

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
1. Kapitel Einführung und Problemstellung	15
1. Abschnitt Begriffsbestimmung	18
A. Privatisierungsformen	19
B. In-House-Geschäft im engeren Sinn	20
C. In-House-Geschäft im weiteren Sinn	21
2. Abschnitt Gang der Untersuchung	21
2. Kapitel Rechtliche Grundlagen	27
1. Abschnitt Europäisches Vergaberecht	27
A. Rechtsquellen des europäischen Vergaberechtes	27
I. Sekundäres Unionsrecht	27
1. Die Richtlinien	28
2. Die Verordnungen	29
II. Primärrecht	30
III. Mitteilungen der Europäischen Kommission	32
B. Der Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts	34
I. Subjektiver Anwendungsbereich	34
II. Objektiver Anwendungsbereich	36
1. Öffentlicher Auftrag	36
a) Öffentlicher Bauauftrag	37
b) Öffentlicher Lieferauftrag	39
c) Öffentlicher Dienstleistungsauftrag	40
d) Zwischenergebnis	40
2. Schwellenwerte	41
3. Dienstleistungskonzession	42
4. Unterschwellenvergabe	45
III. Zusammenfassung	46
C. Ausnahmen vom Anwendungsbereich	46
I. Geschriebene Ausnahmen	47
1. Generelle Ausnahmen	47
2. Spezielle Ausnahmen	48
a) Art. 18 VKR	48
b) Art. 23 SKR	50
II. Das In-House-Geschäft als ungeschriebene Ausnahme	52
1. Eigenleistung der öffentlichen Hand	52
2. In-House-Geschäft (im weiteren Sinn)	52

a) Formelle Betrachtungsweise	53
b) Funktionale Betrachtungsweise	53
III. Zusammenfassung	55
2. Abschnitt Kommunalrecht	56
A. Die wirtschaftliche Betätigung (allgemein)	57
I. Der öffentliche Zweck	57
II. Der Leistungsfähigkeitsbezug	60
III. Subsidiaritätsklausel	60
B. Die Gründung und Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform	61
C. Die extraterritoriale wirtschaftliche Betätigung	62
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben	62
1. Vorliegen einer extraterritorialen wirtschaftlichen Betätigung	63
2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der extraterritorialen Betätigung	64
II. Kommunalrechtliche Vorgaben	68
D. Differenzierende Betrachtung aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben	70
I. Art. 4 EUV (ex Art. 6 Abs. 3 EUV)	72
II. Art. 345 AEUV (ex Art. 295 EGV)	74
III. Art. 106 AEUV (ex Art. 86 Abs. 1 EGV)	76
IV. Art. 54 AEUV (ex Art. 48 EGV)	77
V. Stellungnahme	79
E. Zusammenfassung	81
3. Kapitel Das In-House-Geschäft	83
1. Abschnitt Die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung	83
A. Erste Ansätze	83
I. Schlussanträge - Gemeinde Arnheim (19.02.1998)	83
II. Schlussanträge - RI.SAN (18.03.1999)	84
B. Grundsatzentscheidungen zum In-House-Geschäft	86
I. Teckal (18.11.1999)	86
II. Stadt Halle (11.01.2005)	87
III. Kommission ./.. Spanien (13.01.2005)	88
IV. Parking Brixen (13.10.2005)	89
V. Mödling (10.11.2005)	91
VI. ANAV (06.04.2006)	92
C. Entscheidungen zu ÖÖP und gestaffelten Beteiligungsverhältnissen	94
I. Carbotermo (11.05.2006)	94
II. Asemfo (19.04.2007)	96
III. Coditel (23.11.2008)	98
D. Jüngste Entwicklung: Stadtreinigung Hamburg (09.06.2009)	99
E. Fazit	101
2. Abschnitt Die Beurteilungsgrundsätze	102
A. Einheitliche Anwendung	102

I. Vergaberichtlinien	102
II. Primärrecht	104
III. Zwischenergebnis	106
B. Restriktive Auslegung	106
C. Maßgeblicher Zeitpunkt	107
I. Besondere Umstände	107
II. Zeitliche Grenzen	109
D. Zusammenfassung	111
3. Abschnitt Kontrollkriterium	111
A. Die erforderliche Kontrollintensität	111
I. Die abstrakte Kontrollformel	112
II. Die Konkretisierung des abstrakten Beurteilungsmaßstabes	114
B. Keine Beteiligung privaten Kapitals	116
C. Die gesellschaftsrechtlichen Kontrollmöglichkeiten	119
I. Die Ansatzpunkte zur Einflussnahme	120
1. Die Besetzung der Gesellschaftsorgane	120
2. Die Beeinflussung der Arbeitsweise	121
II. Die Kontrolle über das geschäftsführende Organ	121
1. Die Besetzung des geschäftsführenden Organs	121
2. Die Kontrolle der Arbeitsweise	122
III. Die Kontrolle über die nicht geschäftsführenden Gremien	124
1. Das Willensbildungsorgan	125
2. Weitere organschaftliche Gremien	126
IV. Zusammenfassung	128
D. Weitere Aspekte des Kontrollkriteriums	129
I. Die satzungsmäßige Möglichkeit der Öffnung für privates Kapital	130
II. Die Marktausrichtung der In-House-Gesellschaft	133
E. Die Umsetzung der Vorgaben im deutschen (Gesellschafts-)Recht	134
I. Die Aktiengesellschaft	135
1. Der Anknüpfungspunkt für die dienststellenähnliche Kontrolle	136
2. Die Sicherstellung der dienststellenähnlichen Kontrolle	138
a) Zustimmungsvorbehalte	138
b) Weisungsbefugnisse	140
c) Zwischenergebnis	141
3. Die Kontrolle der Aktiengesellschaft mittels eines Beherrschungsvertrages	142
a) Die Sicherstellung der dauerhaften Beherrschung der Aktiengesellschaft	143
b) Die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Haftungsbegrenzung	145
II. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	146
III. Die gesetzlichen Vorgaben zur Arbeitnehmermitbestimmung	148
IV. Zusammenfassung	151
F. Fazit	151

4. Abschnitt	Wesentlichkeitskriterium	151
A.	Die Ermittlung der wesentlichen Tätigkeit	151
I.	Maßgebliche Tätigkeiten für die Bewertung	152
II.	Die Wesentlichkeitsschwelle	153
B.	Weitere Aspekte zur Beurteilung der Wesentlichkeit	156
C.	Zusammenfassung	157
4. Kapitel	Atypische In-House-Geschäfte	159
1. Abschnitt	Öffentlich-Öffentliche-Partnerschaften	159
A.	In-House-Geschäfte	160
I.	Kontrollkriterium	160
II.	Wesentlichkeitskriterium	165
III.	Zusammenfassung	166
B.	Interkommunale Zusammenarbeit	167
I.	Bisheriges Verständnis	167
II.	Die unterbliebene Kodifikation im GWB	172
III.	Stellungnahme	174
IV.	Zusammenfassung	181
2. Abschnitt	Mittelbarer Anteilsbesitz	182
A.	Kontrollkriterium	182
I.	Grundsatz	182
II.	Die dienststellenähnliche Kontrolle im Konzern	185
1.	Die verschiedenen Erscheinungsformen	185
2.	Die Sicherstellung der dienststellenähnlichen Kontrolle	186
III.	Zusammenfassung	189
B.	Wesentlichkeitskriterium	190
I.	Grundsatz	190
II.	Die wesentliche Tätigkeit im Konzern	191
III.	Zusammenfassung	192
C.	Die Umsetzung der Vorgaben im deutschen (Gesellschafts-)Recht	193
I.	Muttergesellschaft	193
II.	Untergesellschaften	195
III.	Zusammenfassung	196
D.	Die Eingliederung gemischt-wirtschaftlicher Gesellschaften	197
5. Kapitel	Die rechtswidrige In-House-Vergabe	199
1. Abschnitt	Der fortbestehende Unionsrechtsverstoß	199
A.	Die Bockhorn & Braunschweig-Rechtsprechung	199
B.	Stellungnahme	201
2. Abschnitt	Konsequenzen für rechtswidrige In-House-Vergaben	203
A.	Die Nachprüfbarkeit rechtswidriger In-House-Vergaben	203
B.	De facto-Vergaben	204
C.	Übertragung auf rechtswidrige In-House-Vergaben	205

D. Die zivilrechtliche Behandlung rechtswidriger In-House-Vergaben	206
I. Die neue Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG	207
II. Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechtes	208
III. Nicht geregelte Aspekte der rechtswidrigen In-House-Vergabe	209
1. § 101b Abs. 1 GWB	210
2. § 138 BGB	212
3. § 134 BGB	213
4. Kündigung des vergaberechtswidrigen Vertrages	214
a) Kündigungsrecht aus § 313 BGB	215
b) Kündigungsrecht aus § 314 BGB	217
5. Stellungnahme	218
E. Zusammenfassung	220
 6. Kapitel Der präventive Schutz des Wettbewerbs	 221
1. Abschnitt Die rechtsmethodische Einordnung des In-House-Geschäftes	221
2. Abschnitt Die Bestimmung der Grenzen des In-House-Geschäftes	226
A. Art. 5 Abs. 4 EUV - Verhältnismäßigkeitsprinzip	226
B. Teleologische Reduktion unter Beachtung des Spürbarkeitskriteriums	231
C. Eigener Ansatz	235
I. Die maßgeblichen Faktoren	235
1. Die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	235
2. Die wettbewerblichen Auswirkungen eines In-House-Geschäfts	236
3. Die Erforderlichkeit einer Prognoseentscheidung	237
4. Zwischenergebnis	238
II. Die Rechtsprechung des EuGH	239
1. Die Bevorteilung privater Investoren	239
2. Die Bevorteilung der ausführenden Gesellschaft	240
3. Der präventive Schutz des Wettbewerbs als integratives System	241
III. Die Reichweite des präventiven Wettbewerbsschutzes	243
1. Die Bevorteilung privater Investoren	243
2. Die Bevorteilung der ausführenden Gesellschaft	244
a) Der Erweiterung der Tätigkeiten	245
b) Das Verbot der Teilnahme an Ausschreibungsverfahren	246
c) Die Betrachtung der Konditionen des In-House-Vertrages	248
D. Zusammenfassung	252
 7. Kapitel Folgenbetrachtung	 255
1. Abschnitt Der nachträgliche Wegfall von Tatbestandsvoraussetzungen	255
A. Dogmatische Überlegungen	257
I. Das Kriterium der Dauerhaftigkeit	258
II. Das ungeschriebene Veränderungsverbot	258
B. Praktische Anwendungsfälle	260

I. Die Veräußerung von Geschäftsanteilen einer In-House-Gesellschaft	260
1. Das „eingekapselte Beschaffungsverhältnis“	260
2. Die Veräußerung von In-House-Beteiligungen	262
II. Die nachträgliche Überschreitung der Wesentlichkeitsschwelle	263
III. Die Reichweite des Veränderungsverbotes	264
IV. Die Teilprivatisierung mittels Tracking Stocks	266
1. Tracking Stocks	267
2. Vergaberechtliche Bewertung	268
C. Die rechtliche Behandlung von Verstößen gegen das Veränderungsverbot	270
D. Konkurrentenrechtsschutz in Vergabeverfahren	272
E. Zusammenfassung	273
2. Abschnitt Die Konkretisierung des Begriffes der „wichtigen Entscheidung“	274
A. Die Einordnung des Merkmals in die In-House-Rechtsprechung	275
B. Die Konkretisierung	276
C. Zusammenfassung	278
3. Abschnitt Die territoriale Begrenzung der gesellschaftlichen Aktivitäten	279
A. Problemstellung	279
B. Vereinbarkeit der territorialen Begrenzung mit der Dienstleistungsfreiheit	281
I. Die Eröffnung des Anwendungsbereiches	281
1. Der persönliche Anwendungsbereich	281
2. Der sachliche Anwendungsbereich	282
a) Aktivitäten im selben Mitgliedstaat	283
b) Grenzüberschreitende Aktivitäten	285
II. Eingriff	286
1. Diskriminierung	286
2. Beschränkung	286
a) Der Beschränkungs begriff der Dienstleistungsfreiheit	287
b) Vorliegen einer Beschränkung	289
C. Kritische Würdigung	289
D. Zusammenfassung	293
8. Kapitel Schlussbetrachtung und Zusammenfassung der Ergebnisse	295
1. Abschnitt Schlussbetrachtung	295
2. Abschnitt Zusammenfassung der Ergebnisse	300
Literaturverzeichnis	307
Stichwortverzeichnis	329