

„Veräußerung öffentlicher Unternehmen und Vergaberecht“

Dr. Sebastian Klein

Inhaltsverzeichnis

A. Die Problemstellung	15
B. Der Gang der Darstellung	19
C. Die Grundlagen der Privatisierung	21
I. Gründe und Motive für die Privatisierung öffentlicher Aufgaben	21
II. Zum Privatisierungspotenzial öffentlicher Auftraggeber	23
III. Überblick über die einzelnen Privatisierungsmodelle.....	25
1. Ein Definitionsansatz für Privatisierungen.....	25
2. Die einzelnen Privatisierungsmodelle im Überblick.....	26
a) Die Vermögensprivatisierung	27
b) Die Organisationsprivatisierung.....	28
c) Die Aufgabenprivatisierung	30
d) Die funktionelle Privatisierung.....	31
aa) Die Kooperationsmodelle im weiteren Sinn	33
bb) Die Kooperationsmodelle im engeren Sinn - PPP	35
e) Sonderfall: Die Beleihung.....	37
IV. Verfassungsrechtliche Determinanten für Privatisierungen	38
1. Die verfassungsrechtlichen Ingerenzpflichten	38
a) Das Rechtsstaatsprinzip	39
b) Das Demokratieprinzip	41
c) Sonderfall: Die Mitbestimmung.....	44
2. Das Sozialstaatsprinzip.....	44
3. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	46
4. Die Grundrechte	49
a) Grundrechtsschutz betroffener Mitbewerber	49
b) Grundrechtsschutz für Personen außerhalb des Wettbewerbs...	50
5. Das bundesstaatliche Kompetenzgefüge.....	51
6. Die Selbstverwaltungsgarantie	53

a) Der Gewährleistungsumfang.....	53
b) Der Ausgestaltungs- und Begrenzungsvorbehalt.....	55
c) Der konkrete Bezug zu einzelnen Privatisierungsformen.....	57
7. Die Folgen aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben	60
a) Die Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht	62
b) Der Vorrang des Gesellschaftsrechts.....	64
c) Die Sicherstellung des öffentlichen Zwecks.....	66
d) Die einzelnen Ingerenzmöglichkeiten	67
aa) Die Aktiengesellschaft	67
(1) Zur rechtlichen Ausgangslage	67
(a) Die demokratische Legitimation	69
(b) Die demokratische Legitimation	70
(2) Der Beherrschungsvertrag	74
(3) Der faktische Konzern.....	78
(4) Zusammenfassung	79
bb) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.....	79
cc) Die speziellen Informationsrechte und Berichtspflichten....	82
e) Fazit.....	83
 D. Die Bezüge zum Kartellvergaberecht.....	 85
 I. Privatisierung und Vergaberecht.....	 85
 II. Darstellung grundlegender vergaberechtlicher Aspekte.....	 86
1. Die Systematik des Vergaberechts	86
2. Die zentralen Auslegungsgrundsätze	89
3. Die Ausschreibungspflicht nach §§ 97 ff. GWB.....	90
a) Der öffentliche Auftrag.....	91
b) Der öffentliche Auftraggeber.....	92
aa) Die eigene Rechtspersönlichkeit	94
bb) Der besondere Gründungszweck	95
(1) Das Allgemeininteresse	95
(2) Die Nichtgewerblichkeit.....	97
(3) Der maßgebliche Zeitpunkt.....	99
cc) Der besondere Staatseinfluss.....	100
(1) Die überwiegende Finanzierung.....	101
(2) Die Aufsicht über die Leitung	102
(3) Die Bestimmung der Mitglieder der Leitungsorgane....	104
(4) Der vermittelnde Staatseinfluss.....	105
(5) Ausdehnung nach § 17 AktG bzw. § 10 VergabeVO? ..	106
dd) Auswirkungen auf den zentralen Prüfungsgegenstand.....	108
c) Die Schwellenwerte	109

aa) Die rechtliche Ausgangslage.....	109
bb) Die Schwellenwertberechnung	112
cc) Die Gründe für die Einführung der Schwellenwerte	113
4. Die Verfahrensarten.....	116
E. Zur Ausschreibung von Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung	119
I. Zur isolierten Ausschreibung der Auftragsvergabe	120
1. Zur Ausschreibungspflicht nach §§ 97, 99 GWB	120
2. Ausnahme: § 100 Abs. 2 lit. g GWB.....	120
a) Die Auftragsarten	121
b) Die Rechtsgrundlage für die Erteilung des Exklusivrechts	122
c) Der Zeitpunkt der Erteilung des Exklusivrechts.....	123
d) Der Begriff des Exklusivrechts.....	124
3. Ausnahme: Das sog. „In-house-Geschäft“	125
a) Die kommunalverfassungsrechtliche Betrachtungsweise.....	126
b) Die europarechtliche Betrachtungsweise.....	127
c) Die funktionelle Betrachtungsweise	128
d) Das Teckal-Urteil des EuGH	130
aa) Die dienststellen-ähnliche Kontrolle.....	132
(1) Einige grundlegende Auslegungsversuche.....	132
(2) Die Kontrolle bei Eigengesellschaften	134
(a) Die Aktiengesellschaft.....	135
(b) Die GmbH	136
(3) Die Kontrolle bei Beteiligungsgesellschaften	136
(a) Anteilsmehrheit bei privaten Rechtssubjekten	137
(b) Anteilsmehrheit bei öffentlichen Rechtssubjekten.....	137
(aa) 100%ige Beteiligungsquote	138
(bb) Starre Beteiligungsgrenzen.....	140
(cc) Einfache Mehrheitsbeteiligung	142
(dd) Konzernrechtliche Beherrschung.....	143
(ee) Umfassende Einflussnahme	145
(ff) Auftraggebereigenschaft.....	146
(gg) Stellungnahme	147
bb) Das wesentliche Tätigwerden	150
e) Ausblick auf die zukünftige Entwicklung.....	154
II. Zur isolierten Ausschreibung der Anteilsveräußerung.....	156
1. Die Ausschreibungspflicht nach dem GWB	156
a) Der Beschaffungsakt	157
b) Das Merkmal der Entgeltlichkeit.....	158

aa) Der enge Entgeltbegriff	158
bb) Der weite Entgeltbegriff	159
cc) Die Person des Entgelterbringers	160
c) Die Vertragstypen im Sinne des § 99 Abs. 2 und 4 GWB.....	162
aa) Der Lieferauftrag, § 99 Abs. 2 GWB	162
bb) Der Dienstleistungsauftrag, § 99 Abs. 4 GWB	164
(1) Anteilsveräußerung als Fiktion?.....	164
(2) Anteilsveräußerung als Dienstleistungskonzession?.....	165
d) Ergebnis	167
2. Zur Ausschreibungspflicht nach sonstigen Rechtsgrundlagen	167
a) Die Vorgaben des Grundgesetzes	167
b) Das Haushaltsrecht.....	169
c) Das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot.....	171
d) Das EG-rechtliche Verbot unzulässiger Beihilfen.....	173
e) Das allgemeine Diskriminierungsverbot des EG-Vertrags.....	174
3. Das persönliche Vertrauensverhältnis der Gesellschafter	175
4. Die kommunale Organisationshoheit	176
5. Ergebnis	177
III. Zur Ausschreibungspflicht bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung	178
1. Grundlegende Ausnahmetatbestände.....	179
2. Der beschaffungsrechtliche Bezug	180
3. Die dogmatische Herleitung	182
a) Der Umgehungstatbestand	183
b) Der funktionelle Auftragsbegriff	184
c) Kritik	185
aa) Terminologische Kritik	186
bb) Europarechtliche Kritikansätze.....	187
cc) Die Überschreitung der Wortlautgrenze	188
dd) Zur analogen Anwendung des § 99 GWB	189
ee) Ergebnis.....	190
4. Die Erforderlichkeit einschränkender Kriterien	190
5. Die formellen Kriterien	191
a) Der enge sachlich-zeitliche Zusammenhang.....	191
b) Der Veräußerungszweck.....	193
c) Die Schwerpunkt- und Kontaminierungstheorie	196
6. Die materiellen Kriterien.....	198
a) Die Abhängigkeit von der Privatisierungsform	198
aa) Anteilsveräußerung und Aufgabenprivatisierung	198
bb) Anteilsveräußerung und funktionelle Privatisierung	200
cc) Kritische Bewertung.....	201
b) Gleichlauf von Anteilsveräußerung und Auftragsvergabe	202

aa) Die In-house-Kriterien bei hypothetischer Betrachtung	202
bb) Der Wegfall der In-house-Kriterien.....	202
cc) Kritische Würdigung	203
(1) Das Problem der schrittweisen Anteilsveräußerung	205
(2) Vergleich zur Veräußerung privater Unternehmen.....	206
(3) Der Vergleich zur Auftragsgarantie	207
dd) Praktische Schlussfolgerung	207
ee) Ausnahmen	208
(1) Der Durchgangserwerb.....	208
(2) Die Sicherheitsabtretung und Verpfändung	210
(3) Die vertragliche Restlaufzeit	210
c) Ergebnis.....	212
IV. Die Schwellenwerte bei der Anteilsveräußerung.....	212
1. Die Schwellenwertberechnung.....	212
2. Sonderfall: Die Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte.....	215
V. Die Wahl der zutreffenden Verfahrensart	216
F. Zusammenfassung und Fazit.....	219
Literaturverzeichnis	221