

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M. und
Dr. Jürgen Kühling, LL. M., Bonn

Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschrei- bungsverfahrens – Konvergenz von EG- Beihilfenrecht und Vergaberecht*

Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und (Wettbewerbs-) Offenheit sind in zunehmendem Maße die Zauberwörter des EG-Beihilfenrechts, deren strikte Einhaltung bei der Ausschreibung von Austauschgeschäften gegen Beihilfenrechtsverstöße zu immunisieren vermag. Das folgt insbesondere aus der neueren Kommissionspraxis. Was diese schillernden Begriffe im grauen Alltag des Vergaberechts zu bedeuten haben, lässt die Kommission allerdings weitgehend im Dunkeln. So fragt sich beispielsweise, ob das Verhandlungsverfahren als „allgemeines bzw. offenes Verfahren“ im Sinne des EG-Beihilfenrechts zu qualifizieren ist. Ausgehend von einer prinzipiellen Zustimmung gegenüber dem „vergaberechtlichen Ansatz“ der Kommission legt der Beitrag dar, welche Anforderungen dieser im Einzelnen an die Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens mit sich bringt. Dabei wird der Blick insbesondere auf die Fälle der Infrastrukturförderung gerichtet. Orientierungspunkt ist insoweit die umfangreiche Kommissionspraxis zu Ausschreibungsverfahren im Bereich anderer Austauschgeschäfte.

I. Ausgangspunkt: Grundsätzlich keine Beihilfe bei Durchführung eines wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens

Nach Art. 87 I EG sind staatliche Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit

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

sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Sie müssen gem. Art. 88 EG bei der Kommission notifiziert werden, die sie nach Art. 87 II und III EG genehmigen kann. Ein durch Wettbewerbsoffenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit qualifiziertes Ausschreibungsverfahren entpuppt sich zunehmend als wichtiges Instrument, um die Beteiligung hoheitlicher Instanzen an marktlichen Austauschgeschäften EG-beihilfenrechtlich zu immunisieren. In dogmatischer Hinsicht kann ein derartiges Verfahren das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung des den Zuschlag erlangenden Unternehmens entfallen lassen¹. Dies ist für Privatisierungsvorgänge öffentlicher Unternehmen bereits seit 1993 in der Kommissionspraxis anerkannt und von der Kommission nach und nach auch auf andere Austauschgeschäfte mit öffentlicher Beteiligung übertragen worden². Den deutlichsten konzeptionellen Niederschlag hat das Ausschreibungsverfahren bislang in Nr. II 1 der Grundstücksmitteilung von 1997 gefunden³. Hier kann ein näher definiertes Bietverfahren die Notifizierungspflicht im Fall eines Grundstücksverkaufs durch die öffentliche Hand entfallen lassen. Auch bei Infrastrukturprojekten hat die Kommission in jüngerer Zeit anerkannt, dass im Fall der Durchführung eines derartigen Verfahrens trotz der Förderung des Projekts durch staatliche Finanzmittel das Vorliegen von Beihilfenelementen ausgeschlossen werden kann⁴.

II. Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerbs-offenheit: Konvergenz der vergaberechtlichen und EG-beihilfenrechtlichen Grundsätze

Unabhängig davon, in welchen Fallkonstellationen das Ausschreibungsverfahren das Vorliegen von Beihilfenelementen zu verhindern vermag, ist es unerlässlich, die einzelnen Anforderungen der Begriffstrias in vergaberechtliche Kategorien umzugießen⁵. Insoweit zeichnet sich die Notwendigkeit einer Angleichung der EG-beihilfenrechtlichen und der vergaberechtlichen Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren ab. Eine derartige Konvergenz wird dadurch erleichtert, dass die EG-beihilfenrechtliche Anforderungstria der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbs-offenheit mit den allgemeinen Steuerungsprinzipien des Vergaberechts korrespondiert. Denn zu diesen Prinzipien zählen gleichermaßen der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Transparenzgebot sowie der Wettbewerbsgrundsatz. Diese Vergaberechtsprinzipien müssen auf der Gemeinschaftsebene zwingend beachtet werden und prägen auch das in den §§ 97 ff. GWB und den entsprechenden Verdingungsordnungen verankerte deutsche Vergaberecht. Dabei verwundert es angesichts der großen Bedeutung, die der Beachtung der genannten Steuerungsprinzipien in den Vergabeverfahren zukommt, dass sie in den EG-Vergaberichtlinien nur zum Teil explizit niedergelegt wurden⁶. Deutlicher ist insoweit die deutsche Richtlinienumsetzung in § 97 I und II GWB, der die Prinzipientrias positivrechtlich mit Gesetzesrang normiert. Im Gemeinschaftsrecht wurde der vergaberechtliche Prinzipienkanon dagegen zuletzt vom *EuGH* im Urteil *Teleaustria*⁷ hervorgehoben. 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, weil es bei der Wahrung der Anforderungen des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens genau um die Einhaltung derartiger Fundamentalprinzipien geht. Denn die EG-beihilfenrechtlich begründeten Anforderungen an ein den Beihilfentatbestand ausschließendes Ausschreibungsverfahren sind unabhängig davon relevant, ob die EG-Vergaberechtsrichtlinien einschlägig sind. Ausgangsgrundsatz

des primärrechtlichen Vergaberechts ist nach Ansicht des *EuGH* das Diskriminierungsverbot (III). Daraus hat der *Gerichtshof* eine Transparenzpflicht (IV) und ein Gebot der Wettbewerbsoffenheit (V) entwickelt. Das weitgehende Zusammenlaufen von EG-beihilfenrechtlichen und vergaberechtlichen Anforderungen begründet sich im Übrigen aus den gemeinsamen wettbewerbsrechtlichen Wurzeln der beiden Rechtsmaterien.

Die Analyse der vergaberechtlichen Maximen zeigt schließlich ihre Interdependenz auf⁸. So lassen sich aus dem Diskriminierungsverbot die Transparenz- und Wettbewerbsgrundsätze ableiten. Umgekehrt verlangt das Wettbewerbsprinzip seinerseits eine chancengleiche und transparente Auftragsvergabe. Dementsprechend ist die Zuordnung einzelner Vorgaben der EG-beihilfenrechtskonformen Ausgestaltung der Ausschreibungen zu den vergaberechtlichen Grundsätzen keinesfalls zwingend. Die folgenden Erwägungen sollen lediglich erkennen lassen, welche verfahrensrechtlichen Schlussfolgerungen sich in vergaberechtlichen Kategorien aus der EG-beihilfenrechtlichen Anforderungstria ableiten lassen⁹. Dabei sollen die neuralgischen Punkte des Ausschreibungsverfahrens behandelt werden.

1) Zum Begünstigungsmerkmal ausf. *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-BeihilfenR, 2002, S. 40 ff.

2) Umstritten ist gegenwärtig insbesondere, inwiefern auch im Fall der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten trotz hoheitlicher Förderzahlung das Begünstigungsmerkmal entfällt, wenn die Fördermittel im Ausschreibungsverfahren vergeben werden, vgl. dazu ausf. und m. zahlreichen Nachw. *Koenig/Kühling*, DVBl 2003, 289 (290 ff.).

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

4) S. in jüngerer Zeit die Entscheidung der Kommission v. 9. 4. 2001, 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. In der Entscheidung der Kommission v. 8. 12. 1999, Beihilfe N 412/98, interventi per infrastrutture e servizi nel settore del trasporto merci e dell'autotrasporto, Nr. 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, spricht die Kommission ganz im Sinne der Terminologie der Grundstücksmitteilung von einem „appalto pubblico, su base non discriminatoria, ed incondizionato“; vgl. zur Förderung von Sportinfrastrukturen das unveröffentlichte Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium zu Händen Frau *Dr. Knorre*, COMP-2002-00757-00-00-DE-TRA-00 (EN) CS; s. ferner das weitgehend identische Schriftstück „Letter to the UK REP on the building of a new national stadium at Wembley“ (unveröff.), 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“.

5) Vgl. insoweit mit Blick auf den Unternehmensverkauf (in der Sonderkonstellation der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen) bereits *Bauer*, EuZW 2001, 748 (751 ff.); vgl. auch *Borchardt*, ZIP 2001, 1301 (1306 f.).

6) S. allein für das Diskriminierungsverbot Art. 6 VI Baukoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABIEG 1993 Nr. L 199, S. 54, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG, ABIEG 2001 Nr. L 285, S. 1, im Folgenden: BKR), Art. 3 II Dienstleistungskoordinierrichtlinie (Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABIEG 1992 Nr. L 209, S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG, ABIEG 2001 Nr. L 285, S. 1, im Folgenden: DKR), Art. 5 VII Lieferkoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABIEG 1993 Nr. L 199, S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG, ABIEG 2001 Nr. L 285, S. 1, im Folgenden: LKR); vgl. jetzt aber Art. 2 im Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEG 2001 Nr. C 29/E, S. 11, i. d. F. des geänderten Vorschlags v. 6. 5. 2002, ABIEG 2002 Nr. C 203/E, S. 210.

7) *EuGH*, Slg. 2000, I-10 745 = EuZW 2001, 90 – *Teleaustria*, Rdnr. 60 (Diskriminierungsverbot), Rdnr. 61 (Transparenzgebot), Rdnr. 62 (Wettbewerbsoffenheit).

8) S. auch die Hinweise bei *Ax/Schneider/Nette*, Hdb. VergabeR, 2002, S. 15 f.

9) S. zu einem vergleichbaren Vorgehen in Bezug auf die Funktion des Ausschreibungsverfahrens bei Unternehmensverkäufen die überzeugenden Ausführungen bei *Bauer*, EuZW 2001, 748 (750 ff.).

III. Diskriminierungsfreiheit

1. Vergaberechtlicher Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit

Im Urteil *Teleaustria* spricht der *EuGH* lediglich von einem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit¹⁰. Auch die vorangegangene Rechtsprechung des *EuGH* hat bislang die primärrechtlichen Grundfreiheiten (Art. 28, 43 und 49 EG) herangezogen, um gerade solche Vergaberechtspraktiken zu unterbinden, die auf die Benachteiligung ausländischer Unternehmen hinausliefen¹¹. Angesichts des Umstands, dass die Durchführung eines fairen Wettbewerbs um die Leistungserbringung ohne die strikte Gleichbehandlung der Bieter im Vergabeverfahren aber nicht denkbar ist und weil sämtliche Diskriminierungen potenziell auch ausländische Unternehmen betreffen können, stellt der Gleichbehandlungsgrundsatz ein zentrales Steuerungsprinzip des Vergaberechts dar, das auch für die Herstellung der Inländergleichbehandlung von Bedeutung ist¹². Mit Blick auf die Vergaberechtsrichtlinien hat der *EuGH* demzufolge bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1993 einen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung herausgearbeitet, auch wenn in der in Bezug genommenen Richtlinie 71/305/EWG noch keine entsprechende ausdrückliche Bestimmung normiert war¹³. Inzwischen hat der allgemeine Gleichheitsgrundsatz expliziten Eingang in die sekundärrechtlichen Bestimmungen gefunden¹⁴. Auch im deutschen Vergaberecht ist er in § 97 II GWB und in den Verdingungsordnungen¹⁵ ausdrücklich normiert. Er bezweckt die Sicherstellung der Chancengleichheit der potenziellen Interessenten aus allen EG-Mitgliedstaaten und gebietet deren Gleichbehandlung durch die öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände der Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb¹⁶. Dabei ist der Grundsatz keinesfalls ausschließlich auf die Zuschlagserteilung beschränkt, sondern bezieht sich auf sämtliche Phasen des Vergabeverfahrens¹⁷.

2. Diskriminierungsfreiheit als EG-beihilfenrechtliche Forderung und Konvergenz mit den Anforderungen des Vergaberechts

a) *Strenge Kommissionspraxis im Bereich der Grundstücks- und Unternehmensverkäufe*. Die vergaberechtlichen Anforderungen entsprechen grundsätzlich dem EG-beihilfenrechtlichen Gebot der Diskriminierungsfreiheit. Allerdings bestehen insoweit erhebliche Unsicherheiten, da die Kommission im EG-Beihilfenrecht regelmäßig auf das Kriterium der „Bedingungsfreiheit“ abstellt¹⁸. Konkretere Hinweise für die inhaltliche Ausgestaltung eines weiter gefassten Gebots der Diskriminierungsfreiheit sind in der EG-beihilfenrechtlichen Kommissionspraxis bislang nicht ersichtlich. Nach Nr. II 1 lit. b S. 1 der Grundstücksmitteilung ist ein Bietverfahren dann *bedingungsfrei*, wenn für alle Branchen gleichermaßen eine Nutzung des Verkaufsobjekts möglich ist. Nr. II 1 lit. b S. 2 der Grundstücksmitteilung gesteht allerdings zu, dass „Einschränkungen aus Gründen des Nachbar- oder Umweltschutzes oder zur Vermeidung rein spekulativer Gebote sowie raumordnungsrechtliche Einschränkungen für den Eigentümer eines Grundstücks nach nationalem Recht [...] nicht die Bedingungsfreiheit eines Angebots“ beeinträchtigen. Die Bedingungsfreiheit entfällt nach Nr. II 1 lit. c der Grundstücksmitteilung jedoch, wenn Verkaufsbedingungen außerhalb des allgemeinen nationalen Rechts, der planerischen Vorgaben oder Umwelt- und Gesundheitsschutzverpflichtungen, nicht branchenübergreifend von jedem potenziellen Erwerber erfüllt werden können¹⁹.

Im Bereich der Unternehmensverkäufe wendet die Kommission das Kriterium der Bedingungsfreiheit bisher sehr

streng an. So verneinte die Brüsseler Behörde in einem Fall die Bedingungsfreiheit, in dem der Verkauf eines Unternehmens an den Erhalt von Arbeitsplätzen und die Durchführung eines Unternehmensplans geknüpft sowie mit der Verpflichtung verbunden wurde, einen Großteil der Rohstoffe bei örtlichen Erzeugern zu erwerben und den Produktionsstandort für mindestens fünf Jahre beizubehalten²⁰. Hierbei wurde indes nicht deutlich, ob auch jede einzelne der Bedingungen hinreichend ist, um die Bedingungsfreiheit zu verneinen. In der Entscheidung in der Sache *Gröditzter Stahlwerke*²¹ qualifizierte die Kommission die Bindung des Angebots an die Verpflichtung zur Schaffung bzw. Erhaltung von Arbeitsplätzen, zu künftigen Investitionen und zur Finanzierung als nicht bedingungsfrei. Dabei hatte die

10) Vgl. *EuGH*, Slg. 2000, I-10745 = *EuZW* 2001, 90 Rdnr. 60 – *Teleaustria*.

11) S. insb. *EuGH*, Slg. 1990, I-889 Rdnrn. 7 ff. – *Dupont de Nemours Italiana SpA* (Reservierung eines prozentualen Anteils öffentlicher Lieferaufträge für Unternehmen einer bestimmten Region verstößt gegen Art. 28 EG); Slg. 1989, 4035 Rdnrn. 6 ff. – *Kommission/Italien* (Beschränkung der Vergabe bestimmter Aufträge nur an öffentliche italienische Unternehmen verstößt gegen Art. 43 und 49 EG); *EuGH*, Slg. 1993, I-3353, Rdnr. 23 – *Kommission/Dänemark* (Vorgabe bei Angebotsabgabe, möglichst auf dänische Vorprodukte und Arbeitnehmer zurückzugreifen, verstößt gegen Art. 28, 39 und 49 EG); vgl. dazu *Ax/Schneider/Nette* (Fußn. 8), S. 18 ff. und *Prieß*, Hdb. d. europ. VergabeR., 2. Aufl. (2001), S. 5 ff.

12) Dies betont auch Generalanwalt *Tizzano* in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-92/00, HI, v. 18. 6. 2001, Rdnr. 19 (noch nicht in der aml. Slg.; abrufbar im WWW unter der URL <http://www.curia.eu.int>); auch im Urteil *EuGH*, NVwZ 2002, 1356 = *EuZW* 2002, 628 – *Concordia m. Anm. Steinberg* = NZBau 2002, 616 Rdnrn. 82 ff. (noch nicht in der aml. Slg.), hat der *EuGH* nicht auf den Ausländerbezug abgestellt. Im Folgenden soll vom Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit gesprochen werden, obwohl die Terminologie alles andere als einheitlich ist. So spricht der *EuGH* im Urteil *Teleaustria* (Slg. 2000, I-10745 = *EuZW* 2001, 90) von einem „Verbot der Diskriminierung“, während das GWB in § 97 II die Formulierung „sind gleich zu behandeln“ verwendet. Demgegenüber erwähnt die Sektorenkoordinierungsrichtlinie in Art. 3 II lit. a (Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABIEG 1993 Nr. L 199, S. 84, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG, ABIEG 2001 Nr. L 285, S. 1, im Folgenden: SKR) den „Grundsatz der Nichtdiskriminierung“; die Kommission differenziert in Art. 2 des in Fußn. 6 zitierten Reformvorschlages nunmehr zwischen einer Gleichbehandlung und einer Nichtdiskriminierung. Inwiefern eine derartige Differenzierung sinnvoll ist und worin diese bestehen könnte (in Betracht käme etwa das Erfordernis einer spezifischen Benachteiligung ausländischer Anbieter), soll hier nicht vertieft werden.

13) Urteil *EuGH*, Slg. 1993, I-3353 Rdnr. 33 – *Kommission/Dänemark*, in Bezug auf die ursprüngliche Baukoordinierungsrichtlinie, ABIEG 1971 Nr. L 185, S. 5.

14) Vgl. Art. 6 VI BKR; Art. 3 II DKR; Art. 5 VII LKR; Art. 4 II SKR; da hier anders als etwa in Art. 22 IV BKR, Art. 27 IV DKR und Art. 19 IV LKR nicht auf die Ausländereigenschaft abgestellt wird, gilt das Diskriminierungsverbot unabhängig vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs, vgl. dazu auch den Hinweis in Fußn. 12.

15) S. etwa § 2 Nr. 2 VOB/A, § 2 Nr. 2 VOL/A, § 4 II VOF; alle Verdingungsordnungen sind abgedruckt in: *Jasper/Marx*, VergabeR., 5. Aufl. (2001). Die gegenwärtige Überarbeitung der VOL und VOB ist im vorliegenden Zusammenhang ohne größere Bedeutung.

16) *Thieme*, in: *Langen/Bunte*, KartellR., 9. Aufl. (2000), § 97 Rdnr. 6.

17) *Ax/Schneider/Nette* (Fußn. 8), S. 18; s. ferner *Niebuhr*, in: *ders./Kulartz/Kurs/Portz*, Komm. z. VergabeR., 2000, § 97 Rdnrn. 102 ff., auch m. w. Hinw. zu Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz.

18) S. dazu auch schon *Bauer*, *EuZW* 2001, 748 (752).

19) Die Verneinung in der deutschen Übersetzung („[...] so ist das Angebot als bedingungsfrei im oben erwähnten Sinn nur anzusehen, wenn alle potenziellen Erwerber nicht in der Lage wären [...]“) ist insofern unzutreffend, wie die übrigen Sprachfassungen bestätigen, vgl. nur die englische: „[...] the offer is to be regarded as ‚unconditional‘ within the meaning of the above definition only if all potential buyers would have to, and be able to, meet that obligation [...]“. Insgesamt ist die deutsche Sprachfassung ungenügend übersetzt.

20) Entscheidung der Kommission v. 11. 4. 2000, Centrale del Latte di Roma, ABIEG 2000 Nr. L 265, S. 15, Nr. 82.

21) Entscheidung der Kommission v. 8. 7. 1999, Gröditzter Stahlwerke GmbH, ABIEG 1999 Nr. L 292, S. 27, Nr. 87.

Kommission nicht überprüft, ob – wie in der Grundstücksmitteilung vorgesehen – die Bedingungsfreiheit deswegen als gegeben angesehen werden muss, weil die Bedingungen von jedem potenziellen Erwerber hätten erfüllt werden können. Daraus könnte geschlossen werden, dass die Kommission für den Unternehmensverkauf strengere Maßstäbe an die Bedingungsfreiheit anlegt als im Rahmen der Grundstücksgeschäfte.

b) *Anpassungsbedarf im Bereich der Infrastrukturprojekte: von der Bedingungsfreiheit zum allgemeinen Gebot der Diskriminierungsfreiheit.* Schon vor dem Hintergrund, dass auch private Verkaufsangebote oftmals nicht bedingungsfrei sind, müssen zunächst zumindest solche Auflagen, die auch bei vergleichbaren Transaktionen zwischen Privatparteien üblich sind, als zulässig erachtet werden. Zudem muss die Kommissionspraxis künftig deutlicher herausarbeiten, inwiefern die Bedingungsfreiheit im EG-beihilfenrechtlichen Sinne indiziert ist, um Begünstigungen auszuschließen. Dies leuchtet für die Bedingung ein, Rohstoffe bei örtlichen Erzeugern zu erwerben, da hier eine Begünstigung der örtlichen Erzeuger zu verhindern ist. Im Fall von Bestandsgarantien für Arbeitsplätze ist der Begünstigungscharakter dagegen weniger deutlich. Offensichtlich liegt dem strengen Ansatz der Kommission der „market economy investor“-Test zu Grunde. Denn ein marktwirtschaftliches Verhalten ist in der Verpflichtung auf den Erhalt von Arbeitsplätzen sicherlich nicht zu erkennen. Das „market economy investor“-Kriterium ist jedoch nur ein formales Prüfungsinstrument, um festzustellen, ob aus Sicht der öffentlichen Hand eine Begünstigung bereits angesichts eines marktwirtschaftlichen Verhaltens ausscheidet²². Die Verneinung eines marktwirtschaftlichen Handelns führt keineswegs unmittelbar zur Bejahung einer Begünstigung des Vertragspartners²³. Vielmehr ist aus Sicht des Vertragspartners zu prüfen, ob dieser für die erhaltene Leistung angemessene Gegenleistungen erbringt. Gerade der Fall der Arbeitsplatzgarantien zeigt, dass trotz marktunüblichen Verhaltens der öffentlichen Hand keinesfalls zwangsläufig eine Begünstigung des Unternehmenskäufers die Folge ist. Denn in einem Ausschreibungsverfahren kann gleichwohl der angemessene Preis eines Unternehmens mit Arbeitsplatzgarantien ermittelt werden, der eine Begünstigung des Käufers ausschließt. Das Ausschreibungsverfahren begründet ja gerade einen eigenen Markt um die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung, der die Angemessenheit des ermittelten Marktpreises garantiert, selbst wenn die ausgeschriebene Leistung selbst marktfremd sein mag (etwa Unternehmensübernahme mit Arbeitsplatzgarantien). Ein solches allen gleichermaßen zugängliches Ausschreibungsverfahren um einen vorab genau definierten Leistungsgegenstand wurde allerdings in den angeführten Kommissionsentscheidungen zu Unternehmensverkäufen offensichtlich nicht durchgeführt, so dass aus diesem Grunde eine Diskriminierungsfreiheit ausschied. Davon unberührt bleibt jedoch das – lediglich ordnungspolitisch bedenkliche – Erzwingen des Bestands von Arbeitsplätzen, die bei einem marktwirtschaftlichen Verhalten nicht erhalten blieben. Dass allein dieser Umstand zu einer Begünstigung des Unternehmenskäufers und damit zu einem Eingreifen des EG-Beihilfenrechts führt, ist nämlich keinesfalls ohne weiteres zu bejahen.

Unabhängig von der Frage, welche Anforderungen für Unternehmensverkäufe angemessen sind²⁴, ist die Bedingungsfreiheit bei Infrastrukturprojekten, insbesondere sofern es um den Ausgleich für die Erbringung von Gemeinwohlpflichten geht, zu modifizieren, da die Ausschreibung derartiger Dienste notwendigerweise Bedingungen enthält. Würden die zu Grundstücks- und Unternehmensverkäufen

entwickelten Maßstäbe der Kommission ohne Anpassungen auf Infrastrukturprojekte übertragen, müssten sie dazu führen, dass die Bedingungsfreiheit beispielsweise ausschiede, wenn eine Ausschreibung für die Erstellung einer Infrastruktur an die Auflage geknüpft würde, eine spezifische Infrastrukturinvestition vorzunehmen. Dies wäre beispielsweise im Fall der Nebenbedingung der Versetzung eines auf dem Grundstück befindlichen Gebäudes gegeben, welche allein von bestimmten Unternehmen erbracht werden kann. Hintergrund der Definition der Bedingungsfreiheit in der Grundstücksmitteilung ist aber letztlich der Ausschluss von Diskriminierungen²⁵. Es soll verhindert werden, dass nur ganz spezifische Investoren bei einem neutralen Grundstücksgeschäft angelockt werden. Bei sonstigen Austauschgeschäften ist dieses Erfordernis dagegen nur sinnvoll, wenn es im allgemeinen Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit aufgeht, da nur diejenigen Unternehmen an der Ausschreibung teilnehmen können, die auch die übrigen Leistungen der Ausschreibung zu erbringen im Stande sind. Danach geht es vielmehr darum auszuschließen, dass durch die Formulierung diskriminierender Bedingungen eine bewusste Fokussierung auf einen bestimmten Bewerber oder einen bestimmten Bewerberkreis erfolgt. Das Ausschreibungsverfahren soll einen Markt um die Bewertung einer bestimmten Leistung schaffen. Dieser wird dann verzerrt, wenn durch diskriminierende Kriterien bestimmte Bieter nicht zu diesem Markt zugelassen werden. Dann kann das Verfahren nicht mehr die Angemessenheit der Austauschverhältnisse gewährleisten. Ein besonders eklatantes Beispiel wäre etwa das Erfordernis eines bestimmten Niederlassungsortes oder von Sprachkenntnissen, die nicht für die Durchführung des Projekts erforderlich sind. Auch müssen Begünstigungen dritter Unternehmen etwa durch bestimmte Vertragspflichten gegenüber lokalen Unternehmen ausgeschlossen werden. Nichtdiskriminierend im EG-beihilfenrechtlichen Sinn ist ein Vergabeverfahren demnach regelmäßig dann, wenn entsprechend § 97 II GWB die Teilnehmer an dem Verfahren gleich behandelt werden.

Geht beispielsweise der Neu- oder Ausbau einer bestehenden Infrastruktur mit einer Privatisierung einher und soll der private Erbauer/Betreiber im Wege einer Ausschreibung ermittelt werden, kann auch in EG-beihilfenrechtlich unbedenklicher Weise die Übernahme des bestehenden Personals zum Bestandteil des Leistungsgegenstandes gemacht werden und es liegen grundsätzlich keine Beihilfenelemente vor, wenn dasjenige Unternehmen den Zuschlag erhält, das insoweit das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet. Andernfalls müsste dargelegt werden, in welchen Fällen bei einer solchen Vorgehensweise Begünstigungen vorliegen. Insoweit käme allenfalls eine Begünstigung des den Zuschlag erhaltenden Unternehmens gegenüber bereits bestehenden Infrastrukturanbietern in Betracht²⁶. Aus EG-beihilfenrechtlicher Sicht tritt schließlich hinzu, dass die Bedingungen der Leistungserbringung nicht zur Begünstigung dritter Unternehmen führen dürfen (etwa durch regionale Abnahmepflichten)²⁷. Die weitere EG-beihilfenrechtliche Konkretisierung der Diskriminierungsfreiheit wird sich auch dem Problem der vergabefrem-

22) Vgl. dazu allg. Koenig/Kühling/Ritter, EG-BeihilfenR, 2002, S. 43 ff.; speziell im vorliegenden Kontext Dippel/Zeiss, NZBau 2002, 376 (377).

23) Anders aber tendenziell die Kommission, vgl. hierzu die Entscheidung der Kommission v. 27. 9. 1994, Volvo, ABIEG 1994 Nr. L 384, S. 1 unter IV sowie die Entscheidung der Kommission v. 4. 4. 1995, Neue Maxhütte Stahlwerke, ABIEG 1995, Nr. L 253, S. 22 (29) unter IV. (4) Abs. 8; ferner Kommission, Gröditzter Stahlwerke (Fußn. 21), Nr. 75 ff.

24) Vgl. dazu und insb. der Anwendungspraxis der Bedingungsfreiheit grds. zust. Bauer, EuZW 2001, 748 (752); Koenig, EuZW 2001, 741 (746); ähnlich Borchardt, ZIP 2001, 1301 (1306: „Marktbedingungen“).

25) Bauer, EuZW 2001, 748 (752).

26) Vgl. dazu den in Fußn. 2 zitierten Aufsatz von Koenig/Kühling.

27) S. zu derartigen mittelbaren Begünstigungen Koenig/Sander, EuR 2000, 743 ff.

den Kriterien stellen müssen²⁸. So bestehen etwa erhebliche Bedenken, ob das Erfordernis, bestimmte Tarifmindestlöhne einzuhalten, noch einen diskriminierungsfreien Markt um die Bereitstellung der Leistung gewährleistet, der Überkompensationen ausschließt. Insofern wird die Kommission ein ökonomisch und juristisch fundiertes Konzept entwickeln müssen, das den Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit für die einzelnen Austauschgeschäfte ausdifferenziert.

3. Sonstige Diskriminierungstatbestände

Klassische Diskriminierungstatbestände sind im Übrigen verdeckte bewerberbezogene Ausschreibungen und Insiderfälle. Erstere liegen bei solchen Auftragsvergaben vor, die ganz bewusst auf ein bestimmtes Unternehmen hin konfiguriert worden sind²⁹. Insiderfälle sind dann gegeben, wenn bestimmte Bewerber angesichts vorangegangener Bezüge zur Ausschreibungsstelle oder zum konkreten Ausschreibungsobjekt Wettbewerbsvorteile erlangen³⁰. Ganz allgemein verhält sich der Auftraggeber in der Regel diskriminierend, wenn er einzelnen Unternehmen Informationsvorsprünge gewährt. Dies entspricht dem vergaberechtlichen Diskriminierungsverbot³¹ und wurde zu Recht auch bereits auf die EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen übertragen³².

IV. Transparenzgrundsatz

1. Vergaberechtlicher Transparenzgrundsatz

Auch in Bezug auf das Transparenzgebot ist eine entsprechende Parallele zwischen den vergaberechtlichen und den EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen zu konstatieren. Im EG-Vergaberecht hat der *EuGH* in den Urteilen *Unitron Scandinavia* und *3-S*³³ sowie *Teleaustria*³⁴ die Verpflichtung zur Transparenz des Vergabeverfahrens unmittelbar aus dem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) abgeleitet. Durch die Wahrung der Transparenz soll die Nachprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers für einen bestimmten Bewerber gewährleistet werden. Den Gemeinschaftsrichtern zufolge kann so insbesondere sichergestellt werden, dass das Vergabeverfahren unter Beachtung des Diskriminierungsverbots abläuft³⁵. Ähnlich wird die Funktion der im deutschen Vergaberecht in § 97 I GWB niedergelegten Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber zur Auftragsvergabe im Wege transparenter Vergabeverfahren verstanden. Sie dient dazu, den freien Zugang aller potenziellen Interessenten zu sämtlichen für die Auftragsvergabe relevanten Informationen betreffend den Verfahrensablauf, die Fristen, sowie die Auswahl- und Zuschlagskriterien sicherzustellen³⁶. Eine mit diesem Grundsatz konforme Auftragsvergabe bewirkt, dass das Vergabeverfahren in allen Stadien und für alle beteiligten Parteien gleichermaßen durchschaubar und nachvollziehbar ist³⁷. Angesichts des hohen Stellenwerts dieses Vergabepinzips, der ihm vom *EuGH* zugesprochen wird, verwundert es, dass im Gegensatz zu § 97 I GWB keine der EG-Vergaberichtlinien eine eindeutig formulierte Pflicht zur transparenten Gestaltung des Vergabeverfahrens statuiert³⁸. Gleichwohl enthalten sämtliche materiellen EG-Vergaberichtlinien zumindest Vorschriften über die Bekanntmachung des durchzuführenden Vergabeverfahrens einschließlich der je nach Verfahrensart anzuwendenden Fristen für den Eingang der Angebote bzw. der Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren sowie Vorschriften betreffend die im Anschluss an das Vergabeverfahren zwingend erforderliche Veröffentlichung des Ergebnisses³⁹. Gerade die Vergabebekanntmachung ist der Kern der Transparenzpflicht, weil erst sie überhaupt die geplante Auftragsvergabe kund tut und damit die Kontrollierbarkeit des Verfahrens ermöglicht.

2. Vorgaben des EG-beihilfenrechtlichen Transparenzgebots

Die Vergabebekanntmachung steht auch im Vordergrund der EG-beihilfenrechtlichen Transparenzanforderungen. Das

Publizitätserfordernis sichert die Diskriminierungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens formal ab, indem ein angemessener Grad an Öffentlichkeit hergestellt wird. Hinreichend publiziert ist nach Nr. II 1 lit. a Abs. 1 der Grundstücksmitteilung ein Angebot, das über einen Zeitraum von mindestens zwei Monaten mehrfach sowohl in geeigneten Veröffentlichungsorganen (nationale Presse, Immobilienanzeiger etc.) als auch durch Makler, die für eine Vielzahl von Käufern tätig sind, bekannt gemacht wurde, so dass es allen potenziellen Käufern zur Kenntnis gelangen konnte. Für großvolumige oder sonstige Transaktionen von europaweitem oder internationalem Interesse wird gem. Nr. II 1 lit. a Abs. 2 der Grundstücksmitteilung eine Verbreitung durch entsprechende internationale Publikationen und international tätige Makler verlangt. In diesem Fall kommt insbesondere eine Veröffentlichung im Supplement des Amtsblatts der EG in Betracht⁴⁰. Die Kommission hat deutlich gemacht, dass dabei die Publikation in den Veröffentlichungsorganen nicht allgemein gehalten sein darf, sondern eine nähere Beschreibung des Angebots enthalten muss, um es potenziellen Bietern zu ermöglichen, dieses einer ausreichenden Überprüfung zu unterziehen⁴¹. Im Einklang mit der Grundstücksmitteilung ist die Kommission in der Entscheidung *Stardust Marine* für den Bereich der Unternehmensverkäufe auch davon ausgegangen, dass das Erfordernis der hinreichenden Publizität dann nicht erfüllt ist, wenn potenzielle Investoren direkt angesprochen werden, ohne dass eine Publizität in Veröffentlichungsorganen hergestellt wird⁴². Denn es sei „nicht Sache des öffentlichen Verkäu-

28) Dazu *Bartosch*, *EuZW* 2001, 229 ff.; äußerst restriktive Grenzen ziehen *Dippel/Zeiss*, *NZBau* 2002, S. 376 (377), aus EG-beihilfenrechtlicher Sicht; höchst differenziert und bislang am umfassendsten *Dreher/Haas/v. Rintelen*, *Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht*, 2002, die aus einem Abweichen vom marktwirtschaftlichen Verhalten grundsätzlich auf das Vorliegen von Beihilfenelementen schließen; ferner *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 2002 passim und insb. S. 146 ff.; s. auch die Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 15. 10. 2001, KOM (2001) 566 endg.

29) Zu einem dadurch bedingten vergaberechtlichen Verstoß *Hertwig*, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF)*, 2. Aufl. (2001), Rdnr. 191, unter Hinweis auf *VÜA Bund*, *ZVgR* 1998, 353 (354).

30) Vgl. zu diesem Problem am Beispiel der Projektanden *Ax/Schneider/Nette* (Fußn. 8), S. 23 ff. m. w. Nachw.

31) S. den Hinweis bei *Bechtold*, *KartellG*, 3. Aufl. (2002), § 97 GWB, Rdnr. 9 m. w. Nachw.

32) Kommission, *Gröditzter Stahlwerke* (Fußn. 21), Nrn. 36 ff.; dazu *Bauer*, *EuZW* 2001, 748 (753); *Borchardt*, *ZIP* 2001, 1301 (1307); *Koenig*, *EuZW* 2001, 741 (746); s. ferner Entscheidung der Kommission v. 22. 7. 1998, *Banque Occidentale*, *ABIEG* 1999 Nr. L 103, S. 19, Nr. V ii).

33) *EuGH*, Slg. 1999, I-8291 = *NVwZ* 2000, 181 = *NZBau* 2000, 91, Rdnr. 31 – *Unitron Scandinavia* und *3-S*.

34) *EuGH*, Slg. 2000, I-10745 = *EuWZ* 2001, 90, Rdnrn. 61 f.; s. auch jüngst *EuGH*, Urteil v. 18. 6. 2002, Rdnr. 45 – *HI* (noch nicht in amtlicher Slg.; abrufbar im WWW unter der URL <http://www.curia.eu.int>).

35) *EuGH*, Slg. 2000, I-10745 = *EuZW* 2001, 90.

36) *Thieme* (o. Fußn. 16), § 97 Rdnr. 4.

37) *Schütte/Horstkotte*, *VergabeR* bei öffentlichen Aufträgen, 2001, S. 9; *Niebuhr* (o. Fußn. 16), § 97 GWB Rdnr. 88.

38) Vgl. jetzt aber Art. 2 des in Fußn. 6 zit. Richtlinienvorschlags.

39) Vgl. Art. 11 ff. BKR, Art. 15 ff. DKR, Art. 9 ff. LKR, Art. 22 ff. SKR.

40) So wurde etwa bei der staatlichen Maßnahme, die der Entscheidung der Kommission v. 13. 2. 2001, *Viridian Growth Fund*, *ABIEG* 2001 Nr. L 144, S. 23, zu Grunde lag, vorgegangen (Nrn. 37 f.).

41) Entscheidung der Kommission v. 12. 7. 2000, *Scott Paper SA/Kimberly-Clark*, *ABIEG* 2002 Nr. L 12, S. 1, Nr. 146.

42) Entscheidung der Kommission v. 8. 9. 1999, *Stardust Marine*, *ABIEG* 2000 Nr. L 206, S. 6, Nr. 9, 63; in diese Richtung auch Entscheidung der Kommission v. 13. 6. 2000, *Transport of Irish livestock*, *ABIEG* 2000, Nr. L 263, S. 17, Nr. 69.

fers [...], a priori den Markt der potenziellen Käufer festzulegen und abzugrenzen“⁴³.

Anhaltspunkte für die Frage, in welchen Fällen die Herstellung einer nationalen Publizität nicht ausreicht und international ausgeschrieben werden muss, gibt die Entscheidung Centrale del Latte di Roma, in der es um den Verkauf eines öffentlichen Unternehmens zur Herstellung und Vermarktung von Milcherzeugnissen ging, wobei die Erzeugnisse in Rom und Umgebung vertrieben und ca. vier Millionen Verbraucher bedient wurden⁴⁴. Die Ausschreibung in zwei italienischen Tageszeitungen hielt die Kommission für nicht ausreichend, da sie davon ausging, dass sich auf Grund des großen Einzugsbereichs des Unternehmens auch EG-ausländische Unternehmen für die Privatisierung hätten interessieren können. Daher wäre eine internationale Ausschreibung notwendig gewesen. Schließlich muss die Transparenz des Verfahrens nicht nur bei der Ausschreibung, sondern auch im Laufe des Verfahrens gewahrt sein.

In Bezug auf die anzuwendenden Mindestfristen für die Ausschreibung hat die Kommission für den Bereich des Verkaufs von Vermögenswerten bzw. Unternehmen festgestellt, dass den potenziellen Erwerbern ausreichend Zeit und Möglichkeit gegeben werden muss, um das Angebot unter zumutbaren Bedingungen überprüfen zu können. Bei der Übertragung einzelner Geschäftsbereiche einer öffentlichen Bank hielt die Kommission demgemäß eine Frist für die Vorlage eines Angebots von 10-14 Tagen ab Publizierung der Veräußerungsabsicht für zu kurz⁴⁵.

3. Anpassungsbedarf der EG-beihilfenrechtlichen Entscheidungspraxis mit Blick auf die notwendige Konvergenz mit den vergaberechtlichen Anforderungen

Ein Vergleich der von der Kommission entwickelten Anforderungen mit den vergaberechtlichen Transparenzfordernissen des § 97 I GWB und den einzelnen Ausdifferenzierungen dieses Gebots in den vergaberechtlichen Bestimmungen zeigt, dass diese über die Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung bis hin zur Klarheit der Zuschlagskriterien in großen Teilen deckungsgleich sind. Daher führt das Einhalten der vergaberechtlichen Vorgaben regelmäßig zur Erfüllung der EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen. Auch die Abstufung der Publizitätsanforderungen anhand der jeweiligen vergaberechtlichen Schwellenwerte gewährleistet grundsätzlich eine hinreichende Publikation im EG-beihilfenrechtlichen Sinne. Dies ist insbesondere im Fall einer europaweiten Bekanntmachung der Ausschreibung im Amtsblatt der EG gegeben. Weitere Publikationen in Tageszeitungen erübrigen sich dann⁴⁶. Allerdings ist in allen Fällen, in denen zumindest potenziell auch EG-ausländische Bewerber in Betracht kommen, aus EG-beihilfenrechtlichen Gründen eine europaweite Bekanntmachung vorzunehmen, auch wenn diese vergaberechtlich nicht erforderlich wäre. Um Unsicherheiten zu vermeiden, empfiehlt sich der prinzipielle Rückgriff auf dieses Bekanntmachungsinstrument, auch wenn die Kommission in ihrer eher wechselhaften Entscheidungspraxis Abweichungen zugelassen hat.

Lediglich die EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen an die Fristen sind nicht einfach auf eine Finanzzuführung (etwa zum Ausgleich einer Gemeinwohlverpflichtung bei Infrastrukturprojekten) im Rahmen einer Auftragsvergabe zu übertragen. Insoweit sind vielmehr grundsätzlich die an die Auftragsvergabe spezifisch angepassten, angesichts des größeren Bekanntheitsgrads der einschlägigen Publikationsforen (insbesondere des EG-Amtsblatts) knapperen Fristen des Vergaberechts entscheidend⁴⁷. Zurückzuweisen ist daher die Argumentation der Kommission in einer jüngeren Entscheidung, dass unabhängig davon, ob ein wegen Dringlichkeit verkürztes Verfahren (13 Tage) den nationalen und gemeinschaftsrechtlichen vergaberechtlichen Anforderungen

genügt, es jedenfalls als zu kurz im EG-beihilfenrechtlichen Sinne anzusehen sei⁴⁸. Die Kommission müsste hier zunächst das Einhalten der vergaberechtlichen Anforderungen prüfen und im Fall deren Einhaltung näher darlegen, warum die Verfahrensweise nicht zugleich dem EG-beihilfenrechtlichen Anforderungsprofil gerecht wird.

4. Zuschlagskriterien und Transparenzgebot im Besonderen

Auch bei der Wahl des Zuschlagskriteriums müssen die strengeren Anforderungen der Grundstücksmittelteilung und der Entscheidungspraxis zu Unternehmensverkäufen auf Infrastrukturprojekte entsprechend angepasst werden. Insofern kann nicht eine Beschränkung des Zuschlags ausschließlich auf das Kriterium des günstigsten Preises erfolgen, wie es bei Grundstücksgeschäften unproblematisch möglich und auch sinnvoll ist, um ein transparentes Verfahren zu gewährleisten und so Manipulationsspielräume zu vermindern. Auch beim Verkauf von Unternehmen mag in der Regel ein Zuschlag an den Meistbietenden angezeigt sein⁴⁹. Dieses Erfordernis geht aber bei komplexen Ausschreibungsobjekten⁵⁰, bei denen gegebenenfalls eine globale vorherige Preisgestaltung von vornherein ausscheidet, in der Bedingung auf, dass das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhält. Das entspricht der vergaberechtlichen Bestimmung des § 97 V GWB und auch den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die neben dem eindimensionalen Zuschlagskriterium des günstigsten (bzw. des niedrigsten) Preises das mehrdimensionale Kriterium der wirtschaftlichen Günstigkeit vorsehen. Zwar bleibt bei der Orientierung am wirtschaftlichsten Angebot der Preis ein wichtiges Auswahlkriterium. Der Zuschlag erfolgt jedoch an das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis⁵¹, wobei als Leistungsmerkmale unter anderem die Rentabilität, Folgekosten, Qualität und sogar Ästhetik in Betracht kommen.

V. Wettbewerbsoffenheit

1. Vergaberechtlicher Wettbewerbsgrundsatz

Flankiert wird das Transparenzprinzip durch den Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit. Der *EuGH* hat diesen Grundsatz in seinem Urteil *Teleaustria* lediglich angedeutet. Der *Gerichtshof* führt aus, dass die Transparenz einen angemessenen

43) Kommission, *Stardust Marine* (o. Fußn. 42), Nr. 67; ähnlich Kommission, *Gröditzter Stahlwerke* (o. Fußn. 21), Nr. 87.

44) Kommission, *Centrale del Latte di Roma* (o. Fußn. 20), Nr. 82.

45) Kommission, *Banque Occidentale* (o. Fußn. 32), Nr. VII.

46) Dem steht die Entscheidung der Kommission *Scott Paper SA/Kimberly-Clark* (o. Fußn. 41), Nr. 140, nicht entgegen, in der die Brüsseler Behörde betonte, dass die Publikation des Angebots in der Presse und die Bekanntmachung über Immobilienmakler kumulativ vorliegen müssen. Denn eine europaweite Bekanntmachung in den dafür vorgesehenen Publikationsforen konsumiert – sinnvollerweise – diese beiden Publikationsformen. Die Kommissionspraxis ist insoweit jedoch nicht gänzlich klar und teilweise zu schematisch.

47) Zu den Fristen des deutschen und des EG-Vergaberechts im Überblick *Jestaedt*, in: *ders.* u. a., *Das Recht der Auftragsvergabe*, 1999, S. 101 ff.; speziell zu der Frist für Anträge auf Teilnahme am Wettbewerb, S. 103.

48) Entscheidung der Kommission v. 19. 7. 2000, *Spanische Seekabotageregelung*, ABIEG 2001 Nr. L 57, S. 32, Nrn. 51 ff.

49) Kommission, *Centrale del Latte di Roma* (o. Fußn. 20), Rdnrn. 90 f.; s. auch bereits XXIII. Wettbewerbsbericht der Kommission 1993, Rdnr. 403; vgl. *Bauer*, *EuZW* 2001, 748 (756), der im Regelfall am Preis als alleiniges Zuschlagskriterium festhalten will, um Intransparenzen zu verhindern.

50) Bei zahlreichen Infrastrukturprojekten liegt eine derartig erhöhte Komplexität vor, vgl. nur die Hinweise bei *Koenig/Kühling*, *NZBau* 2003, 126 (130 f.).

51) S. nur *Bechtold* (o. Fußn. 31), § 97 Rdnrn. 30 f.

nen Grad an Öffentlichkeit sicherstellt, was zugleich eine Öffnung des betreffenden Marktes gegenüber dem Wettbewerb verlangt⁵². In den Vergaberechtsrichtlinien findet sich der Wettbewerbsgrundsatz explizit lediglich an versteckter Stelle in Art. 3 II lit. a SKR wieder. Dort ergeht die Aufforderung an die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass „jeder Auftraggeber den Grundsatz [...] der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe bei der Vergabe der Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge beachtet“. Allerdings kann das eindeutige Bekenntnis des Gemeinschaftsgesetzgebers zu diesem Steuerungsprinzip auch den Präambeln der materiellen Vergaberichtlinien entnommen werden, welche u. a. das Entstehen von Wettbewerb um die Auftragsvergabe als das Ziel der jeweiligen Richtlinie ausweisen⁵³. Das deutsche Vergaberecht legt den Wettbewerbsgrundsatz als zentrales Steuerungsprinzip zu Grunde. Nach § 97 I GWB soll die Auftragsvergabe im Wege des Wettbewerbs zwischen potenziellen Auftragnehmern um die zu erbringende Leistung erfolgen. Der Wettbewerbsgrundsatz geht von der Prämisse aus, dass ein Wettbewerb regelmäßig die beste Garantie dafür bietet, dass die zur sparsamen Haushaltsführung verpflichteten öffentlichen Auftraggeber ihre Waren und Dienstleistungen zu den vorteilhaftesten Konditionen beschaffen können und gleichzeitig allen potenziellen Unternehmen der ungehinderte Zugang zu den staatlich dominierten Beschaffungsmärkten eröffnet wird⁵⁴.

2. Offenheit bzw. Allgemeinheit in der EG-Beihilfenrechtspraxis und Konvergenz mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz

Das Erfordernis eines offenen bzw. allgemeinen⁵⁵ Verfahrens wird in der Grundstücksmitteilung nicht näher ausdifferenziert. Auch in der Kommissionspraxis finden sich kaum nähere Konkretisierungen, obgleich die Kommission regelmäßig verlangt, dass das Ausschreibungsverfahren „allgemein“ bzw. „offen“ oder „öffentlich“ durchzuführen sei. Schon diese Begriffe legen ein Verständnis nahe, demzufolge das Erfordernis der Allgemeinheit darauf rekurriert, dass das Verfahren allen potenziellen Bietern offen stehen muss. Dies zielt damit auf die rein formal gleiche Möglichkeit der Wettbewerber ab, am Ausschreibungsverfahren teilzunehmen, während die Diskriminierungsfreiheit eine materiale Gleichheit der Zugangsmöglichkeiten wahren möchte. Damit steht die Wahl eines wettbewerbsoffenen Vergabeverfahrens im Vordergrund der vergabe- und EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen des Wettbewerbsgrundsatzes (dazu sogleich 3). Angesichts des parallel laufenden Ansatzes, einen verzerrungsfreien Markt um die Erbringung einer bestimmten Leistung zu schaffen, sind jedoch auch weitere vergaberechtliche Anforderungen am EG-beihilfenrechtlichen Maßstab der Wettbewerbsöffnung festzumachen. So führen Verstöße gegen den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz regelmäßig dazu, dass es zu Überkompensationen im Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis kommt und demnach das Begünstigungstatbestandsmerkmal vorliegt. Dies ist etwa der Fall, wenn der Zuschlag an ein überhöhtes Angebot erfolgt, da die Bieter zuvor unzulässige Preisabsprachen getroffen haben⁵⁶. In dieser Konstellation wird kein unverfälschter Markt zur Ermittlung des angemessenen Preises für die vom Bieter erbrachte Gegenleistung begründet, so dass in der Regel eine Begünstigung des den Zuschlag erlangenden Bieters anzunehmen ist.

3. Verfahrenswahl und Wettbewerbsgrundsatz im Besonderen

Im Vordergrund steht im Übrigen das Problem der angemessenen Verfahrenswahl. So stellt sich die Frage, welche Verfahrensart ein „allgemeines“, „offenes“, bzw.

„wettbewerbsoffenes“ Verfahren im Sinne des EG-Beihilfenrechts darstellt. Das EG-Vergaberecht kennt das Offene Verfahren, bei dem sämtliche Unternehmen um den Auftrag bieten können, sowie das Nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren, bei denen jeweils nur eine begrenzte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird⁵⁷. Beim Nichtoffenen Verfahren bieten die aufgeforderten Unternehmen um den Auftrag, während beim Verhandlungsverfahren unmittelbar mit den ausgewählten Unternehmen verhandelt wird. Das Gemeinschaftsrecht sieht allerdings beim Nichtoffenen Verfahren zwingend und beim Verhandlungsverfahren fakultativ die Durchführung eines vorgeschalteten öffentlichen Teilnahmewettbewerbs vor, bei dem diejenigen Unternehmen ermittelt werden, die anschließend Bieter bzw. Verhandlungspartner werden sollen. Mit Blick auf die Wettbewerbsintensität existieren folglich vier verschiedene Vergabearten. Auf nationaler Ebene können in Deutschland sogar fünf divergierende Vergabeverfahren unterschieden werden, da auch ein Nichtoffenes Verfahren *ohne* vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb existiert⁵⁸.

Die Verwendung des Terminus „offen“ in Bezug auf die EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen könnte die Vermutung nahe legen, dass allein das Offene Verfahren im vergaberechtlichen Sinne die EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen zu erfüllen vermag. Insoweit handelt es sich jedoch um eine bloß zufällig gleiche Bezeichnung, weshalb hier in EG-beihilfenrechtlicher Hinsicht auch die Benennung als „wettbewerbsoffenes“ Verfahren vorgezogen wird. Der vergaberechtliche Grundsatz der Wettbewerbsöffnung verlangt im Übrigen keinesfalls zwingend die Durchführung eines Offenen Verfahrens. Das Offene und mit Abstrichen auch das Nichtoffene Verfahren⁵⁹ sind zwar grundsätzlich dem Verhandlungsverfahren vorzuziehen, da sie auf Grund der stärkeren Formalisierung Diskriminierungen besser verhindern können und eine erhöhte Transparenz garantieren. Sie schließen jedoch zugleich Verhandlungen aus und reduzieren damit die Flexibilität der Vergabeprozesse erheblich⁶⁰. Sie sind daher nicht für sämtliche Vergabegenstände gleichermaßen geeignet und auch nicht für sämtliche Vergabeentscheidungen verbindlich vorgeschrieben. In vergaberechtlicher Hinsicht hat der *EuGH* im Urteil *Teleaustria* festgestellt, dass das Primärrecht lediglich „einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit [...]“, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet⁶¹, erfordert. Dies kann auch durch das Nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren gewährleistet werden⁶², sofern sich die Reduzierung der Wettbewerbsöffnung sachlich begründen lässt, in jeder Phase des Vergabeprozesses bis hin zum

52) *EuGH*, Slg. 2000, I-10745 = *EuZW* 2001, 90 Rdnr. 62.

53) Die zehnte Präambelerwägung der BKR und die 14. Präambelerwägung der LKR sprechen vom Entstehen „echten Wettbewerbs“.

54) Vgl. zur Bedeutung des Wettbewerbsprinzips für das Vergaberecht *Niebuhr* (o. Fußn. 16), § 97 GWB Rdnrn. 7 ff.; *Thieme* (o. Fußn. 16), § 97 Rdnrn. 2 f.

55) In den übrigen Sprachfassungen der Grundstücksmitteilung ist von offen die Rede: „open“ (englisch); „ouverte“ (französisch); „aperta“ (italienisch); „open“ (niederländisch). Damit kann der Terminus „allgemein“ synonym mit dem Begriff „offen“ verstanden werden.

56) Dazu aus vergaberechtlicher Sicht *Niebuhr* (o. Fußn. 16), § 97 GWB Rdnrn. 39 ff.

57) S. zu den Definitionen der Verfahren exemplarisch Art. 1 lit. e–g BKR und §§ 3, 3 a VOB/A.

58) Zu Einzelheiten s. *Koenig/Kühling*, NZBau 2003, 126 (127 f.).

59) Im EG-Vergaberecht sind das Offene und Nichtoffene Verfahren gleichgestellt, vgl. dazu *Koenig/Kühling*, NZBau 2003, 126 (128).

60) *Prieß* (o. Fußn. 11), S. 116.

61) Vgl. *EuGH*, Slg. 2000, I-10745 = *EuZW* 2001, 90 Rdnr. 62 – *Teleaustria*.

62) So bereits für die Veräußerung von Aktiva eines beihilfenbegünstigten Unternehmens *Bauer*, *EuZW* 2001, 748 (753 f.).

Zuschlag eine diskriminierungsfreie Auswahl erfolgt und dies auf Grund der Transparenz nachvollziehbar und nachprüfbar ist.

Dieser Gedanke greift auch in Bezug auf den EG-beihilfenrechtlichen Wettbewerbsgrundsatz. Dabei wäre eine Beschränkung des EG-beihilfenrechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes auf das sekundärrechtlich oder mitgliedstaatlich ausgestaltete Offene Vergabeverfahren schon aus normhierarchischer Sicht deshalb zurückzuweisen, weil das „beständigere“ Primärrecht nicht durch das wechselhafte Sekundärrecht determiniert werden darf. Die Entwicklungsoffenheit des EG-vergaberechtlichen Verfahrenskanons wird nicht zuletzt an dem Vorschlag der Kommission deutlich, einen „wettbewerblichen Dialog“ als weiteres Verfahren einzuführen, um dem Auftraggeber gerade bei besonders komplexen Aufträgen den nötigen Verhandlungsspielraum zu gewähren⁶³. Damit folgt aus dem EG-Beihilfenrecht keineswegs, dass allein das Offene Verfahren in vergaberechtlicher Hinsicht zu der Vermutung führt, dass keine Beihilfe vorliegt. Dies entspricht auch der bisherigen Kommissionspraxis⁶⁴. Generalanwalt *Jacobs* stellt gleichermaßen auf die „Durchführung der Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge“⁶⁵ ab und nimmt angesichts des Plurals sämtliche Vergabeverfahren in den Blick. 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 ist aber erst dann nicht mehr gewährleistet, wenn dem Nichtoffenen oder dem Verhandlungsverfahren kein Teilnahmewettbewerb vorangegangen ist, da hier bereits in einer dem transparenten Ausschreibungsverfahren vorangehenden Phase eine Teilnehmerbeschränkung vorgenommen wird. Es wird nicht in hinreichendem Maße ein allgemein zugänglicher Wettbewerb um die Abgabe der Leistungsangebote hergestellt. Damit wird auch kein transparenter Markt zur Ermittlung des angemessenen Marktpreises geschaffen. Daher sind einige Entscheidungen zum Verkauf von Vermögensgegenständen bzw. von Unternehmen oder Unternehmensteilen skeptisch zu beurteilen, in denen die Kommission großzügigere Kriterien zu Grunde gelegt und keinen formalen Teilnehmerwettbewerb verlangt hatte. Dies gilt insbesondere, wenn gänzlich auf eine Vergabebekanntmachung verzichtet wurde. So wurde im Fall *Head Tyrolia Mares* die Veräußerung des Unternehmens nicht öffentlich bekannt gegeben. Allerdings erfolgte die Veräußerung im Anschluss an ein breit angelegtes Verfahren (50 potenzielle Bieter), so dass die Kommission zu dem Schluss kam, dass das Verfahren in seinen Wirkungen einer normalen öffentlichen Ausschreibung entspräche⁶⁶. Jedenfalls muss insoweit der Nachweis verlangt werden, dass alle potenziellen Interessenten Gelegenheit hatten, den Auftrag zu erlangen⁶⁷.

Demnach stellen grundsätzlich nur die drei Vergabevarianten des Offenen Verfahrens, sowie des Nichtoffenen und des Verhandlungsverfahrens jeweils mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zugleich (wettbewerbs-)offene Verfahren im EG-beihilfenrechtlichen Sinne dar⁶⁸. Findet dagegen – in vergaberechtlich zulässiger Weise – bei den beiden zuletzt genannten Verfahren kein öffentlicher Teilnahmewettbewerb in einer vorhergehenden Phase statt, weil beispielsweise nur ein Unternehmen die zu beschaffende Leistung erbringen kann⁶⁹, muss regelmäßig auf andere Bewertungsverfahren zurückgegriffen werden, um Begünstigungen auszuschließen. So kommt insbesondere ein objektives Wertgutachten in Betracht.

VI. Fazit

Nach wie vor ist umstritten, in welchem Umfang das Ausschreibungsverfahren Austauschgeschäfte der öffentlichen Hand EG-beihilfenrechtlich zu immunisieren vermag. Unabhängig davon besteht jedoch ein dringendes Bedürfnis, Klarheit in die von der Kommission zu Recht aufgestellte Anforderungstriaus aus Wettbewerbsfreiheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens zu bringen. Dabei hat die Untersuchung gezeigt, dass angesichts der Parallelität der vergaberechtlichen und beihilfenrechtlichen Steuerungsprinzipien die Einhaltung der nationalen und EG-vergaberechtlichen Vorgaben grundsätzlich auch die EG-Beihilfenrechtskonformität des Ausschreibungsverfahrens garantiert. Allerdings sind auch Abweichungen festzustellen. So führt beispielsweise das vergaberechtlich teilweise zulässige Absehen von einem vorangehenden Teilnahmewettbewerb im Fall des Nichtoffenen und des Verhandlungsverfahrens dazu, dass kein offenes Verfahren im Sinne des EG-Beihilfenrechts vorliegt. Erfolgt dagegen ein solcher Teilnahmewettbewerb oder wird das Offene Verfahren gewählt, liegt auch ein offenes Verfahren im beihilfenrechtlichen Sinne vor. Die bisherige Kommissionspraxis würdigt in ihrer „Zufallskasuistik“ bislang die gemeinsamen wettbewerbsrechtlichen Wurzeln dieser Rechtsmaterien nicht hinreichend und entwickelt teils eigenständige EG-beihilfenrechtliche Anforderungen ohne vergaberechtliche Verortung. Hier scheint die mit Beihilfenfragen betraute linke Hand der Kommission in Gestalt der Generaldirektion Wettbewerb nicht recht zu wissen, was die mit Vergaberechtsfragen betraute rechte Hand der Kommission in Gestalt der Generaldirektion Binnenmarkt an konzeptionellem Grundbestand bereits entwickelt hat. Die Kommission wäre jedenfalls gut beraten, im Interesse einer Förderung der Rechtssicherheit deutlicher herauszuarbeiten, inwiefern eine Konvergenz der jeweiligen Erfordernisse besteht. Dabei wird sie auch von ihrer teils allzu schematischen Anwendung der Vorgaben der Grundstücksmittelteilung abrücken müssen. Dies kann im Rahmen der künftigen Entscheidungspraxis, besser jedoch im Wege einer Mitteilung, erfolgen. Insoweit wird die Kommission ein ökonomisch und juristisch fundiertes Konzept entwickeln müssen, das die Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren gegebenenfalls für die verschiedenen Austauschgeschäfte ausdifferenziert und dabei auch auf die Besonderheiten von Infrastrukturförderfällen eingeht.

63) S. Art. 30 des in Fußn. 6 zit. Reformvorschlags; dazu *Prieß* (o. Fußn. 11), S. 116.

64) S. Entscheidung v. 14. 10. 1998, SMC, ABIEG 1999 Nr. L 198, S. 1, Nrn. 5.2.1 u. 5.2.3, in der die Kommission ein Verhandlungsverfahren akzeptierte, wobei unklar bleibt, ob diesem ein veritabler Teilnahmewettbewerb vorausgegangen war; s. auch die Entscheidung der Kommission v. 20. 12. 2001, Georgsmarienhütte, ABIEG 2002 Nr. L 105, S. 33, Nrn. 35 ff. In beiden Fällen wurde zumindest dafür gesorgt, dass sämtliche potenzielle Interessenten Zugang zum Verfahren hatten. Dies war im Fall *Centrale del Latte di Roma* nicht gewährleistet, so dass die Kommission von einer mangelnden Wettbewerbsfreiheit ausging, s. Fußn. 20, Nrn. 33 mit 28 ff., 59, 89.

65) Schlussanträge in der Rechtssache Rs. C-126/01, GEMO SA v. 30. 4. 2002, Rdnr. 119 (noch nicht in aml. Slg.).

66) Entscheidung der Kommission v. 28. 1. 1996, *Head Tyrolia Mares*, ABIEG 1997 Nr. L 25, S. 26, Nr. 7.2.5. a. E. Ebenso die Entscheidung der Kommission v. 3. 5. 2000, *Tasq SA*, ABIEG 2000, Nr. L 272, S. 29, Nr. 45: In diesem Fall fand lediglich eine Ausschreibung bei etwa 20 potenziellen Erwerbern statt. Von einer Publikation in Veröffentlichungsorganen wurde abgesehen.

67) Skeptisch sind daher auch die in Fußn. 64 zitierten Entscheidungen zu beurteilen.

68) Vgl. *Bauer*, EuZW 2001, 748 (753), der offensichtlich unter bestimmten Voraussetzungen auch den Verzicht auf den Teilnahmewettbewerb als unschädlich ansieht, wobei unklar bleibt, ob dann das bei *Bauer* fakultativ und gegebenenfalls auch kumulativ vorgesehene Wertgutachten zwingend einzuholen ist.

69) S. etwa Art. 7 III lit. b BKR und § 3 a Nr. 5 lit. c VOB/A.