

## Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts

### I. Das neue Verständnis von Markt und Staat\*

Das Thema, die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, fällt in eine Zeit des Besinnens über eine neue Rollenverteilung zwischen Markt und Staat<sup>1</sup>. Der Ausweg aus dem konstatierten »Niedergang staatlicher Souveränitätsstrukturen einerseits und der Unverzichtbarkeit einer zur Gesamtverantwortung kompetenten Instanz gesellschaftlicher Steuerung andererseits«<sup>2</sup> wird auch in Strategien der Staatsentlastung gesehen, zu denen Privatisierungs- und Deregulierungsbestrebungen<sup>3</sup> gehören. Sicherlich sind Diagnosen überzogen, die im Entwicklungsprozeß moderner Gesellschaften hochgradige funktionale Differenzierungen feststellen und den Staat nur als Teilsystem neben anderen wahrnehmen wollen. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß sich der Staat übernommen hat, daß regulative Politik in die Krise geraten ist<sup>4</sup>. Dies ist nicht zuletzt auf eine zunehmende Internationalisierung gesellschaftlicher, insbesondere wirtschaftlicher Gegebenheiten zurückzuführen<sup>5</sup>. Ehemals geographisch getrennte Märkte sind durch gesunkene Transport- und Kommunikationskosten, durch den Abbau von Zöllen und nichttarifären Handelshemmnissen zusammengewachsen und haben den Wettbewerbsdruck, ganz im Gegensatz zu den Prognosen von MARX und ENGELS, erheblich verschärft. Dem Staat ist damit die Rolle zugewachsen, sein Rechtssystem möglichst überschaubar zu organisieren, seiner drohenden Überlastung dadurch zu entgehen, daß er sich als Anbieter öffentlicher Leistungen soweit wie möglich aus dem Markt zurückzieht. Damit ist nicht etwa nur an die Privatisierung öffentlicher Unternehmen gedacht, sondern weit darüber hinausgehend, von den Endpunkten Markt und Staat her denkend, zu untersuchen, welche Träger für die Vielfalt öffentlicher Aufgabenerfüllung vor allem eingesetzt werden sollen. Hierzu wurden Sektorenmodelle entwickelt, die vom Staat über die Selbstverwaltungskörperschaften (etwa Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern und Landwirt-

---

\* Für wertvolle Unterstützung bei den Abschnitten VI und VII danke ich meinem Mitarbeiter WOLFGANG KAHL.

1 MÖSCHEL, Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung, JZ 1988, S. 885ff.

2 OFFE, Die Staatstheorie auf der Suche nach ihrem Gegenstand. Beobachtungen zur aktuellen Diskussion, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1, 1987, S. 317.

3 Zu letzteren vgl. den Bericht der *Deregulierungskommission*, Marktöffnung und Wettbewerb, 1991.

4 Vgl. MAYNTZ, Regulative Politik in der Krise, in: Verhandlungen des 19. Deutschen Soziologentages, Sozialer Wandel in Westeuropa, 1979, S. 55ff.; Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990.

5 Vgl. REINER SCHMIDT, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), S. 65ff.

schaftskammern), über halbstaatliche Organisationsgebilde (etwa die Deutsche Forschungsgemeinschaft oder die Max-Planck-Gesellschaft) und über die Verbände, die Vereine bis hin zu Selbsthilfegruppen reichen<sup>6</sup>.

## II. Begriff und Erscheinungsformen der Privatisierung

Mit dem Begriff der Privatisierung werden unterschiedliche Phänomene und Aktionsfelder bezeichnet. Begnügt man sich mit der Bildung von zwei Kategorien, dann geht es einmal um die Verringerung des Leistungsangebots öffentlicher Verwaltungen und öffentlicher Unternehmen, zum anderen um die Übertragung des öffentlichen Eigentums, das heißt auch öffentlicher Unternehmen auf private Personen<sup>7</sup>. Leitend sind bei solchen Privatisierungsüberlegungen entweder finanzpolitische Ziele (Verringerung des Staatsanteils, Erzielung von Haushaltseinnahmen) oder man verspricht sich vom privaten Handeln mehr Wirtschaftlichkeit als vom öffentlichen. Neben diesen beiden Hauptformen der Privatisierung wird auch als Privatisierung bezeichnet, wenn sich Träger der Hoheitsgewalt zur Erfüllung ihrer Aufgaben statt der Mittel des Öffentlichen Rechts der Formen des Privatrechts bedienen. Und schließlich sei der Vollständigkeit halber erwähnt, daß auch zweckgebundene Subventionierungen (Voucher System) als Privatisierung angesehen werden<sup>8</sup>. Alle vier Formen der Privatisierung werden im folgenden näher zu erläutern sein.

### 1. Die Übertragung von Dienstleistungen auf Private

Mangels eines verfassungsrechtlich festgelegten Kanons von Staatsaufgaben kann der Staat bisher von ihm erbrachte Leistungen ganz oder teilweise entfallen lassen, wobei diese entweder ersatzlos gestrichen oder von Privaten übernommen werden. Als Beispiele können etwa die Reinigung öffentlicher Gebäude, das Betreiben von Kantinen und Autobahnraststätten gelten. Der Staat gibt hier entweder seine Position ganz auf (Beispiel: Gebäudereinigung), d. h., er betrachtet die Aufgabe nicht mehr als öffentliche, oder aber er beteiligt Private an Verwaltungsaufgaben, wofür verschiedene Rechtsinstitute zur Verfügung stehen, wie etwa das des Beliehenen und das der gesetzlichen Indienstnahme privater Wirtschaftseinheiten<sup>9</sup>.

Als Beispiele für die Beliehenen seien die Flug- und Schiffskapitäne, die Jagdaufseher, die freiberuflichen Fleischbeschauer, die Prüfungsingenieure für Baustatik

<sup>6</sup> Vgl. SCHUPPERT, Markt, Staat, dritter Sektor – oder mehr? Sektorspezifische Steuerungsprobleme ausdifferenzierter Staatlichkeit, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 3, 1989, S. 47 ff.

<sup>7</sup> So EICHHORN/v. LOESCH, Stichwort Privatisierung, in: Handwörterbuch der öffentlichen Betriebswirtschaft, 1989, Sp. 1302 ff. (1303).

<sup>8</sup> MÖSCHEL (Fußn. 1), S. 887.

<sup>9</sup> Zur Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben siehe EHLERS, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 74 ff.

und die Bezirksschornsteinfeger genannt<sup>10</sup>. Gesetzlich in Dienst genommen werden etwa die Arbeitgeber, wenn sie die Lohnsteuer für ihre Arbeitnehmer abzuführen haben oder die Banken, wenn sie Kapitalertragssteuer für ihre Kunden an die Finanzämter bezahlen. Vom beliebigen Unternehmer unterscheidet sich die in Dienst genommene private Wirtschaftseinheit dadurch, daß sie keine hoheitlichen Aufgaben wahrnimmt, aber, wie etwa im Bereich der Energiewirtschaft oder der Personenbeförderung durch private Eisenbahnen, öffentlichen Zwecken dient.

Der Phantasie für die Überlassung und Übertragung von Dienstleistungen auf Private sind kaum Grenzen gesetzt. In den USA werden Gefängnisse von Privaten betrieben; in den Niederlanden, in Kanada und in Großbritannien werden die Postschalterdienste von Tankstellen und Privatpersonen angeboten. Zwischen den beiden Möglichkeiten, nämlich der vollständigen Entlassung einer bisher vom Staat wahrgenommenen Aufgabe aus dessen Verantwortungsbereich einerseits und der Überlassung der Wahrnehmung einer Aufgabe an Private andererseits (bei gleichzeitiger Beibehaltung der Verantwortung des Staates und der Absicherung dieser Verantwortung durch Aufsichtsrechte), sind viele Spielarten und Mischformen denkbar.

Die Erfolge solcher Maßnahmen werden je nach dem Vorverständnis des Betrachters unterschiedlich bewertet<sup>11</sup>. Nicht zu übersehen sind positive Erfahrungen im Ausland. Die private Müllabfuhr innerhalb von San Francisco kostet weniger als ein Achtel der städtischen Müllabfuhr in gleich strukturierten Gebieten in New York<sup>12</sup>.

## 2. Die Übertragung von Eigentum an Private

Die klassische Form der Privatisierung ist die Übertragung öffentlichen Eigentums an Private. Dies kann durch eine vollständige oder teilweise Veräußerung öffentlichen Vermögens wie Grundstücken und öffentlichen Unternehmen an private Personen oder Institutionen geschehen. Dabei sind beim Verkauf von Anteilen öffentlicher Unternehmen an Private Vorbehalte denkbar, etwa in der Form, daß sich der öffentliche Träger die Kapitalmehrheit oder die Stimmrechtsmehrheit sichert.

Die Form der Privatisierung von Eigentum hängt wesentlich von der Ausgangslage ab. Der Staat veräußert entweder sein Eigentum, etwa seinen Forstbesitz unmittelbar oder aber er wandelt ein öffentliches Unternehmen zunächst in eine privatrechtliche Gesellschaft um, deren Gesellschaftsanteile verkauft werden. Einfacher ist dies, wenn der Staat ein Unternehmen betreibt oder an ihm beteiligt ist, das von Anfang an in privatrechtlicher Rechtsform geführt wird.

---

10 Nachweise bei MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1992, § 23 Rdnr. 56.

11 Vgl. etwa POMMERHNE, Genügt bloßes Reprivatisieren?, in: Aufderheide (Hrsg.), Deregulierung und Privatisierung, 1990, S. 27 ff.

12 Vgl. Report of the President's Commission on Privatization, Privatization. Toward more effective Government, Washington D.C., 1988, S. 245 ff.

Die Ziele solcher Privatisierungen sind unterschiedlich. Es geht etwa um die Bildung von Volksvermögen (Privatisierung der Volkswagen AG und der VIAG AG) oder um die Auffüllung der Staatskasse bzw. um deren Entlastung von verlustreichen Betrieben. Mit einer Privatisierung entfernt sich der Staat aus Märkten, in denen er mehr Schaden als Nutzen stiftet. Das ist ohne weiteres dann möglich, wenn kein öffentlicher Auftrag mehr besteht. Dies gilt beispielsweise für die Sparkassen, die in der Rechtsform von rechtsfähigen Anstalten betrieben werden und deren Auftrag, »wirtschaftlich schwächere Bevölkerungskreise« bankmäßig zu versorgen, längst überholt ist<sup>13</sup>.

Wettbewerbsrechtlich gesehen sind Privatisierungen oder Teilprivatisierungen wenig sinnvoll, wenn sich an der Beschränkung des Wettbewerbs nichts ändert, wenn etwa ein Monopol wie das der Lufthansa AG auch nach einer Privatisierung aufrecht erhalten bleibt.

### 3. Die formelle Privatisierung

Behält sich der Staat eine Tätigkeit als öffentliche Aufgabe vor, nimmt diese aber in Form des Privatrechts wahr, dann spricht man von formeller Privatisierung. Grundsätzlich ist der Staat bei der Wahl der Rechtsform frei; er darf aber keine unbeschränkten Risiken eingehen (§ 65 BHO). Welche Rechtsform gewählt wird, ist deshalb vor allem eine Frage der Zweckmäßigkeit. Während die öffentlich-rechtliche Form einen stärkeren Einfluß gewährleistet, erlaubt die privatrechtliche ungebremstere Erwerbssstreben und Beweglichkeit. Psychologische und atmosphärische Auswirkungen dürfen nicht übersehen werden. Mit dem Übergang zu privaten Rechtsformen ändert sich das Verhalten der Führungskräfte und der Mitarbeiter. Das kann dazu führen, daß sich im öffentlichen Unternehmen nach der Umwandlung in private Rechtsformen, selbst bei Beibehaltung des ursprünglichen öffentlichen Auftrags, neues erwerbswirtschaftliches Denken durchsetzt. Im übrigen sind ganz praktische Auswirkungen im organisatorischen, personellen, finanziellen und steuerlichen Bereich feststellbar. Die Bildung von Niederlassungen, Tochtergesellschaften, Konzernen, Holdinggesellschaften usw. wird erleichtert. Vor allem die erprobte Aufteilung der Kompetenzen zwischen den Gesellschaftsorganen und ihre Anpassungsfähigkeit an wechselnde Gegebenheiten hat die Kapitalgesellschaft für öffentliche Unternehmenstätigkeiten attraktiv gemacht. Dies zeigt die Umwandlung von kommunalen Eigenbetrieben in privatrechtliche Gesellschaften in der Rechtsform der AG und der GmbH<sup>14</sup>.

Gelegentlich auftauchende Vorhaben, eine eigene Rechtsform für öffentliche Unternehmen zu entwickeln, scheiterten bisher an der Erkenntnis, daß in den

<sup>13</sup> So auch MÖSCHEL (Fußn. 1), S. 887f.

<sup>14</sup> Zu den Schwierigkeiten der Gemeinden, auf ihre Privatrechtsgesellschaften einzuwirken vgl. KRAFT, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982. Zu den Gründen für die Verwendung der Privatrechtsform insgesamt EHLERS (Fußn. 9), S. 292ff.

Kapitalgesellschaften bereits geeignete Rechtsformen für öffentliche Unternehmen bereit liegen.

Unter ordnungspolitischen Aspekten hilft eine Privatisierung im formellen Sinne nicht weiter. Letztlich handelt es sich um Fragen der Entbürokratisierung.

#### 4. Das Gutscheinsystem

Schließlich wird auch das sog. Gutscheinsystem (Voucher System) zur Thematik der Privatisierung gerechnet. Diese Zuordnung ist dann gerechtfertigt, wenn man die Privatisierung vor allem unter dem Aspekt der Verbesserung der Wettbewerbssituation betrachtet. Gedacht ist bei dem Gutscheinsystem daran, daß der Staat Institutionen wie Schulen und Universitäten nicht direkt fördert, sondern daß er ganz oder partiell die Mittel im Wege von Gutscheinen auf die Nachfrager, also auf die Schulen und Universitäten überträgt, die dann gezwungen wären, bei dieser Nachfrage zu konkurrieren. Ein anderes Beispiel ist die Förderung einkommensschwacher Mieter durch die Zahlung eines Wohngelds. Auf diese Weise könnte die Objektförderung zugunsten der privaten Bauherren aufgegeben werden. Statt dessen lägen die Vermieter um die vom Staat geförderten Mieter im Wettbewerb<sup>15</sup>.

### III. Die Gründe für Privatisierung und Deregulierung

#### 1. Die Privatisierung

Die normative Gestaltung der Privatisierung und die Auseinandersetzungen um die Interpretation der einschlägigen Normen sind nur vor dem jeweiligen wirtschaftspolitischen Hintergrund erfaßbar.

Auf einen einfachen Nenner gebracht, gehen die Befürworter einer Privatisierung davon aus, daß private Anbieter die gleiche Leistung billiger als öffentliche Unternehmer erbringen könnten und daß Defizite der öffentlichen Haushalte durch Privatisierungsmaßnahmen abzubauen wären. Dagegen bestreiten die Gegner der Privatisierung diese fiskalischen Wirkungen; außerdem fürchten sie eine Demontage des Sozialstaats. Beide Grundpositionen lassen sich politischen Richtungen zuordnen. Die privatisierungsfreundliche einer liberal-konservativen, die privatisierungsfeindliche eher einer sozialistisch eingefärbten<sup>16</sup>. Die Argumente der genannten Grundpositionen bedürfen näherer Darstellung. So wird für die Privatisierungsbestrebungen vorgebracht:

---

<sup>15</sup> Näheres bei MÖSCHEL (Fußn. 1), S. 887.

<sup>16</sup> Nachweise für entsprechende Wellenbewegungen in England und Frankreich siehe bei POMMEREHNE (Fußn. 11), S. 27, Fußn. 2.

- manche Dienste des Staates könnten von Privaten im Wettbewerb genauso effizient oder besser und ohne bürokratische Hemmnisse angeboten werden;
- aus Budgetgründen sei ein Abbau von defizitärer Staatstätigkeit wünschenswert;
- die gewinnorientierte Angebotspolitik des Staates bewirke eine Fehlallokation knapper Ressourcen;
- öffentliche Unternehmen hätten im Wettbewerb mit dem privaten Sektor einen ungerechtfertigten Startvorteil, was zu Wettbewerbsverzerrungen führe;
- eine Privatisierung sei vermögenspolitisch erwünscht, weil mit ihr Vermögen in Arbeitnehmerhand gebildet werde<sup>17</sup>.

Demgegenüber wird behauptet, daß

- die bessere Leistungsfähigkeit der Privaten im Wettbewerb empirisch nicht oder nur schwer nachweisbar sei;
- Haushaltsdefizite und Verschuldung der öffentlichen Hände normalerweise so groß seien, daß durch Privatisierungen keine nennenswerte Verbesserung der Finanzlage erzielt werde;
- Wirtschaftlichkeit bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben im Sinne eines bestmöglichen Verhältnisses von Mitteleinsatz und Ertrag kein zulässiges Kriterium sei;
- die bestehenden Steuererleichterungen für öffentliche Unternehmen schon vielfach abgebaut worden seien bzw. daß deren Abbau, etwa bei Versorgungsunternehmen oder bei der Wohnungswirtschaft sich negativ auf Verbraucher und auf Bezieher unterer Einkommensgruppen auswirken würde und schließlich daß
- eine vermögenspolitische Wirkung von Privatisierungen gar nicht erreicht werden könne, weil öffentliche Unternehmen für Privatisierungen finanziell vielfach uninteressant seien<sup>18</sup>.

Auch wenn zuzugeben ist, daß die bisherigen empirischen, vor allem amerikanischen Untersuchungen zur Privatisierung<sup>19</sup> interpretationsbedürftig sind, auch wenn zuzugeben ist, daß erhebliche Schwierigkeiten bestehen, die verschiedenen Einflußfaktoren für wirtschaftliches Verhalten zu messen und zu bewerten, so scheint doch außer Frage, daß öffentliche Unternehmen mit relativ höheren Kosten produzieren. So hat eine Studie aus der Schweiz ergeben, daß die kommunale Müllabfuhr in mehr als hundert Städten mit signifikant höheren Kosten als private Anbieter arbeitet<sup>20</sup>. Das Ergebnis von Kostenvergleichen bedarf sorgfältiger Analyse. Häufig wird es durch unternehmensexterne Ursachen beeinflusst. Beispielsweise versucht der Staat als Eigentümer mit einer Vielzahl direkter Anweisungen

---

17 So die Auflistung von COX, Privatisierung zwischen öffentlichem Interesse und wirtschaftlicher Effizienz, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Heft 41, Ludwig-Erhard-Stiftung, 1989, S. 19 ff. (20).

18 Zu diesen Argumenten vgl. EICHORN/v. LOESCH (Fußn. 7), Sp. 1307 ff.

19 Vgl. etwa SAVAS, Privatization: The Key to better Government, 1987.

20 Vgl. POMMERHNE, Private versus öffentliche Müllabfuhr, FinArch 41 (1983), S. 466 ff.

zu arbeiten, statt ein leicht zu überwachendes Gewinnziel vorzugeben. Dies erschwert die Kontrollierbarkeit des Managements erheblich<sup>21</sup>.

Jedenfalls sollte in Privatisierungsüberlegungen mit einbezogen werden, daß die Privatisierung allein nicht den gewünschten Erfolg versprechen muß, sondern daß auch organisatorische Maßnahmen, wie etwa die Dezentralisierung der Entscheidungsstruktur in öffentlichen Unternehmen effizienzsteigernd wirken können.

## 2. Die Deregulierung

Eng mit der Privatisierungsproblematik hängt die der Deregulierung zusammen, weil es auch hier darum geht, das System »Markt« zu verbessern<sup>22</sup>. In der Bundesrepublik sind große Wirtschaftsbereiche umfassenden Regulierungsmaßnahmen unterworfen. Wettbewerb herrscht überhaupt nur im Umfang von weniger als bei 50 % der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung. Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung<sup>23</sup> sagt hierzu:

»Im Post- und Fernmeldewesen herrscht – von wenigen Ausnahmefällen abgesehen – ein Staatsmonopol. Der deutsche Beitrag zum zivilen Luftverkehr wird weitgehend einem Paradeunternehmen im öffentlichen Eigentum überlassen. Im Güterverkehr steht die Bundesbahn mit dem Straßengüterverkehr und der Binnenwirtschaft in einem regulierungsverzerrten Wettbewerb. Im Einzelhandel herrscht das wettbewerbs- und kundenfeindliche Ladenschlußgesetz. Dem Bauen steht manche Bestimmung des Baurechts im Wege. Die leitungsgebundene Energieversorgung ist voll durchreguliert. Das Gesundheitswesen krankt an zu viel Regulierung.«

Dem ist wenig hinzuzufügen. Die unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regulierungen, die sog. Deregulierungskommission, hat als weitere hochregulierte Bereiche das Bank- und Börsenwesen, den gesamten Medienmarkt, das öffentliche Auftragswesen, die Wohnungswirtschaft, zahlreiche freie Berufe, das staatliche Bildungswesen, die Landwirtschaft, das private Versicherungswesen, die Rechtsberatung und die Wirtschaftsberatung, das Handwerk, den Arbeitsmarkt und das technische Prüfungs- und Sachverständigenwesen genannt<sup>24</sup>.

In der Diskussion über die Regulierung lassen sich verschiedene Richtungen ausmachen. Während die normative Theorie zwischen Effizienz- und Verteilungsnormen zu unterscheiden versucht und Empfehlungen zu geeigneten staatlichen Eingriffen geben will, um unerwünschte Marktergebnisse zu korrigieren, geht es

---

21 Vgl. POMMERHNE (Fußn. 11), S. 53.

22 Nur der engere Regulierungsbegriff stellt allerdings auf den Markteingriff ab, während das weitere Regulierungsverständnis mit Ausnahme der fiskalischen Aktivitäten das gesamte Zusammenspiel zwischen Staat und Wirtschaft zu erfassen versucht; näheres bei REINER SCHMIDT, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1989, S. 48.

23 Jahresgutachten 1985/86, BT-Drucks. 10/4295, S. 156.

24 Vgl. Bericht der Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb, 1991, S. V.

der positiven Theorie um die Aufstellung von Gesetzmäßigkeiten des Ausmaßes und der Eigendynamik staatlicher Regulierung.

Die normative Regulierungstheorie sieht staatliche Eingriffe in den Wettbewerb im wesentlichen durch drei Arten des Marktversagens legitimiert, durch natürliche Monopole, durch ruinöse Konkurrenz und durch externe Effekte, etwa Umweltschäden. Natürliche Monopole liegen dann vor, wenn insbesondere wegen hoher Fixkosten bei vergleichsweise niederen variablen Kosten ein einzelnes Unternehmen die Nachfrage kostengünstiger befriedigen kann als mehrere Unternehmen, was z. B. für den schienengebundenen Verkehr gilt. Ruinöse Konkurrenz droht dann, wenn in Branchen mit hohen Fixkosten bei bestehenden Überkapazitäten einzelne Unternehmen in einen Preissenkungswettlauf treten, um ihren Nachfrageanteil zu sichern.

Inzwischen wurde erkannt, daß die genannten klassischen Regulierungstheorien zu einseitig sind. Die Realität folgt nicht dem dualistischen Erklärungsmuster des Gegensatzpaares Markt – Bürokratie, sondern die Marktwirtschaft ist vielfach auch durch institutionelle Arrangements, etwa die Zurverfügungstellung eines Tarifrechts, eines Vertragsrechts usw. ausgestaltet.

Jedenfalls müssen sich heute Eingriffe in den Marktmechanismus, die sich nicht auf wohlbegründete Ausnahmefälle beschränken, zunehmend einer kritischen Betrachtungsweise stellen. Unnötige Eingriffe in das Marktgeschehen ziehen bedenkliche Folgen mit hohen gesamtwirtschaftlichen Kosten nach sich, darin sind sich alle Theorien einig. Es handelt sich zum einen um die Auswirkungen des verminderten Wettbewerbs, nämlich ein schlechteres und teureres Leistungsangebot, um strukturkonservierende Wirkungen und verminderte Innovationsanreize, zum anderen um die Auswirkungen des Eingriffs in die freie Preisgestaltung, etwa überhöhte Preise, Überkapazitäten und übertriebenen Qualitätswettbewerb und schließlich um die aus den notwendigen Kontrollen resultierenden Verwaltungskosten.

Der wirtschaftswissenschaftlichen Regulierungs- bzw. Deregulierungsdiskussion liegt eine Zweck-Mittel-Analyse zugrunde, die dem juristischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angenähert ist. Hier findet sich ein Ansatzpunkt zur Zusammenführung der ökonomischen und der juristischen Analyse. Bisher entnimmt das Bundesverfassungsgericht allerdings die Grenzen interventionistischer Eingriffe in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit dem jeweils einschlägigen Wirtschaftsgrundrecht ohne differenziertere Sachverhaltsanalyse. Es sieht solche Eingriffe nur dann als gerechtfertigt an, wenn sie durch entsprechende Gründe des Gemeinwohls gedeckt sind. Wenn sich unter ökonomischen Gesichtspunkten jede Regulierungsmaßnahme die Frage stellen muß, ob der Eingriff für die Erreichung eines bestimmten Zieles geeignet und unter Berücksichtigung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses zur Erzielung eines Effizienzgewinnes erforderlich ist, dann ließe sich mit diesem Gesichtspunkt der juristische Verhältnismäßigkeitsgrundsatz substantiell anreichern. Der vom öffentlichen Wirtschaftsrecht zu leistende Beitrag läge dabei in der Präzisierung der Gemeinwohlzwecke und in der Umsetzung der

regulierungstheoretischen Vorstellungen in ein Instrumentarium, das verfassungs-juristischen Maßstäben gerecht wird. Eine pauschale Forderung nach Privatisierungen staatlicher Leistungen kann diese Aufgabe nicht ersetzen. Obwohl nämlich die Forderung nach Privatisierung staatlicher Leistungen ihre Wurzeln in einer grundsätzlich berechtigten Kritik an Staatsversagen und Staatsbürokratie hat, stellt die Übertragung öffentlichen Eigentums auf Private keinen Ersatz für Liberalisierung und Deregulierung dar. Allein die Änderung der Eigentumsverhältnisse hat auf den Umfang der unternehmerischen Reglementierungen keinen Einfluß<sup>25</sup>.

#### IV. Die Privatisierungspolitik der Bundesregierung

Nach den Worten der Bundesregierung sind »ein von Verzerrungen freier, leistungsfähiger Wettbewerb, Deregulierung, Privatisierung, Marktöffnung und die Rücknahme des Staates auf den Kern seiner Aufgaben... wichtige Grundlagen der Wachstums- und Beschäftigungspolitik der Bundesregierung«<sup>26</sup>. Die Bundesregierung betrachtet es sogar als Hauptaufgabe der Wettbewerbspolitik, »in den nächsten Jahren noch regulierte Märkte verstärkt zu öffnen«<sup>27</sup>. Deshalb soll unter Anlegung kritischer Maßstäbe erneut geprüft werden, ob bei allen Bundesbeteiligungen noch ein wichtiges Bundesinteresse besteht. Die Bundesregierung hat deshalb in ihr Privatisierungskonzept so wichtige Beteiligungen aufgenommen wie die Deutsche Pfandbrief- und Hypothekenbank AG, die Industrieverwaltungsgesellschaft AG und zahlreiche Touristikbeteiligungen<sup>28</sup>.

Privatisierungsmöglichkeiten sollen außerdem überprüft werden für alle Hafengesellschaften, Wohnungsbaugesellschaften, Beteiligungen der deutschen Reichsbahn, alle Flughafengesellschaften u. a.<sup>29</sup>.

Nach den Worten des Bundesfinanzministers gehört es zu den unverzichtbaren Prioritäten der Gesellschafts- und Finanzpolitik der Bundesregierung, »den Staat auf den Kern seiner Aufgaben zurückzuführen. Eine Wirtschaftsordnung ist um so erfolgreicher, je mehr sich der Staat zurückhält und dem einzelnen seine Freiheit läßt. Ziel ist nicht mehr, sondern weniger Staat«<sup>30</sup>.

Die Privatisierung öffentlicher Unternehmen ist Kernelement einer Entstaatlichungspolitik der Bundesregierung, die auf eine Regierungserklärung des Bundeskanzlers vom 4. 5. 1983 zurückgeht. Damit wurde die mit dem Begriff der »Volksaktie« verbundene Privatisierungspolitik der fünfziger und sechziger Jahre aufgegriffen und weiterentwickelt. 1985 und 1990 wurden jeweils »Gesamtkon-

25 Näheres m. weit. Nachw. bei REINER SCHMIDT (Fußn. 22), S. 49 ff.

26 So der Jahreswirtschaftsbericht 1991 der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/223, S. 23.

27 A. a. O.

28 Näheres siehe in Anlage 1.

29 Vgl. die Liste in Anlage 1.

30 Vgl. WAIGEL, FAZ vom 28. 4. 1992, Nr. 99, S. B 7.

zepte für die Privatisierungs- und Beteiligungspolitik des Bundes« vorgelegt<sup>31</sup>. Als größere Privatisierungserfolge werden der Rückzug des Bundes aus den großen Industriekonzernen VEBA AG (1987), der Volkswagen AG (1988), der VIAG AG (1988) und der Salzgitter AG (1989) angesehen.

Die eigentliche Bewährungsprobe der Privatisierungspolitik steht noch aus. Bei der Deutschen Bundespost wurde bisher nämlich nur ein erster Schritt gewagt. Die Privatisierung der Deutschen Bundespost Telekom wird allerdings von der Bundesregierung wohl zu Recht nach Überwindung bestehender verfassungsrechtlicher Hürden als »ein realistischer und erstrebenswerter Privatisierungskandidat der nächsten Jahre«<sup>32</sup> angesehen. Schwieriger wird sich dies bei der Privatisierung der Deutschen Bundesbahn gestalten. Noch größer und noch komplexer ist die Aufgabe, nach Herstellung der Einheit Deutschlands am 3. 10. 1990 das zentralistische System einer sozialistischen Kommandowirtschaft in die soziale Marktwirtschaft zu überführen. Die Bundesregierung sieht dabei in der Privatisierung von Unternehmen ein »Kernelement beim Prozeß einer Entstaatlichung«, ja sie betrachtet die Privatisierungserfolge geradezu als Prüfstein für die Leistungsfähigkeit des Systems, als »Hoffnungsträger... für die mittel- und osteuropäischen Reformstaaten... auf ihrem Weg in die Marktwirtschaft«<sup>33</sup>.

## V. Rechtliche Probleme der Privatisierung

### 1. Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben

Die Frage, welche vom Staat wahrgenommenen Aufgaben überhaupt privatisierbar sind, hängt nicht zuletzt von deren rechtlicher Einordnung ab; insbesondere ist zu klären, ob es sich bei der zu privatisierenden Tätigkeit um die Wahrnehmung von öffentlichen oder von staatlichen Aufgaben handelt.

Ist die Öffentlichkeit an der Erfüllung einer Aufgabe maßgeblich interessiert, dann handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe<sup>34</sup>. Trotz des Bezugs zum Gemeinwohl können diese Aufgaben nach h. M. gleichrangig von staatlichen wie von gesellschaftlichen Trägern wahrgenommen werden. Für die Qualifizierung als öffentliche Aufgabe ist allein das öffentliche Interesse maßgebend; es ist nicht einmal der staatliche Bezug notwendig, ja manche der öffentlichen Aufgaben könnten vom Staat gar nicht wahrgenommen werden, wie etwa die der Presse und

31 Vgl. Anhang 2.

32 WAIGEL (Fußn. 30), S. B 7.

33 WAIGEL (Fußn. 30), S. B 7.

34 So etwa PETERS, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 877ff. (878); außerdem OSSENBÜHL, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 137; BULL, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1977. Zur Problematik öffentlicher Aufgaben insgesamt KÖNIG, Kritik öffentlicher Aufgaben, 1988.

die des Rundfunks<sup>35</sup>. Vielfach handelt es sich bei Gebrauch des der Verfassung unbekanntem Begriffs der öffentlichen Aufgabe nur um ein Dekorament, mit dem sich derjenige schmückt, der auf die Bedeutung von ihm wahrgenommener Aufgaben hinweisen will<sup>36</sup>.

Die Unbestimmtheit des Begriffs der öffentlichen Aufgabe hat dazu geführt, daß eine Reihe von Typologien oder Skalierungen entwickelt wurden, die klären sollen, worum es geht. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu in einer Entscheidung aus dem Jahr 1964 wichtige Gesichtspunkte geliefert:

»Wie der Staat öffentliche Aufgaben erledigen lassen will, ist im allgemeinen Sache seines freien Ermessens, freilich bis zu einem gewissen Grade auch von Eigenart und Gewicht der einzelnen Aufgabe abhängig. Es besteht hier eine breite Skala von Möglichkeiten, die vom freien Beruf mit öffentlich-rechtlichen Auflagen bis zu Berufen reicht, die gänzlich in die unmittelbare Staatsorganisation einbezogen sind, also »öffentlichen Dienst« im eigentlichen Sinne darstellen«<sup>37</sup>.

In einem neueren Urteil wurde festgestellt, daß »maßgebend die Art der wahrzunehmenden Aufgaben und die Funktion« sei. »Sind diese Aufgaben und Funktionen solche der öffentlichen Verwaltung, so kann die Organisationsform keinen ausschlaggebenden Unterschied begründen«<sup>38</sup>.

Aus der Einordnung als öffentliche Aufgaben kann demnach nichts für die hier allein interessierende Frage gewonnen werden, ob der Staat eine bestimmte Tätigkeit an Private abgeben darf.

Konkretere Aussagen über die Zulässigkeit des Einsatzes Privater wären erst dann möglich, wenn es sich um Staatsaufgaben handelte, nämlich um Aufgaben, die der Staat nach der Verfassungsordnung zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt<sup>39</sup>. Damit wird die öffentliche Aufgabe aus der Höhe der staatsphilosophischen Spekulation geholt, zur Staatsaufgabe umgeformt und in das feste Haus der Verfassung überführt. Voraussetzung für die Qualifizierung als Staatsaufgabe ist der staatliche Zugriff auf eine bestimmte Tätigkeit in den Formen des positiven Rechts und im Rahmen der Verfassung. Genauer gesagt: Für die Unterscheidung von staatlichen und privaten Aufgaben kommt es vor allem auf das Grundgesetz an. Die Verfassung mit ihren Anforderungen an die demokratische Legitimation, mit ihren Kompetenznormen und Grundrechten ist vor allem dafür maßgebend, ob eine öffentliche Aufgabe zur Staatsaufgabe werden kann<sup>40</sup>. Überwiegend bleibt es dem Staat selbst überlassen, inwieweit er in einem bestimmten Lebensbereich

35 So zutreffend ISENSEE, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HdbdStR III, 1988, S. 63.

36 So STERN, Staatsziele und Staatsaufgaben in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984, S. 5ff. (13) und H. H. KLEIN, Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, S. 755ff. (758f.).

37 BVerfGE 17, 371 (377).

38 BVerfGE 68, 193 (212).

39 So die gängige Definition der Staatsaufgabe; vgl. BVerfGE 12, 205 (243); 15, 235 (240); 30, 292 (310f.); 33, 240 (244); 53, 366 (400f.); 68, 155 (170); 74, 102 (120).

40 So ISENSEE (Fußn. 35), S. 64.

selbst in den Formen der Staatsaufgaben handelt, ob er ihn in Kooperation mit Privaten betreut oder schließlich diesen ganz überläßt. Eine Privatisierungsgrenze wäre erst dann feststellbar, wenn beispielsweise mit der Einräumung einer Regelungskompetenz wie z.B. den Art. 73 Nr. 6, 87 GG als Gesetzgebungs- bzw. Verwaltungsgegenstand für die Deutsche Bundespost die Pflicht eingeräumt wäre, diese Bundespost selbst zu betreiben. Dies ist aber angesichts der dargestellten, vom Bundesverfassungsgericht eingeräumten Wahlfreiheit in bezug auf die Organisationsform nicht der Fall.

## 2. Die Legitimationspflicht für erwerbswirtschaftliches Handeln der öffentlichen Hand

Angesichts einer zunehmenden »Entstaatlichung« liegt ein Blick auf das Bild nahe, das der Verfassungsgeber von der Wirtschaftsordnung hat. Das Grundgesetz enthält nach allgemeiner Meinung zwar keine Systemgarantie für einen freien Markt, es sieht in der Verfassung aber doch einen Vorrang für die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung<sup>41</sup>. Deshalb bedarf jede Art der wirtschaftlichen Betätigung des Staates einer Legitimation. Mit Recht werden darum gegen den großen Staatssektor in der Gesamtwirtschaft rechtliche Bedenken geäußert. Da sich viele Erscheinungen der Fiskalwirtschaft nur historisch erklären lassen, wird die Frage gestellt, ob sie heute noch zu rechtfertigen sind<sup>42</sup>. Zwar fehlt ein generelles Subsidiaritätsprinzip, wonach sich die öffentliche Hand wirtschaftlich erst dann betätigen darf, wenn privates Wirtschaften versagt. In der aus dem Rechtsstaatsprinzip herrührenden Pflicht, für eine Beteiligung der öffentlichen Hand am grundsätzlich privaten Wirtschaftsverkehr eine besondere Legitimation liefern zu müssen, ist zumindest ein teilweiser Ausgleich zu sehen. Die prinzipielle Begrenztheit der Staatsgewalt im Rechtsstaat, der im Gegensatz zum totalen Staat einem Begründungszwang unterliegt, wenn er durch eigenes Wirtschaften in die dem Privaten vorbehaltenen Sphäre eindringt, wird in der Literatur darin gesehen, daß er nur in Verfolgung öffentlicher Zwecke bzw. zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, zumindest aber im öffentlichen Interesse handeln muß. Dies ist auch im Lichte des Sozialstaatsprinzips nicht anders zu sehen, weil bei Wahrnehmung und Ausgestaltung sozialer Aufgaben nicht nur staatliche Maßnahmen in Betracht kommen. Auch kann aus Art. 15 GG weder auf die Zulässigkeit noch auf das Verbot einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates geschlossen werden. Die Möglichkeit zur Sozialisierung von Produktionsmitteln gegen Entschädigung läßt allenfalls die Forderung zu, daß die vergemeinschafteten Betriebe – und nur diese – vom Staat weitergeführt werden dürfen.

41 Hierzu BASEDOW, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Walter Eucken-Institut, Vorträge und Aufsätze, Heft 137, 1992; vgl. auch REINER SCHMIDT, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: HdbStR III, 1988, S. 1141 ff. (1147 ff.).

42 So zu Recht RONELLENFITSCH, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HdbStR III, 1989, S. 1171 ff. (1196 ff.). Zur fragwürdigen Rechtfertigung öffentlicher Unternehmen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht vgl. MITSCHKE, Wirtschaftliches Staatsmanagement, 1990, S. 31 ff.

Findet sich im Grundgesetz zwar kein ausdrückliches Privatisierungsgebot im Sinne eines Verfassungsprinzips, sondern nur eine Legitimationspflicht für die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates, dann gibt es aber doch genügend Hinweise dafür, welcher Zustand zumindest »näher am Grundgesetz« ist.

### 3. Kein Schutz für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand durch Grundrechte und durch Art. 33 Abs. 4 GG

#### *a) Kein Grundrechtsschutz*

Ein verfassungsrechtlich gewollter Vorrang einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Privaten ergibt sich schon daraus, daß die öffentliche Hand bei ihrer eigenwirtschaftlichen Betätigung keinen Grundrechtsschutz genießt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>43</sup> sind materielle Grundrechte auf juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht anwendbar. Jedenfalls gilt dies, soweit öffentliche Aufgaben erfüllt werden, weil sich dies in aller Regel nicht in Wahrnehmung unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten vollziehe, sondern aufgrund von Kompetenzen, die vom positiven Recht zugeordnet sind und inhaltlich bemessen und begrenzt seien<sup>44</sup>. Deshalb kommt auch im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge der öffentlichen Hand grundsätzlich keine Grundrechtsfähigkeit zu, unabhängig davon, ob in öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Formen gehandelt wird. Nach Ansicht des Gerichts hat ein Grundrecht in der Hand des Bürgers eine andere Funktion als in der Hand eines Hoheitsträgers. Für den Bürger ist es nämlich »Grundlage privater Initiative und es ist ihm im eigenverantwortlichen privaten Interesse von Nutzen«<sup>45</sup>. Mit dieser Begründung wurde einer Gemeinde der Schutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sogar für Tätigkeiten außerhalb der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben aberkannt<sup>46</sup>.

#### *b) Kein Staatsfunktionenschutz*

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, wonach die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, nicht den wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich des Staates meint; auch gewährleistet er nicht den Fortbestand bestimmter Staatsfunktionen<sup>47</sup>. Ganz im Gegenteil: Sobald ein zunächst vorhandener Rechtfertigungsgrund für eine Staatstätigkeit entfällt, ist um »der grundrechtlichen Entfaltungschancen willen grundsätzlich die Privatisie-

---

43 Siehe BVerfGE 21, 362 (369 ff.); 45, 63 (78); 61, 82 (101); 68, 193 (206).

44 BVerfGE 68, 193 (206).

45 BVerfGE 68, 193 (206).

46 Zur Kritik an diesem Urteil vgl. MÖGELE, NJW 1983, S. 805 f.

47 So RONELLENFITSCH (Fußn. 42), S. 1197.

rung geboten, desgleichen die Deregulierung und die Freigabe der Materie an die gesellschaftliche Selbstregulierung«<sup>48</sup>.

#### 4. Das Verfassungsgebot der Wirtschaftlichkeit

Die privatisierungsfreundliche Tendenz des Grundgesetzes wird nicht nur durch die Grundrechte und die dargestellten verfassungsrechtlichen Bestimmungen geprägt, sondern auch durch einfaches Gesetzesrecht wie etwa § 6 HGrG (§ 7 BHO), wonach für staatliches Handeln der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gilt. Mit Recht wird in diesen Bestimmungen nicht nur ein Grundsatz traditionellen deutschen Haushaltsrechts gesehen, sondern ein über den engen Bereich der Haushaltskontrolle hinaus (Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG) wirkendes »verfassungskonkretisierendes« Gesetzesrecht<sup>49</sup>. Durch das verfassungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot wird der Staat angehalten, »auf ein angemessenes Verhältnis zwischen öffentlichem Mitteleinsatz und sozialem Nutzen hinzuwirken«<sup>50</sup>. Schon deshalb ist der hohe Bestand der Beteiligungen des Bundes<sup>51</sup> regelmäßig auf seine Wirtschaftlichkeit hin durchzuforschen. Ob Verwaltungspflichten zur Wahrnehmung von wirtschaftlichen Aufgaben bestehen, ist wegen der Wirtschaftlichkeitspflicht »zu allererst ein Problem der Verfassungsebene«<sup>52</sup>. Diese Meinung wird auch dadurch gestützt, daß sich der Bund nach § 65 der Bundeshaushaltsordnung an Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur beteiligen soll, wenn ein wichtiges Interesse vorliegt und der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreicht werden kann.

## VI. Die Privatisierung in den neuen Bundesländern

### 1. Allgemeines

Mit dem Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik<sup>53</sup> wurde der gemeinsame Wille betont, »die Soziale Marktwirtschaft als Grundlage für die weitere wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung mit sozialem Ausgleich und sozialer Absicherung und Verantwortung gegenüber der Umwelt auch in der Deutschen Demokratischen Republik einzuführen« (Präambel). In den Art. 1, 11 und 14 Währungsvertrag wird die Soziale

48 So ISENSEE, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HdbStR III, 1988, S. 78f.

49 So SCHMIDT-ASSMANN/FROMM, *Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht*, 1986, S. 88.

50 FISCHER-MENSHAUSEN, in: v. Münch, GG, 2. Aufl., 1983, Art. 114, Rdnr. 18.

51 Vgl. Bundesminister der Finanzen (Hrsg.), *Beteiligungen des Bundes im Jahre 1990*, Reihe: Berichte und Dokumentationen.

52 So SCHMIDT-ASSMANN/FROMM (Fußn. 49), S. 89.

53 Am 18. 5. 1990 (BGBl. II, S. 537).

Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien herausgestellt. Insbesondere soll nach Art. 14 Satz 3 Währungsvertrag die Leistungsfähigkeit der Unternehmen auf der Grundlage der Sozialen Marktwirtschaft gestärkt werden. Die Entfaltung privater Initiative soll durch »eine breit gefächerte, moderne Wirtschaftsstruktur auch mit möglichst vielen kleinen und mittleren Betrieben« angestrebt werden.

Das »Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens« (Treuhandgesetz vom 17. 6. 1990)<sup>54</sup> und der Einigungsvertrag haben die Treuhandanstalt beauftragt, »die früheren volkseigenen Betriebe wettbewerblich zu strukturieren und zu privatisieren« (Art. 25 EinigungsV).

Das von der Treuhandanstalt verwaltete und zur Privatisierung bestimmte Vermögen umfaßt die Anteile der Kapitalgesellschaften, die aus der Umwandlung der volkseigenen Kombinate, Betriebe, Einrichtungen und sonstigen juristischen selbständigen Wirtschaftseinheiten entstanden sind (§ 1 Abs. 4 THG) und die treuhänderische Verwaltung ehemals volkseigener Vermögenswerte. Allein im industriellen Bereich sind von dieser Regelung rund 8000 Unternehmen mit 40000 Betriebsstätten betroffen. Die von der Treuhandanstalt verwaltete land- und forstwirtschaftliche Nutzfläche umfaßt zwei Fünftel des Staatsgebietes der ehemaligen DDR. Zusätzlich gibt es in erheblichem Umfang Grundflächen und Unternehmen in der Verwaltung anderer staatlicher Einrichtungen, die auch privatisiert werden müssen<sup>55</sup>.

## 2. Grundlagen des Privatisierungsverfahrens

Neben der Privatisierung nach Art. 25 EinigungsV treffen die Treuhandanstalt als weitere Hauptaufgaben die Sanierung sowie die Stilllegung und Verwertung<sup>56</sup>. In der Praxis ließ sich die Treuhandanstalt dabei von Anfang an zutreffend vom Vorrang der Privatisierung leiten<sup>57</sup>.

Die Umwandlung der volkseigenen Wirtschaftseinheiten in Kapitalgesellschaften war mit Wirkung vom 1. 7. 1990 qua Gesetz<sup>58</sup> abgeschlossen. Volkseigene Kombinate wurden zu Aktiengesellschaften, Kombinatbetriebe und andere Wirtschaftseinheiten vorzugsweise zu Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Ausgenommen waren lediglich bestimmte Staatsbetriebe, beispielsweise Post, Eisen-

54 GBl. I Nr. 33 S. 300.

55 Zur tatsächlichen Situation und zu den wirtschaftspolitischen Fragen vgl. Gutachten des wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft zu »Problemen der Privatisierung in den neuen Bundesländern«, 1991.

56 Vgl. MÖSCHEL, ZGR 1991, S. 175 (177ff.).

57 Vgl. die Nachweise bei REINER SCHMIDT, Aufgaben und Struktur der Treuhandanstalt im Wandel der Wirtschaftslage, in: Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, 1991, S. 17 (25, Fußn. 32). Umstritten ist, ob die Privatisierung auch de lege lata das rechtlich übergeordnete Ziel darstellt, so z.B. TETTINGER, BB 1992, S. 2 (5); für eine entsprechende Klarstellung de lege ferenda REINER SCHMIDT (ebd.), S. 25ff.

58 Vgl. § 11 Abs. 1 THG.

bahn, Verkehrsbetriebe und dergleichen, die im Eigentum der Länder und Gemeinden standen. Die infolge dieses Transformationsautomatismus neu entstandenen Kapitalgesellschaften sind Eigentümer und nicht nur Fondsinhaber<sup>59</sup> des ihnen übertragenen Vermögens einschließlich des von ihnen genutzten Grund und Bodens. Die Treuhandanstalt wurde Inhaber der Anteile an den Kapitalgesellschaften, die aus den früheren volkseigenen Wirtschaftseinheiten hervorgegangen waren<sup>60</sup>. Diese Umwandlung stellt nur eine Vorstufe zum eigentlichen Privatisierungsverfahren dar; sie ist keineswegs gleichzusetzen mit der Privatisierung selbst. Die Umwandlung ist die Überführung ehemals staatlich verwalteter Betriebe in marktgerechte gesellschaftsrechtliche Formen, während die Privatisierung die Übereignung eines Unternehmens an private Rechtsträger zum Gegenstand hat.

Dieses auf einer rigorosen uno-actu-Transformation fußende Privatisierungsverfahren, zu dem sich der deutsche Gesetzgeber entschieden hat, stellt im Vergleich zu den ansonsten in den mittel-, südost- und osteuropäischen Staaten erlassenen Privatisierungsgesetzen<sup>61</sup> das »wohl radikalste und umfassendste«<sup>62</sup> Konzept dar. In Ungarn, der CSFR und auch in Polen bevorzugt man demgegenüber eine eher graduelle Umwandlung, bei der die Unternehmen in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrer Privatisierung individuell transformiert werden<sup>63</sup>. Nur in Rumänien folgte man dagegen dem Vorbild des deutschen Treuhandgesetzes. In der deutschen Literatur wurde deshalb zum Teil kritisch eingewendet, »ob das aus dem Gesellschaftsrecht übernommene Institut der Umwandlung – welches eigentlich berufen ist, die Suche nach der günstigsten Rechtsform für Unternehmen innerhalb funktionierender marktorientierter Wirtschaftsordnungen zu erleichtern – ein geeigneter Ansatz für die umfassende Privatisierung ganzer Volkswirtschaften sei«<sup>64</sup>. Fest steht, daß man sich jedenfalls davor hüten sollte, den deutschen Privatisierungsweg trotz seines Reüssierens im Fall der ehemaligen DDR pauschal und unkritisch auf sämtliche frühere Staatswirtschaften zu übertragen. Hier dürfte eine behutsamere und abgestufte Vorgehensweise praktikabler sein, wobei es sich nicht um Abweichungen betreffend das *Ziel* (Privatisierung so weit wie möglich), sondern nur betreffend den *Weg* zu diesem Ziel handeln kann<sup>65</sup>.

59 Vgl. § 11 Abs. 2 THG; zum Begriff der Fondsinhaberschaft vgl. RODEGRA/GOGREWE, DtZ 1991, S. 353ff. (354).

60 Vgl. § 1 Abs. 4 THG; v. CAMPENHAUSEN, in: v. Mangoldt (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 1991, Art. 143, Rdnr. 72 sowie zum Ganzen auch SCHUPPERT, Die Treuhandanstalt – zum Leben einer Organisation im Überschneidungsbereich zweier Rechtskreise, Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1992, S. 186ff.

61 Vgl. die Aufzählung bei ROGGMANN, ROW 1992, S. 36 (41ff.).

62 ROGGMANN, ROW 1992, S. 43.

63 ROGGMANN, ROW 1992, S. 44.

64 ROGGMANN, ROW 1992, S. 44.

65 Ähnlich MEIER, in: FAZ v. 15. 5. 1992, S. 16.

### 3. Zwischenbilanz der bisherigen Privatisierungsaktivitäten

Ihre Funktion als betriebswirtschaftlich orientierte Behörde »auf Abruf« hat die Treuhandanstalt mit Erfolg gemeistert. Dies läßt sich anhand von Zahlen zeigen: Bis Anfang Mai des Jahres 1992 hat die Treuhand für fast 7000 Unternehmen und Betriebe, 7000 Liegenschaften und mehr als 11000 Hektar landwirtschaftliche Nutzfläche neue Eigentümer gefunden<sup>66</sup>. Somit konnten bislang 1,1 Millionen Arbeitsplätze vertraglich gesichert werden. An der Spitze steht Sachsen mit 293000 zugesicherten Stellen, gefolgt von Brandenburg (235000), Ostberlin (185000), Sachsen-Anhalt (132000) und Thüringen (130000). Das Schlußlicht bildet Mecklenburg-Vorpommern mit bislang 87000 Stellen. 70 Prozent der noch verbliebenen 4800 Unternehmen gelten als sanierungsfähig. Mit rund 2000 Investoren laufen zur Zeit Verhandlungen über den Erwerb von Treuhand-Firmen. Nach Treuhand-Angaben liegen Investitionszusagen über 128,8 Milliarden DM vor<sup>67</sup>. In der Berliner Behörde selbst rechnet man damit, die operative Tätigkeit der Anstalt bis Ende 1993 einstellen zu können<sup>68</sup>. In einigen vergleichsweise leistungsstarken Sektoren, beispielsweise dem Dienstleistungsgewerbe oder der Nahrungs- und Genußmittelindustrie, soll die Privatisierung schon mit Ablauf des Jahres 1992 weitgehend abgeschlossen sein<sup>69</sup>.

### 4. Rechtliche Hemmnisse bei der Privatisierung

#### a) Altlasten

Zu den Schwierigkeiten im juristischen Bereich gehört die kaum quantifizierbare *Altlasten-Problematik*. Schätzungen sprechen von dreistelligen Milliardenbeträgen<sup>70</sup>. Diese Altlasten bedeuten für den Erwerber eines Unternehmens ungeahnte finanzielle Risiken, können sie doch eine ordnungsrechtliche Haftung für deren Beseitigung nach den Grundsätzen der Zustandsverantwortlichkeit nach sich ziehen<sup>71</sup>. Eine erste Abhilfe brachte insofern Art. 1 § 4 Abs. 3 des Umweltraumgesetzes vom 29. 6. 1990<sup>72</sup>, der die, allerdings auf die öffentlich-rechtliche Seite beschränkte<sup>73</sup>, Möglichkeit zur Freistellung von Unternehmen von der Verantwortlichkeit für Schäden vorsah, die durch den Betrieb von Anlagen vor dem 1. 7.

---

66 FAZ v. 8. 5. 1992.

67 FAZ v. 21. 4. 1992, S. 15.

68 BREUEL, zit. nach FAZ v. 8. 5. 1992.

69 BREUEL, ebd.

70 ROGGEMANN, ROW 1992, S. 52; nach DOMBERT, BB 1992, S. 513ff. (514), waren im Oktober 1990 28459 Altlastenverdachtsflächen in den neuen Ländern ausgemacht.

71 Vgl. REINER SCHMIDT/HELMUT MÜLLER, Einführung in das Umweltrecht, 3. Aufl., München 1992, § 3 Rdnm. 24ff.

72 GBl. 1990I, S. 649 i.d.F. von Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Anl. II, Kap. XII, Abschn. III, Ziff. 1b EinigungsV (BGBl. 1990II, S. 885, 1226).

73 Vgl. die Kritik bei MÜGGENBORG, NVwZ 1991, S. 735 (740).

1990 verursacht wurden. Die Anträge auf Freistellung mußten danach bis zum 31. 12. 1991 gestellt werden.

Nach Art. 12 des Gesetzes zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung von Unternehmen und zur Förderung von Investitionen vom 22. 3. 1991<sup>74</sup> – im folgenden Hemmnissebeseitigungsgesetz genannt – gilt diese sogenannte »Freistellungsklausel für Altlasten«<sup>75</sup> über den 31. 12. 1991 hinaus und wird inhaltlich in mehrfacher Hinsicht erweitert.

### *b) Bewertung*

Zu den die Privatisierung hemmenden Faktoren rechnet ferner die Frage der Bewertung der zu veräußernden Unternehmen. »Da die bisherigen Bilanzierungsrichtlinien in den Planwirtschaften von realitätsfernen Voraussetzungen ausgingen und keine Marktpreise für Grundstücke, Gebäude, Maschinen und Firmenwertfeststellungen vorlagen, sind entsprechende Grundlagen neu zu erarbeiten, um Kauf- und Investitionsinteressenten realistische Preis- und Wertrelationen zu bieten«<sup>76</sup>. Maßgebliche Rechtsgrundlage ist in diesem Zusammenhang das in den Einigungsvertrag integrierte DM-Bilanzgesetz<sup>77</sup>, demzufolge alle DDR-Betriebe bis zum 1. 7. 1990 eine Eröffnungsbilanz in DM aufzustellen hatten. Für mittlere und große Unternehmen lief die Frist am 31. 10. 1990 ab. Maßstab hierfür war das Prinzip der Einzelbewertung. Unter »Wert« wurden dabei die Wiederbeschaffungs- oder Wiederherstellungskosten gemäß den Preisverhältnissen im gesamten Währungsgebiet der DM verstanden. »Dies bedeutete einen völligen Wechsel der Preismaßstäbe und Verlust der Bilanzkontinuität«<sup>78</sup>.

Einen Schlußstrich unter diesen unbefriedigenden Zustand zieht das Gesetz zur Änderung des DM-Bilanzgesetzes vom 20. 12. 1991. Danach werden nunmehr alle Kapitalgesellschaften, die ihre Kapitalverhältnisse nicht bis zum 31. 12. 1992 zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet haben, für aufgelöst erklärt.

### *c) Entflechtung*

Unverzichtbar für eine erfolgreiche Privatisierungspolitik in den fünf neuen Ländern ist des weiteren eine Entflechtung der »konglomeraten Wirtschaftseinheiten des Sozialismus«<sup>79</sup>, die für ein sinnvolles Wirtschaften oft zu groß, unproduktiv

74 BGBl. 1991I, S. 766.

75 Eingehend zum Ganzen KLOEFFER, DVBl. 1991, S. 1ff.; KLOEFFER/KRÖGER, Das Umweltrecht in der deutschen Einigung, 1991, S. 82ff.

76 ROGEMANN, ROW 1992, S. 51.

77 BGBl. 1990II, S. 1169 i.d.F. v. 22. 3. 1991 (BGBl. 1991I, S. 777); vgl. dazu STRÖFER, DtZ 1991, S. 179ff.

78 ROGEMANN, ROW 1992, S. 51.

79 HORN, Privatisierung und Reprivatisierung von Unternehmen, Eigentumschutz und Investitionsförderung im Lichte der neuesten Gesetzgebung, in: Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, 1991, S. 133ff. (138).

und inhomogen sind<sup>80</sup>. Für das Ziel der Etablierung einer funktionierenden Marktwirtschaft ist die Schaffung zahlreicher leistungsfähiger klein- und mittelständischer Betriebe eine ordnungspolitische *conditio sine qua non*<sup>81</sup>. Einen wichtigen Schritt in diese Richtung bedeutet das Spaltungsgesetz vom 5. 4. 1991<sup>82</sup>. Dieses Gesetz macht eine Ausnahme von dem die deutsche Rechtsordnung ansonsten prägenden und auch für die Übertragung von Unternehmen geltenden Grundsatz der Singularsukzession, der Einzelrechtsnachfolge. Es erlaubt bei Kapitalgesellschaften, deren Anteile vollständig von der Treuhandanstalt gehalten werden, eine Vermögensaufspaltung und -übertragung von Unternehmen in einem einzigen Vorgang im Wege der Sonderrechtsnachfolge (partielle Universal-sukzession). Für die Spaltung, die genauso wie die Umwandlung nur eine dienende, vorbereitende Funktion für die eigentliche Privatisierung hat<sup>83</sup>, kommen dabei zwei Vorgehensweisen in Betracht: Die *Abspaltung*, bei der ein Teil des Vermögens einer fortbestehenden Kapitalgesellschaft auf eine oder mehrere neu gegründete Gesellschaften übertragen wird<sup>84</sup> sowie die *Aufspaltung*, bei der die bisherige Gesellschaft ohne Abwicklung aufgelöst und ihr Vermögen auf andere dadurch neu begründete Gesellschaften übergeht<sup>85, 86</sup>.

#### d) Reprivatisierung

Weitgehend unbestritten ist auch die beträchtliche investitions-hemmende Wirkung der vielfach ungeklärten Eigentums-lage<sup>87</sup>. Im März 1992 lagen rund 1,1 Millionen Anträge mit 2,5 Millionen Ansprüchen auf Rückgabe von Vermögenswerten oder Entschädigung vor, von denen bislang erst 110000 erledigt wurden<sup>88</sup>. Darunter befanden sich primär Ansprüche auf Grundstücke, aber auch 9000 Anträge auf Rückgabe von Unternehmen.

Nach dem Vermögensgesetz<sup>89</sup>, das als Bestandteil des Einigungsvertrages<sup>90</sup> zusammen mit diesem am 3. 10. 1990 in Kraft trat, geht die Rückgabe an einen früher

80 Zu den Gründen vgl. MÖSCHEL, ZGR 1991, S. 179f.

81 Vgl. auch PINGER, Sonde 1991, S. 23ff. (26).

82 Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrUG) (Spaltungsgesetz) v. 5. 4. 1991 (BGBl. I S. 854); vgl. bereits früher das Gesetz zur Entflechtung des Handels in den Kommunen v. 6. 7. 1990 (BGBl. I, S. 598); VO zur Entflechtung des Handels in den Kommunen v. 25. 7. 1990 (GBl. I, S. 748).

83 Vgl. RODEGRA/GOGREWE, DtZ 1991, S. 354.

84 Vgl. § 1 S. 2 Nr. 2 SpTrUG.

85 Vgl. § 1 S. 2 Nr. 1 SpTrUG.

86 Vgl. zu den Details wib 5/91 v. 20. 3. 1991, S. 6; WEIMAR, DtZ 1991, S. 182ff.

87 Die Wirkung der offenen Vermögensfragen als Investitionshemmnis ist weitgehend anerkannt, vgl. BT-Drs. 12/449, S. 9; BALZ, zit. nach FAZ v. 18. 4. 1992, S. 12; FÖRSTERLING, DVBl. 1992, S. 497ff. (497) (»nach wie vor das stärkste Hemmnis«); LACHMANN, DtZ 1990, S. 238ff. (240); LIEBS/PREU, DB 1991, S. 145ff. (150); MAMPPEL, ROW 1992, S. 56ff. (59); WITTMANN, DtZ 1991, S. 174ff. (174); a. A.: HORN, FAZ v. 24. 8. 1991, S. 13.

88 Vgl. SZ v. 10. 6. 1992, S. 5.

89 Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen v. 23. 9. 1990 (BGBl. II, S. 1159; = VermG), i. d. F. des Zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetzes (2. VermRÄndG) v. 14. 7. 1992 (BGBl. I, S. 1257).

90 Anl. II, Kap. III, Sachgebiet B, Abschnitt I, 5. EinigungsV (BGBl. 1990II, S. 1159).

enteigneten Alteigentümer (die sog. Reprivatisierung) der Privatisierung grundsätzlich vor<sup>91</sup>. Erfasst werden nur die Enteignungen nach 1949, nicht jedoch – was unter Verfassungsjuristen umstritten<sup>92</sup> ist, vom Bundesverfassungsgericht<sup>93</sup> jedoch gebilligt wurde – die von der sowjetischen Militärverwaltung von 1945 bis zum 7. 10. 1949 vorgenommenen oder veranlaßten Enteignungen<sup>94</sup>. Der Alteigentümer, vom Vermögensgesetz »Berechtigter« genannt<sup>95</sup>, hat in erster Linie, vorausgesetzt das frühere Unternehmen ist mit dem heutigen vergleichbar<sup>96</sup>, einen Anspruch auf Restitution, also auf Rückübertragung des entzogenen Unternehmens oder der entzogenen Beteiligung oder einer Beteiligung, die dem seinerzeit entzogenen Recht entspricht<sup>97</sup>. Eine Ausnahme gilt für den Fall der Unmöglichkeit der Rückübertragung von der Natur der Sache her oder bei redlichem Erwerb von Eigentum oder dinglichen Nutzungsrechten<sup>98</sup>. Wählt der Berechtigte von sich aus Entschädigung, so entfällt der Anspruch auf Restitution<sup>99</sup>.

Die vom Vermögensgesetz getroffene Grundsatzentscheidung »Rückgabe vor Entschädigung« ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zu begrüßen. Sie ist Konsequenz der hohen Bedeutung, die unsere Rechtsordnung in Art. 14 Abs. 1 GG dem dauerhaften (!) Privateigentum zumißt<sup>100</sup>. »Eine Marktwirtschaft braucht eine Eigentumsordnung, die im allgemeinen Rechtsbewußtsein verankert ist. Dies aber verlangt die Beseitigung des Massenunrechts der Enteignungen auf denen das sozialistische Eigentum der DDR-Wirtschaft aufbaute, und die Rückgabe an die Enteignungsopfer, wo immer dies möglich ist«<sup>101</sup>.

91 Zu den Einzelheiten der Rückgabe vgl. HORN, Privatisierung und Reprivatisierung von Unternehmen, Eigentumsschutz und Investitionsförderung im Lichte der neuesten Gesetzgebung, in: Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, S. 141 ff.

92 Für Verfassungsmäßigkeit BADURA, DVBl. 1990, S. 1256 ff.; PAPIER, NJW 1991, S. 193 ff. (194); Bedenken äußern u. a. HORN, in: FAZ v. 24. 8. 1991, S. 13; MAURER, JZ 1992, S. 183 ff.; SCHOLZ, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 143 (Stand: Sept. 1991), Rdnm. 22, 27 ff.; STERN, DtZ 1990, S. 289 ff. (292); GRAF VITZTHUM, FAZ v. 13. 6. 1992, S. 8; grundlegend zum Ganzen KIMMICH, Die Eigentumsgarantie im Prozeß der Wiedervereinigung, 1990.

93 BVerfG, Entsch. v. 23. 4. 1991, NJW 1991, S. 1597 ff. mit Anm. LEISNER, NJW 1991, S. 1569 ff.

94 Vgl. § 1 Abs. 8 VermG i. V. m. Art. 4 Ziff. 5 Einigungsvertrag, Art. 143 Abs. 3 GG, Art. 41 Abs. 1 Einigungsvertrag, Ziff. 1 der »Gemeinsamen Erkl.« (= Anl. III des Einigungsvertrags); damit im engen Zusammenhang steht die Regelung in Art. 4 Ziff. 4 Einigungsvertrag, Art. 135a Abs. 2 GG. Diese sieht die Möglichkeit vor, durch Gesetz die Erfüllung von Verbindlichkeiten u. a. aus Enteignungen zurückzunehmen, vgl. SCHMIDT-RÄNTSCH, DtZ 1991, S. 169 ff. (169); zu den politischen Hintergründen vgl. KINKEL, WM 1991, S. 84.

95 Zum Begriff vgl. § 2 Abs. 1 VermG.

96 Vgl. zu diesem Begriff § 6 Abs. 1 VermG.

97 Vgl. §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 5 VermG.

98 Vgl. § 4 VermG; weitere Ausschlussgründe – beschränkt auf Grundstücke und Gebäude – enthält § 5 VermG; vgl. hierzu auch v. CRAUSHAAR, DtZ 1991, S. 359 ff. (363).

99 Vgl. § 8 VermG.

100 Wie hier HORN, Privatisierung und Reprivatisierung von Unternehmen, Eigentumsschutz und Investitionsförderung im Lichte der neuesten Gesetzgebung, in: Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, S. 144 ff.; SCHOLZ, in: MAUNZ/DÜRIG (Hrsg.), GG, Art. 143 (Stand: Sept. 1991), Rdnr. 30.

101 HORN, FAZ vom 24. 8. 1991, S. 13.

Leitgedanke der Änderungen zum Vermögensgesetz ist die Zurückdrängung der Restitutionsansprüche zugunsten der Förderung von Investitionen. Zu diesem Zweck wurden zwei sog. Vorfahrtsregelungen aufgenommen. Die einfache Vorfahrtsregelung gemäß § 3 Abs. 6 VermG (a.F.) und die Supervorfahrtsregelung des § 3a VermG (a.F.), im Schrifttum bisweilen auch als »Investitionsautobahn«<sup>102</sup> tituliert.

§ 3a VermG (a.F.) ist die einfachgesetzliche Konsequenz der Bestimmung in Art. 41 Abs. 2 Einigungsvertrag, die in ihrem Satz 1 lautet:

»Nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Regelung findet eine Rückübertragung von Eigentumsrechten an Grundstücken oder Gebäuden nicht statt, wenn das betroffene Grundstück oder Gebäude für dringende, näher festzulegende Investitionszwecke benötigt wird, insbesondere der Errichtung einer gewerblichen Betriebsstätte dient und die Verwirklichung dieser Investitionsentscheidung volkswirtschaftlich förderungswürdig ist, vor allem Arbeitsplätze schafft oder sichert.«

In diesen Fällen ist somit de constitutione lata das Vorrangverhältnis der Restitution gegenüber der Entschädigung umzukehren. Durch Art. 143 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 4 Nr. 5 Einigungsvertrag wird die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung festgelegt<sup>103</sup>. Eine Verletzung der Wesensgehaltsgarantie des Eigentums wird im Schrifttum ganz überwiegend zu Recht ebenso verneint wie eine Verletzung von Art. 79 Abs. 3 GG, in concreto des Rechtsstaatsprinzips<sup>104</sup>. Die genannten, ausnahmsweise eine Priorität der Entschädigung legitimierenden Gründe der Investitionsförderung, der Sicherung von Arbeitsplätzen und des Wohnungsbaus sind allesamt Erwägungen des Allgemeinwohls im Sinne der Enteignungsermächtigung von Art. 14 Abs. 3 GG. Folglich ist von der Verfassungsmäßigkeit der Supervorfahrtsregelung auszugehen, solange die grundsätzliche Priorität der Restitution unangetastet bleibt<sup>105</sup>.

Mit dem Zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetz vom 14. 7. 1992<sup>106</sup> wurde eine weitere Begünstigung der Investitionsinteressen zu Lasten der Eigentümerin-

102 HÜBNER, DtZ 1991, S. 161 ff. (164).

103 Vgl. HORN, Privatisierung und Reprivatisierung von Unternehmen, Eigentumsschutz und Investitionsförderung im Lichte der neuesten Gesetzgebung, in: Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, S. 144.

104 Vgl. HÜBNER, DtZ 1991, S. 165 (»verfassungsrechtlich unbedenklich«); zurückhaltender HORN, Privatisierung und Reprivatisierung von Unternehmen, Eigentumsschutz und Investitionsförderung im Lichte der neuesten Gesetzgebung, in: Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, S. 145, wonach »jedenfalls auf dem Gebiet der Unternehmensrestitution bei verfassungskonformer Auslegung und sorgfältig rechtsstaatlicher Handhabung durch Treuhandanstalt und Vermögensgüter die Regelung verfassungsrechtlichen Einwänden im ganzen standhalten dürfte«.

105 So bereits SCHOLZ, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 143 (Stand: Sept. 1991), Rdnr. 30; wie hier auch OLDAG, SZ v. 6./7./8. 6. 1992, S. 21; abzulehnen ist deshalb die von der SPD-Bundestagsfraktion geforderte Prioritätensetzung »Entschädigung vor Rückgabe« (vgl. BT-Drucks. 12/449, S. 7); bedenklich weit geht auch der Entschuldigungsantrag der Länder Brandenburg und Nordrhein-Westfalen (BR-Drucks. 88/92); zu weitgehend auch BALZ, zit. nach SZ v. 23./24. 5. 1992, S. 34, der eine »ungehinderte Vorfahrt für Investitionen« fordert.

106 BGBl. I, S. 1257.

teressen geschaffen. Insbesondere wurden die als hinderlich erkannte Duplizierung der Vorfahrtsregelungen im Vermögensgesetz und im Investitionsgesetz und die Trennung zwischen Unternehmens- und Immobilieninvestitionen durch die Zusammenfassung und Straffung aller Vorfahrtsregelungen in einem einheitlichen neuen Gesetz, dem *Investitionsvorranggesetz* (InVorG) ersetzt<sup>107</sup>.

## VII. Privatisierung und EWG-Vertrag

Eine Behandlung der Privatisierungsfrage nach dem Recht der Bundesrepublik wäre ohne einen Blick auf den EWG-Vertrag unvollständig. Die privatisierungsfreundliche Politik der Kommission hinterläßt bereits im nationalen Recht ihre Spuren. Genannt sei der schrittweise Abbau der Monopole im Telekommunikationsbereich, der offensichtlich nur den Anfang einer vollständigen Liberalisierung des öffentlichen Dienstleistungssektors darstellt<sup>108</sup>. Die Kommission strebt die Privatisierung der Post und Zustelldienste<sup>109</sup>, der öffentlichen Verkehrsbetriebe<sup>110</sup>, der Energieversorgungsunternehmen<sup>111</sup> sowie der öffentlich-rechtlichen Monopolversicherungsanstalten<sup>112</sup> an.

Diese Politik entspricht der eindeutigen Systemscheidung des EWG-Vertrags für eine Wettbewerbsordnung<sup>113</sup>. Dies zeigt sich u.a. in der strikten Verpflichtung auch der öffentlichen Unternehmen auf die Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft (Art. 85 ff. EWGV). Sonderrechte, die diesen Regeln widersprechen, müssen beseitigt werden (Art. 90 Abs. 1 EWGV). Allerdings ist der Vertrag unmittelbar zur Privatisierungsfrage zurückhaltend. Nach Art. 222 EWGV soll nämlich die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt bleiben. Die EG darf also weder private Unternehmen in ihr öffentliches Eigentum überführen noch in Gemeindeeigentum stehende Unternehmen privatisieren<sup>114</sup>. In bezug auf die nationalen Eigentumsordnungen ist der Vertrag neutral; die Mitgliedstaaten sind »Herr ihrer Eigentumsordnung«<sup>115</sup> geblieben. Der EWG-Vertrag favorisiert weder die (Re-)Privatisierung staatlichen Eigentums noch die Verstaatlichung von Privateigentum, sondern er geht von der »Koexistenz«<sup>116</sup> beider

107 Mit Art. 6 des Zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetzes wird das Gesetz über den Vorrang für Investitionen bei Rückübertragungsansprüchen nach dem Vermögensgesetz (Investitionsvorranggesetz – InVorG) eingeführt.

108 HAILBRONNER, Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt – Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht, NJW 1991, S. 593 ff. Zum Zukunftsmarkt der Telekommunikation siehe KÖNIG, VerwArch 81 (1990), S. 436 ff. (443).

109 Vgl. FAZ v. 22. 7. 1992, S. 25; STUDENT, in: Wirtschaftswoche vom 31. 7. 1992, S. 26 ff.

110 ABIEG Nr. C 34 v. 14. 2. 1990, S. 8.

111 ABIEG Nr. C 8 v. 13. 1. 1990, S. 4.

112 Vgl. Komm. (90348) Ent. v. 31.8. 1990.

113 Vgl. hierzu umfassend und weiterführend BASEDOW (Fußn. 41).

114 Vgl. die Begründung der Bundesregierung zu Art. 222 EWGV, BT-Drucks. 2/3440 Anlage C.S. 154.

115 IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 658.

116 HAILBRONNER (Fußn. 108), S. 593.

Sektoren aus. Eine totale Abschaffung des privaten Eigentums in einem Mitgliedstaat wäre allerdings mit dem im Vertrag konstituierten Marktprinzip nicht vereinbar<sup>117</sup>. Es ist durchaus konsequent, einen Schritt weiter zu gehen und aus dem Vertrag die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Aufrechterhaltung der Marktwirtschaft abzuleiten<sup>118</sup>.

---

117 Vgl. ZULEEG, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, in: Arbeitskreis europäische Integration (Hrsg.), wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der Europäischen Gemeinschaften, 1978, S. 73ff. (94).

118 So BLECKMANN, Europarecht, 5. Aufl., 1990, Rdnr. 452; ZULEEG (Fußn. 117), S. 94.

## Anhang 1

### Privatisierungsvorhaben des Bundes

Das wichtige Bundesinteresse ist bei allen Bundesbeteiligungen unter Anlegung kritischer Maßstäbe erneut zu prüfen.

In das Privatisierungskonzept sind u.a. folgende Beteiligungen des Bundes und der Sondervermögen einzubeziehen:

- Deutsche Pfandbrief- und Hypothekenbank AG
- Industrieverwaltungsgesellschaft AG
- Flughafen Frankfurt/Main AG
- Rhein-Main-Donau AG
- Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH  
(die Vorbereitungen für die bereits grundsätzlich beschlossene Teilprivatisierung sind bis Ende 1992 abzuschließen)
- Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH  
(Privatisierung bis spätestens Mitte 1992)
- Deutsche Lufthansa AG<sup>1</sup>
- Deutsche Verkehrs-Kredit-Bank AG  
(Teilprivatisierung bis auf 50,1 %)
- Schenker & Co GmbH  
(Teilprivatisierung bis auf 25,1 %)
- Deutsche Eisenbahnreklame GmbH
- DSG Deutsche Service Gesellschaft der Bahn mbH
- Touristik Beteiligungen  
(ggf. in einer Holding zusammengefaßt)

Bei folgenden Beteiligungen des Bundes und der Sondervermögen sind die Privatisierungsmöglichkeiten zu prüfen:

- DSL-Bank
- Treuarbeit AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
- alle anderen Flughafengesellschaften
- alle Hafengesellschaften
- sonstige Wasserbau- und Wasserbaufinanzierungsgesellschaften
- alle Wohnungsbaugesellschaften
- verschiedene Siedlungsgesellschaften beim Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten
- Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit  
(GTZ)
- DEG-Deutsche Investitions- und Entwicklungsgesellschaft mbH
- Beteiligungs-Holding der Deutschen Bundesbahn
- Beteiligungen der Deutschen Reichsbahn

Es ist zu prüfen, wann und an welche Private die Beteiligung an der Berliner Industriebank AG veräußert werden kann.

Quelle: Jahreswirtschaftsbericht 1991 der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/223, S. 24

<sup>1</sup> Für die Veräußerung ist ein Konzept zu entwickeln, mit dem die versorgungsrechtlichen Probleme (VBL) befriedigend gelöst und gleichzeitig die Interessen des Haushalts gewahrt werden.

## Anhang 2

### Zeittafel der Privatisierungs- und Beteiligungspolitik 1983–1990 – A. Bereich Bundesfinanzministerium

- 1983 – Bestandsaufnahme (Prüfung des wichtigen Bundesinteresses).  
– Vorbereitung eines **Gesamtkonzeptes** der Privatisierungs- und Beteiligungspolitik des Bundes (vom Bundeskabinett im März 1985 beschlossen).  
– Erste Priorität: Abbau von Konzernverlusten. Neue Konzepte bei einzelnen Konzernen.

#### I. Unmittelbare Bundesbeteiligungen

- 1983 – Dezember: Optionsanleihe **VEBA AG**, kein Bezugsrecht der Aktionäre.  
1984 – Januar: Bundesbeteiligung an der **VEBA AG** von 43,75 Prozent auf 29,98 Prozent des Grundkapitals verringert (Aktien im Nennwert von 232 Millionen DM, Haushaltseinnahme 769, 2 Millionen DM).  
1985/1986 – Weitere Rückführung des Bundesanteils an der **VEBA AG** auf 25,49 Prozent (Belegschaftsaktien und Aktientausch zur Konzernstraffung).  
1986 – Januar: Optionsanleihe **Volkswagen AG**, kein Bezugsrecht der Aktionäre.  
– Juni: Teilprivatisierung der **VIAG AG** (Aktien im Nennwert von 232 Millionen DM oder 40 Prozent; Haushaltseinnahme 730,2 Millionen DM).  
– September: Kapitalerhöhung **Volkswagen AG** (stimmrechtslose Vorzugsaktien) von 1200 Millionen DM auf 1500 Millionen DM. Der Bundesanteil fiel infolge Nicht-Beteiligung von 20 Prozent auf 16 Prozent (Bezugsrechtserlös des Bundes 111,4 Millionen DM).  
– Oktober: Teilprivatisierung der **Industrieverwaltungsgesellschaft AG** (Aktien im Nennwert von 49,5 Millionen DM oder 45 Prozent; Haushaltseinnahme 154,9 Millionen DM).  
1987 – März: Vollprivatisierung der **VEBA AG** (Aktien im Nennwert von 505,1 Millionen DM oder 25,49 Prozent; Haushaltseinnahme 2418,6 Millionen DM).  
– Juli: Optionsanleihe **VIAG AG**. Bund und Kreditanstalt für Wiederaufbau übten Bezugsrecht nicht aus (Bezugsrechtserlös des Bundes 22,1 Millionen DM).  
– Dezember: Aufgrund der Änderung des Berufsbildes für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durch Bilanz-Richtlinien-Gesetz Beteiligung der Mitarbeiter an der **TREUARBEIT AG**. Bundesbeteiligung von 45 Prozent auf 30,5 Prozent verringert (Haushaltseinnahme 10,5 Millionen DM).  
1988 – März: Privatisierung der Bundesbeteiligung an der **Volkswagen AG** (Aktien im Nennwert von 240 Millionen DM oder 16 Prozent; Haushaltseinnahme 1094,0 Millionen DM).  
– Mai: Vollprivatisierung der **VIAG AG**. Bund und Kreditanstalt für Wiederaufbau veräußern Aktien im Nennwert von 348 Millionen DM oder 60 Prozent (Haushaltseinnahme 1223,6 Millionen DM).

- 
- 1989**
- März: Weitere Rückführung des Bundesanteils an der **TREUARBEIT AG** von 30,5 Prozent auf 25,5 Prozent (Haushaltseinnahme 4,0 Millionen DM).
  - Oktober: Zusammen mit BML Teilprivatisierung der **DSL-Bank** (48 Prozent; Haushaltseinnahme 225,7 Millionen DM) über eine breitgestreute Platzierung von Aktien des **DSL Holding AG** (Nennkapital 105 Millionen DM).
  - Oktober: Veräußerung der **Salzgitter AG** (Nennkapital 425 Millionen DM) an die Preussag AG (Haushaltseinnahme 2452,0 Millionen DM).
- 1991**
- Privatisierung der Bundesbeteiligung an der **Deutschen Pfandbrief- und Hypothekenbank AG**.

Quelle: Theo Waigel, Ohne Tabus privatisieren, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28. 4. 1992, Nr. 99,  
Seite B 7