



MARTINI·MOGG·VOGT

RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

Rechtliche Stellungnahme

für die

Stadt Koblenz

(1027/18)

und den

Landkreis Mayen-Koblenz

(1780/20)

zu dem Gutachten des Wissenschaftlichen Diensts des Landtags Rheinland-Pfalz vom 27.04.2022 mit dem Titel „Nationale und europarechtliche Vorgaben der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung“

Martini Mogg Vogt PartGmbH

Koblenz, Juli 2022

MMV Koblenz

Ferdinand-Sauerbruch-Str. 28
56073 Koblenz
Telefon +49 261 / 88 44 66
Telefax +49 261 / 80 08 01

MMV Bonn

Joseph-Schumpeter-Allee 23
53227 Bonn
Telefon +49 228 / 18 43 798 - 0
Telefax +49 228 / 18 43 798 - 71

MMV Mainz

Essenheimer Str. 157
55128 Mainz
Telefon +49 6131 / 26 511 - 0
Telefax +49 6131 / 26 511 - 13

MMV Stuttgart

Hasenbergstr. 95A
70176 Stuttgart
Telefon +49 711 / 576 046 - 30
Telefax +49 711 / 576 046 - 40



Gliederung

A.	Management Summary.....	3
I.	Ausgangslage.....	3
II.	Ergebnisse der rechtlichen Prüfung	3
1.	Zu der ersten Aussage des Gutachtens.....	4
2.	Zu der zweiten Aussage des Gutachtens.....	6



A. Management Summary

I. Ausgangslage

- 1 Unter dem 27.04.2022 hat der Wissenschaftliche Dienst des Landtags Rheinland-Pfalz (nachfolgend: WD) ein Gutachten mit dem Titel „Nationale und europarechtliche Vorgaben der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung“ (nachfolgend: „Gutachten“) im Auftrag der Landtagsfraktion FREIE WÄHLER vorgelegt. Darin nimmt der WD zu insgesamt neun von der Landtagsfraktion FREIE WÄHLER aufgeworfenen Fragen rechtlich Stellung. Dieses Gutachten wird öffentlich verkürzt mit dem Ergebnis dargestellt, dass damit die von der Stadt Koblenz und dem Landkreis Mayen-Koblenz beschlossene Vorgehensweise, gemeinsam mit den kirchlichen Stiftungen zunächst allein mit der Sana Kliniken AG über einen Anteilserwerb an der Gemeinschaftsklinikum Mittelrhein gGmbH (nachfolgend „GKM gGmbH“) zu verhandeln, ausgeschlossen sein dürfte.
- 2 Die Kommunen haben uns beauftragt, die Relevanz des Gutachtens des WD für die Situation des Gemeinschaftsklinikums zu untersuchen.
- 3 In Bezug auf den hiesigen Prüfungsauftrag sind folgende wesentlichen Aussagen des WD unter Berücksichtigung des vorliegenden Einzelfalls zu würdigen:
 - (1) Die gezielte Veräußerung von kommunalen Geschäftsanteilen an einen privaten Investor ohne vorherige Durchführung eines Bieterverfahrens sei – vorbehaltlich der jeweiligen Einzelfallgestaltung - als beihilfenrechtlich relevante Begünstigung angreifbar und überdies haushaltsrechtlich problematisch.
 - (2) Die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens und die Veräußerung an den Meistbietenden sei aus Gründen des Verfassungsrechts und des Europarechts wegen durchsetzbarer Rechtspositionen eventuell interessierter Unternehmen erforderlich.
- 4 Die Ergebnisse dieser gutachterlichen Prüfung sind zusammengefasst die folgenden.

II. Ergebnisse der rechtlichen Prüfung

- 5 Das Gutachten des WD vom 27.04.2022 setzt sich nicht konkret mit der gemeinsamen (teilweisen) Veräußerung der Geschäftsanteile der kommunalen Gesellschafter und der privaten Gesellschafter der GKM gGmbH auseinander, sondern beantwortet entsprechend des dortigen Prüfungsauftrags die von der Landtagsfraktion FREIE WÄHLER formulierten Rechtsfragen in allgemeiner Form. Die Landtagsfraktion FREIE WÄHLER hat zwar in ihrem Gutachtenauftrag die GKM gGmbH als Beispiel erwähnt, den Fall aber in Bezug auf die Gesellschafterstruktur der GKM



gGmbH nicht näher erläutert. Sie formuliert ihre Gutachtenfragen insofern allgemein in Bezug auf die Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft. Die Aussagen des WD sind folglich (notwendigerweise) ohne Bezug zu den Umständen des Einzelfalls erstellt worden. Es handelt sich dabei nicht um eine Prüfung der Veräußerung von Geschäftsanteilen der Stadt Koblenz und des Landkreises Mayen-Koblenz an der GKM gGmbH. Auf das Erfordernis einer – im Gutachten nach eigener Aussage des WD in Bezug auf den Vorgang GKM gGmbH unterbliebenen - Einzelfallprüfung weist der WD in seinem Gutachten ausdrücklich hin.

- 6 Festzuhalten ist daher, dass der WD – mangels der von der auftraggebenden Fraktion unterlassenen zutreffenden und vollständigen Sachverhaltsschilderung und mangels eigener Recherche – die aktuellen Verhandlungen bei der GKM gGmbH nicht bewertet hat. Dem Gutachten liegt der Grundfall eines Krankenhauses in öffentlicher Trägerschaft zugrunde, über dessen Anteile und deren Veräußerung die öffentliche Hand frei disponieren kann. Dieser Fall unterscheidet sich wesentlich von dem Fall der GKM gGmbH, an dem öffentliche Gesellschafter (Stadt Koblenz, Landkreis Mayen Koblenz) und private (kirchliche) Gesellschafter zu gleichen Teilen beteiligt sind. Aus dieser Abweichung vom Regelfall ergeben sich erhebliche Unterschiede in der rechtlichen Bewertung.

1. Zu der ersten Aussage des Gutachtens

- 7 Das EU-Beihilfenrecht untersagt den EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich, bestimmten (einzelnen) Unternehmen wirtschaftliche Vorteile aus öffentlichen Mitteln zu gewähren, sie also zu begünstigen. Zu einer solchen Begünstigung kann es kommen, wenn der Kaufpreis für die veräußerte Beteiligung an nicht dem marktüblichen Preis entspricht, sondern zu niedrig ist. Diesen Prüfungsmaßstab leitet auch der WD auf Seite 20 seines Gutachtens zutreffend her.
- 8 Entscheidend für die EU-beihilfenrechtliche Bewertung ist daher, ob der Käufer der zu veräußernden kommunalen Geschäftsanteile an der GKM gGmbH den marktüblichen Preis hierfür bezahlt. Zur Ermittlung des Marktpreises sind nach den Vorgaben der EU-Kommission mehrere verschiedene Ermittlungsmethoden zulässig; die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens ist eine davon. Das Nähere hat die EU-Kommission zuletzt in einer Bekanntmachung aus dem Jahr 2016 detailliert beschrieben¹. Die EU-Kommission unterscheidet insoweit zwischen Fällen, in denen der Marktpreis direkt mittels sog. transaktionsspezifischer Marktdaten festgestellt werden kann (1. Fallgruppe), und Fällen, in denen der Marktpreis in Ermangelung

¹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe iSd. Art. 107 Abs. 1 AEUV, Az. 2016/C 262/01 vom 19.07.2016, nachfolgend: „Beihilfenbekanntmachung“.



solcher Daten nach anderen verfügbaren Methoden geprüft werden muss (2. Fallgruppe)².

- 9 Richtig ist insofern die Feststellung des WD, dass u.a. bei dem Verkauf von Vermögenswerten der Marktpreis in einem **wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren** festgestellt werden kann. Dies zählt zu der ersten vorgenannten Fallgruppe, weil der Marktpreis bei dem Verkauf selbst (also direkt und transaktionsspezifisch) festgestellt wird. Würden die kommunalen Geschäftsanteile an der GKM gGmbH meistbietend in einem Ausschreibungsverfahren veräußert, spräche daher eine Vermutung dafür, dass dieser Höchstpreis der Marktpreis der Geschäftsanteile ist. Dabei ist der **bedingungsfreie Charakter** der Ausschreibung eine ganz wesentliche Voraussetzung für diese Vermutung der Beihilfefreiheit. Hintergrund hierfür ist, dass, wenn der Staat als Verkäufer dem Käufer bestimmte Bedingungen auferlegt, er zugleich den Kaufpreis potentiell verringert und somit auf zusätzliche Mittel verzichtet. Soll demnach durch ein Ausschreibungsverfahren die Einhaltung des EU-Beihilfenrechts bei der Veräußerung nachgewiesen werden, sollten dem Käufer nur solche Bedingungen gestellt werden, die ein privater Veräußerer ebenfalls stellen würde. Entspricht ein Ausschreibungsverfahren nicht diesen Grundsätzen, kann der erzielte Veräußerungserlös nicht als beihilfenfrei angesehen werden. Das bedeutet, dass in diesen Fällen unter Umständen trotz der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens gegen das EU-Beihilfenrecht verstoßen wird.
- 10 **In gleicher Weise** ist der Nachweis der Marktüblichkeit auch dann geführt, wenn öffentliche Stellen (hier: die Stadt Koblenz und der Landkreis Mayen-Koblenz) gemeinsam mit privaten Wirtschaftsbeteiligten, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, eine Transaktion zu gleichen Bedingungen, also mit gleich hohen Risiken und Erträgen, vollziehen (sog. pari-passu-Transaktion). Hieraus ist nach Auffassung der EU-Kommission in der Regel der Schluss zu ziehen, dass die betreffende Transaktion den Marktbedingungen entspricht. Auch dies stellt einen Fall der transaktionsspezifischen Marktdaten dar (1. Fallgruppe). Diese Vorgehensweise ist hinsichtlich der GKM gGmbH beabsichtigt. Wenn die öffentlichen und privaten (kirchlichen) Gesellschafter der GKM gGmbH gleichzeitig zu gleichen Bedingungen Anteile veräußern, ist die Marktüblichkeit der vereinbarten Bedingungen zu vermuten. Dass diese Fallgestaltung in dem Gutachten des WD nicht angesprochen wird, begründet sich unseres Erachtens daraus, dass dort gerade nicht die Konstellation in Sachen GKM gGmbH geprüft wurde.
- 11 **Auch unabhängig davon** verpflichtet das EU-Beihilfenrecht die Kommunen nicht zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens. In ihrer Bekanntmachung zum

² Beihilfenbekanntmachung, Tz. 83.



Beihilfenbegriff (Fn. 1) hält die EU-Kommission fest, dass bei Zustandekommen einer Transaktion außerhalb der 1. Fallgruppe – also ohne Ausschreibung und ohne Einhaltung des pari-passu-Kriteriums -

„die Einhaltung der Marktbedingungen immer“

- so der Wortlaut der Bekanntmachung, Rn 97, Hervorhebung nur hier - durch eine Begutachtung im Wege eines Benchmarkings oder einer sog. anderen Bewertungsmethode nachgewiesen werden kann. Dies kann etwa in Form eines Sachverständigengutachtens erfolgen, sofern dieses durch einen qualifizierten Sachverständigen erstellt wurde und inhaltlich bestimmten methodischen Anforderungen genügt. Eine derartige gutachterliche Bewertung wird für die Veräußerung der Geschäftsanteile an der GKM gGmbH hier erstellt.

- 12 Festzuhalten ist damit, dass die Einhaltung des EU-Beihilfenrechts bei der ins Auge gefassten Veräußerung von Geschäftsanteilen der kommunalen Gesellschafter an der GKM gGmbH doppelt abgesichert sein wird. Zum einen ergibt sich dies aus der Transaktion selbst, weil geplant ist, dass die kommunalen und privaten Gesellschafter der GKM gGmbH gleichzeitig und zu gleichen Bedingungen Anteile veräußern werden. Zum anderen wird zusätzlich durch ein Sachverständigengutachten sichergestellt, dass der gezahlte Preis und die Bedingungen insgesamt den Marktbedingungen entsprechen.
- 13 Soweit es die **haushaltsrechtlichen** Vorschriften betrifft, gilt dies im Ergebnis in gleicher Weise. Maßgeblich ist nach den Vorgaben der Gemeindeordnung (§ 79 GemO), dass die Veräußerung kommunaler Vermögensgegenstände nicht unterhalb des Verkehrswerts erfolgen darf („Verschleuderungsverbot“). Ob dieser Wert durch ein Sachverständigengutachten oder durch ein Ausschreibungsverfahren ermittelt wird, ist demnach nicht maßgeblich. Die Gemeindeordnung enthält keine ausdrückliche Regelung der Frage, wie der Verkehrswert zu ermitteln ist. Die gesetzlichen Bestimmungen werden gängig so ausgelegt, dass der Verkehrswert entweder durch ein Sachverständigengutachten nach anerkannten und vorgesehenen Wertermittlungsverfahren und -vorschriften oder durch eine Ausschreibung festzustellen ist.

2. Zu der zweiten Aussage des Gutachtens

- 14 Die zweite Aussage – verfassungsrechtliche und europarechtliche Bindungen machten ein Ausschreibungsverfahren erforderlich – ist wiederum vor dem Hintergrund des von dem WD zugrunde gelegten Rechtsfalls zu sehen.
- 15 Insofern geht die in dem Gutachten zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung von dem Fall aus, dass eine öffentliche Stelle ein ihr gehörendes Unternehmen veräußert und hinsichtlich der Vorgehensweise bei der Wahl des Vertragspartners frei



ist. In diesem Fall hätten die kommunalen Gesellschafter, wenn sie ein Ausschreibungsverfahren zur Wahl eines Mitgesellschafters durchführen, gegebenenfalls die Grundrechte Dritter zu respektieren. Unter bestimmten Umständen könnte auch eine Bindung an unionsrechtliche Grundfreiheiten in Betracht kommen.

- 16 Es bedarf an dieser Stelle keiner Klärung, ob die vom WD vertretene Auffassung zutreffend ist oder es nicht vielmehr so ist, dass die vom WD in Bezug genommene Rechtsprechung, der Sachverhalte mit einem erheblichen Beschaffungsbezug zugrunde lagen, auf Veräußerungsvorgänge überhaupt nicht Anwendung findet. Denn die vom WD im Rahmen seiner abstrakten Prüfung ohne Bezug zur GKM gGmbH in tatsächlicher Hinsicht zugrunde gelegten Annahmen sind nicht auf die bei der GKM gGmbH bestehenden Verhältnisse übertragbar, sondern unterscheiden sich deutlich. So sind – um mit Rücksichtnahme auf die laufenden Verhandlungen nur einen wesentlichen Gesichtspunkt zu nennen - die kommunalen Gesellschafter der GKM gGmbH nur zu insgesamt 50 % an der Gesellschaft beteiligt; im Übrigen sind vier private (kirchliche) Stiftungen Mitgesellschaftler. Eine einseitige Verfügung über ihre Beteiligung oder Teile hiervon können die kommunalen Gesellschafter nicht vornehmen, da nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags der GKM gGmbH hierfür ein Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einem Quorum von mindestens 90 % der Stimmen erforderlich ist. Auch können die Kommunen die privaten Mitgesellschaftler nicht veranlassen, ihre Beteiligungen oder Teile hiervon an einen von den Kommunen benannten Erwerber zu übertragen. Deshalb können die kommunalen Gesellschafter schon rein faktisch nicht bestimmen, dass nach den von ihnen definierten Kriterien ein EU-weites strukturiertes Ausschreibungsverfahren zur Suche eines neuen Gesellschafters durchgeführt wird und der Bestbieter sodann Geschäftsanteile sowohl der Kommunen als auch der Stiftungen erwerben kann.
- 17 Jedenfalls für die privaten (kirchlichen) Gesellschafter besteht im Rahmen der beabsichtigten Veräußerung keine Bindung an die Grundrechte und Grundfreiheiten dergestalt, dass diese in ihrer Entscheidung über das Ob und das Wie einer Anteilsveräußerung gebunden wären.

Koblenz, 14.07.2022

Jochen Eberhard
Rechtsanwalt
Steuerberater

Valentin Klumb B.A.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht