

Johannes Stapf

Sekundärzwecke bei Privatisierungen im Fokus des Beihilfenrechts

Determinanten für die Verfolgung politischer Ziele
bei Unternehmens- und Grundstückstransaktionen



Nomos

Schriften zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi, Universität München

Prof. Dr. Elke Gurlit, Universität Mainz

Prof. Dr. Jan Henrik Klement, Universität Freiburg

Prof. Dr. Thomas Mann, Universität Göttingen

Prof. Dr. Barbara Remmert, Universität Tübingen

Prof. Dr. Stefan Storr, Universität Graz

Band 19

Johannes Stapf

Sekundärzwecke bei Privatisierungen im Fokus des Beihilfenrechts

Determinanten für die Verfolgung politischer Ziele
bei Unternehmens- und Grundstückstransaktionen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-7600-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-3735-7 (ePDF)

D384

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand März 2022.

Herrn Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger gebührt größter Dank für die hervorragende Betreuung der Arbeit. Seine motivierende Begeisterung, die wertvolle, stets konstruktive Unterstützung und nicht zuletzt der offene und freundliche Umgang waren für die Entstehung des Werkes in allen Phasen prägend. Die fachlich wie menschlich erfüllende Zeit als studentische Hilfskraft und als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht wird mir immer in bester Erinnerung bleiben.

Herrn Prof. Dr. Ulrich M. Gassner, Mag. rer. publ., M. Jur. (Oxon.), danke ich sehr für die Übernahme des Zweitgutachtens, dessen zügige Erstellung und die hilfreichen Anmerkungen.

Bei Herrn Prof. Dr. Martin Burgi, Frau Prof. Dr. Elke Gurlit, Herrn Prof. Dr. Jan Henrik Klement, Herrn Prof. Dr. Thomas Mann, Frau Prof. Dr. Barbara Remmert und Herrn Prof. Dr. Stefan Storr bedanke ich mich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum Öffentlichem Wirtschaftsrecht“.

Zahlreiche Personen haben die Zeit der Promotion an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg und das vorangegangene Studium ebenda enorm bereichert. Für anregende Gespräche und Diskussionen, schöne gemeinsame Unternehmungen und ihre Freundschaft möchte ich insbesondere Dr. Maximilian Banzhaf, Dr. Cornelia Kibler, LL.M. (North Carolina), und Annika Schmidl danken.

Meinen Eltern und meiner Schwester danke ich herzlich für die Unterstützung in allen Lebenslagen, die das Entstehen der Arbeit erst ermöglicht hat.

Augsburg, im Dezember 2022

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
„Sekundärzwecke bei Privatisierungen“ und Beihilfenrecht	27
1. Teil: Hintergründe der „Sekundärzwecke bei Privatisierungen“	35
A) Begriff der Privatisierung	35
I. Privatisierungsformen	36
1. Überkommene Typologie	36
2. Zugrundeliegende Aufgabendogmatik	39
3. Einordnung der Privatisierung unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken	42
4. Zwischenfazit: Unzulänglichkeit der überkommenen Kategorisierung	46
II. Rechtliche Ausgestaltung von Privatisierung und Sekundärzweckverpflichtung	46
1. Veräußerungen	47
2. Nutzungsüberlassungen	49
3. Einpflegen von Sekundärzwecken	51
a) Vollumfängliche materielle Privatisierung	51
b) Teilweise materielle Privatisierung	52
4. Begrenzte Legitimationswirkung der Sekundärzwecke	54
III. Zwischenfazit: Erforderlichkeit eines modifizierten Ordnungsmodells	55
B) Dogmatik des „Zwecks“	55
I. Abgrenzung zu Maßnahmen im Vorfeld der Privatisierung	56
II. Bestimmung des Privatisierungs(sekundär)zwecks	58
1. Privatisierungsgegenständliche Betrachtung	58
a) Orientierung am Vertragsgegenstand	58
b) Orientierung am privatisierungsrechtlichen Aufgabenbegriff	59
c) Ergänzung durch das Konzept der Aufgabenteilung	60
d) Zwischenfazit: unzureichende Bestimmung des Privatisierungszwecks	64

2. Wirkungsorientiert-beihilfenrechtliche Betrachtung	64
3. „Strategische Privatisierung“?	65
4. Zwischenfazit: terminologische Weite bei funktionaler Begrenzung	71
III. Beispielfälle einer Privatisierung unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken	71
1. Öffentliche Unternehmensbeteiligungen	72
2. Öffentliche Immobilienwirtschaft	75
a) Bundesebene	76
aa) Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA)	76
bb) Nationales Naturerbe und Naturschutzgroßprojekte	81
b) Landesebene	83
c) Kommunale Ebene	86
d) Zwischenfazit: Erforderlichkeit einer beihilfenrechtlichen Einhegung	92
3. Unionsweite Relevanz	92
4. Zwischenfazit: Einzelfallabhängigkeit des Sekundärzwecks	100
IV. Zwischenfazit: komplexes Zweckgefüge	101
C) Beweggründe für Privatisierungen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken	101
D) Zwischenfazit: „Sekundärzwecke bei Privatisierungen“	104
2. Teil: Beihilfenrechtlicher Rahmen der „Sekundärzwecke bei Privatisierungen“	107
A) Prüfprogramm	109
B) Erfassung von Privatisierungsvorgängen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken	111
I. Staatlichkeit: bei Privatisierungen regelmäßig impliziert	112
II. Begünstigender Charakter: Kernfrage der Berücksichtigung von Sekundärzwecken	117
1. Maßstäbe und Anwendungsprobleme im Privatisierungskontext	118
2. Ermittlung der Marktkonformität	127
a) Pari-passu-Transaktionen im Privatisierungskontext	127
aa) Struktureller Hintergrund	128

bb) Anforderungen an Pari-passu-Transaktionen	130
cc) Zwischenfazit: Tauglichkeit trotz eng umrissenen Anwendungsbereichs	132
b) Ausschreibungsverfahren	133
aa) Bedingungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens trotz Sekundärzweckpflicht?	134
(1) Programmatik und Wortlaut	135
(2) Veröffentlichungen und Entscheidungspraxis	138
bb) Weitere Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren	147
cc) Vergaberechtliche Querbezüge	151
(1) Anwendungsbereich des (Kartell-)Vergaberechts	152
(2) Verwerfungen zwischen Beihilfen- und Vergaberecht	163
dd) Zwischenfazit: vergaberechtliche Vorzeichnung	165
c) Veräußerung auf dem Kapitalmarkt	165
d) Sachverständigengutachten	168
e) Alternative Vorgehensweisen	178
f) Zwischenfazit: Hierarchisierung der Vorgehensweisen	185
3. Sekundärzweckverpflichtung als Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen?	186
a) Entwicklung und Verortung	186
b) Anwendung auf Sekundärzwecke bei Privatisierungen	192
aa) Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	192
bb) Wirtschaftlicher Charakter	197
(1) Bedeutung und Inhalt des Begriffs	197
(2) Marktversagen als Erfordernis?	205
(3) Kollision mit dem Verursacherprinzip	209
(4) Zwischenfazit: Überwiegen wirtschaftlichen Charakters bei Sekundärzwecken	210
cc) Betrauung	210
dd) Bestimmung der Ausgleichsparameter und Ausschluss einer Überkompensation	213

ee) Ermittlung des DawI-Erbringers und Kostenmaßstab	214
c) Zwischenfazit: relevanter Regelungskreis ohne privatisierungsrechtliches Spezifikum	217
4. Rechtliche Bedeutung des Begünstigungszeitpunkts	217
5. Zwischenfazit: Zusammenschau der Merkmale eines begünstigenden Charakters von Privatisierungen	218
III. Unternehmen: zahlreiche Anknüpfungspunkte bei Sekundärzweckpflichten	219
1. Häufig vorliegende Unternehmenseigenschaft von Privatisierungsempfängern	220
2. Privatisierungsobjekt als Profiteur einer Sekundärzweckverpflichtung	221
3. Drittunternehmen als mittelbare Vorteilsempfänger	224
4. Unternehmenseigenschaft der privatisierenden Stelle?	233
IV. Selektivität: „bestimmter“ Privatisierungsempfänger und mittelbare Vorteilsempfänger	237
V. Effektbezogene Tatbestandsmerkmale: staatliche Monopole und grenzüberschreitendes Interesse an Privatisierungen	243
1. Begründungsbedarf hinsichtlich einer Wettbewerbsverfälschung insbesondere bei Öffnung von Monopolen	244
2. Einschränkung des Merkmals der Handelsbeeinträchtigung in der Kommissionspraxis	248
3. Schwellenwerte der De-minimis-Verordnung	255
4. Zwischenfazit: effizienzorientierte Einschränkung effektorientierter Tatbestandsmerkmale	257
VI. Zwischenfazit: ausdifferenziertes Regelungsregime trotz privatisierungsspezifischer Unzulänglichkeiten	258
C) Vereinbarkeit sekundärzweckbedingter Preisnachlässe mit dem Binnenmarkt	258
I. Erfassung von Sekundärzwecken durch die AGVO	259
II. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV	262
1. Obligatorische Ausnahmen, insbesondere betreffend mittelbare Beihilfen sozialer Art bei Privatisierungen	262
2. Fakultative Ausnahmen	264
a) Regionalbeihilfen	266

b) Förder- und Störungsbeseitigungsbeihilfen	268
c) Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen	271
d) Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen	274
e) Zusammenschau privatisierungsspezifischer Vorgaben in den Kommissionsinstrumenten	279
f) Allgemeine Anwendungsprinzipien des Art. 107 Abs. 3 AEUV	281
3. Zwischenfazit: thematisch begrenztes Rechtfertigungsregime	283
III. Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	284
1. Anwendungsbereich und Funktion	284
2. Anwendbarkeit auf Privatisierungen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken	288
a) Gehobene Erforderlichkeitsanforderungen	289
b) Unionsinteresse als Begrenzung des Ausnahmetatbestands	291
c) Zwischenergebnis: Reservefunktion	292
3. Privatisierung bereits DawI-betrauter Unternehmen?	292
IV. Zwischenfazit: Rückholung tatbestandlicher Ermäßigungen aus dem Verbot	294
D) Zwischenfazit: einzelfallabhängige Möglichkeiten einer Sekundärzweckberücksichtigung	295
3. Teil: Rechtsrahmen jenseits des Beihilfenrechts für Sekundärzwecke bei Privatisierungen	299
A) Unionsrechtliche Determinierung, insbesondere durch die Grundfreiheiten	299
I. Potenzierung unionsrechtlicher Vorgaben durch Art. 106 Abs. 1 AEUV	299
II. Grundfreiheiten	305
1. Einhegung auch beihilfenrechtlich unbedenklicher Privatisierungen	306
2. Privatisierungen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken als grenzüberschreitende Sachverhalte	311
3. Beeinträchtigung durch Privatisierungen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken	313
a) Regionalklauseln als Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit	314

b) Einheimischenmodelle als Eingriff unter anderem in die Arbeitnehmerfreizügigkeit	318
c) Weitreichende Erfassung von Grundstücks- und Unternehmensprivatisierungen durch die Niederlassungsfreiheit	321
aa) Steuerung des Umgangs mit Immobilienvermögen durch die Niederlassungsfreiheit	322
bb) Begrenzung privatisierungsspezifischer mitgliedstaatlicher Einflussnahme auf die unternehmerische Betätigung	323
cc) Abgrenzung zur Kapitalverkehrsfreiheit	325
dd) Zwischenfazit: ausgeprägte limitierende Wirkung	327
d) Ergänzende Funktion der Dienstleistungsfreiheit	327
e) Sonderrechte und ihre Rechtfertigung vor der Kapitalverkehrsfreiheit	329
aa) Hintergrund: kapitalverkehrsfreiheitliche Einhegung von Privatisierungsvorgängen	329
bb) Anforderungen an die Rechtfertigung...	333
(1) ...von im Einzelfall vereinbarten Sonderrechten...	334
(2) ...sowie von Sonderrechten ohne Einzelfallbezug...	344
cc) ...und ihr privatisierungsspezifischer Niederschlag im Beihilfenrecht	347
(1) Zentrale Erkenntnisse aus den kapitalverkehrsfreiheitlichen Judikaten	348
(2) Übertragung auf die beihilfenrechtliche Beurteilung	350
dd) Relevanz bei Grundstücksgeschäften	359
ee) Zwischenfazit: weitgehende Erfassung von Privatisierungskonstellationen	361
f) Unionsbürgerschaftliche Rechte	362
4. Zwischenfazit: Interdependenzen zwischen grundfreiheitlicher und beihilfenrechtlicher Bewertung von Sekundärzwecken	365
III. Sonstiges Wettbewerbsrecht	366
IV. Unionsgrundrechte	375

V. Einbeziehung weiterer Materien	378
VI. Zwischenfazit: Vorprägung der beihilfenrechtlichen Beurteilung	381
B) Exkurs: Vorgaben des nationalen Rechts	382
I. Verfassungsrecht	384
1. Grundrechte, insbesondere Allgemeiner Gleichheitssatz	385
2. Staatsstrukturprinzipien	391
3. Zwischenfazit: Anrechnungsfähigkeit bei Konkretisierung	393
II. Haushaltsrecht	394
1. Prüfung auf Privatisierbarkeit	397
2. Veräußerung und Nutzungsüberlassung	398
3. Unternehmerische Betätigung	401
4. Zwischenfazit: im beihilfenrechtlichen Anforderungskanon aufgehende Vorgaben	404
III. Städtebauliche Maßnahmen	404
1. Städtebauliche Verträge	405
2. Weitere Instrumente	410
3. Zwischenfazit: hohe Flexibilität für Sekundärzweckpflichten	412
IV. Kommunalrecht	412
1. Sekundärzweckinduzierender Gehalt des kommunalen Selbstverwaltungsrechts	413
2. Einfachgesetzliche Privatisierungsvorgaben des Kommunalrechts	419
3. Zwischenfazit: Sekundärzweckrelevanz insbesondere des Selbstverwaltungsrechts	423
V. Zwischenfazit: ambivalenter Regelungsgehalt in Bezug auf Sekundärzwecke	424
C) Zwischenfazit: umfassende Einhegung auch jenseits des Beihilfenrechts	425
4. Teil: Beihilfenrechtliche Determinierung einer einheitlichen Berücksichtigung und effektiven Durchsetzung von Sekundärzwecken	429
A) Uneinheitliche bisherige Praxis hinsichtlich der „Bedingungsfreiheit“	429

B) Weitgehende Beantwortung der Sekundärzweckfrage durch das DawI-Regime	431
I. Vorrang von Freistellungs- und Vereinbarkeitsregelungen	433
II. Problematik der Maßnahmen ohne DawI-Charakter	434
III. Umsetzungsspezifika des DawI-Regimes im Sekundärzweckkontext	436
IV. Zwischenfazit: Entschärfung der Problematik	440
C) Anforderungen für den Fall einer Einpreisung	440
I. Unionsrechtlich indizierte Unschädlichkeit bestimmter Sekundärzwecke?	441
1. Anerkennung von Sekundärzweckpflichten in anderen Rechtsgebieten, namentlich den Grundfreiheiten	441
2. Unterschiedliche Grundprogrammatische von Beihilfenrecht und Grundrechten als Hindernis einer Übertragung privatisierungsspezifischer Rechtsprechung	442
3. Unionsrechtliche Spiegelung mitgliedstaatlich anerkannter Sekundärzwecke	445
4. Zwischenfazit: grundsätzliche Möglichkeit der Berücksichtigung	448
II. Ausschluss verfestigter Pflichten	448
III. Zwingender Bezug zu dem konkreten Privatisierungsobjekt	453
IV. Verhältnismäßigkeit der Sekundärzweckpflicht	458
V. Absicherung der Sekundärzweckerfüllung	463
1. Absicherung der Sekundärzweckerfüllung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung	464
a) Anspruch auf Erfüllung der Sekundärzweckpflicht	465
b) Sanktionierung von Erfüllungsmängeln	469
c) Zwischenfazit: Folgeprobleme vermeidendes und bedingendes Erfordernis	475
2. Abgleich mit dem Vergaberecht	476
3. Zwischenfazit: Unverzichtbarkeit effektiver Vorkehrungen	479
VI. „Sekundärzweckumlage“ als Alternative?	480
D) Zwischenfazit: Modifikationen im Detail im Sinne einer Arbeitserleichterung	483

5. Teil: Resümee und Ausblick	487
A) Resümee: unionsrechtlich geprägter Ordnungsrahmen	487
B) Ausblick: zunehmende Relevanz der Sekundärzwecke	490
Zusammenfassung in Thesen	493
Literaturverzeichnis	499
Sachregister	529

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AG	Die Aktiengesellschaft [Zeitschrift]
AGVO	Verordnung (EU) 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABL. L 187, S. 1 v. 26.06.2014, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. Juli 2021 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABL. L 270 v. 29.07.2021, S. 39
AöfU	Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen [Zeitschrift]
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung – GO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. August 1998, GVBl. S. 796, BayRS 2020–1–1-I, zuletzt geändert durch § 1 des Gesetzes vom 9. März 2021, GVBl. S. 74
BayHO	Haushaltsordnung des Freistaates Bayern (Bayerische Haushaltsordnung – BayHO) vom 8. Dezember 1971, BayRS IV S. 664, in der in BayRS 630–1–F veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetz über die Feststellung des Haushaltsplans des Freistaates Bayern für das Haushaltsjahr 2021 (Haushaltsgesetz 2021 – HG 2021) vom 9. April 2021, GVBl. S. 150
BayVerfGHE	Teil II der Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BB	Betriebsberater [Zeitschrift]
Befristeter Rahmen	Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19 2020/C 91 I/01, ABL. C 91/I v. 20.03.2020, S. 1, zuletzt geändert durch Mitteilung der Kommission – Sechste Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des der-

	zeitigen Ausbruchs von COVID-19 und Änderung des Anhangs der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf die kurzfristige Exportkreditversicherung 2021/C 473/01, ABl. C 473 v. 24.11.2021, S. 1
Beihilfenverordnung 2015/1588	Verordnung (EU) 2015/1588 des Rates vom 13. Juli 2015 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. L 248 v. 24.09.2015, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2018/1911 des Rates vom 26. November 2018 zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/1588 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. L 311 v. 07.12.2018, S. 8
BerlVerf	Verfassung von Berlin vom 23. November 1995, GVBl. S. 779, zuletzt geändert durch Art. 1 des Fünfzehnten Gesetzes zur Änderung der Verfassung von Berlin vom 17. Mai 2021, GVBl. S. 502
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969, BGBl. I, S. 1284, zuletzt geändert durch Art. 21 des Gesetzes über die Entschädigung der Soldatinnen und Soldaten und zur Neuordnung des Soldatenversorgungsrechts vom 20. August 2021, BGBl. I, S. 3932
BImAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben vom 9. Dezember 2004, BGBl. I, S. 3235, zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur Novellierung des Bundespersonalvertretungsgesetzes vom 9. Juni 2021, BGBl. I, S. 1614
BKartA	Bundeskartellamt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BremLV	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. August 2019, GBl. S. 524, 527, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 11. Mai 2021, GBl. S. 475
BRZ	Zeitschrift für Beihilfenrecht. Beihilfenpolitik in Europa, Deutschland und Österreich
BV	Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1998, GVBl. S. 991, 992, BayRS

	100–I-I, zuletzt geändert durch Gesetze v. 11.11.2013, GVBl. S. 638, 639, 640, 641, 642
BvS	Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben
BWGemO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (Gemeindeordnung – GemO) in der Fassung vom 24. Juli 2000, GBl S. 581, ber. S. 698, zuletzt geändert durch Gesetz v. 02.12.2020, GBl. S. 1095
BWGZ	BWGZ – Die Gemeindezeitung [Zeitschrift]
DaI	(nichtwirtschaftliche) Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
DawI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
DawI-Freistellungsbeschluss	Beschluss 2012/21/EU der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. L 7 v. 11.01.2012, S. 3
DawI-Leitfaden	Europäische Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2
DawI-Mitteilung	Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 v. 11.01.2012, S. 4
DawI-Rahmen	Mitteilung der Kommission – Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), 2012/C 8/03, ABl. C 8 v. 01.11.2012, S. 15
De-minimis-DawI-Verordnung 360/2012	Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. L 114 v. 26.04.2012, S. 8, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2020/1474 der Kommission vom 13. Oktober 2020 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 360/2012 hinsichtlich der Verlängerung ihrer Geltungsdauer und einer

Abkürzungsverzeichnis

	befristeten Ausnahmeregelung für Unternehmen in Schwierigkeiten zur Berücksichtigung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie, C/2020/6927, ABl. L 337 v. 14.10.2020, S. 1
De-minimis-Verordnung 1407/2013	Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352 v. 24.12.2013, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2020/972 der Kommission vom 2. Juli 2020 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 hinsichtlich ihrer Verlängerung und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 hinsichtlich ihrer Verlängerung und relevanter Anpassungen, ABl. L 215 v. 07.07.2020, S. 3
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 25.03.1957
EK	Europäische Kommission
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
Erbbaurecht	Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz – Erbbaurechtsgesetz), in der Fassung des zweiten Gesetzes über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz vom 23. November 2007, BGBl. I, S. 2614, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs (DaBaGG) vom 1. Oktober 2013, BGBl. I, S. 3719
ESTAL	European State Aid Law Quarterly [Zeitschrift]
etc.	et cetera
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FEI-Rahmen	Mitteilung der Kommission – Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. C 198 v. 27.06.2014, S. 1, zuletzt geändert durch Mitteilung der Kommission über die Verlängerung und Änderung [...] der Mitteilung der Kommission – Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation [und weiterer Instrumente], ABl. C 224 v. 08.07.2020, S. 2
FlErwV	Verordnung über den Erwerb land- und forstwirtschaftlicher Flächen und das Verfahren nach dem Ausgleichsleistungsgesetz (Flächenerwerbsverordnung – FlErwV) vom 20. Dezember 1995, BGBl. I, S. 2072, zuletzt geändert durch Art. 135 des

	Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10. August 2021, BGBl. I, S. 3436
GA(in)	Generalanwalt/Generalanwältin
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Grundstücksmitteilung	Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABL (EG) C 209 v. 10.07.1997, S. 3
HGO	Hessische Gemeindeordnung (HGO) in der Fassung vom 7. März 2005, GVBl. I S. 142, zuletzt geändert durch das Gesetz zur Verbesserung der politischen Teilhabe von ausländischen Einwohnerinnen und Einwohnern an der Kommunalpolitik sowie zur Änderung kommunal- und wahlrechtlicher Vorschriften vom 7. Mai 2020, GVBl. S. 318
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz – HGrG) vom 19. August 1969, BGBl. I, S. 1273, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften vom 14. August 2017, BGBl. I, S. 3122
ImmoWertV 2010	Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (Immobilienwertermittlungsverordnung – ImmoWertV) vom 19. Mai 2010, BGBl. I, S. 639, zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes zur Reform des Grundsteuer- und Bewertungsrechts (Grundsteuer-Reformgesetz – GrStRefG) vom 26. November 2019, BGBl. I, S. 1794
ImmoWertV 2021	Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Immobilien und der für die Wertermittlung erforderlichen Daten (Immobilienwertermittlungsverordnung – ImmoWertV) vom 14. Juli 2021, BGBl. I, S. 2805
IPCEI-Kriterien	Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt v. 25.11.2021, C(2021) 8481 final
IR	InfrastrukturRecht [Zeitschrift]
IRR	Internal Rate of Return
KommP BY	Kommunalpraxis Bayern [Zeitschrift]
Konzessionsvergabe-richtlinie 2014/23/EU	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABL. L 94 v. 28.03.2014, S. 1, zuletzt geändert durch Delegierte

	Verordnung (EU) 2021/1951 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Konzessionen, ABl. L 398 v. 11.11.2021, S. 21
Leitlinien für Regionalbeihilfen	Mitteilung der Kommission, Leitlinien für Regionalbeihilfen, ABl. C 153 v. 29.04.2021, S. 1
Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen	Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. C 249 v. 31.07.2014, S. 1, zuletzt geändert durch Mitteilung der Kommission über die Verlängerung und Änderung [...] der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten [und weiterer Instrumente], ABl. C 224 v. 08.07.2020, S. 2
Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz und Energiebeihilfen 2022	Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz und Energiebeihilfen 2022, ABl. C 80 v. 18.02.2022, S. 1
Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020	Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020, ABl. C 200 v. 28.06.2014, S. 1, zuletzt geändert durch Mitteilung der Kommission über die Verlängerung und Änderung [...] der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020 [und weiterer Instrumente], ABl. C 224 v. 08.07.2020, S. 2
LHO S-A	Landeshaushaltsordnung des Landes Sachsen-Anhalt (LHO) vom 30. April 1991, GVBl. S. 35, BS LSA 631.1, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 20. Mai 2021, GVBl. S. 286
LuftVZO (alt)	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung, in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Juli 2008, BGBl. I, S. 1229, vorliegend zitiert auf dem Stand vor der Änderung durch Art. 1 der Verordnung zur Anpassung luftrechtlicher Bestimmungen in Bezug auf das fliegende Personal in der Zivilluftfahrt an die VO (EU) Nr. 1178/2011 vom 17.12.2014, BGBl. I, S. 2237
MEVT	Market-economy-vendor-Test
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern [Zeitschrift]
N & R	Netzwirtschaften & Recht [Zeitschrift]
Nds	Niedersachsen
NdsLHO	Niedersächsische Landeshaushaltsordnung (LHO) in der Fassung vom 30. April 2001, GVBl. S. 276, zuletzt geändert durch

	Art. 8 des Haushaltsbegleitgesetzes vom 16. Dezember 2021, GVBl. S. 883
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG) vom 17. Dezember 2010, GVBl. S. 576, zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 7. Dezember 2021, GVBl. S. 830
NoA	Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABL. C 262 v. 19.07.2016, S. 1 [sog. Notion of Aid]
npoR	Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen
NPV	Net Present Value
NWGO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Juli 1994, GV. S. 666, zuletzt geändert durch das Gesetz zum Erlass eines Kulturgesetzbuches sowie zur Änderung und Aufhebung weiterer Vorschriften (Kulturrechtsneuordnungsgesetz) vom 1. Dezember 2021, GV. NRW S. 1353
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder [Entscheidungssammlung]
ÖPP	Öffentlich-private Partnerschaft
OVGE BE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg
PersV	Die Personalvertretung [Zeitschrift]
PostVerfG	Gesetz über die Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost (Postverfassungsgesetz – PostVerfG), erlassen als Art. 1 des Gesetzes zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost (Poststrukturgesetz – PostStruktG) vom 8. Juni 1989, BGBl. I, S. 1026
Protokoll (Nr. 26)	Protokoll (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse, ABL. 2008 C 115, S. 1 (308)
REALaw	Review of European Administrative Law
Risikokapital- leitlinien	Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABL. C 19 v. 22.02.2014, S. 4, zuletzt geändert durch Mitteilung der Kommission über die Verlängerung und Änderung [...] der Leitli-

Abkürzungsverzeichnis

	nien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen [und weiterer Instrumente], ABL. C 224 v. 08.07.2020, S. 2
RiW	Recht der Internationalen Wirtschaft [Zeitschrift]
S-A	Sachsen-Anhalt
Sektorenvergabe- richtlinie 2014/25/EU	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABL. L 94 v. 28.03.2014, S. 243, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2021/1953 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABL. L 398 v. 11.11.2021, S. 25
sog.	sogenannte(n/r/s)
StFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarkt- und Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Stabilisierungsfondsgesetz – StFG) vom 17. Oktober 2008, BGBl. I, S. 1982, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Stabilisierungsfondsgesetzes und des Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes vom 20. Dezember 2021, BGBl. I, S. 5247
SubvG	Gesetz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (Subventionsgesetz – SubvG) vom 29. Juli 1976, BGBl. I, S. 2037
SZ	Süddeutsche Zeitung
Transparenz- richtlinie	Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABL. L 318 v. 17.11.2006, S. 17
ThürKO	Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung (Thüringer Kommunalordnung – ThürKO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Januar 2003, GVBl. S. 41, zuletzt geändert durch Art. 2 des Zweiten Thüringer Gesetzes zur Umsetzung erforderlicher Maßnahmen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie (2. ThürCorPanG) vom 23. März 2021, GVBl. S. 115
UVgO	Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

	(Unterschwel­lenvergabeordnung – UVgO) – Ausgabe 2017 – v. 02.02.2017, BAnz AT 07.02.2017 B1, ber. 08.02.2017 B1
Verf M-V	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 23. Mai 1993, GVOBl. S. 372, zuletzt geändert durch Art. 1 des Fünften Gesetzes zur Änderung der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 21. Dezember 2021, GVOBl. S. 1806
Verf S-A	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt vom 16. Juli 1992, GVBl. S. 600, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.03.2020, GVBl. S. 64
Verf S-H	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein in der Fassung vom 2. Dezember 2014, GVOBl. S. 344 (ber. 2015 S. 41), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein vom 20. April 2021, GVOBl. S. 438
Verfahrensverord­nung 2015/1589	Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 248 v. 24.09.2015, S. 9
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
Vergaberichtlinie 2014/24/EU	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 v. 28.03.2014, S. 65, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2021/1952 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl. L 398 v. 11.11.2021, S. 23
VerwArch	Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A – Ausgabe 2016 – v. 07.01.2016, BAnz AT 19.01.2016 B3, 3, zuletzt geändert durch Bekanntmachung des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat v. 31.01.2019, BAnz AT 19.02.2019 B2
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B – Ausgabe 2016 – v. 31.07.2009, BAnz Nr. 155a, zuletzt geändert durch Bekanntmachung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit v. 07.01.2016, BAnz AT 19.01.2016 B3 (ber. in BAnz AT 01.04.2016 B1)

Abkürzungsverzeichnis

VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A), Ausgabe 2009 vom 20. November 2009, BAnz Nr. 196a v. 29.12.2009, zuletzt geändert durch die UVgO [siehe dort]
VOL/B	Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B), Fassung 2003 vom 5. August 2003, BAnz Nr. 178a v. 23.09.2003
VR	Verwaltungsrundschau. Zeitschrift für Verwaltung in Praxis und Wissenschaft
VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO), GMBL. 2001 S. 309, zuletzt geändert durch ÄndVV v. 07.05.2021, GMBL. S. 830, ber. S. 831
WertR 2006	Richtlinien für die Ermittlung der Verkehrswerte (Marktwerte) von Grundstücken (Wertermittlungsrichtlinien 2006 – WertR 2006), Bekanntmachung der Neufassung v. 01.03.2006, BAnz. Nr. 108a v. 10.06.2006, ber. Nr. 121, zuletzt geändert durch Nr. 1 Abs. 1 der Richtlinie zur Ermittlung des Ertragswerts (Ertragswertrichtlinie – EW-RL) vom 12. November 2015, BAnz AT v. 04.12.2015 B4
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung. Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv [Zeitschrift]
WM	Wertpapiermitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WStFG	Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WStFG) vom 27. März 2020, BGBl. I, S. 543
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb [Zeitschrift]
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

„Sekundärzwecke bei Privatisierungen“ und Beihilfenrecht

Dass der öffentlichen Hand trotz der ihr aufgegebenen strikten Bindung an ein Wirtschaftlichkeitsdogma¹ bei Planung und Durchführung von Geschäften mit Privaten rechtliche Spielräume eingeräumt werden können, wenn zugleich Ziele des Gemeinwohls verfolgt werden, ist mittlerweile anerkannt. Man denke an „soziale und umweltbezogene Aspekte“ (§ 97 Abs. 3 GWB) im vergaberechtlichen Kontext,² etwa bestimmte nichtdiskriminierende Beschäftigungsquoten zur Bekämpfung von Arbeitslosigkeit, die ein Bieter erfüllen muss, um einen öffentlichen Auftrag zugeschlagen zu bekommen.³

Doch jenseits von Beschaffungsvorgängen fällt es schwer, ein einheitliches rechtliches Regime für die finanzielle Honorierung derartiger „Sekundärzwecke“ (zum Begriff → S. 58 ff.) zu identifizieren. In besonderem Maße trifft dies auf Privatisierungen zu, wenn mit deren Durchführung nicht nur Eigentum der öffentlichen Hand oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in private Hände überführt werden soll, sondern zugleich politische Ziele verfolgt werden. Illustrieren lässt sich dies etwa anhand von Arbeitsplatzgarantien, die den Erwerbenden öffentlicher Unternehmen aufgegeben werden – so geschehen beispielsweise im Zuge der Privatisierung ehemals volkseigener Betriebe in Ostdeutschland⁴ – oder anhand von planerischen Vorgaben für

-
- 1 Siehe etwa Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 BHO; dazu → S. 394 ff.
 - 2 Diese haben durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) v. 17.02.2016, BGBl. I, S. 203, explizit Eingang in das GWB gefunden (siehe auch § 127 Abs. 1 Satz 4, § 152 Abs. 3 Satz 3 GWB). Zur unionsrechtlichen Radizierung siehe → S. 66 ff.
 - 3 Grundlegend EuGH, Urt. v. 26.09.2000, C-225/98, Slg. 2000, I-7445, Rn. 46 ff. (insbesondere 50) – Kommission/Frankreich. Vgl. zuvor bereits Urt. v. 20.09.1988, 31/87, Slg. 1988, 4635, Rn. 37 f. Spiegelstrich – Beentjes/Niederländischer Staat; siehe hierzu *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 169 ff. (auch zur Rezeption, S. 179 ff.), 240 f. Näher *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 97 ff.; *Henzel*, Life Cycle Costing, S. 129 ff.; *P. M. Huber/F. Wollenschläger*, WiVerw 2005, 212 (218, 225); *Kreuzer*, Vergaberechtsreform, S. 62 ff.; *Kühnast*, in: MüKo VergabeR I, § 97 GWB Rn. 81 ff.; *Lipka*, Beihilferechtliche Anforderungen, S. 73 ff. Siehe auch *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen, S. 109; *Gyulai-Schmidt*, VergabeR 2019, 319 (320 m.w.N., 330 ff.); *dies.*, ZfBR 2019, 762 (765).
 - 4 *H. Bauer*, Privatisierung und Publizisierung, S. 29 (37). Ferner *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen, S. 222 ff.; *Palmstorfer/Eilmansberger*, EStAL 3 (2010), 649 (655 ff.). Vgl. ferner → S. 79 f.

die Nutzung von Grundstücken, die durch die öffentliche Hand veräußert werden – so beispielsweise die Möglichkeiten der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus mittels vergünstigter Abgabe von Grundstücken⁵.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1961 festgestellt: „Werden [...] mit der Veräußerung besondere Ziele, etwa wirtschafts- oder sozialpolitischer Art, verfolgt, so kann eine Abweichung vom Marktpreis gerechtfertigt sein; es dürfen dann in gewissen Grenzen und bei Wahrung der rechtsstaatlichen Prinzipien auch sogenannte politische Gesichtspunkte mitberücksichtigt werden.“⁶ Abgesehen von der konsensfähigen Annahme einer grundsätzlichen Zulässigkeit derartiger „Preisnachlässe“ bleiben jedoch die rechtsanwendende Praxis wie auch die Literatur eine einheitliche Antwort auf die Frage nach deren rechtlicher Ausgestaltung und zulässiger Höhe schuldig.⁷ Bei der Suche nach entsprechenden Vorgaben verbietet sich einerseits der Versuch, der häufig vorgebrachten Kritik einer Veräußerung staatlichen „Tafelsilbers“⁸ durch allzu weitgehende Verpflichtungen des Privatisierungsempfängers beizukommen, nicht nur, weil dies aufgrund einer Verminderung des Interesses Privater am Privatisierungsobjekt den erzielbaren Erlös schmälert (näher → S. 444), sondern auch weil der Sekundärzweckerreichung unter Umständen zuwiderlaufende Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten

5 Näher → S. 78 ff.; siehe auch *Weidner*, „Preis, lass nach“, SZ v. 05.10.2019, S. V2/50.

6 BVerfGE 12, 354 (364), zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand v. 21.07.1960, BGBl. I, S. 585, das in § 6 die Regelung über einen sog. Sozialrabatt enthielt, der durch § 7 auf Verkäufe an die Belegschaft erweitert wurde; Aufhebung dieser Vorschriften durch § 1 Abs. 1 Nr. 3 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand v. 31.07.1970, BGBl. I, S. 1149. Siehe *H. Fischer*, Volkswagenwerk-Anteilsrechteüberführungsgesetz, Einleitung Rn. 1; *Tountopoulos*, WM 2013, 1058 (1061 f.). Zu weiter zurückliegenden Beispielen für Privatisierungen, jenseits der Sekundärzweckthematik, siehe von *Hagemeyer*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 33 ff.

7 So auch die Bilanz *Zentners*, Vermögensprivatisierung, S. 178, der speziell in der beihilfenrechtlichen Betrachtung „[e]ine klare Differenzierung“ zwischen vom Erwerber freiwillig übernommenen und vom Veräußerer einseitig vorgeschriebenen Verpflichtungen vermisst.

8 Zum Begriff etwa *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen, S. 271; *Burgi*, HStR³ IV, § 75, Rn. 1 m.w.N.; *Isensee*, HStR³ V, § 122, Rn. 115; *Se. Klein*, Veräußerung, S. 157; *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 100; *Zentner*, Vermögensprivatisierung, S. 10. Zur Kritik ferner *Däubler*, Privatisierung, S. 35 ff.; *Lübke*, Gesellschaftsanteile, S. 51 f.; näher → S. 101 ff.

drohen.⁹ Andererseits ist der vollständige Verzicht auf die dem Instrument der Privatisierung immanenten Steuerungsmöglichkeiten gleichermaßen zu vermeiden, stellen diese doch aufgrund ihrer Einbindung in das Austauschverhältnis zwischen öffentlicher Hand und Privaten einen vergleichsweise schonenden Weg zur Sicherstellung der Erfüllung staatlicher Gemeinwohlverpflichtung¹⁰ dar.¹¹

Die Sekundärzwecke bei Privatisierungen eint eine Vielfältigkeit, die freilich auf die beinahe unbegrenzte Zahl an verfolgbaren Sekundärzwecken zurückzuführen ist, aber auch in den sich in Art und Umfang unterschiedlich ausnehmenden Privatisierungskonstellationen begründet liegt.¹² So kann bereits unterschieden werden zwischen privatisierenden Stellen, für die die Veräußerung, Vermietung oder Verpachtung von Eigentum einen Teil des täglichen Geschäfts darstellen. Zu diesen rechnet auf dem Betätigungsfeld der Grundstücksgeschäfte etwa die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (zu dieser → S. 76 ff.). Für diese Stellen erweist sich freilich neben der Quantität der zu bewältigenden Geschäfte häufig deren Qualität als Herausforderung, etwa weil besonders umfangreiche Bestände in privates Eigentum überführt werden sollen. Daneben existieren kleinere Verwaltungsträger, etwa Kommunen (vgl. dazu → S. 86 ff.), die eine Privatisierungskonstellation ad hoc bewältigen müssen und sich hierbei zahlreichen Vorgaben auf unterschiedlichen Rechtsebenen unterworfen sehen.

Die Bestimmung des rechtlichen Rahmens für Sekundärzwecke steht unzweifelhaft in enger logischer Verbindung zu den allgemeinen Vorgaben für den jeweiligen Privatisierungsprozess. Gleichwohl können allgemeine Ausführungen (→ 1. Teil) zu Arten und Erscheinungsformen von Privatisierungsvorgängen (→ S. 35 ff.) knapp gehalten werden, existiert hierzu doch eine Vielzahl umfangreicher und detaillierter Abhandlungen; erst die Ver-

9 Man denke an zumindest teilweise gemeinwohlorientierte Projekte, die aufgrund strenger Auflagen das Stadium der Umsetzung nicht erreichen.

10 *Knauff*, in: Schmidt/Wollenschläger, § 6, Rn. 26 ff. Explizit im umweltrechtlichen Kontext *Kämmerer*, DVBl. 2008, 1005 (1005); *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 VwVfG Rn. 121. Zu verfassungsrechtlichen Triebfedern der Gemeinwohlverpflichtung siehe → S. 384 ff.

11 Vgl. die Wiedergabe des Stimmungsbildes auch zur a.A. bei *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen, S. 262 ff.; ferner *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (897). Zum schonenderen Charakter einer „öffentlichen Bindung“ von Unternehmen gegenüber der Sozialisierung von *Eynern*, AöfU 4 (1958), 1 (12). Zu den auf die vorliegenden Betrachtung übertragbaren Vorteilen einer strategischen Beschaffung *Henzel*, Life Cycle Costing, S. 116 ff.

12 Ähnlich im vergaberechtlichen Kontext *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 18.

bindung mit dem Zweck- beziehungsweise Sekundärzweckbegriff (→ S. 55 ff.) zeigt der überkommenen Privatisierungssystematik Grenzen auf, die sich jedoch, auch bei Betrachtung von Referenzfällen (→ S. 71 ff.), als überwindbar erweisen.

Zwei mit Blick auf die Vorgaben für die Einpreisung¹³ von Sekundärzwecken prominente Privatisierungsobjekte¹⁴ seien an dieser Stelle bereits hervorgehoben: Eine besondere aktuelle Bedeutung weist zum einen die Veräußerung von Grundstücken im Eigentum der öffentlichen Hand auf, bewirken doch gesellschaftliche Entwicklungen eine steigende Nachfrage nach Flächen,¹⁵ wodurch sich auch eine gesteigerte Bedeutung der Sekundärzwecke ergibt. Dies betrifft insbesondere, aber nicht nur,¹⁶ die Nachfrage nach Wohnungen. Politische Vorschläge, mit denen Engpässen bei der Versorgung mit Bauland respektive Wohnungen gegengesteuert werden soll, greifen das Problem auf, berücksichtigen jedoch mitunter die beihilfenrechtliche Perspektive nicht.¹⁷ Gerade im beihilfenrechtlichen Kontext hat das Thema durch das Inkrafttreten der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe¹⁸ („Notion of Aid“ – NoA), welche die zuvor gelten-

13 Den Begriff verwendet im Privatisierungskontext auch *Hagenbruch*, Verhältnis, S. 228, jedoch jenseits der Sekundärzweckthematik.

14 Siehe zu diesem thematischen Zuschnitt auch *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 466; ferner *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 100; *Lee*, Privatisierung, S. 20, 45 f.

15 Zum Siedlungsdruck in Großstädten vgl. *Staib*, Die neue Stadt, FAZ v. 07.01.2017, S. 3, der auch auf ein Beispiel einer Grundstücksprivatisierung des Bundes eingeht. Näher, auch zu den hieraus folgenden Herausforderungen, *Baumgart*, Nachhaltige Stadt, E 8 f., E 23, E 37 f.; *Kment*, Nachhaltige Stadt, D 12 ff. Ferner *Burgi*, NVwZ 2020, 257 (258). Zu den Gründen für eine Vernachlässigung sozialen Wohnungsbaus auf Investorenseite *Köster*, KommJur 2016, 81 (81 f.).

16 Im Kontext der Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsbeihilfen nennen *Bulla/Lorenzmeier*, Kommunale Beihilfen, S. 89 f., das Beispiel einer „Vermietung oder Verpachtung eines staatlichen oder kommunalen Grundstücks an einen Dritten, ohne dass dieser eine marktübliche Miete erbringt“ (S. 89); dabei ist die Tatsache, dass „die Grundstückseinlage beispielweise an eine besondere und langjährige Zweckbindung, ein Gründer- oder Technologiezentrum zu betreiben, gebunden [ist], [...] wertmindernd zu berücksichtigen“ (S. 90). Für die Relevanz im landwirtschaftlichen Bereich siehe → S. 80, 146, 471 f.; vgl. auch etwa die Pachtreduktionen für landwirtschaftliche Flächen in Slowenien im Kontext der Coronavirus-Pandemie, die Gegenstand waren in Europäische Kommission, Entsch. v. 26.06.2020, SA.57558 (2020/N), C(2020) 4448 final, Rn. 6 lit. d, Rn. 40 ff. – Additional intervention measures scheme.

17 So etwa Baulandkommission, Empfehlungen, S. 4 f. Insbesondere haushaltsrechtliche Bedenken artikuliert *F. Thiel*, ZfBR 2020, 241.

18 Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union,

de Grundstücksmittelung¹⁹ der Kommission ersetzt hat, in jüngerer Zeit wieder Bedeutung erlangt.

Ebenfalls hohe Aktualität weist zum anderen die Privatisierung staatlicher Unternehmen auf: Dies zeigte sich zunächst im Verlauf der jüngsten Finanz- und Schuldenkrise, als in zahlreichen Mitgliedstaaten versucht worden war, Haushaltsdefizite durch Veräußerungen auszugleichen.²⁰ Im Zusammenhang mit der Coronavirus-Pandemie ab dem Jahr 2020 zeichnete sich zunächst ein entgegengesetzter Trend, namentlich eine verstärkte Beteiligung der öffentlichen Hand an privaten Unternehmen, etwa im Wege der (Teil-)Verstaatlichung – in der Bundesrepublik Deutschland²¹, aber auch

Abl. C 262 v. 19.07.2016, S. 1. Ausführlich zu dieser *Herbert*, Beihilfenbegriff der Kommission, passim; zur Kritik dort insbesondere S. 21 f.; ferner *Horváth*, Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten, S. 173 ff. Zur positiven Rezeption in der Praxis *Plauth/Lipinsky*, Überlagerung, S. 233 (250 f.).

- 19 Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, Abl. (EG) C 209 v. 10.07.1997, S. 3. Bedeutung kann diese noch für Altfälle entfalten, siehe *Bulla*, VergabeR 2019, 457 (468); a.A. *Philipp/Vetter/Kriesel*, LKV 2020, 539 (544 f. m. Fn. 60), unter Verweis auf „de[n] unmissverständlichen Wortlau[t] in der Notion of Aid“ (Zitat *ibid.*, Hervorhebung getilgt).
- 20 Siehe *Arhold*, in: MüKo BeihilfenR, Finanzielle Transfers und Transaktionen Rn. 121; von *Bonin*, EuZW 2013, 247 (247); *F. Wollenschläger*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Art. 107 Abs. 1 Rn. 469. Siehe auch *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen, S. 1; ferner *Horváth*, Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten, S. 168, der auch auf den Erlass einer Arbeitsunterlage (Nachweis unter anderem in → Fn. 129) als Reaktion der Europäischen Kommission eingeht. Zu vorausdatierenden Privatisierungswellen *Gramm*, Notwendige Staatsaufgaben, S. 17 ff.; *Lee*, Privatisierung, S. 1 f.
- 21 Namentlich durch Beteiligungen des Wirtschaftsstabilisierungsfonds – wie sie durch das Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WStFG) vom 27. März 2020 (BGBl. I, S. 543) in § 22 (siehe aber auch § 20 Abs. 3) des (umbenannten) Gesetzes zur Errichtung eines Finanzmarkt- und Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Stabilisierungsfondsgesetz – StFG) vom 17. Oktober 2008 (BGBl. I, S. 1982), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Stabilisierungsfondsgesetzes und des Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes vom 20. Dezember 2021, BGBl. I, S. 5247, vorgesehen wurden. Zu den beihilfenrechtlichen Implikationen *Frenz*, EWS 2020, 192 (192 ff.), namentlich zu den Unterstützungsmaßnahmen zugunsten der Lufthansa; ferner *Terhechte*, JZ 2020, 431 (434, 439, 441). Kritisch zur Regelung der in diesem Kontext abzugebenden Verpflichtungserklärung, mittels derer auch Sekundärzwecke der Unterstützungsmaßnahme verfolgt werden können, *Hasselbach/Alles*, NZG 2020, 727 (insbesondere 731, ebenfalls im Kontext der Lufthansa). Zu im Übrigen möglichen Stabilisierungsmaßnahmen vgl. etwa *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 330 ff.

in anderen Mitgliedstaaten²² – ab; die Reprivatisierung jedenfalls mancher dieser Unternehmen beziehungsweise Anteile ist jedoch vorgezeichnet²³. Auch in diesem Kontext werden die allgemein im Zusammenhang mit den krisenbedingten Unterstützungsmaßnahmen laut gewordenen Rufe nach einem verstärkten Rekurs auf deren inhärente, dem Ziel der Nachhaltigkeit dienende Steuerungsfunktionen widerhallen.²⁴ Die Privatisierung von Unter-

-
- 22 Etwa die Beteiligung der Republik Italien an Alitalia, wie sie in Art. 79 Nr. 3 des Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, GU n. 70 del 17–3–2020, umgesetzt durch Legge 24 aprile 2020, n. 27, GU n. 110 del 29–4–2020 – Suppl. Ordinario n. 16, vorgesehen ist; zu anderen in Art. 79 vorgesehenen Maßnahmen Europäische Kommission, Entsch. v. 04.09.2020, SA.58114, C(2020) 6194 final – Alitalia damage COVID 19; Pressemitteilung v. 29.12.2020, SA.59188, IP/20/2540. Zu weiteren Unterstützungsmaßnahmen in diesem Kontext siehe Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 20.04.2020, SA.57082, IP/20/796; dies., Beschl. v. 15.04.2020, SA.56795 (2020/N), C(2020)2416 final.
- 23 So auch *Arhold*, in: MüKo BeihilfenR, Finanzielle Transfers und Transaktionen Rn. 119. Vgl. etwa § 22 Abs. 3 StFG (→ Fn. 21): „Das Bundesministerium der Finanzen kann im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, nähere Bestimmungen erlassen über [...] 3. die Bedingungen, unter denen der Wirtschaftsstabilisierungsfonds seine Beteiligung an den Eigenkapitalbestandteilen wieder veräußern kann“. Siehe auch, betreffend die Unterstützungsmaßnahmen zugunsten der Lufthansa, Finanzagentur des Bundes, Pressemitteilung v. 16.08.2021, https://www.deutsche-finanzagentur.de/fileadmin/user_upload/pressemeldungen/2021/2021-08-16_pm_10_DLH.pdf (23.03.2022); ferner Rn. 56 ff. der Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19 2020/C 91 I/01, Abl. C 91/I v. 20.03.2020, S. 1, zuletzt geändert durch Mitteilung der Kommission – Sechste Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19 und Änderung des Anhangs der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf die kurzfristige Exportkreditversicherung, Abl. C 473 v. 24.11.2021, S. 1. Vgl. auch *Frenz*, EWS 2020, 192 (200 f.), mit dem Hinweis (194) auf den abträglichen Charakter der Kurzfristigkeit für den Beleg von Rentabilitätserwartungen (dazu näher → S. 120 ff.); ferner *Seitz/Berne*, EuZW 2020, 591 (596); *Terhechte*, JZ 2020, 431 (432, aber auch 435), der das Vorübergehende als ein Charakteristikum von „Notverstaatlichungen“ ausmacht; dort (433) auch zu entsprechenden Vorgaben in Instrumenten, die zur Bekämpfung der Finanzkrise bestimmt waren.
- 24 Allgemein für die nachhaltigkeitsorientierte Ausgestaltung der krisenbedingten Unterstützungsmaßnahmen Leopoldina, Die Krise nachhaltig überwinden, S. 16 (vorletzter Absatz); dort (S. 17) wird im Übrigen ein restriktiver Ansatz vertreten, dem zufolge „[s]taatliche Beteiligungen [...] nur im äußersten Notfall zur Stabilisierung von Unternehmen eingesetzt werden und ohne zusätzliche industriepolitische Ziele auskommen [sollten], ggf. sollten sie eher als stille Beteiligungen ausgestaltet sein.“ Siehe auch *Messner*, Drei Krisen gleichzeitig, insbesondere ab „Für den Moment sind drei Dinge wichtig“. Ferner Rn. 45 des geänderten Befristeten Rahmens (→ Fn. 23); *Seitz/Berne*, EuZW 2020, 591 (596 f.); zu Nachhaltigkeitsaspekten auch → S. 490 f.

nehmen zeichnet sich ebenfalls durch eine umfangreiche rechtliche Überformung aus, wobei unter anderem arbeits- und kartellrechtliche Vorgaben im Einzelfall bedeutend sind, das Beihilfenrecht jedoch als begrenzender Faktor prägende Wirkung hat. Darüber hinaus haben sich klassische Vereinbarungen zwischen den Parteien je nach Privatisierungsobjekt herausgebildet, so etwa die Einbringung einer Sozialcharta zum Schutz von Beschäftigten oder Mietern eines ehemals öffentlichen Unternehmens.

Dass Privatisierungen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken keinesfalls aus dem bestehenden rechtlichen Rahmen fallen, sondern vielmehr an einer Schnittstelle unterschiedlicher Regelungsregimes liegen, wird detailliert darzulegen sein. Dabei werden insbesondere die Vorgaben des Beihilfenrechts, das sich durch entscheidende Variablen zur Steuerung der Privatisierung unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken auszeichnet, entfaltet werden (→ 2. Teil). Ergänzt wird dieser Rahmen durch weitere, dem Unionsrecht wie auch dem nationalen Recht entstammende Determinanten (→ 3. Teil).

Ausgehend von der Annahme, dass von privatisierenden Stellen verfolgte Sekundärzwecke bei der Bestimmung der von privater Seite zu erbringenden Gegenleistung anerkannt werden können, hat der konzeptionelle Teil der Arbeit das Ziel, Möglichkeiten und Grenzen eben dieser „Anrechenbarkeit“ aufzuzeigen (→ 4. Teil). Dies soll geschehen, indem versucht wird, die aus den einzelnen Rechtsmaterien herrührenden Limitierungen herauszuarbeiten und bestehende „Fallstricke“ beihilfenrechtlich zu reflektieren. Dabei wird unter anderem die Bedeutung des in der bisherigen Kommissionspraxis uneinheitlich verwendeten Kriteriums der „Bedingungsfreiheit“ einer Ausschreibung, mittels derer ein geeigneter Privatisierungsempfänger sowie eine marktangemessene Gegenleistung²⁵ ermittelt wird, kritisch hinterfragt. Sich hieraus ergebende Auswirkungen auf die Anwendung des Beihilfenrechts auf Sekundärzwecke bei Privatisierungen werden abschließend zusammengetragen (→ 5. Teil).

Um diese Agenda zu erfüllen, kann auf ausgezeichnete Aufarbeitungen der Themen „Privatisierung“, „Beihilfenrecht“ und „Sekundärzwecke“ zurückgegriffen werden, die an dieser Stelle nicht aufgezählt werden können. Fünf Monographien seien jedoch besonders hervorgehoben: Die Verbindung der

25 Zur Terminologie vgl. *K. Bauer*, EuZW 2001, 748 (749): „Marktangemessenheit der Gegenleistung“; ebenso *Zentner*, Vermögensprivatisierung, S. 151. Ferner *Horváth*, Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten, S. 20, unter Hinweis darauf, dass „eine symbolische Gegenleistung“ nicht ausreichen kann.

ersten beiden Bereiche hat insbesondere *Christian Zentner* („Die Bedeutung der Beihilfenvorschriften des EG-Vertrages für die Vermögensprivatisierung – Unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierung von Unternehmen“ [2008]) treffend analysiert; Gleiches gilt unter anderem für die Untersuchungen von *Christian Kümritz* („Privatisierung öffentlicher Unternehmen: Ausschreibungspflichten bei der Veräußerung staatlichen Anteilsvermögens nach dem europäischen Vergabe- und Beihilfenrecht“ [2009]) und *Maik Tietjen* („Die Europäische Beihilfekontrolle im Vergaberecht und bei der Privatisierung“ [2004]). Erhellend ist außerdem die differenzierte Auseinandersetzung mit der Thematik und ihre Einordnung unter die Metaebene „Prozeduralisierung“, die *Sebastian Hirschberger* („Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht. Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts“ [2010]) ausgearbeitet hat. (Weitgehend) jenseits der Privatisierungsthematik sei namentlich auf die Arbeit von *Tim Hagenbruch* („Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ [2020]) hingewiesen.

Die genannten Werke gehen auf die Verbindung mit dem dritten Bereich „Sekundärzwecke“ jedoch nur in einzelnen Punkten ein, weshalb jener in vorliegender Arbeit im Mittelpunkt steht. Den Bedarf an einer aktuellen und vertieften Aufarbeitung dieses Themas zeitigt auch die dynamische Entwicklung des Unionsrechts – im hiesigen Kontext sei nochmals an die Novellierung des Vergaberechts unter Akzentuierung der Sekundärzweckthematik sowie an das Inkrafttreten der NoA erinnert. Überdies muss die Untersuchung, wie soeben aufgezeigt wurde, auch im Privatisierungskontext über das Beihilfenrecht hinausweisen und Einflüsse etwa aus dem grundfreiheitlichen Zusammenhang aufgreifen. Dem soll im Folgenden nachgekommen werden.

1. Teil: Hintergründe der „Sekundärzwecke bei Privatisierungen“

Im Folgenden gilt es, das Feld der weiteren Betrachtungen abzustecken. Dies soll auf zwei Arten geschehen: Zunächst wird der häufig in Bezug zu nehmende Begriff der Privatisierung einer für die weitere Untersuchung zugrunde zu legenden Definition zugeführt, wobei erste im Kontext der Privatisierungen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken auftretende Schwierigkeiten zu überwinden sind (A). Sodann wird die dem Sekundärzweck zugrunde liegende Dogmatik entfaltet (B). Schließlich wird noch die hinter der Durchführung von Privatisierungen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken stehende Motivation dargestellt (C), bevor in einem Zwischenfazit ein einheitlicher Begriff der Sekundärzwecke bei Privatisierungen gezeichnet wird (D).

A) *Begriff der Privatisierung*

Anstelle umfangreicher Ausführungen zum Begriff der „Privatisierung“ böte sich ein weitgehender Verweis auf die Erläuterung der Begrifflichkeit mitsamt den diskutierten Binnendifferenzierungen im Rahmen zahlreicher Abhandlungen an. Wenngleich also insofern eine „Gefahr, offene Türen einzurennen“²⁶ besteht, gilt mit den Worten von *Jörn Axel Kämmerer*: „Rechtswissenschaftliche Publikationen, die sich mit Privatisierung befassen, kommen an einer Auseinandersetzung mit der Privatisierungstypik nicht vorbei.“²⁷ Dem soll sogleich (I) nachgekommen werden, wobei allgemeine Ausführungen knapp gehalten werden und die nicht unproblematische Verortung der Privatisierung unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken innerhalb der Privatisierungsbegriffe im Mittelpunkt stehen soll. Im Anschluss (II) wird die rechtliche Ausgestaltung des Privatisierungsvorgangs betrachtet.

²⁶ *Be. Wollenschläger*, Rückholoptionen, S. 35.

²⁷ *Kämmerer*, DVBl. 2008, 1005 (1006). Zum Forschungsbedarf im Privatisierungskontext vgl. auch *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 10.

I. Privatisierungsformen

Unabhängig von ihrem jeweiligen Zielobjekt eint alle Privatisierungsvorgänge, dass sie wie auch die jeweils verfolgbareren Sekundärzwecke einen ausgesprochenen Formenreichtum aufweisen. Dass die bekannte Systematisierung (1), ausgehend von der Aufgabenbegrifflichkeit (2), diesen nicht durchgehend abzubilden vermag (3), wird zusammenfassend zu attestieren sein (4).

1. Überkommene Typologie

Angesichts der Vielzahl an Erscheinungsformen der Privatisierung kann deren überkommene Kategorisierung²⁸ als *formelle*, *materielle* und *funktionale Privatisierung* der mit ihr einhergehenden Vielzahl an Regelungsbedürfnissen in dieser Pauschalität kaum gerecht werden,²⁹ zumal im Einzelnen die Abgrenzung umstritten ist³⁰. Nachgerade willkürlich erschiene die Zu-

28 Zu den Begrifflichkeiten im Überblick *Knauff*, in: Schmidt/Wollenschläger, § 6, Rn. 10 ff. Ein Privatisierungsformenkatalog findet sich im Grunde in jeder thematisch einschlägigen Abhandlung; aus dem Reigen der jedenfalls zwischen formeller und materieller Privatisierung unterscheidenden (im Übrigen sogleich → Fn. 33) Werke genannt seien daher nur: *Brinktrine*, IR 2007, 291 (291 f.); *J. P. Ehlers*, Aushöhlung, S. 37 ff., 45 ff., 215 ff.; *Eisenmenger*, GewArch 2020, 355 (355 f.); *Gramm*, Notwendige Staatsaufgaben, S. 107 ff.; *von Hagemeister*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 44 ff., 217; *Hengstschläger*, VVDStRL 54 (1995), 165 (169 ff.); *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 116 ff.; *Hunze*, Privatisierung hoheitlicher Staatsaufgaben, S. 14; *Kämmerer*, JZ 1996, 1042 (1043); *Kömpf*, Staatseinfluss, S. 59 ff.; *Kund*, Nachwirkende Pflichten, S. 39 ff.; *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 55, 96 ff; *Lee*, Privatisierung, S. 148 ff.; *Lübke*, Gesellschaftsanteile, S. 48 f. m.w.N.; *A. von Münch*, Spannungsverhältnis, S. 22 ff.; *R. Schmidt*, Die Verwaltung 20 (1995), 281 (283 f.); *Tietjen*, Beihilfekontrolle, S. 128 ff.; *M. Weiss*, Goldene Aktien, S. 31 f. Siehe auch bereits *von Heimbürg*, Verwaltungsaufgaben, S. 21; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (145 ff.). Ferner *Hirschberger*, Prozeduralisierung, S. 231 f., der aber auch auf die sogleich folgende alternative Systematisierung eingeht; ebenso *Schüler*, Republikifizierung, S. 133 ff. Eine schaubildartige Darstellung bietet etwa *Snethlage*, Ausschreibungsverfahren, S. 34.

29 *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (252 f.); *ders.*, Privatisierung und Publizisierung, S. 29 (33 m. Fn. 23: „ausufernd[e] Privatisierungsdebatten“); siehe auch *Kempfen*, Schranken, S. 15.

30 Dies betrifft etwa die Qualifizierung der Beleihung; Diese wird teils nicht zu den Privatisierungsformen gezählt (*G. Kirchhof*, AöR 132 [2007], S. 215 [222 ff., 231]; ferner *ders.*, Privatisierungen, § 13, Rn. 4, 8 [m. Fn. 53], 12; i.E. auch *Se. Klein*, Veräußerung, S. 37 f. [m.w.N. zum Streitstand auf S. 37]), teils schon (*Grabbe*, Privatisierung kommunaler Aufgaben, S. 38 ff.; differenzierend *Kämmerer*, Privatisierung, S. 46 f.; für eine Einordnung bei der funktionalen Privatisierung *Hunze*, Privatisierung hoheitlicher

ordnung zu einer einzelnen Kategorie, bilden sich hier doch regelmäßig Überschneidungen der Begriffe, die weniger zu einer Vereinfachung der Erschließung des Themenkomplexes als vielmehr zu dessen Zersplitterung beitragen. Deutlich zeigt sich diese Problematik, wenn im Zuge der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens sowohl die Eigentumsverhältnisse an diesem als auch die Rechtsform geändert werden, mithin formelle und materielle Privatisierung aufeinandertreffen.³¹ Jüngere Formen der Kooperation zwischen öffentlichen und privaten Akteuren tragen zur ohnehin komplexen Formenvielfalt bei.³²

Staatsaufgaben, S. 15 ff.; ebenso *Lee*, Privatisierung, S. 177; unentschlossen von *Arnim*, Rechtsfragen, S. 17 f.). *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, diagnostiziert, dass die Beileihung in die überkommene Typologie „nicht integriert werden kann“ (D 29).

31 In der Praxis erfolgt freilich eine schrittweise Abwicklung des Privatisierungsprozesses, siehe *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (252); *G. Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (225 f.); *Lübke*, Gesellschaftsanteile, S. 49; *Mattert/Valentukeviciute/Waßmuth*, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe, S. 42.

32 So namentlich die Öffentlich-private-Partnerschaft (ÖPP), siehe dazu *H. Bauer*, Privatisierung und Publizisierung, S. 29 (31 f.; 40 f.); dort (Fn. 10) explizit zur Frage nach der Autobahnfinanzierung; kritisch zu diesem Thema *Mattert/Valentukeviciute/Waßmuth*, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe, S. 55 ff.; im Überblick hierzu bereits *Sneathlage*, Ausschreibungsverfahren, S. 323 ff. (insbesondere S. 330 ff.). Ferner zur ÖPP *Brinktrine*, IR 2007, 291 (292 f., 296 f.); *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 98 f.; *ders.*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 37 f.; *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 121 ff.; *Jasper*, Privatisierung, S. 42 ff.; *Se. Klein*, Veräußerung, S. 35 f.; *Mattert/Valentukeviciute/Waßmuth*, a.a.O., S. 46 f., 49 ff. (mit Argumenten für eine Einordnung als Unterform der Privatisierung, S. 53 f.); *Mayen*, DÖV 2001, 110 (111); *Schüler*, Republikifizierung, S. 145 ff.; *Sneathlage*, a.a.O., S. 36 f.; *Weber/Schäfer/Hausmann*, in: dies., S. 1 (2 ff.); zur historischen Entwicklung *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 63 ff. Siehe auch → S. 127 ff.

Eine alternative Systematisierung³³ baut auf den Privatisierungsobjekten³⁴ „Vermögen“, „Organisation“ und „Aufgabe“ auf und will den Vorgang wie folgt ordnen: Reine Veräußerungsvorgänge würden von der „Vermögensprivatisierung“ erfasst.³⁵ Die „Organisationsprivatisierung“ baue dagegen auf dem Gebrauch privatrechtlicher Rechtsformen auf.³⁶ Eine „Aufgabenprivatisierung“ sei demgegenüber anzunehmen, wenn die Erfüllung einer Aufgabe auf Private übergeht.³⁷ Hierbei wird die Möglichkeit öffentlicher Einwirkung durch eine Retraktion hin zur Sicherung von Mindeststandards reduziert beziehungsweise unter Umständen bei Erfüllung entsprechender verfassungs-

33 Wie hier die beiden Ordnungssysteme kontrastierend *Hirschberger*, Prozeduralisierung, S. 231 ff. Der alternativen Systematisierung folgen – teils mit Abweichungen oder Überschneidungen mit der soeben genannten Kategorisierung – etwa *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 [251, 281 LS B.II.(4)]; *Burgi*, HStR³ IV, § 75, Rn. 6 ff.; *Gramm*, Notwendige Staatsaufgaben, S. III f., 113; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 38 ff.; *ders.*, JZ 1996, 1042 (1043); *G. Kirchhof*, in: Terhechte, § 13, Rn. 6 ff.; *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (210); *R. Schmidt*, Die Verwaltung 20 (1995), 281 (283 f.); *Be. Wollenschläger*, Rückholoptionen, S. 36. Ferner *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (243), der auch die funktionale Privatisierung in diesem System verortet; ebenso *Se. Klein*, Veräußerung, S. 27 ff.; ähnlich *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen, S. 128 ff.; *C. Philipp*, EU und Daseinsvorsorge, S. 65 ff.; *Sing*, Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, S. 66 ff.; zurückhaltend *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 28. Für eine Nachordnung gegenüber der zuvor dargestellten Systematik *Helm*, Rechtspflicht, S. 29 ff.; ähnlich *Lee*, Privatisierung, S. 20 ff. und nochmals auf S. 148 ff. Insgesamt kritisch zu den bekannten Systematisierungsansätzen *G. Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (226 ff.).

34 Zu deren Abgrenzung *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (603).

35 Etwa *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (251 m. Fn. 41); *Burgi*, HStR³ IV, § 75, Rn. 1; *Se. Klein*, Veräußerung, S. 27 f., 157; *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 97 ff.; *Zentner*, Vermögensprivatisierung, S. 8 ff. Speziell zur Unternehmensprivatisierung *Ronellenfisch*, HStR³ IV, § 98, Rn. 44. Distanziert *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 30; *G. Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (228); *ders.*, Privatisierungen, § 13, Rn. 9 ff.

36 Etwa *Kämmerer*, Privatisierung, S. 19 f., der auch den teilweise parallelen Gebrauch des Begriffs der formellen Privatisierung in diesem Zusammenhang thematisiert (S. 20); für einen solchen etwa *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 101 ff.; ferner *Se. Klein*, Veräußerung, S. 28 ff.; *Zentner*, Vermögensprivatisierung, S. 8 ff. Siehe auch *G. Kirchhof*, in: Terhechte, § 13, der zwischen „Handlungsform“ (Rn. 19 ff.) und „Organisationsform“ (Rn. 23 ff.) unterscheidet.

37 Etwa *Mayen*, DÖV 2001, 110 (111); vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 39 („aufgabenbezogene Privatisierung“); *Snethlage*, Ausschreibungsverfahren, S. 40 [„funktionale Privatisierung (Aufgabenprivatisierung)“]; ferner *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 96 ff. A.A. *Burgi*, NVwZ 2001, 601, (603): Übergang der Aufgabe selbst; jedoch in Abgrenzung zur Organisationsprivatisierung thematisiert; *ders.*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 32; *Se. Klein*, Veräußerung, S. 30 f.; *Zentner*, Vermögensprivatisierung, S. 7.

rechtlicher Grenzen in Gestalt einer „Verantwortungsprivatisierung“ teilweise aufgegeben.³⁸ Auf Grundlage dieser bekannten Privatisierungsformen existieren weitere Begrifflichkeiten, die die Privatisierungsphänomene zu beschreiben suchen,³⁹ jedoch für die vorliegende Betrachtung nicht weiter relevant sind. Auch diese alternative Systematik ist nämlich mit den bekannten Abgrenzungsproblemen behaftet.⁴⁰

2. Zugrundeliegende Aufgabendogmatik

Die demnach notwendige Einordnung einer Privatisierung unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken hängt von der Beantwortung folgender Fragen ab: Was ist unter einer „Aufgabe“ im Privatisierungskontext zu verstehen? Kann die Verfolgung von Sekundärzwecken die Übertragung einer „Aufgabe“ auf Private⁴¹ bedeuten? Wenn ja, ist dies bei allen Arten von Sekundärzwecken der Fall oder nur bei ausgewählten?

Der Begriff der „Aufgabe“ ist seinerseits Gegenstand zahlreicher Abhandlungen⁴² und untergliedert sich, jenseits der Fragen um eine Qualifikation von Aufgaben als „öffentliche“⁴³, in „Staatsaufgabe“ und „Verwaltungsaufgabe“

38 Vgl. G. Kirchhof, AöR 132 (2007), 215 (249 ff.): „Die Verantwortung kann in der Regel allenfalls teilprivatisiert werden“ (253); ferner ders., Privatisierungen, § 13, Rn. 17 f., 34.

39 Siehe die Übersicht bei G. Kirchhof, AöR 132 (2007), 215 (230 ff.). Ferner ders., Privatisierungen, § 13, Rn. 2, 6 ff.; Lee, Privatisierung, S. 27 f.; Wachs, Kommunen als Unternehmer und Investoren, S. 77 m. Fn. 90. Eine Ergänzung um den Begriff „Kommerzialisierung“ findet sich bei Krönes, ZöGU 2013, 150 (151).

40 Siehe Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 29: „In der Sache sprechen mehrere Gründe dafür, nicht mehr an der herkömmlichen Typologie festzuhalten.“ Ferner Kämmerer, DVBl. 2008, 1005, dem zufolge „Vermögens- oder Kapitalprivatisierung und aufgabenbezogene Privatisierung, wo Anteile an bis dahin staatlichen Kapitalgesellschaften mit öffentlicher Zweckbindung oder im Regulierungsumfeld erworben werden, unauflöslich miteinander verbunden [sind]“ (1006 m.w.N., ferner 1008).

41 Zum Terminus „Privater“ von Hagemester, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 21 m.w.N.; von Heimburg, Verwaltungsaufgaben, S. 19 f.; Heintzen, VVDStRL 62 (2003), 220 (231 f., 262 LS II.6.); Lämmerzahl, Beteiligung Privater, S. 48 ff., 242; Ossenhühl, VVDStRL 29 (1971), 137 (144, 203).

42 Exemplarisch Hengstschläger, VVDStRL 54 (1995), 165 (172); Hermesmeier, Beteiligungsverwaltung, S. 72 ff.; Schoch, DVBl. 1994, 962; W. Weiß, Privatisierung, S. 26 ff.; siehe auch J. P. Ehlers, Aushöhlung, S. 59 ff.; Traub, Ausverkauf, S. 135 ff. Kämmerer, Privatisierung, S. 29, kritisiert, dass eine Definition nur selten vorgenommen werde.

43 Zur Abgrenzung der Begriffe „Staatsaufgabe“ und „öffentliche Aufgabe“ siehe von Arnim, Rechtsfragen, S. 8 f. m.w.N.; Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 41 ff.; Gramm, Notwendige Staatsaufgaben, S. 56 ff.; von Hagemester, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 7 f.; von Heimburg, Verwaltungsaufgaben, S. 14 ff.; Heintzen, VVDStRL 62

be“.⁴⁴ Für letzteren Begriff hat sich die Umschreibung als „alle Aufgaben, die der Staat nach geltendem Verfassungsrecht zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt“⁴⁵, eingebürgert (sog. formeller Aufgabenbegriff⁴⁶). Eine parallele Ausdeutung der „Staatsaufgabe“ ist möglich,⁴⁷ jedoch (gleichermaßen) mit dem Makel einer Definition, die von der Aufgabe ausgeht, behaftet (zur Diskussion um notwendige Staatsaufgaben → S. 382).⁴⁸ Vermeintlich ergiebiger erscheint die sich aus der Abgrenzung der Begrifflichkeiten „Ziel“ und „Aufgabe“ ergebende Erkenntnis.⁴⁹ So wird vertreten, dass Ziele abstrakte

(2003), 220 (228 ff.); *Katz*, NVwZ 2010, 405 (408); *Kempfen*, Schranken, S. 17 f; *Kund*, Nachwirkende Pflichten, S. 5 ff.; *Lämmerzahl*, Beteiligung Privater, S. 29 ff. (insbesondere S. 37 ff., 42 ff.); *Lee*, Privatisierung, S. 29 f.; *A. von Münch*, Spannungsverhältnis, S. 41 f.; *C. Philipp*, EU und Daseinsvorsorge, S. 34; *Schüler*, Republikifizierung, S. 4 f.; ferner *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (151 ff., 204), m.w.N. aus der vordatierenden Literatur (Fn. 67). Siehe ferner *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 65; dort (S. 68 ff.) auch näher zum Begriff des „Öffentlichen“. Die Unterscheidung relativierend *Grabbe*, Privatisierung kommunaler Aufgaben, S. 33 ff. (insbesondere S. 35 f.). Siehe insgesamt auch *Vofskuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266, der von einem „konturlosen Begriff der ‚öffentlichen Aufgabe‘“ spricht (273, Hervorhebung getilgt).

44 *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (962); ferner *Bull*, Staatsaufgaben, S. 13; *Kempfen*, Schranken, S. 17; *C. Philipp*, EU und Daseinsvorsorge, S. 24 ff. Siehe aber auch *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204: „Verwaltungsaufgabe als Unterfall der Staatsaufgabe“ (222, Hervorhebung getilgt, aber auch 207) – dazu sogleich.

45 *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (962 m.w.N.); ferner die Nachweise in → Fn. 47 sowie *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 [250, 281 LS B.I.(2)]; *Hengstschläger*, VVDStRL 54 (1995), 165 (172), mit einer alternativen Definition (173). Siehe auch *Lämmerzahl*, Beteiligung Privater, S. 42, 241. Beispiele für Gebäude, die der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dienen, liefert § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung sachenrechtlicher Bestimmungen (Sachenrechtsänderungsgesetz – SachenRÄndG) vom 21. September 1994, BGBl. I, S. 2457: „insbesondere Dienstgebäude, Universitäten, Schulen“.

46 *G. Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (247 Fn. 154). Zu den materiellen Begriffen siehe *C. Philipp*, EU und Daseinsvorsorge, S. 27 ff.

47 Siehe *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (153 m.w.N., 204), unter Bezugnahme unter anderem auf BVerfGE 12, 205 (243); aber auch *von Heimburg*, Verwaltungsaufgaben, S. 75; *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), 220 (228, 261 LS II.4.); *Katz*, NVwZ 2010, 405 (408 f.); *W. Weiß*, Privatisierung, S. 91; ferner *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (250 m. Fn. 33); *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (207). Vice versa *Kämmerer*, Privatisierung, S. 30. Siehe aber auch *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 9, 43 f.; *ders.*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 14, 114 (2. These); *Lämmerzahl*, Beteiligung Privater, S. 39 m.w.N. Auch auf die Bedeutung des Kriteriums „zulässigerweise“ in diesem Kontext eingehend *Gramm*, Notwendige Staatsaufgaben, S. 31 f.

48 *Bull*, Staatsaufgaben, S. 44; *A. von Münch*, Spannungsverhältnis, S. 41. Kritisch auch *Hunze*, Privatisierung hoheitlicher Staatsaufgaben, S. 4 („weitgehend konturlos“), III; *W. Weiß*, Privatisierung, S. 54 f., 91.

49 Hierzu ausführlich *W. Weiß*, Privatisierung, S. 81 ff.; ferner *Lämmerzahl*, Beteiligung Privater, S. 46 f.

Vorgaben darstellten, wohingegen mit Aufgaben die konkreten Bemühungen zur Erreichung dieser Ziele gemeint seien.⁵⁰ Demnach wäre die soeben genannte Definition der Staats- beziehungsweise Verwaltungsaufgabe dahingehend zu erweitern, dass es sich um eine zulässigerweise zur Erfüllung eines Staats- beziehungsweise Verwaltungsziels in Anspruch genommene Aufgabe handeln müsste.

Der Abstraktionsgrad als Kriterium einer Abgrenzung zwischen „Ziel“ und „Aufgabe“ wird jedoch wegen seiner fehlenden Verankerung in der Entstehungsgeschichte der Begriffe jedenfalls im Kontext „Staat“ zu Recht kritisiert.⁵¹ Um den Preis einer Einführung des gleichermaßen ausdeutungsbedürftigen Begriffs „Zweck“ in die an solchen ohnehin nicht arme Diskussion werden bisweilen Versuche unternommen, die Strukturen der Materie zu klären,⁵² freilich nicht ohne zu konzedieren, dass auch dieser Ansatz die Entstehungsgeschichte der Begriffe nicht idealtypisch widerspiegelt.⁵³ Der Suche nach dem Inhalt des Begriffs „Verwaltungsziel“ verleiht zusätzliche Komplexität, dass dieser Begriff anders als der des „Staatsziels“⁵⁴ weit seltener Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung war.

Nochmals hervorgehoben sei, dass diese Überlegungen der Klärung der Frage, ob Privatisierungen unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken zwangsläufig als Aufgabenprivatisierungen nach der überkommenen Terminologie anzusehen sind, dienen sollen. Wird als „Verwaltungsziel“ beispiels-

50 J. P. Ehlers, Aushöhlung, S. 60; Bull, Staatsaufgaben, S. 44 f.; ferner Hebeisen, Staatsaufgaben, S. 27 ff.; Isensee, HStR³ IV, § 73, Rn. 11, 16. Für ein synonymes Begriffsverständnis Schulze-Fielitz, in Dreier, Art. 20a Rn. 23 f. A.A. (weiter Aufgabenbegriff) Sommermann, Staatsziele, S. 364 f.

51 W. Weiß, Privatisierung, S. 81 f. Tettinger, Die Verwaltung 22 (1989), 291 (294 f.), rekurriert daneben auf die „Quantität der aufgestellten Ziele“ als Typisierungsmerkmal, freilich nicht explizit in Abgrenzung zum Aufgabenbegriff.

52 W. Weiß, Privatisierung, S. 92: „Staatsaufgaben sind demnach alle die öffentlichen Aufgaben, die der Staat in der Verfolgung seines Zweckes und zu dessen Realisierung wahrnimmt.“ Siehe aber auch von Arnim, Rechtsfragen, S. 6 m.w.N.; von Hagemeister, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 15 f.; Lämmerzahl, Beteiligung Privater, S. 46.

53 W. Weiß, Privatisierung, S. 82, mit dem Hinweis, dass „die Staatszwecklehre den Begriff der Staatsaufgaben noch nicht kannte“. Hermesmeier, Beteiligungsverwaltung, S. 65, weist außerdem auf die fungible Verwendung der Termini in der Literatur hin.

54 Als Ausgangspunkt der wissenschaftlichen Analyse des Staatszielbegriffs gilt Ipsen, Grundgesetz, S. 14 ff.; siehe, auch zu weiteren anzutreffenden Umschreibungen, Stern, Staatsrecht I, S. 121 f. (insb. Fn. 96). Vgl. auch Art. 3 Abs. 3 Verf S-A: „Die nachfolgenden Staatsziele verpflichten das Land, sie nach Kräften anzustreben und sein Handeln danach auszurichten.“; hierzu und zu weiteren landesverfassungsrechtlichen Normierungen Schladebach, JuS 2018, 118 (122).

weise der mit einer Lenkungssteuer verfolgte, „mit hinreichender Bestimmtheit tatbestandlich vorgezeichnet[e] und gleichheitsgerecht ausgestaltet[e]“⁵⁵ Zweck angesehen, verbleibt bei Übertragung der zuvor erstgenannten Definition der „Verwaltungsaufgabe“, dass diese zulässigerweise zur Erfüllung dieses Zwecks in Anspruch genommen werden muss. Dabei ist zu beachten, dass Ziele des Staates notwendigerweise auch solche der Verwaltung sind⁵⁶ und die Abgrenzung der (übertragenen) Verwaltungsaufgabe von einer ohnehin geltenden „öffentlich-rechtliche[n] Bürgerpflicht“⁵⁷ nicht immer zweifelsfrei möglich ist. Vor dem Hintergrund der genannten Abgrenzungsproblemen bestätigt sich *Albert von Mutius*‘ Feststellung, wonach „die Grenzen zwischen Zielen und Aufgaben fließend sind.“⁵⁸

3. Einordnung der Privatisierung unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken

Geht man davon aus, dass jegliche Verwaltungstätigkeit – so sie zulässigerweise in Anspruch genommen⁵⁹ beziehungsweise zur Verfolgung und Realisierung eines Staatszwecks wahrgenommen wird⁶⁰ – der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe dient, wäre jegliche Übertragung derartiger Aufgabenerfüllung auf Private in der Form eines angestrebten Sekundärzwecks bei einem Privatisierungsvorgang als Aufgabenprivatisierung anzusehen. Zwar ist sicherlich richtig, dass derartige Vorgänge begrifflich nicht als reine Vermögensprivatisierung qualifiziert werden können;⁶¹ gleichermaßen verfehlt erschiene jedoch eine weite Auslegung des Begriffs der Aufgabenprivatisierung im hiesigen Kontext unter dreierlei Gesichtspunkten:

55 BVerfGE 93, 121 (148); 99, 280 (296). Einem noch engeren Verständnis des „Verwaltungsziels“ scheint der VGH Mannheim, PersV 1995, 118 (119, LS 3), zu folgen, wobei für die hier vertretene Auslegung der „Verwaltungsaufgabe“ kein Raum bliebe.

56 Erhellend die Übersicht bei *Beaucamp*, JA 2002, 398 (399). Ferner *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), 204 (222).

57 *von Heimburg*, Verwaltungsaufgaben, S. 17.

58 *von Mutius*, NJW 1982, 2150 (2151), der das Verdikt „auf die Möglichkeit generalklauselartiger Formulierungen“ fußt und einen im Übrigen wesentlich weiter gefassten Aufriss des Begriffs (Oberziele, Mittelziele, Unterziele) zeichnet; siehe auch *ders.*, Funktion und Kontrolle, S. 12 ff. Ferner *Hebeisen*, Staatsaufgaben, S. 21; *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 71 f.

59 Siehe → Fn. 45.

60 Siehe → Fn. 52.

61 Vgl. *Pfahl*, Wirtschaftsteilnahme, S. 59 m.w.N. (bezugnehmend auf die Vermögensprivatisierung): „Aufgaben werden aber gerade nicht übertragen, sondern nur die Mittel zur Erfüllung von Aufgaben.“

Zunächst erscheint die Annahme eines umfassenden Aufgabenprivatisierungsbegriffs zu weit, weil genuine Staatsaufgaben, auf die im Zusammenhang mit der hier anzuwendenden Definition der „Sekundärzwecke“ (→ S. 55 ff.) oftmals zurückgegriffen wird, jedenfalls nicht ohne zusätzlichen Begründungsaufwand in Gestalt eines Sekundärzwecks zur privaten Ausübung übertragen (delegiert) werden können, sondern lediglich deren Erfüllung unter bestimmten Voraussetzungen übertragen (mandatiert) werden kann (dazu → S. 384 ff.).⁶²

Darüber hinaus widerspricht der pauschalen Annahme einer Aufgabenprivatisierung, dass jedenfalls die nationale Rechtsordnung, insbesondere in haushalts- (→ S. 398 ff.) und kommunalrechtlichen (→ S. 419 ff.) Vorschriften, gerade voraussetzt, dass der zu veräußernde Vermögensgegenstand zur Erfüllung einer Aufgabe des jeweiligen Eigentümers nicht mehr benötigt wird. Rechtliche Konstrukte, die einer Verletzung dieser Anforderung durch Sale-and-lease-back-Gestaltungen⁶³ vorbeugen (vgl. im Bereich der Grundstücksgeschäfte etwa das Schleswig-Holsteinische Liegenschaftsmodell⁶⁴), vermögen diesen Konflikt aufzulösen;⁶⁵ ob sich besondere Gestaltungen dieser Art in der Kategorisierung des Geschäfts innerhalb der Privatisierungsdogmatik niederschlagen, kann jedoch bezweifelt⁶⁶ werden: Naheliegender erscheint es nämlich, derartige Modelle weniger als „echte“, sondern mangels Entledigung der öffentlichen Hand vielmehr als „unechte“⁶⁷ Aufgabenprivatisierungen und damit in der Nähe der funktionalen Privatisierung zu ver-

62 Gänzlich ablehnend von *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben, S. 22. Zum Begriffspaar „Delegation“ und „Mandatierung“ im Kontext der kommunalen Zusammenarbeit *Burgi*, ZG 2006, 189 (194 m. Fn. 23 f.); im Übrigen *Kund*, Nachwirkende Pflichten, S. 184 ff.

63 Zu § 63 Abs. 2 Satz 2 BHO ferner → S. 398. Siehe auch *Waldhoff*, Versilbern und Verschulden, S. 77 (83). Zu mittlerweile überwundenen Konstellationen des „Cross-border-Leasing“ *H. Bauer*, Privatisierung und Publizisierung, S. 29 (38 f.); *Mattert/Valentukeviciute/Waßmuth*, Gemeinwohl als Zukunftsaufgabe, S. 44 f.

64 Bei diesem ist die Annahme eines tatsächlich vollständigen Entlassens des Privatisierungsobjekts durch Veräußerung freilich abzulehnen, erfolgte doch die Veräußerung an die Investitionsbank als Teil der Landesbank, siehe BVerfGE 99, 57 (58 f.); *Jahndorf*, NVwZ 2001, 620 (624 f.); ferner *F. Kirchhof*, DÖV 1999, 242 (247): „[z]ivilrechtlicher Eigentumsübergang und dessen öffentlich-rechtliche Aushöhlung“. Siehe auch *Waldhoff*, Versilbern und Verschulden, S. 77 (80 f.).

65 von *Lewinski/Burbar*, BHO, § 64 Rn. 1.

66 Vgl. *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 101.

67 *G. Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (231).

orten, sofern unter letzterer die Erbringung einer Leistung für die privatisierende Stelle verstanden wird.⁶⁸

Nicht hinreichend erfasst sind außerdem Konstellationen, in denen die Erfüllung eines Sekundärzwecks durch die private Seite bereits normativ angelegt ist und der Privatisierungsvorgang lediglich die Verfestigung zur Pflicht oder eine Konkretisierung der Art und Weise ihrer Erfüllung bewirkt.⁶⁹ Dies betrifft zum einen Ermessensvorschriften, die im Privatisierungsvertrag⁷⁰ eine Konkretisierung erfahren, namentlich diejenigen den Privatisierungsempfänger betreffenden Normen, die unterschiedliche Standards, etwa im Sinne einer Mindest-Vorgabe, zulassen.⁷¹ Zum anderen kann auch die Ersetzung abdingbaren Rechts im Rahmen der kontraktiven Verpflichtung des Privatisierungsempfängers hierunter subsumiert werden, etwa ein über das gesetzlich Angelegte und Geforderte hinausgehender Kündigungsschutz für Beschäftigte. Wird vertraglich die Einhaltung eines höheren aus der Reihe der zulässigen Standards eingefordert, ist dies häufig der Verfolgung eines Sekundärzwecks geschuldet. Mitnichten kann hierbei vom Übergang der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe im Sinne einer zulässigerweise in Anspruch genommenen Verwaltungstätigkeit gesprochen werden, weil der Sekundärzweck der Sache nach bereits auf privater Seite zur Erfüllung angelegt ist.⁷²

68 Zu Schwierigkeiten bei der begrifflichen Erfassung einer Übertragung lediglich der Erfüllung von Aufgaben *Kämmerer*, Privatisierung, S. 23.

69 Hiervon abzugrenzen ist die Thematik der „normativen [bzw. ‚reglementierenden‘] Inpflichtnahme Privater“, siehe hierzu *Grabbe*, Privatisierung kommunaler Aufgaben, S. 45 f.; ferner *J. P. Ehlers*, Aushöhlung, S. 52 f.; *Merk*, Aufgabenreform, S. 69 (73): Unter diesem Begriff wird die Frage diskutiert, ob eine an Private adressierte rechtliche Pflicht per se eine Privatisierung konstituiert. Siehe ferner *R. Schmidt*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 210 (211 f.), auch zur Abgrenzung dieser Konstellation von der Beileihung anhand des Nichtvorliegens einer Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben; ebenso *J. P. Ehlers*, Aushöhlung, S. 53.

70 Zum Begriff → Fn. 1740.

71 Vgl. Breuel (Hrsg.), Treuhand intern, S. 257, die die Vorgabe der Treuhandanstalt (zu dieser → S. 79 f.) an ihre Unternehmen, „sämtliche Möglichkeiten des Arbeitsförderungsgesetzes zur sozialen Abfederung des durch Privatisierung, Sanierung oder Stilllegung in vielen Betrieben unvermeidbaren Beschäftigungsabbaus zu nutzen“ (258), wiedergibt.

72 Vgl. auch *Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 11, der unter Bezugnahme auf den Begriff der „Staatsaufgabe“ attestiert, dass dieser „gerade über die vielfältigen Verantwortungsdifferenzierungen hinweg[täuscht] und [...] das Zusammenwirken von Privaten mit unterschiedlicher Intensität [überspielt]“ (24).

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob aufgrund des die Thematik überragenden Einflusses des Unions- und dort namentlich des Beihilfenrechts eine Diskussion der Privatisierungsbegrifflichkeiten anhand einer historischen, durch die nationale Rechtsordnung vorgeprägten Systematisierung sinnvoll sein kann.⁷³ Schließlich zeichnet sich das Unionsrecht durch eine eigene Aufgabendogmatik aus,⁷⁴ mit der weitreichende kompetenzielle Abhängigkeiten einhergehen.⁷⁵ Entsprechend dem Grundsatz der autonomen Auslegung unionaler Rechtsbegriffe⁷⁶ ist unter einer Privatisierung von „Aufgaben“ in diesem Kontext schwerlich ein dem aus dem nationalen Recht vertrauten, dort aber wie soeben gesehen nicht minder inkomplexen Vorgang identischer Sachverhalt zu verstehen. Vielmehr kann nicht geleugnet werden, dass die Aufgaben(privatisierungs)dogmatik des nationalen Rechts in einer Vielzahl an Fällen auf unionsrechtlichen Vorgaben fußt.⁷⁷

73 So auch *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 31; anklingend auch bei *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 674 (für die Verteilungssituation).

74 Siehe die Begriffe „Aufgabe“ (Art. 4 Abs. 3 UA 1 EUV) und „besonder[e] Aufgabe“ (Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV).

75 *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 4 EUV Rn. 70.

76 EuGH, Urt. v. 18.01.1984, 327/82, Slg. 1984, 107, Rn. 11 – Ekro; Urt. v. 19.09.2000, C-287/98, Slg. 2000, I-6917, Rn. 43 – Linster; Urt. v. 11.03.2003, C-40/01, Slg. 2003, I-2439, Rn. 26 – Ansul; Urt. v. 12.10.2004, C-55/02, Slg. 2004, I-9387, Rn. 45 – Kommission Portugal; Urt. v. 11.11.2015, C-422/14, EU:C:2015:743, Rn. 28 – Pujante Rivera; Urt. v. 25.06.2020, C-36/20 PPU, EU:C:2020:495, Rn. 53 – Ministerio Fiscal; Urt. v. 14.01.2021, verb. Rs. C-322/19 und C-385/19, EU:C:2021:11, Rn. 57 – The International Protection Appeals Tribunal u.a.

77 Exemplarisch die Vorgabe für den **Eisenbahnsektor** in Art. 87e Abs. 3 Satz 3 f. GG, in deren Zusammenhang die Gemeinwohlziele gemäß Art. 87e Abs. 4 GG zu berücksichtigen sind; unionsrechtlicher Hintergrund sind neben der Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. (EG) L 237 v. 24.08.1991, S. 25, aufgehoben durch Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, ABl. L 343 v. 14.12.2012, S. 32, die vier sog. Eisenbahnpakete, siehe *Windthorst*, in: Sachs, Art. 87e Rn. 3 ff.; ferner *Helm*, Rechtspflicht, S. 177 ff. Siehe auch *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Art. 87e (Stand: 80. EL Juni 2017), Rn. 38 ff., der für den Eisenbahnsektor die Bedeutung nationaler Privatisierungsimpulse höher einschätzt; zu dieser Frage auch *Kämmerer*, Privatisierung, S. 304 ff. Zur Entwicklung zuletzt *Staebe*, EuZW 2018, 146 (146 ff.). Ähnlich (vgl. aber zu den Unterschieden *Helm*, Rechtspflicht, S. 180 ff.) verlief die unionsrechtlich geprägte Entwicklung im **Post- und Telekommunikationssektor** (hierzu auch Art. 143b GG), siehe *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Art. 87f (Stand: 60. EL Oktober 2010), Rn. 22 ff., in diesem Kontext konstatierend, „dass die eigentlich relevanten Steuerungsimpulse für die deutsche Gesetzgebung im Post- und Telekommunikationsbereich gegenwärtig [...] nicht mehr vom nationalen Verfassungsrecht, sondern vom Europarecht ausgehen“ (Rn. 20); ferner *Huber/F. Wollenschläger*, VergabeR 2006, 431 (431 ff.); *Wieland*, in: Dreier, Art. 87f

4. Zwischenfazit: Unzulänglichkeit der überkommenen Kategorisierung

Vor dem Hintergrund dieser nur im Aufriss dargestellten Probleme und der Schwierigkeiten einer Abgrenzung im Einzelfall stellt sich die Frage, inwieweit eine Einordnung in überkommene Kategorien für die vorliegende Betrachtung überhaupt vonnöten ist.⁷⁸ Eine Antwort kann an dieser Stelle noch nicht präsentiert werden; sie soll vielmehr unter gesammelter Betrachtung der Begriffe „Privatisierung“ und „Zweck“ entwickelt werden (→ S. 104 f.). Zunächst sind jedoch noch die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten für Privatisierungen unter der Berücksichtigung von Sekundärzwecken darzustellen.

II. Rechtliche Ausgestaltung von Privatisierung und Sekundärzweckverpflichtung

Inwiefern rechtliche Bindungen und Möglichkeiten der Berücksichtigung von Sekundärzwecken im Zusammenhang mit Privatisierungen bestehen, wird in erster Linie durch die Ausgestaltung des Privatisierungsvorgangs determiniert,⁷⁹ hängt hiervon doch die Möglichkeit der Einbringung einer vertraglichen Pflicht zur Sekundärzweckerfüllung durch den Privatisierungsempfänger ab. Im Folgenden soll daher eine Systematisierung der rechtlichen Gestaltungen von Privatisierungen vorgenommen werden. Orientiert an der sich aus § 63 Abs. 2 und Abs. 4 BHO ergebenden – aber auch etwa im Städ-

Rn. 4; *Windthorst*, in: *Sachs*, Art. 87f Rn. 7 ff. Siehe auch *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, D 72; *Gramm*, Notwendige Staatsaufgaben, S. 140 ff.; *Knauff*, in: *Schmidt/Wollenschläger*, § 6, Rn. 45 f.; *R. Schmidt*, Die Verwaltung 20 (1995), 282 (282). Für eine mehr reagierende als induzierende Einordnung der Unions- beziehungsweise Gemeinschaftsrechtsordnung *Kämmerer*, Privatisierung, S. 293 f.

78 Insgesamt kritisch *Kämmerer*, DVBl. 2008, 1005 (1006); *Knemeyer*, WiVerw 1978, 65 (65). Dies gilt umso mehr, als auch Mischformen der soeben dargestellten Systematisierungen vertreten werden, siehe exemplarisch *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 1 VwVfG Rn. 129 ff., 133. A.A. *W. Weiß*, Privatisierung, S. 48 ff., der mit nachvollziehbaren Argumenten an der bekannten Kategorisierung festhalten will.

79 Die rechtliche Ausgestaltung des Privatisierungsvorgangs ist ferner von Relevanz für die Frage des zeitlichen Anknüpfungspunkts von Aufsichtsmaßnahmen, siehe dazu *Papathanasiju*, Veräußerung, S. 26.

tebaurecht anzutreffenden⁸⁰ – Unterscheidung⁸¹ wird dabei zwischen Veräußerungen⁸² als auf Eigentumsübergang abzielende Geschäfte (1) und Nutzungsüberlassungen (2) unterschieden.⁸³ Bei beiden Arten von Privatisierungen stellt sich die Frage, wie Sekundärzwecke in diese eingepflegt werden können, wobei eine Trennlinie zwischen der vollumfänglichen und der teilweisen Privatisierung verläuft (3). Schließlich ist in diesem Kontext bereits festzustellen, dass die Sekundärzweckverpflichtung bestimmte Privatisierungsgrenzen nicht überwinden kann (4); deren Inhalte werden sich jedoch erst aus den später folgenden Darstellungen ergeben.

1. Veräußerungen

Der zivilrechtliche Veräußerungsbegriff umschreibt die „Übertragung [...] eines Vermögensgegenstands“⁸⁴. Erfasst sein sollen damit nur die mit der „Aufgabe des Rechts“ verbundenen Verfügungen, wobei es auf die Entgeltlichkeit nicht ankomme.⁸⁵ Vor diesem Hintergrund wäre die Berücksichtigung von Sekundärzwecken jedenfalls bei der Veräußerung von Immobilien nach der Konzeption des Sachenrechts in der Bundesrepublik Deutschland nicht möglich, ist die Auflassung doch nach § 925 Abs. 2 BGB bedingungsfeindlich. Freilich weicht die haushaltsrechtliche Begriffsbestimmung von

80 Vgl. § 89 Abs. 4 Satz 1 BauGB: „Die Gemeinde kann ihrer Veräußerungspflicht nachkommen, indem sie 1. das Eigentum an dem Grundstück überträgt, 2. grundstücksgleiche Rechte oder Rechte nach dem Wohnungseigentumsgesetz oder 3. sonstige dingliche Rechte begründet oder gewährt.“

81 Vgl. demgegenüber Art. 63 BayHO, der zwischen Veräußerung (Abs. 2), Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes (Abs. 5 Alt. 1) und anderen Leistungen (Abs. 5 Alt. 2) unterscheidet. Als Beispiel für eine andere Leistung nennt Ziffer 2 der Verwaltungsvorschriften zu Art. 63 BayHO v. 05.07.1973, FMBL. 1973, S. 259, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 02.01.2017, die „Überlassung von EDV-Programmen“; dieser Anwendungsfall ist auch in § 63 Abs. 3 Satz 2 LHO S-A und § 63 Abs. 4 Satz 2 NdsLHO geregelt, siehe *Wernsmann*, in: Gröpl, § 63 BHO Rn. 15.

82 Zu den engen Möglichkeiten einer Privatisierung durch Schenkung nach dem Kommunalrecht → S. 412 ff.

83 Auf Länderebene siehe exemplarisch Art. 75 Abs. 1, 2 BayGO und § 125 Abs. 1, 2 NKomVG. Allgemein *Brede/Püttner*, Privatisierungsformen, S. 270 ff.

84 So *Berger*, in: Jaernig, § 433 BGB Rn. 1 (Klammerzusatz getilgt).

85 So *Heß*, in: Widtmann/Grasser/Glaser, Art. 75 BayGO (Stand: 10. EL Juni 2000), Rn. 3. Siehe auch *Fleischmann*, Verwaltungsvermögen, S. 56; *R. Weiß*, Erwerb, Veräußerung und Verwaltung, S. 75. Zur Einordnung einer Begründung dinglicher Belastungen siehe *Fleischmann*, Verwaltungsvermögen, S. 57; *Papathanasiju*, Veräußerung, S. 29; *R. Weiß*, Erwerb, Veräußerung und Verwaltung, S. 77 ff.

diesem Verständnis des Veräußerungsbegriffs ab. Dies ergibt sich bereits aus den VV-BHO, gehen diese doch von der Möglichkeit einer Verbindung der Veräußerung mit Bedingungen und Auflagen aus (näher → S. 399 f.),⁸⁶ ohne dass zwischen Mobiliar- und Immobiliengeschäften differenziert würde. Aufgrund der erwähnten, sich aus § 925 Abs. 2 BGB ergebenden Bedingungsfeindlichkeit letzterer können die VV-BHO nur dahingehend ausgelegt werden, dass sie unter einer Veräußerung (auch) ein schuldrechtliches Geschäft verstehen.⁸⁷ Hierauf deutet auch der Gebrauch des Veräußerungsbegriffs in § 63 Abs. 3 Satz 1 BHO hin, ist die Veräußerung von Vermögensgegenständen doch ausweislich dieser Norm „nur zu ihrem vollen Wert“ zulässig; diese Anforderung stellt erkennbar (auch) auf das Verpflichtungsgeschäft ab.⁸⁸ Ferner findet sich ein synonyme Gebrauch der Begriffe „Veräußerung“ und „Verkauf“ in der haushaltsrechtlichen Literatur.⁸⁹

Abgrenzungsfragen treten dort auf, wo eine teilweise Veräußerung in Rede steht: So kann bei der Veräußerung von Unternehmensteilen je nach Betrachtungsweise eine Teilprivatisierung des Unternehmens angenommen werden; bezüglich einzelner Gegenstände handelt es sich insoweit jedoch um die vollkommene Privatisierung eines Vermögensgegenstandes.⁹⁰ Dies liegt auch in dem Umstand begründet, dass sich die rechtlichen Grundlagen des eigentlichen Veräußerungsvorgangs zunächst nicht von denjenigen, die im Zusammenhang mit Veräußerungen unter Privaten gelten, unterscheiden. So besteht auch für die öffentliche Hand bei Unternehmensveräußerungen die Möglichkeit der Ausgestaltung im Wege des Share-Deals oder des Asset-

86 Siehe Ziff. 1 der VV-BHO zu § 63 BHO.

87 Auch die Frage des Ansatzpunktes für ein aufsichtsrechtliches Tätigwerden wird mit einer Einbeziehung des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts in den Veräußerungsbegriff beantwortet, wobei die damit entstehende begriffliche Dissonanz in den Rechtsgebieten für unproblematisch erachtet wird; für vorzugswürdig erachtet *Papatanasiju*, Veräußerung, dabei eine kombinierte Betrachtung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft (S. 25 ff.); siehe auch *Fleischmann*, *Verwaltungsvermögen*, S. 56. Anders als im aufsichtsrechtlichen Kontext wirkt sich die Frage im Beihilfenrecht nicht aus, weil dieses einem weniger phänomenologischen Ansatz bei der Bestimmung der Begünstigung folgt, siehe → S. 64 ff. und → Fn. 150; ferner *Schmidt-Aßmann*, *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, S. 11 (42).

88 *Fleischmann*, *Verwaltungsvermögen*, S. 56. Offen formuliert dagegen beispielsweise Art. 42 Abs. 4 Satz 3 BremLV: „Als Veräußerung gilt jedes Rechtsgeschäft, welches den beherrschenden Einfluss der Freien Hansestadt Bremen oder der Stadtgemeinde Bremen beseitigt.“

89 Etwa von *Lewinski/Burbar*, BHO, § 63 Rn. 7.

90 Restriktiv *Brede/Püttner*, *Privatisierungsformen*, S. 270, aber auch S. 284.

Deals.⁹¹ Mit beiden Gestaltungen gehen Vor- und Nachteile einher,⁹² wobei für die vorliegende Betrachtung insbesondere die Möglichkeit, Privatisierungen in Form eines Share-Deals auf dem Kapitalmarkt durchzuführen, relevant ist; dieses Vorgehen erweist sich nämlich als vorteilhaft mit Blick auf die beihilfenrechtskonforme Ermittlung eines marktangemessenen Preises (näher → S. 165 ff.). Auch bei anderen Privatisierungsobjekten, beispielsweise Grundstücken, gelten im Grundsatz die rechtlichen Vorgaben, die auch auf ein entsprechendes Geschäft zwischen Privaten Anwendung finden würden.⁹³

2. Nutzungsüberlassungen

Neben Veräußerungen finden Nutzungsüberlassungen unter dem Begriff der Privatisierung statt, erreichen jedoch bisweilen auch dessen Grenzen.⁹⁴ Zu nennen sind Verpachtungen,⁹⁵ darüber hinaus je nach Privatisierungsobjekt auch Vermietungen⁹⁶ und die Einräumung dinglicher Rechte⁹⁷ (vgl.

91 *Essing/Kürten*, KommJur 2015, 366 (367, 369 f.); *R. Schmidt*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 210 (212).

92 Siehe *Essing/Kürten*, KommJur 2015, 366 (369 f.), die im Zusammenhang mit Share-Deals auf die gegenüber Asset-Deals bestehenden Vorteile der Wahrung der rechtlichen Identität des Unternehmens und die Vermeidung sich aus dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz ergebender Konkretisierungserfordernisse hinweisen; dort auch zu im Zusammenhang mit Share-Deals bestehenden steuerlichen Risiken.

93 Siehe *Geulen*, LKV 2011, 63 (63); *Zintl/Singbartl*, NVwZ 2017, 1676 (1676); aus der Rechtsprechung jüngst etwa VG Hannover, ZfBR 2021, 307 (309).

94 Zur weiten Auslegung des Privatisierungsbegriffs (über Nutzungsüberlassungen hinaus) vgl. *W. Weiß*, Privatisierung, S. 28. Enger *Hirschberger*, Prozeduralisierung, S. 287.

95 *Brede/Püttner*, Privatisierungsformen, S. 269.

96 Europäische Kommission, Entsch. (EWG) 87/515 v. 11.02.1987, ABl. (EG) L 295 v. 20.10.1987, S. 25 – Werk Seeadler, mit der Feststellung: „Der Erwerb der Unternehmensgebäude durch die öffentliche Hand ist zusammen mit der Wiedervermietung dieser Gebäude an das Unternehmen zu günstigen Bedingungen als eine Beihilfe anzusehen, da die Regionalbehörden in diesem Fall auf Einnahmen verzichten, mit denen sie andernfalls hätten rechnen können“ (S. 29); ferner Beschl. v. 29.04.2015, SA.37904 (2014/NN), C(2015) 2800 final, Rn. 4 ff. – Ärztehaus Durmersheim; hierbei ist freilich die autonome Verwendung der Begrifflichkeiten im Unionsrecht (siehe die Nachweise in → Fn. 76) zu beachten; ferner, ebenfalls im beihilfenrechtlichen Kontext, *F. Thiel*, ZfBR 2017, 561 (563 f.). Siehe auch *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 101 („Anmietung bzw. [...] Leasin[g]“). Für ein Beispiel der Verfolgung eines Sekundärzwecks bei Vermietung eines Grundstücks siehe bei → Fn. 255.

97 *R. Weiß*, Erwerb, Veräußerung und Verwaltung, S. 80.

→ S. 398 ff.).⁹⁸ Auch das in seiner Anwendung nicht auf Wohneigentum beschränkte⁹⁹ Erbbaurecht kann hierzu gezählt werden, wenngleich mit diesem ein zeitlich begrenzter Übergang sog. Nutzungseigentums einhergeht,¹⁰⁰ sodass auch eine Einordnung als Veräußerung nicht von vornherein ausscheidet.

Mit Blick auf die Sicherstellung der Erfüllung eingepreister Sekundärzwecke sind diese Privatisierungsformen insofern vorteilhaft, als die mögliche Nichtverlängerung der zugrunde liegenden Verträge die private Seite zu einer möglichst effektiven Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten anleiten dürfte (sog. „Selektionsdruck“¹⁰¹);¹⁰² die Drohkulisse ist dabei gegenüber anderen Mitteln zur Sicherstellung von Vertragszwecken zwar unter Umständen beeindruckender¹⁰³, in beihilfenrechtlicher Hinsicht jedoch allein nicht ausreichend (siehe → S. 474). Bezüglich Erbbaurechten, die auf Stabilität ausgelegt sind (vgl. § 1 Abs. 4 ErbbauRG¹⁰⁴) und üblicherweise für lange Laufzeiten, meist 99 Jahre,¹⁰⁵ bestellt werden, greift die Drohung mit einer Nichtverlängerung überdies regelmäßig nicht. Aufgrund der eingeschränkten Flexibilität der vertraglich zu fixierenden Pflichten zur Absicherung der Erfüllung von Sekundärzwecken stoßen diese Privatisierungsformen jedoch auch im Übr-

98 *Dehmer*, Betriebsaufspaltung, § 13, Rn. 3, 5 ff., § 14, Rn. 52; ferner *F. Thiel*, DVBl. 2018, 916 (922).

99 Siehe etwa OLG Frankfurt a.M., VergabeR 2021, 253 (253 ff.), betreffend die Nutzung einer in städtischem Eigentum stehenden Markthalle.

100 *F. Thiel*, ZfBR 2017, 561 (563); ferner *ders.*, DVBl. 2018, 916 (922). Siehe auch *Heinemann*, in: MüKo, § 1 ErbbauRG Rn. 4. Das Potenzial dieses Instruments herausstreichend Baulandkommission, Empfehlungen, S. 5.

101 *Snethlage*, Ausschreibungsverfahren, S. 476, der dort (S. 477, ferner S. 526 f.) auch auf die gegenläufig zu berücksichtigenden Transaktionskosten hinweist; ferner dort S. 525 f., 528 f.

102 Siehe *Brede/Püttner*, Privatisierungsformen, S. 284 f.; dort (S. 274) aber auch zu den Gefahren bei Verpachtungen. Allgemein *Cox*, Universalienstleistungen, S. 73 (91). Ähnlich bereits *Grabbe*, Privatisierung kommunaler Aufgaben, S. 124 f. Im Übrigen sind § 581 Abs. 2, § 578 Abs. 1 und § 550 S. 1 BGB zu beachten, wonach in nicht schriftlicher Form geschlossene Pachtverträge für unbestimmte Zeit gelten.

103 So auch *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen, S. 253 f., 229 ff.

104 Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG), in der Fassung des zweiten Gesetzes über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz vom 23. November 2007, BGBl. I, S. 2614, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs (DaBaGG) vom 1. Oktober 2013, BGBl. I, S. 3719; Grundlage ist die Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919, RGBl. 1919, S. 72, 122.

105 *Heinemann*, in: MüKo, § 1 ErbbauRG Rn. 76. Den Vorteil dieser Langfristigkeit akzentuiert BGH, NJW 2019, 2016 (2018); siehe auch *Bunzel*, ZfBR 2019, 640 (640, 643).

gen bei komplexeren Aufgaben an die Grenzen einer sinnvollen Umsetzbarkeit.¹⁰⁶ Darüber hinaus ist ihr unmittelbarer finanzieller Mehrwert für Kommunen geringer als etwa derjenige einer Veräußerung.¹⁰⁷

3. Einpflegen von Sekundärzwecken

Die Mittel, die zur Sicherstellung der Erfüllung von Sekundärzwecken durch aus Privatisierungen erwachsene Unternehmen in Privatrechtsform zur Verfügung stehen, unterscheiden sich wesentlich je nach Struktur der Anteilsverhältnisse: Für eine Einflussnahme auf die Sekundärzweckerfüllung zur Verfügung stehenden Mittel erschöpfen sich bei der Privatisierung von Grundstücken sowie bei der vollumfänglichen Privatisierung von Unternehmen in den Instrumenten des Verwaltungs- und, bei kontraktiver Festsetzung eines Sekundärzwecks, insbesondere des Schuldrechts (a). Diese Steuerungsmöglichkeiten sind auch in all denjenigen Fällen relevant, in denen der Privatisierungsempfänger keinen Unternehmenscharakter hat, etwa bei der Veräußerung oder Vermietung an natürliche¹⁰⁸ Personen. Dagegen kann die öffentliche Hand bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen (b) unmittelbar auf das Geschäftsgebaren¹⁰⁹ und damit auch auf die Sekundärzweckerfüllung Einfluss nehmen.

a) Vollumfängliche materielle Privatisierung

In Konstellationen, in denen der öffentlichen Hand nicht kraft Anteilseigentums Möglichkeiten zur Einflussnahme namentlich aus einer Gesellschafterstellung heraus verbleiben sollen, können Sekundärzwecke *in vertraglicher Form* zwischen privatisierender Stelle und Erwerber vereinbart werden (näher → S. 465 ff.). Freilich bestehen im Einzelfall Grenzen der Verpflichtungsmöglichkeiten: Im Rahmen der Privatisierung von Grundstücken etwa erfolgen Sekundärzweckvereinbarungen häufig in der Form städtebaulicher

106 *Brede/Püttner*, Privatisierungsformen, S. 285.

107 Siehe *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen, S. 250.

108 *Malek*, Daseinsvorsorge, S. 29, weist zu Recht darauf hin, dass dies nur gilt, wenn die natürliche Person nicht selbst unternehmerisch tätig wird. Siehe hierzu auch Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Grundstücksvergabe, S. 17.

109 Siehe zum Begriff die Nachweise in → Fn. 1439.

Verträge mit der Folge einer Kontrolle der Leistungen auf ihre Angemessenheit nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB; im Übrigen ist eine Qualifikation als Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB, gegebenenfalls unter Beachtung der außerhalb von Verbraucherverträgen geltenden Einschränkungen gemäß § 310 Abs. 1 BGB, und damit unter anderem die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB möglich (siehe dazu → S. 408).¹¹⁰ Darüber hinaus bleibt unbenommen, den Privatisierungsvorgang und seine Folgen in Form anderer, nicht direkt im Vertrag zwischen privatisierender Stelle und Erwerber festgelegter, dort unter Umständen nur im Wege des Verweises in Bezug genommener Regelungen, anzureichern. Hierfür steht das gesamte *Instrumentarium des Regulierungsrechts*¹¹¹, aber auch beispielsweise die Aufstellung bauplanungsrechtlicher Vorgaben zur Verfügung.¹¹² Für die vorliegende Betrachtung ist jedoch zu beachten, dass die zu behandelnde beihilfenrechtliche Problematik nur bei über das gesetzliche „Normalmaß“ hinausgehenden Pflichten des Erwerbers gegeben und die Einpreisung einer im Übrigen regelmäßig vorliegenden, bereits bestehenden allgemeinen Pflicht dagegen nicht möglich ist; aus dieser doppelten Einschränkung ergibt sich, dass separate Sekundärzwecke jedenfalls anlässlich eines Privatisierungsvorgangs verpflichtend geworden sein müssen, um einer Einpreisung in diesen zugänglich zu sein (ausführlich dazu → S. 448 ff.).

b) Teilweise materielle Privatisierung

Aus teilweiser materieller Privatisierung erwächst gemischt-wirtschaftliche Aktivität.¹¹³ In diesen Fällen bietet sich eine gegenüber den soeben referierten

110 Siehe BGH, NVwZ 2018, 1414 (1414 ff.). Ein Unterschied zwischen den beiden Rechtsregimes besteht in dem bei städtebaulichen Verträgen möglichen Aufwiegen von belastenden und begünstigenden Bedingungen, siehe *Bunzel*, ZfBR 2021, 222 (223, 225); *Leidner*, DNotZ 2019, 83 (86); *von Scheliha*, DVBl. 2019, 994 (995).

111 *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 250 ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 482.

112 Siehe *J. P. Ehlers*, Aushöhlung, S. 228.

113 Der Begriff beschreibt mit *Storr*, Staat als Unternehmer, S. 49 ff., solche Unternehmen, die „durch gemeinsame Beteiligung Privater und der öffentlichen Hand [gekennzeichnet sind]“ (S. 50). Siehe auch *Eichhorn*, Öffentliche Unternehmen, S. 6 (7); *Kömpf*, Staatseinfluss, S. 63 f.; *F. Wollenschläger*, Wettbewerbliche Vorgaben, Rn. 4. Ferner *Böhmman*, Privatisierungsdruck, S. 30; *Kapteina*, Öffentliche Unternehmen, S. 11; *Zentner*, Vermögensprivatisierung, S. 9 m.w.N. Ferner *Dreher*, NZBau 2002, 245 (247); *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 110 f.

Handlungsoptionen „eleganter“, da unmittelbar aus der Beteiligung erwachsende Möglichkeit zur Sicherstellung der Erfüllung von Sekundärzwecken durch die öffentliche Hand kraft Anteilseigentums an. Freilich geriert sich die öffentliche Hand lediglich wie ein Privater: Auch derartiges Engagement in Form eines durch die öffentliche Hand „beherrschten“ Unternehmens ist nicht von der Grundrechtsbindung befreit,¹¹⁴ wobei eine Beherrschung bei Haltung von mehr als fünfzig Prozent der Unternehmensanteile¹¹⁵, gegebenenfalls aber wohl auch dann, wenn auf andere Art eine entsprechend einflussreiche Position vermittelt wird¹¹⁶, angenommen werden kann.¹¹⁷ In praktischer Umsetzung der verfassungs- und haushaltsrechtlichen Vorgabe angemessenen Einflusses der öffentlichen Hand auf ein Unternehmen, an dem diese beteiligt ist (dazu → S. 128 f. sowie → S. 401 ff.), hat diese für eine „Implementierung des öffentlichen Interesses im Gesellschaftszweck“¹¹⁸ zu sorgen und ihr Stimmgewicht sekundärzweckfördernd einzu-

114 BVerfGE 128, 226 (244 ff.); BVerfG (K), NVwZ 2016, 1553 (1554 f.); BVerfG (K), Beschl. v. 21.02.2019, 2 BvR 2456/18, juris, Rn. 8; BVerfG, DVBl. 2021, 36 (37). Siehe auch *Bulla*, VergabeR 2019, 457 (471); *P. M. Huber*, Unternehmerische Betätigung, S. 897 (911 f.); *G. Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (218 f.); *ders.*, Privatisierungen, § 13, Rn. 24 f.; *Mann*, Staat als Aktionär, S. 39 (46 f.); *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/*ders.*, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 231; *W. Weiß*, Privatisierung, S. 280 ff.; *F. Wollenschläger*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben, Rn. 57 f. Auch anstelle der Grundrechtsbindung des öffentlich beherrschten Gesamtunternehmens lediglich auf die grundrechtskonforme Ausübung öffentlicher Beteiligungsrechte abstellend *D. Ehlers*, DVBl. 2019, 397 (398); *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), 220 (249); *Höfling*, in: Sachs, Art. 1 Rn. 108; *Schüler*, Republikifizierung, S. 31 ff.; ferner *Grabbe*, Privatisierung kommunaler Aufgaben, S. 110. Gegenüber einer umfassenden Grundrechtsbindung des Gesamtunternehmens offener *Rüfner*, in: HStR³ IX, § 197, Rn. 82: „Dies ist wegen der Rechte und Interessen der privaten Anteilseigner nicht unbedenklich. Besondere Probleme ergeben sich daraus gewöhnlich nicht.“ (Nachweise getilgt). Siehe ferner bereits *J. P. Ehlers*, Aushöhlung, S. 223 ff.

115 BVerfGE 128, 226 (244 ff.); E 147, 50 (144 f.); ferner E 143, 246 (314); BVerfG, DVBl. 2021, 36 (37).

116 *P. M. Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 286; *Storr*, Staat als Unternehmer, S. 243 ff. Siehe auch *Kapteina*, Öffentliche Unternehmen, S. 12 f., 52 ff.

117 *Hunze*, Privatisierung hoheitlicher Staatsaufgaben, S. 294 f.; *Lämmerzahl*, Öffentliche Aufgaben, S. 53 f.; *Mann*, Staat als Aktionär, S. 39 (41 f.); *Philipp/Vetter/Kriesel*, LKV 2020, 539 (541); *F. Wollenschläger*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben, Rn. 58 m.w.N.

118 *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 160; näher dort S. 345 ff., 371, 384 ff. sowie, zur Frage einer haushaltsrechtkonformen Absicherung nur über das Anteilseigentum, S. 357 ff.

setzen.¹¹⁹ Im Rahmen der beihilfenrechtskonformen Ausgestaltung der Be-
trauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
(DawI) wird ein derartiges Vorgehen als „Münchener Modell“ umschrieben
(dazu näher → S. 212).

4. Begrenzte Legitimationswirkung der Sekundärzwecke

Im Einzelfall mag die Aufnahme eines Sekundärzwecks in einen Privatisie-
rungsvorgang dessen Durchführung ermöglichen. Dies ist der Fall, wenn an-
dernfalls der Privatisierung entgegenstehende rechtliche Vorgaben unüber-
windbar wären (siehe etwa zur Absicherung der Vorgaben des Demokratie-
prinzips im Privatisierungsfall → S. 391 ff.),¹²⁰ aber auch bei fehlender öffent-
licher Akzeptanz einer Privatisierungsmaßnahme, mithin politischer Un-
möglichkeit. Doch bestehen Grenzen dieser „Legitimationswirkung“ der Se-
kundärzwecke, die sich unterscheiden lassen in Grenzen der Privatisierung
an sich (siehe insbesondere → S. 382 ff.) und Grenzen des Gebrauchs bezie-
hungsweise Missbrauchs der Sekundärzwecke. Letztere sind erreicht, wenn
aufgrund der Bedeutung einer Aufgabe auch kleinste Abweichungen, die bei
der privaten Erfüllung eintreten könnten, nicht hinzunehmen wären.¹²¹ Dabei
ist zu berücksichtigen, dass die Sekundärzweckerfüllung durch Private ge-
genüber der öffentlichen Leistungserbringung regelmäßig selbst bei deren
idealtypischer Absicherung nicht in gleichem Maße effektiv erfolgen wird.¹²²

119 Näher *Lübke*, Gesellschaftsanteile, S. 54 f. Freilich kann der zwingende Charakter die-
ses Vorgehens geringer sein als bei der unmittelbaren Steuerung eines öffentlichen
Unternehmens, wengleich ergänzende Instrumente zur Verfügung stehen, siehe *P.
M. Huber*, Unternehmerische Betätigung, S. 897 (900 f.), der auf Weisungsrechte und
Beherrschungsverträge hinweist; zu letzteren auch *Se. Klein*, Veräußerung, S. 74 ff.
(AG), 81 f. (GmbH). Ferner *von Arnim*, Rechtsfragen, S. 22; *J. P. Ehlers*, Aushöhlung,
S. 218 f., 222 f.; *Hermesmeier*, Beteiligungsverwaltung, S. 353 ff.; *Kämmerer*,
DVBl. 2008, 1005 (1010); *Kund*, Nachwirkende Pflichten, S. 203; *Schüler*, Republi-
kation, S. 167 ff. Siehe aber auch *Glatter*, RaumPlanung 2007, 79 (81), zur im Falle der
WOBA Dresden wegen erhoffter höherer Effektivität in Bezug auf Sekundärzwecke
gewählten vollumfänglichen Privatisierung; ferner *von Arnim*, Rechtsfragen, S. 20; *von
Hagemeyer*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 207 ff.

120 Vgl. *Gallwas*, VVDStRL 29 (1971), 211, dem zufolge „davon auszugehen [ist], daß sich
die Organe des Gemeinwesens von den allgemeinen und besonderen Bindungen und
Pflichten gegenüber der Allgemeinheit und dem einzelnen Bürger nur lösen dürfen,
wenn und soweit entsprechende Vorbehalte bestehen“ (227).

121 *Brede/Püttner*, Privatisierungsformen, S. 286 („öffentliche Aufgabe von existenziel-
lem Interesse“).

122 So Wissenschaftlicher Beirat, Öffentliche Unternehmen, S. 382 (These 6).