

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL. M. (LSE) und
René Pfromm

Die Förderlogik des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens bei PPP-Daseinsvorsorge-Infrastrukturen*

Errichtung und Betrieb von Infrastrukturprojekten im Bereich der Daseinsvorsorge erfolgen zunehmend im Rahmen von Public Private Partnerships. Angesichts geringer Renditeaussichten gewährt die öffentliche Hand dabei oftmals Förderzuschüsse, um private Investoren zu gewinnen. Unsicherheiten über die Vereinbarkeit derartiger Investitionsprojekte und Fördermaßnahmen mit dem EG-Beihilfenrecht bergen jedoch erhebliche Verzögerungsrisiken in sich. Ein EG-beihilfenrechtliches Ausschreibungsverfahren, das sich an den vergaberechtlichen Ausschreibungsgrundsätzen orientiert, ratione materiae aber von der Anwendung des Vergaberechts unabhängig ist, kann dabei eine Vereinbarkeit der Infrastrukturförderung mit dem EG-Beihilfenrecht maßgeblich unterstützen.

I. PPP – bei sorgfältiger Konstruktion keine Beihilfenfalle!

Angesichts der chronisch angespannten finanziellen Lage der öffentlichen Haushalte versprechen sich immer mehr öffentliche Entscheidungsträger eine budgetäre Entlastung durch die Erstellung und den Betrieb von Infrastrukturen im Rahmen so genannter Public Private Partnerships (PPP). Der Begriff der Public Private Partnership umfasst vielfältige Kooperationsformen mit sehr unterschiedlicher Ausformung und Intensität¹; PPP-Konstruktionen reichen von der öffentlichen Bezuschussung einer privaten (bzw. nicht vollständig öffentlichen) Infrastrukturerstellung über den umgekehrten Fall der privaten (Vor-)Finanzierung öffentlicher Einrichtungen im Wege von Leasing- und Konzessionsmodellen bis hin zur Gründung von gemischten Gesellschaften zur Realisierung lokaler Großprojekte². Dabei bieten PPP-Projekte die Einbringung privaten Know-hows und betriebswirtschaftli-

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, der Zweitautor ist ebendort Wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1) Zu den verschiedenen PPP-Konstruktionsmöglichkeiten s. Kommission, Guidelines for Successful Public Private Partnerships, 2003, S. 16, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp/ppp_en.pdf.

2) Vgl. m. w. Nachw. Koenig/Kühling, DÖV 2001, 881.

cher Managementmethoden in die öffentliche Verwaltung sowie eine oftmals größere Flexibilität der PPP-Gesellschaften³. Im überwiegenden Interesse der öffentlichen Hand liegt jedoch meist die Einbringung privaten Kapitals. Da Infrastrukturprojekte im Bereich der Daseinsvorsorge oftmals nur marktunterdurchschnittliche Renditen für die Investoren versprechen – ohne Investorengelder aber nicht realisierbar sind –, versucht die öffentliche Hand, Investoren durch Förderzuschüsse zu gewinnen. Durch diese Förderzuschüsse sollen das Marktversagen im Bereich von Daseinsvorsorgeinfrastrukturen ausgeglichen und durch die Gewinnung privaten Kapitals die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistungen sichergestellt werden. Die Formen der öffentlichen Förderungen variieren und können etwa von Städtebauförderzuschüssen über Baukostenzuschüsse, jährliche Investitionszuschüsse, die Vergabe von Betreiberkonzessionen bis hin zu einer begünstigenden Einbringung von städtischen Grundstücken und Gebäuden in PPP-Konstruktionen reichen. Infrastrukturprojekte auf PPP-Basis rücken zunehmend auch in den Fokus der – sich im Hinblick auf die Infrastrukturförderung weiterhin im Fluss befindlichen – EG-beihilfenrechtlichen Kontrolle der Kommission. Öffentlichen Entscheidungsträgern stellt sich daher immer häufiger die Frage, welche Mechanismen eine EG-Beihilfenrechtskompatibilität von geplanten Investitionsprojekten und öffentlichen Förderzuschüssen, die oftmals als Voraussetzung für ein PPP-Engagement der privaten Investoren notwendig sind, sicherstellen. Neben die rechtliche Absicherung eines geplanten Infrastrukturprojekts auf PPP-Basis im Hinblick auf das Vergaberecht tritt damit die Absicherung von Förderzuschuss- und Gesellschaftskonstruktionen in EG-beihilfenrechtlicher Hinsicht.

Der folgende Beitrag zeigt die Förderlogik des, an den Ausschreibungstechniken des Vergaberechts orientierten, EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens auf, durch das EG-beihilfenrechtswidrige Überkompensationen grundsätzlich ausgeschlossen werden können. Dabei ist zunächst der EG-beihilfenrechtliche Grundansatz der Kommission im Bereich der Infrastrukturförderung darzustellen (unter II), bevor auf die Wirkung und die Ausgestaltungsvoraussetzungen des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens einzugehen ist (unter III).

II. Die EG-beihilfenrechtliche Kommissionsphilosophie zur Infrastrukturförderung

Art. 87 I EG verlangt für das Vorliegen einer Beihilfe, dass bestimmte Unternehmen durch eine staatliche Maßnahme begünstigt werden⁴. Erfolgen Erstellung und Betrieb einer Infrastruktur im Rahmen einer PPP-Konstruktion, verlangt die Kommission, dass neben der diskriminierungsfreien Bereitstellung für die Allgemeinheit zu angemessenen Entgelten (Ausschluss des beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmals der Bestimmtheit) insbesondere zu verhindern ist, dass die an der Erstellung und am Betrieb der Infrastruktur beteiligten Unternehmen Begünstigungen in Form von marktunüblichen Renditen abschöpfen können (Verbot übermäßiger Abschöpfung)⁵. Für die EG-beihilfenrechtliche Beurteilung kommt es dabei auf das Gesamtgefüge sämtlicher Leistungsverhältnisse und Leistungsebenen (etwa Infrastrukturerrichtung, -betrieb etc.) an, da alle Leistungsebenen und Leistungsverhältnisse – gleich einem „kommunizierenden Röhrennetzwerk“ – miteinander in Verbindung stehen. Eine Überprüfung des Verbots der übermäßigen Abschöpfung umfasst grundsätzlich vier für die Infrastrukturförderung relevante Marktebenen: die Eigentümer- bzw. Errichtungsebene (Immobi-

liengesellschaft), die Betreiberebene (Betriebsgesellschaft), die Nutzerebene (Veranstalter und Endkunden) sowie bei beteiligten Unternehmen die jeweilige Gesellschafter- bzw. Anteilseignerebene. Ausgehend von einer Betrachtung der Nutzer- und der Betreiberebene verlangte die Kommission im Fall des Niedersachsenstadions in Hannover, dass „der Zuschuss von der Annahme von Betriebsanforderungen abhängig gemacht wird, die die Natur des Stadions als verschiedenen Nutzern und Aktivitäten offen stehende Einrichtung wahr“ und dass zum anderen „nachgewiesen werden soll, dass die finanzielle öffentliche Unterstützung das für die Durchführung des Projekts notwendige Minimum darstellt“⁶. Diese Vorgabe soll gewährleisten, „dass der Betreiber des Stadions keinen höheren Betrag erhält als eine normale Marktrendite für seine Tätigkeit“⁷. Um eine solche Begünstigung bestimmter Unternehmen durch Überkompensation zu verhindern, muss sichergestellt werden, dass die öffentliche Förderung vollständig und diskriminierungsfrei – unter Abschöpfung höchstens marktüblicher Renditen für die Infrastrukturersteller und Infrastrukturbetreiber – an die Endnutzer weitergeleitet wird. Zu prüfen ist aus EG-beihilfenrechtlicher Sicht, ob das Ersteller- bzw. Betreiberunternehmen für seine Daseinsvorsorgeleistung nicht eine Vergütung erlangt, die höher ist als der marktübliche Wert der Daseinsvorsorgeleistung. Entsprechendes gilt auch für den Fall, dass ein Betreiberunternehmen eine Betriebskonzession erhält, aber nicht die marktübliche Gegenleistung dafür erbringt. Bildlich lässt sich dieser Kommissionsansatz als vertikales „Förderrohr“ darstellen⁸: Die Förderung der öffentlichen Hand wird in dieses „Förderrohr“ eingespeist und durch verschiedene Infrastrukturleistungsebenen geleitet. Solche Leistungsebenen sind etwa die Infrastrukturerstellung, der Infrastrukturbetrieb sowie Dienstleistungs- bzw. Veranstaltungsangebote. Bis zum Infrastrukturendnutzer (Endkunde) muss die Abschöpfung marktunüblicher Renditen auf allen Leistungsebenen verhindert werden.

Eine öffentliche Förderung kommt dabei insbesondere zum Ausgleich eines Marktversagens⁹ in Betracht. Ein Marktversagen bei Daseinsvorsorgeinfrastrukturen ist etwa gegeben, wenn baulich erforderliche Infrastrukturinvestitionen nicht im jeweiligen (vorgelagerten) sachlich relevanten Infrastrukturerstellungsmarkt getätigt werden, da zum Beispiel der auf dem nachgelagerten Betreiber-

3) Reuter, ZIP 2002, 737 (739), weist darauf hin, dass bei nicht rein öffentlichen Unternehmen politisch motivierte Nachtragsbestellungen wegfallen, eine professionelle Kontrolle der Leistungen des Bauunternehmers bei kurzen Entscheidungswegen möglich ist und Interessenkonflikte wegen anderweitiger Verflechtungen zwischen Bauunternehmer und Projektgesellschaft üblicherweise nicht bestehen.

4) Zur bisherigen Kommissionspraxis und *EuGH-Rechtsprechung* und zu PPPs im Infrastrukturbereich vgl. auch Koenig/Kühling, DÖV 2001, 881 (882 ff.). S. zum Folgenden m.w. Nachw. auch Koenig/Pfromm, SächsVBl 2003, 281.

5) Santamato/Westerhof, EuZW 2003, 645 (647), fassen dies wie folgt zusammen: „Whenever public intervention is not done at market terms, it should be justified by a lack of private initiative and the presence of a public interest... It boils down, however, to a rather basic question: is any of the economic actors involved in the project likely to make profits in excess of the normal return for their activity (extra-profits)? This would be another way of asking the question: is the State providing no more than the minimum necessary funding for the market to intervene?“

6) Kommission, Unveröffentlichtes Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium zu Händen Frau Dr. Knorre, COMP-2002-00757-00-00-DE-TRA-00 (EN) CS. Vgl. ferner das weitgehend identische Schriftstück „Letter to the UK REP on the building of a new stadium at Wembley“ (unveröff.).

7) Kommission (o. Fußn. 6).

8) Koenig/Pfromm, SächsVBl 2003, 281 (282); Koenig, EuZW 2003, 641.

9) Krit. zum Begriff und zur beihilfenrechtlichen Rechtfertigungswirkung von Marktversagen indes Santamato/Westerhof, EuZW 2003, 645.

markt zu erwartende marktübliche Pachtzins gerade keine marktübliche Rendite für das eingesetzte Kapital auf dem Infrastrukturerstellungsmarkt erwarten lässt. Die daseinsvorsorgespezifische Rechtfertigung von Fördermaßnahmen – wie etwa eines öffentlichen Investitionszuschusses zum Infrastrukturprojekt – liegt also in der Kompensation des Deltas (Marktversagen) zwischen den Einnahmen aus dem marktüblichen (von der Betriebsgesellschaft zu zahlenden) Pachtzins und dem (fiktiven) für eine rentierliche Investition kalkulierten, leider aber nicht marktüblichen (da zu hoch angesetzten) Pachtzins. Es gilt mithin, auf der Grundlage dieser Differenzhypothese EG-beihilfenrechtlich darzulegen, dass die das Marktversagen auf dem jeweiligen Infrastrukturmarkt kompensierende Fördermaßnahme nicht über den Förderbetrag (den Nettomehrkostenausgleich im Sinne der Kommissionspraxis¹⁰) hinausgeht, den ein auf der Grundlage von Benchmarking zu Grunde gelegtes „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ benötigen würde, um die Infrastrukturinvestition für die Daseinsvorsorge im Markt bereitzustellen. Freilich stellt ein Ausbleiben von Infrastrukturinvestitionen nicht automatisch ein Marktversagen dar, vielmehr kann ein infrastrukturelles Investitionsdefizit (z. B. in der sprichwörtlichen „Pampa“) gerade von funktionierenden Marktindikatoren getragen sein. Hier schafft ein europaweit offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren einen Funktionsmechanismus für die Marktindikatoren: Die benötigten Informationen über Sinn, Umfang und Gestaltung der Infrastrukturinvestition werden eigens in einem Ausschreibungswettbewerb durch das kommunizierte Bieterverhalten und die Kreativität potenzieller Investoren generiert. Zur Ermittlung der Marktindikatoren wäre etwa an eine Orientierung des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens an dem – im gemeinschaftsrechtlichen Reformpaket zum öffentlichen Beschaffungswesen vorgesehenen – Vergabeverfahren des „wettbewerblichen Dialogs“ zu denken¹¹. Dieses gerade auch für komplexe Infrastrukturprojekte konzipierte Verfahren sieht vor, dass der Auftraggeber – nach öffentlicher Bekanntmachung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen – diejenigen Bewerber auswählt, mit denen er über Mittel und Lösungswege betreffend seiner Anforderungen an ein bestimmtes Projekt verhandeln will, um dann auf der Grundlage der ermittelten Lösungsvorschläge seine endgültigen Ausgestaltungsvorgaben zu definieren und bestimmte Dialogteilnehmer zur Angebotsabgabe aufzufordern.

III. Das begünstigungsausschließende Ausschreibungsverfahren

Die Kommission geht davon aus, dass EG-beihilfenrechtliche Begünstigungen von Unternehmen bei Geschäften mit der öffentlichen Hand grundsätzlich dann ausschließen, wenn die Geschäftsvereinbarung im Anschluss an ein besonderes Ausschreibungsverfahren getroffen wird, das einer Vielzahl von Unternehmen die Möglichkeit des Geschäftsabschlusses eröffnet. Auch der *EuGH* hat die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens als wirksames und zuverlässiges – wenngleich nicht zwingendes¹² – Instrument qualifiziert, um jedenfalls bei Unternehmensverkäufen¹³ sowie bei der Kompensation gemeinschaftlicher Pflichten¹⁴ EG-beihilfenrechtliche Begünstigungen auszuschließen. Doch die bisherigen Äußerungen der Kommission und des Gerichtshofs bedürfen einer praxisorientierten Präzisierung hinsichtlich des Grundansatzes und der konkreten Ausgestaltung des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens.

1. Der Grundansatz des Verfahrens

Der Grundansatz des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens zielt darauf, einer Vielzahl von Unternehmen die Möglichkeit der Leistungserbringung zu eröffnen und einen Referenzmarkt für die ausgeschriebene Leistung zu etablieren. Dabei geht die Kommission von der Prämisse aus, dass ein qualifiziertes Ausschreibungsverfahren durch die Schaffung eines Wettbewerbs um die ausgeschriebene Leistung die Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses gewährleistet und – durch die Schaffung von Referenzmärkten für die ausgeschriebene Leistung – etwaige marktfremde Begünstigungen von Unternehmen grundsätzlich ausschließt. Dieser Ansatz ist – für den Bereich der Privatisierung öffentlicher Unternehmen¹⁵ – in der Kommissionspraxis bereits seit 1993 anerkannt¹⁶ und wurde von der Kommission auch auf andere Austauschgeschäfte mit öffentlicher Beteiligung übertragen. Den bisher deutlichsten konzeptionellen Niederschlag hat das Ausschreibungsverfahren bisher in der „Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“ (Grundstücksmitteilung)¹⁷ von 1997 gefunden. Hier kann ein näher definiertes Bieterverfahren die Notifizierungspflicht im Fall eines Grundstücksverkaufs durch die öffentliche Hand entfallen lassen. Die Kommission hat diesen Ansatz, der ursprünglich auf den Verkauf von Grundstücken und Gebäuden beschränkt war¹⁸, in ihrer weiteren Entscheidungspraxis auf weitere Austauschgeschäfte erstreckt¹⁹. Auch bei Infrastrukturprojekten hat die Kommission in jüngerer Zeit anerkannt, dass im Fall der Durchführung eines derartigen Verfahrens trotz einer Förderung des Projekts durch staatliche Finanzmittel das Vorliegen von Beihilfenelementen ausgeschlossen werden kann²⁰.

Das qualifizierte Ausschreibungsverfahren kann auch dann einen Begünstigungsausschluss sicherstellen, wenn marktfremde Leistungen vorliegen bzw. keine Vergleichsmärkte bestehen. Denn durch das Ausschreibungsverfahren wird ja gerade ein – die Angemessenheit des ermittelten Preises gewährleistender – (Referenz-)Markt geschaffen. Diesen Ansatz bestätigt auch die Kommission in Nummer

10) Die Nettomehrkosten im Sinne der „Altmark Trans“-Rechtsprechung des *EuGH* bezeichnen diejenigen Kosten, die durch die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen, die ohne einen öffentlichen Zuschuss nicht oder nicht in der gebotenen Menge und Qualität auf dem Markt (freiwillig) angeboten werden, entstehen. Die Berechnung muss auf Grundlage einer marktorientierten Differenzhypothese und unter Berücksichtigung sämtlicher sonstiger Vorteile erfolgen. Vgl. hierzu im Einzelnen Koenig, BB 2003, 2185 (2186 ff.).

11) Vgl. etwa Koenig/Haratsch, NJW 2003, 2637 (2640) m. w. Nachw.; krit. hinsichtlich der Attraktivität dieses Verfahrens für die Unternehmen Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald, Recht der Infrastrukturförderung, 2004, Kap. 2 Rdnr. 167 (erscheint demnächst).

12) *EuGH*, NZBau 2003, 503 (508 Rdnr. 93) – „Altmark Trans“.

13) *EuGH*, C-390/98, Slg. 2001, I-6147 Rdnr. 77 – „Banks“.

14) *EuGH*, NZBau 2003, 503 (508 Rdnr. 93) – „Altmark Trans“.

15) XXIII. Wettbewerbsbericht der Kommission, 1993, Rdnr. 403.

16) Zur Verwendung dieses Ansatzes in anderen Rechtstexten vgl. die Nachw. bei Koenig/Kühling, DVBl 2003, 289 (291 ff.).

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

18) Dies hebt die Grundstücksmitteilung (o. Fußn. 17) explizit in Abs. IV der Einführung hervor.

19) So wendet die Kommission die Grundsätze der Grundstücksmitteilung mittlerweile auch auf den Verkauf industriell genutzter Vermögensgegenstände und ganzer Unternehmen ebenso wie auf den Kauf, die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und Gebäuden an, vgl. hierzu m. w. Nachw. Koenig/Kühling, DVBl 2003, 289 (291).

20) *Santamato/Westerhof*, EuZW 2003, 645 (648), sprechen von „standing practice“. Vgl. die Nachw. bei Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 (Fußn. 4).

II 1 ihrer Grundstücksmitteilung: „Der Verkauf von Bauten oder Grundstücken nach einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahren (ähnlich einer Versteigerung) und die darauf folgende Veräußerung an den meistbietenden oder den einzigen Bieter stellt grundsätzlich²¹ einen Verkauf zum Marktwert dar und enthält damit keine staatliche Beihilfe.

Die Höhe der bei Infrastrukturprojekten in die Ausschreibung einzustellenden Förderbeträge spielt für die Frage, ob eine Beihilfe vorliegt, zunächst keine Rolle: Denn je höher die Zusagen der öffentlichen Hand sind, desto höher wird der Ausschreibungswettbewerb die Gegenleistung treiben, die die Bieter zu erbringen bereit sind²². Wirtschaftlich kommunizieren alle Konditionen für Erwerb, Errichtungs- und Betriebsphase miteinander, wie auch ein privater Beteiligungsverkäufer alle Leistungen und Forderungen des Käufers (etwa die Übernahme oder Befreiung von Verbindlichkeiten) in seinen Vergleich aller Angebote einstellt²³. Damit löst eine EG-beihilfenrechtliche Investorenausschreibung etwa auch das Problem einer Einbringung von öffentlichen Grundstücken bzw. Gebäuden zum Buchwert an Stelle des höheren Verkehrswerts in PPP-Eigentümergeellschaften. Denn selbst wenn in der Differenz zwischen Buchwert und Verkehrswert bei isolierter Betrachtung ein Vorteil der privaten Gesellschafter entstünde, so wird dieser Differenzvorteil doch im Rahmen des europaweit offenen, transparenten und diskriminierungsfreien (EG-beihilfenrechtlichen) Ausschreibungswettbewerbs in ein wirtschaftlich übergeordnetes, komplexeres Austauschverhältnis marktkonform eingestellt. Für diesen isolierten Differenzvorteil bezahlen die in einer Investorenausschreibung wettbewerblich ausgewählten Gesellschafter in Form ihrer Kapitaleinlage einen definitionsgemäß marktüblichen Preis, da das Ausschreibungsverfahren einen Investorenreferenzmarkt etabliert hat. So formuliert die Kommission in ihrer Grundstücksmitteilung: „Es spielt keine Rolle, ob vor dem Bietverfahren eine andere Bewertung des Gebäudes oder des Grundstücks existierte, zum Beispiel für Buchungszwecke oder um ein beabsichtigtes erstes Mindestangebot bereitzustellen“. Insofern sichert die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens grundsätzlich eine beihilfenfreie Einbringung von öffentlichen Grundstücken zum Marktwert.

2. Anforderungen an die Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens

Die begünstigungsausschließende Wirkung kann das EG-beihilfenrechtliche Ausschreibungsverfahren jedoch nur dann entfalten, wenn es bestimmten qualifizierten Anforderungen genügt. Grundsätzlich können die Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren an den entsprechenden Steuerungsprinzipien des Vergaberechts ausgerichtet werden²⁴. Die EG-beihilfenrechtliche Bewertung der Verfahrensausgestaltung ist zwar stets am Sinn und Zweck des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens auszurichten, einen fairen Wettbewerb um die Erbringung der Leistung und ein objektives Bewertungsverfahren für die Beurteilung der Angemessenheit der kompletten Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisse zu garantieren. Bei der (analogen) Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze bezüglich des Ausschreibungsverfahrens ist die Einhaltung der EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen jedoch zu vermuten²⁵.

a) *EG-beihilfenrechtliche Vorgaben an die Wettbewerbs-offenheit.* Der in der Grundstücksmitteilung und der Kommissionspraxis bisher nicht näher ausdifferenzierte Grundsatz der Wettbewerbs-offenheit verlangt, dass das Ausschreibungsverfahren allen Wettbewerbern die Möglichkeit zur

Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb eröffnet. Damit steht die Wahl eines hinreichend wettbewerbsoffenen Ausschreibungsverfahrens im Vordergrund der EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen an den Wettbewerbsgrundsatz. Die EG-beihilfenrechtliche Bewertung der Verfahrensausgestaltung ist dabei 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 gewährleisten. Orientiert sich etwa eine EG-beihilfenrechtliche Ausschreibung statt an dem vergaberechtlichen Offenen Verfahren an dem Nichtoffenen Verfahren oder dem Verhandlungsverfahren, so verlangt der Grundsatz der Wettbewerbs-offenheit, dass diesen Verfahren ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorangestellt wird, um in hinreichendem Maße einen allgemein zugänglichen Wettbewerb um die Abgabe der Leistungsangebote herzustellen und damit einen transparenten Markt zur Ermittlung des angemessenen Marktpreises zu schaffen.

b) *EG-beihilfenrechtliche Vorgaben an das Transparenzgebot.* Durch die Wahrung des Transparenzgebots soll die Diskriminierungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens formal abgesichert werden, indem ein angemessener Grad an Öffentlichkeit hergestellt wird und das Verfahren in allen Stadien und für alle Beteiligten gleichermaßen durchschaubar und nachvollziehbar ist. Hierunter fällt insbesondere der freie Zugang aller potenziell Interessierten zu sämtlichen relevanten Informationen, wie etwa dem Ablauf, den Fristen sowie den Auswahl- und Zuschlagskriterien des Ausschreibungsverfahrens. Auch sind die Ausschreibungsfristen so zu wählen, dass die potenziellen Bieter ausreichend Zeit und Möglichkeit haben, um das Angebot unter zumutbaren Bedingungen zu überprüfen. Hinreichend publiziert ist nach Nr. II 1 lit. a Abs. I der (auch hier als Orientierung dienenden) 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. II 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 Betracht. 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 unterziehen. Auch ist die Kommission davon ausgegangen, dass das Erfordernis der hinreichenden Publizität dann nicht erfüllt sei, wenn potenzielle Investoren direkt angesprochen werden, ohne dass eine Publizität in Veröffentlichungsorganen hergestellt wird. Um dem Transparenzgebot zu genügen, müssen daher in den Ausschreibungsunterlagen alle ent-

21) Gemeint ist „definitionsgemäß“, vgl. die englische („by definition“) und die französische („par définition“) Version der Grundstücksmitteilung.

22) *Reuter*, ZIP 2002, 737 (742).

23) So auch *Reuter*, ZIP 2002, 737 (742).

24) Zu den Vergabepinzipien ausf. *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779.

25) Im Grundsatz so bereits *Koenig/Kühling*, DVBl 2003, 289 (298).

scheidenden Koordinaten im Leistungs-Gegenleistungs-Geflecht zutreffend, hinreichend genau sowie schlüssig aufgeführt werden, damit die Bieter ihren Angeboten tragfähige Kosten- und Ertragsprognosen zu Grunde legen können. Dies umfasst im Bereich der Infrastrukturförderung insbesondere Städtebauförderzuschüsse, Investitionszuschüsse (einschließlich etwaiger Überprüfungs- und Anpassungsmechanismen), einzubringende öffentliche Grundstücke oder Gebäude (unter präziser Nennung deren Buch- und Verkehrswerts) oder erwartete Pachtzinsen.

c) *EG-beihilfenrechtliche Vorgaben an das Diskriminierungsverbot.* Der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit verlangt schließlich die strikte Sicherstellung der Chancengleichheit aller potenziellen (in- und EG-ausländischen) Interessenten sowie deren Gleichbehandlung im Hinblick auf sämtliche tatsächlichen und rechtlichen Umstände in den verschiedenen Phasen des Ausschreibungswettbewerbs. Im Bereich des EG-Beihilfenrechts spricht die Kommission insoweit jedoch – in Anlehnung an Nr. II 1 lit. b 1 der Grundstücksmitteilung – von „Bedingungsfreiheit“. Dieser bei Unternehmensverkäufen streng angewendete Grundsatz muss im Bereich der Infrastrukturförderung indes angepasst werden, da die Ausschreibung von Infrastrukturprojekten und -fördermaßnahmen notwendigerweise Bedingungen enthält²⁶. Ratio des Grundsatzes der Bedingungsfreiheit (auch in der Grundstücksmitteilung) ist es zu verhindern, dass durch die Formulierung – verdeckt diskriminierender – Bedingungen eine bewusste Fokussierung auf einen bestimmten Bewerber oder einen bestimmten Bewerberkreis erfolgt²⁷. Der durch das EG-beihilfenrechtliche Ausschreibungsverfahren geschaffene Wettbewerb um die Bewertung eines komplexen Leistungs-Gegenleistungs-Geflechts wird indes dann verzerrt, wenn durch diskriminierende Bedingungen bestimmte Bieter nicht zu diesem Wettbewerb zugelassen werden und damit der Ausschreibungswettbewerb nicht mehr die Angemessenheit der Austauschverhältnisse gewährleistet. Klassische Diskriminierungsfälle sind etwa die verdeckte bewerberbezogene Ausschreibung, bei der eine Auftragsvergabe ganz bewusst auf ein bestimmtes Unternehmen hin konfiguriert wird, sowie Insidergeschäfte, bei denen bestimmte Bewerber angesichts vorangegangener Bezüge zum Ausschreibungsobjekt Wettbewerbsvorteile erlangen.

IV. Perspektive – Das neue Maßnahmenpaket der Kommission für eine beihilfenrechtskonforme Daseinsvorsorge

Die beihilfenrechtliche Bewertung der Infrastruktur- und Daseinsvorsorgeförderung durch die Kommission befindet sich im Fluss. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die kürzlich vorgelegten Vorschläge der Kommission zur Klarstellung der EG-beihilfenrechtlichen Bewertung von Kompensationszahlungen für Dienste von öffentlichem Interesse zu richten. Im Rahmen dieses Maßnahmenpakets plant die Kommission zum einen eine Kommissionsmitteilung²⁸ über den Stand der Rechtsprechung und Kommissionspraxis zur EG-beihilfenrechtlichen Bewertung von Kompensationszahlungen für Dienste von öffentlichem Interesse, die auch eine Analyse der Anforderungen des *EuGH* in der Rechtssache „Altmark Trans“ durch die Kommission enthalten soll. Des Weiteren soll eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Kommissionsentscheidung²⁹ Anforderungen aufstellen, bei deren Einhaltung Kompensationszahlungen an betraute Unternehmen, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, von der Notifizierungspflicht des Art. 88 III EG freigestellt sind. Diese Freistellung soll nach Art. 86 II EG für (nicht überkompensierende, nach dem Nettomehrkostenansatz kalkulierte) Ausgleichszahlungen an Unter-

nehmen gelten, sofern der Jahresnettoumsatz des mit öffentlichen Diensten betrauten Unternehmens sowie die Kompensationszahlung an dieses Unternehmen bestimmte – gegenwärtig noch verhandelte – Schwellenwerte nicht übersteigen. Ebenfalls sollen von der Notifizierungspflicht Kompensationszahlungen ausgenommen werden, die an – Dienste von allgemeinem öffentlichem Interesse erbringende – Krankenhäuser oder an bestimmte mit innergemeinschaftlichen Flug- und Wasserverbindungen betraute Unternehmen gezahlt werden. Ein Gemeinschaftsrahmen zu staatlichen Beihilfen in Form von Kompensationszahlungen für Dienste von öffentlichem Interesse³⁰ soll schließlich die Anforderungen benennen, bei deren Einhaltung die Kompensationszahlungen an Unternehmen i. S. des Art. 86 II EG, die nicht in den Anwendungsbereich der geplanten Kommissionsentscheidung fallen, als EG-beihilfenrechtskonform bewertet werden können. Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Rechtstexte – worunter insbesondere auch Infrastrukturprojekte außerhalb des Art. 86 II EG fallen werden – sollte auf den hier dargestellten Ansatz zurückgegriffen werden. Danach ermöglicht die Durchführung eines europaweit offenen, transparenten und diskriminierungsfreien (EG-beihilfenrechtlichen) Ausschreibungsverfahrens grundsätzlich, die Abschöpfung marktunüblicher Renditen – und damit eine Begünstigung – der an einem Infrastrukturprojekt Beteiligten zu verhindern. Das EG-beihilfenrechtliche Ausschreibungsverfahren sollte – unter strenger Einhaltung der qualifizierten Anforderungen – auf sämtlichen Leistungsebenen und für sämtliche Leistungsverhältnisse implementiert werden. Scheidet indes ein solches EG-beihilfenrechtliches Ausschreibungsverfahren aus objektiven Gründen aus, zum Beispiel auf Grund bestehender Eigentumsrechte des Investors an einem – bezogen auf das Projekt – nicht substituierbaren Grundstück, auf dem das Vorhaben realisiert werden muss, besteht nach Auffassung der Kommission die Möglichkeit, die Marktmäßigkeit der Leistungsbeziehungen und die Höhe der erforderlichen Förderung auf der Infrastrukturerstellungs- und -betriebebene durch ein besonders qualifiziertes integrales Wertgutachten eines unabhängigen Sachverständigen auf Basis einer Kostenanalyse zu bestimmen. Ein solches integrales Wertgutachten muss dabei zunächst umfassend prüfen, ob in den Austauschverhältnissen der einzelnen Infrastrukturleistungsebenen ein jeweils marktübliches Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis besteht. In einem zweiten Schritt ist sodann eine Evaluierung des Gesamtinvestitionsprojekts vorzunehmen, aus der stichhaltig hervorgeht, dass die Fördereffekte diskriminierungsfrei und ohne Abschöpfung marktunüblicher Renditen durch die auf den einzelnen Infrastrukturleistungsebenen beteiligten Unternehmen an die Endnutzer weitergereicht werden.

26) Vgl. hierzu die Bsp. bei *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (782).

27) So auch *Bauer*, EuZW 2001, 748 (752).

28) Kommission, Communication de la Commission relative à l'application des dispositions de l'article 87 paragraphe 1 du traité CE aux compensations de service public, Februar 2004.

29) Kommission, Entscheidung über die Anwendung von Art. 86 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/de.pdf.

30) Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/publik_service_comp/de.pdf. S. zum Gemeinschaftsrahmen als Konkretisierung der Anforderungen des „Altmark Trans“-Urteils des *EuGH* auch *Koenig/Haratsch/Pfromm*, Das integrale WP-Gutachten in der Infrastrukturförderung: Mehr Kostenrechnung – weniger Juristenprosa (erscheint demnächst).