



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“

Dissertation vorgelegt von Tim Hagenbruch

Erstgutachter: Prof. Dr. Ute Mager

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

I. Problemaufriss

Die Arbeit beleuchtet das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht insbesondere im Hinblick auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

Soweit das Problem behandelt wird, wird im Schrifttum überwiegend von einer Trennung beider Rechtsgebiete ausgegangen. In der vergaberechtlichen Literatur existieren zudem Stellungnahmen zu Einzelproblemen (vergabefremde Aspekte bei der Beschaffung, Behandlung von Beihilfen im Rahmen von Vergabeverfahren). Wie sich Beihilfen- und Vergaberecht – losgelöst von Einzelaspekten – zueinander verhalten ist dagegen noch weitgehend ungeklärt.¹ Lediglich eine, allerdings abgeschaffte Bestimmung des Sekundärrechts, deutet darauf hin, dass der europäische Richtliniengeber, dessen Auffassung im Hinblick auf das Primärrecht aber auch nur eine, allerdings gewichtige Rechtsmeinung darstellt, ebenfalls von einer Trennung beider Rechtsgebiete ausging.² Virulent wird die Frage des Verhältnisses von Beihilfen- und Vergaberecht insbesondere im Recht der Daseinsvorsorge und bei der Frage, wie sich vergaberechtliche Fehler auf die Rechtmäßigkeit von Beihilfen auswirken.

Eine Abgrenzung von Beihilfen- und Vergaberecht erscheint zunächst relativ einfach. Während sich der Staat bei der Vergabe öffentlicher Aufträge etwas beschafft (also nimmt), gewährt er bei der Förderung mittels Beihilfen einen Vorteil (er gibt also). Insofern könnte der Unterschied zwischen Vergabe- und Beihilfenrecht einfach in dem Unterschied zwischen „nehmen“ und „geben“ gesehen werden.

Auch bei der „Vergabe“ von Beihilfen in Form von Zuschüssen nimmt der Staat jedoch normalerweise etwas. Grundsätzlich werden Zuschüsse zweckgebunden gewährt. Dies wirft die Frage auf, ob nicht bereits in der Zuschussgewährung in Verbindung mit einer Nebenbestimmung ein dem Vergaberecht unterfallender Vorgang liegt.

Auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gibt der Staat zudem etwas. Schließlich ist ein Auftrag dadurch charakterisiert, dass der Staat nicht lediglich Leistungen beschafft, sondern hierfür wiederum eine Gegenleistung an den Auftragnehmer entrichtet. Der Art. 107 Abs. 1 AEUV zugrunde liegende Beihilfenbegriff ist deutlich weiter als der Begriff der Subvention³; nach dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst er jede Begünstigung eines Unternehmens aus staatlichen Mitteln, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union beeinträchtigt. Dieser weite Beihilfenbegriff legt es nahe, dass auch öffentliche Aufträge staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen können.

¹ Ebenso Ølykke, EStAL 2016, 508ff.; Steinicke, in: *Konkurrensverket* (schwedische Wettbewerbsbehörde, Hrsg.), *The Pros & Cons of Competition in/by the Public Sector* (2009), S. 159.

² Nach Art. 29 Abs. 4 der Bauvergabe koordinierungsrichtlinie (Richtlinie 71/305/EWG vom 26. Juli 1971, EG-ABl. L 185/5 vom 16. August 1971, aufgehoben durch Art. 36 Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993, EG-ABl. L 199/54 vom 9. August 1993) fand das Gebot der Erteilung eines Zuschlags auf das niedrigste oder wirtschaftlichste Gebot keine Anwendung, wenn ein Mitgliedstaat bei der Vergabe von Bauaufträgen im Rahmen einer Regelung, bei der bestimmten Bietern eine Bevorzugung im Sinne einer Beihilfe gewährt wurde, andere Kriterien zugrunde legte, sofern die angewandte Regelung mit dem Vertrag, insbesondere mit den Artikeln 92 ff. (die damals das Beihilfenrecht enthielten), vereinbar war. Dies spricht dafür, dass zum damaligen Zeitpunkt von einer grundsätzlichen Trennung beider Rechtsgebiete ausgegangen wurde. Gleichzeitig impliziert dies aber, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge zugleich zur Gewährung von Beihilfen führen kann.

³ Vgl. nur *EuGH*, Urteil vom 24. Januar 2013, Rs. C-73/11 P (Frucona Kosice/Kommission u.a.), Rn. 69 m.w.N.

Beihilfenrechtlich ist der EuGH der Auffassung, dass vermutet werden könne, dass bei der Veräußerung von Vermögensgegenständen auf Grundlage eines bestimmten Anforderungen entsprechenden wettbewerblichen Bieterverfahrens keine Beihilfe vorliegt.⁴ Offensichtlich hält der EuGH damit die Durchführung von wettbewerblichen Verfahren für in hohem Maße geeignet, um festzustellen, ob Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Ziel der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens ist, das für den Auftraggeber wirtschaftlichste Angebot auszuwählen.⁵ Die Verwendung von „vergabefremden“ Beschaffungskriterien – beispielsweise ökologischer oder sozialer Natur – entweder als Zuschlagskriterien oder sog. Ausführungsbedingungen⁶ kann jedoch dazu führen, dass nicht das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis einen Auftrag erhält.⁷ Dies wirft die Frage auf, ob die Verwendung derartiger Kriterien dazu führen kann, dass der Auftragnehmer begünstigt wird und somit eine Beihilfe erhält.

Gleichzeitig soll ein wettbewerbliches Vergabeverfahren selbstverständlich einen Wettbewerb um den Auftrag herstellen. Dementsprechend ist fraglich, wie mit Bietern umzugehen ist, die aufgrund von Beihilfen (möglicherweise) einen Vorteil in einem Vergabeverfahren haben. Eigentlich verfälschen die staatlichen Beihilfen den Wettbewerb um den jeweiligen Auftrag. Andererseits kann es aus Sicht des jeweiligen Auftraggebers wirtschaftlich sinnvoll sein, den für ihn – bei rein auftragsbezogener Sichtweise – preislich günstigsten Bieter zu beauftragen.

Ein Bereich, in dem der Staat generell wirtschaftliche Aktivitäten fördert, ist der Bereich der Daseinsvorsorge. Europarechtlich gibt es für derartige gemeinwohlfördernde wirtschaftliche Aktivitäten den Rechtsbegriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse⁸. Die Förderung derartiger Tätigkeiten ist auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 2 bzw. für den Verkehrsbereich Art. 93 AEUV und dem hierzu erlassenen Sekundärrecht zulässig. Unter bestimmten, engen Voraussetzungen liegt nach der Rechtsprechung des EuGH in der Förderung von DAWI keine Beihilfe („Ausgleichsansatz“).⁹ Voraussetzung einer Förderung ist, dass das betreffende Unternehmen von einer mitgliedstaatlichen Behörde mit der Erbringung einer DAWI betraut wurde (Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV¹⁰). Eine Betrauung ist die Verpflichtung zur Wahrnehmung einer besonderen Aufgabe.¹¹ Der Betrauungsakt ist damit einerseits die Legitimation für die Gewährung von Beihilfen (bzw. eine Voraussetzung des Ausschlusses einer Beihilfe nach der Rechtsprechung des EuGH). Andererseits stellt die Übertragung der Verpflichtung

⁴ *EuGH*, Urteil vom 24. Oktober 2013, verb. Rs. C-214/12 P, C 215/12 P, C-223/12 P (Land Burgenland u.a./Kommission) Rn. 94; Urteil vom 16. Juli 2015, Rs. C-39/14 (BVVG/Landkreis Jerichower Land) Rn. 32.

⁵ Vgl. nur Art. 67 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, EU-ABl. L 94/65 vom 28. März 2014.

⁶ Im Gegensatz zu den Zuschlagskriterien, bei denen ein Bieter eine schlechtere Wertung im Hinblick auf die vergabefremden Kriterien durch bessere Wertung bei den sonstigen Zuschlagskriterien ausgleichen kann, führt die Verwendung von Ausführungsbedingungen dazu, dass kein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, wenn der Bieter nicht willens oder in der Lage ist, diese Bedingungen bei der Auftragsausführung zu beachten (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 18/6281, S. 113).

⁷ Beispielsweise führte die Berücksichtigung von Umweltkriterien (z.B. Stickoxidemissionen und Lärmpegel der eingesetzten Busse) bei der Angebotswertung in dem der Rechtssache „Concordia Bus Finland“ zugrundeliegenden Vergabeverfahren dazu, dass der preislich günstigste Bieter nicht den Zuschlag erhalten sollte (*EuGH*, Urteil vom 17. September 2002, Rs. C-513/99 (Concordia Bus Finland/Helsingin kaupunki), Rn. 26).

⁸ Hierfür wird im Folgenden das Akronym „DAWI“ verwendet.

⁹ *EuGH*, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans u.a./Nahverkehrsgesellschaft Altmark), Rn. 89; Urteil vom 27. November 2003, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse/Ministero delle finanze) Rn. 32.

¹⁰ Dies ist auch Voraussetzung für den Ausschluss einer Beihilfe nach der Rechtsprechung des EuGH

¹¹ *Storr*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht (2013), Art. 106 AEUV Rn. 2414.

tung zur Erbringung einer bestimmten Leistung möglicherweise einen dem Vergaberecht unterfallenden Vorgang dar. Insbesondere im Bereich der DAWI stellt sich damit die Frage, wie sich beihilfenrechtliche und mögliche vergaberechtliche Anforderungen im Hinblick auf die Betrauung eines Unternehmens mit DAWI zueinander verhalten.

Dieses Verhältnis ist vor allem zu klären, wenn die Betrauung eines Unternehmens mit DAWI im Rahmen einer rechtswidrigen Direktvergabe erfolgt. Ist der Betrauungsakt dennoch beihilfenrechtlich wirksam? Diese Frage stellt sich generell im Hinblick auf vergaberechtswidrige Direktvergaben. In diesen könnte eine Begünstigung des betreffenden Unternehmens und damit bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Beihilfe gesehen werden.

Alle angesprochenen Punkte belegen, dass sich Beihilfen- und Vergaberecht (jedenfalls partiell) überschneiden und innerhalb des Überschneidungsbereichs eine Klärung des Verhältnisses beider Rechtsgebiete erforderlich ist.

II. Das primärrechtliche Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht

Im Rahmen der Arbeit wird zunächst das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht auf der Grundlage einer Analyse des Primärrechts geklärt.

Primärrechtliche Anforderungen an das staatliche Beschaffungsverhalten ergeben sich innerhalb ihres Anwendungsbereichs, also bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs, aus den Grundfreiheiten. Ohne dass damit zwingend die Pflicht zur Durchführung eines Verfahrens ähnlich dem offenen Verfahren im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien verbunden wäre, enthalten die Grundfreiheiten verfahrensmäßige Vorgaben für den Beschaffungsbereich, um der durch eine Direktvergabe möglichen Diskriminierung ausländischer Wirtschaftsteilnehmer vorzubeugen.

Zwar entspringt auch das Beihilfenrecht den Grundfreiheiten, es ist jedoch funktional verselbstständigt und ein Teil des europäischen Wettbewerbsrechts, das den durch die Grundfreiheiten geschaffenen Binnenmarkt gegen andere Beschränkungen als staatliche Regulierung schützt. Gleichzeitig wird die Europäische Kommission im Beihilfenrecht – anders als bei den Grundfreiheiten – in ihrer Rolle als europäische Wettbewerbsbehörde auch wirtschaftslenkend tätig. Da das den Grundfreiheiten entspringende Vergaberecht zwischen Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht liegt, gilt im Vergaberecht auch der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff. Ziel beider Rechtsgebiete ist es, eine ungerechtfertigte Förderung von Unternehmen zu verhindern.

Da Beihilfen- und Vergaberecht unterschiedlichen, sich gegenseitig ergänzenden Rechtsmaterien angehören, sind sie grundsätzlich nebeneinander auf einen Sachverhalt anwendbar. Dies ist ausnahmsweise anders, wenn das Beihilfenrecht innerhalb seines Anwendungsbereichs spezieller ist. Von einer Spezialität ist im Verhältnis von Beihilfenrecht und Grundfreiheiten dann auszugehen, wenn es sich um Beschränkungen von Grundfreiheiten handelt, die zwingend mit einer Beihilfe verbunden sind. Eine solche Spezialität des Beihilfenrechts gilt entsprechend auch im Vergaberecht. Da das Beihilfenrecht verhindern soll, dass die aus den Grundfreiheiten folgenden Verbote umgangen werden, gibt es hingegen keine Spezialität des Vergaberechts im Verhältnis zum Beihilfenrecht.

Trotz der teilweisen Spezialität des Beihilfen- im Verhältnis zum Vergaberecht sind im Beihilfenprüfverfahren bei der Frage der Verhältnismäßigkeit der Beihilfe zur Erreichung der Förderzwecke auch grundfreiheitenrechtliche Wertungen einzubeziehen.

Auf Direktvergaben sind im Regelfall Beihilfen- und Vergaberecht nebeneinander anwendbar, da die Tatsache der Direktvergabe regelmäßig nicht zwingend für die Erreichung des Förderzwecks ist, so dass die Tatsache der Direktvergabe und die Beihilfengewährung getrennt voneinander rechtlich bewertet werden können.

Zusammenfassend kann von einer eingeschränkten Parallelität von Beihilfen- und Vergaberecht gesprochen werden.

III. Überschneidungen von Beihilfen- und Vergaberecht in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen

Nach der grundsätzlichen Klärung des primärrechtlichen Verhältnisses von Beihilfen- und Vergaberecht, befasst sich die Arbeit mit der Frage, inwieweit sich die Anwendungsbereiche beider Rechtsgebiete überschneiden.

1. Der Zuwendungsbescheid als ein dem Vergaberecht unterfallender Vorgang

Während dem „Primärvergaberecht“, also den aus den Grundfreiheiten folgenden Anforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, jede Übertragung wirtschaftlicher Tätigkeit auf einen Dritten zur Beschaffung von Leistungen unterfällt, ist der Anwendungsbereich des aus den europäischen Vergaberichtlinien folgenden Sekundärvergaberechts enger. Dem Anwendungsbereich des Sekundärvergaberechts unterfällt vereinfacht gesprochen die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen mit Beschaffungsbezug.

Nach dieser Klärung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts wird analysiert, ob der Grundfall des Beihilfenrechts, die Gewährung einer Geldleistung aufgrund eines Zuwendungsbescheids, dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfällt. Im Ergebnis dürfte der „klassische“ Zuwendungsbescheid – von Ausnahmen abgesehen – mangels Vorliegen eines Beschaffungsbezugs (also einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse an der Leistung) regelmäßig keinen öffentlichen Auftrag und auch keine Konzession im Sinne des Sekundärvergaberechts darstellen. Die grundsätzlich geltenden primärvergaberechtlichen Anforderungen dürften jedenfalls beim klassischen Zuwendungsbescheid dann durch das Beihilfenrecht verdrängt sein, wenn der Zuwendungszweck nicht anders als durch Förderung des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers zu erreichen ist.

2. Beihilfenrechtliche Würdigung staatlichen Beschaffungsverhaltens

Die Vergabe eines Auftrags oder einer Konzession kann zugleich die Gewährung einer staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen.

In der Vergabe eines Auftrags oder einer Konzession liegt die selektive Begünstigung eines Unternehmens, wenn diese im Zeitpunkt der Auftragsvergabe (und damit der Gewährung der Begünstigung) dazu geeignet erscheint, dem Unternehmen einen Gewinn zu verschaffen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn schon im Zeitpunkt der Auftragsvergabe ersichtlich ist, dass kein Gewinn erzielbar ist. Bei lediglich kostendeckenden Aufträgen oder Konzessionen liegt dann eine Begünstigung vor, wenn der Unternehmer bei Nichterteilung des Auftrags oder der Konzession seine Produktionskapazitäten gar nicht oder nur zu schlechteren Bedingungen hätte auslasten können. Andernfalls liegt im Fall von nur kostendeckenden Aufträgen oder Konzessionen keine Begünstigung des Auftragnehmers vor. Da die Begünstigung in der bei kaufmännischer Betrachtung bestehenden Möglichkeit, einen Gewinn zu erzielen und der auftragsbedingten Steigerung des Unternehmenswerts liegt, gelten diese Erwägungen auch bei der wettbewerblichen Vergabe von Aufträgen.

Diese Begünstigung erfolgt beim Handeln eines Hoheitsträgers auch aus staatlichen Mitteln. Sofern ein staatliches Unternehmen handelt, ist dagegen im Einzelfall zu prüfen, ob die Vergabeentscheidung und damit die Begünstigung dem Staat zuzurechnen ist. Insofern unterfällt die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Unternehmen nicht zwingend dem Beihilfenrecht. Dagegen gilt das Primärvergaberecht (mittelbar) für alle öffentlichen Unternehmen im Sinne von Art. 106 Abs. 1 AEUV. Darüber hinausgehend gilt das Sekundärvergaberecht teilweise sogar für private Unternehmen (insbesondere für Sektorauftraggeber). Die unterschiedliche Strenge beider Rechtsgebiete ergibt sich aus ihren primärrechtlichen Wurzeln. Entsprechend dem Sinn und Zweck des Primärvergaberechts, schon potenziell marktzugangsbeschränkendes Verhalten zu verhindern, ist der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts weiter als der des Beihilfenrechts.

Zugleich gibt es aber auch im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich Punkte, an denen Beihilfen- und Vergaberecht ineinandergreifen. Dies gilt dann, wenn eine staatliche Subventionierung (sekundärvergaberechtlich) zu einer Auftraggeberstellung führt. In diesem Fällen sollte das Vergaberecht im Interesse einer Ergebnisgleichheit beider Rechtsgebiete grundsätzlich im beihilfenrechtlichen Sinne ausgelegt werden.

Entscheidendes Tatbestandsmerkmal für die Beurteilung der Beihilfenqualität öffentlicher Aufträge ist die Wettbewerbsverfälschung. Zusammengefasst liegt dann keine Wettbewerbsverfälschung vor, wenn sich das staatliche Beschaffungsverhalten nicht als Eingriff in den Wettbewerb darstellt, sondern dessen Bestandteil ist.

Deshalb schließt die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung grundsätzlich aus. Dies gilt auch bei der Verwendung von vergabefremden Beschaffungskriterien, soweit diese vergaberechtlich zulässig ist. Dann ist durch den vergaberechtlich geltenden Wettbewerbsgrundsatz sichergestellt, dass dennoch ein Leistungswettbewerb um den Auftrag stattfindet.

Dagegen kann die Erfüllung von Direktvergabevoraussetzungen bzw. Verfahrenserleichterungen nicht grundsätzlich zum Ausschluss einer Wettbewerbsverfälschung im Beihilfenrecht führen. Im Fall der Erfüllung der Inhousevoraussetzungen kann jedoch eine Wettbewerbsverfälschung dann verneint werden, wenn eine Quersubventionierung wettbewerblicher Tätigkeit ausgeschlossen ist.

Allgemein gilt, dass eine Wettbewerbsverfälschung ausgeschlossen ist, wenn der Staat sich im Rahmen eines normalen Handelsgeschäfts am Markt betätigt, da er dann nicht als Fremdkörper, sondern als normaler wirtschaftlicher Akteur agiert.

Die Vereinbarung eines Selbstkostenfestpreises im Sinne des deutschen Preisrechts kann grundsätzlich zum Ausschluss einer Wettbewerbsverfälschung führen. Bei Selbstkostenricht- und Selbstkostenerstattungspreisen ist dafür eine Begrenzung nach oben erforderlich, die dazu führt, dass der Auftragnehmer das überwiegende Risiko von Kostensteigerungen trägt.

Auch bei staatlichen Veräußerungsvorgängen kann die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens eine Beihilfe ausschließen. Es besteht zwar keine beihilfenrechtliche Pflicht zur Durchführung eines solchen Verfahrens, im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten gelten aber Anforderungen, die denen des Primärvergaberechts entsprechen.

Das Tatbestandsmerkmal „Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ dürfte bei staatlicher Beschaffungstätigkeit normalerweise erfüllt sein.

3. Behandlung von Beihilfenempfängern im Vergabeverfahren

Ein weiterer Überschneidungsbereich zwischen Beihilfen- und Vergaberecht ergibt sich, wenn der Begünstigte einer Beihilfe an einem wettbewerblichen Vergabeverfahren teilnimmt. Die hierzu angestellten Schlussfolgerungen sprechen ebenfalls für die in dieser Arbeit aufgestellte These von der eingeschränkten Parallelität von Beihilfen- und Vergaberecht. Empfänger von Beihilfen können – unabhängig von deren Rechtmäßigkeit – grundsätzlich Angebote in Vergabeverfahren nach dem Primär- und nach dem Sekundärrecht abgeben. Die Gewährung genehmigter oder freigestellter Beihilfen hat auf die Behandlung des Angebots grundsätzlich keinen Einfluss. Ein Angebot kann jedoch dann nicht berücksichtigt werden, wenn die Möglichkeit von Beihilfenrückforderungen die finanzielle Leistungsfähigkeit des betreffenden Bieters in Frage stellt. Zudem besteht (im Sekundärvergaberecht nach Art. 69 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU bzw. dessen nationaler Umsetzung, im Primärvergaberecht auf Grundlage der Verfahrensbedingungen) die Möglichkeit der Ablehnung ungewöhnlich niedriger Angebote, wenn diese auf Beihilfen beruhen.

IV. Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht im Recht der Daseinsvorsorge

Zur Beschreibung von Leistungen der Daseinsvorsorge gibt es europarechtlich den Begriff der DAWI, der nicht deckungsgleich mit dem Begriff „Daseinsvorsorge“ ist, aber Überschneidungen aufweist. Das Vorliegen einer DAWI stellt die Legitimation für die mitgliedstaatliche Förderung der Erbringung von Daseinsvorsorgetätigkeiten durch Unternehmen dar. Eine DAWI liegt vor, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit universal und obligatorisch erbracht wird, um ein Marktversagen auszugleichen. Eine die Voraussetzungen des „Altmark-Trans-Urteil“ des EuGH¹² erfüllende Förderung eines Unternehmens zum Zweck der Erbringung einer DAWI erfüllt mangels Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung nicht den Beihilfentatbestand. Bei Erfüllung des Beihilfentatbestands kann eine Beihilfe nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss der Europäischen Kommission freigestellt sein oder nach Art. 106 Abs. 2 AEUV durch die Europäische Kommission genehmigt werden. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Förderung einer DAWI ist immer, dass ein (funktional verstandener) Hoheitsakt vorliegt, in dem eine mitgliedstaatliche Behörde ein Unternehmen mit der Erbringung einer DAWI betraut und diesem eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung auferlegt.

Die Untersuchung zeigt, dass die Betrauung eines Unternehmens mit der Erbringung einer DAWI weder primär-, noch sekundärrechtlich zwingend dem Vergaberecht unterfällt. Das Sekundärvergaberecht dürfte in vielen Fällen (insbesondere mangels Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Beschaffungsbezug“) nicht anwendbar sein, während das Primärvergaberecht häufiger anwendbar sein dürfte. Auch dies bestätigt das bereits im Hinblick auf den Zuwendungsbescheid gefundene Ergebnis, dass die „Vergabe“ einer Beihilfe nicht zwingend einen dem Vergaberecht unterfallenden Vorgang darstellt.

V. Beihilfenrechtliche Rechtsfolgen von vergaberechtswidrigen Direktvergaben

In diesem Abschnitt der Arbeit wird geprüft, wie sich Beihilfen- und Vergaberecht aus der Fehlerperspektive zueinander verhalten. Dabei stellt sich die Frage, ob Verstöße gegen das Vergaberecht Auswirkungen auf die beihilfenrechtliche Bewertung eines Vertrags haben.

¹² *EuGH*, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans u.a./Nahverkehrsgesellschaft Altmark).

Sofern Auftraggeber und Auftragnehmer nicht bewusst und gewollt zur Umgehung des Vergaberechts zusammengewirkt haben, ist ein unter Verstoß gegen die Vorgaben des Primärvergaberechts vergebener Vertrag wirksam, es besteht aber eine unionsrechtliche Pflicht des betreffenden Mitgliedstaats, den Vertrag zu beenden.

Die primärrechtliche Wertung, dass unter bewusster und gewollter Umgehung des Vergaberechts geschlossene Verträge (wegen des Verstoßes gegen das Unionsrecht) unwirksam sind, gilt auch im Sekundärvergaberecht. Andernfalls sind unter Verstoß gegen das Sekundärvergaberecht vergebene Verträge wirksam, wenn die nach der Rechtsmittelrichtlinie zulässigerweise eingeführten Rechtsmittelfristen abgelaufen sind.

Unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV vergebene Verträge sind im Umfang des Verstoßes gegen die Vorschrift nach § 134 BGB nichtig. Sich hieraus ergebende Rückforderungsansprüche auf zivilrechtlicher Grundlage sind nach Ablauf der Zehnjahresfrist gemäß Art. 17 Abs. 1 Beihilfenverfahrensverordnung nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Aus der unionsrechtlichen Verpflichtung zur Rückförderung folgende öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche, die sowohl bei zivil- als auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen bestehen, erlöschen mit Ablauf der Frist nach Art. 17 Abs. 1 Beihilfenverfahrensverordnung.

Auch im Hinblick auf die Rechtsfolgen besteht eine grundsätzliche Trennung von Beihilfen- und Vergaberecht. Selbst im ÖPNV-Bereich, in dem es mit der Verordnung 1370/2007 zum Teil eine gemeinsame Rechtsgrundlage gibt, sind die Rechtsfolgen getrennt voneinander zu prüfen. Im Fall einer rechtswidrigen Direktvergabe treten die sich hieraus ergebenden vergaberechtlichen Rechtsfolgen ein. Im Fall eines Verstoßes gegen das beihilfenrechtliche Durchführungsverbot sind hieraus die beihilfenrechtlich gebotenen Konsequenzen zu ziehen. Bei einem Zusammentreffen einer rechtswidrigen Direktvergabe mit einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot richtet sich die Rechtsfolge im Umfang des Verstoßes gegen das Beihilfenrecht allein nach dem Beihilfenrecht. Vergaberechtliche Verstöße wirken sich damit nicht per se auf die beihilfenrechtliche Bewertung einer Maßnahme aus.

VI. Ausblick

Die Arbeit belegt insgesamt, dass eine eingeschränkte Parallelität von Beihilfen- und Vergaberecht besteht, obwohl sich aus dem Primärrecht eine grundsätzliche Trennung beider Rechtsgebiete ergibt. Diese setzt sich im Sekundärrecht fort.

Somit gibt es Überschneidungen beider Rechtsgebiete. Die vorliegende Arbeit liefert zwar Lösungsansätze für Probleme innerhalb dieses Bereichs. Dennoch erscheint eine primärrechtliche Regelung des Verhältnisses von Beihilfen- und Vergaberecht wünschenswert. Insoweit sind verschiedene Ansätze denkbar: So könnte die Vergabe öffentlicher Aufträge generell vom Anwendungsbereich des Beihilfenrechts ausgenommen werden, um den Schutz des Wettbewerbs im Beschaffungsbereich allein im Bereich des Vergaberechts zu konzentrieren. Dies zöge allerdings auch einen Anpassungsbedarf des Vergaberechts nach sich. Andernfalls könnten Verträge, die aufgrund von Ausnahmen zum Vergaberecht (beispielsweise dem sog. Inhouseprivileg) direkt vergeben werden dürfen, zu marktunüblichen Konditionen abgeschlossen und damit die betreffenden Auftragnehmer in wettbewerbsverfälschender Weise begünstigt werden.

Vorzugswürdig erscheint es daher, allein die wettbewerbliche Vergabe von Aufträgen und/oder die Vergabe zu marktüblichen Bedingungen vom Anwendungsbereich des Beihilfenrechts auszunehmen. Auch eine Regelung der unabhängigen Rechtsfolgen von Verstößen gegen Beihilfen- und Vergaberecht wäre wünschenswert. Beides ergibt sich zwar bereits aus der Auslegung

des Primärrechts. Derzeit ist die Europäische Kommission jedoch skeptisch, ob ein wettbewerbliches Vergabeverfahren, das nach den Regeln des Vergaberechts abläuft, auch dann geeignet ist, eine Beihilfengewährung auszuschließen, wenn der Preiskomponente kein „großes“ Gewicht beigemessen wird.¹³ Da vergaberechtlich bei richtiger Handhabung ein Wettbewerb stattfindet, sind diese Bedenken jedoch unbegründet. Eine entsprechende Regelung könnte solchen Bedenken die Grundlage entziehen und damit für mehr Rechtssicherheit am Schnittpunkt von Beihilfen- und Vergaberecht sorgen.

¹³ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, EU-ABl. C 262/1 vom 19. Juli 2016, Rn. 96.