

Jan-Erik Jasper

Privatisierung und EG-Vergaberecht:

Die Realisierung von Privatisierungsmaßnahmen
im Lichte des personellen und sachlichen
Anwendungsbereichs des europäisierten Vergaberechts



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist
bei Der Deutschen Bibliothek erhältlich

Zugleich: Dissertation, Osnabrück, Univ., 2001

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2001

ISBN 3-8316-0000-7

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München

Tel.: 089/277791-00 – Fax: 089/277791-01

INHALTSÜBERSICHT:

Inhaltsverzeichnis:.....	VIII
Einleitung:.....	1
1. Teil: Einführung in das System des geltenden Vergaberechts und Einführung in die Privatisierungsdebatte:.....	5
A. Einführung in das System des geltenden Vergaberechts:.....	5
I. Vergaberecht/ EG-Vergaberecht:.....	5
II. EG-Vertrag und Vergaberecht:.....	9
III. Die Vorschriften des EG-Vergaberechts:.....	22
B. Einführung in die Privatisierungsdebatte und Darstellung der verschiedenen Privatisierungsmodelle:.....	36
I. Einführung in die Privatisierungsdebatte:.....	36
II. Die verschiedenen Privatisierungsformen:.....	40
III. Konkrete Modelle und Erscheinungsformen der funktionalen Privatisierung bzw. des "public private partnership":.....	43
C. Zusammenfassung des 1. Teils:.....	53
2. Teil: Privatisierungsmaßnahmen im Lichte des personellen Anwendungsbereichs des EG-Vergaberechts/ der EG-vergaberechtliche Status "privatisierter" Rechtssubjekte:.....	56
A. Die Auftraggeberstellung privatrechtlich organisierter Rechtssubjekte:.....	56
I. Vom institutionellen zum funktionellen Verständnis des EG-vergaberechtlichen Auftraggeberbegriffs:.....	56
II. Zur Bedeutung der europarechtlichen Grundsätze für die Auslegung des EG-vergaberechtlichen Auftraggeberbegriffs:.....	58
III. Die Auftraggeberstellung als "Einrichtung des öffentlichen Rechts":.....	59
IV. Die Auftraggeberstellung als privatrechtlich organisierter Sektorenauftraggeber:.....	97
V. Die Auftraggeberstellung subventionierter privater Unternehmen:.....	108
VI. Die privaten Auftraggeber nach § 57 a Abs. 1 Nr. 8 HGRG (a.F.):.....	111
VII. Der EG-Vergaberechtliche Status privater Baukonzessionäre:.....	113
B. Auftraggeberbegriff und Privatisierung:.....	134
I. Allgemeines:.....	134
II. Auswirkungen der verschiedenen Privatisierungsformen auf den EG-vergaberechtlichen Status des privatisierten Unternehmens bzw. des privaten Investors:.....	134
C. Zusammenfassung des 2. Teils:.....	153
3. Teil: Privatisierungsvorgänge im Lichte des sachlichen Anwendungsbereichs des EG-Vergaberechts/ Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts auf die im Rahmen eines Privatisierungsvorgangs zu vergebenden "Aufträge":.....	154
A. Der Begriff des ausschreibungspflichtigen "öffentlichen Auftrags" im Sinne des EG-Vergaberechts:.....	154
I. Der öffentliche Auftrag als Vertragsverhältnis:.....	155
II. Das Erfordernis einer "Beschaffungstätigkeit":.....	157
III. Ein "Unternehmen" als Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers:.....	157
IV. Wichtige Ausnahmenvorschriften:.....	162
B. Ausschreibungspflichten im Rahmen der Realisierung der verschiedenen Privatisierungsformen:.....	167
I. Formelle Privatisierung:.....	167
II. Materielle Privatisierung:.....	168
III. Vermögensprivatisierung:.....	169
IV. Funktionale Privatisierung - public private partnership:.....	169
C. Zusammenfassung des 3. Teils:.....	178
Schlußbetrachtung und Ausblick:.....	179
Abkürzungsverzeichnis:.....	XVI
Literaturverzeichnis:.....	XVIII

Einleitung:

„Privatisierung“ ist bereits seit einigen Jahren in aller Munde, scheint jedoch nach wie vor das Gebot der Stunde zu sein¹. Insbesondere die angespannten Haushaltslagen veranlassen den Bund, die Länder und die Gemeinden dazu, sich aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zugunsten von Privatrechtssubjekten zurückzuziehen².

Bei der praktischen Realisierung von Privatisierungsmaßnahmen treten zahlreiche Probleme auf, die in der Rechtswissenschaft zu den aktuellsten Tagesfragen zählen³. Im Rahmen der rechtswissenschaftlichen „Privatisierungsdebatte“ werden zur Zeit insbesondere verfassungs-⁴, haushalts-⁵ und kommunalrechtliche⁶ Aspekte der verschiedenen Privatisierungsmaßnahmen diskutiert⁷.

Noch relativ unbeleuchtet ist dagegen das Zusammenspiel von Privatisierung und Vergaberecht. Dabei birgt insbesondere das Vergaberecht für die Realisierung einer

¹ Es vergeht kaum ein Monat, in dem nicht neue Vorschläge zur Privatisierung bisher vom Staat wahrgenommener Aufgaben publik werden, vgl. z.B. den aktuellen Vorschlag zur Privatisierung der Bundeswasserstraßen, Spiegel, v. 4.9.2000, Heft Nr. 36, S. 19, „Privatisierung der Flüsse?“.

² Vgl. Müller-Wrede, VergR 5/97, S. 29; Schießer/Petzolt, BB 2000, S. 334. Im Rahmen der Ursachen der „Privatisierungsbewegung“ spielt jedoch auch der globale Trend zur Globalisierung eine bedeutende Rolle, vgl. dazu und zu weiteren Ursachen, die ausführlichen Darstellungen bei Helm, Rechtspflicht zur Privatisierung, S. 63 ff. und Ludwig, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, S. 130 ff. Hingewiesen sei an dieser Stelle auch auf die neue Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 2 BHO, wonach „die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit den Bund zur Prüfung verpflichten, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können“.

³ So Ludwig, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, S. 130; Helm, Rechtspflicht zur Privatisierung, S. 27. Zur aktuellen rechtswissenschaftlichen „Privatisierungsdebatte“ vgl. insbesondere Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 1 ff.; Helm, Rechtspflicht zur Privatisierung, S. 27 ff.; Zeiss, Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, S. 5 ff.; Hammer, DÖV 2000, S. 613 ff.; Di Fabio, JZ 1999, S. 585 ff.; Ronellenfitsch, DÖV 1999, S. 705 ff.; König, DÖV 1998, S. 963 ff.; Bauer, DÖV 1998, S. 89 ff.; Pabst/Schwartzmann, DÖV 1998, S. 315;

⁴ Zu verfassungsrechtlichen Aspekten der verschiedenen Privatisierungsformen siehe Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 175 ff.; Helm, Rechtspflicht zur Privatisierung, S. 132 ff.; Arndt, Die Privatfinanzierung von Bundesfernstraßen, S. 131 ff.; Bucher, Privatisierung von Bundesfernstraßen, S. 92 ff.; v. Hagemeister, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 71 ff.; Di Fabio, JZ 1999, S. 585, 590 ff.; Kämmmerer, JZ 1996, S. 1042, 1046 f.; Schoch, Privatisierung der Abfallentsorgung, S. 41 ff.;

⁵ Zu haushalts- und haushaltsverfassungsrechtlichen Aspekten der verschiedenen Privatisierungsformen siehe Zeiss, Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, S. 69 ff.; Bucher, Privatisierung von Bundesfernstraßen, S. 128 ff.; Pabst, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau, S. 82 ff.; v.d. Pfordten, Privatfinanzierte öffentliche Aufträge in Bayern, S. 81 ff.; Helm, Rechtspflicht zur Privatisierung, S. 250 ff.; Krölls, GewArch 1995, S. 129, 140 ff.; Erguth/Stollmann, DÖV 1993, S. 798, 800 f.;

⁶ Zu kommunalrechtlichen Aspekten der verschiedenen Privatisierungsformen vgl. u.a. Schoch, DÖV 1993, S. 377, 379; Helm, Rechtspflicht zur Privatisierung, S. 223 ff.; Sterzel, in: Blanke/Trümmer (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, S. 211 ff.

⁷ Nur vereinzelt werden auch andere Rechtsgebiete auf ihre „Privatisierungsrelevanz“ hin untersucht, vgl. zu arbeitsrechtlichen Aspekten: v. Roetteken, in: Blanke/Trümmer (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, S. 381 ff.; Trümmer, in: Blanke/Trümmer (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, S. 437 ff.; Blanke, in: Blanke/Trümmer (Hrsg.), in: Handbuch Privatisierung, S. 559 ff. Zu abfallrechtlichen Aspekten: Kummer/Giesberts, NVwZ 1996, S. 1166, 1167 ff. Zu europarechtlichen Aspekten (insb. Art. 86 EGV, Art. 90 a.F.) vgl. Sterzel, in: Blanke/Trümmer (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, S. 99, 191 ff.; Helm, Rechtspflicht zur Privatisierung, S. 82 ff.

Privatisierungsmaßnahme ein erhebliches Konfliktpotential, welches den beteiligten Akteuren nicht immer in vollem Umfang gegenwärtig zu sein scheint⁸. Im Rahmen dieser Untersuchung soll deshalb der Versuch unternommen werden, diese "Lücke" ein Stück weit zu schließen.

Die große praktische Bedeutung des Vergaberechts⁹ für die an einer Privatisierungsmaßnahme beteiligten Akteure ergibt sich zunächst daraus, daß der personelle Anwendungsbereich des Vergaberechts in den vergangenen Jahren eine entscheidende Erweiterung erfahren hat.

Nachdem sich privatrechtlich organisierte Auftraggeber in Deutschland lange Zeit keine Gedanken über eventuelle vergaberechtliche Ausschreibungspflichten zu machen brauchten¹⁰, wurden durch europarechtliche Vorgaben, Mitte der 90er Jahre, erstmals auch bestimmte privatrechtlich organisierte Auftraggeber in den Anwendungsbereich des Vergaberechts mit einbezogen¹¹. Der erweiterte "öffentliche Auftraggeberbegriff" unterwirft nicht nur staatliche Stellen, sondern auch Privatrechtssubjekte mit einer gewissen "Staatsnähe" den vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten¹².

Bislang hat sich allerdings noch keine allgemein anerkannte Auslegung des durch die europarechtlichen Vorgaben eingeführten vielschichtigen Begriffs des "öffentlichen Auftraggebers" entwickeln und durchsetzen können¹³. Bei vielen privaten bzw. privatisierten

⁸ Vgl. Pieper, in: Pauly/Figgen/Hünnekens, Gemischtwirtschaftliche Entsorgungsunternehmen, Vorwort.

⁹ Die Begriffe "Vergaberecht", "Recht des öffentlichen Auftragswesens" und "Recht des öffentlichen Beschaffungswesens" werden im Rahmen dieser Arbeit einheitlich verstanden. Zur Unterscheidung der Begriffe "EG-Vergaberecht" und "nationales Vergaberecht" siehe jedoch 1. Teil I.

¹⁰ Ausschreibungspflichtig waren grundsätzlich nur die Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen. Juristische Personen des Privatrechts unterlagen dem Rechtsregime des Vergaberechts nur dann, wenn ihnen die Anwendungspflicht zuvor durch besonderen Akt (z.B. Zuwendungsvertrag oder Zuwendungsbescheid) auferlegt wurde, vgl. Prieß/Marx, in: Deutsches Anwaltsinstitut (Hrsg.), Das Recht der Auftragsvergabe nach der Vergaberechtsnovelle, S. 26.

¹¹ Eine Veränderung des personellen Anwendungsbereichs wurde durch folgenden EG-Richtlinien herbeigeführt: Baukoordinierungsrichtlinie (BKR), 93/37/EWG; Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR), 93/36/EWG; Dienstleistungskordinierungsrichtlinie (DKR), 92/50/EWG und Sektorenrichtlinie (SKR), 93/38/EWG. Umgesetzt wurde der durch die Vergaberichtlinien eingeführte öffentliche Auftraggeberbegriff zunächst in § 57 a Abs. 1 HGrG (a.F.), dann in § 98 GWB.

¹² Der veränderte öffentliche Auftraggeberbegriff gilt allerdings nur im Anwendungsbereich der EG-Vergaberichtlinien. Der Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn die Aufträge bestimmte Summen erreichen, die sog. Schwellenwerte. Für Bauaufträge beträgt der Schwellenwert z.Zt. 5.000.000 Euro und für Liefer- und Dienstleistungsaufträge i.d.R. 200.000 Euro.

¹³ Die Bestimmung des personellen Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien gehört zu den z. Zt. umstrittensten vergaberechtlichen Problemen, vgl. Thode, ZIP 2000, S. 2; Dreher, WuW 1999, S. 244; Noch, NVwZ 1999, S. 1083; ders., DÖV 1998, S. 623; Heise, LKV 1999, S. 1130; Weidemann/Otting, EWS 1999, S. 41; Schlette, EuR 2000, S. 119; Schabel/Ley, Auftragsvergabe im Binnenmarkt, A 1, S. 17; Schlenke/Thomas, BauR 1997, S. 412; Pietzcker, ZVergR 1999, S. 24. Der EuGH hat sich in zwei neueren Entscheidungen zwar mit den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen des öffentlichen Auftraggeberbegriffs auseinandergesetzt (vgl. Rs. C-44/96 "Mannesmann", Slg. 1998, S. I-73, EuZW 1998, S. 120 = DB 1998, S. 354 = NJW 1998, S. 3261 sowie Rs. C-360/96 "Arnhem", Slg. 1998, S. I-6821, NVwZ 1999, S. 397 = WuW 1999, S. 101 = WuW/E Verg. S. 161 = IBR 1999, S. 345 = EuZW 1999, S. 16 = JZ 1999, S. 890), jedoch keine begriffliche Klärung herbeiführen können, vgl. Brinker, JZ 1999, S. 890, 892; Sura, EuZW 1999, S. 16, 19.

Unternehmen bestehen daher erhebliche Zweifel über ihren vergaberechtlichen Status¹⁴. Diese Zweifel werden noch dadurch bestärkt, daß die öffentliche Hand teilweise der Auffassung zu sein scheint, durch eine bestimmte Privatisierungsform mögliche vergaberechtliche Ausschreibungspflichten des privatisierten Unternehmens gezielt vermeiden zu können¹⁵. Ob und inwieweit dies tatsächlich möglich ist, wird im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchen sein.

Für die vergaberechtliche Untersuchung von Privatisierungsvorgängen sind jedoch nicht nur die oben geschilderten Aspekte des personellen Anwendungsbereichs des Vergaberechts von Bedeutung. Auch der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts stellt die Akteure einer Privatisierungsmaßnahme vor Probleme. So stellt sich regelmäßig die Frage, ob der Privatisierungsvorgang eine ausschreibungspflichtige Auftragsvergabe im Sinne des Vergaberechts darstellt¹⁶.

Die besondere praktische Relevanz der aufgezeigten Problemkreise des personellen und sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts ergibt sich daraus, daß das deutsche Recht seit dem Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes¹⁷ am 1.1.1999 den an einer Ausschreibung beteiligten Bietern erstmals ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen durch den öffentlichen Auftraggeber einräumt¹⁸. Zudem wurde durch das Vergaberechtsänderungsgesetz ein neuartiges System des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes geschaffen¹⁹. Von diesen neuen Klage- bzw.

14 Vgl. FAZ v. 8.5.2000, S. 18: "Zwist über Ausschreibungspflichten für öffentliche Unternehmen". Außerdem: *Thode*, ZIP 2000, S. 2 (Deutsche Post AG); *Heiermann*, BauR 1996, S. 443; *ders.*, ZVergR 1999, S. 173 (Deutsche Bahn AG); *Prieß*, BauR 1999, S. 1354 (kommunale Wohnungsunternehmen); *ders.*, DB 1998, S. 405 (kommunale Versorgungsunternehmen); *Ohler*, ZVergR 1998, S. 424 (kommunale Eigengesellschaften). Zweifel hinsichtlich einer vergaberechtlichen Auftraggeberstellung bestehen im übrigen nicht nur bei privatrechtlich organisierten Auftraggebern, sondern auch bei einigen öffentlich-rechtlichen Auftraggebern, vgl. dazu *Rabe*, in: Gordian Knots in European Public Procurement Law, S. 107 (öffentl.-rechtl. Kreditinstitute); *Weyand*, BauR 1996, S. 780 (öffentl.-rechtl. Religionsgemeinschaften); *Landmann*, EuVgR 1995, S. 241 (öffentl.-rechtl. Rundfunkanstalten).

15 Vgl. *Drey*, VergR 2/98, S. 6; *Kulartz*, VergR 2/98, S. 25, 27.

16 Vgl. *Stapenhorst*, VergR 3/97 (Vergabe Spezial: Outsourcing), S. V, VII; *Kulartz*, VergR 2/98, S. 25, 29; *Müller-Wrede*, VergR 5/97, S. 29, 31; *Prieß*, PPLR 1998, S. 1; *Opitz*, ZVgR 2000, S. 97 ff. sowie GA Léger, Schlußanträge v. 15.6.2000, R. C-94/99 "ARGE", Rn. 48 ff.

17 Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG) vom 26.8.1998, BGBl. I S. 2512.

18 Umgesetzt wurde diese Vorgabe des VgRÄG in § 97 Abs. 7 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.8.1998, BGBl. I S. 2546). Zur Kritik an dem vorherigen System, daß auf die Einräumung subjektiver Bieterrechte verzichtete, vgl. u.a. *Stemer*, Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 103 ff.; *Noch*, Die Vergabe von Staatsaufträgen und der Rechtsschutz nach europäischem und deutschem Recht, S. 120 ff.; *Schumacher*, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 43 ff.; *Ax*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich, S. 25 ff.

19 Vgl. §§ 102 ff. GWB. Zum System des neuen Vergaberechtsschutzes vgl. u.a. die Darstellungen von: *Drugemöller*, Vergaberecht und Rechtsschutz: Der inter- und supranationale Rahmen und seine Ausgestaltung in Deutschland; *Erdl*, Der neue Vergaberechtsschutz - Das deutsche Recht im europäischen Rechtsschutz; *Heiermann/Ax*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge: Ein

Rechtsschutzmöglichkeiten werden die benachteiligten Bieter zunehmend Gebrauch machen²⁰. Erste Entscheidungen zum neuen bieterfreundlichen Vergaberecht haben bereits deutlich gemacht, mit welchen weitreichenden Folgen ein fehlerhaftes Vergabeverfahren für den jeweiligen Auftraggeber verbunden sein kann²¹. Für die an einer Privatisierung beteiligten Akteure ist es daher nicht nur von theoretischem, sondern von praktischem, wirtschaftlichem Interesse, ob das privatisierte Unternehmen und der Privatisierungsvorgang dem personellen bzw. sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen²².

Diese Arbeit soll dazu beitragen, die an einer Privatisierungsmaßnahme beteiligten Akteure in die Lage zu versetzen, die geschilderten "privatisierungsrelevanten" Fragen des sachlichen und personellen Anwendungsbereichs des Vergaberechts beantworten zu können.

Dazu erfolgt in einem ersten Teil zunächst eine Einführung in das System des geltenden Vergaberechts²³ sowie eine Darstellung der verschiedenen Facetten des vielschichtigen Privatisierungsbegriffs²⁴.

Im zweiten Teil dieser Arbeit wird der (privatisierungsrelevante) personelle Anwendungsbereich des Vergaberechts untersucht. Dazu erfolgt zunächst eine eingehende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ausprägungen des erweiterten öffentlichen Auftraggeberbegriffs. Anschließend wird untersucht, inwieweit, im Rahmen der Realisierung der verschiedenen Privatisierungsmaßnahmen, daß jeweils "privatisierte" Unternehmen einer der zuvor dargestellten Ausprägungen des vergaberechtlichen „öffentlichen Auftraggeberbegriffs“ zuzuordnen ist.

Leitfaden für die Praxis; Allgemein zum VgRAG siehe auch: *Abele*, EuZW 1998, S. 114; *Boesen*, EuZW 1998, S. 551; *Byok*, NJW 1998, S. 2774; *Dreher*, NJW 1997, S. 343; *Grieger*, in: *Kapellmann/Vygen* (Hrsg.), *Jahrbuch Baurecht* 1999, S. 231ff.; *Gröning*, ZIP 1998, S. 370; *ders.*, ZIP 1999, S. 52; *Heiermann/Ax*, DB 1998, S. 505; *Jasper*, DB 1998, S. 2151; *Martin-Ehlers*, EuR 1998, S. 649; *Schneevogel/Horn*, NVwZ 1998, S. 1242.

So auch *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, S. VII.

²⁰ Man denke beispielhaft nur an die vielbeachtete Entscheidung des OLG Brandenburg vom 3. 8. 1999, die zur Aufhebung des Verfahrens um die Privatisierung des Flughafens Berlin-Schönefeld führte (Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 3.8.1999 - 6 Verg 1/99, DB 1999 S. 1793f. = NVwZ 1999, S. 1142f. = WuW 1999 S. 929f. = WuW/E Verg 231f. = BB 1999, S. 1940f.). Verwiesen sei diesbzgl. auch auf die Anmerkungen von *Berisch*, DB 1999, S. 1797 ff.; *Quardt*, BB 1999, S. 1945 ff.; *Leinemann*, BauR 1999, S. 1183 ff.; *Müller-Wrede*, IBR 1999, S. 444 ff.; *Otting*, NJW 2000, S. 484 ff.; *Rahlf*, WuW 2000, S. 258 ff.; *Malmendier*, DVBl. 2000, S. 963 ff.; *Neßler*, NVwZ 1999, S. 1081 ff.; *Kulartz/Niebuhr*, NZBau 2000, S. 6 ff.; *Neumann/Schornstheimer*, JUVe Rechtsmarkt 10/99, S. 4 ff. sowie FAZ, 12.4.2000, S. 22 und 26.5.2000, S. 24; "Woche", v. 16.7.1999, S.13 und "Behörden Spezial", August 1999, S. B I.

²¹ Es muß davon ausgegangen werden, daß die beteiligten Akteure alles versuchen werden, um sich die vermeintlichen "Fesseln" des Vergaberechts nicht anlegen zu müssen, so daß der insoweit anfallende juristische Beratungsbedarf weiter zunehmen dürfte; Speziell zu vergaberechtlich relevanten, anwaltlichen Fragestellungen siehe auch *Haß*, BRAK-Mitteilung 1995, S. 113 ff.

²² Wobei im wesentlichen die Struktur des durch die europäischen Vergaberichtlinien geprägten und in Deutschland geltenden EG-Vergaberechts aufgezeigt werden soll.

²³ Nicht alle denkbaren Privatisierungsmaßnahmen können auf ihre vergaberechtliche Auswirkung hin untersucht werden, so daß sich diese Arbeit darauf beschränkt, verschiedene - vergaberechtlich besonders interessante - Privatisierungsmaßnahmen näher zu untersuchen.

Abschließend erfolgt die Untersuchung des (privatisierungsrelevanten) sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts (3. Teil). Dazu wird zunächst der vergaberechtliche "Auftragsbegriff" erläutert. Daran anschließend wird der Frage nachgegangen, inwieweit die verschiedenen Privatisierungsmaßnahmen (d.h. der eigentliche Privatisierungsakt und eine eventuelle spätere "Geschäftstätigkeit" der öffentlichen Hand mit dem privatisierten Unternehmen) dem sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberecht unterliegen.

1. Teil: Einführung in das System des geltenden Vergaberechts und Einführung in die Privatisierungsdebatte:

A. Einführung in das System des geltenden Vergaberechts:

I. Vergaberecht/ EG-Vergaberecht:

Eine sinnvolle Einführung in das System des geltenden Vergaberechts setzt voraus, daß Klarheit über den Begriff "Vergaberecht" und die unter diese Bezeichnung fallenden Rechtsvorschriften besteht²⁵.

Der Begriff "Vergabe" kann etwas irreführend sein, da er eine entgegenkommende Handlung eines Hoheitsträgers suggeriert, die demjenigen gewährt wird, der sich als würdig erweist²⁶. Da die Auftragsvergabe im Sinne des Vergaberechts mit diesem veralteten Begriffsverständnis des Wortes "Vergabe" eindeutig nichts gemeinsam hat, läßt sich die Auftragsvergabe der dem Vergaberecht unterliegenden Auftraggeber nach heutigem Sprachgefühl treffender mit dem Begriff der "Einkaufstätigkeit staatlicher Auftraggeber" beschreiben²⁷.

Der Vorgang des "Einkaufs" kann dabei in einem umfassenden Sinn verstanden werden und betrifft jede vertragliche und entgeltliche Beschaffung von Sach- oder Dienstleistungen, die zur Erfüllung der Aufgaben eines öffentlichen Auftraggebers erforderlich sind. Nach der Erweiterung des öffentlichen Auftraggeberbegriffs durch die EG-Vergaberichtlinien sind nicht

²⁵ Aufgrund des jungen Alters des Rechtsgebiets "Vergaberecht" hat sich noch keine einheitliche Begrifflichkeit entwickeln können. Einigkeit herrscht zumindest darüber, daß die Begriffe "Recht der öffentlichen Auftragsvergabe", "Recht des öffentlichen Beschaffungswesens" und "Vergaberecht" einheitlich zu verstehen sind, vgl. *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Einf., S. 1; *Elbel*, DÖV 1999, S. 235. Nicht immer einheitlich werden dagegen die Begriffe "EG-Vergaberecht" und "Nationales Vergaberecht" verwendet, so daß diesbezüglich im folgenden eine Differenzierung vorgenommen werden soll.

²⁶ So *Jasper/Marx*, Textausgabe Vergaberecht, Einf. S. X.

²⁷ *Jasper/Marx*, Textausgabe Vergaberecht, Einf. S. X.