

**Sebastian Klein**

**Veräußerung  
öffentlicher Unternehmen  
und Vergaberecht**



**PETER LANG**  
Europäischer Verlag der Wissenschaften

## 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 Entgelterbringens.....	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 Organisationshöheit .....	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