

## **Sitzung des Rechts- und Europaausschusses des Hessischen Landkreistages**

### **Rechtliche Rahmenbedingungen der (Teil-)Privatisierung kommunaler Dienstleistungen (am Beispiel der Privatisierung von Krankenhäusern)**

**am 3. Februar 2009 in Wiesbaden**



## Agenda

### **I. Vorbemerkungen**

### **II. Rechtsgrundlagen des (Teil-)Privatisierungsverfahrens**

- i.d.R. kein förmliches Vergabeverfahren, aber Verhandlungsverfahren
- der Grundsatzbeschluss zur (Teil-)Privatisierung

### **III. Der „beste Partner“ findet sich nur im Wettbewerb**

- Konzeptwettbewerb, nicht nur Kaufpreiswettbewerb
- wichtige Verfahrensabschnitte („Meilensteine“)

### **IV. Projektorganisation**

## Agenda

### V. Transaktionsstrukturen

- „asset deal“ / „share deal“
- Verkauf der betriebsnotwendigen Grundstücke
- „Zwerganteil“

### VI. Das Vertragswerk

- Kaufvertrag
- Gesellschaftsvertrag / Konsortialvertrag
- Personalüberleitungs(tarif)vertrag
- „Put-Option“

## **Agenda**

### **VII. Sonderthemen**

### **VIII. Verhandlungsführung und Verhandlungsstrategie**

### **IX. Fazit**

I.

## Vorbemerkungen

## Beratung der öffentlichen Hand im Bereich des Gesundheitswesens

### Fusions- und Organisationsberatung

- Fusion Bürgerhospital Frankfurt am Main und Clementine Kinderhospital
- Hochtaunus-Kliniken gGmbH
- Universitätsklinikum Heidelberg
- Fusion Universitätsklinikum Freiburg / Herz-Zentrum Bad Krozingen
- Fusion Universitätsklinikum Aachen / academisch ziekenhuis Maastricht
- Universitätskliniken des Landes Baden-Württemberg
- Land Mecklenburg-Vorpommern (Universitätsklinikum Greifswald)
- Land Rheinland-Pfalz (Universitätsklinikum Mainz)
- Universitätsklinikum Essen
- Universitätsklinikum Dresden
- Klinikum Aschaffenburg
- Region Hannover
- Stadt Offenbach
- Klinikum Kassel und Stadt Kassel
- Landkreis Meißen/Radelbeul
- Landkreis Wetterau

### Verkäufermandate

- Land Hessen (Universitätsklinikum Gießen/Marburg)
- Klinikum Region Hannover
- Hansestadt Wismar
- Stadt Salzgitter
- Landkreis Gifhorn
- Stadt Wittingen (Personalrat des MZS Schwerin)
- Hansestadt Stralsund
- Stadt Wuppertal

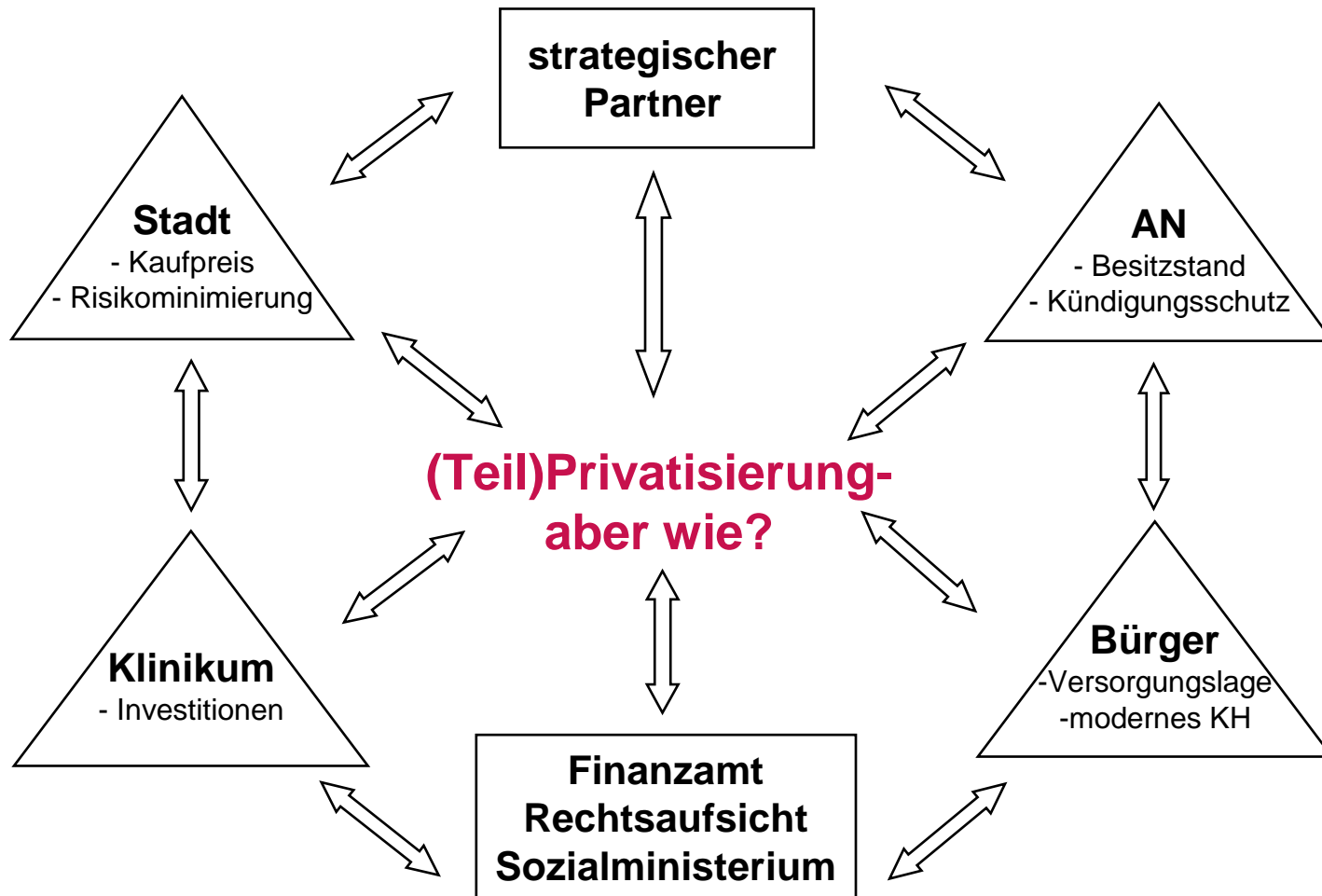
### Käufermandate

- Stadt Lüneburg
- Klinikum Region Hannover GmbH
- Bistum Osnabrück

### PPP-Projekte

- 2 PPP-Projekte in Hessen
- PPP-Projekt in Baden-Württemberg
- Universitätsklinikum Essen

## Praxis: „Verkauf unter extremem Zeitdruck“



... im Rahmen eines ungelösten Spannungsverhältnisses unterschiedlicher und widerstreitender Interessen und zahlreicher offener Rechtsfragen

## **Empfehlungen zum Einstieg in eine gelungene Privatisierung:**

### **1. Umfassende und weitsichtige Vorstrukturierung**

- (soweit erforderlich) sorgfältig vorbereitete und durchgeführte „formelle Privatisierung“
- Abstimmungen mit den zuständigen Behörden

### **2. Motive und Ziele der Privatisierung sind klar**

### **3. Mitarbeiter verstehen und unterstützen das Projekt – partizipieren am Privatisierungserfolg**

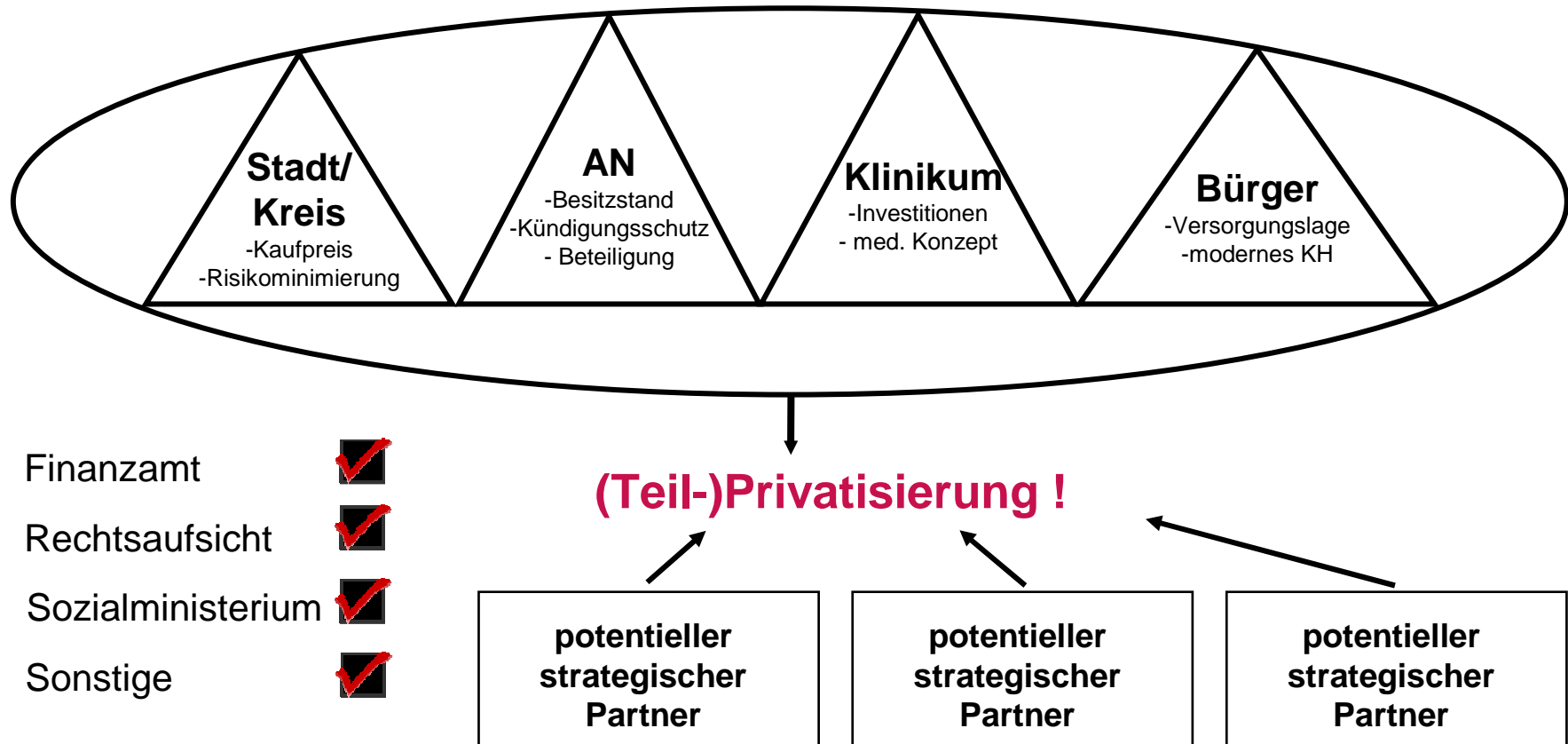
### **4. Politisch eindeutige Meinungslage**

## **Beantwortung der zentralen W-Fragen:**

**Was wird warum, wann und wie (teil-)privatisiert?**



## Konzentration auf den Wettbewerb



- **Phase 1:** Erarbeitung eines Privatisierungskonzeptes unter Einbindung aller Beteiligten plus Lösung wesentlicher rechtlicher / steuerlicher Aufgabenstellungen im Vorfeld
- **Phase 2:** Konzentration auf die Verhandlungen mit den Bietern

## **II.**

# **Rechtsgrundlagen des (Teil-)Privatisierungsverfahrens**

## Rechtsgrundlagen des (Teil-)Privatisierungsverfahrens

- **grds. kein förmliches Vergabeverfahren**

Die (Teil-)Veräußerung eines Krankenhausbetriebes oder der Geschäftsanteile an einer „Krankenhaus GmbH“ muss aus rechtlichen Gründen grds. nicht im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens erfolgen (Ausnahme: „eingekapselter öffentlicher Auftrag“)

- **öffentlich-rechtliche Vorschriften fordern aber die Erzielung des „besten Wertes“ in einem fairen Verfahren**

- **Praxis: Diskriminierungsfreier und transparenter öffentlicher Bieterwettbewerb innerhalb eines engen Zeitrahmens mit klar definierten Verfahrensregeln und Verfahrensabschnitten**

**„quasi förmliches Verhandlungsverfahren“**

## Rechtsgrundlagen des (Teil-)Privatisierungsverfahrens

### ■ Grundsatzbeschluss des Stadtrates / Kreistages

- der Grundsatzbeschluss muss einerseits **konkret** genug sein, um der Verwaltung (und den Beratern) als Ermächtigungs- und Arbeitsgrundlage für die Umsetzung der materiellen Privatisierung zu dienen
  - Festlegung der wesentlichen Privatisierungsziele
  - Gewichtung der Privatisierungsziele?
- der Grundsatzbeschluss muss andererseits **Spielraum für individuelle Gestaltungen** und Entscheidungen während des Verfahrens lassen
  - endgültige Definition der Transaktionsstruktur
  - Zwischenbewertung und Auswahl der Bieter
  - Veräußerung weiterer Anteile (z. B. via „put-option“)

## Rechtsgrundlagen des (Teil-)Privatisierungsverfahrens

### ■ Privatisierungsziele

- langfristige Sicherung einer umfassenden und hochwertigen medizinischen Versorgung („Standortsicherung“)
- verbindliche Investitionszusagen der Höhe nach (und dem Grunde nach)
- angemessene Sicherung der Arbeitnehmerinteressen
- maximaler Kaufpreis
- Mehrheitsverkauf (!) – keine Alternativszenarien zur Beteiligungshöhe!  
– Alternativszenarien sind meist Etikettenschwindel
- eine steuerlich und finanzierungstechnisch – für beide Seiten – optimale Transaktionsstruktur ...

### **III.**

**Der „beste Partner“ findet  
sich nur im Wettbewerb**

## **Wettbewerb bedingt Vertraulichkeit und Verlässlichkeit des Verfahrens**

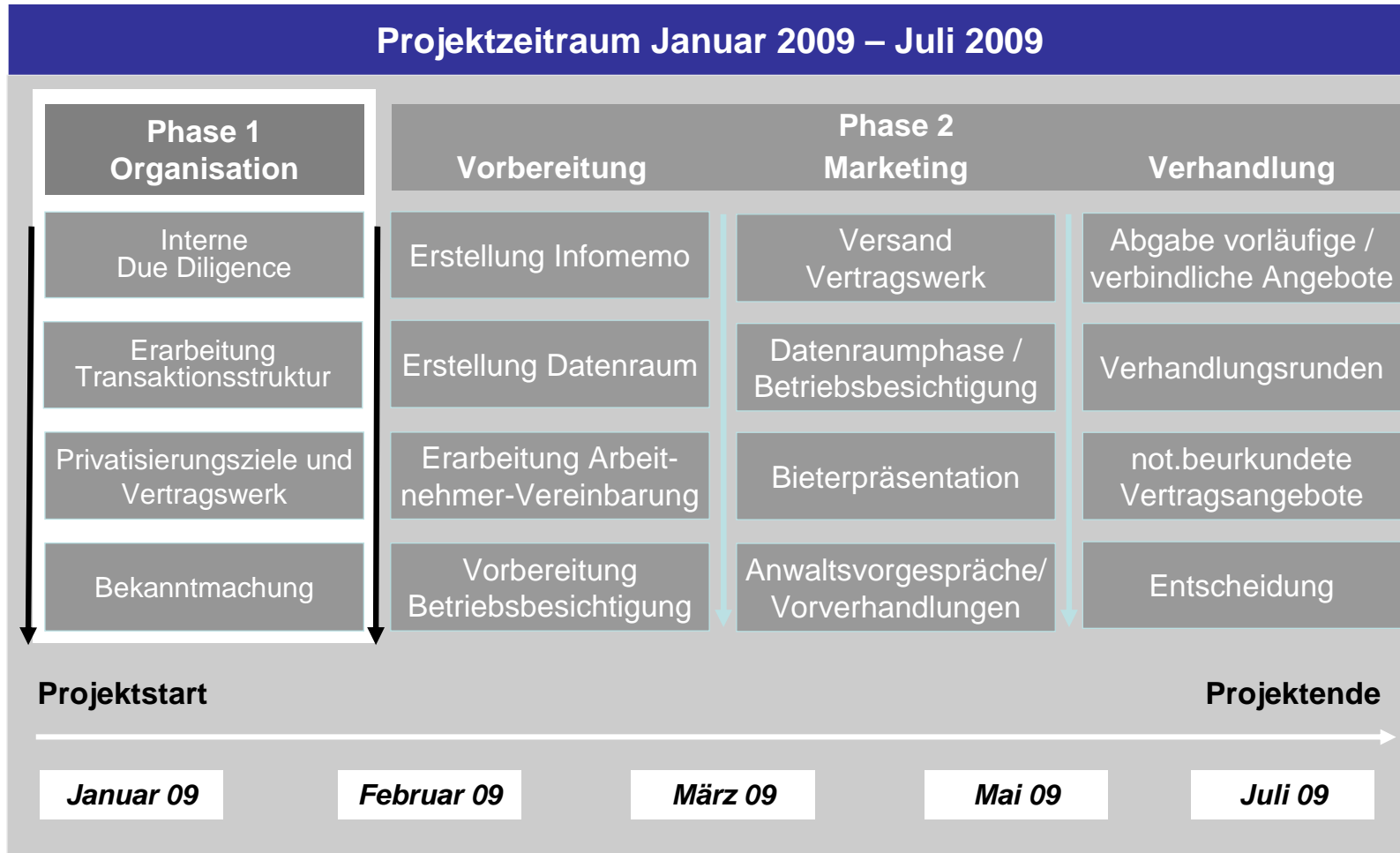
- **ansonsten Nivellierung der Angebote und damit „Durchschnittsangebote“**
- **Faires und transparentes Verfahren**
- **Risiko der Konkurrentenklage**

## **„Konzeptwettbewerb“, nicht „Kaufpreiswettbewerb“**

- **Bieterwettbewerb allein um den höchsten Kaufpreis?**
- **besser: Wettbewerb um das beste**
  - „medizinische Konzept“,
  - „organisatorische Konzept“
  - „wirtschaftliche Konzept“ und um das beste
  - „Personalkonzept“
- **die Ergebnisse des Konzeptwettbewerbs**
  - müssen umfassend, soweit als möglich konkret und in jedem Fall rechtssicher ihren Niederschlag im „Beteiligungsvertrag“ finden
  - den individuellen Besonderheiten der Bieter Rechnung tragen



## Wichtige Verfahrensabschnitte („Meilensteine“)



**sorgfältige Vorbereitung – Zeitdruck während des Verfahrens**

# IV.

## Projektorganisation

## Projektorganisation

- **1. Hierarchieebene: Stadtrat / Kreistag**
  - Grundsatzbeschluss und Letztentscheidung
  
- **2. Hierarchieebene: „Lenkungsgruppe“**
  - Krankenhaus
  - Verwaltung
  - Arbeitnehmer (!)
  - Berater (ohne Stimmrecht)
  
- **3. Hierarchieebene: „Arbeitsgruppen“**
  - Krankenhaus
  - Verwaltung
  - Berater

**Nach Möglichkeit keine Grundsatzentscheidungen  
während des Verfahrens!**

**V.**

# **Transaktionsstrukturen**

## „asset deal“

- **Verkauf der Aktiva / Passiva eines Krankenhausbetriebs im Wege der „Einzelrechtsnachfolge“**
  - Verkäufer ist „das Krankenhaus“
  - wird von den privaten Krankenhausbetreibern bevorzugt / ermöglicht „Rosinenpickerei“
  - **Gefahr: Verbindlichkeiten / Risiken werden nicht übertragen**  
**Lösung:** asset deal in Eigenregie plus anschließender „share deal“
  - § 613a BGB

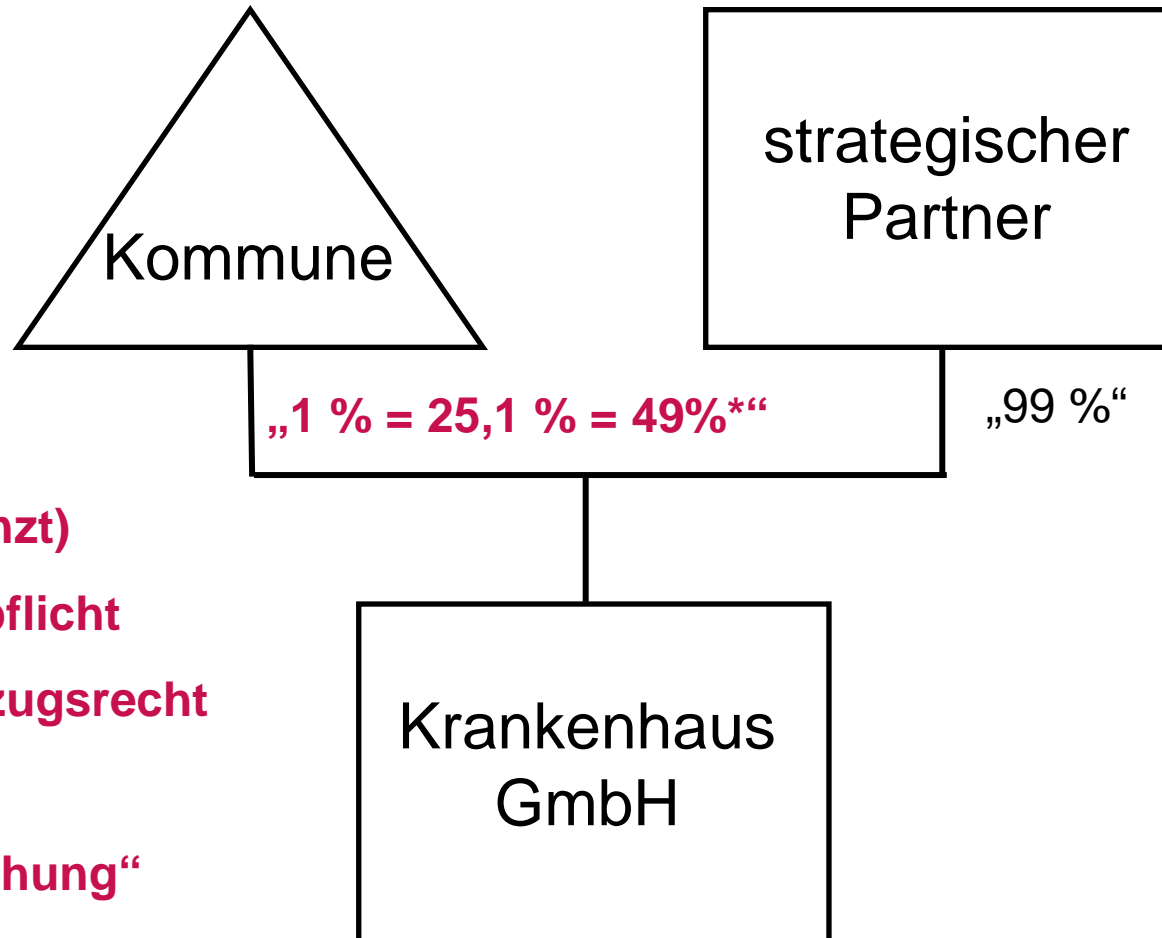
## **„share deal“**

- **Verkauf von Geschäftsanteilen an einer „Krankenhaus GmbH“**
  - „alles geht automatisch über“
  - „Rosinenpickerei“ durch den Verkäufer möglich
  - kein Betriebsübergang im Sinne des § 613a
  - kein steuerliches Abschreibungsvolumen
  
- **„share deal“ ist aus Verkäufersicht grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber „asset deal“**

## Verkauf der „betriebsnotwendigen Grundstücke“?

- Zurückbehalt über („bayerische“) Verpachtungsmodelle (auch) im Hinblick auf Fördermittel problematisch
- Übertragung empfehlenswert – „keine Trennung von Betrieb und Besitz“
  - via „Grundstücksverkauf“ oder via „Erbpacht“
  - Betriebsaufspaltung zur Verbesserung der Finanzierungsoptionen?
- Grunderwerbsteuer
  - in der Regel unproblematischer („billiger“) als befürchtet ... (Abzug der Fördermittel von der Bemessungsgrundlage)
  - „doppelte Grunderwerbsteuer“ ist Haftungsfall für den Berater ...
- beschränkt persönliche Grunddienstbarkeit
  - zur Absicherung des Versorgungsauftrages und der Fördermittel ...

## „Zwerganteil“



- Vetorechte (ggf. zeitlich begrenzt)
- keine Nachschusspflicht
- kein Dividendenbezugsrecht
- „Put-Option“
- Heimfall via „Einziehung“
- „politisch“ vorteilhaft

\* freie Gestaltbarkeit der Gesellschafterrechte unabhängig von der nominellen Beteiligungshöhe !



## **VI.**

# **Das Vertragswerk**

## Kaufvertrag („Rahmenvertrag“) – ausgewählte Themen

- Kaufgegenstand
- Kaufpreis und Kaufpreiszahlungsmodalitäten
  - Verzinsung des Kaufpreises bis Wirksamwerden des Vertrages
  - Absicherung über Bürgschaft / Treuhandkonto
- wirtschaftlicher Stichtag
- Gewährleistungen
  - „Eigenkapitalgarantie“ vermeiden
  - „Datenraum enthaftet“
- Kartellrecht !

**Das Vertragswerk muss von Anfang an  
und insgesamt realistisch sein**

## Gesellschaftsvertrag – ausgewählte Themen

- Unternehmensgegenstand
  - „Krankenversorgung“ im Rahmen der (landes-)gesetzlichen Vorgaben
- Sitz
- Stammkapital
  - Stammkapitalherabsetzung nur mit Zustimmung
- Vinkulierung
  - „qualifizierte“ Konzernklausel plus „Mindesthaltefrist“
- Aufsichtsrat / medizinischer Beirat

## Gesellschaftsvertrag – ausgewählte Themen

- Vetorechte
  - Wirtschaftsplan zur Absicherung der Investitionsverpflichtungen
  - nicht bezüglich des laufenden Geschäfts
  - kein GF-Benennungsrecht
  - „asset deal“ nur mit Zustimmung
  
- Einziehung („Heimfall“)
  - Insolvenz der GmbH oder des strategischen Partners
  - Verletzung „Versorgungsauftrag“
  - ggf. weitere besonders schwere Pflichtverletzungen (z. B. im Rahmen des Personalkonzepts)
  - Entschädigung: Verkehrswert minus „30 %“

## Konsortialvertrag – ausgewählte Themen

- Privatisierungsziele
  - Geschäftsgrundlage?
- Versorgungsauftrag
  - verpflichtet sind der Partner und die Krankenhaus GmbH
- medizinisches Konzept
  - was passiert mit welcher Klinik?
  - wo wird was (voraussichtlich) investiert?
  - detailliert, aber Art der Investitionen schwer „abzusichern“, weil Flexibilität erhalten bleiben muss
  - Höhe der Investitionen muss abgesichert werden (z. B. durch Vertragsstrafe)

## Konsortialvertrag – ausgewählte Themen

- Organisatorisches Konzept
  - wer wird Geschäftsführer?
  - Besetzung des Aufsichtsrates / medizinischen Beirates
  - Stellung des Krankenhauses im Konzern
  - Stellung der Chefarzte?
  - „Outsourcing“?
  
- Personalkonzept
  - Beschäftigungssicherung
  - Aus- und Weiterbildung
  - Haustarifvertrag?

## Konsortialvertrag – ausgewählte Themen

- Wirtschaftliches Konzept
  - Investitionsverpflichtung – Konzeptvorschlag:
    - „unabhängig“ von Fördermitteln
    - keine Beschränkung auf „Eigenmittel“
    - Definition „Investition“
    - echte Investitionsverpflichtung mit Pönale
  - Stammkapitalerhöhung
  - „Verrechnungspreise“

## „Put-Option“

- **(einseitiges) Recht der Kommune**
  - innerhalb eines bestimmten Zeitraums (z. B. nach Ablauf einer „Probezeit“)
  - zu einem definierten Preis
  - ihren „Zwerganteil“ verkaufen zu dürfen
  
- **Absicherung der „Grundrechte“ auch nach Ausübung der Put-Option erforderlich**
  - Grundrechte bestehen unabhängig von der Beteiligungshöhe
  - Absicherung „nur“ noch auf schuldrechtlicher Ebene?



# VII.

## Sonderthemen

## Sonderthemen

### ■ Finanzamt

- „verbindliche Auskunft“ insbesondere zu folgenden Themen:
  - steuerneutrale Beendigung des steuerlichen Status der Gemeinnützigkeit
  - steuerneutrale Ausgliederung des Eigenbetriebs in eine Gesellschaft des Privatrechts
- ggf. Abstimmung hinsichtlich der Bewertung
- Grunderwerbsteuer

## Sonderthemen

### ■ Rechtsaufsicht

- frühzeitige Abstimmung und laufende Einbindung empfehlenswert
  - Zulässigkeit der Veräußerung einer Mehrheitsbeteiligung
  - Rechtmäßigkeit des Verfahrens und der „Wertfindung“
  - Veräußerung erfolgt – soweit möglich – **nicht** unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung der Rechtsaufsicht

## Sonderthemen

### ■ Sozialministerium

- frühzeitige Abstimmung empfehlenswert
  - Sicherstellung des Versorgungsauftrages (Heimfallklausel, Grunddienstbarkeit etc.)
  - keine Rückforderung von Fördermitteln

### ■ Justizministerium

- Abstimmung z. B. erforderlich, falls das Klinikum den Maßregelvollzug nach den Vorschriften des StGB, JGG übernommen hat
- share deal hat grds. keine Auswirkungen auf den ö-r Vertrag, da kein Trägerwechsel stattfindet

## Sonderthemen

### ■ VBL / ZVK

- Mitgliedschaft im Kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) wird beibehalten
  - keine Auswirkungen auf die VBL/ZVK-Beteiligung
- Beendigung der Mitgliedschaft im KAV und keine dem BAT entsprechende Altersversorgung (z. B. Haustarifvertrag)
  - VBL/ZVK kann Mitgliedschaft des Klinikums kündigen (Gegenwertzahlungen !)
  - Fortsetzung der VBL/ZVK-Beteiligung mit Umlageerhöhung
  - oder Ausfallhaftung des öffentlichen Trägers teilweise möglich

## Sonderthemen

- **KSA (kommunaler Schadensausgleich oder ähnliches)**
  - ein Ausscheiden aus dem KSA hat nicht unerhebliche Ausgleichszahlungen für die in der Vergangenheit liegenden Risiken zur Folge
  - trotz mehrheitlicher Veräußerung der Anteile an einen strategischen Partner kann der Verbleib des Klinikums im KSA möglich sein („öffentlicher Auftrag wird weiter erfüllt“)
  - Risiko kann zwischen Verkäuferin und strategischen Partner geteilt werden (begrenzter Kaufpreiserhöhungsanspruch bei Verbleib / begrenzte Kaufpreisreduzierung bei Ausscheiden)

## **VIII.**

# **Verhandlungsführung und Verhandlungsstrategie**

## Verhandlungsführung und Verhandlungsstrategie

- Vertraulichkeit!
- präzise Verfahrensbriefe
- „Anwaltsgespräche“
- verlässlicher Zeitplan – Zeitdruck aufbauen
- Verhandlungsführung durch die Berater
  - Politik, Verwaltung und Krankenhaus werden laufend informiert
  - „Elefantenrunde“ zur finalen Optimierung
- Verhandlungen immer auf der Grundlage eigener Verträge!
- ggf. parallele Verhandlungen



**IX.**

**Fazit**

## Fazit

- **wenn (Teil-)Privatisierung, dann**
  - gut vorbereitet und strukturiert
  - Suche des besten Partners im Wettbewerb eines offenen und fairen Verfahrens
  - Konzeptwettbewerb
  - Krankenhausleitung sollte sich aktiv in das Verfahren einbringen
- **Überlegenswerte Alternativen zur (Teil-)Privatisierung**
  - mehr unternehmerische Freiheit für das Krankenhaus
  - echte Mitarbeiterbeteiligung am Erfolg und an der Wertsteigerung
  - **Aufbau kommunaler Verbände!**    - **PPP**

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

**Ich stehe für Ihre Fragen gerne zur Verfügung.**

**Thomas Köhler**

Rechtsanwalt – Fachanwalt für Steuerrecht

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Mergenthalerallee 10-12 – 65760 Eschborn / Frankfurt am Main

Tel: 06196/ 592-27027 – Fax: 06196/ 592-110

Mobil: 0152 / 016 27027

E-mail: [thomas.koehler@luther-lawfirm.com](mailto:thomas.koehler@luther-lawfirm.com)