

Veröffentlichungen des Instituts
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
26 der Freien Universität Berlin

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Susanne Wende

Die einheitliche Auslegung
von Beihilfen- und
Vergaberecht als Teilgebiete
des europäischen
Wettbewerbsrechts

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

Problemaufriss und Gang der Untersuchung

Sowohl die Gewährung von Beihilfen an private Unternehmen als auch die Vergabe öffentlicher Aufträge an private Unternehmen können Instrumente der staatlichen Wirtschaftslenkung sein.¹ Beide nahmen in der deutschen Rechtsordnung lange Zeit eine Stellung im Haushaltsrecht ein und wurden der Haushaltshoheit des Staates zugeschrieben. Rechtsschutz für Konkurrenten gab es nicht, denn das Haushaltsrecht gewährt keine subjektiven Rechte für Dritte.² Lediglich die Selbstbindung der Verwaltung über Art. 3 GG vermochte hier ein Einfallstor darzustellen. Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts sind beide Instrumente jedoch wettbewerbsrelevant. Aus der ursprünglichen Natur des EG-Vertrages als Grundlage einer Wirtschaftsgemeinschaft folgt die Konsequenz, dass alle staatlichen Handlungen, also auch die Beihilfengewährung und die öffentliche Auftragsvergabe, auf ihre Wirkung hinsichtlich der Herstellung und Aufrechterhaltung des Gemeinsamen Marktes beurteilt werden. Dabei wurde die Gewährung von Beihilfen schon beim Aushandeln des EWG-Vertrages als staatliche Maßnahme erkannt, die den freien Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft beeinträchtigen kann und daher gesondert geregelt werden muss. Für das Recht der öffentlichen Aufträge finden sich hingegen keine Sondervorschriften. Die Anforderungen hieran wurden vom EuGH aus den Grundfreiheiten hergeleitet. Bei der fortlaufenden Entwicklung des Europäischen Wettbewerbsrecht tauchten mit zunehmender Systematisierung und Konkretisierung der Vorschriften häufig Abgrenzungsfragen auf, wie z. B. diejenige, ob das Kartellrecht (Art. 81ff. AEUV) die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ausschließt oder in welchem Verhältnis Kartell- und Beihilfenrecht zueinander stehen. In letzter Zeit ist in der Rechtsprechung des EuGH ein neues Problem aufgetaucht. In einigen Fällen stellte sich die Frage, ob neben den primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für die öffentliche Auftragsvergabe auch das Beihilfenrecht anwendbar ist. Kann z. B. ein Fehler im Vergabeverfahren dazu führen, dass die öffentliche Hand dem den Zuschlag erhaltenden Unternehmen eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV gewährt? Auch umgekehrt traten Fälle auf, die bisher nur beihilfenrechtlich beurteilt wurden, nunmehr aber auch vergaberechtliche Relevanz erhalten. Ist z. B. ein Vertrag, in dem sich die öffentliche Hand zur Übereignung eines Grundstücks an einen Privaten verpflichtet und der Private sich dafür verpflichtet, das Grundstück in einer bestimmten Weise zu bebauen, ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergabe-

1 Immenga/Mestmäcker/Ehricke, Art. 107 Abs. 1 EGV Rn. 3; Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 177ff.

2 Boesen, Vergaberecht, Einl. Rn. 1.

richtlinien?³ Schon an diesen Beispielen wird deutlich, dass sich nicht nur die Frage der parallelen Anwendung der Rechtsvorschriften stellt, sondern eventuell sogar der Verstoß gegen die eine die Anwendbarkeit der anderen Vorschrift auslöst. Zudem wird deutlich, dass für die Festlegung der Anwendungsbereiche beider Normenkomplexe die Festlegung der zutreffenden juristischen Bezugspunkte eine zentrale Rolle spielt. So stellt sich zum Beispiel die Frage, ob das günstigste Angebot einfach dasjenige mit dem niedrigsten Preis ist oder ob hier nicht eine Verbindung zum Inhalt der Ausschreibung des Auftrags hergestellt werden muss. Es kommt eine Fülle von Fragen zusammen.

Ziel dieser Arbeit ist es, den Anwendungsbereich des Beihilfenrechts und des Vergaberechts zu untersuchen. Dabei wird gezeigt, dass beide vollständig aus den Grundfreiheiten herzuleiten sind, weshalb eine Auflösung scheinbarer Widersprüche über die Untersuchung des jeweiligen Verhältnisses zu den Grundfreiheiten erfolgen wird. Weitergehend werden die Tatbestände und Rechtsfolgen beider Rechtsgebiete auf europäischer Ebene gegenüber gestellt und gezeigt, dass beide nebeneinander anwendbar sind und sein müssen, um den Binnenmarkt mit einem System des unverfälschten Wettbewerbs aufrecht zu erhalten. Dabei wird auch dargestellt, dass die Unterschiede der Rechtsfolgen nicht so gravierend sind, wie häufig vertreten. In diesem Zusammenhang wird auf das viel beachtete EuGH-Urteil Altmark Trans eingegangen und untersucht, ob es in der Systematik des europäischen Wettbewerbsrechts eine konsequente Weiterentwicklung oder ein Systembruch ist. Dafür wird auf die zu Art. 81ff. AEUV entwickelten Grundsätze zurückgegriffen und ihre Anwendbarkeit auf das Beihilfenrecht hergeleitet. Schließlich wird noch die Bedeutung des Art. 106 AEUV im Beihilfe- und Vergaberecht untersucht und auch hierbei werden Harmonisierungsansätze aufgezeigt.

Der gesamte Komplex der sog. „vergabefremden Kriterien“, an dem sich die Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht erst entzündete, soll bei der Untersuchung angesichts der bereits existierenden umfassenden Behandlung im Schrifttum⁴ und in der Rechtsprechung⁵ außen vor gelassen werden.

3 Vgl. hierzu unten Hauptteil, B. II. 1. a) aa).

4 Vgl. nur Calliess/Ruffert/Cremer Art. 87 Rn. 15ff.; Frenz, Handbuch EuropaR, Rn. 310, 1776ff.; Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren; Reichert, Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen; Schima, NZBau 2002, 1ff.; Burgi, NZBau 2008, 29, 31; Bungenberg, NVwZ 2003, 314, 316f.; Ziekow, NZBau 2001, 72ff.

5 Urt. v. 10.03.1987, Rs. 199/85, Slg. 1987, S. 1039 Rn. 12ff. – Komm/Italien; Urt. v. 20.09.1988, , Rs. 31/87, Slg. 1988, S. 4635 Rn. 14ff. – Gebroeders Beentjes; Urt. v. 17.09.2002, Rs. C-513/99, Slg. 2002, S. I-7213 Rn. 43ff. – Concordia Bus Finland; Urt. v. 26.09.2000, Rs. C-225/98, Slg. 2000, S. I-7445 Rn. 46ff. – Nord-Pas-de-Calais.