

PETER FRIEDRICH BULTMANN

Beihilfenrecht
und Vergaberecht

Jus Publicum

109

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 109



Peter Friedrich Bultmann

Beihilfenrecht und Vergaberecht

Beihilfen und öffentliche Aufträge
als funktional äquivalente Instrumente
der Wirtschaftslenkung – ein Leistungsvergleich

Mohr Siebeck

Peter Friedrich Bultmann, geboren 1971. Nach Studium in Tübingen und Berlin Erstes Juristisches Staatsexamen 1995; 1998 Promotion mit der Arbeit „Lokale Gerechtigkeit im Einbürgerungsrecht“; nach Referendariat in Berlin, Speyer und Brüssel Zweites Juristisches Staatsexamen 1999; 1999–2002 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Anwaltsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2002–2004 Forschungsstipendiat der Deutschen Forschungsgemeinschaft; WS 2003/2004 Habilitation, *venia legendi* für Öffentliches Recht, Europarecht, Verwaltungswissenschaften und Rechtssoziologie.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-157973-8 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148437-1

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Olga

Vorwort

Die Untersuchung ist aktuell, weil sie schwerpunktmäßig die Rechtsgebiete des Beihilfen- und des Vergaberechts behandelt. Diese Rechtsgebiete sind eng an die wirtschaftliche Entwicklung gekoppelt, und sie entwickeln sich daher wie diese dynamisch. Über diese Rechtsgebiete zu schreiben ist, als würde man die Besetzung der Parkplätze in einem mehrstöckigen Parkhaus detailliert beschreiben, während ständig zahllose Autos ein- und ausparken. Ferner ist die Untersuchung zeitgemäß, weil sie angesichts der kaum noch fassbaren Staatsverschuldung den Versuch unternimmt, das haushaltsrechtliche Prinzip der Wirtschaftlichkeit ernst zu nehmen und rechtlich weiter zu institutionalisieren.

Die Untersuchung ist darüber hinaus von einiger Haltbarkeit, da sie ein Beispiel bietet für die komplexe Methodik eines „Leistungsvergleichs“ zwischen verschiedenen rechtlichen Instrumenten. Verschiedene Rechtsvorschriften werden in der Rechtsvergleichung vor dem Hintergrund der gleichen Probleme untersucht, die diese Rechtsvorschriften lösen sollen. In der Rechtsgeschichte werden alte und neue Rechtsvorschriften vor dem Hintergrund gleicher oder gewandelter Probleme verglichen. Die Vergabe von Beihilfen und von öffentlichen Aufträgen begegnet unterschiedlichen, aber weitgehend auch vergleichbaren Problemen. Die gleichen oder jedenfalls ähnlichen Probleme können also auch das *tertium comparationis* sein für einen Leistungsvergleich zwischen geltenden Rechtsvorschriften derselben Rechtsordnung. Auf diesem Wege liegt die These von einer funktionalen Äquivalenz von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen nahe. Wie weit diese These trägt, und welche Folgerungen sich daraus ergeben, ist der Gegenstand der Untersuchung.

Mein verehrter Lehrer, Herr Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis, gab mir alle wissenschaftliche Freiheit und war gleichzeitig immer bereit, mir mit seinem wertvollem Rat zur Seite zu stehen. Für diese ideale Förderung meiner Habilitation bin ich ihm sehr dankbar und verbunden. Herr Professor Dr. Ingolf Pernice erstellte zügig ein engagiertes Zweitgutachten, mit dessen Hilfe ich die Arbeit an mehreren Stellen verbessern konnte. Dafür möchte ich meinen aufrichtigen Dank sagen. Weiter danke ich den Herren Prof. Dres. Christian Kirchner, Thomas Raiser und Gunnar Folke Schuppert, die meinen Förderungsantrag bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft unterstützten und mir bei dieser Gelegenheit wertvolle Anregungen gaben. Nützliche Hinweise zum Vergaberecht verdanke ich schließlich Herrn Hendrik Kaelble.

Ein Dank anderer Art, aber mit einem vergleichbaren Gewicht geht an die Deutsche Forschungsgemeinschaft sowie die anonymen Fachgutachter, die mit meinen Anträgen befasst waren. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat die Erstellung der Untersuchung durch ein zweijähriges Forschungsstipendium und ihr Erscheinen durch eine großzügige Druckkostenbeihilfe unterstützt.

Ich widme dieses Buch meiner Frau Olga, die mich aufmerksam begleitete während der guten Jahre meiner Habilitation an der Humboldt-Universität zu Berlin.

P.F. Bultmann

Berlin im Frühjahr 2004

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	1
§ 2 Das Recht der Beihilfen und beihilfenähnlichen Staatshilfen	21
§ 3 Das Recht der öffentlichen Aufträge	58
§ 4 Wirtschaftslenkung durch öffentliche Aufträge	93
§ 5 Funktionale Äquivalenz von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen	139
§ 6 Leistungsvergleich zwischen Beihilfen und öffentlichen Aufträgen	175
§ 7 Grundrechte und Wirtschaftslenkung	193
§ 8 Wirksamkeit der Wirtschaftslenkung	239
§ 9 Nebenwirkungen der Wirtschaftslenkung	321
§ 10 Ergebnisse des Leistungsvergleichs	342
§ 11 Zusammenfassung und Folgerungen	348
Literaturverzeichnis	360
Sachregister	395

Inhaltsverzeichnis

§1 Einleitung	1
A. <i>Gegenstand und Erkenntnisziel der Untersuchung</i>	1
I. Kurze Zusammenfassung der Ausgangsgedanken	1
II. Entfaltung der Ausgangsgedanken	2
1. Beihilfen und öffentliche Aufträge sind funktional aus- tauschbar	2
a) Funktionale Ähnlichkeit von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen	2
b) Funktionale Äquivalenz von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen	4
2. Ein Leistungsvergleich zwischen beiden Lenkungs- instrumenten	5
a) Wirtschaftswissenschaftliche Perspektive	6
b) Rechtswissenschaftliche Perspektive	9
B. <i>Voraussetzungen der staatlichen Wirtschaftslenkung</i>	10
I. Nationales Recht	10
II. Gemeinschaftsrechtliche Spielräume nationaler Wirtschafts- lenkung	11
C. <i>Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes</i>	12
I. Wirtschaftslenkung	12
II. Nicht WTO-Recht	12
III. Nicht Gemeinschaftsbeihilfen oder -auftragsvergabe	13
IV. Nicht die Frage, ob überhaupt ein öffentlicher Auftrag oder Beihilfen vergeben werden sollen.	13
V. Nicht schwerpunktmäßig öffentliche Unternehmen	14
1. Öffentliche Unternehmen als Instrumente der Wirtschafts- lenkung	14
2. Öffentliche Unternehmen als wirtschaftslenkende Akteure	17
VI. Nicht Rechtsschutz	18
D. <i>Gang der Untersuchung</i>	19

§ 2 Das Recht der Beihilfen und beihilfenähnlichen Staats- hilfen	21
A. <i>Überblick: Kurze Charakteristik des Beihilferechts</i>	21
I. Grundlagen des Beihilfenrechts	22
1. Phänomenologie der Beihilfenvergabe	22
2. Grundstruktur des Beihilfenrechts	22
II. Jüngere Entwicklung	24
B. <i>Das EG-Beihilfenrecht</i>	26
I. Anwendungsbereich: der Begriff der Beihilfen	26
1. „Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“	27
2. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktions- zweige	27
a) Selektiver Charakter	28
b) Ausnahme: Private-investor-Test (PIT)	29
c) Ausnahme: Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen	30
d) Ausnahme: Mittelvergabe im Wettbewerb	31
3. Verfälschende Wirkung auf den Wettbewerb und den Handel	33
a) Verhältnis der beiden Tatbestandsmerkmale zueinander	33
b) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung erforder- lich?	34
c) Spürbarkeit und nicht-vertragliche Ausgleichszahlungen	37
4. Beihilfen und beihilfenähnliche Staatshilfen	38
II. Ausnahmen vom grundsätzlichen Beihilfenverbot des Art 87 I EG	40
III. Das EG-Beihilfenkontrollverfahren	41
C. <i>Nationales Beihilfenrecht</i>	43
I. Überblick	43
II. Arten und Rechtsformen von staatlichen Beihilfen	44
III. Zwecke im nationalen Beihilfenrecht	48
D. <i>Vergleich der Förderarten</i>	49
I. Die fünf Beihilfenarten im Vergleich	50
1. Förderintensität	50
2. Grundsätze für die Wahl einer Beihilfenart	51
3. Insbesondere Steuervergünstigungen	52
II. Die fünf Arten beihilfenähnlicher Staatshilfen im Vergleich	54
III. Das Desiderat einer wettbewerbskonformen Beihilfenvergabe	55

§3 Das Recht der öffentlichen Aufträge	58
<i>A. Überblick: Kurze Charakteristik des Vergaberechts</i>	58
I. Grundlagen des Vergaberechts	58
1. Phänomenologie der öffentlichen Auftragsvergabe	58
2. Das vergaberechtliche Regelwerk	60
3. Das „Ob“ der Auftragsvergabe	65
4. Interessenstruktur bei der öffentlichen Auftragsvergabe	65
a) Analyse der Interessen und ihrer Verwirklichung	65
b) Zwecke des Vergaberechts	66
II. Jüngere Entwicklung	67
1. Hintergrund	67
2. Die neue Vergaberichtlinien 2004/18/EG	69
3. Stand der Rechtsdogmatik	70
<i>B. Das Vergabeverfahren</i>	71
I. Überblick	71
II. Vergabeunterlagen, Bewerbungsbedingungen, Verdingungs- unterlagen, Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen	74
III. Die Vergabeverfahrensarten	75
IV. Bekanntmachung	76
V. Fristen	77
VI. Der Eröffnungstermin	78
VII. Die Wertung der Angebote	79
1. Überblick	79
2. Eignungskriterien	80
a) Begriff der Eignung von Bietern und Bewerbern	80
b) Nachweise der Eignung von Bietern und Bewerbern	81
c) Beurteilungsspielraum bei der Eignungsprüfung	81
3. Zuschlagskriterien	82
VIII. Der Zuschlag und seine Rechtsfolge	84
IX. Die Preisverordnung Nr 30/53	85
<i>C. Einzelheiten zur neuen Vergaberichtlinie RL 04/18/EG</i>	86
I. Elektronische Vergabe	86
1. Elektronische Kommunikation	87
2. Elektronische Auktionen	87
II. Wettbewerblicher Dialog	89
III. Rahmenvereinbarungen	91

§ 4 Wirtschaftslenkung durch öffentliche Aufträge	93
A. Vergabeverfahren und Unternehmensförderung	93
B. Beschaffungsfremde Kriterien	94
I. Phänomenologie der beschaffungsfremden Kriterien	95
II. EG-Vergaberechtliche Würdigung	96
1. Die Beentjes-Rechtsprechung	97
2. Zur Zulässigkeit von beschaffungsfremden Zuschlagskriterien: Die „neue Formel“ im Urteil „Concordia Bus Finland“	100
a) Einzelwirtschaftlichkeit oder Gesamtwirtschaftlichkeit?	102
b) Transparenz	104
c) Diskriminierungsverbot, Art 12 EG, Art 2 RL 04/**	107
3. Die neue Vergaberichtlinie	108
4. Zwischenergebnis	110
III. EG-Beihilfenrechtliche Würdigung	111
1. Verhältnis des EG-Beihilfenrechts zum EG-Vergaberecht	111
2. Beihilfen und beschaffungsfremde Zuschlagskriterien	112
IV. Verstöße gegen sonstiges EG-Primärrecht	115
V. Nationale Rechtsvorschriften	116
1. Grundrechte	116
2. Vergaberecht, § 97 IV 2. Hs, V GWB	118
a) Das Problem	118
b) Diskussion	118
VI. Ergebnisse: Zulässigkeit beschaffungsfremder Zuschlagskriterien	119
C. Vergabeverfahrensrecht	120
I. Die Vergabeverfahrensarten	120
II. Der Vorrang des Offenen Verfahrens, § 101 V 1 GWB	121
III. Die Zulässigkeit des Nichtoffenen Verfahrens	122
IV. Vereinbarkeit des Nichtoffenen Verfahrens mit dem nationalen Vergaberecht	125
1. Die Verordnungsermächtigung des § 97 VI GWB	125
2. Vereinbarkeit des Nichtoffenen Verfahrens mit dem Wett- bewerbsprinzip	125
a) Funktionierender Leistungswettbewerb als Leitbild	125
b) Leistungswettbewerb auf dem jeweils relevanten Vergabe- markt	127
V. Vereinbarkeit des Nichtoffenen Verfahrens mit dem europäischen Vergabeverfahrensrecht	129
VI. Beihilfenrechtliche Würdigung der Verfahrensarten	131
VII. Die Auswahl der Bieter im Nichtoffenen Verfahren	132
1. „Echter Wettbewerb“ als Maßgabe	132
2. Nichtdiskriminierungs- und Transparenzgebot als Maßgabe	133
3. Ergebnis	135

VIII. Nichtoffenes Vergabeverfahren und relevanter Vergabemarkt	135
<i>D. Zusammenfassung und Ergebnisse</i>	136
I. Zulässigkeit beschaffungsfremder Zuschlagskriterien	136
II. Zulässigkeit des Nichtoffenen Verfahrens	137
§5 Funktionale Äquivalenz von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen	139
<i>A. Einführung</i>	139
I. Vergleichsgegenstand	139
II. Gemeinsamer struktureller Ausgangspunkt	140
<i>B. Der Fördermechanismus im Vergleich</i>	142
I. Methodische Anmerkungen	142
II. Förderintensität, Erfolgsw Zwecke und Verhaltenszwecke	143
<i>C. Förderintensität</i>	145
I. Beihilfen	145
II. Öffentliche Aufträge	145
1. Förderung durch öffentliche Aufträge	146
2. Auftrag zu Selbstkostenpreisen	147
3. Der Zuschlag als Fluch für den Gewinner	149
<i>D. Allgemeine Förderzwecke (Erfolgsw Zwecke)</i>	150
I. Beihilfen	151
1. Sektorale Beihilfen	151
2. Horizontale Beihilfen	152
II. Öffentliche Aufträge	154
1. Sektorale Wirtschaftslenkung	155
2. Horizontale Wirtschaftslenkung	157
a) KMU	158
b) Forschungs- und Entwicklung (F & E)	160
c) Umweltschutz	162
d) Ausbildung	162
e) Beschäftigung	162
f) Gründungsbeihilfen, insbesondere Risikokapital- investitionen	163
g) Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten	163
h) Sonstige Förderungen	164
III. Ergebnisse	165
<i>E. Konkrete Verhaltenszwecke</i>	165
I. Methodische Grundlegung	165

II. Allgemeine Rentabilitätsstützen ohne bestimmte Verhaltens-	
bindung	166
1. Beihilfen	167
2. Öffentliche Aufträge	167
III. Förderung bestimmter Verhaltensweisen	168
1. Beihilfen	168
2. Öffentliche Aufträge	169
IV. Förderung bestimmter Destinatäre	169
V. Ergebnisse	170
F. <i>Zusammenfassung und Ergebnisse</i>	171
I. Leistungsprofile von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen	171
1. Unterschiede in den Leistungsprofilen	171
2. Gemeinsamkeiten in den Leistungsprofilen	172
II. Ersetzung von Beihilfen durch öffentliche Aufträge	173
III. Ersetzung von öffentlichen Aufträgen durch Beihilfen	173
IV. Ein bewegliches System der Wirtschaftslenkung	174
§6 Leistungsvergleich zwischen Beihilfen und öffentlichen	
Aufträgen	175
A. <i>Grundlagen des Leistungsvergleichs</i>	175
I. Haushaltsrecht und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	176
1. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit	176
2. Kosten-Nutzen-Analyse	177
3. Wirtschaftlichkeit und Gesetzmäßigkeit	179
II. Verfahren des Leistungsvergleichs	180
III. Ein abstrakter Leistungsvergleich	181
B. <i>Die Vergleichskategorien</i>	182
I. Grundrechte	183
II. Wirksamkeit	183
1. Grundlagen der Wirksamkeit von Recht	184
2. Erhebung der Wirksamkeit von Recht	186
3. Wirtschaftslenkung und Wirtschaftslenkungsrecht	187
4. Wirksamkeit und Effizienz des Verwaltungshandelns	188
III. Nebenwirkungen	188
IV. Keine Vergleichskategorie: Standortwettbewerb	189
C. <i>Ziel des Leistungsvergleichs</i>	191

§7 Grundrechte und Wirtschaftslenkung	193
A. Grundrechtsbindung bei fiskalischem Staatshandeln	193
B. Grundrechte im Verhältnis zu den Begünstigten	194
C. Beihilfen	196
I. Europäische und nationale Grundrechte	196
1. Grundlagen	196
2. Europäische und nationale Grundrechtsbindung im Beihilfenrecht	199
3. Folgerungen für die Grundrechtsbindung im Beihilfenrecht	201
a) Allgemeine Darlegung	201
b) Nationale Grundrechte als Maßstab für die Untersuchung	202
I. Art 12 I GG	203
1. Ein Grundrecht auf Wettbewerbsfreiheit	204
2. Faktische Eingriffe in die Berufsfreiheit	207
3. Zusammenfassung	212
II. Art 5 III GG	213
III. Art 14 I, II GG	213
IV. Art 2 I GG – allgemeine Handlungsfreiheit	213
V. Art 3 I GG	214
1. Anspruch auf Förderung	214
2. Abwehr der Förderung von Konkurrenten	215
VI. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Beihilfen	216
1. Materiell-rechtliche Anforderungen	216
2. Formell-rechtliche Anforderungen	218
a) Grundlegung: Der Vorbehalt des Gesetzes im Subventionsrecht	218
b) Zwecke und Höhe der Beihilfenvergabe	220
c) Organisation und Verfahren der Beihilfenvergabe	223
D. Öffentliche Aufträge	229
I. Art 12 I GG	229
II. Art 14 I, II GG	232
III. Art 2 I GG – allgemeine Handlungsfreiheit	233
IV. Art 3 I GG	234
V. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Auftragsvergabe	235
E. Zusammenfassung und Ergebnisse	237
I. Grundrechtliche Schutzbereiche	237
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	238

§ 8 Wirksamkeit der Wirtschaftslenkung	239
A. <i>Wirksamkeit von Beihilfen</i>	239
I. <i>Transparenz der Beihilfenvergabe</i>	240
1. <i>Unübersichtlichkeit von Beihilfenrecht und Beihilfenpraxis</i>	240
a) <i>Unübersichtlichkeit des Beihilfenschungels</i>	240
b) <i>Nachteile des Beihilfenschungels</i>	241
2. <i>Regelungs- und Informationsmanagement</i>	242
a) <i>Konsolidierung des Beihilfenrechts</i>	242
b) <i>Die Praxis der Beihilfenvergabe</i>	242
3. <i>Reformüberlegungen</i>	243
II. <i>Verhaltensbindung durch Verwaltungsakt und Verwaltungs-</i> <i>vertrag</i>	244
1. <i>Verhaltensbindungen durch Verwaltungsakt, § 35 S 1 VwVfG</i>	246
a) <i>Rückabwicklung des Beihilfenrechtsverhältnisses ex-tunc</i> <i>oder ex-nunc</i>	246
b) <i>Verhaltensbindungen durch Nebenbestimmungen</i>	247
2. <i>Verhaltensbindung durch Vertrag, §§ 54ff VwVfG</i>	249
3. <i>Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag im Vergleich</i>	250
a) <i>Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag haben unterschied-</i> <i>liche Vorzüge und Nachteile.</i>	250
b) <i>Anwendungsvoraussetzungen für die Beihilfenvergabe</i> <i>durch Verwaltungsakte oder durch öffentlich-rechtlichen</i> <i>Vertrag</i>	251
c) <i>Ergebnis</i>	252
III. <i>Verhaltensmotivierung; Veranlassereffekte und Mitnahmeeffekte</i>	252
IV. <i>Subventionsmentalität und Subventionsspirale</i>	253
V. <i>Korruption und Korruptionsbekämpfung durch Kontrolle</i>	255
1. <i>Befund</i>	256
2. <i>Kontrolle der Beihilfenempfänger</i>	257
a) <i>Strafrecht und Ordnungswidrigkeiten</i>	257
b) <i>Haushaltsrechtliche Kontrolle</i>	258
c) <i>Verhaltenskontrolle durch die Förderverwaltung</i>	258
3. <i>Kontrolle der Verwaltung</i>	259
a) <i>Grundlagen der Verwaltungskontrolle</i>	259
b) <i>Verwaltungsinterne Kontrolle: Die Korruptionsrichtlinie</i> <i>1998</i>	260
c) <i>Notwendigkeit einer verwaltungsinternen Korruptions-</i> <i>bekämpfungsstelle</i>	262
d) <i>Verwaltungsexterne Verwaltungskontrolle durch die Rech-</i> <i>nungshöfe</i>	263
VI. <i>Erfolgszwecke und Erfolgskontrolle</i>	265
1. <i>Rechtliche Hindernisse für eine effektive Erfolgskontrolle</i>	266

2. Tatsächliche Hindernisse der Erfolgskontrolle	267
VII. Effizienz der Beihilfenverwaltung	269
1. Grundlagen: Die Effizienz des Verwaltungshandelns	269
2. Die Organisation der Beihilfenvergabe	270
3. Das Verfahren der Beihilfenvergabe	271
B. <i>Öffentliche Auftragsvergabe</i>	272
I. Transparenz der öffentlichen Auftragsvergabe	273
1. Komplexität von Vergaberecht und Vergabewirklichkeit	273
2. Regelungs- und Informationsmanagement	274
II. Umgehung des Vergabeverfahrens	275
1. De-facto-Vergabe	275
2. In-house-Geschäfte	280
3. Aufhebung der Ausschreibung	281
4. Illegale Wahl der Verfahrensart	282
III. Manipulation der Vergabe	282
1. Formulierung der Ausschreibung	283
2. Bevorzugung im Vergabeverfahren	283
3. Das Recht der Zuschlagsentscheidung	284
4. Ausschluss von zu niedrigen Angeboten	286
IV. Sicherung der Verhaltenszwecke	287
1. Anlässlich der Ausschreibung	287
2. Vertragliche Verhaltensbindungen	288
3. Vertragsgestaltung durch Anreizmechanismen	288
a) Die Preisverordnung VO PR Nr 30/53	289
b) Anreizverträge	289
4. Vertragsfalle	291
a) Der Fluch des Gewinners	291
b) Weitgehende Ohnmacht des Vergaberechts	292
5. Parallelausschreibungen	293
V. Korruption und Korruptionsbekämpfung durch Kontrolle	293
1. Befund	294
a) Vor der Angebotsabgabe	295
b) Zwischen Angebotsabgabe und Zuschlag	295
c) Nach dem Zuschlag: Auftrags erledigung	295
2. Kontrolle der Bewerber, Bieter und Auftragnehmer	296
a) Kollusives Zusammenwirken	296
b) Submissionskartelle	296
c) Zurückziehen der Angebote	297
d) Preiskontrolle	297
e) Überwachung	298
f) Vergabesperre und Korruptionsregistergesetz	299
g) Strafbewehrung	300
3. Verwaltungsinterne Kontrollinstrumente	300

a) Die vergaberechtliche Befangenheitsvorschrift des § 16 VgV	301
b) Inhalt der Korruptionsrichtlinie 1998	302
5. Verwaltungsexterne Verwaltungskontrolle	304
a) Strafbewehrung	304
b) Verschmähter Rechtsschutz	304
c) Kontrolle durch die Europäische Kommission	305
VI. Erfolgswerte und Erfolgskontrolle	305
VII. Effizienz der Beschaffungsverwaltung	306
1. Probleme der Beschaffungsverwaltung	306
a) Allgemeine Kritik	306
b) Insbesondere die Fristenregelungen	307
2. Würdigung der Kritik am Vergaberecht	308
a) Zur allgemeinen Kritik	308
b) Insbesondere die Fristenregelungen	309
C. <i>Zusammenfassung und Ergebnisse</i>	310
I. Vergleich der Wirksamkeit von Beihilfen und öffentlichen Auf- trägen	310
1. Regelungs- und Informationsmanagement	310
2. Verhaltenszwecke	311
3. Korruption	312
4. Erfolgswerte	312
5. Verwaltungsaufwand	313
6. Zusammenfassende Betrachtung	314
II. Lehren für die Beihilfenvergabe	315
1. Verbesserte Erfolgskontrolle	315
2. Verbessertes Informationsmanagement	317
3. Verstärkung der Korruptionsbekämpfung	317
III. Lehren für die öffentliche Auftragsvergabe	317
1. Beschaffungsmanagement	318
2. Allgemeine Aspekte	320
§ 9 Nebenwirkungen der Wirtschaftslenkung	321
A. <i>Grundlagen</i>	321
I. Funktionierender Wettbewerb als normatives Leitbild	321
1. Funktionierender Wettbewerb als Leitbild im geltenden Recht	321
2. Funktionierender Wettbewerb auf dem relevanten Markt	323
a) Das Konzept des relevanten Marktes (Marktabgrenzung)	323
b) Das Konzept des funktionierenden Wettbewerbs	324
3. Marktversagen und Wirtschaftslenkung	325
a) Marktversagen	325
b) Probleme der Wirtschaftslenkung	326

c) Insbesondere: Probleme der sektoralen Wirtschaftslenkung	327
II. Staatsausgaben und Gerechtigkeit	329
<i>B. Beihilfen</i>	331
I. Auswirkungen auf den Wettbewerb	331
1. Allgemeine Aspekte	331
2. Sektorale Beihilfen	333
3. Horizontale Beihilfen	334
a) Allgemeine Würdigung	334
b) Insbesondere Co-Finanzierung	335
4. Ergebnisse	335
II. Gerechtigkeit der Beihilfenvergabe	336
<i>C. Öffentliche Aufträge</i>	337
I. Auswirkungen auf den Wettbewerb	337
II. Gerechtigkeit der öffentlichen Auftragsvergabe	339
<i>D. Zusammenfassung und Ergebnisse</i>	339
§10 Ergebnisse des Leistungsvergleichs	342
<i>A. Subjektive Rechte</i>	343
<i>B. Wirksamkeit</i>	343
<i>C. Nebenwirkungen</i>	344
<i>D. Kosten-Nutzen-Analyse von Beihilfen und öffentlichen Auf-</i> <i>trägen</i>	344
<i>E. Gesamtergebnis</i>	346
§11 Zusammenfassung und Folgerungen	348
<i>A. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse</i>	348
I. Beihilfen und öffentliche Aufträge sind teilweise funktional äquivalent	348
II. Soweit beide Instrumente funktional austauschbar sind, sind öffentliche Aufträge gegenüber Beihilfen vorzugswürdig	350
III. Folgerungen für ein künftiges Wirtschaftslenkungsrecht	351
IV. Lernen vom gescheiterten Subventionsgesetz	352
<i>B. Haushaltsrecht de lege ferenda</i>	354
I. Haushaltsgrundsatzgesetz	354
II. Stabilitätsgesetz	355
<i>C. Beihilfenrecht de lege ferenda</i>	356

I. Der zweckmäßige Ort für Regelungen zur Beihilfenvergabe	356
II. Der erforderliche Inhalt von Regelungen zur Beihilfenvergabe . .	357
III. Vorschlag für eine Ergänzung des Verwaltungsverfahrensgesetzes .	358
<i>D. Schlusswort</i>	359
Literaturverzeichnis	360
Sachregister	395

§1 Einleitung

A. Gegenstand und Erkenntnisziel der Untersuchung

I. Kurze Zusammenfassung der Ausgangsgedanken

1. a) Gegenstand der Arbeit sind Beihilfen und öffentliche Aufträge als Instrumente der staatlichen Wirtschaftslenkung. Die beiden Instrumente werden tatsächlich, rechtlich und auch ökonomisch gewürdigt und miteinander verglichen.

b) Die Ausgangsfrage lautet: Inwieweit sind Beihilfen und öffentliche Aufträge als Instrumente der Wirtschaftslenkung funktional austauschbar?

c) Das Ziel der Untersuchung: Es soll untersucht werden, welche öffentlichen Interessen vorzugsweise durch Beihilfen und welche vorzugsweise durch öffentliche Aufträge verfolgt werden sollten. Der Einsatz beider Lenkungsinstrumente soll optimiert werden.

2. Zu Grunde liegt der folgende Gedanke: Die Vergabe von Beihilfen und die Vergabe von öffentlichen Aufträgen ähneln sich in ihren tatsächlichen und rechtsdogmatischen Strukturen.¹

Beihilfen und öffentliche Aufträge ähneln sich auch in ihren Funktionen: Der Staat greift in beiden Fällen durch finanziell wirksame Instrumente in den Markt ein und beeinflusst dadurch die Wettbewerber und den Wettbewerb. Er wendet in beiden Fällen Steuergelder auf, um öffentliche Interessen zu verfolgen. „Praktisch können sich die Funktionen, aber auch die Formen stark annähern, so dass auch die rechtliche Einordnung und Behandlung unsicher wird [...S]o klar der Ausgangspunkt einer einseitigen staatlichen Leistung hier, des Austauschvertrages dort auch ist, so sehr können diese Begriffe in der Praxis zu einer inhaltsleeren Hülle werden“². – Ist die strukturelle und funktionale Verwandtschaft beider Instrumente erkannt, so stellt sich die erwähnte Ausgangsfrage: Sind beide Instrumente austauschbar?

3. Sind sie es, so stellt sich die Folgefrage: Unter welchen Umständen wäre dann welches Instrument dem anderen vorzuziehen? Welches Instrument ist wirtschaftlicher?

¹ Systemtheoretisch gesprochen: Beide Instrumente sind auf vergleichbare Weise strukturell an ihre rechtliche, politische und ökonomische Umwelt gekoppelt. Zum Begriff der strukturellen Kopplung: *Lubmann* 1995, 440ff.

² *Pietzcker* 1978, 236.

Diese Folgefrage ist haushaltsrechtlich vorgegeben, da Beihilfen und öffentliche Aufträge finanzwirksame Maßnahmen sind: Staatsausgaben sind an den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gebunden, Art 114 II 1, § 6 I HGrG. Dennoch werden diese Fragen bislang weder in der Politik, noch in der Verwaltung, noch in der Wissenschaft hinreichend thematisiert. „Für die Wahl der Zuwendungs- oder der Auftragsform sind oft Zufälligkeiten ausschlaggebend.“³

II. Entfaltung der Ausgangsgedanken

Die knappe, einleitende Exposition muss im folgenden näher entfaltet werden. Das geschieht in zwei Schritten. Zu erläutern ist die These zur funktionalen Austauschbarkeit von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen (1). Anschließend ist die Methode für einen Leistungsvergleich von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen zu erläutern (2).

1. Beihilfen und öffentliche Aufträge sind funktional austauschbar

Die These zur funktionalen Austauschbarkeit der beiden Lenkungsinstrumente basiert auf einer Beobachtung und einer Schlussfolgerung. Es lassen sich strukturelle und funktionale Ähnlichkeiten der beiden Instrumente beobachten (a). Daraus kann auf eine grundsätzliche funktionale Austauschbarkeit geschlossen werden. Dieser Schluss ergibt sich nicht von selbst aus der Vergleichbarkeit der beiden Instrumente. Denn dass zwei Instrumente vergleichbar sind, bedeutet noch nicht, dass sie austauschbar sind. Aber dieser Schluss lässt sich plausibel begründen (b).

a) Funktionale Ähnlichkeit von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen

Die genaue Darlegung der strukturellen und funktionalen Ähnlichkeit von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen muss im Einzelnen analysiert werden. Das setzt eine Darstellung des Beihilfen- und des Vergaberechts voraus. Einige Gemeinsamkeiten liegen jedoch auf der Hand.

Beide Lenkungsinstrumente zählen zur Gruppe der ökonomischen Instrumente. Das heißt, dass sie „unter Ausnutzung wirtschaftlicher Eigeninteressen der Steuerungsadressaten, zu steuern suchen“⁴.

³ Pietzcker 1978, 326ff.

⁴ Lübke-Wolff, NVwZ 2001, 481, 485. Die Besonderheiten der ökonomischen Instrumente insbesondere im Vergleich zum Ordnungsrecht werden vor allem im Umweltrecht diskutiert, Kloepfer 1998, 299f, dort, 302ff, auch zur Tragweite von Subventionen als Steuerungsinstrument. Beihilfen und öffentliche Aufträge sind das Gegenstück zu Abgaben, die finanziell belastend wirken; erhellend zum Verhältnis zwischen der Lenkung durch finanzielle Abgaben und durch Ordnungsrecht: Sacksofsky 2000, 18ff; Schmidt 2000, N 25ff.

Der vergleichbare Förder- und Lenkungscharakter kommt darin zum Ausdruck, dass beide Rechtsgebiete ihre Wurzel im Haushaltsrecht haben. Das nationale Haushaltsrecht wird vom normativ übergeordneten EG-Beihilfenrecht und vom Vergaberecht überlagert. Systemtheoretisch gesprochen haben sich Beihilfenrecht und Vergaberecht zu eigenen Subsystemen entwickelt. Das ist verständlich vor dem Hintergrund der komplexen Lebenssachverhalte, den beide Rechtsgebiete regulieren sollen.⁵

Ähnlich ist auch das Steuerungsziel, nämlich die Verwirklichung öffentlicher Zwecke. Das ist für Beihilfen evident. Bei der öffentlichen Auftragsvergabe liegt die Beschaffung an sich grundsätzlich im öffentlichen Interesse. Die Auftragsvergabe kann zusätzlich von der „Beschaffungs- zur Lenkungsmaßnahme mit Subventionscharakter“⁶ mutieren. Denn sie unterstützt den Auftragnehmer und „besichert ihm Gewinn, zumindest Verlustminderung“.⁷ Darüber hinaus werden mitunter weitere öffentliche Interessen durch die Implementierung politischer – sogenannter „beschaffungsfremder“ – Vergabekriterien verfolgt.

Die meisten Länder haben Mittelstandsförderungsgesetze erlassen, die ausdrücklich sowohl Finanzhilfen als auch Auftragsvergaben als Instrumente zur Mittelstandsförderung vorsehen.⁸ Auch Art 111 I lit c GG lässt durchblicken, dass Beihilfen und öffentliche Aufträge vergleichbare Wirkungen haben. Danach ist die Bundesregierung ermächtigt, im Wege des Haushaltsvorriffs Ausgaben zu leisten, sofern sie nötig sind, „um Bauten, Beschaffungen und sonstige Leistungen fortzusetzen oder Beihilfen für diese Zwecke weiter zu gewähren, sofern durch den Haushaltsplan eines Vorjahres bereits Beträge bewilligt worden sind“, der neue Haushaltsplan aber noch nicht gesetzlich festgestellt ist.

Subventionen⁹ und öffentliche Aufträge werden auch im Stabilitätsgesetz gleichermaßen als Instrumente der Wirtschaftslenkung¹⁰ verstanden. Gemäß § 10 des

⁵ Um das zu illustrieren, sei auf das unübersichtliche Nebeneinander von drei weitgehend inhaltsgleichen materiellen Vergaberichtlinien und entsprechenden nationalen Verdingungsordnungen hingewiesen. Dieses Rechtschaos ist dem Umstand geschuldet, dass sich die rechtsetzenden Organe außerstande sahen, die Lebensvielfalt der Auftragsbereiche Bau-, Dienst- und Lieferleistungen in eine Richtlinie zu integrieren. Die neue Vergaberichtlinie 04/18 wird hier Verbesserungen bringen.

⁶ So anschaulich *Publ*, VVDStRL 2001, 483, Fn 114.

⁷ *Publ*, VVDStRL 2001, 482.

⁸ ZB §§ 17ff Mittelstandsgesetz Nordrhein-Westfalen vom 08.07. 2003, GV NRW 2003, 421; §§ 19ff Gesetz zur Mittelstandsförderung Baden-Württemberg vom 19.12. 2000, GBl 745; §§ 18ff Mittelstandsförderungsgesetz (MFG) Baden-Württemberg vom 16.12. 1975, GVBl 861; §§ 2, 5f Gesetz zur Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen der hessischen Wirtschaft vom 23.09. 1974, GVBl I 458. §§ 6, 9ff, 15 MFG Hamburg vom 02.03. 1977, GVBl 55.

⁹ Der Begriff der „Subventionen“ wird in der Arbeit synonym verwendet zum Begriff der Beihilfen. Vgl zur Begründung dieser Begriffsverwendung: *Rodi* 2000, 40 mN.

¹⁰ Die Begriffe Wirtschaftslenkung oder Wirtschaftspolitik bezeichnen die gezielte Einwirkung auf unternehmerischen Entscheidungen, um bestimmte öffentliche Aufgaben zu fördern. Beide Begriffe sind abzugrenzen von der Wirtschaftsaufsicht. Bei ihr erschöpft sich die Aufgabe des Staates darin, die marktwirtschaftlichen Transaktionen in geordnete Bahnen zu lenken (sog

Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (StabG) soll die Bundesregierung Investitionsprogramme auflegen.¹¹ Gemäß § 11 S 2 StabG ist bei einer Abschwächung der allgemeinen Wirtschaftstätigkeit die Vergabe von Investitionsaufträgen zu beschleunigen.¹²

Dieses unabgestimmte Nebeneinander zweier Rechtsgebiete bringt rechtsdogmatische und ökonomische Folgeprobleme mit sich. Die Staaten sind wegen ihrer Steuerhoheit bei ihrer Haushaltswirtschaft grundsätzlich nicht an die Marktmechanismen gebunden. Sie können durch staatliche Begünstigungen das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage beeinflussen. Die Verteilungsfunktion des Marktes wird dadurch gestört.¹³ – Aus der gemeinsamen haushaltsrechtlichen Wurzel resultieren vergleichbare wettbewerbsrechtliche Probleme.

b) Funktionale Äquivalenz von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen

Die funktionale Ähnlichkeit von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen könnte sich – jedenfalls in wirtschaftlichen Teilbereichen – als funktionale Gleichwertigkeit erweisen. Diese Überlegungen führen zur Ausgangsthese, wonach Beihilfen und öffentliche Aufträge „funktional äquivalent“¹⁴ sein könnten.

Beide Instrumente sind funktional gleichwertig, wenn sich durch je eines dieser Steuerungsmittel ähnliche Ziele erreichen lassen. Ein Beispiel ist die Bereitstellung von Wirtschaftsgütern, deren Verfügbarkeit im öffentlichen Interesse liegt. Diese Güter könnten durch die Vergabe eines Auftrages an ein Unternehmen beschafft werden. Alternativ könnten Unternehmen, welche die relevanten Leistungen erbringen würden, mit Subventionen unterstützt werden, falls sie andernfalls den regulären Wettbewerbsbedingungen nicht Stand halten würden.¹⁵ – Ein wei-

ordre public). Ziel ist es, Gefahren abzuwenden, die durch wirtschaftliches Tätigwerden für bestimmte rechtlich geschützte Güter entstehen. Der Staat muss insbesondere die Bedingungen für einen funktionierenden Wettbewerb schaffen und erhalten, zu den Begriffen: *Bultmann* 2002, 226f.

¹¹ Sofern das Programm des Stabilitätsgesetzes als „keynesianisch“ bezeichnet wird, soll hier kritisch festgehalten werden, dass nach der Lehre von *Keynes*, das „deficit spending“ aus den Rezessionszeiten durch eine Haushaltskonsolidierung in Aufschwungszeiten kompensiert werden muss. Insofern ermangelt es dem StabG trotz des § 15 an einer Vorschrift zu Sparprogrammen.

¹² Kritisch dazu schon *Pietzcker* 1978, 326ff.

¹³ 8. Bericht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union vom 11.04. 2000, KOM(2000) 205, Rn 1.

¹⁴ Der Begriff der funktionalen Äquivalenz hat auch einen Ort in der Systemtheorie: *Luhmann* 1991, 236ff.

¹⁵ Eine Gemengelage zwischen Beihilfen und öffentlichen Aufträgen und den jeweiligen Rechtsgebieten entsteht, wenn öffentliche Auftragnehmer subventioniert werden. Das illustriert der vieldiskutierte Fall zu EuGH vom 24. 07. 2003, C-280/00 – Altmark Trans. In dem Verfahren stritten zwei Nahverkehrsbetriebe aus Sachsen-Anhalt, die seit rund zehn Jahren um die Vergabe von Konzessionen konkurrierten. Das BVerwG hatte in einer Vorlage gemäß Art 234 EG dem EuGH folgende Frage vorgelegt: Dürfen Ausgleichszahlungen an Betreiber von Nahverkehrsdienstleistungen nur gewährt werden, wenn zuvor in einem Vergabeverfahren der günstigste An-

teres Beispiel ist die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Wirtschaftsunternehmen. Die finanzielle Lage von Unternehmen aus den neuen Bundesländern wurde sowohl durch Beihilfen als auch durch Bevorzugen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gestärkt.¹⁶ Auch europäische Programme zur Wirtschaftsförderung benennen Beihilfen und öffentliche Aufträge als alternative Förderinstrumente.¹⁷

Für den weiteren Gang der Untersuchung ist das Ausmaß, in dem beide Lenkungsinstrumente austauschbar sind, der springende Punkt. Erst wenn konkrete Fälle oder wirtschaftliche Teilbereiche bekannt sind, in denen Beihilfen und öffentliche Aufträge funktional äquivalent sind, stellt sich die Folgefrage, welchem Instrument der Vorzug zu geben ist. Also sind Art und Ausmaß der funktionalen Äquivalenz genauer zu untersuchen.

2. Ein Leistungsvergleich zwischen beiden Lenkungsinstrumenten

Sind die beiden Lenkungsinstrumente funktional austauschbar, so folgt daraus, dass ein Leistungsvergleich zwischen Beihilfen und öffentlichen Aufträgen lohnend ist. Ziel wäre es, herauszufinden, in welchen Fällen welches Instrument vorzugswürdig ist.

Das gilt zumal es sich bei Beihilfen und öffentlichen Aufträgen um volkswirtschaftlich wirkungsvolle Instrumente handelt. Je nach der Definition des Begriffs der Beihilfen¹⁸ erhält man unterschiedliche Zahlen über die jährlichen Beihilfen. In Deutschland werden jährlich Beihilfen in Höhe von mindestens 50 Mrd Euro vergeben (etwa 2% des Bruttoinlandproduktes). In der EU werden jährlich über 93 Mrd Euro an Beihilfen vergeben (ebenfalls etwa 2% des BIP).¹⁹ Das Volumen

bieter ermittelt wurde? Der EuGH hält eine Ausschreibung nicht für zwingend, solange die Höhe der Ausgleichszahlungen den Kosten entspricht, „die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind, Rn 93. – Der EuGHE 2000, 11037, C-94/99 – ARGE Gewässerschutz, hat in einer anderen Sache entschieden, dass Gemeinschaftsrecht verbiete keine Teilnahme staatlich geförderter Bieter an öffentlichen Ausschreibungen. In einem obiter dictum schließt der Gerichtshof allerdings nicht aus, dass die Subventionierung eines Bieters zu dessen Ausschluss vom Vergabeverfahren führen kann.

¹⁶ Heise 1994, 29.

¹⁷ Etwa das Programm PHARE zur Wirtschaftsförderung in den Beitrittsländern; vgl dazu EuGHE 1997, 2271, C-395/95 – Geotronics. Die Beispiele ließen sich erweitern.

¹⁸ Vgl etwa D'Sa, European Law Review 2000, 139ff.

¹⁹ Für 1998 bestehen die folgenden Angaben: Laut Subventionsbericht des Bundesministeriums für Finanzen: 117,4 Mrd DM; nach dem Bericht des Statistischen Bundesamtes zur volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung: 69,4 Mrd DM; laut Kieler Institut für Weltwirtschaft: knapp 229,4 Mrd DM, einschließlich Steuervergünstigungen 303,3 Mrd DM (etwa 8% des BIP), FAZ 27.01.2000, 19. Dem widerspricht jedoch der Achte Subventionsbericht der Europäischen Kommission vom 11.4.2000, KOM(2000) 205 endg, Tab.23, S.59; Tab.26, S.62; Tab A 5/16, S.103. Danach verzeichnen die deutschen Beihilfen im Jahresdurchschnitt 1996–1998 lediglich 1,45%

des öffentlichen Auftragswesens in der Bundesrepublik Deutschland wird – wie das Beihilfenvolumen – unterschiedlich geschätzt. Annähernd richtig dürfte es sein, von einem durchschnittlichen jährlichen Volumen von etwa 250 Mrd Euro auszugehen, was etwa 10% des Bruttosozialproduktes entsprechen würde.²⁰ Vergleichbare Verhältnisse gelten für die europäische Ebene: Mit einem Volumen von jährlich mehr als 700 Mrd Euro tragen die öffentlichen Beschaffungsmärkte zu mehr als 10% des Bruttoinlandsproduktes der EU bei.²¹

Für die Untersuchung wird vorausgesetzt, dass ein bestimmtes Volumen an öffentlichen Mitteln für die Wirtschaftslenkung zur Verfügung steht und die Frage lautet, ob diese Mittel vorzugsweise der Beschaffung oder der Vergabe von Beihilfen dienen sollen. Die Auswirkungen der Höhe der Staatsausgaben auf die allgemeine Produktivität einer Volkswirtschaft²² liegen damit jenseits des Untersuchungsrahmens. Gesucht wird nicht nach den Merkmalen einer optimalen Wirtschaftspolitik, sondern nur – innerhalb des positivrechtlichen Rahmens – nach der relativen Vorzugswürdigkeit von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen im Hinblick auf eine optimale Verwirklichung wirtschaftspolitischer Ziele.

a) Wirtschaftswissenschaftliche Perspektive

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht sind Beihilfen und öffentliche Aufträge Typen der Wirtschaftspolitik. Mitunter werden Beihilfen der Angebotssteuerung und öffentliche Aufträge der Nachfragesteuerung zugeordnet.²³ Diese Klassifi-

des BIP (26.808 Mio Euro, allerdings ohne die hohen Beihilfen für die Landwirtschaft). Nach derselben Statistik machen die Beihilfen in der EU insgesamt 1,12% des BIP aus (etwa 79.787 Mio Euro, inklusive Landwirtschaft: 93.127 Mio Euro, dh 1,3% des BIP). Allerdings liegt den Statistiken ein engerer Beihilfenbegriff zu Grunde als der weite Beihilfenbegriff der Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission und den Europäischen Gerichtshof. (vgl. den zitierten Achten Bericht über Staatliche Beihilfen in der Europäischen Union, 73ff. einerseits; *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065ff, zur Beihilfenkontrolle andererseits). Aus einem weiteren Grunde ist es realistisch, von einer nach oben korrigierten Statistik auszugehen: Die Statistiken der Europäischen Kommission stützen sich auf Angaben aus den Mitgliedstaaten. Diese haben ein Interesse, eher niedrigere als höhere Beihilfenvolumen anzugeben.

²⁰ Wegweiser GmbH Berlin 2000, 8: 492,7 Mrd DM und 13% des BIP; *Schauerte* 1998, 21119: über 400 Mrd DM und über 10% des BIP.

²¹ FAZ 18.04. 2000, 28; Europäische Kommission, Grünbuch, KOM (1996) 583, 9. EU-Kommissar *Frits Bolkestein* spricht in seiner Rede vom 22.05. 2000 in Kopenhagen von 14% des BIP der EU. Das wären rund eine Billion Euro.

²² Dazu etwa *Aschauer* 1989 und *Barro* 1987, sowie insbesondere zu öffentlichen Aufträgen: *Barro* 1981.

²³ *Geroski* 1990, 345f. Staatliche Nachfrage ist nicht zu wechseln mit staatlicher Nachfragepolitik. Dass die Wirtschaft unter Umständen einer Unterstützung durch eine staatlich initiierte Nachfrage bedarf, ist unter Volkswirten vermutlich Konsens. Diese Nachfragepolitik muss aber nicht zwingend durch staatliche Nachfrage erfolgen. Im Gegenteil: Ökonomen halten überwiegend eine Stimulierung der privaten Nachfrage durch eine Politik der Steuersenkung für vorzugswürdig.

zierung ist jedoch nicht überzeugend, da sich staatliche Angebots- und Nachfragepolitiken kaum sauber trennen lassen.²⁴

(1) Die Untersuchung wäre ein genuin wirtschaftswissenschaftliches Thema, wenn sich der Vergleich auf die ökonomischen Auswirkungen der beiden Lenkungsinstrumente stützen würde. Empirische Untersuchungen zu den Wirkungen der Wirtschaftslenkung sind seit Jahrzehnten ein spärlich befriedigtes Desiderat. Ursächlich sind etliche methodologische Hindernisse, die derartigen Untersuchungen entgegen stehen. Vor allem aber lassen sich derartige Untersuchungen nicht im wissenschaftlichen Alleingang bewältigen. Dafür sind sie zu aufwändig.

Das liegt zum einen an der Vielzahl politisch divergierender Ziele, die durch eine staatliche Wirtschaftslenkung verfolgt werden können. Zum anderen bestehen wegen der Komplexität der Probleme trotz einer immensen ökonomischen und politikwissenschaftlichen Literatur empfindliche Wissenslücken zu den jeweiligen Auswirkungen von industriepolitischen Maßnahmen.

Das Grundproblem jeder Industriepolitik besteht darin, einerseits die Marktteilnehmer zu beeinflussen und zu unterstützen, um bestimmte politisch erwünschte Ziele zu verfolgen, gleichzeitig aber einen funktionierenden Wettbewerb zu schaffen oder zu erhalten.²⁵

Auch im geltenden Recht finden sich diese Antinomien. Gemäß Art 109 II GG haben Bund und Länder „bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen“. Der Begriff des Gleichgewichts wurde 1967 konkretisiert in § 1 S 2 StabG. Danach gilt: Die wirtschafts- und finanzpolitischen „Maßnahmen sind so zu treffen, dass sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen“. Diese vier wirtschaftspolitischen Ziele werden auch als „magisches Viereck“ bezeichnet, weil sie in einem Spannungsverhältnis stehen, sich also erfahrungsgemäß gerade nicht „gleichzeitig“ verfolgen lassen.²⁶ Die Lenkungsintensität des § 1 StabG ist damit gering.

²⁴ Sievert 1984, 105ff; die logische Folge, 137ff, ist, dass auch im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen keine grundsätzlichen Unterschiede bestehen.

²⁵ Ähnlich Geroski 1989, 22. Anschaulich dazu die Schlussanträge des Generalanwalts Léger zu EuGH, C-280/00 – Altmark Trans, Rn 80: Die Instrumentalisierung privatrechtlicher Unternehmen für wirtschafts-, steuer- oder sozialpolitische Zwecke und das Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes sind in einen Ausgleich zu bringen. Rechtsdogmatischer Sitz der Auseinandersetzung ist Art 86 II EG.

²⁶ Die Bindung an das Ziel des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts besteht allerdings nur, soweit sich die Staatsorgane zu einer Haushaltswirtschaft entschließen. Zudem verlangt Art 109 II lediglich ein „Rechnungstragen“. Art 109 II GG enthält mithin keine Pflicht zu einer interventionistischen oder antizyklischen Finanzpolitik, Jarass/Pieroth-Jarass 2002, Art 119, Rn 6; Sachs-Siekemann 2003, Art 109, Rn 21. Zur Problematik des § 1 StabG aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht erhellend: van Suntum 1990, 3ff.

Ein Kernproblem der Wirtschaftslenkung sind die unerwünschten Nebeneffekte. Ihretwegen lassen sich die Vor- und Nachteile von wirtschaftslenkenden Maßnahmen schwer ergründen. Die deutsche Wirtschaftsgeschichte beispielsweise zeigt durchaus positive Zusammenhänge zwischen staatlichen Wirtschaftsinterventionen und einem akzeptablen Ergebnis.²⁷ Allerdings wird kritisch vermutet, die wirtschaftliche Entwicklung wäre ohne Staatsinterventionen besser verlaufen.²⁸ Viele Ökonomen meinen, dass eine Reduktion von protektionistischen Maßnahmen zum Wohle aller Volkswirtschaften wäre.²⁹

Diese Erkenntnisunsicherheiten spiegeln sich gegenwärtig in den Wirtschaftspolitiken aller modernen westlichen Staaten wider. Die Staaten sind überschuldet und haben zunehmend weniger Mittel zum Wirtschaften. Für die Mitgliedstaaten normieren Art 4 III und 104 EG sowie der Europäische Stabilitäts- und Wachstumspakt Restriktionen.³⁰ Dieser begrenzt die Neuverschuldung auf 3% des Bruttoinlandproduktes. Gleichzeitig sind die Wirtschaftsprozesse so hochgezüchtet, dass eine gewisse staatliche Lenkung unausweichlich zu sein scheint. Einerseits werden also eine „Haushaltskonsolidierung und Einsparungen bei konsumtiven Staatsausgaben und Subventionen“ angestrebt, andererseits aber „strategische Investitionen in Bildung und Forschung, Infrastruktur [...] sowie für die ökologische Erneuerung“ für notwendig erachtet.³¹

(2) Soll gleichzeitig gelenkt und gespart werden, so wäre es von Interesse, relativ sparsame Lenkungsinstrumente zu verwenden oder zu entwickeln. Das betrifft insbesondere den Einsatz von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen. Demgegenüber fehlt wirtschaftspolitisch ein Konzept darüber, wann Beihilfen vergeben werden sollten und wann ein öffentlicher Auftrag. Die Frage, ob für die Verfolgung bestimmter öffentlicher Zwecke besser Beihilfen oder Beschaffungsmaßnahmen eingesetzt werden, wird in der Verwaltung nicht gestellt.

Diesbezüglich fehlen bereits die organisatorischen Voraussetzungen. Es gibt keine einheitliche ministerielle Abteilung für die staatliche Wirtschaftslenkung. Die Abteilung für Beihilfen sitzt beim Bundesminister für Finanzen, jene für öffentliche Aufträge beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit. Auch die Europäische Kommission unterhält separate Direktionen in verschiedenen Generaldirektionen: Beihilfen in der Generaldirektion Wettbewerb, öffentliche Aufträge in der Generaldirektion Binnenmarkt.

²⁷ Vgl etwa den historischen Überblick bei *Feldenkirchen* 1999, 98.

²⁸ *Giersch/Paqué/Schmiedinger* 1993, passim.

²⁹ *Feldenkirchen* 1999, 117 mN.

³⁰ Entschließung des Europäischen Rates vom 17.06.1997, ABl EG C 236/1, 02.08.1997.

³¹ Bundeskanzler *Gerhard Schröder*, Regierungserklärung zu Beginn der 15. Legislaturperiode, FAZ 30.10.2002, 8.

b) Rechtswissenschaftliche Perspektive

(1) Für einen Leistungsvergleich der Lenkungsinstrumente sind empirische Untersuchungen keine zwingende Voraussetzung. „Ansatzpunkt für die Steuerung der Gesellschaft sind nicht die Handlungen, sondern die Handlungsbedingungen“³².

Die Handlungsbedingungen der verschiedenen Akteure im Bereich der Wirtschaftslenkung werden maßgeblich durch das Recht gesetzt. Das gilt auch dann, wenn – wie für das Vergaberecht – eine Kluft zwischen Recht und Praxis konstatiert wird.³³ Denn dort, wo eine solche Kluft besteht, finden sich in der Regel Rechtsschutzsuchende, die sich gegen die Missachtung des Rechts wehren. Mithin bietet die richterliche Spruchpraxis grundsätzlich hinreichende Aufschlüsse über Wirksamkeitsmängel des geltenden Rechts.

Zudem gilt gerade im Wirtschaftslenkungsrecht, dass die Vorschriften eng verknüpft sind mit der Wirklichkeit, die sie gestalten sollen. Die Rechtsetzung ist stets um eine Konvergenz zwischen rechtlich und ökonomisch Richtigem bemüht. Das Beihilfenrecht und das Vergaberecht sind in Vorschriften gegossene Wirtschaftspolitik. Die vorteilhafteste Form der Steuerung durch Beihilfen und öffentliche Aufträge lässt sich folglich durch einen Vergleich der einschlägigen Rechtsnormen auffinden.

Der Vergleich des Beihilfenrechts und des Vergaberechts soll im Hinblick auf rechtliche Steuerungsinstrumente erfolgen. Hierzu werden die jeweiligen Steuerungsziele und -instrumente wechselseitig aufeinander bezogen und verglichen. Da es um die relative Vorzugswürdigkeit der beiden Instrumente geht, bieten die Vorschriften des einen Rechtsgebietes dabei einen Fixpunkt für die Beurteilung der Vorschriften des anderen Rechtsgebietes. Das Untersuchungsziel kann demnach verfolgt werden, ohne dass die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen von Beihilfen oder öffentlichen Aufträgen bekannt sein müssten.

(2) Die rechtsdogmatische Aufbereitung sowohl des Beihilfen- als auch des Vergaberechts vollzieht sich etwa seit Anfang 1999 in Sieben-Meilen-Schritten. Dabei konzentriert sich das Schrifttum auf praktisch relevante, rechtsdogmatische Detailfragen. Eine vergleichende wissenschaftliche Untersuchung zu den Steuerungsinstrumenten im Beihilfenrecht und im Vergaberecht ist nicht verfügbar.³⁴ Ebenso wie Beihilfen und öffentliche Aufträge bislang kaum als verwandte Lenkungsinstrumente wahrgenommen werden, „stehen bislang die Rechtsgebiete des Vergaberechts [...] und des Beihilfenrechts noch weitgehend unabgestimmt nebeneinander.“³⁵ Erst in jüngster Zeit werden Verbindungen zwischen den beiden Rechtsgebieten gesehen. Dabei geht es um die drei Spezialthemen der beihil-

³² Homann/Suchanek 2000, 47.

³³ Pietzcker, ZHR 1998, 427, 431ff mN.

³⁴ Früheste, kurze Ansätze machten Kayser 1999, 80ff und Wittig 1999, 30f.

³⁵ Koenig/Kühling/Ritter 2002, 44; ebenso Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779, 786.

fenrechtlichen Beurteilung beschaffungsfremder Kriterien, die vergaberechtliche Behandlung subventionierter Bieter und die Beziehung zwischen dem Beihilfenbegriff und der Ausschreibung. Alle drei Fragen wurden vor dem Europäischen Gerichtshof verhandelt.³⁶

(3) Die Arbeit geht der Frage nach, welche Regelungen die Steuerungsleistungen des Beihilfen- und des Vergaberechts verbessern könnten. Dabei werden ökonomische und rechtssoziologische Aspekte einbezogen. Aus dieser Analyse des geltenden Rechts werden Vorschläge zur Rechtsfortbildung abgeleitet. Die gemeinsamen Strukturen und Sachzusammenhänge werden herausgearbeitet, um allgemeine Rechtsvorschriften für beide Gebiete entwickeln zu können.

B. Voraussetzungen der staatlichen Wirtschaftslenkung

Ein Vergleich zwischen beiden Instrumenten, der das Ziel hat, die vorteilhafteste Form herauszufinden, unterliegt einer entscheidenden Prämisse: Er ist nur sinnvoll, sofern ein wechselseitiger Austausch zwischen beiden Instrumenten grundsätzlich rechtlich zulässig wäre. Denn wegen ihrer Gesetzesbindung, Art 1 III, 20 III GG, kann die Verwaltung nur aus mehreren Optionen die wirtschaftlichste auswählen, wenn alle diese Optionen mit dem geltenden Recht übereinstimmen. Effiziente Zweckverfolgung ist zulässig nur im Rahmen des Rechts und in den Formen des Rechts.³⁷ Insofern ist die Rechtslage für das nationale und das europäische Recht kurz darzustellen.

I. Nationales Recht

Für das nationale Recht stellen sich zwei Fragen. Zum einen ist zu klären, ob der Rahmen und die Formen des Rechts überhaupt Raum für eine effiziente Gestaltung des Verwaltungshandelns belassen (1). Zum zweiten stellt sich die Frage, ob Beihilfen und öffentliche Aufträge als Lenkungsinstrumente grundsätzlich austauschbar wären, sofern sie funktional äquivalent wären (2).

(1) Das Verwaltungsrecht determiniert die Rechtsverhältnisse in der Regel nicht vollständig. Es gibt in den seltensten Fällen nur eine Verhaltensweise vor. In der Regel schafft es lediglich einen Rahmen, einen Verhaltenskorridor, innerhalb dessen mehrere Verhaltensweisen rechtmäßig sind.³⁸ Daher erschöpft sich auch der Auftrag der Verwaltung nicht darin, rechtmäßig zu handeln. Die Verwaltung

³⁶ Eine Wiedergabe dieser Rechtsprechung findet sich bei *Bartosch*, CMLR 2002; vgl auch *Masing*, ZfBR 2002 und *Berger*, ZfBR 2002.

³⁷ Das ist wohl allgemeine Meinung, vgl aus der immensen Literatur zum Sitz der „Effizienz“ im Recht nur *Pietzcker*, VVDStRL 1983, 193, 196 f mN.

³⁸ Umfassender zu dieser verkürzt vorgetragenen Einsicht: *Jestaedt* 1999, 320ff sowie knapper: *Bultmann* 2002, 21f., 47, 54.

Sachregister

- Allgemeine Handlungsfreiheit 213f, 233
Ausbildungsförderung 153, 162
- Beihilfen
- Arten 44ff, 49ff, 54f
 - und Ausgleichszahlungen 37ff
 - und Ausschreibungen 31ff
 - Begriff 27ff
 - und Berufsfreiheit 203ff
 - de-minimis 35ff
 - Erfolgskontrolle 265ff
 - Gerechtigkeit 336f
 - der Gemeinschaft 13
 - Gemeinschaftsrecht 26ff
 - und Gleichheit 214ff
 - und Grundrechte 196ff
 - horizontale 40, 48, 152ff, 334ff
 - und gemeinwirtschaftliche Leistungen 30f
 - jüngere Entwicklung 24ff
 - Kontrollverfahren 41ff
 - Korruption 255ff
 - Mitnahmeeffekte 252f
 - nationale Recht 43ff
 - Organisation der Beihilfenvergabe 223ff, 270f
 - Private-investor-Test (PIT) 29f, 55f
 - Quersubventionierung 16
 - -recht/Überblick 21ff
 - Rechtsformen 44ff
 - Regionalbeihilfen 41, 49
 - sektorale 40, 49, 151, 333
 - Spürbarkeit 34ff
 - Staatshilfen, beihilfenähnliche 37, 38f, 54ff, 139
 - Staatshilfen, marktmäßige 37ff
 - Subventionsabbau 253ff
 - Targeting 316f
 - Transparenz 240ff
 - Verhaltensbindungen 244
 - Verhaltensmotivierung 252f
 - Verfahren der Beihilfenvergabe 223ff, 271f
 - verfassungsrechtliche Rechtfertigung 216ff
 - Verwaltungsakt 246ff
 - Verwaltungsaufwand 269ff
 - Verwaltungsvertrag 249ff
 - Volumen 5
 - und Wettbewerb 31f, 33ff, 331ff
 - Zwecke 48f
- Beihilfenähnliche Staatshilfen, siehe Beihilfen/Staatshilfen
- Beschäftigungsförderung 153, 162
- Berufsfreiheit/Wettbewerbsfreiheit 203ff, 229ff
- Bürgschaften 45
- Darlehen 45
- Eigentumsgrundrecht 213, 232
- Erfolgszwecke 143ff, 150ff, 265ff, 305f
- Fiskalisches Staatshandeln 193ff
- Förderintensität 50f, 143ff
- Fördermechanismus 142ff
- Förderzwecke, siehe Verhaltens- und Erfolgszwecke
- Forschungsfreiheit 213
- Forschung und Entwicklung 152, 160f
- Funktionale Ähnlichkeit 4, 140ff
- Funktionale Äquivalenz 4, 11, 139ff
- Funktionierender Wettbewerb 321ff
- Garantien 45f
- Gewährleistungen 45
- Gleichheitsgrundrechte 214ff, 234ff
- Gründung von Unternehmen 153, 163
- Grundrechtscharta 196ff
- Haushaltsrecht 3, 176ff
- Industriepolitik 7
- Instrumente der Wirtschaftslenkung 14f
- KMU 152, 158ff
- Korruption
- Kosten-Nutzen-Analyse 177ff

- Leistungsprofile 171ff
 Leistungsvergleich 5f, 9, 175ff, 180ff
- Marktmäßige Staatshilfen, siehe Beihilfen/
 Staatshilfen
- Marktversagen 325
- Mittelstandsförderungsgesetze 3
- Nebenwirkungen 8, 188f
- Öffentliche Aufträge, siehe auch Vergabe-
 recht
- Anreizverträge 289ff
 - und Berufsfreiheit 229ff
 - Beschaffungsmanagement 318ff
 - Erfolgskontrolle 305ff
 - Fluch für den Gewinner 149ff, 291ff
 - als Förderinstrument 146ff
 - Gerechtigkeit 339
 - und Gleichheit 234ff
 - horizontale Wirtschaftslenkung 157ff
 - Interessenstruktur
 - Korruption 293ff
 - das „Ob“ der Auftragsvergabe 65
 - Phänomenologie 58ff
 - sektorale Wirtschaftslenkung 155ff
 - Transparenz 273ff
 - Überblick 58ff
 - verfassungsrechtliche Rechtfertigung 235ff
 - Verhaltensbindungen 287ff
 - Verwaltungsaufwand 306ff
 - und Wettbewerb 337ff
- Öffentliche Unternehmen 14ff
- Realförderung 46
- Relevanter Markt 25, 323ff
- Rettung und Umstrukturierung von Unter-
 nehmen 153, 163f
- Sektorale Wirtschaftslenkung 327ff
- Service public 15f
- Sparsamkeit 176f
- Staatsausgaben 329ff
- Staatsverschuldung 8
- Stabilitätsgesetz 3f, 49
- Standortwettbewerb 189ff
- Steuerbefreiungen und -vergünstigungen 46,
 52ff
- Steuerungsinstrumente, rechtliche und wirt-
 schaftliche 187ff, siehe auch Förderzwecke
- Steuerungsziel 3, 9
- Subventionierte Bieter 10
- Transaktionskosten 191
- Transparenzrichtlinie 16
- Umweltschutz 152, 162
- Vergaberecht, siehe auch öffentliche Aufträ-
 ge
- Anwendungsbereich 58ff, 140f
 - Aufhebung der Ausschreibung 281f
 - Bekanntmachung 76f
 - und EG-Beihilfenrecht 111ff, 131ff
 - Beschaffungsfremde Kriterien 10, 94ff
 - Beschaffungsfremde Zuschlagskriterien
 100ff
 - Beschaffungsvolumen 5f
 - Bewerbungsbedingungen 74
 - De-facto-Vergabe 275ff
 - und Diskriminierungsverbot 107f, 133f
 - Eignungskriterien 80ff
 - Eignungsnachweise 81
 - Eignungsprüfung 81f
 - Einzelwirtschaftlichkeit oder Gesamtwirt-
 schaftlichkeit 102f
 - elektronische Auktionen 87ff
 - elektronische Vergabe 86ff
 - Eröffnungstermin 78
 - Fristen 77
 - In-house-Geschäfte 280f
 - jüngere Entwicklung 67ff
 - Leistungsbeschreibung 74
 - Manipulation der Auftragsvergabe 282ff
 - nichtoffenes Verfahren 75, 122ff
 - niedrige Angebote 286f
 - offenes Verfahren 75, 121f
 - Parallelausschreibungen 293
 - Preisverordnung Nr 30/53 85f, 289
 - Rahmenvereinbarungen 91f
 - Regelwerk 60ff
 - relevanter Vergabemarkt 127ff, 135
 - Selbstkostenpreise 147ff
 - Transparenz 104ff, 133f
 - und Unternehmensförderung 93ff
 - Verdingungsunterlagen 74
 - Vergabeunterlagen 74
 - Vergabeverfahrensarten 120ff, 282
 - Verhandlungsverfahren 75
 - Vertragsbedingungen 74
 - Wertung der Angebote 79ff
 - Wettbewerbe 75
 - wettbewerblicher Dialog 75, 89ff
 - Zuschlag 84f, 284ff
 - Zuschlagskriterien 82ff
 - Zwecke 66ff

Vergabefremde Kriterien, siehe Vergabe-
recht/beschaffungsfremde Kriterien
Verhaltenszwecke 143ff, 165ff
Vergleichskategorien 182ff

Wirksamkeit 183ff
Wirtschaftlichkeit 176f, 179f
Wirtschaftslenkung/-politik 6ff, 10ff, 326ff
Wirtschaftslenkung und Recht 187ff
WTO 12f

Zuschüsse 45

Jus Publicum

Beiträge zum Öffentlichen Recht – Alphabetische Übersicht

- Axer, Peter*: Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. 2000. *Band 49*.
- Bauer, Hartmut*: Die Bundestreue. 1992. *Band 3*.
- Beaucamp, Guy*: Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht. 2002. *Band 85*.
- Becker, Joachim*: Transfergerechtigkeit und Verfassung. 2001. *Band 68*.
- Blanke, Hermann-Josef*: Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. 2000. *Band 57*.
- Böhm, Monika*: Der Normmensch. 1996. *Band 16*.
- Bogdandy, Armin von*: Gubernative Rechtsetzung. 2000. *Band 48*.
- Brenner, Michael*: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union. 1996. *Band 14*.
- Britz, Gabriele*: Kulturelle Rechte und Verfassung. 2000. *Band 60*.
- Bröhmer, Jürgen*: Transparenz als Verfassungsprinzip. 2004. *Band 106*.
- Brüning, Christoph*: Einstweilige Verwaltungsführung. 2003. *Band 103*.
- Burgi, Martin*: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. 1999. *Band 37*.
- Bultmann, Peter Friedrich*: Beihilfenrecht und Vergaberecht. 2004. *Band 109*.
- Butzer, Hermann*: Fremdlasten in der Sozialversicherung. 2001. *Band 72*.
- Calliess, Christian*: Rechtsstaat und Umweltstaat. 2001. *Band 71*.
- Classen, Claus Dieter*: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1996. *Band 13*.
- Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung. 2003. *Band 100*.
- Cremer, Wolfram*: Freiheitsgrundrechte. 2003. *Band 104*.
- Danwitz, Thomas von*: Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration. 1996. *Band 17*.
- Dederer, Hans-Georg*: Korporative Staatsgewalt. 2004. *Band 107*.
- Detterbeck, Steffen*: Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht. 1995. *Band 11*.
- Di Fabio, Udo*: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. 1994. *Band 8*.
- Dörr, Oliver*: Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte. 2003. *Band 96*.
- Enders, Christoph*: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. 1997. *Band 27*.
- Epping, Volker*: Die Außenwirtschaftsfreiheit. 1998. *Band 32*.
- Fehling, Michael*: Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe. 2001. *Band 79*.
- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung. 1998. *Band 34*.

- Fisahn, Andreas:* Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung. 2002. *Band 84.*
- Frenz, Walter:* Selbstverpflichtungen der Wirtschaft. 2001. *Band 75.*
- Gellermann, Martin:* Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande. 2000. *Band 61.*
- Grigoleit, Klaus Joachim:* Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage. 2004. *Band 108.*
- Gröpl, Christoph:* Haushaltsrecht und Reform. 2001. *Band 67.*
- Gröschner, Rolf:* Das Überwachungsrechtsverhältnis. 1992. *Band 4.*
- Groß, Thomas:* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation. 1999. *Band 45.*
- Grzeszick, Bernd:* Rechte und Ansprüche. 2002. *Band 92.*
- Gurlit, Elke:* Verwaltungsvertrag und Gesetz. 2000. *Band 63.*
- Häde, Ulrich:* Finanzausgleich. 1996. *Band 19.*
- Hase, Friedhelm:* Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich. 2000. *Band 64.*
- Heckmann, Dirk:* Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 1997. *Band 28.*
- Heitsch, Christian:* Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder. 2001. *Band 77.*
- Hellermann, Johannes:* Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. 2000. *Band 54.*
- Hermes, Georg:* Staatliche Infrastrukturverantwortung. 1998. *Band 29.*
- Hösch, Ulrich:* Eigentum und Freiheit. 2000. *Band 56.*
- Hobmann, Harald:* Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich. 2002. *Band 89.*
- Holznagel, Bernd:* Rundfunkrecht in Europa. 1996. *Band 18.*
- Horn, Hans-Detlef:* Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung. 1999. *Band 42.*
- Huber, Peter-Michael:* Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. 1991. *Band 1.*
- Hufeld, Ulrich:* Die Vertretung der Behörde. 2003. *Band 102.*
- Huster, Stefan:* Die ethische Neutralität des Staates. 2002. *Band 90.*
- Ibler, Martin:* Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 43.*
- Jestaedt, Matthias:* Grundrechtsentfaltung im Gesetz. 1999. *Band 50.*
- Kadelbach, Stefan:* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. 1999. *Band 36.*
- Kämmerer, Jörn Axel:* Privatisierung. 2001. *Band 73.*
- Kahl, Wolfgang:* Die Staatsaufsicht. 2000. *Band 59.*
- Kaufmann, Marcel:* Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 2002. *Band 91.*
- Kingreen, Thorsten:* Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsbund. 2003. *Band 97.*
- Kischel, Uwe:* Die Begründung. 2002. *Band 94.*
- Koch, Thorsten:* Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen. 2000. *Band 62.*
- Koriath, Stefan:* Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern. 1997. *Band 23.*
- Kluth, Winfried:* Funktionale Selbstverwaltung. 1997. *Band 26.*
- Kugelman, Dieter:* Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers. 2001. *Band 65.*
- Langenfeld, Christine:* Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. 2001. *Band 80.*
- Lehner, Moris:* Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht. 1993. *Band 5.*
- Leisner, Anna:* Kontinuität als Verfassungsprinzip. 2002. *Band 83.*
- Lepsius, Oliver:* Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht. 2002. *Band 81.*

- Lorz, Ralph Alexander*: Interorganrespekt im Verfassungsrecht. 2001. *Band 70*.
- Lücke, Jörg*: Vorläufige Staatsakte. 1991. *Band 2*.
- Luthe, Ernst-Wilhelm*: Optimierende Sozialgestaltung. 2001. *Band 69*.
- Mager, Ute*: Einrichtungsgarantien. 2003. *Band 99*.
- Mann, Thomas*: Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft. 2002. *Band 93*.
- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. 1994. *Band 9*.
- Masing, Johannes*: Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte. 1998. *Band 30*.
- Möstl, Markus*: Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. 2002. *Band 87*.
- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz. 1999. *Band 40*.
- Morlok, Martin*: Selbstverständnis als Rechtskriterium. 1993. *Band 6*.
- Müller-Franken, Sebastian*: Maßvolles Verwalten. 2004. *Band 105*.
- Niedobitek, Matthias*: Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. 2001. *Band 66*.
- Oeter, Stefan*: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. 1998. *Band 33*.
- Pache, Eckhard*: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. 2001. *Band 76*.
- Pauly, Walter*: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. 1993. *Band 7*.
- Pielow, Johann-Christian*: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung. 2001. *Band 58*.
- Poscher, Ralf*: Grundrechte als Abwehrrechte. 2003. *Band 98*.
- Publ, Thomas*: Budgetflucht und Haushaltsverfassung. 1996. *Band 15*.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion. 1997. *Band 24*.
- Remmert, Barbara*: Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren. 2003. *Band 95*.
- Rodi, Michael*: Die Subventionsrechtsordnung. 2000. *Band 52*.
- Rossen, Helge*: Vollzug und Verhandlung. 1999. *Band 39*.
- Rozek, Jochen*: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung. 1998. *Band 31*.
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. 2001. *Band 74*.
- Sacksofsky, Ute*: Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben. 2000. *Band 53*.
- Šarčević, Edin*: Das Bundesstaatsprinzip. 2000. *Band 55*.
- Schlette, Volker*: Die Verwaltung als Vertragspartner. 2000. *Band 51*.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. 1999. *Band 38*.
- Schroeder, Werner*: Das Gemeinschaftsrechtssystem. 2002. *Band 86*.
- Schulte, Martin*: Schlichtes Verwaltungshandeln. 1995. *Band 12*.
- Sobota, Katharina*: Das Prinzip Rechtsstaat. 1997. *Band 22*.
- Sodan, Helge*: Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. 1997. *Band 20*.
- Sommermann, Karl-Peter*: Staatsziele und Staatszielbestimmungen. 1997. *Band 25*.
- Stoll, Peter-Tobias*: Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft. 2003. *Band 101*.
- Storr, Stefan*: Der Staat als Unternehmer. 2001. *Band 78*.

Jus Publicum – Beiträge zum Öffentlichen Recht

- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. 1994. *Band 10*.
- Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse. 1999. *Band 47*.
- Unruh, Peter*: Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. 2002. *Band 82*.
- Wall, Heinrich de*: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 46*.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz. 2000. *Band 44*.
- Volkemann, Uwe*: Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung. 1998. *Band 35*.
- Voßkuhle, Andreas*: Das Kompensationsprinzip. 1999. *Band 41*.
- Weiß, Wolfgang*: Privatisierung und Staatsaufgaben. 2002. *Band 88*.
- Ziekow, Jan*: Über Freizügigkeit und Aufenthalt. 1997. *Band 21*.

*Einen Gesamtkatalog erhalten Sie gerne vom Verlag
Mohr Siebeck, Postfach 2040, D-72010 Tübingen.
Aktuelle Informationen im Internet unter <http://www.mohr.de>*