

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 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