

Dr. Lorenz Jellinghaus

Beihilfenkonforme Verwirklichung von Infrastrukturvorhaben

Berlin, den 14. Mai 2009

Überblick

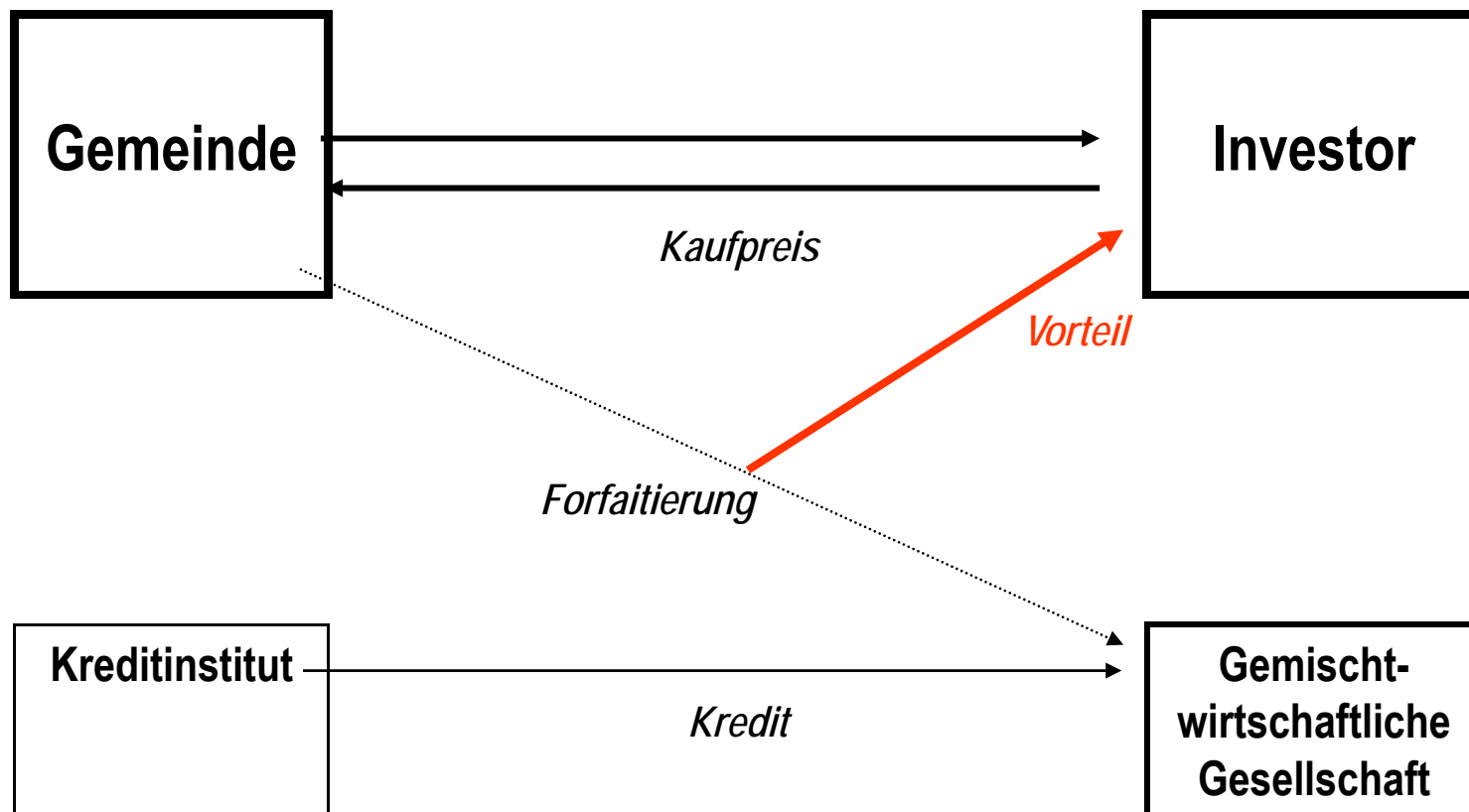
- I. Aufgabenstellung**
- II. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Beihilfenrecht**
- III. Ausschluss von Beihilfenelementen bei der Beschaffung von Leistungen**
- IV. Ausschluss von Beihilfenelementen bei PPP Vorhaben**

I. Aufgabenstellung

Infrastrukturvorhaben und Beihilfenrecht

- **Begriff der Infrastruktur: Gesamtheit der Bevölkerung ist auf Infrastruktureinrichtungen angewiesen; Kennzeichen einer technisch-industrialisierten Gesellschaft**
- **Klassische Felder der Infrastruktur sind u.a. die Bereiche der kommunalen Ver- und Entsorgung**
- **Mit Einbindung Privater in die Infrastrukturorganisation steigt die Bedeutung von Vergabe- und Beihilfenrecht**
- **Besonders komplex sind rechtliche Anforderungen bei PPP Vorhaben (und hier bei sog. gemischt- wirtschaftlichen Gesellschaften)**

PPP Modell: Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft mit Forfaitierung



Kennzeichen einer sog. gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft

- **Öffentliche Hand bleibt Mehrheitsgesellschafter**
- **Überwiegend anzutreffen in der Ver- und Entsorgungswirtschaft**
- **Kombination von Anteilsveräußerung (Verkauf) und langfristiger Beauftragung des Unternehmens (Beschaffung)**
- **Aufgabenstellung: Wie kann sichergestellt werden, dass bei der Gründung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften das Beihilfenrecht beachtet wird?**

II. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Beihilfenrecht

Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Beihilfevorschriften



Zu beachten:

- formelle Vorschriften (Art. 88 III 3 EGV)
= Notifizierungspflicht
- materielle Vorschriften (z.B. Art. 88 II EGV)

Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 134 BGB:

§ 134 BGB Gesetzliches Verbot

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

Art. 88 III EGV als gesetzliches Verbot

Art. 88 EGV: Kontrolle und Maßnahmen gegen unstatthafte Beihilfen

1.
2.
3. **Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Art. 87 mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat.**

BGH: Art. 88 III EGV ist ein gesetzliches Verbot:

Folgende Voraussetzungen müssen gegeben sein:

- **Formell: Fehlende Einbindung der Kommission entgegen Art. 88 III EGV**
- **Materiell: Negativentscheidung der Kommission**

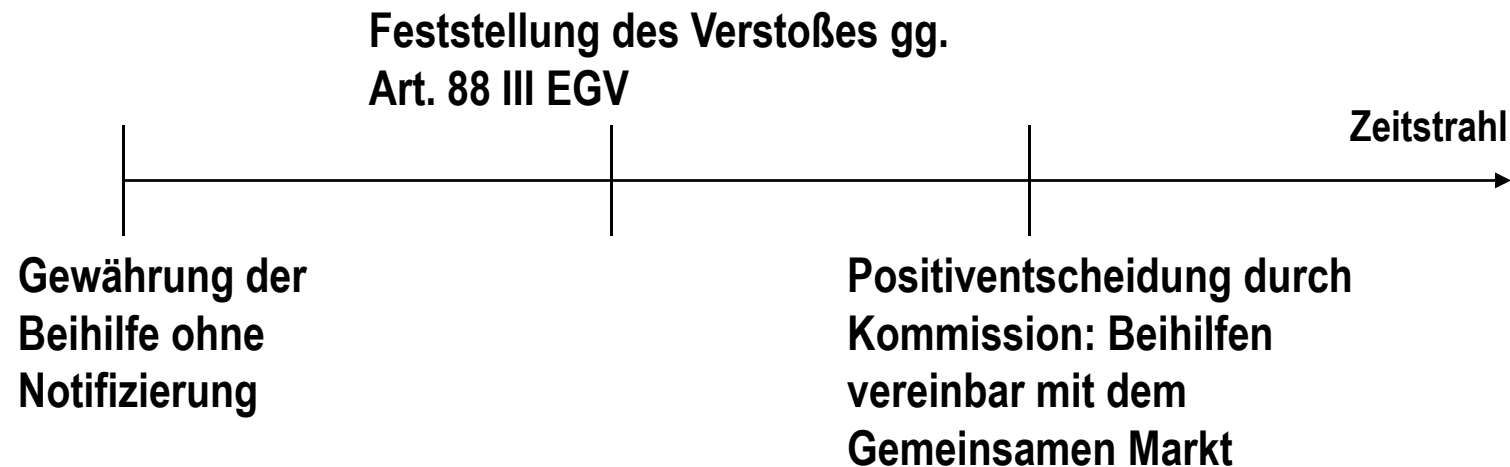
➡ Rechtsfolge: Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB

(BGH, Urteil vom 04.04.2003 – V 314/02;

BGH, Urteil vom 20.01.2004 – XI ZR 53/03;

BGH, Urteil vom 05.07.2007 – IX ZR 221/05)

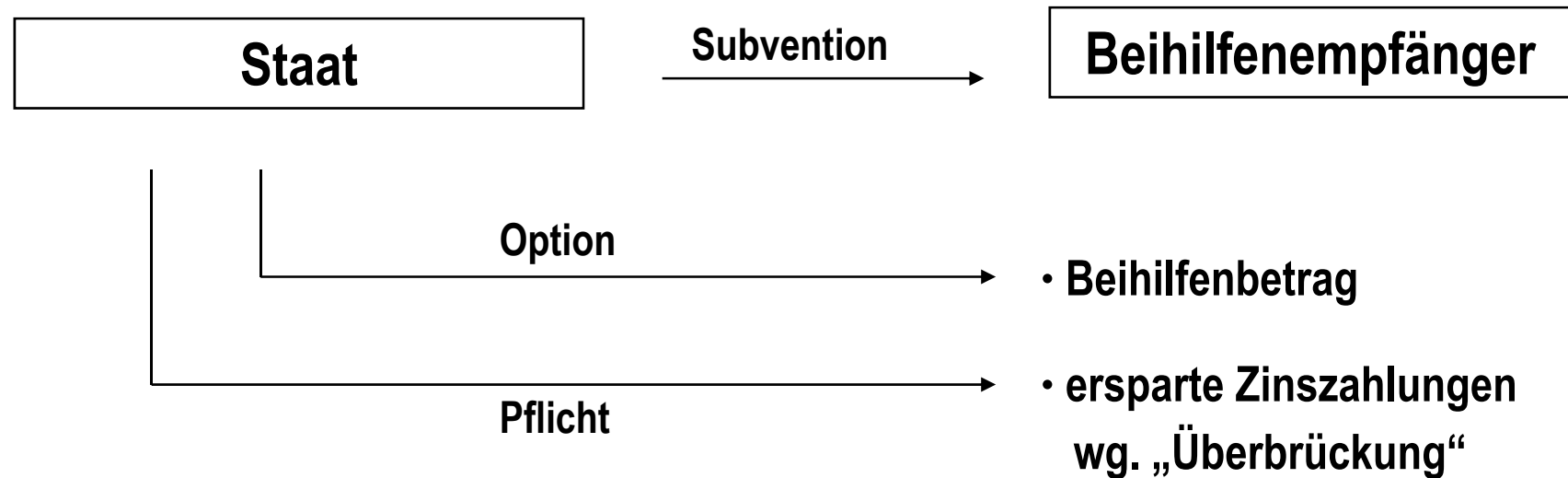
EuGH – Urteil CELF (Urteil vom 12.02.2008, C – 199/06)



➔ **formeller Verstoß +**

➔ **materieller Verstoß -**

EuGH-Urteil CELF (Urteil vom 12.02.2008, C – 199/06)

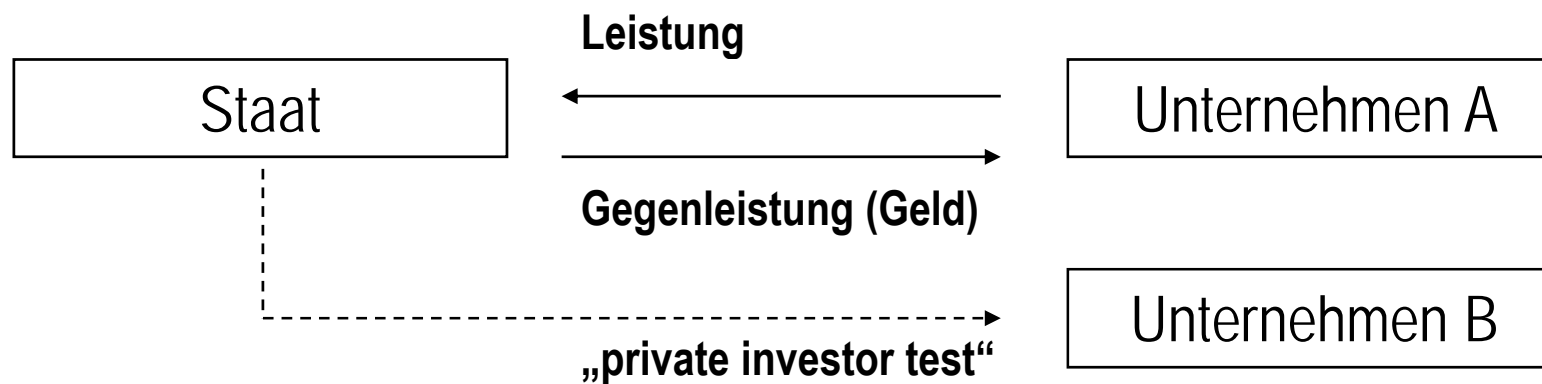


Beachte: Kein Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung des BGH zu § 134 BGB i.V.m. Art. 88 III 3 EGV

III. Ausschluss von Beihilfenelementen bei der Beschaffung von Leistungen

Beihilfenrecht in Ausschreibungen

Fall 1: Beschaffung von Waren



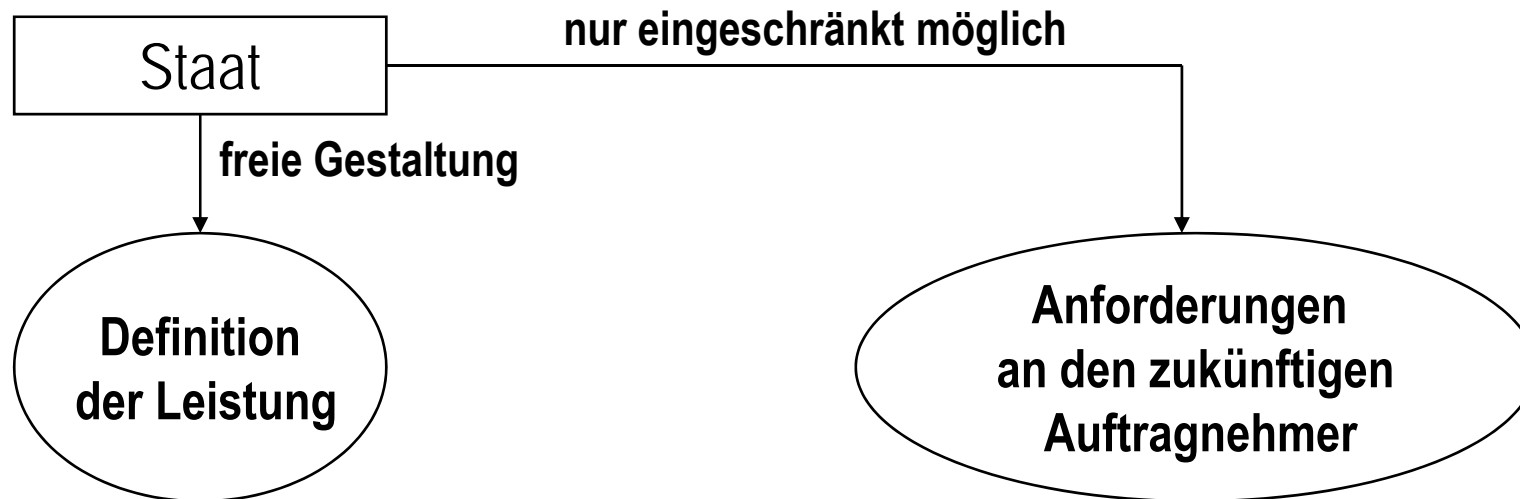
Staat als Käufer: Zu hoher Kaufpreis?

➔ wurde ein Marktpreis vereinbart?

Methode zur Ermittlung des Marktpreises

- **Beschaffungsvorgang regelmäßig ausschreibungspflichtig (Ausnahmen: § 100 GWB)**
- **Grundsatz: Ausschreibung kreiert einen Wettbewerb um die Leistung: Vielzahl von Anbietern**
- **Ausschreibung vorrangiges Instrument zur Erzielung eines Marktpreises (EuGH Altmark Trans)**
- **Problem: Schließt jedes Vergabeverfahren tatsächlich den Beihilfencharakter aus?**

Vergabefremde Aspekte in Ausschreibungen



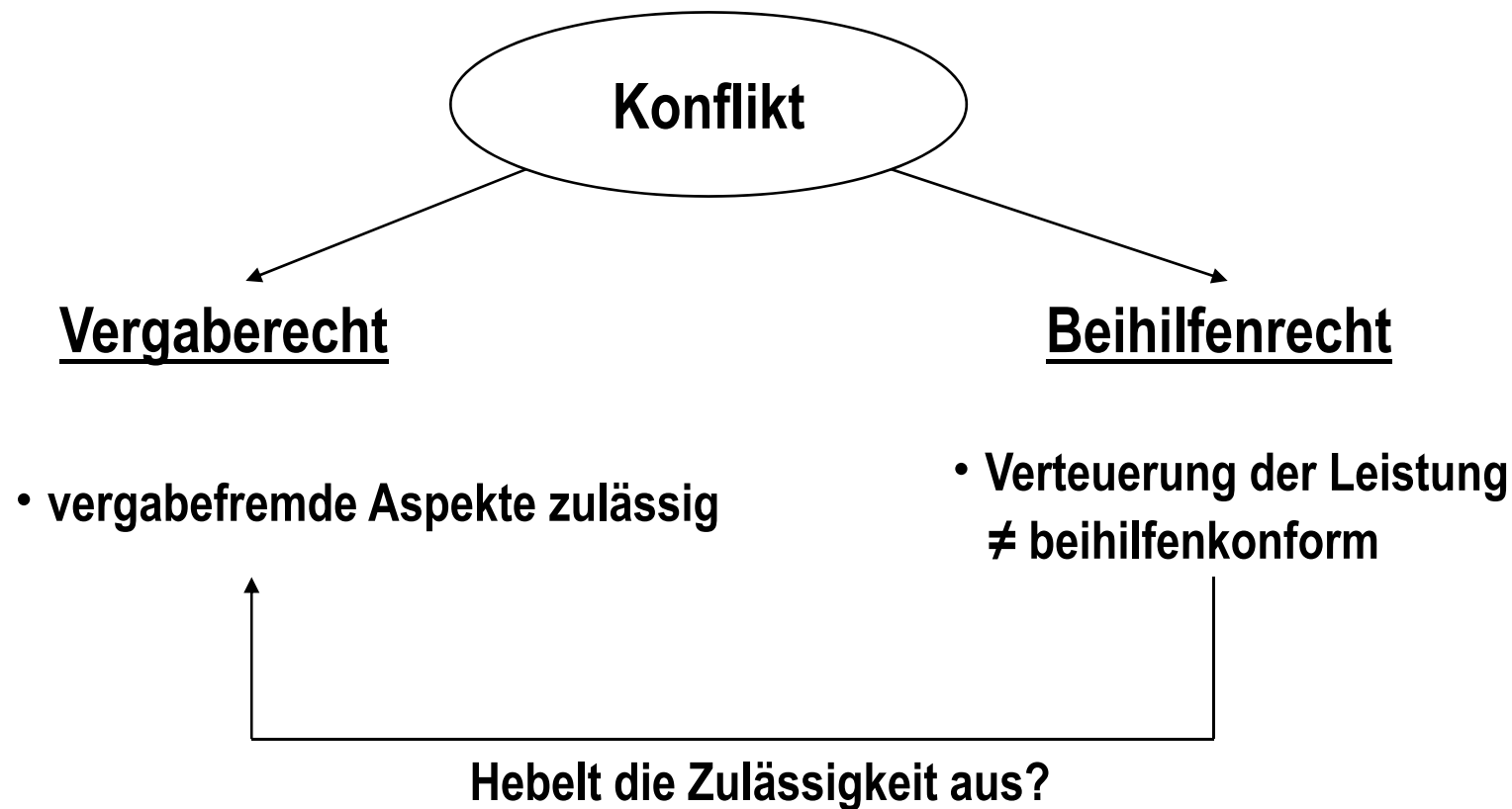
Beispiel:

- Leistung hat umweltbezogen zu erfolgen
- ➔ Keine Auswirkungen auf den Marktpreis

Sog. vergabefremde Kriterien:

- Tariftreue
- Umweltstandards
- soziale Aspekte
- ➔ Marktpreis wird nicht erzielt?

Sind Ausschreibungen mit vergabefremden Kriterien beihilfenkonform?



Vergleich von Vergabe- und Beihilfenrecht

Vergaberecht	Beihilferecht
<ul style="list-style-type: none"> ▪ abgeleitet aus den Grundfreiheiten 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ verankert im Wettbewerbsrecht der EG
<ul style="list-style-type: none"> ▪ zuständig: Generaldirektion Binnenmarkt 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ zuständig: Generaldirektion Wettbewerb
<ul style="list-style-type: none"> ▪ sekundärrechtlich ausgestaltet durch Richtlinien (aktuell: RL 2004/18/EG und 2004/17/EG) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ primärrechtlich verankert (Art. 87-89 EGV)
<ul style="list-style-type: none"> ▪ hohe Regulierungsdichte 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ niedrige Regulierungsdichte
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ziel: Sparsame und wirtschaftliche Beschaffung 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ziel: Sicherung fairer Wettbewerbsbedingungen

Auflösung des Konfliktes zwischen Beihilfenrecht und Vergaberecht

- **Kein Vorrang des Vergaberechts (str.)**
- **Beihilfenrecht ist selbständiges Rechtsregime (EuGH RS C-21/88; EuGH RS C-351/88)**
- **In Ausschreibungsverfahren sind beihilfenrechtliche Anforderungen neben den vergaberechtlichen Anforderungen zu beachten**
- **Preis muss als Zuschlagskriterium ein gewisses Gewicht haben: Einzelfallabwägung!**



Bei Einhaltung der Anforderungen wird in Vergabeverfahren ein Marktpreis erzielt

Beschaffung ohne Ausschreibungsverfahren

Bestimmte Beschaffungsvorgänge sind vom Vergabeverfahren ausgenommen (§ 100 Abs. 2 GWB)

- ➔ Marktpreis kann nicht über eine Ausschreibung ermittelt werden**
- ➔ Sachverständigengutachten erforderlich:**
 - **Untersuchung anhand allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsmaßstäbe**
 - **Entgelt entspricht dem zu zahlenden Mindestpreis**

IV. Ausschluss von Beihilfenelementen bei PPP Vorhaben

Besonderheiten bei PPP Vorhaben

- **Wichtiger Anwendungsfall bei PPP Vorhaben ist die Gründung einer gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft**
- **Kombination: Beschaffung von Leistungen und Veräußerung von Gesellschaftsanteilen**
- **Unterschiedliche beihilfenrechtliche Vorgaben sind zu beachten**

Beihilfenrechtliche Vorgaben bei PPP Projekten

- **Beschaffungsseite**
 - Leistung wird zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit beschafft
 - Altmark- Trans Rechtsprechung legt dazu Maßstab fest
 - Die vier „Altmark – Kriterien“ müssen erfüllt sein, um Beihilfencharakter tatbestandlich auszuschließen
 - Demnach sind die Kosten für die Leistung vorrangig durch ein Ausschreibungsverfahren zu ermitteln
- **Veräußerungskomponente**
 - Für Veräußerung der Gesellschaftsanteile ist ein Marktwert zu erzielen
 - Maßgeblich für dessen Bestimmung ist die Praxis der EU Kommission (zusammengefasst im 23. Wettbewerbsbericht)
 - Vorrangig ist ein offener, transparenter und bedingungsfreier Ausschreibungswettbewerb

Zusammenfassung

- **Bei PPP Projekten sollen Beihilfenelemente vorrangig über Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden**
- **Beihilfenrecht stellt eigene Anforderungen an Ausschreibungsverfahren (h.M.)**
- **Derzeit nicht in allen Einzelheiten klar, wie Ausschreibungsverfahren auszugestalten ist: Besondere Schwierigkeiten bereitet das Kriterium der „Bedingungsfreiheit“**
- **Handhabung der EU Kommission zu diesem Kriterium bisher nicht einheitlich**
- **Trotz EuGH Urteil Altmark- Trans bleibt Rechtsunsicherheit**