

WALTER FRENZ

HANDBUCH EUROPA- RECHT

BAND 3 Beihilfe-
und
Vergaberecht

 Springer

WALTER FRENZ

HANDBUCH

EUROPA- RECHT

BAND **3** Beihilfe-
und
Vergaberecht

 Springer

Handbuch Europarecht

Band 3

Beihilfe- und Vergaberecht

Walter Frenz

Handbuch Europarecht

Band 3

Beihilfe- und Vergaberecht

 Springer

Professor Dr. jur. Walter Frenz, Maître en Droit Public
RWTH Aachen
Wüllnerstraße 2
52062 Aachen
frenz@bur.rwth-aachen.de
www.rwth-aachen.de/bur

ISBN 978-3-540-31058-7 Springer Berlin Heidelberg New York

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funk- sendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Springer ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media

springer.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk be- rechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Herstellung: LE-TeX Jelonek, Schmidt & Vöckler GbR, Leipzig
Umschlaggestaltung: Erich Kirchner, Heidelberg

SPIN 11606819 64/3100YL - 5 4 3 2 1 0 Gedruckt auf säurefreiem Papier

Für Christian Andreas

(* 20. Mai 2006)

Vorwort

Wie im Vorwort zu Band 2 angekündigt, behandelt der dritte Band des Handbuchs Europarecht das Beihilfe- und Vergaberecht, also das Wettbewerbsrecht der öffentlichen Hand. Dieses Gebiet hat in jüngster Zeit einen enormen Aufschwung genommen. Das entspricht seinem erheblichen ökonomischen Gewicht. Allein die direkten Beihilfen an die Wirtschaft durch die 25 EU-Staaten beliefen sich 2004 auf ca. 62 Milliarden Euro; Spitzenreiter mit 17 Milliarden war Deutschland. Die meisten Gelder entfallen dabei nicht auf die Landwirtschaft oder den Kohlenbergbau, sondern auf das verarbeitende Gewerbe und den Dienstleistungssektor (rund 40 Milliarden). Damit hat das Beihilfenverbot eine erhebliche praktische Bedeutung für alle Wirtschaftszweige. Das gilt ebenso für das Vergaberecht. Seine Ausgestaltung bestimmt, wie öffentliche Aufträge ausgeschrieben und vergeben werden müssen. Durch diese beiden Rechtsgebiete wird damit die wirtschaftsbezogene Tätigkeit der öffentlichen Hand entscheidend geprägt. Ihr Ziel ist die Wahrung der Wettbewerbsneutralität. Dadurch besteht auch immer wieder eine enge Verbindung. Der EuGH sieht sie in seiner *Altmark*-Rechtsprechung darin, dass Ausgleichszahlungen für die Erfüllung von Gemeinwohlpflichten dann keine Beihilfe darstellen, wenn das ausführende Unternehmen über ein Vergabeverfahren ausgewählt wurde.

Sowohl das Beihilfe- als auch das Vergaberecht werden tiefgreifend durch wegweisende Urteile des EuGH geprägt. Im Beihilfenverbot betreffen sie vor allem dessen Reichweite, die durch das *PreussenElektra*-Urteil erheblich begrenzt wurde, sowie die Rückforderung. Wichtige Klarstellungen für (systemwidrige) Steuerbefreiungen brachten die Urteile *Streekgewest*, *Stadtwerke Schwäbisch Hall* und *Cassa di Risparmio di Firenze*. Im Vergaberecht führten die Entscheidungen *Stadt Halle*, *Mödling*, *ANAV/Bari* und *Carbotermo* dazu, dass die Kommunen ohne Ausschreibung nur noch Unternehmen beauftragen können, die sie ausschließlich besitzen und zumindest für die Laufzeit des Auftrages weitestgehend selbst kontrollieren. Sogar die kommunale Zusammenarbeit ruht auf unsicherem Grund (OLG Naumburg/OLG Düsseldorf). Diese vielfältige aktuelle Rechtsprechung wird systematisiert und mit den sich ergebenden Handlungskonsequenzen untersucht. Das erfolgt insbesondere im Hinblick auf das deutsche Recht.

Beide Sektoren befinden sich im Umbruch. Umso wichtiger ist das Herausarbeiten der Grundlagen. Das bisher in höchstem Maße zersplitterte Vergaberecht wurde bereits durch zwei Richtlinien auf neue Beine gestellt. Für die Nachprüfung von Vergabeverfahren stehen zwei neue Rechtsmittelrichtlinien vor der Tür (Vorschlag vom 14.6.2006). Das bislang entwickelte Richterrecht zum unterschwelligem Bereich wurde in einer Mitteilung der Kommission vom 23.6.2006 zusam-

mengeführt und konkretisiert. Für das Beihilferecht hat die Kommission in einem Aktionsplan eine tiefgreifende Umgestaltung angekündigt. Vorhandene Entwürfe sind bereits berücksichtigt. Das gilt etwa für Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsbeihilfen (s. Entwurf eines neuen Gemeinschaftsrahmens FuEuI vom 20.4.2006) Besonderes Gewicht wurde auf die systematische Einordnung sowie die Darstellung bereits verabschiedeter Rechtsakte gelegt, so der Gruppenfreistellungsverordnungen für regionale Investitionsbeihilfen und des Gemeinschaftsrahmens für Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen.

Für ihre tüchtige inhaltliche Mitwirkung danke ich sehr herzlich meinen Mitarbeiterinnen Meike Ansoerge, Erika Casimir van den Broek, Anne Dauber und Dr. jur. Andrea Kühl sowie Herrn David Roth, LL.M., der von mir zur Finanzverwaltung NRW wechselte, für die präzise formale Gestaltung des Manuskripts einschließlich des Satzes Ellen Rennen M.A., Claudia Schütt M.A. und Kristina Wimmers M.A. sowie für das Korrekturlesen auch Christiane Domagala und Sabine Domagala M.A. Ohne ihre vielfältige Unterstützung wäre dieser immer wieder von noch einzuarbeitenden aktuellen Entwicklungen geprägte Band nicht innerhalb der anvisierten Zeit fertig gestellt worden. Um aber auch einen Punkt setzen zu können, ist Bearbeitungsstand der 31.7.2006. Vor allem insoweit danke ich Frau Brigitte Reschke vom Springer-Verlag für ihre zeitliche Flexibilität.

Gerade dieser Band behandelt Rechtsmaterien mit stetigen Neuerungen. Daher bin ich diesmal für Hinweise und Anregungen besonders dankbar. Bitte wenden Sie sich an:

Univ-Prof. Dr. jur. Walter Frenz
RWTH Aachen
Wüllnerstr. 2
52062 Aachen
T: (0241) 80-95691
e-mail: frenz@bur.rwth-aachen.de

Aachen, im September 2006

Walter Frenz

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	LXI
Teil I Beihilferecht	1
Kapitel 1 System des Beihilferechts und seine Bedeutung	3
§ 1 Funktion und Grundaufbau.....	3
§ 2 Struktur des Beihilfetatbestands.....	9
§ 3 Bedeutung für nationale Beihilfen.....	23
§ 4 Bedeutung für Gemeinschaftsbeihilfen.....	25
§ 5 Sonderregelungen.....	29
§ 6 Internationales Subventionsrecht.....	45
Kapitel 2 Begünstigung als Grundelement des Beihilfebegriffs	51
§ 1 Weites Verständnis der Begünstigung.....	51
§ 2 Finanzielle Zuwendungen und Garantien.....	57
§ 3 Vertragliche Vergünstigungen.....	85
§ 4 Systemwidrige Befreiungen.....	114
§ 5 Unterstützung gemeinwohlbezogener Dienste.....	147
§ 6 Öffentlich-rechtlicher Rundfunk.....	169
§ 7 Infrastrukturmaßnahmen.....	178
§ 8 Bedeutung einer Beteiligung an Selbstverpflichtungen.....	183
§ 9 Einbettung staatlicher Begünstigung in einen Zertifikathandel.....	186
Kapitel 3 Selektive staatliche Begünstigung	191
§ 1 Dreifache Begrenzung des Beihilfebegriffs.....	191
§ 2 Belastung des staatlichen Haushalts.....	196
§ 3 Rückführbarkeit der Begünstigung auf den Staat.....	209
§ 4 Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige.....	217
Kapitel 4 Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung	243
§ 1 Wettbewerbsverfälschung.....	243
§ 2 Grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung.....	254
§ 3 De-minimis-Verordnung.....	259

Kapitel 5 Ausnahmen	263
§ 1 System	263
§ 2 Zwingende Einzelausnahmen	263
§ 3 Fakultative Einzelausnahmen	270
§ 4 Ratsentscheidung in außergewöhnlichen Fällen	376
§ 5 Freistellung für gemeinwohlbezogene Dienstleistungen	378
Kapitel 6 Beihilfeverfahren	405
§ 1 Zuständigkeiten von Kommission und Rat	405
§ 2 Anwendungsbereich der Beihilfeverfahrensverordnung	409
§ 3 Das Genehmigungsverfahren	412
§ 4 Die Kontrollverfahren	429
§ 5 Nach einer Entscheidung	446
§ 6 Allgemeine Regelungen	448
§ 7 Verbleibende Bedeutung nationaler Stellen	450
Kapitel 7 Rücknahme von Beihilfen	453
§ 1 Kommissionsentscheidung.....	453
§ 2 Vollzug durch nationale Behörden	462
§ 3 Rückerstattung zu Unrecht zurückgeforderter Beihilfen	477
§ 4 Rückgriffsmöglichkeiten?	485
§ 5 Rücknahme von Gemeinschaftsbeihilfen durch nationale Behörden	488
Kapitel 8 Rechtsschutz in Beihilfesachen	493
§ 1 Allgemeiner Rahmen.....	493
§ 2 Rechtsschutz vor den Gemeinschaftsgerichten	494
§ 3 Rechtsschutz vor nationalen Gerichten.....	511
Teil II Vergaberecht	523
Kapitel 9 Allgemeiner Rahmen des Vergaberechts	525
§ 1 Bedeutung im Gefüge des Gemeinschaftsrechts	525
§ 2 Primärrechtliches Vergabeeuroparecht	533
§ 3 Konkretisierung	573
§ 4 Internationales Vergaberecht	583
§ 5 Entwicklung des Sekundärrechts	587
§ 6 Allgemeiner Prüfungsaufbau	607
Kapitel 10 Ausschreibungspflichtige Vorgänge	609
§ 1 Allgemeiner Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien	609
§ 2 Öffentlicher Auftrag	614
§ 3 Schwellenwerte	654
§ 4 Ausnahmetatbestände in den Richtlinien	670
Kapitel 11 PPP- und Inter-state-Konstellationen	701
§ 1 Begrifflichkeit und Abgrenzung.....	701
§ 2 In-house-Geschäfte.....	703

§ 3	Veräußerung von Gesellschaftsanteilen und Gründung von Gesellschaften.....	735
§ 4	Interkommunale Zusammenarbeit und Inter-state-Geschäfte	751
§ 5	Dienstleistungskonzession	769
Kapitel 12	Öffentliche Auftraggeber und mögliche Bieter.....	779
§ 1	Öffentlicher Auftraggeber	779
§ 2	Bieter als Auftragnehmer.....	845
Kapitel 13	Maßgebliche Kriterien	863
§ 1	Grundsystem	863
§ 2	Eignungskriterien.....	867
§ 3	Zuschlagskriterien	876
§ 4	Vergabefremde Kriterien	890
Kapitel 14	Vergabeverfahren	915
§ 1	Offenes Verfahren	915
§ 2	Nichtoffenes Verfahren.....	929
§ 3	Verhandlungsverfahren	932
§ 4	Wettbewerblicher Dialog	940
§ 5	Verfahren in Sondergebieten	953
§ 6	Veröffentlichungen	957
§ 7	Ablauf des Verfahrens.....	977
§ 8	Elektronische Auktionen.....	979
Kapitel 15	Nachprüfung.....	985
§ 1	Wirksame und rasche Nachprüfung	985
§ 2	Antragsbefugnis bei behauptetem Rechtsverstoß.....	994
§ 3	Nachprüfungsansätze	1000
§ 4	Zuständige Instanzen	1006
§ 5	Rechtsfolgen	1008
§ 6	Nachprüfung durch die Kommission.....	1016
§ 7	Bescheinigungsverfahren.....	1019
§ 8	Schlichtung.....	1020
§ 9	Rechtsschutz im Unterschwellenbereich.....	1022
§ 10	Rechtsschutz gegen eine Aufhebungsentscheidung.....	1026
	Literaturverzeichnis.....	1033
	Rechtsprechungsverzeichnis (EuGH, EuG)	1073
	Verzeichnis der Kommissionsentscheidungen	1085
	Vorschriftenverzeichnis	1089
	Sachwortverzeichnis	1101

Inhaltsverzeichnis

- Abkürzungsverzeichnis..... LXI**
- Teil I Beihilferecht 1**
- Kapitel 1 System des Beihilferechts und seine Bedeutung 3**
- § 1 Funktion und Grundaufbau 3**
 - A. Bedeutung im System des Wettbewerbsrechts 3
 - B. Verbindung zu den Grundfreiheiten 4
 - I. Faktischer Zusammenhang 4
 - II. Abgrenzung 5
 - 1. Parallele Anwendbarkeit 5
 - 2. Schwerpunktbildung 5
 - 3. Diskriminierungsverbot 6
 - 4. Grundsätzliche Gleichrangigkeit 6
 - C. Verbindung zu den Grundrechten 7
 - I. Berufs- und Unternehmerfreiheit 7
 - II. Eigentumsfreiheit 8
 - III. Grundrechtskonforme Handhabung 8
 - IV. Schutzpflichten und Zurückhaltung 8
- § 2 Struktur des Beihilfetatbestands 9**
 - A. Grundansatz im Vergleich zu den Grundfreiheiten 9
 - I. Grundschemata 9
 - II. Systematisch prägender Verbotstatbestand 9
 - III. Bedeutung der beeinträchtigenden Wirkung 10
 - IV. Unterschiedliche Durchsetzung 11
 - B. Anwendungsbereich 11
 - I. Sachlicher Anwendungsbereich 11
 - 1. Begünstigung, Staatlichkeit und Selektivität als Eckpunkte 11
 - 2. Sachgebietspezifische Begrenzungen 12
 - 3. Wettbewerbsbezogene Begrenzungen 13
 - a) Beeinträchtigende Wirkung als weitere Verengung 13

b) Rule of Reason und Wettbewerbsförderung.....	14
II. Räumlicher Anwendungsbereich.....	15
1. Begrenzte Territorialgewalt der Kommission.....	15
2. Staatliche Gewährung als Ausgangspunkt.....	16
3. Begrenzte Relevanz der Auswirkungen.....	16
4. Notwendiger doppelter EU-Bezug.....	16
III. Zeitlicher Anwendungsbereich.....	17
C. Rechtfertigende Ausnahmen.....	17
I. Einordnung.....	17
II. Limitierung und keine Erweiterung um die <i>Cassis</i> -Formel.....	18
III. Binnenstruktur.....	19
D. Prüfungsschema.....	20
E. Weitere Entwicklung.....	21
§ 3 Bedeutung für nationale Beihilfen.....	23
A. Umfassende Kontrolle.....	23
B. Anmeldeverfahren.....	24
§ 4 Bedeutung für Gemeinschaftsbeihilfen.....	25
A. „Staatlich“ als mitgliedstaatlich.....	25
B. Grenzen für Gemeinschaftsorgane.....	25
I. Spezielle Vorschriften.....	25
II. Gemeinschaftsorgane als primär Verpflichtete.....	26
III. Vergleich mit den Grundfreiheiten.....	26
IV. Effektiver Wettbewerbsschutz.....	27
V. Besonderheiten aufgrund der Struktur des Beihilfenverbotes.....	27
VI. Beihilfenverbot als Grundentscheidung.....	28
§ 5 Sonderregelungen.....	29
A. Verkehrssektor.....	29
I. Rahmen.....	29
II. Erweiterung der Beihilfekonformität.....	30
1. Koordinierung des Verkehrs.....	30
2. Abgeltung besonderer Leistungen.....	31
a) Zusammenhang mit der <i>Altmark</i> -Rechtsprechung.....	31
b) Art. 86 Abs. 2 EG als Hilfsmaßstab.....	31
c) Konkretisierende Verordnungen.....	33
III. Verkehrsspezifischer Verbotstatbestand.....	33
1. Begrenzte Spezialvorschrift.....	33
2. Ausklammerung der Wettbewerbstarife.....	34
3. Unterstützungstarife.....	35
4. Verfahren und Rechtsschutz.....	36

5. Entscheidungsspielraum der Kommission	36
B. Landwirtschaft	37
I. Primärrechtliches Sonderregime	37
II. Sekundärrechtliche Ausgestaltung	38
III. Folgen	41
1. Sekundärrechtliche Begrenzung nationaler Beihilfen	41
2. Beihilferechtliche Grenzen	42
3. Gemischte und Gemeinschaftsbeihilfen	43
C. Kohle und Stahl	44
D. Atomkraft	44
E. Maßnahmen im Sicherheitsbereich	44
§ 6 Internationales Subventionsrecht	45
A. GATT	45
B. WTO-Subventionsübereinkommen von 1994	46
I. Anwendungsbereich	46
II. Verbotene, anfechtbare und unanfechtbare Subventionen	46
III. Vorgehensmöglichkeiten	47
IV. Verdrängung des GATT	48
C. Bedeutung für das Gemeinschaftsrecht	49
Kapitel 2 Begünstigung als Grundelement des Beihilfebegriffs	51
§ 1 Weites Verständnis der Begünstigung	51
A. Grundlagenfunktion	51
B. Umfassende Konzeption	52
C. Fehlen marktgerechter Gegenleistung oder allgemeiner kompensierender Belastung	53
D. Formenvielfalt	54
E. Market-Economy-Investor-Test	56
§ 2 Finanzielle Zuwendungen und Garantien	57
A. Auftreten	57
B. Staatliche Kapitalzufuhren	58
I. Relevante Konstellationen	58
II. Abgrenzung zu Darlehen	60
III. Market-Economy-Investor-Test	62
1. Zukunftsbezogener Ansatz	62
2. Typische Fälle	63
3. Negative Indizien	63
4. Transparenz als Grundlage	64

IV.	Beurteilungsspielraum.....	65
1.	Ex-ante-Rentabilitätsbetrachtung.....	65
2.	Beschränkung auf wirtschaftliche Aspekte.....	66
V.	Risikokapitalmaßnahmen.....	68
C.	Begünstigung durch Quersubvention.....	69
D.	Bürgschaften.....	70
I.	Einzelfallbezogene Betrachtung.....	70
II.	Die Begründung einer Beihilfe im Einzelnen.....	71
1.	Bürgschaftsmitteilung.....	71
2.	Beihilfecharakter von Bürgschaften als solchen.....	73
3.	Bürgschaftsbedingungen als Beihilfe.....	74
4.	Günstigere Refinanzierung als Vorteil.....	75
5.	Beihilfe für den Kreditgeber.....	75
a)	Ansätze.....	75
b)	Begünstigende Konditionen.....	76
c)	Abnahme des Ausfallrisikos.....	77
6.	Konsequenzen der Beihilferechthwidrigkeit für den Bürgschaftsvertrag.....	78
E.	Garantien zugunsten öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute.....	79
I.	Wirkung wie Bürgschaften.....	79
II.	Gewährträgerhaftung.....	80
III.	Anstaltslast.....	80
IV.	Beurteilung noch bestehender Ausfallhaftungen.....	81
F.	Ausfuhrkreditversicherungen.....	82
I.	Begünstigte.....	82
II.	Marktfähige Risiken.....	83
III.	Nicht marktfähige Risiken.....	84

§ 3 Vertragliche Vergünstigungen 85

A.	Darlehen.....	85
I.	Market-Economy-Investor-Test.....	85
II.	Zinssatz.....	86
III.	Zusammenschau mit Sicherheiten.....	87
IV.	Weitere Aspekte.....	89
B.	Kaufverträge.....	89
I.	Parallelen zum Vergaberecht.....	89
II.	Immobilienverkäufe durch die öffentliche Hand.....	90
1.	Reichweite der Grundstücksmitteilung.....	90
2.	Verkauf durch bedingungsfreies Bietverfahren.....	92
3.	Verkauf ohne bedingungsfreies Bietverfahren.....	93
a)	Formelle Anforderungen an die Preisfestlegung ohne bedingungsfreies Bietverfahren.....	93
b)	Materielle Anforderungen an die Festlegung des Marktwertes... ..	94