

**Jenaer Schriften zum Recht**

**Band 27**

Herausgegeben von Prof. Dr. Heiner Alwart  
Prof. Dr. Walter Bayer  
Prof. Dr. Michael Brenner  
Prof. Dr. Udo Ebert  
Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer  
Prof. Dr. Rolf Gröschner  
Prof. Dr. Dr. Martina Haedrich  
Prof. Dr. Peter M. Huber  
Prof. Dr. Volker Jänich  
Prof. Dr. Dr. Günter Jerouscheck  
Prof. Dr. Elisabeth Koch  
Prof. Dr. Gerhard Lingelbach  
Prof. Dr. Karl M. Meessen  
Prof. Dr. Karl U. Meyn  
Prof. Dr. Hartmut Oetker  
Prof. Dr. Walter Pauly  
Prof. Dr. Monika Schlachter  
Prof. Dr. Dietrich Simon  
Prof. Dr. Olaf Werner

**Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena**

# Privatisierungsdruck des Europarechts

von

Dr. Kirsten Böhmann



RICHARD BOORBERG VERLAG

Stuttgart · München · Hannover · Berlin · Weimar · Dresden

# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| <b>Abkürzungsverzeichnis</b>  | 15 |
| <b>A. Einleitung</b>  | 19 |
| <b>B. Grundlagen</b>  | 22 |
| § 1 Privatisierung  | 22 |
| I. Die Privatisierungssituation in der Bundesrepublik Deutschland       | 22 |
| II. Privatisierung – Begriff und Formen                                 | 25 |
| 1. Formelle Privatisierung  | 26 |
| a) Organisationsprivatisierung  | 26 |
| b) Funktionale Privatisierung   | 28 |
| 2. Materielle Privatisierung  | 29 |
| a) Aufgabenprivatisierung   | 29 |
| b) Vermögensprivatisierung  | 30 |
| c) Finanzierungsprivatisierung  | 31 |
| III. Gründe für die Privatisierung                                      | 31 |
| 1. Haushaltspolitische Gründe   | 32 |
| 2. Ordnungspolitische Gründe  | 33 |
| 3. Betriebswirtschaftliche Gründe                                       | 36 |
| IV. Privatisierung und Deregulierung                                    | 37 |
| V. Zusammenfassung  | 38 |
| § 2 Öffentliche Unternehmen   | 39 |
| I. Motive der öffentlichen Hand für die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr | 40 |
| 1. Ordnungspolitische Motive  | 41 |
| a) Monopol- und Oligopolkontrolle                                       | 41 |
| b) Förderung des Wettbewerbs  | 42 |
| c) Struktur- und Regionalförderung                                      | 43 |
| d) Konjunktursteuerung  | 43 |
| 2. Sozialpolitische Motive und Sicherung der Lebensgrundlagen           | 44 |
| 3. Erwerbswirtschaftliche Motive  | 45 |
| II. Arten öffentlicher Unternehmen                                      | 46 |
| III. Öffentliche Unternehmen in der Europäischen Union                  | 46 |
| 1. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union                     | 47 |
| a) Gemeinsamer Markt und Binnenmarkt                                    | 48 |
| b) Grundrechte und Grundfreiheiten                                      | 50 |

|  |    |
|--|----|
| c) Das System des unverfälschten Wettbewerbs                             | 51 |
| d) Marktwirtschaftliche Ausrichtung                                      | 53 |
| 2. Öffentliche Unternehmen als Fremdkörper?                              | 54 |
| a) Teilnahme am Wirtschaftsverkehr                                       | 54 |
| b) Umgehung der wettbewerblichen Steuerungsmechanismen                   | 54 |
| c) Rückhalt in den öffentlichen Haushalten                               | 55 |
| d) Fehlende Transparenz  | 56 |
| 3. Die Reaktion des EG-Vertrags – ein Überblick                          | 56 |
| IV. Der gemeinschaftsrechtliche Begriff des öffentlichen Unternehmens    | 57 |
| 1. Der Begriff des Unternehmens  | 58 |
| a) Keine hoheitliche Tätigkeit   | 59 |
| b) Wirtschaftliche Tätigkeit   | 61 |
| (1) Finanzierung und Gewinnerzielungsabsicht                             | 61 |
| (2) Rechtsform   | 62 |
| (3) Wettbewerbspolitische Zielvorgaben des EG-Vertrags                   | 62 |
| (4) Keine soziale Tätigkeit  | 65 |
| 2. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens                             | 68 |
| V. Die Situation der öffentlichen Unternehmen in einigen Mitgliedstaaten | 70 |
| 1. Bundesrepublik Deutschland  | 71 |
| 2. Frankreich  | 72 |
| 3. Großbritannien  | 73 |
| 4. Italien   | 74 |
| VI. Zusammenfassung  | 75 |
| <b>C. Art. 295 EG – Eigentumsordnung</b>                                 | 77 |
| § 1 Die Auslegung von Art. 295 EG  | 78 |
| I. Die wörtliche Auslegung   | 78 |
| II. Die systematische Auslegung  | 79 |
| 1. Kompetenzen auf dem Gebiet des Eigentums                              | 80 |
| 2. Regel-Ausnahme-Verhältnis   | 81 |
| III. Die historische Auslegung   | 83 |
| 1. Anlehnung an Art. 83 KS   | 84 |
| 2. Die Bewahrung unterschiedlicher Strukturen                            | 85 |
| 3. Art. 91 EA  | 86 |
| IV. Die teleologische Auslegung  | 86 |
| 1. Recht zur Verstaatlichung und Privatisierung                          | 87 |
| 2. Öffentliche Unternehmen als Mittel der Wirtschaftspolitik             | 87 |
| 3. Zielkonflikt mit einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung       | 88 |

|   |           |
|---|-----------|
| V. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs                                | 88        |
| 1. Gleichbehandlungsgebot   | 89        |
| 2. Recht zur Verstaatlichung  | 89        |
| 3. Einschränkung durch Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln          | 89        |
| VI. Die Auffassung der Kommission                                     | 92        |
| § 2 Der Regelungsgehalt des Art. 295 EG                               | 94        |
| I. Art. 222 EWGV als „Eintrittskarte“ in die Europäische Gemeinschaft | 94        |
| II. Die Kompetenzen der Mitgliedstaaten                               | 94        |
| III. Schutz vor Maßnahmen der Gemeinschaft                            | 96        |
| IV. Zusammenfassung   | 97        |
| <b>D. Die Vertragsvorschriften als Privatisierungshebel</b>           | <b>99</b> |
| § 1 Art. 86 EG als Privatisierungshebel                               | 99        |
| I. Der Zweck des Art. 86 EG   | 100       |
| 1. Gleichbehandlungsgrundsatz   | 101       |
| 2. Verhinderung eines vertragswidrigen Verhaltens der Mitgliedstaaten | 101       |
| II. Die Regelung des Art. 86 Abs. 1 EG                                | 102       |
| 1. Adressat der Maßnahme  | 102       |
| a) Öffentliche Unternehmen  | 103       |
| b) Besondere oder ausschließliche Rechte                              | 103       |
| 2. Die Art der Maßnahme   | 105       |
| 3. Die Vertragswidrigkeit der Maßnahme                                | 106       |
| 4. Die Vereinbarkeit staatlicher Monopole mit dem EG-Vertrag          | 110       |
| a) Handelsmonopole (Art. 31 EG)                                       | 110       |
| b) Dienstleistungsmonopole  | 111       |
| (1) Die Grundfreiheiten   | 113       |
| (2) Art. 82 EG  | 116       |
| (a) Mißbräuchliche Ausnutzung   | 117       |
| (b) Möglichkeit einer mißbräuchlichen Ausnutzung                      | 118       |
| (c) Die Errichtung eines Monopols                                     | 123       |
| (d) Anforderungen der Art. 86 EG und Art. 295 EG                      | 125       |
| (e) Formen des Mißbrauchs   | 127       |
| (f) Handelsbeeinträchtigung   | 128       |
| (3) Zwischenergebnis  | 128       |
| III. Die Regelung des Art. 86 Abs. 2 EG                               | 129       |
| 1. Tatbestandsmerkmale  | 131       |
| a) Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG                         | 131       |
| (1) Finanzmonopole  | 131       |

|   |     |
|---|-----|
| (2) Dienstleistungen von allg. wirtschaftlichen Interesse _____ | 131 |
| b) Betrauung _____  | 133 |
| c) Tatsächliche oder rechtliche Verhinderung _____              | 136 |
| d) 86 Abs. 2 Satz 2 EG - Verhältnismäßigkeit _____              | 137 |
| (1) Eignung _____   | 137 |
| (2) Erforderlichkeit _____                                      | 138 |
| (3) Angemessenheit _____  | 140 |
| 2. Beweislast _____   | 141 |
| 3. Aufgabe der nationalen Gerichte _____                        | 142 |
| 4. Zwischenergebnis _____                                       | 143 |
| IV. Die Regelung des Art. 86 Abs. 3 EG _____                    | 144 |
| 1. Überwachungskompetenz _____                                  | 144 |
| 2. Allgemeine Rechtsetzungskompetenz _____                      | 146 |
| V. Privatisierungsdruck des Art. 86 EG _____                    | 147 |
| 1. Rechtlicher Privatisierungsdruck _____                       | 147 |
| 2. Faktischer Privatisierungsdruck _____                        | 148 |
| a) Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben _____                  | 148 |
| (1) Möglichkeiten der Finanzierung öffentlicher Aufgaben _____  | 148 |
| (a) Reservierte Märkte _____                                    | 149 |
| (b) Direkte und indirekte Finanzhilfen _____                    | 149 |
| (c) Haushaltspolitische Maßnahmen, Kreditaufnahme _____         | 150 |
| (d) Zwischenergebnis _____                                      | 151 |
| (2) Art. 86 Abs. 2 EG _____                                     | 152 |
| (3) Verzicht auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben _____    | 152 |
| b) Erwerbswirtschaftliche Teilnahme am Wettbewerb _____         | 154 |
| (1) Wahl der Rechtsform – Formelle Privatisierung _____         | 154 |
| (2) Konkurrenz zu privaten Unternehmen _____                    | 155 |
| c) Zwischenergebnis _____                                       | 156 |
| VI. Zusammenfassung _____                                       | 157 |
| § 2 Die Beihilfavorschriften als Privatisierungshebel _____     | 159 |
| I. Die Beihilfekontrolle _____                                  | 159 |
| 1. Der Begriff der staatlichen Beihilfe _____                   | 160 |
| a) Die einem Unternehmen gewährte Begünstigung _____            | 161 |
| b) Staatliche Zurechenbarkeit _____                             | 163 |
| c) Finanzielle Belastung staatlicher Mittel _____               | 164 |
| d) Begünstigteneigenschaft _____                                | 164 |
| e) Spezifität der Maßnahme _____                                | 165 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Beihilfen an öffentliche Unternehmen                            | 166 |
| a) Beihilfeformen  | 166 |
| b) Die Praxis der Kommission und des Gerichtshofs                  | 168 |
| (1) Der marktwirtschaftliche Investortest                          | 168 |
| (2) Der Zeitraum der Gewinnerwartung                               | 171 |
| (3) Der Zeitpunkt der Investitionsentscheidung                     | 172 |
| (4) Der Entscheidungsspielraum der Kommission                      | 173 |
| c) Kriterien   | 174 |
| (1) Finanzlage   | 174 |
| (2) Umstrukturierungspläne   | 174 |
| (3) Überkapazitäten  | 175 |
| (4) Beteiligung privater Gesellschafter                            | 175 |
| (5) Privatisierungen   | 176 |
| (6) Profunde Informationslage                                      | 178 |
| d) Ausweitung auf rentable Unternehmen                             | 178 |
| e) Bewertung   | 179 |
| (1) Beteiligung privater Gesellschafter                            | 179 |
| (2) Risikobereitschaft privater Gesellschafter                     | 180 |
| (3) Besondere Gefahrenlage bei öffentlichen Unternehmen            | 181 |
| (4) Berücksichtigung des Allgemeinwohls                            | 182 |
| (5) Zwischenergebnis   | 183 |
| 3. Wettbewerbsverfälschung   | 184 |
| 4. Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Handels                 | 185 |
| 5. Spürbarkeit und Intensität                                      | 185 |
| 6. Ausnahmen vom Beihilfeverbot                                    | 186 |
| a) Art. 87 Abs. 2 EG   | 187 |
| b) Art. 87 Abs. 3 EG   | 188 |
| (1) Umstrukturierungspläne   | 190 |
| (2) Gegenleistungen  | 191 |
| (3) Verhältnismäßigkeit  | 191 |
| (4) Wahrung kaufmännischer Grundsätze                              | 192 |
| c) Art. 86 Abs. 2 EG   | 192 |
| II. Fallgruppen: Verpflichtung zur Privatisierung                  | 192 |
| 1. Die Entscheidung IOR: Unbeachtlichkeit der Privatisierung?      | 193 |
| 2. Faktischer Privatisierungszwang: Die Entscheidung ENI/Lanerossi | 194 |
| 3. Formelle Privatisierung und kommerzielle Unternehmensführung    | 194 |
| a) Die Entscheidung Renault  | 195 |
| b) Die Entscheidung Sabena   | 195 |

|  |     |
|--|-----|
| 4. Materielle Privatisierung                                   | 197 |
| a) Die Entscheidung Quimigal                                   | 197 |
| b) Die Entscheidung Rover                                      | 198 |
| c) Die Entscheidungen in der Sache EFIM                        | 198 |
| (1) Beihilfeeigenschaft  | 199 |
| (2) Verbundene Fälle   | 201 |
| d) Die Entscheidungen Hytasa, Imepiel und Intelhorce           | 202 |
| e) Die Entscheidung Air France                                 | 203 |
| f) Die Entscheidung Bull                                       | 205 |
| g) Die Entscheidung Crédit Lyonnais                            | 206 |
| h) Die Entscheidung Alitalia                                   | 210 |
| i) Die Entscheidung GAN  | 212 |
| 5. Zwischenergebnis  | 214 |
| III. Privatisierungsdruck durch die Beihilfavorschriften       | 214 |
| 1. Die Entscheidungspraxis der Kommission                      | 214 |
| a) Der marktwirtschaftliche Investortest                       | 215 |
| b) Formelle Privatisierung                                     | 215 |
| c) Positive Auswirkungen der Privatisierung                    | 216 |
| d) Privatisierung als Bedingung für eine positive Entscheidung | 217 |
| (1) Folgen der Nichteinhaltung der Bedingung                   | 218 |
| (2) Konsequenzen für Mitgliedstaaten und Unternehmen           | 220 |
| 2. Die Kontrolle durch die Rechtsprechung                      | 221 |
| 3. Vereinbarkeit mit Art. 295 EG                               | 222 |
| a) Der marktwirtschaftliche Investortest                       | 223 |
| b) Privatisierung als Bedingung für Beihilfegenehmigung        | 223 |
| (1) Initiative der betroffenen Regierung                       | 223 |
| (2) Initiative der Kommission                                  | 224 |
| IV. Zusammenfassung  | 225 |
| § 3 Das Vergaberecht als Privatisierungshebel                  | 227 |
| I. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers                  | 229 |
| 1. Der institutionelle Auftraggeberbegriff                     | 229 |
| 2. Der funktionelle Auftraggeberbegriff                        | 230 |
| a) Art der Aufgabe   | 232 |
| (1) Aufgabe im Allgemeininteresse                              | 232 |
| (2) Andere Zwecke und Tätigkeiten nicht gewerblicher Art       | 234 |
| c) Die Privatisierung von Aufgaben                             | 236 |
| 3. Die Sektorenrichtlinien                                     | 236 |

|  |            |
|--|------------|
| 4. Zwischenergebnis _____  | 237        |
| II. Die Vergabeentscheidung _____  | 237        |
| 1. Zielsetzungen der öffentlichen Auftraggeber _____                                   | 238        |
| 2. Zuschlagskriterien _____  | 239        |
| a) Das niedrigste oder das wirtschaftlich günstigste Angebot _____                     | 239        |
| b) Die Berücksichtigung auftragsfremder Kriterien _____                                | 240        |
| (1) Abschließende Regelung durch die Richtlinien _____                                 | 241        |
| (2) Diskriminierungsverbot _____   | 241        |
| 3. Eignungskriterien _____   | 243        |
| 4. Zwischenergebnis _____  | 244        |
| III. Privatisierungsdruck durch die Vergabevorschriften _____                          | 244        |
| 1. Verzicht auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben _____                            | 245        |
| 2. Veräußerung öffentlicher Unternehmen _____  | 246        |
| IV. Zusammenfassung _____  | 246        |
| <b>E. Das deutsche öffentliche Wettbewerbsrecht als<br/>Privatisierungshebel _____</b> | <b>248</b> |
| § 1 Die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand _____       | 248        |
| I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit: „Wirtschaftsfreiheit des Staates“ _____         | 248        |
| II. Allgemeine Legitimation staatlicher Wirtschaftstätigkeit _____                     | 250        |
| III. Abwehranspruch privater Konkurrenten _____  | 253        |
| 1. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte _____                                    | 254        |
| a) Grundrechtlicher Abwehranspruch _____   | 254        |
| b) Einfachgesetzlicher Abwehranspruch _____  | 256        |
| 2. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zu § 1 UWG _____                               | 257        |
| 3. Zwischenergebnis _____  | 262        |
| § 2 Privatisierungsdruck des öffentlichen Wettbewerbsrechts _____                      | 263        |
| I. Konsequenzen für die deutschen öffentlichen Unternehmen _____                       | 263        |
| II. Unionsweite Konsequenzen _____   | 265        |
| III. Zusammenfassung _____   | 267        |
| <b>F. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen _____</b>                               | <b>268</b> |
| <b>Literaturverzeichnis _____</b>  | <b>271</b> |
| <b>Entscheidungsverzeichnis _____</b>  | <b>300</b> |