

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 Batts, 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 austauschbar	2
a) Funktionale Ähnlichkeit von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen	2
b) Funktionale Äquivalenz von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen	4
2. Ein Leistungsvergleich zwischen beiden Lenkungsinstrumenten	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 Wirtschaftslenkung	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 Wirtschaftslenkung	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 <b>Leistungsvergleich zwischen Beihilfen und öffentlichen</b>	
<b>Aufträgen</b> . . . . .	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. Erfolgswert 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. Erfolgswert . . . . .	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.<sup>1</sup>

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“<sup>2</sup>. – 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?

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *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.“<sup>3</sup>

## 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“<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Pietzcker 1978, 326ff.

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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“<sup>6</sup> mutieren. Denn sie unterstützt den Auftragnehmer und „besichert ihm Gewinn, zumindest Verlustminderung“.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.

Subventionen<sup>9</sup> und öffentliche Aufträge werden auch im Stabilitätsgesetz gleichermaßen als Instrumente der Wirtschaftslenkung<sup>10</sup> verstanden. Gemäß § 10 des

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> So anschaulich *Publ*, VVDStRL 2001, 483, Fn 114.

<sup>7</sup> *Publ*, VVDStRL 2001, 482.

<sup>8</sup> 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.

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

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Gemäß § 11 S 2 StabG ist bei einer Abschwächung der allgemeinen Wirtschaftstätigkeit die Vergabe von Investitionsaufträgen zu beschleunigen.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup> – 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“<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> – 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Kritisch dazu schon *Pietzcker* 1978, 326ff.

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

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

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Auch europäische Programme zur Wirtschaftsförderung benennen Beihilfen und öffentliche Aufträge als alternative Förderinstrumente.<sup>17</sup>

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 Beihilfen<sup>18</sup> 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).<sup>19</sup> 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.

<sup>16</sup> Heise 1994, 29.

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

<sup>18</sup> Vgl etwa D'Sa, European Law Review 2000, 139ff.

<sup>19</sup> 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 Bruttoinlandsproduktes entsprechen würde.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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 Volkswirtschaft<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

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

<sup>23</sup> *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.<sup>24</sup>

(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.<sup>25</sup>

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.<sup>26</sup> Die Lenkungsintensität des § 1 StabG ist damit gering.

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

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Allerdings wird kritisch vermutet, die wirtschaftliche Entwicklung wäre ohne Staatsinterventionen besser verlaufen.<sup>28</sup> Viele Ökonomen meinen, dass eine Reduktion von protektionistischen Maßnahmen zum Wohle aller Volkswirtschaften wäre.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

(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.

---

<sup>27</sup> Vgl etwa den historischen Überblick bei *Feldenkirchen* 1999, 98.

<sup>28</sup> *Giersch/Paqué/Schmiedinger* 1993, passim.

<sup>29</sup> *Feldenkirchen* 1999, 117 mN.

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

<sup>31</sup> 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“<sup>32</sup>.

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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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.“<sup>35</sup> Erst in jüngster Zeit werden Verbindungen zwischen den beiden Rechtsgebieten gesehen. Dabei geht es um die drei Spezialthemen der beihil-

<sup>32</sup> Homann/Suchanek 2000, 47.

<sup>33</sup> Pietzcker, ZHR 1998, 427, 431ff mN.

<sup>34</sup> Früheste, kurze Ansätze machten Kayser 1999, 80ff und Wittig 1999, 30f.

<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

(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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> Daher erschöpft sich auch der Auftrag der Verwaltung nicht darin, rechtmäßig zu handeln. Die Verwaltung

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

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

<sup>38</sup> 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*: Transferechtigkeit 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.*

*Jus Publicum – Beiträge zum Öffentlichen Recht*

- 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>*