

Strukturierung des öffentlichen Einflusses in deutschen Privatisierungsverträgen

Hanns Prütting

- I. Einführung in die Problemstellung
- II. Rechtliche Erfordernisse im Hinblick auf die Sicherung des staatlichen Einflusses
- III. Rechtliche Möglichkeiten der Sicherung des staatlichen Einflusses
 - 1. Gesellschaftsrechtliche Einflußmöglichkeiten
 - 2. Privatvertragliche Vereinbarungen
 - 3. Hoheitliche Maßnahmen
- IV. Ergebnis und Ausblick

I. EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMSTELLUNG

Die schon seit 60 Jahren in Deutschland zu beobachtenden Entwicklungen der Privatisierung staatlicher Unternehmen beruhen auf unterschiedlichen Gründen und folgen unterschiedlichen Konzepten. Nicht jede Privatisierung wirft deshalb die Frage nach der Sicherung staatlicher Interessen auf. Man denke etwa an den Großteil der Veräußerungen ehemals staatseigener Betriebe durch die Treuhandanstalt, bei der es in erster Linie darum ging, das frühere Volkseigentum in Ostdeutschland in Privateigentum zu überführen. Das weitere Schicksal der Unternehmen lag und liegt dem Staat in diesen Fällen allenfalls noch aus arbeitsmarktpolitischen oder fiskalischen Gründen am Herzen. Diesen politischen Interessen mag durch die sorgfältige Auswahl eines privaten Käufers vor der Veräußerung des Unternehmens Rechnung getragen werden. Nach der vollzogenen Vermögensprivatisierung muß es aber dem Markt überlassen bleiben, ob sich der Betrieb dort behaupten kann, so daß die Arbeitsplätze langfristig gesichert sind.

Anders ist die Lage allerdings bei der Privatisierung solcher Unternehmen, deren Unternehmensgegenstand hoheitliche Belange berührt. Hier besteht ein Bedürfnis, staatlichen Einfluß auch nach der formellen oder materiellen Privatisierung des Unternehmens zu gewährleisten, denn der Staat muß auch nach dem Verkauf eines staats-eigenen Unternehmens beispielsweise die Energieversorgung oder die Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen gewährleisten.

Auch bei den sogenannten *Public Private Partnerships*, bei denen der Staat seine Aufgabe im Zuge einer Kooperation mit einem privaten Unternehmen verwirklicht, ergibt sich das Problem, wie den Interessen der öffentlichen Hand effektiv zur Durchsetzung verholfen werden kann. Die vertragliche Absicherung der Verantwortlichkeit stellt in diesem Bereich geradezu die zentrale Aufgabe der Vertragsgestaltung dar.

II. RECHTLICHE ERFORDERNISSE IM HINBLICK AUF DIE SICHERUNG DES STAATLICHEN EINFLUSSES

Den staatlichen Einfluß in den genannten Fällen effektiv geltend machen zu können, ist aber nicht nur ein politisches Desiderat, sondern auch eine dem Staat durch das Recht – insbesondere das Rechtsstaatsprinzip, das Demokratiegebot und das Sozialstaatsprinzip – auferlegte Pflicht.¹ Besonders deutlich wird dieser Gedanke etwa in Art. 87e Abs. 5 Grundgesetz (GG). Diese Vorschrift verpflichtet den Bund, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen dem Wohl der Allgemeinheit Rechnung zu tragen. Ein vergleichbarer Infrastruktursicherungsauftrag² findet sich in Art. 87f Abs. 1 GG für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen. Hieraus ergibt sich ein verfassungsrechtlicher Auftrag des Bundes, trotz der formellen bzw. materiellen Privatisierung der betroffenen Bereiche für eine hinreichende Grundversorgung Sorge zu tragen. Die Daseinsvorsorge im Sinne eines angemessenen Zugangs zu den entsprechenden Dienstleistungen muß also auch nach der Privatisierung und der Auflösung alter Staatsmonopole gewährleistet sein.

Wie der Bund allerdings diesem Auftrag nachkommt, ob durch hoheitliche Regulierung, durch gesellschaftsrechtliche Beteiligungsverwaltung oder durch fiskalische Steuerungsinstrumente, wird durch diese Regelung nicht vollständig vorgeschrieben.³ Die Vorschriften dürfen auch nicht als subjektiv-öffentliches Recht verstanden werden, so daß sich aus ihnen ein entsprechender Leistungsanspruch des Einzelnen ergäbe. Ebenso wie beim Sozialstaatsprinzip handelt es sich bei ihnen vielmehr nur um Staatszielbestimmungen⁴, die grundsätzlich nur objektivrechtlich wirken.

Ein wenig anders stellt sich die Rechtslage für den Bereich des § 65 Bundeshaushaltsordnung (BHO) dar. Die Vorschrift regelt Voraussetzungen und Ausgestaltung einer Beteiligung des Bundes an einem Unternehmen mit privater Rechtsform. Es geht also um Fälle der sogenannten formellen Privatisierung und der Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens. Der Betrieb eines Unternehmens durch den Bund in privater Rechtsform ist gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO nur zulässig, wenn ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt, das sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen läßt. Im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit der staatlichen

1 Vgl auch P. TETTINGER, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenze – ein Sachstandsbericht, in: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 2005, 5; W. SPANNSKY, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigen-gesellschaften der öffentlichen Hand – Öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1996, 400, 414.

2 H. GERSDORF, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Kommentar zum Grundgesetz Bd. 3 (5. Aufl., München 2005) Art. 87e Rn. 63.

3 Vgl. K. WINDHORST, in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz (3. Aufl., München 2003) Art. 87e Rn. 53 ff.; Art. 87f Rn. 15 ff. m.w.N.

4 J.A. KÄMMERER, Privatisierung (Tübingen 2001) 497.

Belange ist nach § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Beteiligung, daß der Bund einen angemessenen Einfluß insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan besitzt (§ 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO). Auch hier ist also ein Gebot der effektiven Wahrnehmungsmöglichkeit der staatlichen Interessen in einem formell privatisierten Unternehmen formuliert, wobei hinsichtlich der Durchsetzungsmittel allerdings offensichtlich in erster Linie an gesellschaftsrechtliche Instrumente gedacht wird. Zu allen diesen Fragen gibt es näher ausgeformte Verwaltungsrichtlinien.

III. RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN DER SICHERUNG DES STAATLICHEN EINFLUSSES

Diese einführenden Überlegungen lassen bereits das Instrumentarium erkennen, das dem Staat bei der Sicherung und Durchsetzung seiner Anliegen und Aufgaben bezüglich der Tätigkeit des privatisierten Unternehmens zur Verfügung steht. Zu unterscheiden sind grundsätzlich gesellschaftsrechtliche, privatvertragliche und hoheitsrechtliche Einflußmöglichkeiten.

1. *Gesellschaftsrechtliche Einflußmöglichkeiten*

Für Einflußmöglichkeiten des Staates auf ein Unternehmen privater Rechtsform, an dem er beteiligt ist, wird allgemein ein Vorrang des Gesellschaftsrechts angenommen.⁵ Wenden wir uns daher zunächst den Einflußmöglichkeiten zu, die das Gesellschaftsrecht vermittelt. Diesbezüglich liegt auf der Hand, daß sie nur existieren, soweit der Staat als Gesellschafter am Unternehmen beteiligt ist. Insofern setzt dieser Ansatz voraus, daß keine vollständige materielle Privatisierung vorgenommen wird. Wie wir sehen werden, bestehen allerdings hinsichtlich der Höhe der Beteiligung keine prinzipiellen Untergrenzen im Hinblick auf die Geltendmachung der staatlichen Interessen, da auch der Minderheit Kontrollrechte zustehen bzw. in der Satzung oder sogar durch Gesetz eingeräumt werden bzw. eingeräumt werden können.

Insbesondere, wenn neben der öffentlichen Hand auch private (Minderheits-)Gesellschafter an dem zu gründenden privaten Rechtsträger beteiligt werden sollen, ist im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten entscheidend, daß dem öffentlichen Interesse bei der Formulierung des Gesellschaftszwecks in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag hinreichend Rechnung getragen wird.⁶ Dieses muß auch bei der Bestimmung des Unternehmensgegenstandes nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 Aktien-

5 R. SCHMIDT, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsform, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1996, 345, 350.

6 M. HABERSACK, Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1996, 544, 552.

gesetz (AktG) Berücksichtigung finden.⁷ Denn der Gesellschaftszweck ist leitend für die Bestimmung der Pflichten der Gesellschaftsorgane. Wie wir sogleich sehen werden, ist der Gesellschaftszweck und dessen Beziehung auf das zu verfolgende öffentliche Interesse besonders wichtig, wenn für das öffentliche Unternehmen die AG als Rechtsform gewählt wird, da so immerhin eine mittelbare Bindung des im übrigen weisungsunabhängigen Vorstands an das öffentliche Interesse erreicht werden kann.

a) Das privatisierte Unternehmen als GmbH

Bei der GmbH hingegen kommt diesem Punkt geringere Bedeutung zu, da es deren Organisationsverfassung erlaubt, den Gesellschaftern sehr weitgehende Weisungsrechte gegenüber den Geschäftsführern im Gesellschaftsvertrag einzuräumen. Sofern der Staat also Mehrheits- oder Alleingesellschafter einer GmbH sein sollte, stellt das Organisationsrecht der GmbH der Durchsetzung der staatlichen Interessen kaum Hindernisse in den Weg.⁸ Insofern ist die GmbH die geborene Rechtsform für formelle Privatisierungen,⁹ jedenfalls soweit wichtige öffentliche Interessen betroffen sind.

b) Das privatisierte Unternehmen als Aktiengesellschaft

Wird das formell privatisierte Unternehmen dagegen als Aktiengesellschaft ausgestaltet, so ergeben sich hinsichtlich der Durchsetzung des öffentlichen Interesses Probleme durch die weitgehende Autonomie der Gesellschaft bzw. ihrer Geschäftsführung von den Weisungen und Interessen der Anteilsinhaber (Aktionäre). Im Einzelnen ist hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten zu unterscheiden zwischen solchen, die der Hauptversammlung zustehen, und solchen, die über den Aufsichtsrat ausgeübt werden. Kernproblem der Einflußnahme seitens der Anteilsinhaber in der Aktiengesellschaft ist die Unabhängigkeit des Vorstands von Weisungen der Aktionäre in Fragen der Geschäftsführung, die auch durch Satzungsänderungen nicht beseitigt werden kann,¹⁰ da das Aktienrecht insoweit weitgehend zwingend ist. Auch werden satzungsmäßige Vorgaben für die Geschäftspolitik überwiegend als unzulässig eingestuft.¹¹

(1) Hauptversammlungsmehrheit

Das Gesetz umschreibt die Zuständigkeit der Hauptversammlung in § 119 Abs. 1 AktG. Hervorzuheben sind vor allem die Nr. 1 und 5, nämlich das Recht, die Mitglieder des Aufsichtsrats zu bestellen, und das Recht, über Satzungsänderungen zu beschließen.

7 W. SCHÖN, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand: Gesellschaftsrechtliche Analyse, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1996 429, 436.

8 Vgl. auch SCHÖN (Fn. 7) 446.

9 SCHMIDT (Fn. 5) 350; M. EIFERT, Die rechtliche Sicherung öffentlicher Interessen in Public Private Partnerships, in: Verwaltungsarchiv 93 (2002) 578.

10 K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht (4. Aufl., Köln u.a. 2002) § 28 II 1 a).

11 SCHÖN (Fn. 7) 442. Vgl. aber § 3 Satzung der Telekom AG.

Hinsichtlich der satzungsändernden Beschlüsse sieht § 179 Abs. 2 AktG ein Quorum von Dreiviertel des vertretenen Grundkapitals vor. Allerdings kann in der Satzung geregelt werden, daß höhere Quoren – bis hin zur Einstimmigkeit – für Satzungsänderungen erforderlich sind.¹²

Gemäß § 119 Abs. 1 AktG kommen der Hauptversammlung grundsätzlich keine Geschäftsführungsbefugnisse zu. Die Hauptversammlung kann über Fragen der Geschäftsführung somit gemäß § 119 Abs. 2 AktG nur entscheiden, wenn der Vorstand dies verlangt. Allerdings wissen wir seit dem berühmten Holz Müller-Urteil¹³ des BGH, daß der Vorstand bei besonders bedeutsamen Geschäftsführungsmaßnahmen im Innenverhältnis verpflichtet sein kann, die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen. Auch insofern besitzen die Aktionäre aber nur bei Grundlagenentscheidungen die Möglichkeit der unmittelbaren Einflußnahme. Daß allerdings bei der Stimmabgabe in der Hauptversammlung auch ein durch Gemeinwohlerwägungen motiviertes Stimmabgabeverhalten zulässig ist, ist jedenfalls dann unproblematisch, wenn diese öffentlichen Belange Eingang in den Gesellschaftszweck gefunden haben.

Dennoch bleiben die Einflußmöglichkeiten eines Aktionärs auf die Geschäftspolitik der Gesellschaft durchaus beschränkt. Erst recht gilt dies, wenn er nicht eine Dreiviertel- oder wenigstens eine absolute Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigen kann. Jedenfalls ist zur Verhinderung von Satzungsänderungen im Grundsatz erforderlich, daß der Staat mehr als 25% der Anteile hält. Zu berücksichtigen ist allerdings, daß nicht selten mehrere Körperschaften der öffentlichen Hand an einem materiell teilprivatisierten Unternehmen beteiligt sind. So war früher neben dem Land Niedersachsen auch die Bundesrepublik an der Volkswagen AG beteiligt, und so sind heute noch das Land Hessen und die Stadt Frankfurt sowie der Bund an der Fraport AG beteiligt. In solchen Fällen schließen die öffentlichen Anteilsinhaber häufig zum Zwecke der Bündelung des staatlichen Einflusses einen Konsortialvertrag ab. Durch diesen koordinieren die öffentlichen Anteilsinhaber die Ausübung der ihnen zustehenden Stimmrechte und erhöhen so das Gewicht ihrer Stimmen. Zu beachten sind dabei allerdings Grenzwerte und Risiken, die sich aus dem Wertpapierübernahmegesetz ergeben können und die unter Umständen zu einem Pflichtangebot an die Aktionäre führen.

Eine bemerkenswerte Sonderregelung hinsichtlich der erforderlichen Sperrminorität sieht das berühmte VW-Gesetz vor. Dieses im Zuge der Privatisierung der Volkswagen AG 1960 geschaffene Gesetz setzt in § 4 Abs. 3 fest, daß für Beschlüsse, die nach dem AktG einer Dreiviertelmehrheit bedürfen, eine Vierfünftelmehrheit des Grundkapitals erforderlich ist. Zugleich ist in § 2 Abs. 1 VW-Gesetz eine Stimmrechtsbeschränkung vorgesehen, nach der einem einzelnen Aktionär unabhängig von seiner tatsächlichen Beteiligung höchstens ein Fünftel der Stimmen zusteht. Durch diese Kombination aus

12 U. HÜFFER, Aktiengesetz (6. Aufl., München 2004) § 179 Rn. 20.

13 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen 83, 122 ff.

einer Anhebung der nötigen Sperrminorität zusammen mit einer Stimmrechtsbeschränkung soll verhindert werden, daß die früheren staatlichen Hauptaktionäre – das Land Niedersachsen und der Bund – durch einen anderen Aktionär mit entsprechender Kapitalmehrheit majorisiert würden. Besonders effektiv werden diese Instrumente dadurch, daß gemäß § 3 VW-Gesetz die sonst in Deutschland gängige Vertretung bei der Stimmrechtsausübung erheblich erschwert wird, so daß die Präsenz auf Hauptversammlungen der Volkswagen AG regelmäßig sehr gering ist. Der Konzern sollte durch diese Gestaltung vor feindlichen Übernahmen geschützt werden, was in der Vergangenheit ja auch gelungen ist. Auf die Zukunft dieses Gesetzes angesichts der europarechtlichen Entwicklungen werde ich sogleich zu sprechen kommen.

(2) Einflußnahme über den Aufsichtsrat

Lassen Sie mich zuvor jedoch einen Blick auf die Einflußnahmemöglichkeiten über den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft werfen. In der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft kommt dem Aufsichtsrat in erster Linie die Funktion zu, den Vorstand zu bestimmen und ihn zu überwachen. Außerdem ist gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG in der Satzung oder durch den Aufsichtsrat zu bestimmen, daß der Vorstand bei bestimmten Arten von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf. Wird von solchen Zustimmungsvorbehalten intensiv Gebrauch gemacht, so erschiene trotz der im Gesetz angelegten Autonomie der Gesellschaft eine verhältnismäßig effektive Sicherung der staatlichen Interessen möglich, wenngleich der gesetzlichen Kompetenzzuweisung entsprechend Zustimmungsvorbehalte wohl nur für bedeutsame Arten von Geschäften vorgesehen werden können.¹⁴ Allerdings ist zu berücksichtigen, daß nach herrschender Meinung die Aufsichtsräte jedenfalls nicht verpflichtet sind, Weisungen „ihrer“ Gesellschafter zu befolgen.¹⁵ Formal besteht insofern eine Unabhängigkeit des Aufsichtsrats.

Der Weg der Einflußnahme über den Aufsichtsrat setzt natürlich voraus, daß die öffentliche Hand in der Lage ist, den Aufsichtsrat mehrheitlich mit eigenen Kandidaten zu besetzen. Hierfür bedarf der Staat entweder einer entsprechenden Mehrheit in der Hauptversammlung oder er muß sich auf sogenannte Entsenderechte iSv § 101 Abs. 2 AktG berufen können. Solche Sonderrechte vermitteln einem Aktionär unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung das Recht, eines oder mehrere Aufsichtsratsmitglieder zu bestimmen. Dies kann je nach der Größe des Aufsichtsrates (die in Deutschland zwischen 3 und 21 Personen liegt) von erheblicher Bedeutung sein.

Die Zulässigkeit von Entsendungsrechten zugunsten des Staates ist allerdings vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zu sogenannten *golden shares* problematisch geworden.

14 J. SEMLER, in: Semler / Kropff, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz (2. Aufl, München 2004) § 111 Rn. 372.

15 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen 36, 297, 306.

(3) Golden Shares

In Deutschland wurde diese Frage in den vergangenen zwei Jahren anhand der in § 4 Abs. 1 VW-Gesetz vorgesehenen Entsenderechte intensiv diskutiert. Die Vorschrift berechtigt den Bund und das Land Niedersachsen, je zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, solange ihnen Aktien der Gesellschaft gehören. Nachdem der Bund 1988 seinen Anteil an der Volkswagen AG vollständig aufgegeben hat, betrifft die Regelung nur noch das Land Niedersachsen. Diesem steht also unabhängig davon, ob es kraft seiner Beteiligungsstärke von derzeit rund 19 % über die Hauptversammlung einen bestimmten Vertreter im Aufsichtsrat durchsetzen kann, das Recht zu, zwei Mitglieder des Aufsichtsrats zu benennen. Insofern vermittelt gemäß § 4 VW-Gesetz bereits der Besitz einer einzigen Aktie dem Land Niedersachsen das Recht, über die Bestimmung zweier Aufsichtsräte Einfluß auf die Gesellschaft zu nehmen.

Die Rechtsprechung des EuGH zu sogenannten *golden shares* weckt erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit solcher Entsendungsrechte oder auch anderer Sonderrechte wie etwa die eben erwähnten Stimmrechtsbeschränkungen aus § 2 Abs. 1 VW-Gesetz. Der Gerichtshof sieht nämlich in seinen Urteilen vom 4. Juni 2002 in Vorzugsrechten, die sich der Staat in einem Unternehmen oder einem bestimmten Marktsektor vorbehält, einen Verstoß gegen die in Art. 56 EG geschützte Kapitalverkehrsfreiheit, der nur durch den Schutz der öffentlichen Sicherheit oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen sei.¹⁶ Dabei sei zwar das staatliche Interesse beispielsweise an einer hinreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Energie im Grundsatz geeignet, entsprechende Sonderrechte in Bezug auf privatisierte Gesellschaften zu rechtfertigen. Allerdings dürfe der staatliche Einfluß nicht über das Erforderliche hinausgehen. Im Zuge dieser Rechtsprechung hat der EuGH eine portugiesische Regelung¹⁷, die ausländische Beteiligungen an Banken, Versicherungen sowie Unternehmen des Energie- und Verkehrssektors auf höchstens 25 % begrenzte, für europarechtswidrig erklärt. Auch eine im französischen Recht vorgesehene Zustimmung des Wirtschaftsministers für den Fall, daß im Zuge eines Beteiligungserwerbs bestimmte Grenzen überschritten werden, hielt der Nachprüfung nicht stand.¹⁸ Ebenso scheiterte im vergangenen Sommer eine italienische Regelung, die eine Stimmrechtsbegrenzung auf maximal 2 % des Gesellschaftskapitals bei Unternehmen in den Bereichen Elektrizität und Gas vorsah.¹⁹ Alle diese Regelungen bezweckten letztendlich den Schutz öffentlicher Interessen angesichts der durchgeführten materiellen Privatisierung in diesen sensiblen Bereichen. Im Kern sollten sie die Möglichkeit feindlicher Übernahmen ausschließen. Ob diese Rechtsprechung gerade angesichts der über lange Zeit zu konstatierenden Unfähigkeit

16 EuGH Rs. C-503/99 (Neue Juristische Wochenschrift 2002, 2303), C-483/99 (Neue Juristische Wochenschrift 2002, 2305), C-367/98 (Neue Juristische Wochenschrift 2002, 2306).

17 Rs. C-367/98.

18 Rs. C-483/99.

19 Rs. C-174/04.

des europäischen Gesetzgebers, sich auf eine Übernahmerichtlinie zu verständigen,²⁰ überzeugt, will ich nicht vertiefen. Denn inzwischen ist im Jahre 2004 die Übernahmerichtlinie verabschiedet worden. Die Mitgliedstaaten werden sich mit dieser Rechtslage abzufinden haben und ihre Privatisierungspolitik entsprechend anpassen müssen.

Für unser Thema gilt es festzuhalten, daß der EuGH im Ergebnis einen sehr hohen Maßstab an die Rechtmäßigkeit solcher staatlichen Sonderrechte legt. Entsprechend wird allgemein erwartet, daß auch das deutsche VW-Gesetz, das bereits zur Prüfung beim EuGH liegt,²¹ im Ergebnis für unzulässig erachtet wird.²² Entscheidend ist, daß bei der Volkswagen AG kein zwingendes Allgemeininteresse erkennbar ist, welches die Sonderrechte zu rechtfertigen vermöchte. Daß sich die in der Wissenschaftsförderung äußerst aktive Volkswagenstiftung aus der staatlichen Beteiligung an der Volkswagen AG finanziert, dürfte bei den Luxemburger Richtern insoweit wenig Gehör finden. Auch bei Volkswagen hat man sich offenbar bereits auf das Ende des VW-Gesetzes vorbereitet, indem man sich zur Abwendung feindlicher Übernahmen unter den Schutz einer Beteiligung der Porsche AG begeben hat.

Wie insofern auch das Beispiel des VW-Gesetzes zeigt, beschränkt die dargestellte rigide Rechtsprechung des EuGH unmittelbar die Möglichkeit des Staates, seinen Einfluß auf privatisierte Gesellschaften mittels *golden shares* auszuüben. Der Weg, das Unternehmen praktisch vollständig zu privatisieren und dennoch Einfluß auf seine Geschicke zu nehmen, wird dadurch abgeschnitten: Es bleibt also dabei: „*You can't eat your cake and have it.*“

2. Privatvertragliche Vereinbarungen

Sofern und soweit dem Staat gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten zur Einflußnahme nicht zustehen, stellt sich die Frage, ob er seinen Einfluß auf vertragsrechtlichem Weg sichern kann.

Im Vordergrund steht der vertragsrechtliche Ansatz zunächst bei den sogenannten *Public Private Partnerships*²³, jedenfalls soweit bei solchen Kooperationen nicht der

20 Siehe zuletzt den Vorschlag der Kommission vom 2.10.2002, COM (2002) 0534.

21 Rs. C-112/05.

22 Vgl. etwa C. ARMBRÜSTER, „Golden Shares“ und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, in: Juristische Schulung 2003, 227; F. SANDER, Volkswagen vor dem EuGH – Der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit am Scheideweg, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, 109; K. WELLIGE, Weg mit dem VW-Gesetz!, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2003, 427. Optimistischer hinsichtlich der Europarechtskonformität des VW-Gesetzes W. KILIAN, Vom sinkenden Wert der „Goldenen Aktien“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, 2653.

23 Vgl. dazu umfassend M. WEBER / M. SCHÄFER / L. HAUSMANN, Praxishandbuch Public Private Partnership (München 2006).

Weg einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der öffentlichen Hand als Mitgesellschafter an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen²⁴ verfolgt wird.

a) *Sicherung des staatlichen Einflusses in Public Private Partnership-Projekten (PPP)*

Mit dem unscharfen Begriff *Public Private Partnership* beschreibt man üblicherweise eine langfristig vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.²⁵ Die PPP wird allgemein dem Bereich der funktionalen Privatisierung zugeordnet, da hier die hoheitliche Erfüllungsverantwortung beibehalten, diese allerdings unter Zuziehung privater Rechtsträger wahrgenommen wird. Diese Art der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben erfreut sich wohl auch aus fiskalischen Gründen derzeit einer rasant steigenden Beliebtheit in Deutschland, wenn es um die Realisierung von Großprojekten mit erheblichem finanziellen Umfang geht. Das derzeitige Investitionsvolumen der aktuellen PPP-Projekte in Deutschland liegt bei über 7 Milliarden Euro.²⁶ Als Beispiel sei das TollCollect Konsortium genannt, das im Wege der PPP auf deutschen Autobahnen ein satellitengestütztes Mautsystem installieren sollte, welches nach erheblicher Verzögerung nunmehr reibungslos funktioniert.

Grundlage eines PPP-Projektvertrages wird regelmäßig ein Werk- oder Dienstvertrag sein, der allerdings im Einzelfall durch kauf-, miet- oder leasingvertragliche Elemente ergänzt sein kann. Im Hinblick auf die Strukturierung des staatlichen Einflusses sehen diese Verträge regelmäßig Informationspflichten, Prüfungs-, Kontroll- und Überwachungsrechte des Hoheitsträgers vor. Dabei sind die Interessen der Kooperationspartner oft jedenfalls teilweise komplementär gelagert, weil das Interesse des privaten Partners auf möglichst vollständige Gewinnmaximierung gerichtet ist, während die öffentliche Hand die ordnungsgemäße Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe bezweckt. Insofern kommt Konfliktlösungsmechanismen eine besondere Bedeutung zu (Mediation, Schlichtung, Eskalationsklausel, Schiedsklausel)²⁷.

Wie die vertraglichen Regelungen im einzelnen aussehen, hängt stark von dem jeweils zu realisierenden Projekt ab. So können etwa die Finanzierung eines universitären Instituts durch private Drittmittel, der Bau und Unterhalt einer kommunalen Abwasserreinigungsanlage oder der Bau eines Krankenhauses nicht durch einen einheitlichen Mustervertrag geregelt werden.

24 P. TETTINGER, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, in: Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft 1996, 765 f.

25 TETTINGER (Fn. 1) 2; ferner WEBER / SCHÄFER / HAUSMANN (Fn. 23).

26 H. HORN / A. PETERS, Vertragsgestaltung bei Public Private Partnership (PPP)-Projekten, in: Betriebs-Berater 2005, 2421.

27 Vgl. vor allem F. HAFT / K. SCHLIEFFEN, Handbuch Mediation (München 2002); M. HENSSELER / L. KOCH, Mediation in der Anwaltspraxis (Bonn 2000); H. PRÜTTING, Außergerichtliche Streitschlichtung (München 2003); J. RISSE, Wirtschaftsmediation (München 2003).

Gewisse typische Elemente werden sich jedoch in jedem der drei beschriebenen Fälle im Kooperationsvertrag finden. Hierzu gehört etwa die Verpflichtung des privaten Auftragnehmers zur Einhaltung gesetzlicher Vorschriften. Daß diese durchaus übliche Klausel mehr als nur deklaratorische Wirkung hat, wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auf diese Weise Gesetzesverstöße des Auftragnehmers automatisch zugleich Vertragsverletzungen darstellen und die entsprechenden, sogleich zu behandelnden Sanktionen auslösen. Außerdem werden durch diese Klausel gerade bei langfristigen Projekten – man denke an den Betrieb eines Krankenhauses – die Sorgfaltsanforderungen an den Betreiber dynamisiert. Denn diese bestimmen sich im Wege des Außenverweises nach den jeweils geltenden Gesetzen und Richtwerten.²⁸

Für eine effektive Sicherung der staatlichen Erfüllungsverantwortung ist es weiter zentral, daß sich der öffentliche Auftraggeber in hinreichendem Maß Kenntnis über den Stand des Projekts verschaffen kann. Wie verheerend auch aus finanzieller Sicht eine verspätete Unterrichtung des öffentlichen Auftraggebers sein kann, hat das TollCollect-Projekt eindrucksvoll bewiesen. Der Bund hatte hier erhebliche Einnahmeausfälle hinzunehmen, weil das Betreiberkonsortium ihn offensichtlich erst kurz vor dem geplanten Teststart des Projekts über die erheblichen Probleme informierte.

Die sorgfältige Regelung von Informationsrechten und Rechenschaftspflichten ist nicht zuletzt deshalb besonders wichtig, weil nur auf der Grundlage zeitnaher und aussagekräftiger Informationen eine effektive Wahrnehmung der ebenfalls im Vertrag zu regelnden Sanktionsmechanismen möglich ist. Das Instrumentarium für Sanktionen bei Vertragsverletzungen in PPP-Verträgen sieht zunächst die üblichen Vertragsstrafregelungen oder pauschalierten Schadensersatzregelungen vor. Werden Vertragsstrafen etwa für den Fall der Nichteinhaltung eines Termins vereinbart, so bleibt gemäß §§ 340 Abs. 2 S. 2, 341 Abs. 2 BGB die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens unbenommen. Bemerkenswerterweise findet sich allerdings in dem bereits angesprochenen TollCollect-Vertrag nach Verlautbarungen in der Presse eine Klausel, nach der neben der vereinbarten Vertragsstrafe eine weitere verschuldensabhängige Haftung des Betreiberkonsortiums ausgeschlossen ist. Daß es dem TollCollect-Konsortium gelungen ist, eine solche vom dispositiven Recht abweichende Klausel im Rahmen der Verhandlungen durchzusetzen, läßt auf ein gestörtes Gleichgewicht der Verhandlungsmacht der Parteien schließen. Solche Entwicklungen sind sorgfältig im Auge zu behalten, gefährden sie doch die Durchsetzung staatlicher Interessen bei PPP-Projekten erheblich. Es könnte sich erweisen, daß das beschriebene Ungleichgewicht jedenfalls bei Projekten im Bereich der Spitzentechnologie struktureller Art ist, da die private Seite zwangsläufig einen auf ihrer technischen Expertise beruhenden Informationsvorsprung besitzt, der jedenfalls im Fall von TollCollect gekoppelt war mit nur sehr geringer Konkurrenz

28 H. BAUER, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, in: Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft 1998, 89, 94.

im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens. In solchen Fällen wird die staatliche Seite sowohl bezüglich der technischen Seite des Vertrages als auch bezüglich der rechtlichen Gestaltung auf kompetenten Rat angewiesen sein. In rechtlicher Hinsicht mag diese Gestaltung durch die Einschaltung von mit entsprechender Expertise versehenen Wirtschaftskanzleien möglich, wenn auch kostspielig sein. In technischer Hinsicht liegen die Dinge komplizierter, denn gerade im Spitzentechnologiebereich ist ein Dritter kaum in der Lage, den Vorschlag des Anbieters zu beurteilen. Bekannt ist dieses Problem des strukturellen Informationsdefizits aus Genehmigungsverfahren in bezug auf Anlagen der Kernenergie oder der Raumfahrttechnik. Um so wichtiger ist, daß der Vertrag effektive Nicht- oder Schlechterfüllungssanktionen vorsieht.

Die diesbezüglich bereits erwähnten Vertragsstrafen oder Schadenspauschalen können auch durch ein Bonus- und Malussystem ergänzt werden, mit dem die Höhe der von der öffentlichen Hand zu leistenden Gegenleistung von dem Maß abhängig gemacht wird, mit dem eine bestimmte Vergleichsgröße erreicht bzw. übertroffen wird – etwa die Bettenauslastung in einem Krankenhaus oder die Effizienz einer Kläranlage. So können zusätzliche Leistungsanreize geschaffen werden, um den Auftragnehmer zum Erreichen von Qualitätsmerkmalen zu motivieren, die für den Auftraggeber besonders wichtig sind.

Für den Fall, daß der Auftragnehmer dennoch seinen vertraglichen Pflichten nicht oder nur unzureichend nachkommt, sollte der öffentlichen Hand die Möglichkeit zu bestimmten Weisungen eingeräumt werden, um auf eine vertrags- und gesetzesgerechte Aufgabenerfüllung durch den Privaten einwirken zu können. Fruchten auch diese nicht, so wird es vorteilhaft sein, wenn sich die öffentliche Hand vertraglich für diese Situation das Recht zur kostenpflichtigen Ersatzvornahme vorbehalten hat. Bezogen auf Bauprojekte findet sich in der Literatur²⁹ folgender Klauselvorschlag:

- (1) Stellt der Auftraggeber fest, daß der Auftragnehmer seinen aus diesem Vertrag erwachsenden Pflichten nicht oder nur mangelhaft nachkommt, hat er den Auftragnehmer unter Setzung einer angemessenen Frist schriftlich aufzufordern, seine Vertragspflichten zu erfüllen und etwaige Mängel abzustellen oder zu beseitigen.
- (2) Werden die beanstandeten Mängel durch den Auftragnehmer nicht, nicht rechtzeitig, nicht vollständig oder nicht ausreichend innerhalb der vom Auftraggeber gesetzten Frist behoben, so ist der Auftraggeber berechtigt, alle notwendigen Maßnahmen auf Kosten des Auftragnehmers selbst auszuführen oder auf Kosten des Auftragnehmers durch Dritte durchführen zu lassen.

Weiter muß der Projektvertrag Klauseln für den Fall der Vertragsbeendigung vorsehen. Dabei wird es regelmäßig sinnvoll sein, gegebenenfalls bestehende gesetzliche ordentliche Kündigungsrechte auszuschließen, damit sich beide Seiten auf die langfristige Durchführung des Vertrages verlassen können. Eine Beendigung des Vertrages ist dann

29 HORN / PETERS (Fn. 26) 2421, 2424.

nur aufgrund der im Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Kündigungsrechte sowie aufgrund des vertraglich nicht auszuschließenden Rechts zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund möglich. Diesbezüglich ist es ratsam, im Vertrag Fälle des wichtigen Grundes iSd § 314 Abs. 1 BGB zu benennen, um die Rechtssicherheit bei der Anwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs zu erhöhen. Besonderes Augenmerk wird regelmäßig auch den Übergangsvorschriften nach der Beendigung des Vertrages zu widmen sein. Denn für die öffentliche Hand besteht ein hohes Interesse daran, daß sie nach dem Ausscheiden des privaten Unternehmers unverzüglich und reibungslos in der Lage ist, den Betrieb des Projekts fortzuführen oder fortführen zu lassen. Hierzu sind gegebenenfalls Übertragungspflichten sowie Pflichten zur Informationsgewährung und Einweisung zu statuieren. Für ein PPP-Projekt im Gebäudebereich, das nach dem sogenannten Inhabermodell strukturiert ist, wird folgende Klausel vorgeschlagen³⁰:

(1) Sobald der Vertrag beendet ist, hat der Auftraggeber das Recht, das Vertragsobjekt unverzüglich in eigenen Besitz zu nehmen und den Auftragnehmer vom Besitz auszuschließen. Das Vertragsobjekt muß sich zu diesem Zeitpunkt im vertragsgemäßen Zustand befinden.

(2) Der Auftragnehmer ist verpflichtet, dem Auftraggeber unverzüglich sämtliche ihm an dem Vertragsgegenstand zustehenden Rechte zu übertragen und alle für die Nutzung und Bewirtschaftung des Vertragsgegenstandes erforderlichen Unterlagen und Informationen herauszugeben.

(3) Mit Vertragsbeendigung ist der Auftraggeber zudem berechtigt, Dritte mit der Durchführung der Sanierung, Unterhaltung und Bewirtschaftung des Vertragsobjektes zu beauftragen.

Jedes Großprojekt wird trotz aller Mühe bei der Vertragsgestaltung offene Fragen aufwerfen und Anlaß zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien geben. Um diese möglichst rasch und geräuschfrei zu beseitigen, wird es bei PPP-Projekten oft ratsam sein, einen Beirat zu installieren, der mit Vertretern beider Seiten besetzt wird. Aufgabe dieses Gremiums ist die Herbeiführung einvernehmlicher Lösungen bei auftretenden Unklarheiten. Er hat insofern eine streitvermeidende Funktion. Schlägt die Suche nach einem Kompromiß im Beirat fehl, so kommen die weiteren Möglichkeiten der Konfliktlösung zum Zuge. Insbesondere die Einschaltung eines externen Mediators, der den Parteien Lösungsvorschläge zum Zwecke der Streitschlichtung macht, mag in Einzelfällen sinnvoll sein, auch wenn bereits im Beirat die Möglichkeiten einer einvernehmlichen Lösung erörtert wurden. Denn oft haben Kompromißvorschläge, die von einem neutralen Dritten stammen, bessere Erfolgsaussichten als Vorschläge, welche die Kontrahenten selbst entwickeln.

Für den Fall, daß auch das Mediationsverfahren scheitert bzw. gar nicht erst durchlaufen wird, ist hinsichtlich der Streitentscheidung die Aufnahme einer Schiedsklausel

30 HORN / PETERS (Fn. 26) 2426.

in den PPP-Projektvertrag anzuraten. Die Vorteile der privaten Schiedsgerichtsbarkeit bei Großprojekten sind bekannt. Insbesondere die Möglichkeit, in verhältnismäßig kurzer Zeit eine verbindliche Entscheidung zu erreichen, macht das Schiedsverfahren sehr attraktiv. Auch können die Parteien durch die Benennung der Schiedsrichter und der Gutachter darauf hinwirken, daß es sich bei den befaßten Personen um Experten in fachlicher und rechtlicher Hinsicht handelt. Ferner ist der Einfluß der Parteien auf die Verfahrensgestaltung im Schiedsverfahren größer. Schließlich ist nicht außer acht zu lassen, daß das Schiedsverfahren gerade bei hohen Streitwerten unter Umständen auch kostenmäßig günstiger als ein staatliches Verfahren über mehrere Instanzen sein kann.

b) Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung bezüglich der Bahn-Infrastruktur

Einen Sonderfall des eben beschriebenen Kooperationsmodells zwischen der öffentlichen Hand und einem privaten Rechtsträger stellt die Zusammenarbeit des Bundes mit der Deutschen Bahn AG im Hinblick auf Ausbau und Erhaltung des Schienennetzes dar. Ein Sonderfall ist dies insofern, als der Bund derzeit noch Alleinaktionär der Deutschen Bahn AG ist und insofern hier eine PPP-Kooperation mit einem nur formal privatisierten Unternehmen eingeht. Inhaltlich dient das Vorhaben dem Zweck, daß der Bund seinen bereits erwähnten verfassungsrechtlichen Auftrag aus Art. 87e GG, im Allgemeinwohlinteresse eine funktionierende Eisenbahninfrastruktur zu gewährleisten, durch den Abschluß einer sogenannten Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung mit der Deutschen Bahn AG erfüllt. In diesem Vertragswerk werden der jährliche Infrastrukturbeitrag des Bundes für das Bestandsnetz festgeschrieben und Regelungen über Umfang und Qualität der Infrastruktur des Bestandsnetzes, die von der Deutschen Bahn AG zu gewährleisten sind, getroffen. Für Streitfälle könnte (wie sonst auch bei PPP-Projekten) auf die erwähnten Konfliktlösungsmechanismen wie Mediations- und Schiedsverfahren sowie Eskalationsklauseln zurückgegriffen werden. Als letztes Mittel wird es sich der Staat vorbehalten müssen, die entsprechenden Maßnahmen selbst auf Kosten des Unternehmens durchzuführen. Denn es wäre mit seiner grundgesetzlich verfestigten Rechtspflicht³¹ nicht vereinbar, wenn ihm auch für den Fall des Versagens des privaten Rechtsträgers keine Möglichkeit zur Verfügung stünde, einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen.

Der besondere Reiz dieses Vorgehens liegt darin, daß der Bund als Hoheitsträger auf der einen Seite und das bisher nur formell privatisierte Unternehmen auf der anderen Seite sich hier auf gleicher Augenhöhe begegnen. Der Abschluß einer solchen Vereinbarung mag auf den ersten Blick überflüssig erscheinen, kann doch der Bund als derzeitiger Alleinaktionär der Bahn AG ohnehin seine Interessen schon durch seine Alleingesellschafterstellung hinreichend durchsetzen, wie die Betrachtung der gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten gezeigt hat.

31 WINDHORST (Fn. 3) Art. 87e Rn. 50.

Warum die Beteiligten dennoch den Weg über eine privatrechtliche Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung präferieren, wird verständlich, wenn man die beabsichtigte materielle Privatisierung der Bahn berücksichtigt, die voraussichtlich auch das Schienennetz und die Infrastruktur umfassen soll. Denn am Kapitalmarkt sind Bahn-Aktien nur dann interessant, wenn das Unternehmen Bahn zu denselben Bedingungen wie andere Wettbewerber wirtschaften kann. Aus dem Eigentum am Schienennetz in Verbindung mit dem staatlichen Infrastrukturauftrag des Bundes aus Art. 87e GG dürfen daher für die Anleger keine Unsicherheiten hinsichtlich möglicher Verpflichtungen des Konzerns im Hinblick auf die Erhaltung der Infrastruktur entstehen. Solche Bedenken wären insbesondere gerechtfertigt, wenn der Bund wenigstens für eine Übergangszeit Mehrheitsaktionär bei der Bahn bleibt. Denn dann müßten die Anleger befürchten, daß der Bund mit dieser Beteiligung auch versucht, seinen Infrastruktursicherungsauftrag zu erfüllen. Aus Sicht der Minderheitsaktionäre handelte es sich dabei um einen Mißbrauch der Beteiligung zu unternehmensfremden Zwecken. Die in Aussicht genommene Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung scheint insofern das geeignete Mittel, um solchen Befürchtungen vorzubeugen, denn hierdurch wird den Interessen der Anleger an Transparenz und Berechenbarkeit des staatlichen Einflusses Rechnung getragen.

3. *Hoheitliche Maßnahmen*

Wenden wir uns schließlich der dritten Möglichkeit (neben Gesellschaftsrecht und Vertragsrecht) zu, staatliche Interessen bei einer Privatisierung durchzusetzen, nämlich der Regelung durch Gesetz, Rechtsverordnung und Verwaltungsakt – also durch hoheitliches Handeln. Ist es dem Staat infolge der Privatisierung nicht mehr möglich, die Daseinsvorsorge im zu privatisierenden Sektor selbst zu leisten, so kann er durch hoheitliche Regulierung sicherstellen, daß die Grundversorgung durch die nunmehr privaten Anbieter der fraglichen Leistungen erhalten bleibt. Im einzelnen kann der Staat beispielsweise die fragliche Tätigkeit konzessionspflichtig ausgestalten und die Erteilung der Konzession an die Einhaltung bestimmter Standards und Bedingungen knüpfen. Bei einem solchen Vorgehen tritt der Staat anders als bei dem eben erörterten privatvertraglichen Kooperationsmodell dem privatisierten Unternehmen ersichtlich nicht auf Augenhöhe gegenüber, sondern in seiner Eigenschaft als Träger hoheitlicher Gewalt.

Die hoheitliche Regelung als Instrument der Einflußnahme bietet sich immer dann an, wenn das Ziel der Privatisierung nicht nur die vollständige Veräußerung der Anteile des Staates am Unternehmen sein soll, sondern darüber hinausgehend auch die Auflösung eines früheren Staatsmonopols und somit die Herstellung von Wettbewerb auf diesem Sektor. Dann hat der Staat sicherzustellen, daß sämtliche Marktteilnehmer der ehemals durch den staatlichen Monopolisten wahrgenommenen Aufgabe nachkommen. Die privatvertragliche Regelung ist hierfür ungeeignet, weil dabei mit allen Marktteilnehmern entsprechende Verträge geschlossen werden müßten. Die angemessene Hand-

lungsform ist vielmehr die hoheitliche Regulierung, mit der alle Marktteilnehmer auf das zu erreichende Ziel verpflichtet werden können. So heißt es etwa in § 1 Telekommunikationsgesetz (TKG):

„Zweck dieses Gesetzes ist es, durch technologieneutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.“

Entsprechend bestimmt § 2 Abs. 2 PostG als die Ziele der Regulierung im Postbereich unter anderem die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, sowie die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen.

Der Bund kommt seinem Infrastruktursicherungsauftrag aus Art. 87f Abs. 1 GG in diesen Bereichen insofern durch hoheitliche Regulierung im Wege bundeseigener Verwaltung nach. Zuständige Behörde ist die Bundesnetzagentur, die aus der ehemaligen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post hervorgegangen ist. Hauptaufgabe der Bundesnetzagentur ist es, für die Einhaltung des Telekommunikationsgesetzes (TKG), des Postgesetzes (PostG) und des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) zu sorgen.

Einen Sonderfall der staatlichen Interessendurchsetzung mittels hoheitlicher Regelung stellt schließlich das Gesetz zur Sicherung des Nachweises der Eigentümerstellung und der Kontrolle von Luftfahrtunternehmen für die Aufrechterhaltung der Luftverkehrsbetriebsgenehmigung und der Luftverkehrsrechte (LuftNaSiG) dar. Hintergrund dieses Gesetzes sind die in den bilateralen Luftverkehrsabkommen enthaltenen Eigentümerklauseln, nach denen die Gewährung von Luftverkehrsrechten an eine Fluggesellschaft davon abhängt, daß ihre Eigentümer mehrheitlich dem Staat des Sitzes der Gesellschaft angehören. Im Zuge der Veräußerung der Anteile an der Lufthansa AG galt es insofern sicherzustellen, daß die Mehrheit der Stimmrechte an der Lufthansa AG in deutscher Hand verbleibt, um zu verhindern, daß die Lufthansa ihre Betriebsgenehmigung verliert. Gesellschaftsrechtlich wäre dieses Ziel durch die Ausgestaltung der Lufthansaaktie als vinkulierter Namensaktie erreichbar gewesen. Da dies aber gemäß § 180 Abs. 2 AktG einen einstimmigen Beschluß sämtlicher Aktionäre erfordert hätte und sich die Lufthansa damals nur noch zu etwas über 50 % in Staatseigentum befand, erschien dieser Weg praktisch nicht gangbar.³² Daher wurde dieser Schritt per hoheitsrechtlicher Regelung vorgenommen, indem § 3 LuftNaSiG die Umwandlung sämtlicher Lufthansaaktien in vinkulierte Namensaktien anordnete. Die Übertragung von Lufthansaaktien ist seitdem an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden, die diese jedoch nur dann versagen darf, wenn andernfalls die Betriebsgenehmigung gefährdet würde. Gerechtfertigt wurde der hoheitsrechtliche Eingriff in die Aktionärsrechte durch das LuftNaSiG mit dem Interesse des Bundes an der Erhaltung eines funktionsfähigen Luftverkehrs.

32 J. WIESNER, Die Privatisierung der Deutschen Lufthansa AG und ihre Aktionärsstruktur nach deutschem, internationalem und europäischem Recht (Frankfurt/Main u.a. 2000) 144.

IV. ERGEBNIS UND AUSBLICK

Läßt man die erörterten Einflußmöglichkeiten der öffentlichen Hand Revue passieren, so ergibt sich für jede Form der Privatisierung die ihr gemäße Methode der Sicherung hoheitlicher Interessen. Bei der rein formellen Privatisierung, also der Gründung einer Gesellschaft privater Rechtsform, deren Alleingesellschafter die öffentliche Hand ist, stehen dem Staat die durch das Gesellschaftsrecht vermittelten Herrschaftsbefugnisse zu. Insbesondere wenn die staatliche Eigengesellschaft als GmbH strukturiert wird, existieren insofern effektive Instrumente, um die Geschäftspolitik des Unternehmens zu steuern. Sollen die staatlichen Aufgaben dagegen durch ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen in der Rechtsform der AG wahrgenommen werden, so muß schon bei der Formulierung der Satzung besonders sorgfältig die Bindung des Gesellschaftszwecks an die verfolgten öffentlichen Aufgaben beachtet werden. Des weiteren muß die öffentliche Hand bei der Entscheidung, zu welchem Anteil sie sich an der Gesellschaft beteiligt, die durch Gesetz oder Satzung bestimmten Mehrheitserfordernisse berücksichtigen. Denn Sonderrechte des Staates in Gestalt von Zustimmungserfordernissen oder Entsendungsrechten bezüglich des Aufsichtsrats sind von der strengen Rechtsprechung des EuGH zu *golden shares* betroffen und sind daher überwiegend unzulässig. Um dieser Rechtslage Rechnung zu tragen, muß sich der Staat kapitalmarktneutraler Einflußmöglichkeiten bedienen. Im übrigen ist stets die durch das Aktienrecht vorgegebene weitgehende Autonomie der Gesellschaft zu bedenken, so daß gerade bei Aufgaben im hoheitlichen Kernbereich, die einer intensiven staatlichen Einflußnahme und Kontrolle bedürfen, Vorsicht bezüglich der Wahl dieser Rechtsform angeraten erscheint.

Bei der funktionalen Privatisierung im großen Bereich der PPP-Projekte außerhalb der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen stehen vertragsrechtliche Instrumente im Vordergrund. Effektive Einflußmöglichkeiten setzen hier vor allem intensive Einsichtsrechte des Staates und Informationspflichten des Unternehmers voraus. Diese sind die Grundlage für die entsprechenden Sanktionsmöglichkeiten und Konfliktlösungsmechanismen. In vielen Bereichen stellen PPP-Projekte bei Beachtung der dargestellten Leitlinien eine effiziente Möglichkeit der Erfüllung staatlicher Aufgaben dar. Problematisch wird dieses Modell freilich, wenn die private Anbieterseite gegenüber der öffentlichen Seite eine überlegene Verhandlungsposition besitzt. Hier besteht die Gefahr, daß der Anbieter aufgrund seiner Verhandlungsmacht Vertragsbedingungen durchsetzt, die die effektive Durchsetzung staatlicher Interessen gefährden. Dem ist nötigenfalls durch Inanspruchnahme von externen Beratungsleistungen vorzubeugen, wengleich zu betonen ist, daß hierdurch insbesondere im Spitzentechnologiesektor nicht alle Probleme beseitigt werden können. Hier sind letztendlich auch die anbietenden Unternehmen an ihre Verantwortung gegenüber dem Gemeinwohl zu erinnern.

In Bereichen, in denen im Ergebnis eine materielle Privatisierung und die Auflösung eines ehemaligen Staatsmonopols angestrebt werden, müssen gegebenenfalls vorhandene öffentliche Interessen per hoheitlicher Regelung durchgesetzt werden. Dies betrifft

insbesondere die Sektoren Post, Telekommunikation und Energie, zukünftig in Deutschland auch das Eisenbahnwesen. Die Regulierungsbehörde muß dabei nicht nur für die Beachtung des staatlichen Interesses an einer hinreichenden und flächendeckenden Versorgung mit den entsprechenden Leistungen sorgen, sondern auch den freien Wettbewerb auf den fraglichen Märkten sicherstellen. Hierbei ist insbesondere auf wettbewerbskonformes Verhalten der ehemaligen Staatsbetriebe zu achten.

Wie wird es in Deutschland mit der Privatisierung weitergehen? Der aktuelle Beteiligungsbericht des Bundesfinanzministers³³ zeigt, daß jedenfalls auf Bundesebene das Potential für weitere Vermögensprivatisierungen weitgehend ausgeschöpft ist. Das sogenannte Tafelsilber ist bereits mehr oder weniger veräußert, wobei sicherlich nicht immer ordnungspolitische Gründe im Vordergrund standen. Soweit es um materielle Privatisierungen geht, dürfte der Eisenbahnsektor auf absehbare Zeit das letzte große Projekt darstellen, wenn nicht aus Brüssel weitere Anstöße im Hinblick auf die Privatisierung der Staatsbanken und der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kommen. Ob sich vor allem auf kommunaler Ebene der Trend zur Erledigung öffentlicher Aufgaben durch Eigengesellschaften fortsetzen wird, bleibt abzuwarten.

Die in den kommenden Jahren spannendsten Entwicklungen werden wir vermutlich im Bereich der *Public Private Partnerships* sehen. Hier scheinen die Grenzen des Machbaren noch nicht erreicht zu sein – ob dies auch das Wünschbare ist, wird man allerdings abwarten müssen. So könnte unter anderem an eine funktionale Privatisierung der Bundesautobahnen gedacht werden. Auch in den Bereichen Hochschule und Gesundheit sind die Spielräume für Kooperationen zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft sicher noch lange nicht ausgeschöpft. Der Staat ist bei diesen Zukunftsprojekten in jedem Fall aufgerufen, das öffentliche Interessen klar zu formulieren und vertraglich effektiv abzusichern.

33 Zugänglich unter <<http://www.bundesfinanzministerium.de>>.

SUMMARY

Privatization activities in Germany in the past 60 years have had various reasons and followed different concepts. The problem of how to ensure the protection of state interests, therefore, does not arise in every privatization case, but only where the corporation fulfills sovereign tasks. In such cases, it is also necessary to guarantee state influence after formal or substantial privatization because the state is under a legal obligation to provide for basic needs. Government may ensure influence by means of company law, private law, or by enacting laws or ordinances itself. If privatization is purely formal – i.e., founding a company whose sole shareholder is the state – the state has such rights as provided for by company law. Especially if the corporation is structured as a limited liability company (GmbH), the state has effective instruments to control its business policy. If, however, the enterprise is structured as a stock corporation, care has to be taken to tie the object of the corporation to the fulfillment of the specified sovereign tasks when formulating the articles of association. Also, the state has to consider majority requirements as laid down by law or the articles of association when deciding which share to hold in the corporation. The reason for this is that the strict case law of the ECJ on golden shares allows for hardly any special rights of the state, such as requiring its consent or reserving it a seat on the supervisory board.

In the case of functional privatization, as in the wide field of private public partnership (PPP) projects, the state has the instruments of contract law at its disposal. Effective state influence depends on the state's rights to access and the enterprise's duties to inform. In many areas, PPP projects are an efficient means to fulfill public tasks. Problems occur, however, if the private tenderer pushes through contract terms which endanger the effective pursuance of state interests.

In sectors where material privatization and the dissolution of a former state monopoly are aimed at, public interests may have to be ensured by mandatory regulations. In this case, not only state interests in sufficient supply of the services in question but also open competition in the relevant markets have to be taken into consideration.

(The Editors)