

Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren – – EG-beihilfenrechtlicher Königsweg der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten –

Von Universitätsprofessor Dr. Christian Koenig, LL.M., und Dr. Jürgen Kühling, LL.M.* , Bonn

Bedenken hinsichtlich etwaiger Verstöße gegen das EG-Beihilfenrecht belasten in zunehmendem Maße Infrastrukturprojekte, die im Gemeinwohlinteresse von der öffentlichen Hand gefördert werden. Unsicherheiten und die häufig erst zu spät erkannte Notwendigkeit einer Notifizierung bergen erhebliche Verzögerungsrisiken in sich. Die Durchführung eines wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens zeichnet sich hier für den Investor immer deutlicher als Königsweg ab, der für eine EG-beihilfenrechtliche Kompatibilität der Infrastrukturförderung sorgen und die Notifizierungsbedürftigkeit entfallen lassen kann. Darauf deuten zumindest die neuere Kommissionspraxis und die jüngsten beihilfenrechtlichen Dogmatikentwürfe der Luxemburger Gerichtsbarkeit auch außerhalb von Infrastrukturfällen hin – allen voran die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache GEMO SA. Der Beitrag legt die Herkunft des Ausschreibungskonzepts in der Kommissionspraxis dar, analysiert die verschiedenen Positionen zur Bedeutung des Ausschreibungsverfahrens im Kontext der Beauftragung mit gemeinwirtschaftlichen Pflichten und entwirft einen differenzierten Ansatz zur Wirkungsweise und zu den Grundbedingungen eines der-

artigen Verfahrens. Dabei gilt das besondere Augenmerk Fällen der Infrastrukturförderung.

I. Einleitung

Die zunehmende EG-beihilfenrechtliche Kontrolltätigkeit der Kommission in Fällen der Infrastrukturförderung¹ macht es zwingend erforderlich, bereits in einem frühen Stadium der geplanten Investition eine etwaige Notifizierungsbedürftigkeit des beabsichtigten Infrastrukturprojekts nach Art. 88 EG zu prüfen. Nur so können erhebliche Verzögerungsrisiken und die Gefahr beträchtlicher Rückforderungszahlungen vermieden werden. Bei der Suche nach einer EG-beihilfenrechtlich kompatiblen Ausgestaltung des geplanten Investitionsprojekts stellt sich immer mehr die Durchführung eines besondere Anforderung

¹ Siehe nur in jüngerer Zeit die Entscheidungen vom 27. 2. 2002, Beihilfe N 860/01, *Skigebiet Mutterer Alm*, im WWW abrufbar unter der URL http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n860-01.pdf; vom 3. 4. 2002, Beihilfe NN 2/2002, *ZDF Medienpark*, im WWW abrufbar unter der URL http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn002-02.pdf; siehe ferner die Aufforderungen zur Abgabe einer Stellungnahme vom 20. 6. 2001, *Freizeitpark »Terra Mitica«*, ABl. EG 2001, Nr. C 300, S. 2; vom 25. 7. 2001, *Industriepark Wörth*, ABl. EG 2001, Nr. C 280, S. 2, und die Mitteilung der Kommission vom 27. 2. 2002, *Beihilferegulung zugunsten von Seilbahnen*, ABl. EG 2002, Nr. C 172, S. 2; siehe schließlich die Nachweise in den folgenden Fußnoten und die Hinweise bei Koenig/Kühling, SpuRt 2002, 53 f.).

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, der Zweitautor ist dort wissenschaftlicher Referent. Die Verfasser danken Herrn Nicolai Ritter für kritische Hinweise. Alle Internetzitate weisen den Stand vom 1. 2. 2003 auf.

rungen erfüllenden Ausschreibungsverfahrens als wichtige Handlungsoption heraus. Dies gilt insbesondere für diejenigen Fälle, in denen der Staat beabsichtigt, einem künftigen privaten Investor Fördermittel zur Verfügung zu stellen, damit dieser bestimmte Gemeinwohlpflichten im Rahmen des Infrastrukturprojekts erbringt². So sieht etwa das von der Kommission unlängst nicht als Beihilfe eingestufte Tourismusinfrastrukturprogramm Baden-Württemberg³ vor, dass bestimmte tourismusinfrastrukturrelevante Einrichtungen aus Landesmitteln gefördert werden können. Möchte eine Kommune beispielsweise ihre Kureinrichtungen durch ein Freibad mit Sauna- und Badelandschaft ergänzen und den Bau und Betrieb dieser Anlage unter Zuhilfenahme der Landesmittel unterstützen, aber nicht selbst Investitionsrisiken eingehen, stellt sich die Frage, wie sie einen privaten Investor in den Bau und Betrieb der Einrichtung ohne Verstöße gegen das EG-Beihilfenrecht einschalten kann. Dabei können die Fördermittel etwa der Kompensation der durch sozialverträgliche Eintrittspreise oder durch die kostenlose Bereitstellung der Badeanlagen für den Schwimmunterricht ortsansässiger Schulen bedingten Mehrlasten dienen⁴. In ihrer Entscheidung zum Tourismusförderprogramm hat die Kommission unter der Bedingung der Durchführung eines »hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahrens« zur Ermittlung des Investors angenommen, dass Beihilfenelemente ausgeschlossen sind. Dabei geht sie davon aus, dass ein solches Ausschreibungsverfahren eigens einen transparenten Markt schafft und die Manipulationsmöglichkeiten bei der Ermittlung des Marktpreises reduziert. Die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens als geeignetes Instrument zum Abschluss des Beihilfentatbestands wurde schließlich auch vom EuGH prinzipiell anerkannt⁵.

2 Zu Fragen des EG-Beihilfenrechts bei Public-Private-Partnerships vgl. bereits *Koenig/Kühling*, DÖV 2001, 881 (881 ff.); zu einem weiteren Ansatz in der Kommissionspraxis, der auf die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung des Infrastrukturunternehmens abstellt und eine Begünstigung des Unternehmens bzw. eine Wettbewerbsverzerrung verneint, wenn dieses einem Low-Profit-Prinzip unterliegt, *Koenig/Scholz*, Öffentliche Infrastrukturförderung über Bau- und Betriebsgesellschaften im EG-beihilfenrechtlichen Kontrollraster der Europäischen Kommission (EuZW 2003, im Erscheinen).

3 Entscheidung der Kommission vom 9. 4. 2002, Beihilfe N 610/01, *Tourismusinfrastrukturprogramm Baden-Württemberg*, im WWW abrufbar unter der URL http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n610-01.pdf.

4 Dass dies ein in der Praxis anzutreffender Fall ist, zeigt die Entscheidung der Kommission vom 12. 1. 2001, Beihilfe N 258/00, *Freizeitbad Dorsten*, Ziff. 3, im WWW abrufbar unter der URL http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n258-00.pdf. In dem Fall wurde auch eine Ausschreibung durchgeführt und unter anderem zusätzlich die Übernahme des vorhandenen städtischen Personals des bereits bestehenden Schwimmbadbetriebs verlangt. Hier stellte die Kommission aber auf das mangelnde Vorliegen einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ab; siehe dazu *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 86 f.

5 EuGH, Rs. C-390/98, *Banks*, Slg. 2001, I-6147, Rdnr. 77; dabei ging es allerdings um Unternehmensverkäufe.

Im Folgenden soll zunächst die Genese des Ausschreibungskonzepts in der Kommissionspraxis nachgezeichnet werden, wobei zugleich auf Unklarheiten in der konzeptionellen Fassung hinzuweisen ist (II.). Im Anschluss werden die Konsequenzen, die im Fall der (mangelnden) Durchführung des Verfahrens zu gewärtigen sind, ausführlich unter Einbeziehung der jüngeren Diskussion um die Kompensation von Gemeinwohlpflichten analysiert (III.). Dabei ist insbesondere die Frage einer etwaigen Notifizierungsbedürftigkeit der Fördermaßnahme von großer Bedeutung. Der Ausblick soll schließlich die Grundanforderungen des EG-beihilfenrechtlich indizierten Ausschreibungsverfahrens bei dessen vergaberechtlicher Ausgestaltung in groben Zügen umreißen (IV.).

II. Genese und begriffliche Unklarheiten des Ausschreibungskonzepts

Art. 87 Abs. 1 EG verlangt unter anderem, dass bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige *begünstigt* werden müssen, damit von einer Beihilfe im gemeinschaftsrechtlichen Sinne gesprochen werden kann. Eine staatliche Maßnahme ist dann als Begünstigung i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG anzusehen, wenn das Unternehmen eine Leistung ohne angemessene, d. h. marktübliche, Gegenleistung (Kompensation) erlangt⁶. Bereits seit längerer Zeit geht die Kommission davon aus, dass Begünstigungen von Unternehmen bei Geschäften mit staatlichen Stellen in der Regel dann ausscheiden, wenn die Geschäftsvereinbarung im Anschluss an ein besonderes Biet- oder Ausschreibungsverfahren getroffen wird, das einer Vielzahl von Unternehmen die Möglichkeit des Geschäftsabschlusses eröffnet. Diese Haltung hat die Kommission an verschiedenen Stellen bekräftigt, wobei die Anforderungen an das jeweilige Verfahren schwanken. Die inhaltliche Unklarheit über die Anforderungen ist nicht zuletzt durch erhebliche begriffliche Unschärfen und Inkohärenzen in der Entscheidungspraxis der Kommission begründet. Ging die Kommission begrifflich zunächst davon aus, dass es sich um ein »an keinerlei Bedingungen geknüpftes offenes Verkaufsangebot«⁷ handeln müsse, findet sich mittlerweile in den Kommissionsentscheidungen vielfach die Anforderungstria »*allgemein, hinreichend publiziert, bedingungsfrei*«. Die Kommission kombiniert die Termini allerdings in den verschiedensten Zusammensetzungen: So heißt es, das Ausschreibungsverfahren müsse, »*allgemein und unbeschränkt*«⁸, »*öffentlich und transparent*«⁹, »*offen und bedingungslos*«¹⁰, »*offen und bedingungslos*«¹¹, »of-

6 Siehe z. B. *Müller-Graf*, ZHR 152 (1988), 403 (418); ausführlich *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 40 ff.

7 Entscheidung der Kommission vom 25. 3. 1992, *Hilaturas Y Tejjidos Andaluces*, ABl. EG 1992, Nr. L 171, S. 54, Ziff. IV.; Entscheidung der Kommission vom 25. 3. 1992, *Intelhorse SA*, ABl. EG 1992, Nr. L 176, S. 57, Ziff. V.

8 Entscheidung der Kommission vom 12. 4. 1994, *EKO Stahl AG*, ABl. EG 1994, Nr. L 112, S. 45; Entscheidung der Kommission vom 12. 4. 1994, *Sächsische Edelfabrikwerke*, ABl. EG 1994, Nr. L 112, S. 71.

9 Entscheidung der Kommission vom 25. 4. 2001, *Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato*, ABl. EG 2002, Nr. L 126, S. 1, Ziff. 85 f.

fen, transparent und ohne weitere Bedingungen«¹², »offen, bedingungslos und diskriminierungsfrei«¹³ oder »allen offen stehen, transparent und an keine weiteren Bedingungen geknüpft«¹⁴ sein.

Die Voraussetzungen für ein das Begünstigungsmerkmal ausschließendes Ausschreibungsverfahren hat die Kommission erstmals 1993 für den Bereich der Privatisierung öffentlicher Unternehmen näher formuliert, wobei sie sich auf die bis dahin gesammelte Entscheidungspraxis stützte¹⁵. In ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht hat sie dargelegt, dass ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden müsse, »der allen offen steht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist wie den Erwerb anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird, oder die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten«¹⁶. Ferner führte die Kommission aus, dass der Mitgliedstaat von einer Notifizierung der Maßnahme absehen kann, wenn unter diesen Bedingungen ein Unternehmen an den Meistbietenden veräußert wird und wenn die Bieter über ausreichend Zeit und Information verfügten, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können. Auch in anderen Rechtstexten hat sie die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens als geeignetes Verfahren angesehen, um Begünstigungen bestimmter Unternehmen auszuschließen. Dies gilt etwa für die Vergabe von öffentlichen Forschungs- und Entwicklungsaufträgen an Unternehmen und den Erwerb von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen durch den Staat. Hier hat die Kommission in ihrem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen dargelegt, dass im Regelfall eine Begünstigung ausgeschlossen werden kann, wenn die Aufträge im Rahmen eines offenen Vergabeverfahrens vergeben werden¹⁷. Bemerkenswerterweise zieht die Kommission in dem Gemeinschaftsrahmen als Orientierungsmaßstab für ein solches Vergabeverfahren die so genannte Dienstleistungskoordinierrichtlinie 92/50/EWG¹⁸ heran und verweist damit direkt in das Vergaberecht. Schließlich stellen auch sektorale Beihil-

fenrahmen auf die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens ab¹⁹.

Während die genannten Rechtsrahmen die Kautelen der Ausschreibung noch recht abstrakt darlegen, findet sich eine nähere Konkretisierung der Anforderungen an ein Bietverfahren erstmals in der »Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand« (Grundstücksmitteilung)²⁰ von 1997. Die Ausschlusswirkung des Beihilfentatbestands kann nach der Grundstücksmitteilung dann eintreten, wenn das Verfahren allgemein, hinreichend publiziert und bedingungslos ist, wobei die letzten beiden Anforderungen näher definiert werden²¹. Damit hat die Kommission einen Prototypen des beihilfentatbestandsausschließenden Ausschreibungsverfahrens geschaffen. In ihrer weiteren Entscheidungspraxis ist die Kommission dazu übergegangen, die ursprünglich auf den Verkauf von Grundstücken und Gebäuden beschränkte Grundstücksmitteilung²² auf weitere Austauschgeschäfte zu erstrecken. So wendet die Kommission die Grundsätze der Grundstücksmitteilung auf den Verkauf industriell genutzter Vermögensgegenstände²³ und ganzer Unternehmen²⁴ ebenso wie auf den Kauf²⁵ und die Vermietung²⁶ von Grundstücken und Gebäuden an. Allerdings sind die in dieser Mitteilung und in der Entscheidungspraxis insbesondere zu Unternehmensverkäufen aufgestellten Anforderungen teilweise sehr eng formuliert und daher nicht unbedingt verallgemeinerungsfähig²⁷. Als übergreifendes Prinzip bieten sich schon eher die Anforderungen eines »wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens« an. Auf diese Anforderungstrias hat die Kommission in den

10 Entscheidung der Kommission vom 13. 6. 2000, *Wildauer Kurbelwelle GmbH*, ABl. EG 2000, Nr. L 287, S. 51, Ziff. 8.

11 Entscheidung der Kommission vom 14. 3. 2000, *Elpro AG*, ABl. EG 2000, Nr. L 229, S. 44, Ziff. 7.

12 Entscheidung der Kommission vom 11. 4. 2000, *Centrale del Latte di Roma*, ABl. EG 2000, Nr. L 265, S. 15 (18), Ziff. 86 ff.

13 Entscheidung der Kommission vom 13. 6. 2000, *Kali und Salz GmbH*, ABl. EG 2001, Nr. L 44, S. 39, Ziff. 24, 25.

14 XXIII. Wettbewerbsbericht der Kommission 1993, Rdnr. 403.

15 Vgl. z. B. Entscheidung der Kommission vom 25. 3. 1992, *Hilaturas Y Tejidos Andaluces*, ABl. EG 1992, Nr. L 171, S. 54, Ziff. IV.; Entscheidung der Kommission vom 25. 3. 1992, *Intelhorse SA*, ABl. EG 1992, Nr. L 176, S. 57, Ziff. V.

16 XXIII. Wettbewerbsbericht der Kommission 1993, Rdnr. 403.

17 Gemeinschaftsrahmen für staatliche Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen, ABl. EG 1996, Nr. C 45, S. 5, zuletzt geändert in ABl. EG 1998, Nr. C 48, S. 2, siehe Ziff. 2.5.

18 Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. 7. 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. EG 1992, Nr. L 209, S. 1, geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13. 10. 1997, ABl. EG 1997, Nr. L 328, S. 1.

19 So etwa die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Seeverkehr in Bezug auf gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, ABl. EG 1997, Nr. C 205, S. 5, Ziff. 9 Abs. 3. Vgl. z. B. auch Art. 3 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1540/98 des Rates vom 29. 7. 1998 zur Neuregelung der Beihilfen für den Schiffbau, ABl. EG 1998, Nr. 202, S. 1; dazu Entscheidung der Kommission vom 19. 9. 2001, *Entwicklungsbeihilfe Dschibuti*, ABl. EG 2002, Nr. 105, S. 26.

20 ABl. EG 1997 C 209, S. 3.

21 Siehe Ziff. II.1. der Grundstücksmitteilung; siehe auch *Koenig/Kühling*, NZBau 2001, 409 (410).

22 Dies hebt die Grundstücksmitteilung explizit in Abs. 4 der Einführung hervor.

23 Vgl. insbesondere Ziff. 5.2. und 5.4. der Aufforderung der Kommission zur Abgabe einer Stellungnahme, *Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen mbH*, ABl. EG 1999, Nr. C 280, S. 8.

24 Entscheidung der Kommission vom 11. 4. 2000, *Centrale del Latte di Roma*, ABl. EG 2000, Nr. L 265, S. 15 (23), Ziff. 85 f.

25 Entscheidung der Kommission vom 25. 11. 1998, *Draiswerke*, ABl. EG 1999, Nr. L 108, S. 44 (47); Entscheidung der Kommission vom 24. 7. 1999, *Dessauer Geräteindustrie*, ABl. EG 1999, Nr. C 213, S. 12 (16).

26 Mitteilung der Kommission, *Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen mbH*, ABl. EG 1999, Nr. C 280, S. 8 (10), Ziff. 5.2.

27 Siehe dazu die knappen Hinweise unter IV. und ausführlicher *Koenig/Kühling*, Wettbewerbssoffenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens – Die Konvergenz von Vergaberecht und EG-Beihilfenrecht – (NVwZ 2003, im Erscheinen).

Fällen der Infrastrukturförderung abgestellt, um etwaige Begünstigungen der bei der Erstellung und beim Betrieb der staatlich geförderten Infrastrukturen eingeschalteten Privatunternehmen auszuschließen. Das gilt nach leicht abweichender Formulierung im bereits erwähnten Fall der Tourismusförderung²⁸. Jüngst verfolgte die Kommission diesen Ansatz schließlich in Bezug auf die Förderung von Sportinfrastrukturen. In zwei informellen Schreiben legte die Kommission im Hinblick auf die geplanten Sportstadien in Hannover und Wembley dar, dass der öffentliche Zuschuss möglichst »im Anschluss an ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren vergeben werden [soll], vorzugsweise über einen Wettbewerbsprozess«²⁹. Wird dieses Verfahren eingehalten, führt nach Auffassung der Kommission die Gewährung öffentlicher Finanzmittel, die zum Ausgleich der Auferlegung bestimmter Betriebsanforderungen (insbesondere die diskriminierungsfreie Bereitstellung gegenüber Dritten) gewährt werden, nicht zum Vorliegen staatlicher Beihilfen i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG³⁰. Als allgemeinere Prinzipien des Verfahrens lassen sich damit die Diskriminierungsfreiheit und Transparenz sowie als drittes Kriterium die wettbewerbsoffene Ausgestaltung (Allgemeinheit, Offenheit) herausarbeiten. Daher soll im Folgenden von einem wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren gesprochen werden.

Unklar ist schließlich auch die Bezeichnung des Verfahrens selbst: Mal handelt es sich um ein Ausschreibungsverfahren³¹, dann um ein Bietverfahren³² und schließlich um ein »Bietverfahren ähnlich einer Versteigerung«³³. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Kommission die Be-

griffe »Ausschreibungsverfahren« und »Bietverfahren« überwiegend synonym verwendet. Allerdings taucht der Begriff des Bietverfahrens häufiger in Konstellationen auf, in denen der Zuschlag allein auf das Preiskriterium reduziert ist. In Fällen der Infrastrukturförderung ist aber eher das weiter gefasste Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit, das heißt ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis, entscheidend. Zwar gibt es auch Fälle, in denen die Leistung vorab genau definiert werden kann. Dann geht es schlichtweg darum, den günstigsten Preis für deren Erbringung zu ermitteln. Häufig steht hingegen eine bestimmte Fördersumme zur Verfügung und Ziel des Verfahrens ist es, die bestmögliche Verwirklichung des Förderzwecks mit der vorhandenen Fördersumme zu gewährleisten. Daher ist der Begriff des Ausschreibungsverfahrens zu bevorzugen, der ein formalisiertes Verfahren zwischen verschiedenen Bewerbern um die Erbringung einer ausgeschriebenen Leistung bezeichnet, wobei das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erlangt. Der Terminus des Bietverfahrens sollte dagegen nur verwendet werden, wenn eine Reduktion auf den Preis als Zuschlagskriterium erfolgt. Das wettbewerbsoffene, transparente und diskriminierungsfreie Ausschreibungsverfahren soll verkürzt als qualifiziertes Ausschreibungsverfahren bezeichnet werden.

III. Wirkungen der Durchführung des qualifizierten Ausschreibungsverfahrens bei der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten

Was die Folgen der Durchführung eines qualifizierten Ausschreibungsverfahrens für die Tatbestandsmäßigkeit i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG anbelangt, ist zwischen marktüblichen Austauschgeschäften und der Beauftragung mit gemeinwirtschaftlichen Pflichten zu unterscheiden³⁴. In Fällen des Austauschs marktüblicher Leistungen wie etwa von Grundstücken oder bei Pachtverträgen im Rahmen von Investitionsprojekten führt das qualifizierte Ausschreibungsverfahren dazu, dass der Beihilfentatbestand ausgeschlossen werden kann und damit auch keine Notifizierung erforderlich ist. Denn das qualifizierte Ausschreibungsverfahren gewährleistet durch die Schaffung eines Wettbewerbs um das angebotene Produkt die Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses und schließt folglich etwaige Begünstigungen von Unternehmen grundsätzlich³⁵ aus, zumal es etablierte

28 Siehe auch die Entscheidung der Kommission vom 8. 12. 1999, Beihilfe N 412/98, *interventi per infrastrutture e servizi nel settore del trasporto merci e dell'autotrasporto*, Ziff. 3.1.1., im WWW in italienischer Sprache abrufbar unter der URL http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport/n412-98.pdf; in Ziff. 3.1.1. spricht die Kommission ganz im Sinne der Terminologie der Grundstücksmitteilung von einem »appalto pubblico, su base non discriminatoria, ed incondizionato«.

29 Unveröffentlichtes Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium zu Händen Frau Dr. Knorre, COMP-2002-00757-00-00-DE-TRA-00 (EN) CS; vgl. auch den Bericht über ein F.A.Z.-Gespräch mit Mario Monti, F.A.Z. vom 6. 5. 2002, S. 13; vgl. ferner das weitgehend identische Schriftstück »Letter to the UK REP on the building of a new national stadium at Wembley« (unveröffentlicht), in dem es zur Vergabe der Fördermittel an Private heißt: »[They] should be awarded as a result of an open, transparent and non-discriminatory procedure, preferably determined through a competitive process.«

30 Siehe zu diesem Erfordernis bereits Koenig/Kühling, DÖV 2001, 881 (882 ff.); ausführlicher Koenig/Scholz in dem in Fußn. 2 zitierten Aufsatz.

31 Diese Formulierung überwiegt seit dem ersten Hinweis im XXIII. Wettbewerbsbericht der Kommission 1993, Rdnr. 403; siehe aus der Vielzahl der jüngeren Entscheidungen etwa die vom 6. 5. 2001, *Regionale Wagniskapitalfonds*, ABl. EG 2001 Nr. L 263, S. 28, Ziff. 11, 13, 25, 51.

32 Siehe etwa die Entscheidung der Kommission vom 20. 12. 2001, *Georgsmarienhütte*, ABl. EG 2002, Nr. L 105, S. 33, Ziff. 14 ff.

33 So Ziff. II.1. der Grundstücksmitteilung.

34 Den Unterschied zwischen »marktgängigen« und Gemeinwohlleistungen hebt auch Gundel, RIW 2002, 222 (225), hervor; dazu gleich 3. b.

35 Gleichwohl ist bei der näheren Ausgestaltung des Verfahrens darauf zu achten, dass es nicht zu Begünstigungen der Unternehmen kommt. Dies ist etwa denkbar, wenn in unüblicher Weise Bedarfsgeschäfte »auf Vorrat« abgeschlossen werden, vgl. dazu EuG, Rs. T-14/96, BAI, Slg. 1999, II-139, Rdnr. 75 ff.; ferner Gundel, RIW 2002, 222 (225). Denkbar sind auch Konstellationen der Begünstigung Dritter wie in der Entscheidung der Kommission vom 11. 4. 2000, *Centrale del Latte di Roma*, ABl. EG 2000, Nr. L 265, S. 15, Ziff. 82. Hier musste sich das den Zuschlag erhaltende Unternehmen unter anderem verpflichten, einen Großteil der Rohstoffe bei örtlichen Erzeugern zu erwerben.

Referenzmärkte gibt. Dies entspricht auch der überwiegenden Praxis der Kommission. Jede anderweitige Position wäre auch absurd, würde sie doch das gesamte Vergabewesen im Bereich marktüblicher Leistungen einer EG-beihilfenrechtlich begründeten Kontrolle durch die Kommission unterwerfen und diese letztlich zur Obervergabepflichtstelle mutieren lassen. Umstritten ist allerdings, was das qualifizierte Ausschreibungsverfahren im Fall der Gewährung von Kompensationsleistungen für die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Pflichten bewirkt. Hier gibt es nämlich auf der Nachfrageseite keine rein privaten Vergleichsmärkte. Diese Frage ist verknüpft mit dem Streit um die dogmatische Einordnung der Kompensationszahlungen für Gemeinwohldienste. Insoweit können drei Ansichten unterschieden werden, die sich als weite (1.), strenge (2.) und vermittelnde (3.) Auffassungen darstellen, wobei letztere verschiedene Varianten erkennen lässt.

1. Der weite Ansatz der *Ferring*-Rechtsprechung

Der EuGH hat in der viel diskutierten Entscheidung *Ferring*³⁶ eine weite Sichtweise zugrunde gelegt. Er kam in dem Fall zu dem Ergebnis, dass eine Begünstigung der Unternehmen ausscheidet, wenn der Betrag der von staatlichen Stellen gewährten Vorteile nicht den derjenigen Kosten übersteigt, die sich aus gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben³⁷. Hervorzuheben ist, dass der EuGH von »gemeinwirtschaftlichen Pflichten« spricht, wobei nicht ganz klar ist, ob diese weiter reichen als die »Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse« i. S. des Art. 86 Abs. 2 EG. Sind demnach die staatlichen Zuwendungen geringer als die mit der Erfüllung derartiger gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbundenen Kosten oder entsprechen sie diesen, liegt nach der *Ferring*-Rechtsprechung schon tatbestandlich keine Beihilfe i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG vor. Einer Rechtfertigung und damit einer Überprüfung der staatlichen Zuwendung am Maßstab des Art. 86 Abs. 2 EG bedarf es dann nicht mehr. Genauso wenig ist eine Notifizierung der Fördermaßnahme erforderlich. Schließlich verlangt der EuGH nicht einmal die Anwendung eines spezifischen Verfahrens zur Vermeidung von Überkompensationen. Erforderlich ist dem EuGH zufolge allein, dass tatsächlich Überkompensationen ausgeschlossen werden.

Gerade dies gewährleistet das qualifizierte Ausschreibungsverfahren, da es einen Markt um die Bestimmung der für die Erbringung bestimmter gemeinwirtschaftlicher Pflichten erforderlichen Ausgleichszahlungen schafft. Dieser eigens geschaffene Markt verhindert Überkompensationen, die immer dann nahe liegen, wenn es keine etablierten privaten Vergleichsmärkte gibt. Erfolgen in diesem Verfahren keine wettbewerbsverzerrenden Eingriffe, kann davon ausgegangen werden, dass der den Zuschlag erhaltende Bewerber keine Überkompensationen für die von ihm erbrachten Leistungen erlangt. Durch welche weiteren Verfahren das in gleichem Maße gewährleistet wer-

den kann, hängt nicht zuletzt davon ab, welche Kosten im Fall eines prinzipiellen Festhaltens am weiten Ansatz des EuGH als kompensationsfähig angesehen werden können. Geht es um die (subjektiven) tatsächlichen Kosten des die Aufgabe erfüllenden Unternehmens oder um die (objektiven) effizienten Kosten der Erbringung der Gemeinwohlpflichten? Diese Frage ist aus der Entgeltregulierung in den Netzwirtschaften und von Monopolunternehmen³⁸ bekannt. Das Abstellen auf die »tatsächlich [...] für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten« durch den EuGH im Fall *Ferring*³⁹ weist in die falsche Richtung. Will der EuGH nicht von der sonstigen Dogmatik des Begünstigungsmerkmals fundamental abweichen, können lediglich die »angemessenen«, d. h. die zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten zwingend erforderlichen Kosten als ausgleichsfähig angesehen werden⁴⁰. Denn auch bei sonstigen Austauschgeschäften der öffentlichen Hand mit Privaten können nicht die dem gegebenenfalls ineffizient die Leistung erbringenden Unternehmen tatsächlich entstandenen bzw. entstehenden Kosten, sondern nur die marktüblichen Kosten geltend gemacht werden. Diese Kosten entsprechen in einem funktionsfähigen Markt aber grundsätzlich den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Existiert kein funktionsfähiger, privater Vergleichsmarkt, da es sich um ausschließlich vom Staat nachgefragte Leistungen handelt, ist die Schaffung eines Bietermarktes für die Erbringung der Leistung der beste Weg, um den angemessenen Preis zu ermitteln. Die Kostenermittlung durch unabhängige Gutachten oder unabhängige Institutionen stellt sich selbst unter Heranziehung von Benchmarking-Analysen dazu im Vergleich regelmäßig als lediglich zweitbeste Kostenermittlungsmethode dar⁴¹. Unter Anwendung der großzügigen *Ferring*-Rechtsprechung ist daher gegenwärtig das Ausschreibungsverfahren als sicherste Methode einzustufen, wenn bei der Gewährung von Kompensationszahlungen für gemeinwirtschaftliche Pflichten eine Begünstigung des die Leistungen erbringenden Unternehmens vermieden werden soll. Es schließt Überkompensationen, damit Beihilfenelemente und folglich eine Notifizierungspflicht aus.

38 Dies gilt sowohl für das nationale Recht als auch für das Gemeinschaftsrecht. In der deutschen Telekommunikationsordnung ist diese Frage gesetzlich zugunsten des Effizienzkostenansatzes entschieden, siehe § 24 Telekommunikationsgesetz und dazu etwa *Stamm*, Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz, 2001, S. 174 ff.; zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben mit Blick auf Monopolunternehmen *Koenig/Kühling*, ZLW 2002, 219 (219 ff.).

39 EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 27.

40 Auf diesen wichtigen Aspekt hat *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (262 f.), zu Recht hingewiesen. Hoffen lässt allerdings die abweichende Formulierung des EuGH in Rdnr. 33, in der er auf »die sich aus der gemeinschaftlichen Aufgabe ergebenden zusätzlichen Kosten« abstellt. Dies spricht eher für die Zugrundelegung eines objektiven, effizienzorientierten Kostenansatzes. Es ist damit keinesfalls klar, ob sich der EuGH der Tragweite seines Abhebens auf den Tatsächlichkeitsmaßstab bewusst war.

41 Dazu bereits *Koenig*, EuZW 2001, 741 (744 f.).

36 EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067.

37 EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 29.

2. Die strenge Auffassung von Generalanwalt Léger

Allerdings ist es fraglich, ob der EuGH an der *Ferring*-Rechtsprechung der sechsten Kammer festhalten wird. Generalanwalt Léger hat in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Altmark Trans* dem weiten Ansatz bereits vehement widersprochen⁴². Die von ihm vorgebrachten Argumente sind jedoch nur bedingt weiterführend. Zunächst behauptet Léger, dass der EuGH im Urteil *Ferring* von einem objektiven Beihilfenbegriff abgerückt sei und offensichtlich die Zielsetzungen bei der Gewährung von Ausgleichsmitteln berücksichtige. Dies ist allerdings unzutreffend. Zwar ist die mangelnde dogmatische Präzision im Urteil *Ferring* beklagenswert⁴³ und die Argumentation verwirrend: So heißt es etwa zunächst, dass die französischen Behörden durch die Abgabenbefreiung den Großhändlern einen Vorteil gewährt hätten, während dies wenig später wieder verneint wird (»im Übrigen genießen [...] die Großhändler tatsächlich keinen Vorteil.«)⁴⁴. Dieser scheinbare Widerspruch lässt sich bei benevolenter Interpretation indes dahin gehend verstehen, dass der EuGH einen Leistungs-Gegenleistungs-Test anwenden möchte, wobei er die Abgabenvorteile als Gegenleistungen für die Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten ansieht. Es liegt demnach ein Vorteil vor, dieser wird jedoch gegebenenfalls durch die gemeinwirtschaftlichen Pflichten wieder wettgemacht, so dass eine Begünstigung ausscheidet. Zu Recht weist Léger allerdings darauf hin, dass Art. 86 Abs. 2 EG durch die *Ferring*-Rechtsprechung des EuGH im Bereich der staatlichen Beihilfen sehr weitgehend seiner Wirksamkeit beraubt wird⁴⁵, obwohl die Bestimmung als der maßgebliche Prüfstein konzipiert ist, um das Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln mit der Erfüllung eines staatlichen Auftrags von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Einklang zu bringen⁴⁶. Ergänzend ist mit Léger in systematischer Hinsicht auf Art. 73 EG zu verweisen, der eine Ausnahmebestimmung für den Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Pflichten für den Verkehrssektor eigens nor-

miert, also nicht bereits von einem beihilfenrechtlichen Tatbestandsausschluss ausgeht⁴⁷. Auch diese Bestimmung wird weitgehend obsolet, folgt man dem Ansatz der *Ferring*-Rechtsprechung. Zumindest bedenklich ist ferner, dass die Ausgleichszahlungen für die Verpflichtung zur Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen der (Präventiv-)Kontrolle durch die Kommission gem. Art. 88 Abs. 3 EG entzogen werden. Zwar hat die Kommission nach wie vor die Möglichkeit, die Ausgleichszahlungen ex post von Amts wegen auf die Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln und insbesondere auf etwaige Überkompensationen hin zu untersuchen, doch ist eine solche Kontrolle naturgemäß weniger effektiv und nicht im gleichen Maße in der Lage, eine einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und einen Schutz des Wettbewerbs zu gewährleisten wie eine generelle präventive Kontrolle.

Aufgrund dieser Argumente empfiehlt Léger dem Gerichtshof, von der *Ferring*-Judikatur abzurücken und die Ausgleichszahlungen für die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Pflichten als Beihilfen einzustufen. Insoweit solle der Gerichtshof an die Rechtsprechung des EuG insbesondere im Urteil *SIC* anknüpfen⁴⁸. Schlösse sich der EuGH den Schlussanträgen von Generalanwalt Léger an und revidierte bzw. modifizierte er seine *Ferring*-Rechtsprechung, könnte auch die Durchführung eines qualifizierten Ausschreibungsverfahrens den EG-Beihilfentatbestand nicht ausschließen. Nach Léger wäre demnach eine Notifizierung erforderlich, allerdings wäre die Ausgleichsmaßnahme regelmäßig nach Art. 86 Abs. 2 EG genehmigungsfähig. Das qualifizierte Ausschreibungsverfahren würde, da es Überkompensationen ausschließt, immerhin dafür sorgen, dass materiell eine genehmigungsfähige Beihilfe vorliegt.

3. Differenzierende Ansicht unter Fortentwicklung der Argumentation von Generalanwalt Jacobs in GEMO SA

a) Der Vorschlag von Generalanwalt Jacobs

Auch Generalanwalt Jacobs hat sich in der Rechtssache *GEMO SA* gegen eine uneingeschränkte Fortschreibung der *Ferring*-Rechtsprechung ausgesprochen⁴⁹. Er schlägt einen vermittelnden Ansatz vor. Danach soll in Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich ist, schon keine Beihilfe i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG vorliegen. Dies gelte insbesondere für Verträge über die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die nach

42 Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rs. C-280/00, *Altmark Trans* vom 19. 3. 2002, Rdnr. 77 ff.; ebenso im Ergebnis, wenn auch mit leicht abweichender Begründung, die erneuten Schlussanträge vom 14. 1. 2003 nach Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (die Schlussanträge sind abrufbar im WWW unter der URL <http://www.curia.eu.int>); kritisch auch *Gundel*, RIW 2002, 222 (222 ff.); die Rechtsprechung hingegen befürwortend *Bartosch*, NVwZ 2002, 174 (174 f.).

43 Zu einem Plädoyer für ein stärker dogmatisches Arbeiten des EuGH siehe *Kühling/Lieth*, Dogmatik und Pragmatik als leitende Parameter der Rechtsgewinnung im Gemeinschaftsrecht (erscheint in EuR 3/2003).

44 EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 20 und 27.

45 Dies gilt insbesondere deshalb, weil Überkompensationen – nach der insoweit überzeugenden *Ferring*-Rechtsprechung – auch nicht nach Art. 86 Abs. 2 EG rechtfertigungsfähig sind; vgl. *Koenig/Kühling*, ZHR 2002, 656 (680 ff.); zurückzuweisen ist daher die Behauptung eines derartigen Anwendungsbereichs des Art. 86 Abs. 2 EG bei *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (261).

46 Rs. C-202/88, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1991, I-1223 Rdnr. 12; später exemplarisch EuGH, Rs. C-67/96, *Albany International BV*, Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 103.

47 So auch Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-126/01, *GEMO SA*, vom 30. 4. 2002, Rdnr. 87 ff. (die Schlussanträge sind abrufbar im WWW unter der URL <http://www.curia.eu.int>). Dies setzt allerdings die berechnete Vermutung voraus, dass Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 73 EG einen identischen Beihilfenbegriff zugrunde legen.

48 EuGH, Rs. T-46/97, *SIC*, Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 82–85.

49 Schlussanträge (Fußn. 47) vom 30. 4. 2002, Ziff. 117 ff.; wie *Jacobs* jetzt auch die Generalanwältin *Stix-Hackel* in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-340/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, vom 7. 11. 2002, Rdnr. 163 ff. (die Schlussanträge sind abrufbar im WWW unter der URL <http://www.curia.eu.int>).

der Durchführung eines objektiven, transparenten und nicht-diskriminierenden Ausschreibungsverfahrens abgeschlossen worden sind. In Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen nicht unmittelbar erkennbar oder die Gemeinwohlverpflichtung nicht klar definiert ist, sollen hingegen die Notifizierungspflicht und das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG Anwendung finden und Art. 86 Abs. 2 EG der entscheidende Prüfstein bleiben.

*b) Kritische Analyse der Argumentation
von Generalanwalt Jacobs*

Seine vermittelnde Ansicht hält *Jacobs* deshalb für begründet, weil er neben den bereits erwähnten Argumenten für einen strengen Ansatz auch solche für einen weiten Ansatz sieht⁵⁰. Dabei vermögen die von *Jacobs* angeführten Gründe für einen weiten Ansatz jedoch nur bedingt zu überzeugen. Dies gilt insbesondere für den Hinweis auf die Eilbedürftigkeit mancher Gemeinwohlaufgaben, die eine vorherige Notifizierung unmöglich mache. Die Praxis zu der Genehmigung der besonders eilbedürftigen Rettungsbeihilfen zeigt⁵¹, dass dies jedenfalls kein Spezifikum der Erbringung von Gemeinwohldiensten darstellt, sondern vorrangig eine Frage der Organisation der Genehmigungsstrukturen ist. Gerade in den hier behandelten Fällen der Infrastrukturförderung bestehen zudem oftmals lange Vorlaufzeiten, die eine entsprechende Prüfung beihilfenrechtlicher Elemente einschließlich ihrer Genehmigung durchaus ermöglichen. Das weitere Argument, es müsse ein wirtschaftlicher Vorteil für die Bejahung des EG-Beihilfentatbestands vorliegen, führt ebenso wenig weiter. Denn es ist genau die Frage, ob in Fällen, in denen gemeinwirtschaftliche Pflichten auferlegt und kompensiert werden, eine Begünstigung anzunehmen ist. Diese Frage lässt sich dogmatisch noch präziser verorten. Es ist nämlich zu entscheiden, ob die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Pflichten eine kompensationsfähige Gegenleistung im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses darstellt und ob eine Begünstigung im Verhältnis zu sämtlichen denkbaren Wettbewerbern ausgeschlossen werden kann. Unter diesem Blickwinkel zeigt sich auch die Schwäche eines dritten von *Jacobs* angeführten Einwandes. Er weist darauf hin, dass der Staat auch in anderen Bereichen Leistungen einkaufe und diese vergüte, etwa Waren wie Computer oder Dienstleistungen wie die Raumpflege, ohne dass man auf den Gedanken einer etwaigen Begünstigung des Verkäufers käme, solange ein angemessenes Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis vorliegt. *Jacobs* impliziert damit einen Gleichbehandlungsgrundsatz marktüblicher Leistungen und Gemeinwohlleistungen. Die Vergleichbarkeit der beiden Leistungsformen ist jedoch zumindest fragwürdig. Denn im einen Fall wird eine marktübliche Leistung mit fest etablierten Preisen und Vergleichsmöglichkeiten mit dem Verhalten privater Nachfrager ausgeschrieben, wäh-

rend im anderen Fall eine marktunübliche Leistung ohne eigenes Preis-Leistungsgefüge (gemeinwirtschaftliche Pflichten) eingekauft wird. Ob auch die Kompensation marktunüblicher Leistungen den Begünstigungstatbestand entfallen lässt und unter welchen Voraussetzungen insoweit die Begünstigung von Unternehmen ausgeschlossen werden kann, ist wiederum eine Frage, die lediglich das Ergebnis einer Auslegung des EG-beihilfenrechtlichen Begünstigungsmerkmals sein kann. Die Systematik der Ausnahmen zumindest des Art. 87 Abs. 3 EG spricht eher dagegen, Gemeinwohlleistungen als kompensationsfähig einzuordnen. So unterliegen etwa Unternehmen im Kulturbereich auch gemeinwirtschaftlichen Pflichten. Dies gilt beispielsweise für ein Theater, das aufgrund von staatlichen Förderzahlungen kulturelle Dienstleistungen zu sozialverträglichen Tarifen anbieten kann und dazu gegebenenfalls auch durch kommunale Bestimmungen verpflichtet ist. Gleichwohl sieht Art. 87 Abs. 3 lit. d EG eine eigene Ausnahmeklausel für die Kulturförderung vor. Soll diese nur für Überkompensationen greifen? Welche substantielle Rechtfertigung könnte es für eine derartige Überkompensation geben? Und käme dann noch eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG in Betracht⁵²?

c) Fortentwicklung des Ansatzes

Unabhängig davon hat *Jacobs'* Ansatz, der einen Ausschluss des Beihilfentatbestands nur im Fall einer klar erkennbaren Aufgabenübertragung und eines eindeutigen Ausschlusses von Überkompensationen annimmt, den Vorteil einer hohen Praktikabilität, so dass er für das Vorgehen von Kommission und EuGH durchaus zu erwägen ist. Zudem könnte eine teleologische Auslegung des Begünstigungstatbestands⁵³ in diesem Fall für die Bejahung der Kompensationsfähigkeit der Gegenleistung sprechen, weil eine Begünstigung weitgehend vermieden wird. Denn die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens begründet grundsätzlich einen diskriminierungsfreien Markt um die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten und wird dadurch dem Einkauf marktüblicher Gegenstände durch den Staat vergleichbar. Das den Zuschlag erhaltende Unternehmen wird idealiter nicht gegenüber den übrigen an der Ausschreibung teilnehmenden Unternehmen begünstigt, da allen gleichermaßen die Chance zur Erbringung der Gemeinwohlleistungen eingeräumt wird. Damit bestehen gleichmäßige Chancen auf den Zuschlag einschließlich der Möglichkeit, eine angemessene Verzin-

50 Schlussanträge (Fußn. 47) vom 30. 4. 2002, Ziff. 116.

51 Dazu *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 126 ff., insbesondere S. 130 mit Fußn. 515.

52 Dies ist zu verneinen, vgl. den Hinweis in Fußn. 45; siehe auch *Gundel*, RIW 2002, 222 (225), der darauf hinweist, dass kaum eine Beihilfe ohne irgendwelche Gegenleistungen gewährt werde und sei es nur die Aufrechterhaltung von Arbeitsplätzen. Allerdings sind dies häufig lediglich faktische Vorteile, während *Ferring* auf normierte Pflichten abstellt.

53 Eine solche normative Betrachtung führt etwa dazu, dass regionalökonomische Begünstigungseffekte nicht als kompensationsfähig anzusehen sind; siehe dazu bereits den Hinweis bei *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 46 f.; siehe auch zur mangelnden Ausgleichsfähigkeit allgemeiner Wettbewerbsnachteile wie erhöhter Steuerlasten EuGH, Rs. C-6/97, *Italien/Kommission*, Slg. 1999, I-2981, Rdnr. 21, und EuG, verb. Rs. T-298 u. a./97, *Mauvo Alzetta*, Slg. 2000, II-2319, Rdnr. 89.

sung des eingesetzten Kapitals und damit einen Gewinn zu erwirtschaften. Dies ist übrigens im Fall der exklusiven Beauftragung eines Unternehmens ohne Ausschreibungsverfahren auf der Grundlage eines bloßen unabhängigen Wertgutachtens zur Prüfung der Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses anders, da hier ausschließlich das ausgewählte Unternehmen die Möglichkeit auf Gewinnerwirtschaftung erlangt.

Aber auch insoweit ist Wasser in den Wein zu schütten. Denn selbst bei Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens können Begünstigungen nicht vollständig ausgeschlossen werden. Denn die Ausschreibung kann zwar die Begünstigung des Zuschlagsempfängers im Verhältnis zu den Mitkonkurrenten ausschließen, nicht aber im Verhältnis zu Konkurrenten auf anderen Marktebenen. Dies wird deutlich am Beispiel der Ausschreibung des bestmöglichen Baus und Betriebs einer Sportinfrastruktur im Mitgliedstaat X zu einer vorgesehenen bestimmten Förder-summe. Hier wird das den Zuschlag erhaltende Unternehmen gemäß den obigen Ausführungen im Vergleich zu den übrigen Teilnehmern am Wettbewerb um die Erstellung und den Betrieb von Infrastrukturen nicht begünstigt. Existieren aber konkurrierende Betreiber von nahe gelegenen Sportinfrastrukturen im Mitgliedstaat Y, die Infrastrukturleistungen auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt anbieten, können diese trotz der Ausschreibung wegen der Kompensationsmaßnahmen für den Konkurrenten benachteiligt sein. Da das den Zuschlag erhaltende Unternehmen die Möglichkeit erlangt, staatlich geförderte Infrastrukturleistungen anzubieten, hat es einen Vorteil im Vergleich zu sonstigen konkurrierenden Infrastrukturbetreibern. Es wird letzteren regelmäßig auch ohne weiteres Marktanteile abnehmen können. Die Begünstigung besteht demnach im Vergleich mit den konkurrierenden Infrastrukturbetreibern⁵⁴. Es kann folglich trotz der Ausschreibung von »Kompensationsbeihilfen« gleichwohl zu Begünstigungen kommen, die allerdings von der gegenwärtigen Rechtsprechung und Kommissionspraxis offenbar hingenommen werden. Es wird sich daher bei einer Fortentwicklung dieses Ansatzes zeigen, inwiefern derartige Begünstigungen gegebenenfalls durch eine zusätzliche Prüfung ausgeschlossen werden müssen. So könnte beispielsweise von einem Tatbestandsausschluss nur dann ausgegangen werden, wenn Begünstigungen auch im Verhältnis zu weiteren Vergleichsgruppen ausschließen⁵⁵. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es keinen Wettbewerb der Infrastrukturbetreiber gibt. So konkurrieren beispielsweise Flug- oder Seehäfen als Infrastrukturanbieter, die Straßeninfrastruktur an einem Ort X steht dagegen nicht zwangsläufig im Wettbewerb mit derjenigen am Ort Y. Auch eine Begünstigung im Vergleich zu den dortigen Infrastrukturanbietern scheidet demzufolge aus⁵⁶. Bei sämtlichen Versorgungsstrukturen, die ein na-

türliches Monopol⁵⁷ darstellen, bei denen also die Leistungserbringung durch einen Anbieter volkswirtschaftlich dem parallelen Angebot mehrerer Unternehmen überlegen ist, könnte demzufolge eine Benachteiligung im Wettbewerb verschiedener Anbieter ausscheiden. Damit würde allerdings der Ansatz von *Jacobs* nicht unerheblich eingeschränkt werden. Die Antwort auf die Einordnung der Kompensationszahlungen für gemeinwirtschaftliche Pflichten muss jedenfalls im Rahmen einer teleologischen Auslegung des Beihilfentatbestands und insbesondere des Merkmals der Begünstigung gefunden werden. Insoweit erstaunt es, dass die bisherige Diskussion durch die Generalanwälte und auch in der Literatur eher anhand von pragmatischen Argumenten⁵⁸ und nicht mit Blick auf den Zweck des EG-Beihilfenrechts geführt wird, Wettbewerbsverzerrungen umfassend zu unterbinden. Das erfordert aber eine Betrachtung sämtlicher Wettbewerbsverhältnisse und Marktebenen (Markt um den Bau und Betrieb; Markt verschiedener Betreiber etc.), in denen staatliche Maßnahmen einzelne Unternehmen begünstigen können. Auch nach *Jacobs* ist jedenfalls nur ein beschränkter Kanon von Verfahren und Konstellationen denkbar, in denen die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Pflichten bereits die EG-beihilfenrechtliche Tatbestandsmäßigkeit von Kompensationszahlungen entfallen lässt. Das qualifizierte Ausschreibungsverfahren fällt in diesen Kanon und vermag demnach eine Notifizierungspflicht der Vorteilsgewährung zu vermeiden.

4. Entfallen des EG-Beihilfentatbestands und Notifizierungspflicht

Die Kommissionspraxis scheint gegenwärtig der *Ferring*-Rechtsprechung zu folgen, so dass die Durchführung eines qualifizierten Ausschreibungsverfahrens bei Kompensationszahlungen für Gemeinwohllasten die Notifizierungspflicht entfallen lässt. Damit könnten die vorangegangenen, äußerst inkohärenten Äußerungen der Brüsseler Behörde vorerst überholt sein⁵⁹. In diesem Zusammenhang ist

54 Zur Differenzierung der verschiedenen Marktebenen und der denkbaren Vergleichsgruppen für etwaige Begünstigungen bereits *Koenig/Kühling*, DÖV 2001, 881 (888 f.).

55 Vgl. dazu auch die atypische Konstellation in der Entscheidung der Kommission vom 6. 6. 2001, *Regionale Wagniskapitalfonds*, ABl. EG 2001 Nr. L 263, S. 28, insbesondere Ziff. 51.

56 Dies gilt auch in Fällen, in denen sämtlichen denkbaren Anbietern einer Leistung die Verpflichtung auferlegt wird und alle Anbieter kompensiert werden; in diese Richtung argumentiert auch *Gundel*, RIW 2002, 222 (228), der eine derartige Konstellation im Fall *Ferring* für gegeben hält; kritisch dagegen *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (259 f.).

57 Dazu *Budäus*, Privatisierung öffentlich wahrgenommener Aufgaben – Grundlagen, Anforderungen und Probleme aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, in: Gusy (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben*, 1998, S. 12 (19).

58 So kann beispielsweise eine restriktive Tatbestandsfassung nicht mit Hinweis auf die beschränkten Kontrollressourcen der Kommission begründet werden, so aber *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (261). Vielmehr kann höchstens umgekehrt eine weite Tatbestandsfassung für einen Ausbau der Kontrolleinheiten sprechen, so schon *Koenig/Kühling*, EuZW 1999, 517 (522).

59 Für einen Tatbestandsausschluss etwa Entscheidung der Kommission vom 22. 12. 1999, *Ramondin SA / Ramondin Cápsulas SA*, ABl. EG 2000, Nr. L 318, S. 36, Ziff. 63. Die Grundstücksmitteilung geht dagegen davon aus, dass der Verkauf von Grundstücken in einem Bietverfahren lediglich *grundsätzlich* einen Verkauf zum Marktwert darstellt (Ziff. II.1., Abs. 1).

auch darauf hinzuweisen, dass die Arbeit der Kommission mit einer Vermutung, dass Beihilfenelemente vorliegen, wenn die Durchführung einer Ausschreibung unterblieben ist, allenfalls in Bezug auf die kommissionsinterne Absprache für die Kontrolle nach Art. 88 Abs. 2 und 3 EG von Bedeutung sein kann. Das fehlende Einhalten eines bestimmten Verfahrens und insbesondere des qualifizierten Ausschreibungsverfahrens begründet dagegen weder eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Vorliegens von Beihilfenelementen noch eine Notifizierungspflicht⁶⁰. Es gibt im Übrigen – trotz aller missverständlicher Äußerungen seitens der Kommission – keine Pflicht zur Notifizierung bei Zweifeln über den Beihilfencharakter. Art. 88 Abs. 2 und 3 EG stellt hinsichtlich der Notifizierungspflicht ebenso wie die Verfahrensverordnung⁶¹ ausschließlich auf tatsächliche Beihilfen ab. Zwar sieht Art. 10 Abs. 1 EG eine Kooperationspflicht der Mitgliedstaaten vor, die etwa Handlungspflichten im Zusammenhang mit der Durchsetzung einer beihilfenrechtlichen Rückforderungsentscheidung der Kommission zu begründen vermag⁶². Diese erstreckt sich aber nicht auf den Bereich denkbarer Beihilfen. Es ist indes ein Gebot der Klugheit, in Zweifelsfällen zu notifizieren, um so – etwa im Wege der Feststellung des Vorliegens einer Nicht-Beihilfe nach Art. 4 Abs. 2 der Verfahrensverordnung – Rechtssicherheit zu erlangen. Eine Verpflichtung besteht insoweit nicht. Allerdings tragen die beihilfenvergebende Stelle und der Beihilfenempfänger auch das Risiko einer Fehleinschätzung hinsichtlich der Notifizierungsbedürftigkeit.

IV. Fazit und Ausblick: Grundsätzlich keine Beihilfe bei Wahrung der vergaberechtlichen Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren

Das qualifizierte Ausschreibungsverfahren entpuppt sich zunehmend als Königsweg zur Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten, wie mit Blick auf Fälle der Infrastrukturförderung dargelegt werden konnte. Nach der großzügigen *Ferring*-Rechtsprechung ist dieses Verfahren bei der Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Pflichten allerdings lediglich ein empfehlenswerter Weg, um Überkompensation und damit eine Notifizierungsbedürftigkeit auszuschließen. So kommen nach der *Ferring*-Rechtsprechung auch andere Verfahren wie das Einholen von unabhängigen Wertgutachten in Betracht, um darzulegen, dass keine Überkompensationen und damit

keine Begünstigung i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt. Auch die Kommission hat angesichts einer prinzipiell positiven Grundhaltung gegenüber der Infrastrukturförderung anderweitige Konstruktionen zum Ausschluss des EG-Beihilfentatbestands anerkannt⁶³, ohne auf das Erfordernis einer Ausschreibung einzugehen. Dies ist insbesondere in denjenigen Fällen von Bedeutung, in denen eine Ausschreibung aus objektiven Gründen ausscheidet oder gescheitert ist. Allerdings bestehen aus rechtsdogmatischer Sicht erhebliche Zweifel gegenüber dem weiten Ansatz des EuGH in *Ferring*. Dass der Gerichtshof insoweit eine explizite Kehrtwende vollziehen und zu einer vollständigen Notifizierungsbedürftigkeit zurückkehren wird, wie es Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Altmark Trans* vorschlägt, ist gleichwohl unwahrscheinlich. Sinnvoll erscheint dagegen eine differenzierende Ansicht, die den Beihilfentatbestand nur dann entfallen lässt, wenn Begünstigungen des beauftragten Unternehmens ausscheiden. Dazu ist nach hier vertretener Ansicht ein Ausschreibungswettbewerb erforderlich, da dieser eine Begünstigung des Auftragsunternehmens gegenüber Wettbewerbern um den Bau und Betrieb der Infrastrukturen verhindert. Zusätzlich müssen aber anderweitige Begünstigungen vermieden werden, was etwa im Fall des fehlenden Wettbewerbs verschiedener Infrastrukturbetreiber – insbesondere bei solchen Leistungen, die ein natürliches Monopol darstellen – regelmäßig anzunehmen ist. Nur in diesen Konstellationen entfällt die EG-beihilfenrechtliche Tatbestandsmäßigkeit der Kompensationszahlung und es kann von einer Notifizierung abgesehen werden. Die weitere Entscheidungspraxis der Kommission und des EuGH müsste herausarbeiten, welche sonstigen Fälle von der Notifizierung ausgenommen werden können. Sollte dieser Ansatz zu einer Fülle unproblematischer Notifizierungen führen, wäre gegebenenfalls auf das Mittel der Freistellungsverordnung nach entsprechender Ergänzung der Ermächtigungsverordnung⁶⁴ zurückzugreifen.

Unabhängig davon, ob sich das wettbewerbsoffene, diskriminierungsfreie und transparente Ausschreibungsverfahren in der künftigen Rechtsprechung des EuGH vom nützlichen zum zwingend erforderlichen Instrument bei der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten entwickeln wird, ist es unerlässlich, die einzelnen Anforderungen der Begriffstrias in vergaberechtliche Kategorien umzugießen. Die Einzelheiten müssen insoweit einer weiteren Abhandlung vorbehalten bleiben⁶⁵. Als Aufgabe der künftigen Beihilfenrechtspraxis und der sie begleitenden wissenschaftlichen Analyse zeichnet sich jedenfalls ein Abgleich bzw. eine Konvergenz der EG-beihilfenrechtlichen und der vergaberechtlichen Anforderungen an das

60 Unzutreffend daher insoweit die Entscheidung der Kommission vom 24. 2. 1999, Beihilfe NN 70/98, *Kinderkanal und Phoenix*, Ziff. 6.1.1., nicht veröffentlicht; so auch die Kommission im Rechtsstreit in der Sache *Gröditzter Stahlwerke*; dem mittelbar folgend Generalanwalt Colomer in den Schlussanträgen vom 24. 1. 2002, Rs. C-334/99, *Gröditzter Stahlwerke*, Rdnr. 67–69. Kritisch gegenüber dieser Vorgehensweise der Kommission unter Hinweis auf den Amtsermittlungsgrundsatz *Bartösch*, WuW 2001, 673 (678).

61 ABl. EG 1999, Nr. L 83, S. 1.

62 Siehe z. B. EuGH, Rs. 348/93, *Kommission/Italien*, Slg. 1995, I-673, Rdnr. 17; vgl. *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 10 EG Rdnr. 25 a. E.

63 Zu der Kommissionspraxis, die bestimmte Anforderungen an die Unternehmen abstellt (insbesondere eine Tätigkeit auf Basis eines Low-Profit-Prinzips), siehe den in Fußn. 2 zitierten Aufsatz von *Koenig/Scholz*.

64 ABl. EG 1998 Nr. L 142, S. 1.

65 Dazu *Koenig/Kühling* in dem in Fußn. 27 zitierten Aufsatz; vgl. insoweit mit Blick auf den Unternehmensverkauf bereits *Bauer*, EuZW 2001, 748 (751 ff.).

Ausschreibungsverfahren ab. Die Konvergenz wird dadurch erleichtert, dass die EG-beihilfenrechtlichen Erfordernisse der Wettbewerbsoffenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit auch dem Vergaberecht als fundamentale Steuerungsprinzipien zugrunde liegen. Was das EG-Vergaberecht anbelangt, wurden diese vom EuGH zuletzt im Urteil *Teleaustria*⁶⁶ herausgestellt. In der Entscheidung hat der Gerichtshof die Grundprinzipien des Ausschreibungswesens umrissen, die auch außerhalb des Anwendungsbereichs des sekundärrechtlichen EG-Vergaberechts für die Vergabe öffentlicher Aufträge greifen. Dies ist deshalb von besonderem Interesse, da es bei der Wahrung der Anforderungen des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens genau um die Einhaltung derartiger Fundamentalprinzipien geht. Ausgangsgrundsatz ist nach Ansicht des EuGH das Verbot der Diskriminierung insbesondere aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Daraus hat der Gerichtshof eine Transparenzpflicht und ein Gebot der Wettbewerbsoffenheit entwickelt. Diese Prinzipientrias findet sich auch im deutschen Vergaberecht in Absatz 1 (Wettbewerbsgrundsatz und Transparenzgebot) und Absatz 2 (Gleichbehandlungsgebot) der vergaberechtlichen Fundamentalnorm des § 97 GWB wieder. Aufbauend auf den drei Prinzipien sind die Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens herauszuarbeiten. So verlangt beispielsweise der EG-beihilfenrechtliche Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit keines-

66 EuGH, Rs. C-324/98, *Teleaustria*, Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 60 (Diskriminierungsverbot), Rdnr. 61 (Transparenzgebot), Rdnr. 62 (Wettbewerbsoffenheit).

falls die Durchführung eines offenen Verfahrens i. S. des § 101 Abs. 2 GWB, sondern wie der EuGH im Urteil *Teleaustria* formuliert⁶⁷: »einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit [...], der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet«. Dies kann auch durch nicht offene Verfahren und Verhandlungsverfahren gewährleistet werden⁶⁸, sofern sich die Reduzierung der Wettbewerbsoffenheit sachlich begründen lässt, den Verfahren eine öffentliche Aufforderungen zur Teilnahme vorausgeht und in jeder Phase des Vergabeprozesses bis hin zum Zuschlag eine diskriminierungsfreie Auswahl erfolgt und dies aufgrund der Transparenz nachvollziehbar und nachprüfbar ist. Im Übrigen ist die EG-beihilfenrechtliche Bewertung der Verfahrensausgestaltung stets am Sinn und Zweck des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsansatzes auszurichten, einen fairen Wettbewerb um die Erbringung der Leistung und ein objektives Bewertungsverfahren für die Beurteilung der Angemessenheit der Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisse zu garantieren. Dies wäre beispielsweise dann nicht mehr gewährleistet, wenn dem Verhandlungsverfahren oder dem nicht offenen Verfahren keine öffentliche Bekanntmachung voranginge. Im Übrigen gilt angesichts der Parallelität der Steuerungsprinzipien, dass die Einhaltung der nationalen und EG-vergaberechtlichen Anforderungen grundsätzlich auch die EG-beihilfenrechtliche Korrektheit des Ausschreibungsverfahrens sichert.

67 EuGH, Rs. C-324/98, *Teleaustria*, Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 62.
68 So bereits für die Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens *Bauer*, EuZW 2001, 748 (753 f.).