der Übernahme dieser Aufgabe interessierten Unternehmen die Möglichkeit zur Angabe der Höhe ihrer geforderten Zuwendung eingeräumt wurde und anschließend eine Auswahl des Unternehmens nach objektiven und geeigneten Kriterien erfolgte⁷. Da aber in dem Fall kein Teilnahmewettbewerb um die Aufgabenerfüllung zwischen potenziellen Betreibern stattgefunden hatte, sondern eine direkte Beauftragung von ARD und ZDF erfolgte und die Höhe der staatlichen Gegenleistung durch die unabhängige Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) bestimmt wurde, ging die Kommission vom Vorliegen einer (wenngleich im Ergebnis zulässigen) Beihilfe i. S. des Art. 87 I EG aus. Diese Entscheidung macht im Hinblick auf die Einbindung unabhängiger Expertengremien (KEF) deutlich, dass die Kommission eine Gleichstellung von Bietverfahren und unabhängigen Sachverständigengutachten wie in der Grundstücksmitteilung bei der Übertragung von Daseinsvorsorgeaufgaben im Rahmen des Art. 86 II EG ablehnt.

Während die Kommission in der Grundstücksmitteilung angesichts der Vielzahl und qualitativen Mannigfaltigkeit angebotener Vergleichsobjekte und publizierter Immobilienspiegel zutreffend von allgemein anerkannten Erfahrungsdaten zu Grundstücksmärkten ausgeht, verbietet sich eine Übertragung der Äquivalenz des Sachverständigengutachtens zum Bietverfahren auf die Bewertung von Diensten

der Daseinsvorsorge, bei denen es keine anerkannten Wertermittlungsmethoden gibt. So kann etwa bei der erstmaligen Übertragung von Daseinsvorsorgeaufgaben im Wege einer Aufgabenprivatisierung deren genauer Wert nicht im Vorfeld durch ein Wertgutachten ermittelt werden. Insoweit fehlt es an – in der Vergangenheit gewonnenen – Markterfahrungsdaten zur Bewertung vergleichbarer Leistungen. Gerade bei der erstmaligen Übertragung von Daseinsvorsorgeaufgaben im Wege einer Aufgabenprivatisierung etabliert die Durchführung eines bedingungslosen Bietverfahrens zunächst einen sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Zugangsmarkt für die potenziellen Dienstleister. Die Bewertung der staatlicherseits entschiedenen Zulassung zu diesem Dienstemarkt entzieht sich freilich einer sinnvollen Sachverständigenbegutachtung der Marktüblichkeit des Verhältnisses zwischen staatlicher Betrauung i. S. des Art. 86 II EG sowie den damit regelmäßig einhergehenden Zuschüssen einerseits und der von dem betrauten Unternehmen zu erbringenden Daseinsvorsorgeleistung andererseits.

3. Ausschluss des Tatbestandsmerkmals der einseitigen staatlichen Begünstigung gem. Art. 87 I EG nach Durchführung eines Bietverfahrens (Tatbestandsebene)

Eine Begünstigung i. S. des Art. 87 I EG liegt bei der Übertragung öffentlicher Vermögenswerte oder Nutzungsrechte auf Unternehmen vor, wenn die im Gegenzug zu erbringende unternehmerische Gegenleistung wertmäßig hinter der staatlichen Leistung zurückbleibt⁸. Um dies bei der Durchführung von Transaktionen zwischen der öffentlichen Hand und privaten Wirtschaftssubjekten auszuschließen, verlangt die Kommission in ständiger Praxis einen geeigneten Nachweis für die Marktangemessenheit des Leistungs-Gegenleistungsverhältnisses. Wird dieser erbracht, ist der Beihilfentatbestand nach Art. 87 I EG nicht erfüllt. Wird die von der öffentlichen Hand geforderte Gegenleistung über einen *offenen Bietermarkt* ermittelt, zu dem sämtliche Wettbewerber um die öffentliche Leistung gleichberechtigten Zugang haben, so liegt ein Verkauf bzw. eine Übertragung zum „authentischen“ Marktwert vor. Die Transaktion ist folglich frei von Beihilfenelementen. Mittlerweile ist eine Präferenz der Kommission für die Bestimmung des Marktwerts in einem offenen und bedingungslosen Bietverfahren auch bei denjenigen Gütern erkennbar, bei denen die Wertermittlung in einem Sachverständigengutachten allgemein anerkannt wird. In ihrem XXIX. Wettbewerbsbericht aus dem Jahre 1999 bezeichnet die Kommission das offene und bedingungslose Bietverfahren als „die beste Möglichkeit [um] zu gewährleisten, dass die öffentliche Unterstützung dem Mindestbetrag entspricht, der für die Realisierung des Vorhabens benötigt wird, und auch den Marktpreis für die Durchführung des Projekts widerspiegelt“⁹.

Auch in der Grundstücksmitteilung ist deutlich erkennbar, dass die Kommission die Durchführung eines bedingungslosen Bietverfahrens als die zuverlässigste Methode zur Ermittlung des ob-

4) Kommission, Entsch. v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 Rdnr. 102 – Gröditzter Stahlwerke GmbH.

5) Koenig, EuZW 2001, 481.

6) Kommission, Entsch. v. 22. 3. 1999 – Beihilfe NN 70/98 – Kinderkanal/Phoenix.

7) Kommission, Entsch. v. 22. 3. 1999 – Beihilfe NN 70/98 Rdnr. 6.1.1. – Kinderkanal/Phoenix.

8) Vgl. Mederer, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. z. EUV/EGV, 5. Aufl. (1999), Art. 92 Rdnr. 6.

9) XXIX. Wettbewerbsbericht der Kommission 1999, SEK (2000) 720 endg., Rdnr. 235. Freilich ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission die Durchführung eines Bietverfahrens zumeist auf der Ebene der Genehmigungstatbestände prüft und hierbei grundsätzlich nur sichergestellt sieht, dass eine mögliche Beihilfe auf das notwendige Maß beschränkt bleibt; dazu unter 5.

jektiven Marktwerts erachtet¹⁰. Wird nämlich ein versteigerungsähnliches Bietverfahren durchgeführt, bei dem der Zuschlag an den meistbietenden oder einzigen Bieter erfolgt, so erachtet die Kommission selbst eine im Vorfeld des Bietverfahrens vorgenommene Bewertung des Objekts für die Beurteilung des Marktwerts ohne Bedeutung¹¹. Mittlerweile hat die Kommission den Anwendungsbereich der Grundstücksmitteilung ausgeweitet und lehnt das Vorliegen einer Beihilfe i. S. des Art. 87 I EG bei der Übertragung von Vermögenswerten im Anschluss an ein bedingungs-freies Bietverfahren analog der Grundstücksmitteilung auch in anderen Bereichen staatlichen Handelns ab. Bislang betraf dies den Verkauf von Unternehmen¹² sowie den Ankauf¹³ und die entgeltliche Nutzungsüberlassung¹⁴ von Grundstücken und Gebäuden.

4. Durchführung eines Bietverfahrens zur Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens in der Rückabwicklungsphase (Rückabwicklungsebene)

Auf der Rückabwicklungsebene ist im Hinblick auf die mögliche Inanspruchnahme des Aktiva-Erwerbers als Rückzahlungsschuldner zwischen den Fällen der Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände und dem Verkauf von gebündelten Vermögensgegenständen, die die Substanz der zu Unrecht begünstigten wirtschaftlichen Tätigkeit beim Erstempfänger der Beihilfe ausgemacht haben, zu unterscheiden.

a) *Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände.* Beim Einzelverkauf von Vermögensgegenständen muss zur Beseitigung der Wettbewerbsverfälschung lediglich sichergestellt werden, dass die Aktiva den konkurrierenden Unternehmen zum Ankauf offen stehen und der Verkauf zu einem marktgerechten Preis erfolgt. In einem solchen Fall vermindert der Verkauf der Aktiva nicht den Wert des Vermögens des begünstigten Unternehmens, da an die Stelle der Aktiva der Verkaufserlös tritt und zur Befriedigung der Gläubiger und damit auch des Staates als Inhaber der Rückzahlungsforderung zur Verfügung steht. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen wird zwar mit der Durchführung eines offenen und transparenten Bietverfahrens ohne Weiteres gewährleistet, allerdings sind auch andere Formen der Veräußerung denkbar, die diese Voraussetzung u. U. in gleicher Weise zu erfüllen vermögen. So kann für einzelne Vermögensgegenstände, die auf dem Markt einen objektiv bestimmbaren Wert besitzen, ein Wertgutachten erstellt werden, das den zu erzielenden Preis vorgibt; wird zudem der Verkauf des betreffenden Vermögensgegenstandes hinreichend publiziert, so ist auch bei dieser Vorgehensweise die Erzielung eines marktgerechten Preises in einem grundsätzlich allen Wettbewerbern offenen Verfahren gewährleistet.

b) *Veräußerung von gebündelten Vermögensgegenständen.* Weit schwieriger zu beurteilen ist die Lage beim Verkauf von gebündelten Vermögensgegenständen, die die Substanz der zu Unrecht begünstigten wirtschaftlichen Tätigkeit beim Erstempfänger der Beihilfe ausgemacht haben. Wie Borchardt bereits deutlich gemacht hat, versagt hier regelmäßig das Wertgutachten, da die Erzielung des höchstmöglichen Preises nur ein Gesichtspunkt ist, der für sich allein genommen die eingetretene Wettbewerbsverzerrung nicht kompensieren kann¹⁵. Denn der für die Vermögensgegenstände gezahlte Preis – selbst wenn er dem objektiven Marktwert der übergehenden Assets entspricht – kann bei der Bestimmung der Rückforderungsschuldner nur dann eine Rolle spielen, wenn diese Vermögensgegenstände tatsächlich „über den Markt“ verkauft werden¹⁶. Das bedeutet, dass neben der Zahlung eines marktgerechten Preises vor allem tatsächlich alle Wettbewerber gleichen Zugang zu der Veräußerung der Vermögenswerte haben müssen. Dies setzt einen Verkauf in einem transparenten, bedingungs-freien und allen Wettbewerbern offen stehenden diskriminierungsfreien Verfahren voraus. Nur so kann gewährleistet werden, dass die mit der zu Unrecht gewährten Beihilfe ursprünglich bewirkte Wettbewerbsverfälschung dadurch aufgehoben wird, dass die Wettbewerber die Möglichkeit erhalten, die sie zuvor belastenden „beihilfeninfinzierten“ Vermögensgegenstände selber zu erwerben und gewinnbringend in ihren Unternehmen einzusetzen. Insoweit kann hierdurch eine kompetitive Restitution des Wettbewerbs erfolgen¹⁷. Steht der Erwerb der Vermögensgegenstände dagegen nicht allen Wettbewerbern offen, setzt sich die Wettbewerbsverzerrung in der

Fortführung der wirtschaftlichen Einheit gegenüber allen Wettbewerbern fort, die aus dem Verkaufsverfahren der fraglichen Vermögensgegenstände ausgeschlossen waren. Denn der Wettbewerbsverfälschung wird nicht dadurch abgeholfen, dass bei Fortbestand der wirtschaftlichen Einheit allein der Rechtsträger wechselt. Gegenüber den aus dem Verkaufsverfahren ausgeschlossenen Wettbewerbern bleibt damit der Marktvorteil des Unternehmens trotz Unternehmensträgerwechsels bestehen¹⁸. Eine Beseitigung des rechtswidrigen Zustands kann daher nur dadurch erreicht werden, dass die gebündelten Vermögenswerte „über den Markt“, d. h. zu Marktbedingungen in einem allen Konkurrenten des Beihilfenempfängers offen stehenden und transparenten Verfahren, veräußert werden. Diese Voraussetzungen erfüllt jedoch im Regelfall allein ein offenes und transparentes Bietverfahren.

Die Kommission hat bereits in ihrer ersten Entscheidung in der Sache Gröditzter Stahlwerke GmbH wichtige Eckpunkte zur Durchführung eines Bietverfahrens zwecks Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens in der Rückabwicklungsphase aufgestellt¹⁹. Darin hatte die Kommission bei der beihilfenrechtlichen Beurteilung der Veräußerung des ehemaligen Staatsunternehmens festgestellt, dass diese entgegen der Auffassung der Bundesrepublik Deutschland nicht den Anforderungen an ein offenes, transparentes und bedingungs-freies Bietverfahren entsprach²⁰. Die Kommission beanstandete insbesondere, dass im Vorfeld kein offener Aufruf zur Abgabe von Angeboten stattgefunden hatte, sondern von Seiten des öffentlichen Veräußerers lediglich eine Einladung an bestimmte Interessenten zur Aufnahme individueller Verhandlungen ausgesprochen wurde. Vergaberechtlich formuliert, beanstandete die Kommission die Durchführung eines (geschlossenen) „Verhandlungsverfahrens“ statt eines „offenen Verfahrens“. Erst in dem geschlossenen Verhandlungsverfahren wurden die einzelnen Veräußerungsbedingungen, insbesondere der Kaufpreis, festgelegt. Damit waren aber die Unterschiede zwischen den vorgelegten Angeboten auf das gewählte Verfahren – und nicht auf einen authentischen Bietermarkt – zurückzuführen. Das geschlossene Verhandlungsverfahren verletzte die Grundsätze der Offenheit und Transparenz²¹. Mittlerweile hat die Kommission in einer Entscheidung vom 6. 6. 2001 ein zweites Prüfverfahren eröffnet²², dessen Gegenstand die Veräußerung der Gröditzter Stahlwerke an einen privaten Investor, insbesondere die Anforderungen der Offenheit und Transparenz des Verfahrens, ist²³.

10) Zur Frage, ob sich aus der Grundstücksmitteilung eine Präferenz der Kommission zu Gunsten des Bietverfahrens herauslesen lässt, vgl. einerseits Koenig/Kühling, NZBau 2001, 409 (410) und andererseits Bartosch, WuW 2001, 673 (676).

11) Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABIEG 1997 Nr. C 209, S. 3 Rdnr. II 1.

12) Kommission, Entsch. v. 11. 4. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 265, S. 15 Rdnrn. 85 f. – Centrale del Latte di Roma.

13) Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 Nr. L 108, S. 44 (47) – Draiswerke.

14) Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme nach Art. 88 II EG, ABIEG 1999 Nr. C 280, S. 8 Rdnr. 5.2. – Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen.

15) Borchardt, ZIP 2001, 1301 (1306).

16) Krit. hierzu Bauer, EuZW 2001, 748 unter II. 2 (in diesem Heft).

17) Vgl. Koenig, EuZW 2001, 37 (43 f.) zum Verhältnis von kompetitiver und kompensatorischer Restitution.

18) S. Borchardt, ZIP 2001, 1301 (1306).

19) Kommission, Entsch. v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 Rdnr. 90 – Gröditzter Stahlwerke GmbH.

20) Kommission, Entsch. v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 – Gröditzter Stahlwerke GmbH.

21) Kommission, Entsch. v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 Rdnrn. 88 f. – Gröditzter Stahlwerke GmbH.

22) Kommission, Entsch. v. 6. 6. 2001 – C 33/2001, im Internet unter: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/register/ii/by_case_nr_81.html (Stand: 1. 9. 2001).

23) S. dazu unter Punkt II. 2.

5. Durchführung eines Bietverfahrens zur Übertragung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (Art. 86 II EG)

Das sich schon in der Entscheidung Kinderkanal/Phoenix abzeichnende Anliegen der Kommission, das bedingungsfreie Bietverfahren im Rahmen der Übertragung von Gemeinwohlaufgaben zu etablieren, wird nun in der Daseinsvorsorgemitteilung vom 20. 9. 2000²⁴ wieder aufgenommen. Die Mitteilung sieht vor, dass eine Ausschreibung derjenigen Gemeinwohlaufgaben erfolgen soll, die mit der Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte verbunden sind oder mit der Übertragung staatlicher Mittel einhergehen²⁵. Dennoch ist die Daseinsvorsorgemitteilung sowohl zum Ob als auch zum Wie der Durchführung eines Bietverfahrens sehr offen gehalten und sorgt damit nicht für Rechtssicherheit bei den betroffenen mitgliedstaatlichen Stellen. Deutlich wird dies an folgender Passage in der Mitteilung:

„Nach Ansicht der Kommission kann in den Fällen, in denen ein solcher Ausgleich (für die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen, Anm. d. Verf.) im Anschluss an ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren für einen angemessenen Zeitraum festgesetzt wird, davon ausgegangen werden, dass die staatliche Hilfe mit den beihilfenrechtlichen Bestimmungen des Vertrages im Einklang steht.“²⁶

Die Daseinsvorsorgemitteilung lässt dabei zwei Fragen offen, nämlich zum einen die Frage, ob der in einem offenen Ausschreibungsverfahren mit Bieterwettbewerb erfolgende Zuschlag die Begünstigung des mit Gemeinwohlaufgaben betrauten Unternehmens i. S. des Art. 87 I EG von vornherein ausschließt oder lediglich einen Ausgleich zwischen der Beeinträchtigung des Gemeinsamen Marktes auf Grund des Ausschlusses der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 II 1 EG und den positiven Effekten der Erbringung von Daseinsvorsorgediensten herstellt. Zum anderen lässt die Daseinsvorsorgemitteilung offen, welche konkreten Anforderungen an die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens zu stellen sind.

Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen können nach Art. 86 II EG von der Anwendung der Art. 81 ff., 87 ff. EG freigestellt werden, wenn ein Unternehmen „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut“ ist. Für solche Unternehmen gelten die EG-Wettbewerbsregeln nur „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert“ (Art. 86 II 1 EG). Allerdings darf die „Entwicklung des Handelsverkehrs (...) nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“ (Art. 86 II 2 EG). Selbst wenn festgestellt ist, dass die Erfüllung der besonderen Aufgaben durch die EG-Wettbewerbsregeln „verhindert“ wird, ist nach Art. 86 II 2 EG eine Abwägung zwischen dem nationalen Interesse an der Freistellung der Gemeinwohldienste von den Wettbewerbsregeln mit den übergeordneten Interessen der Gemeinschaft vorzunehmen²⁷.

Die Kommission und das EuG verlangen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Wettbewerbsbeschränkung insbesondere, dass die für die Aufgabenerfüllung an den Dienstleistungserbringer gezahlte Ausgleichszuwendung nicht über die mit der betrauten Aufgabe verbundenen Nettomehrkosten hinausgeht²⁸. Gerade dieser Überkompensationsgefahr wird in einem offenen Bieterwettbewerb wirksam entgegengewirkt. Dementsprechend geht die Kommission auch in der Daseinsvorsorgemitteilung von einem angemessenen Ausgleich aus, wenn dieser in einem offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren ermittelt worden ist²⁹. Damit stellt sich aber die grundsätzliche Frage, ob unter

diesen Voraussetzungen nicht bereits der EG-Beihilfentatbestand zu verneinen ist. Die Rechtsprechung hat auf diese Frage noch keine abschließende Antwort gegeben. Ohne auf die Tatbestandswirkungen der Durchführung eines Bietverfahrens einzugehen, qualifizieren EuG und EuGH in jüngeren Urteilen zwar Art. 86 II EG als Ausnahmebestimmung von Art. 87 I EG³⁰. Auf Ausgleichszuwendungen an Unternehmen für deren Erfüllung von Dienstleistungsaufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bleibt danach Art. 87 IEG anwendbar, so dass die Maßnahmen der Kommission notifiziert werden müssen. Der EuGH hat auch explizit die Auffassung zurückgewiesen, wonach bei der Betrauung mit Aufgaben nach Art. 86 II EG vom Durchführungsverbot des Art. 88 III 2 EG abgewichen werden könne³¹. Eine Wendung in der Rechtsprechung könnte dagegen das jüngst ergangene Urteil des EuGH im Fall Ferring (Urt. v. 22. 11. 2001 – Rs. C-53/00 Rdnr. 27) darstellen. Hier hat der EuGH anerkannt, dass eine Freistellung von einer Abgabenlast als eine den Beihilfentatbestand ausschließende Gegenleistung für gemeinwirtschaftliche Pflichten sogar ohne Durchführung eines Bietverfahrens angesehen werden kann.

Das auf der Ebene von Art. 86 II EG durchgeführte – nicht tatbestandsausschließende – Bietverfahren soll nach der hier entwickelten Auffassung gewährleisten, dass nur die Nettomehrkosten für die Aufgabenerfüllung ausgeglichen und Überkompensationseffekte durch einen Bieterwettbewerb vermieden werden. Dagegen vermag auch die Durchführung eines Bietverfahrens zur Übertragung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ kaum die – für einen Ausschluss des Beihilfentatbestandes erforderliche – Marktparametern unterliegende Bewertung der damit verbundenen Zuschüsse zu leisten. Da sich die, dem Zuschlag folgende Verbindung von hoheitlichem Betrauungsakt mit der Zuwendung eines Nettomehrkostenausgleichs durch die öffentliche Hand – im Gegensatz zur Veräußerung von beweglichen oder unbeweglichen Sachen – einem „private market economy“-Vergleich entzieht, kann letztlich ein „marktübliches“ Entgelt, also im Referenzvergleich zu privaten Märkten, für die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung regelmäßig nicht ermittelt werden. Den üblichen Marktparametern ist insbesondere das mit dem hoheitlichen Betrauungsakt nach Art. 86 II EG regelmäßig einhergehende öffentlich-rechtliche Gewährleistungs- und Regulierungsregime fremd. Dieses gestattet es der verantwortlichen staatlichen Stelle – im Gegensatz zur bedingungsfeindlichen Veräußerung von beweglichen oder unbeweglichen Sachen –, bei der Auswahl des geeigneten Diensteanbieters und Zuwendungsempfängers im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens die Erfüllung gemeinwohlorientierter Auflagen, etwa hinsichtlich der Art und Weise der Aufgabenerfüllung, zu einem ausschlaggebenden Zuschlagskriterium zu machen. Diese Gründe sprechen mithin dafür, der Durchführung eines Bietverfahrens zur Übertragung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ auf der Ebene von Art. 86 II EG keine den Bei-

24) Mitteilung der Kommission betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20. 9. 2000, ABIEG 2001 Nr. C 17, S. 4.

25) Daseinsvorsorgemitteilung (o. Fußn. 24), Rdnrn. 17 f.

26) Daseinsvorsorgemitteilung (o. Fußn. 24), Rdnr. 26.

27) EuGH, Slg. 1971, 723 (730) Rdnrn. 13/16 = NJW 1971, 2143 – Hafen von Mertezt; Jung, in: Callies/Ruffert, Komm. z. EUV/EGV 1999, Art. 86 Rdnr. 53.

28) EuG, Slg. 1997, II-229 (286) Rdnr. 192 – FFSA; Kommission, Daseinsvorsorgemitteilung (o. Fußn. 24), Rdnr. 26.

29) Kommission, Daseinsvorsorgemitteilung (o. Fußn. 24), Rdnr. 26.

30) EuG, Slg. 1997, II-229 (281, 288) Rdnrn. 172, 199 – FFSA; bestätigt durch EuGH, Slg. 1998, I-1303 (1327) Rdnr. 33 – FFSA; EuG, Slg. 2000, II-2125 (2155 f.) Rdnr. 84 – SIC.

31) EuGH, Slg. 2000, I-4823 (4855 f.) Rdnr. 21 f. – ONY

hilfentatbestand ausschließende Wirkung beizumessen. Hierdurch wird im Rahmen des Art. 86 II EG die in den Bereichen der Daseinsvorsorge im Hinblick auf „national bewährte Netzwerke“ dringend gebotene Diskriminierungskontrolle auf Grund der Pflicht zur Notifizierung der staatlichen Kompensationszuwendung durchgesetzt. Dabei stellt das zu durchlaufende Beihilfenkontrollverfahren bei der Übertragung öffentlicher Finanzmittel im Rahmen von Art. 86 II EG sicher, dass es nicht zu wettbewerbswidrigen Absprachen zwischen der öffentlichen Hand und dem betrauten Unternehmen kommt. Die Notifizierungspflicht würde aber bei einer tatbestandsausschließenden Wirkung des Bietverfahrens entfallen.

Etwas anderes könnte in Zukunft bei der Übertragung von Aufgaben im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs gelten. Nach Art. 6 lit. a des bis dato vorliegenden Verordnungsvorschlags vom 26. 7. 2000³² zur Neufassung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 sind öffentliche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich im Wege der Ausschreibung zu vergeben. Diese muss „gerecht, offen und nicht diskriminierend“ gestaltet sein (Art. 12 Vorschlag). Um dies zu gewährleisten, werden in Art. 4 II lit. a bis j Vorschlag verbindliche Kriterien für die Auswahl des Bewerbers festgelegt, welche von den zuständigen Behörden bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen sind (u.a. Zugänglichkeit der Dienste, Tarifhöhe und -transparenz, Sicherheitsaspekte und die Qualifikation des Personals). In diesem Bereich ist eine den EG-Beihilfentatbestand ausschließende Wirkung des Bietverfahrens dadurch zu rechtfertigen, dass mit der unmittelbar anwendbaren Verordnung, die keiner Umsetzung in das Recht der Mitgliedstaaten bedarf, europaweit ein einheitliches und transparentes Verfahren festgelegt wird. Dieses sichert die Anwendung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Wettbewerber³³ und wirkt damit der Gefahr wettbewerbswidriger Absprachen zwischen staatlichen Stellen und den betrauten Unternehmen entgegen. Hierdurch wird Diskriminierungsgefahren auf Grund mangelnder Verfahrenstransparenz von vornherein entgegengewirkt.

Auf Grund der europaweit einheitlichen Verfahrensbedingungen nimmt das Bietverfahren im Rahmen des öffentlichen Personenverkehrs eine Ausnahmestellung im Bereich der Übertragung von Daseinsvorsorgeaufgaben ein. Solange nicht auch für andere Dienste i. S. des Art. 86 II EG entsprechende verbindliche Vorgaben festgelegt sind, welche die Diskriminierungsfreiheit des Bietverfahrens gewährleisten, kann diesem keine den EG-Beihilfentatbestand ausschließende Wirkung zugestanden werden. Sollten sich gemeinschaftsweit geltende Verfahrensbedingungen entsprechend dem Verordnungsentwurf zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auch in anderen Bereichen durchsetzen, welche die Nichtdiskriminierung und die Gleichbehandlung der Wettbewerber in der Praxis gewährleisten, so könnte die Kommission künftig eine Neubewertung des Bietverfahrens im Rahmen der Übertragung von Daseinsvorsorgeaufgaben vornehmen. Diese Erwägungen wären in die für 2002 vorgesehenen Leitlinien für staatliche Beihilfen zu Gunsten von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse einzustellen und könnten Maßstäbe bieten für die langfristig erwogene Freistellung einzelner Kategorien von Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge³⁴.

- Neben einer Vermeidung von Überkompensationen unterstützt die Durchführung eines Bietverfahrens im Rahmen der staatlichen Übertragung von Gemeinwohlaufgaben maßgeblich den Ausgleich zwischen der Beeinträchtigung des Gemeinsamen Marktes auf Grund eines Ausschlusses der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 II 1 EG und den positiven Effekten der Erbringung von Daseinsvorsorgediensten durch ein staatlich konzessioniertes („betrautes“) Unternehmen. Im Gegensatz zu nicht offenen (geschlossenen) Auswahl- und Konzessionierungsverfahren etabliert ein offenes, transparentes und bedingungsloses Bietverfahren einen authentischen und diskriminierungsfrei zugänglichen Marktplatz zur kompetitiven Ermittlung desjenigen Diensteanbieters, der die mitgliedstaatlich nachgefragte „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ am

wirtschaftlichsten zu erbringen vermag³⁵. Neben der Ermittlung des wirtschaftlichsten Diensteanbieters vermeidet ein offenes und transparentes Bietverfahren die schwerwiegendsten Beeinträchtigungseffekte für den Gemeinsamen Markt, nämlich solche infolge der Diskriminierung EG-ausländischer Diensteanbieter, bei einem Ausschluss der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 II 1 EG. Zwar bleibt bei Erfüllung der strengen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 II 1 EG die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die staatlich konzessionierte Dienstleistung ausgeschlossen. Gleichwohl eröffnet ein – auch für EG-ausländische Diensteanbieter – offenes und transparentes Bietverfahren auf einer vorgelagerten Ebene einen „Zugangswettbewerb“, der die Beeinträchtigungseffekte durch den nachgelagerten Ausschluss der Wettbewerbsregeln im Sinne des Gemeinsamen Marktes auszugleichen vermag, indem einer Diskriminierung EG-ausländischer Diensteanbieter entgegengewirkt wird.

II. Anforderungen an die Ausgestaltung des Bietverfahrens

1. Gestaltungsanforderungen an ein den Beihilfentatbestand ausschließendes Bietverfahren

Um dem Bietverfahren eine den Beihilfentatbestand ausschließende Kraft zu verleihen, fordert die Kommission im Hinblick auf die Ausgestaltung unter II. 1. a) bis c) der Grundstücksmitteilung³⁶, dass das Bietverfahren hinreichend publiziert, allgemein und bedingungslos durchzuführen ist. Die in der Grundstücksmitteilung aufgestellten Gestaltungsanforderungen bedürfen – teilweise in grundsätzlicher Hinsicht – der Anpassung an die besonderen Konstellationen der Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens in der Rückabwicklungsphase (hierzu sogleich unter 2) sowie bei der Übertragung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (hierzu sogleich unter 3). Außerhalb dieser besonderen Fallgruppen sind die Vorgaben für das Bietverfahren in der Grundstücksmitteilung ohne grundsätzliche Anpassungen analog auf andere Transaktionsformen als den Verkauf (Ankauf, Vermietung, Verpachtung, Leasing) und andere Transaktionsgegenstände als Grundstücke (bewegliche Sachen, Rechte) übertragbar. Dies hat die Kommission etwa beim Verkauf von (öffentlichen) Unternehmen³⁷ sowie beim Ankauf³⁸ und der entgeltlichen Nutzungsüberlassung³⁹ von Grundstücken und Gebäuden anerkannt. Mittlerweile zeichnet sich eine deutliche Tendenz ab, dass auch bei Bietverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs

32) Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments 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 v. 26. 7. 2000, ABIEG 2000 Nr. C 365 E, S. 169; vgl. dazu Roth, NVwZ 2001, 616.

33) So auch Rdnr. 12 Vorschlag (o. Fußn. 32).

34) Die Kommission hat in ihrem Bericht über Leistungen der Daseinsvorsorge v. 17. 10. 2001 einen Zwei-Stufen-Plan dargelegt, nach dem zunächst bis Ende 2002 Leitlinien für staatliche Beihilfen zu Gunsten von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erarbeitet werden sollen. Auf Grundlage der mit den Leitlinien gewonnenen Erfahrungen sollen dann Gruppenfreistellungsverordnungen für einzelne Kategorien von Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge erlassen sowie weitere flankierende Maßnahmen ergriffen werden; vgl. Kommission, Pressemitteilung IP/01/1427 v. 17. 10. 2001.

35) Koenig, EuZW 2001, 481.

36) S. o. Fußn. 3.

37) Kommission, Entsch. v. 11. 4. 2000, ABIEG 2000 Nr. L 265, S. 15 Rdnrn. 85 f. – Centrale del Latte di Roma.

38) Kommission, Entsch. v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 Nr. L 108, S. 44 (47) – Draiswerke.

39) Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme nach Art. 88 II EG, ABIEG 1999 Nr. C 280, S. 8 Rdnr. 5.2. – Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen.

der Grundstücksmitteilung deren Gestaltungsgrundsätze als Mindestvoraussetzungen zu erfüllen sind, soll die beihilfenrechtliche Begünstigung des Unternehmens, welches den Zuschlag erhält, ausgeschlossen werden.

Nun zu den einzelnen in der Grundstücksmitteilung aufgestellten Gestaltungsanforderungen: Als *hinreichend publiziert* bewertet die Kommission ein Angebot, das allen potenziellen Käufern zur Kenntnis gelangen kann. Dazu muss es über einen längeren Zeitraum (mindestens zwei Monate) mehrfach in geeigneten Veröffentlichungsorganen (nationale Presse, Immobilienanzeiger etc.) sowie durch Makler, die für eine Vielzahl potenzieller Käufer tätig sind, bekannt gemacht werden. Für Objekte von europaweitem oder internationalem Interesse verlangt die Kommission zusätzlich eine Bekanntmachung in internationalen Publikationen und die Verbreitung durch international tätige Makler⁴⁰.

Die Ausschreibung ist *bedingungsfrei*, wenn jeder Käufer ohne Ansehen der Branche, in der er tätig ist, die Möglichkeit zum Erwerb und zur Nutzung des Objekts hat. Zulässig sind Einschränkungen aus Gründen des Nachbar- und Umweltschutzes, zur Vermeidung rein spekulativer Angebote sowie raumordnungsrechtliche Einschränkungen nach nationalem Recht. Daneben sind auch marktübliche Bedingungen anzuerkennen, wie etwa die Stellung von Sicherheiten oder Haftungsregelungen. Werden hingegen von der öffentlichen Hand Verkaufsbedingungen außerhalb des allgemeinen nationalen Rechts, der planerischen Vorgaben oder Umwelt- und Gesundheitsschutzverpflichtungen statuiert, die nicht branchenübergreifend von jedem potenziellen Erwerber erfüllt werden können, so entfällt die Bedingungsfreiheit und damit die tatbestandsausschließende Wirkung der Ausschreibung⁴¹.

In der Grundstücksmitteilung unterstrich die Kommission, dass sie – von einem Sachverständigenwertgutachten abgesehen – nur die Durchführung eines versteigerungähnlichen Bietverfahrens zum Ausschluss des Beihilfentatbestandes nach Art. 87 I EG akzeptiert.

2. Gestaltungsanforderungen an ein Bietverfahren zur Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens in der Rückabwicklungsphase

Die Frage, welchen Anforderungen das offene und transparente Bietverfahren zur Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens in der Rückabwicklungsphase genügen muss, um einen Verkauf „über den Markt“ zu gewährleisten, ist noch weitgehend ungeklärt. Ohne an dieser Stelle auf die Einzelheiten eingehen zu können⁴², kann allgemein festgestellt werden, dass bei der Gestaltung des Ausschreibungsverfahrens sehr genau darauf zu achten ist, dass die Ausschreibungsbedingungen und die Auswertung der Angebote speziell auch darauf ausgerichtet werden, dass die konkrete Ausschreibung sowohl Transparenz als auch einen diskriminierungsfreien Zugang der Konkurrenten zu den Vermögensgegenständen des Beihilfeempfängers gewährleisten muss. Dem Transparenzgebot wird dabei vor allem dadurch Rechnung getragen, dass die Ausschreibung der gebündelten Aktiva hinreichend publiziert und bekannt gemacht wird und alle potenziellen Interessenten über den Ablauf des Bietverfahrens sowie über die Eignungs- und Zuschlagskriterien umfassend unterrichtet werden. Abgesehen vom Schutz berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Mitbieter erstreckt sich das Transparenzgebot auch auf die Auswertungsphase der abgegebenen Angebote.

Es wurde bereits oben deutlich gemacht, dass ein – in der Terminologie des Vergaberechts – geschlossenes *Verhandlungsverfahren* den beihilfenrechtlichen Anforderungen an ein Bietverfahren grundsätzlich nicht entspricht, da auf diese Weise ein authentischer Bietermarkt nicht hergestellt werden kann. Prinzipiell ist daher ein *offenes Verfahren* zu fordern, in dem eine unbeschränkte Anzahl von Bietern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Da ein Unternehmenskaufvertrag als Kaufvertrag über eine Sachgesamtheit jedoch eine Vielzahl von Einzelaspekten zu berücksichtigen hat, die in einem streng formalisierten Angebotsverfahren schwerlich umfassend erklärt werden kön-

nen, müssen Einzelfragen auch der Verhandlung zwischen Käufer und Verkäufer zugänglich gemacht werden können. Soweit die Auswahl der Bieter unter transparenten und diskriminierungsfreien Umständen erfolgt und die Reduzierung der Teilnehmerzahl Einzelfall bezogen und nachvollziehbar begründet wird, widerspricht daher eine Verhandlungsphase, die sich an den Teilnehmerwettbewerb anschließt, nicht den EG-beihilfenrechtlichen Vorgaben an ein Bietverfahren⁴³.

Die grundlegende Forderung nach einem diskriminierungsfreien Zugang ist, entsprechend ihrer Ableitung aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG, umfassend zu verstehen. Eine „Vorauswahl“ der potenziellen Interessenten nach ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrem Unternehmenssitz ist deshalb ebenso verboten, wie der Ausschluss von potenziellen Bietern aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen. Allen potenziellen Interessenten/Bietern müssen die gleichen Informationen zur Verfügung gestellt werden und jedem Interessenten/Bieter muss die Möglichkeit zu einer *due-diligence-Prüfung* gegeben werden.

Vor diesem Hintergrund ist es deshalb bedenklich, wenn der Zuschlagsempfänger vor der Ausschreibung mit dem Beihilfeempfänger rechtlich und wirtschaftlich bereits aufs Engste verbunden ist. Einen solchen Fall prüft die Kommission gegenwärtig in dem bereits angesprochenen zweiten Verfahren betreffend die Gröditzter Stahlwerke⁴⁴. Der Sachverhalt betrifft – vereinfacht dargestellt – eine Gesellschaft (Georgsmarienhütte-Holding GmbH), die im Wege eines mit dem Insolvenzverwalter geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages über vier Jahre die Geschäfte des in der Insolvenz befindlichen Beihilfenempfängers (Gröditzter Stahlwerke) führte bevor diese Gesellschaft im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens den Zuschlag für den Erwerb der Vermögensgesamtheit (*going concern asset-deal*) zu einem Preis erhielt, der etwas mehr als die Hälfte des geschätzten Marktwertes entsprach. Abgesehen von der im vorliegenden Zusammenhang nicht interessierenden Frage, ob in dem Zuschlag unter Marktwert eine neue Beihilfe an den Erwerber zu sehen ist, muss bei diesem Sachverhalt eingehend geprüft werden, ob alle am Ausschreibungsverfahren teilnehmenden oder potenziell interessierten Bieter die gleichen Möglichkeiten für eine angemessene Bewertung der Vermögensgegenstände hatten. An diese Möglichkeit sind strenge Maßstäbe anzusetzen. Im vorliegenden Fall hatte der Geschäftsbesorger die Möglichkeit, eine *due-diligence-Prüfung* auf der Grundlage seiner Managementenerfahrung durchzuführen und somit den Wert der zu erwerbenden Vermögensgegenstände unter operationellen Bedingungen zu ermitteln. Er hatte daher im Verhältnis zu anderen Bietern einen Informationsvorsprung, der es ihm ermöglichte, den Wert des übertragenen Anlage- und Umlaufvermögens besser einschätzen zu können⁴⁵.

Unter Wettbewerbsgesichtspunkten ist schließlich darauf zu achten, dass das Bietverfahren unter „Marktbedingungen“ durchgeführt wird. Verlangt wird dabei nicht, dass das Bietverfahren vollkommen „bedingungsfrei“ ausgestaltet sein muss, sondern lediglich, dass nur auf marktübliche Bedingungen zurückgegriffen wird, die zu keiner Beeinflussung der Höhe des letztendlich abzugebenden Angebots führen⁴⁶. Als nicht bedingungsfrei sind dagegen Bietverfahren zu bewerten, die dem Bewerber Verpflichtungen zur Schaffung

40) Grundstücksmitteilung (o. Fußn. 3), Rdnr. II. 1. a.

41) Grundstücksmitteilung (o. Fußn. 3), Rdnr. II. 1. c.

42) Eine erste umfassende Analyse liefert Bauer, EuZW 2001, 748 (in diesem Heft); vgl. auch Ehrlicke, ZIP 2001, 489 (493 ff.) und Koenig, EuZW 2001, 37 (45).

43) Näher Bauer, EuZW 2001, 748 III. 3., III. 7. a (in diesem Heft).

44) S. Fußn. 22, vgl. auch die Entscheidung der Kommission über die Eröffnung eines Hauptprüfverfahrens betreffend die Veräußerung der Gröditzter Stahlwerke an die Georgsmarienhütte Holding GmbH v. 8. 6. 2001, ABIEG 2001 Nr. C 199, S. 4.

45) Näher zu dieser Problematik Bauer, EuZW 2001, 748, unter III. 5. b (in diesem Heft).

46) Vgl. Bauer, EuZW 2001, 748, unter III. 2. b: „frei von marktüblichen Bedingungen“ (in diesem Heft); Ehrlicke, ZIP 2001, 489 (490).

und zum Erhalt von Arbeitsplätzen auferlegen oder das Verkaufsangebot an zukünftige Investitionen knüpfen⁴⁷.

3. Gestaltungsanforderungen an ein Bietverfahren zur Übertragung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“

Während die Grundstücksmitteilung substantiierte Anforderungen an ein hinreichend publiziertes, allgemeines und bedingungsfreies Verfahren⁴⁸ enthält, lassen sich der Daseinsvorsorgemitteilung über die Art und Weise der Durchführung eines Bietverfahrens keine weiterführenden Gestaltungs-kriterien entnehmen. Eine unreflektierte Übernahme der Gestaltungs-kriterien betreffend Grundstücksveräußerungen verbietet sich jedoch auf Grund der unterschiedlichen Interessenlagen der beteiligten Parteien des Ausschreibungsverfahrens. Nach einem Grundstücksverkauf wird dem Erwerber vom öffentlichen Veräußerer das dem Eigentum inwohnende Verfügungsrecht über das Grundstück eingeräumt. Der Erwerber kann das Grundstück fortan zu seinen selbstbestimmten wirtschaftlichen Zwecken nutzen. Er unterliegt nur einer Bindung an die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere an die des Nachbar- und Umweltschutzrechts sowie des Planungs- und Raumordnungsrechts. Entsprechendes gilt für eine Veräußerung von beweglichen Sachen. Hier – ab der Überschreitung der De-minimis-Schwelle – ein Bietverfahren zu verlangen, ist konsequent, zumal es dem öffentlichen Verkäufer – EG-beihilfenrechtlich determiniert – um die Realisierung des höchstmöglichen Verkaufspreises gehen muss. Umgekehrt sind allen Bewerbern ohne Ansehen ihrer (Gesetzes konformen) Nutzungsabsichten in Bezug auf das Objekt die gleichen Erwerbchancen einzuräumen.

Demgegenüber gestaltet sich die Interessenlage im Rahmen der Übertragung von Daseinsvorsorgeaufgaben i. S. des Art. 86 II EG grundlegend anders. Hier will der öffentliche Auftraggeber dem betrauten Unternehmen gerade nicht die absolute (*dingliche*) Verfügungsgewalt über die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ ausschließlich zur Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeit einräumen. Vielmehr hat die den Betrauungsakt erlassende staatliche Stelle regelmäßig die Pflicht, die *privatisierte Erfüllung* der ihr ursprünglich obliegenden Gemeinwohl-gaben zu überwachen. Damit muss es der für den Betrauungsakt verantwortlichen staatlichen Stelle – im Gegensatz zur Veräußerung von beweglichen oder unbeweglichen Sachen – gestattet sein, bei der Auswahl des geeigneten Diensteanbieters im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens die Erfüllung gemeinwohlorientierter Aufgaben, etwa hinsichtlich der Art und Weise der Aufgabenerfüllung, zu einem ausschlaggebenden Zuschlagskriterium zu machen. Solche Auflagen schließen nicht automatisch die Bedingungsfreiheit des Bietverfahrens aus. Die Bedingungsfreiheit ist nur dann nicht gegeben, wenn Auflagen zur Zuschlagsbedingung erhoben werden, deren Erfüllung mit der nachgefragten „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ in keinem sachlichen Zusammenhang steht. Hierbei verfügt die zuständige staatliche Stelle freilich über einen weiten Beurteilungsspielraum.

Im Vergleich zu der Durchführung eines den Beihilfentatbestand ausschließenden Bietverfahrens findet im Rahmen der Übertragung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ insoweit ein Paradigmenwechsel statt, als es im Rahmen der Übertragung von Daseinsvorsorgeaufgaben gerade nicht um die Bestimmung einer mehr oder weniger synallagmatischen Marktüblichkeit in einem bipolaren Leistungs-Gegenleistungsverhältnis geht. Vielmehr soll sich in der Durchführung eines Bietverfahrens das „wirtschaftlichste“ Dienstangebot durchsetzen, welches die bestmögliche (multipolare) flächen-

deckende Versorgung der Verbraucher mit (erschwinglichen) Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verspricht. Auf diese Weise realisiert sich im kompetitiven Rahmen der Wettbewerbsregeln des Gemeinsamen Marktes ein Daseinsvorsorgemodell, das die Kommission etwas pathetisch als „Schlüsselement des europäischen Gesellschaftsmodells“⁴⁹ bezeichnet. Das Bietverfahren gewährleistet auf Grund des darin verwirklichten Wettbewerbsprinzips eine – gemessen an den gesetzten Daseinsvorsorgezielen – kosteneffiziente Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben und damit eine Schonung der öffentlichen Haushalte⁵⁰. Eingesparte Mittel können in Form möglichst sozialverträglicher Preise an die Verbraucher weitergegeben werden, deren Belange sie als vorrangiges Ziel der Gemeinschaftspolitik gegenüber Leistungen der Daseinsvorsorge ausweist⁵¹.

Die in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich ausgestaltete staatliche Garantenstellung der die Daseinsvorsorgeaufgaben übertragenden – und fortan überwachenden – Stelle bedingt Auflagen, welche für die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens nach nationalem Recht sprechen. Damit kann das jeweilige mitgliedstaatliche Auflagenregime adäquat dieser Garantenstellung angepasst werden, ohne dass die gemeinschaftsrechtliche Verfahrensvoraussetzung der Bedingungsfreiheit entgegensteht. Einen Hinweis auf die Anwendbarkeit nationaler Ausschreibungsregeln liefert die Kommission in ihrer Daseinsvorsorgemitteilung selbst, indem sie den Mitgliedstaaten innerhalb der Bereiche, in denen keine ausdrücklichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bestehen, einen großen Gestaltungsspielraum zugesteht und ihre Kontrolle auf das Vorliegen offenkundiger Fehler beschränkt⁵².

III. Fazit

Die Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Bietverfahrens sichert die Anwendung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Wettbewerber und ist eine zuverlässige Methode zur Ermittlung des objektiven Marktwerts der angebotenen Leistung. Auf der Tatbestandsebene vermag das Bietverfahren den Nachweis der Marktangemessenheit der unternehmerischen Gegenleistung zu erbringen und damit das EG-beihilfenrechtliche Tatbestandsmerkmal der einseitigen staatlichen Begünstigung i. S. des Art. 87 I EG auszuschließen. Der Wertermittlung durch einen Sachverständigen ist das Bietverfahren regelmäßig vorzuziehen. Auf der Rückforderungsebene ist die Durchführung eines Bietverfahrens bei der Veräußerung von gebündelten Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens zu verlangen, um die Haftungserstreckung auf den Vermögenserwerber zu durchbrechen. Beim Verkauf von gebündelten Vermögensgegenständen, die die Substanz des Erstempfängers der Beihilfe ausmachen, kann nur auf diese Weise gewährleistet werden, dass die ursprünglich bewirkte Wettbewerbsverfälschung im Wege der kompetitiven Restitution ausgeglichen wird. Im Bereich der Übertragung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i. S. des Art. 86 II EG soll das – nicht den Tatbestand des Art. 87 I EG ausschließende – Bietverfahren gewährleistet, dass nur die Nettomehrkosten für die Aufgabenerfüllung ausgeglichen und Überkompensationseffekte durch einen Bieterwettbewerb vermieden werden.

47) Vgl. Kommission, Entsch. v. 8. 7. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27 Rdnr. 87 – Gröditzter Stahlwerke GmbH.

48) Grundstücksmitteilung (o. Fußn. 3), Rdnr. II. 1.

49) Daseinsvorsorgemitteilung (o. Fußn. 24), Rdnr. 7.

50) Daseinsvorsorgemitteilung (o. Fußn. 24), Rdnrn. 17 f.

51) Daseinsvorsorgemitteilung (o. Fußn. 24), Rdnr. 8.

52) Daseinsvorsorgemitteilung (o. Fußn. 24), Rdnr. 22.