



## Nationale und europarechtliche Vorgaben der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung

### A. Auftrag

Die Fraktion FREIE WÄHLER hat sich mit E-Mail vom 27. Oktober 2021 an den Präsidenten des Landtags gewandt und bittet um die Erstellung eines Gutachtens zu den nationalen und europarechtlichen Vorgaben der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung.

Zur Begründung des Auftrags führt die Fraktion im Wesentlichen aus:

Die finanzielle Situation in vielen Kommunen sei sehr angespannt und drohe sich weiter zu verschlechtern. Der extrem hohe Grad der Verschuldung habe zur Folge, dass die betroffenen Kommunen in ihren Handlungs- und Investitionsmöglichkeiten beschränkt seien und blieben. Dies führe unter anderem dazu, dass im Bereich der Daseinsvorsorge kommunale Einrichtungen veräußert oder vollständig bzw. teilweise privatisiert würden. Dies betreffe in den letzten Jahren auch vermehrt Krankenhäuser in kommunaler Trägerschaft. Nicht erst seit Corona stehe das Gesundheitssystem und die flächendeckende Gesundheitsversorgung im Fokus der Wahrnehmung. Krankenhäuser seien von der „Privatisierungswelle“ in besonderem Maße betroffen, da sie häufig hohe Defizite erwirtschafteten und die kommunalen Träger diese nicht ausgleichen könnten. Als aktuelles Beispiel könne die finanzielle Lage des Gemeinschaftsklinikum Mittelrhein gGmbH (GKM) angeführt werden, wo der Stadtrat der Stadt Koblenz beschlossen habe, zur Umsetzung der Einstandortlösung sowie der Bauentwicklungsplanung in Mayen das Erfordernis zu sehen, einen strategischen Partner als Gesellschafter und Finanzierungspartner einzubinden.<sup>1</sup> Die Verhandlungen mit dem künftigen strategischen Partner liefen derzeit. Das Land Rheinland-Pfalz habe dem GKM bereits umfangreiche Zuschüsse für die Realisierung der Einstandortlösung in Aussicht gestellt.<sup>2</sup>

Die rechtssichere Veräußerung von kommunalem Vermögen sei sowohl anhand von nationalem Recht, insbesondere des Verfassungs- und Haushaltsrechts, als auch europarechtlicher Vorgaben, beispielsweise im Hinblick auf das EU-Beihilfenrecht, zu beurteilen.

---

<sup>1</sup> Beschlussvorlage BV/0465/2021 ö. S. des Stadtrates der Stadt Koblenz vom 15. Aug. 2021.

<sup>2</sup> Vgl. Drs. 18/652.

So habe der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages bereits in seinem Gutachten von 2007 zur „Privatisierung kommunalen Wohneigentums“<sup>3</sup> als rechtssicheren und besten Weg die Durchführung eines transparenten und offenen Bieterverfahrens empfohlen. Im Falle der Privatisierung von Krankenhäusern bzw. Veräußerung von kommunalen Geschäftsanteilen an einen privaten Investor seien darüber hinaus weitere verfassungsrechtliche Vorgaben und Finanzierungsfragen, auch seitens der Landesförderung, zu beachten.

Vor diesem Hintergrund bittet die antragstellende Fraktion um Beantwortung der nachfolgenden Fragen:

1. Welche öffentlich-rechtlichen nationalen und europarechtlichen Vorgaben müssen bei der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft wesentlich beachtet werden?
2. Sind insbesondere europaweite Ausschreibungen zwingend durchzuführen?
3. Wenn nein, wären diese aus Gründen der Rechtssicherheit aus Landessicht dennoch zu empfehlen?
4. Ist zu empfehlen, ein Bieterverfahren bei der Privatisierung von Krankenhäusern durchzuführen?
5. Ist die gezielte Veräußerung von kommunalen Geschäftsanteilen an einen privaten Investor ohne vorherige Durchführung eines Bieterverfahrens mit dem Beihilfenrecht zu vereinbaren?
6. Wenn Ziffer 5 bejaht wird, warum?
7. Welche rechtlichen Folgen könnte eine Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung ohne Einhaltung der nationalen und europarechtlichen Vorgaben, insbesondere des EU-Beihilfenrechts, haben?
8. Welche Auswirkungen könnte ein solcher Verstoß auf die Finanzierung privater Krankenhausträger, insbesondere für die in Aussicht gestellte Landesförderung haben?
9. Welche Auswirkungen für das Land Rheinland-Pfalz könnte ein solcher Verstoß mit sich bringen, wenn das Land bereits Fördergelder an den Träger gezahlt bzw. in Aussicht gestellt hat?

---

<sup>3</sup> <https://www.bundestag.de/resource/blob/407054/96dca7a626c82a928aad4ba5e58940d8/WD-7-087-07-pdf-data.pdf> (Abruf vom 20. Apr. 2022).

## B. Stellungnahme

### I. Vorbemerkungen

Unterfinanzierungen kommunaler Krankenhäuser können zu zunehmenden Privatisierungsbestrebungen führen. Denn während in einigen Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft die Entwicklung zu beobachten ist, dass Verluste steigen, können private Krankenhausträger regelmäßig Rücklagen erwirtschaften.<sup>4</sup> Die Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser kann daher die Möglichkeit bieten, steigende Verluste zu beenden.<sup>5</sup>

In der nachfolgenden gutachterlichen Prüfung werden im Rahmen der gestellten Fragen zunächst die öffentlich-rechtlichen nationalen und europarechtlichen Anforderungen an eine Veräußerung von kommunalem Vermögen betrachtet (unter II. 1). In diesem ersten Teil wird der Klärung der Frage nachgegangen, ob die öffentliche Hand, wenn sie auf der Verkäuferseite steht, an die Vorgaben des förmlichen Vergaberechts gebunden ist. Danach folgt ein Überblick über die bestehenden gesetzlichen Vorgaben des Kommunalrechts, des Krankenhausrechts, des Haushaltsrechts, des Verfassungsrechts, des Europarechts sowie des EU-Beihilfenrechts, welche bei der Veräußerung eines Krankenhausgeschäftsbetriebes durch die öffentliche Hand eine wesentliche Rolle spielen. Die Vorgaben des Wettbewerbsrechts sowie des Gesellschaftsrechts werden in der Begutachtung als dem Wirtschaftsprivatrecht zuzuordnende Rechtsgebiete ausgeklammert.

Daran schließt sich die weitere Darstellung des Erfordernisses europaweiter Ausschreibungen und der Durchführung von Bieterverfahren bei der Privatisierung von Krankenhäusern an (unter II. 2. bis II. 6.).

In einem letzten, dritten Teil (unter II. 7. bis II. 9) wird auf die rechtlichen Folgen bei Nichteinhaltung öffentlich-rechtlicher nationaler und europarechtlicher Vorgaben sowie die Auswirkungen auf die Finanzierung privater Krankenhausträger und das Land Rheinland-Pfalz, insbesondere im Hinblick auf die Landesförderung eingegangen.

---

<sup>4</sup> *Graf von Rittberg*, Verfahrensfragen bei der Privatisierung von Krankenhäusern, Mitteilungen des Bundesverbandes Deutscher Privatkrankenanstalten, f & w, 4/2000, 17. Jahrgang, S. 410.

<sup>5</sup> *Graf von Rittberg*, Verfahrensfragen bei der Privatisierung von Krankenhäusern, Mitteilungen des Bundesverbandes Deutscher Privatkrankenanstalten, f & w, 4/2000, 17. Jahrgang, S. 410.

## II. Fragestellungen

### 1. Welche öffentlich-rechtlichen nationalen und europarechtlichen Vorgaben müssen bei der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft wesentlich beachtet werden?

#### a. Anwendbarkeit des Vergaberechts

Eingangs stellt sich zunächst die praktisch bedeutsame Frage, ob die geltenden **vergaberechtlichen Bestimmungen**<sup>6</sup> auf das Verfahren zur Privatisierung von Krankenhäusern der öffentlichen Hand überhaupt Anwendung finden.

Je nach **Art des Privatisierungsvorhabens** können vergaberechtliche Bestimmungen zur Anwendung kommen.

#### aa. Privatisierungsformen

Privatisierung ist ein Oberbegriff für die unterschiedlichsten Maßnahmen, denen gemein ist, dass Aufgaben, die staatlichen Stellen obliegen, durch oder unter Beteiligung Privater bzw. in privater Rechtsform erbracht werden. Man unterscheidet grundlegend zwischen drei verschiedenen Erscheinungsformen der Privatisierung, wobei auch Mischformen ohne weiteres möglich sind.<sup>7</sup>

Von den Privatisierungsformen der **formellen** (Organisations-)Privatisierung<sup>8</sup> und der **funktionalen Privatisierung**<sup>9</sup> hebt sich die **materielle Privatisierung** (auch „echte“, „eigentliche“ und

---

<sup>6</sup> Die relevanten Normen für das Vergaberecht finden sich in der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL), der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), der Vergabeverordnung (VgV), der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) sowie im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

<sup>7</sup> Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, GWB, § 103, Rn. 169.

<sup>8</sup> Von einer formellen (Organisations-)Privatisierung spricht man, wenn die öffentliche Hand die Aufgabe weiterhin erfüllt, aber eine bislang in öffentlich-rechtlicher Form geführte Einrichtung (z. B. Eigen- oder Regiebetrieb) auf einen Rechtsträger überführt wird, der privatrechtlich organisiert ist (z.B. GmbH oder AG). Diese bloße Änderung der Organisationsform unterfällt nicht dem Vergaberecht, da es zu keiner Beteiligung eines Dritten kommt, vgl. *Bohle/Grau, Verschmelzung oder Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser? Aspekte des Kommunal-, des Gesellschafts- und des Vergaberechts, Das Krankenhaus, 9/2003, S. 705.*

<sup>9</sup> Von einer funktionalen Privatisierung (auch sog. „Outsourcing“) spricht man, wenn öffentliche Aufgaben an ein privates Unternehmen vergeben werden. Die Aufgabenverantwortung bleibt beim öffentlichen Träger, das private Unternehmen wird entsprechend reguliert und konzessioniert. Dieser Vorgang weist den engsten Bezug zum Vergaberecht auf, da der Beschaffungsvorgang im Vordergrund steht. Sofern ein kommunales Krankenhaus ein „Outsourcing“ von Laborleistungen, pathologischen Leistungen oder seiner Küche vornimmt, wird ein entgeltlicher Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen, auf den die §§ 97 ff. GWB Anwendung finden und sich das Ausschreibungsverfahren nach der Vergabeverordnung (VgV) und der Unterschwellenverordnung (UVgO) richtet, vgl. *Bohle/Grau, Verschmelzung oder Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser? Aspekte des Kommunal-, des Gesellschafts- und des Vergaberechts, Das Krankenhaus, 9/2003, S. 705 m. w. N.*

„**Aufgabenprivatisierung**“<sup>10</sup> genannt) ab, bei welcher sich der Staat einer bislang wahrgenommenen öffentlichen Aufgabe entledigt, indem er sie Privaten überlässt.<sup>11</sup> Die Kommune zieht sich hier durch Veräußerung eines Anteils oder des gesamten bisherigen Kommunalbetriebs an einen Dritten aus ihrem Tätigkeitsfeld zurück. Auch einige Fälle des sog. „**Public Private Partnership**“ sind dem Bereich der materiellen Privatisierung zuzuordnen, in welchen die öffentliche Hand Geschäftsanteile an einen Privaten veräußert und mit ihm eine gemeinsame Gesellschaft gründet.<sup>12</sup>

Der Fokus der nachfolgenden Betrachtung liegt ausschließlich auf dem Unternehmensverkauf eines öffentlichen Krankenhauses im Rahmen einer „**echten**“ **materiellen Privatisierung**, da es sich bei der formellen Privatisierung nur um eine reine Organisationsprivatisierung und um keinen eigentlichen öffentlichen „Verkauf“ handelt und die funktionale Privatisierung ganzer Krankenhäuser in der Praxis keine Rolle spielen dürfte.

#### **bb. Fehlender öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**<sup>13</sup>

Im Rahmen der materiellen Privatisierung eines Krankenhauses ist die Anwendbarkeit der streng formalisierten Vorgaben des in §§ 98 ff. GWB geregelten Vergaberechts im Regelfall zu verneinen.<sup>14</sup>

Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

Da die Schwellenwerte<sup>15</sup> sowohl bei der vollständigen als auch bei der Teilprivatisierung in der Regel überschritten sein dürften, hängt die Anwendung des Vergaberechts entscheidend davon ab, ob die **(Teil-) Veräußerung des Krankenhauses einer Gebietskörperschaft einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB darstellt**. Gemäß § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern<sup>16</sup> und Unternehmen über die **Beschaffung** von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

<sup>10</sup> Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, GWB, § 103, Rn. 170.

<sup>11</sup> Essing/Kürten, Besondere Herausforderungen bei Unternehmenskäufen und –verkäufen mit Beteiligung der öffentlichen Hand – dargestellt an Praxisbeispielen aus dem Energie- und Krankensektor, KommJur 2015, 366 (369) m. w. N.

<sup>12</sup> Bohle/Grau, Verschmelzung oder Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser? Aspekte des Kommunal-, des Gesellschafts- und des Vergaberechts, Das Krankenhaus, 9/2003, S. 702.

<sup>13</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Jun. 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 27. Jul. 2021 (BGBl. I. S. 3274).

<sup>14</sup> OLG Brandenburg, VergabeR 2004, 45 (49); Frenz, DÖV 2002, S. 186 ff.; a. A.: VG Gera, NZBau 2004, 632 (633).

<sup>15</sup> Vgl. § 106 Abs. 2 GWB zu den jeweiligen Schwellenwerten.

<sup>16</sup> Sektorenauftraggeber sind öffentliche Auftraggeber wie beispielsweise Gebietskörperschaften oder juristische oder natürliche Personen des Privatrechts, die in den Sektoren Trinkwasserversorgung, Energieversorgung und Verkehr tätig sind; vgl. § 100 Abs. 1 GWB zur näheren Definition des Begriffs des Sektorenauftraggebers.

Nach ganz herrschender Meinung<sup>17</sup> unterfällt die Veräußerung einer Gesundheitseinrichtung durch die Kommune als Verkäufer grundsätzlich nicht dem förmlichen Vergaberecht, da der durch die Veräußerung begründete Verzicht der öffentlichen Hand auf die bislang wahrgenommene Aufgabe **keinen Beschaffungsvorgang i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB** darstellt.<sup>18</sup> Die öffentliche Hand „beschafft“ nichts, sie tritt nicht als Nachfrager auf und bezahlt auch kein Entgelt – sie erhält vielmehr eines vom Erwerber.<sup>19</sup> Bei materiellen Privatisierungen fehlt es daher gerade an dem einem öffentlichen Auftrag immanenten Beschaffungsvorgang.<sup>20</sup>

Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn die Anteilsübertragung entweder direkt mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags an den neuen Gesellschafter zusammenfällt oder der Gesellschaftsvertrag den neu eintretenden privaten Gesellschafter indirekt an einem derartigen Auftrag beteiligt.<sup>21</sup> Liegt kein Fall einer bloßen Klinikveräußerung vor, sondern beschafft sich die öffentliche Hand zusätzliche Leistungen, kommt das förmliche Vergaberecht zur Anwendung.<sup>22</sup> Daher ist das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags im Sinne des § 103 GWB in jedem Einzelfall zu prüfen.

## b. Kommunalrecht

### aa. Selbstverwaltungsgarantie und Sicherstellungsauftrag

Für die Ausgestaltung des Privatisierungsprozesses erlangt bei kommunalen Krankenhäusern die kommunale **Selbstverwaltungsgarantie** Bedeutung, welche durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sowie durch Art. 49 Abs. 3 Satz 1 LV<sup>23</sup> Rheinland-Pfalz gewährleistet wird.

Art. 28 Abs. 2 GG enthält für das kommunale Selbstverwaltungsrecht verschiedene Garantien, ohne dass ihm selbst Grundrechtscharakter zukommt: Die **Bestandsgarantie** sichert die formale Erhaltung der Kommunen als rechtsfähiges Gebilde des öffentlichen Rechts und als Bausteine der Verwaltungsorganisation. Die **Gewährleistungsgarantie** beinhaltet, dass den Kommunen ein hinreichendes Betätigungsfeld zu eigenverantwortlichen Regelungen belassen werden muss und sichert den Gemeinden das Recht zur Wahrnehmung aller „Angelegenheiten der örtlichen

<sup>17</sup> OLG Brandenburg, VergabeR 2004, 45 (49); Frenz, DÖV 2002, 186 ff.; Otting, VergabeR 2002, 11, 13; a. A.: VG Gera, NZBau 2004, 632 (633).

<sup>18</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 26; Essing/Kürten, Besondere Herausforderungen bei Unternehmenskäufen und –verkäufen mit Beteiligung der öffentlichen Hand – dargestellt an Praxisbeispielen aus dem Energie- und Krankensektor, KommJur 2015, 366 (370).

<sup>19</sup> Sellmann, Verfahrensrecht bei der Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser, Das Krankenhaus, 2/2008, S. 122, Rn. 3 m. w. N.

<sup>20</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 26.

<sup>21</sup> Vgl. Bohle/Grau, Verschmelzung oder Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser? Aspekte des Kommunal-, des Gesellschafts- und des Vergaberechts, Das Krankenhaus, 9/2003, S. 703 m. w. N.

<sup>22</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 26.

<sup>23</sup> Verfassung für Rheinland-Pfalz (LV) vom 18. Mai 1947 (VOBl. S. 209), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 8. April 2022 (GVBl. S. 105).

Gemeinschaft“ zu.<sup>24</sup> Dazu formulierte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den **Grundsatz der Universalität oder Allzuständigkeit**.<sup>25</sup> Entscheidet sich eine Kommune dafür, ein bislang selbst betriebenes Krankenhaus zu privatisieren, wird sie im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsgarantie tätig.<sup>26</sup>

So besteht für kommunale Einrichtungen zwar **kein grundsätzliches Privatisierungsverbot**, jedoch ist die Privatisierung nur unter Beachtung einiger **rechtlicher Hürden** möglich, da die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen zum Kernbereich der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung gehört.<sup>27</sup> Untrennbar mit der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG bzw. Art. 49 Abs. 3 Satz 1 LV verknüpft ist die Pflicht, für eine **ausreichende Sicherstellung der stationären Krankenversorgung Sorge zu tragen**.

Gesetzlich verankert findet sich diese **Sicherstellungspflicht** in § 1 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG).<sup>28</sup>

§ 1 Abs. 1 KHG („Grundsatz“) hat folgenden Wortlaut:

*„(1) Zweck dieses Gesetzes ist die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, um eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen digital ausgestatteten, qualitativ hochwertig und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen.“*

§ 6 Abs. 1 KHG („Krankenhausplanung und Investitionsprogramme“) nimmt auf die in § 1 Abs. 1 KHG genannten Ziele Bezug und lautet wie folgt:

*„(1) Die Länder stellen zur Verwirklichung der in § 1 genannten Ziele Krankenhauspläne und Investitionsprogramme auf, Folgekosten, insbesondere die Auswirkungen auf die Pflegesätze, sind zu berücksichtigen.“*

In den §§ 1, 6 KHG hat der Bundesgesetzgeber die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern den Ländern aufer-

---

<sup>24</sup> Friedrich/Leber, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Kommunalen Sicherstellungsauftrag zur Krankenversorgung, Rn. 9 f.

<sup>25</sup> BVerfGE 79, 127.

<sup>26</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 11.

<sup>27</sup> Essing/Kürten, Besondere Herausforderungen bei Unternehmenskäufen und –verkäufen mit Beteiligung der öffentlichen Hand – dargestellt an Praxisbeispielen aus dem Energie- und Krankenhaussektor, KommJur 2015, 366 (369).

<sup>28</sup> Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz - KHG) vom 10. Apr. 1991 (BGBl. I S. 886), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 473).

legt. So verpflichtet § 6 Abs. 1 KHG die Länder zur Verwirklichung der Sicherstellung zur Aufstellung von Krankenhausplänen und Investitionsprogrammen, wobei diese die Sicherstellungspflicht zumeist auf die Kreise und Gemeinden in den Landeskrankenhausgesetzen übertragen.<sup>29</sup>

In Rheinland-Pfalz ist der **Sicherstellungsauftrag des Landes, der Landkreise und kreisfreien Städte** in § 2 des rheinland-pfälzischen Landeskrankenhausgesetzes<sup>30</sup> (LKG) gesetzlich fixiert. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

*„(1) Die Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern ist eine öffentliche Aufgabe des Landes, der Landkreise und der kreisfreien Städte (Sicherstellungsauftrag). Sie arbeiten zur Erfüllung dieser Aufgabe eng miteinander zusammen. Das Zweckverbandsrecht bleibt unberührt.*

*(2) Das Land erfüllt seine Aufgabe nach Absatz 1 besonders durch die Aufstellung des Landeskrankenhausplanes und des Investitionsprogramms und durch die öffentliche Förderung der Krankenhäuser. Die Landkreise und die kreisfreien Städte erfüllen ihre Aufgabe nach Absatz 1 als Pflichtaufgabe der Selbstverwaltung, indem sie Krankenhäuser errichten und unterhalten, soweit Krankenhäuser nicht von freigemeinnützigen, privaten oder anderen geeigneten Trägern errichtet und unterhalten werden.“*

Der **Sicherstellungsauftrag** der Kommunen für die Krankenversorgung gilt – wie aus § 2 Abs. 2 Satz 2 LKG hervorgeht - nur **subsidiär**.<sup>31</sup> Die Kommunen sind nur dann zur Errichtung und zum Betrieb eigener Krankenhäuser verpflichtet, wenn kein anderer freigemeinnütziger oder privater Träger die Krankenhausversorgung übernimmt.<sup>32</sup> Insoweit ist die Krankenhausversorgung durch den Betrieb von Krankenhäusern eine Pflichtaufgabe der Kommunen.<sup>33</sup>

Wie in dem bereits zitierten § 2 Abs. 2 LKG kommt auch in § 1 Abs. 2 KHG der **Grundsatz der Pluralität der Träger** des deutschen Krankenhauswesens zum Ausdruck:

*„(2) Bei der Durchführung des Gesetzes ist die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten. Dabei ist nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten. Die Gewährung von*

<sup>29</sup> Essing/Kürten, Besondere Herausforderungen bei Unternehmenskäufen und – verkäufen mit Beteiligung der öffentlichen Hand – dargestellt an Praxisbeispielen aus dem Energie- und Krankenhausesektor, KommJur 2015, 366 (369), Rn. 28 m. w. N.

<sup>30</sup> Landeskrankenhausgesetz (LKG) vom 28.11.1986 (GVBl. 1986, 342), zuletzt geändert durch Artikel 11 des Gesetzes vom 19.12.2018 (GVBl. S. 448).

<sup>31</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 12.

<sup>32</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 12; Stein/Klöß/Althaus, NZS 2011, 525 (527).

<sup>33</sup> Friedrich/Leber, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Kommunaler Sicherstellungsauftrag zur Krankenversorgung, Rn. 13; Manssen, Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen für Krankenhäuser, Pflege- und Krankenhausrecht, vgl. <https://epub.uni-regensburg.de/33215/1/Kommunalrechtliche%20Rahmenbedingungen%20f%C3%BCr%20Krankenh%C3%A4user%2C%20Pflege-%20und%20Krankenhausrecht%203-14%2C%2064-67.pdf> (Abruf vom 4. Apr. 2022).



*Fördermitteln nach diesem Gesetz darf nicht mit Auflagen verbunden werden, durch die die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit von Krankenhäusern über die Erfordernisse der Krankenhausplanung und der wirtschaftlichen Betriebsführung hinaus beeinträchtigt werden.“*

§ 1 Abs. 2 KHG verlangt ausdrücklich die Sicherung der Existenz freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser. Soweit durch diese eine hinreichende Sicherstellung der stationären Krankenversorgung erfolgt, besteht keine Verpflichtung der öffentlichen Hand zum Betrieb eigener Krankenhäuser. Somit besteht in diesem Bereich Raum für eine materielle Privatisierung.

#### **bb. Sicherstellung der Leistungsfähigkeit des neuen Trägers**

Den Sicherstellungsauftrag des Landes und der Kommunen gilt es bei der Privatisierung von Gesundheitseinrichtungen zu berücksichtigen. Aus ihm erwächst im Rahmen der Privatisierung die Pflicht, dafür zu sorgen, dass der neue Träger **über ausreichende Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit** verfügt.<sup>34</sup> Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass auch nach erfolgter Privatisierung der Sicherstellungsauftrag bei den zuständigen Kommunen verbleibt. In der Kommentarliteratur wird dies als Form der **Gewährleistungsverantwortung** beschrieben, der sich die Kommunen nicht entziehen könnten.<sup>35</sup> Werde beispielsweise ein öffentliches Krankenhaus in kommunaler Beteiligung nach erfolgter Privatisierung vom privaten Träger wieder geschlossen, so sei die Kommune kraft öffentlichen Rechts verpflichtet, die Aufgabenerfüllung der Krankenversorgung wieder selbst zu übernehmen.<sup>36</sup>

Aus dem Sicherstellungsauftrag der Kommunen ergeben sich daher auch entsprechende Konsequenzen für die **Vertragsgestaltung**.<sup>37</sup> Zur Gewährleistung des Sicherstellungsauftrages bietet sich die vertragliche Übernahme von Garantien und/oder Verpflichtungen durch den übernehmenden privaten Träger an.

Damit der Sicherstellungsauftrag auch nach einer möglichen Übertragung eines Krankenhauses an einen privaten Träger realisierbar ist, empfiehlt es sich für die öffentliche Hand, sich im Privatisierungsvertrag gewisse **Rückführungsrechte** einräumen zu lassen.<sup>38</sup> Als Instrument der Vertragsgestaltung bietet sich die **Vereinbarung von Heimfallrechten** an.<sup>39</sup> Danach fällt der Kran-

---

<sup>34</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 28.

<sup>35</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 28 m. w. N.

<sup>36</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 12. m. w. N.

<sup>37</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 12. m. w. N.

<sup>38</sup> Rössler/Keller/Moock, Privatisierung im Gesundheitswesen: Chance oder Risiko?, 1. Aufl. 2015, Ziff. 2.4, S. 26 f.

<sup>39</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 12. m. w. N.

kenhausbetrieb samt Liegenschaft und Immobilie in das Eigentum der Kommune oder des Landes zurück, wenn der private Träger die Anforderungen nicht erfüllen und die Versorgung nicht in dem Maße sicherstellen sollte, wie es ihm im Krankenhausplan aufgetragen wurde.<sup>40</sup>

### cc. Vorgaben der Gemeindeordnung (GemO)<sup>41</sup>

Die Gemeindeordnung stellt im Kontext der Krankenhausprivatisierung insbesondere folgende Anforderungen auf:

#### (1) Verbot der Beeinträchtigung von Gemeindeaufgaben

§ 91 a GemO schreibt vor, dass eine Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung im Wege der materiellen Privatisierung nicht gegen das **Verbot der Beeinträchtigung von Gemeindeaufgaben** verstoßen darf. Eine Gemeindeaufgabe stellt beispielsweise die **kommunale wirtschaftliche Betätigung** dar.<sup>42</sup> Hiervon erfasst werden insbesondere die Versorgung der Gemeindeglieder mit Wasser, Wärme oder Energie, die Entsorgung, die Bereitstellung von Verkehrs- oder Telekommunikationsdienstleistungen sowie auch im Rahmen des **Sicherstellungsauftrages** der Kommunen die Krankenversorgung. Die Privatisierung eines öffentlichen Krankenhauses darf folglich nicht zur Beeinträchtigung der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung, insbesondere der Krankenversorgung führen. In diesem Zusammenhang kommt der Kommune jedoch ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu.<sup>43</sup>

#### (2) Keine Veräußerung unter Wert

§ 79 Abs. 1 Satz 3 GemO schreibt vor, dass Vermögensgegenstände in der Regel nur **zum Verkehrswert** veräußert werden dürfen. Zweck der Bestimmung des § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO ist es, eine wirtschaftliche Haushaltsführung sicherzustellen und den wertmäßigen Bestand des Gemeindevermögens zu erhalten. Gesetzliche Bestimmungen, wie der Verkehrswert, insbesondere bei der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung zu ermitteln ist, finden sich in der rheinland-pfälzischen Gemeindeordnung nicht. Der **Verkehrswert** bestimmt sich durch den am freien Markt erzielbaren Preis.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Rössler/Keller/Moock, Privatisierung im Gesundheitswesen: Chance oder Risiko?, 1. Aufl. 2015, Ziff. 2.4, S. 26 f.

<sup>41</sup> Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz (GemO) vom 31. Jan. 1994 (GVBl. 1994, 153), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Jan. 2022 (GVBl. S. 21).

<sup>42</sup> Röhl, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 2, Rn. 93.

<sup>43</sup> Bohle/Grau, Verschmelzung oder Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser? Aspekte des Kommunal-, des Gesellschafts- und des Vergaberechts; Das Krankenhaus, 9/2003, S. 700, Rn. 16 m. w. N.

<sup>44</sup> Bohle/Grau, Verschmelzung oder Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser? Aspekte des Kommunal-, des Gesellschafts- und des Vergaberechts, Das Krankenhaus, 9/2003, S. 700.

### (3) Öffentlicher Zweck

Bei der **Beteiligung** der Gemeinde an einem **gemischt-wirtschaftlichen** Krankenhausunternehmen sind die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 GemO zu beachten. Die Kommune kann ein öffentliches Krankenhaus - welches als Einrichtung des Gesundheitswesens unter § 85 Abs. 4 Nr. 4 GemO zu subsumieren ist - in eine Rechtsform des privaten Rechts führen oder sich daran beteiligen, wenn die in **§ 87 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 8 GemO aufgeführten Voraussetzungen** kumulativ vorliegen. So erfordert die Beteiligung der Gemeinde an einem gemischt-wirtschaftlichen Krankenhausunternehmen insbesondere, dass der **öffentliche Zweck (hier die Krankenversorgung) diese Rechtsform rechtfertigt (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 GemO)**, durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung sichergestellt ist, dass das Unternehmen den **öffentlichen Zweck erfüllt (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 GemO)** und eine Rechtsform gewählt wird, die die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt (**§ 87 Abs. 1 Nr. 4 GemO**).<sup>45</sup> Diese Normen stellen sicher, dass die Erfüllung des öffentlichen Zwecks auch nach der Privatisierung gewährleistet ist. Ergänzend gilt es zu beachten, dass nach § 87 Abs. 1 Satz 3 GemO die Regelungen des Landeskrankenhausgesetzes unberührt bleiben.

### (4) Anzeigepflicht

Die Entscheidung der Kommune über die gänzliche oder teilweise Veräußerung eines von der Gemeinde in einer Rechtsform des privaten Rechts geführten Unternehmens oder der Beteiligung der Gemeinde an einem Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts ist gemäß **§ 92 Abs. 2 Nr. 2 GemO** der Aufsichtsbehörde sechs Wochen vor ihrem Vollzug **anzuzeigen**. Sofern die Kommune als öffentlicher Träger das zu privatisierende Krankenhaus folglich in privatrechtlicher Rechtsform (beispielsweise in der Rechtsform einer GmbH oder AG) führt, ist die Privatisierungsabsicht der Aufsichtsbehörde rechtzeitig mitzuteilen.

Bei Erfüllung der vorbezeichneten kommunalrechtlichen Vorgaben ist der Verkauf einer Gesundheitseinrichtung aus Sicht des Kommunalrechts grundsätzlich möglich.

#### c. Vorgaben des KHG und des LKG

Das KHG sowie das LKG enthalten keine Verfahrensvorgaben zur Krankenhausprivatisierung. Das KHG stellt die Grundlage des Rechts der Krankenhausfinanzierung dar. Einen Unterfall dieses Rechts der Krankenhausfinanzierung stellt das rheinland-pfälzische LKG dar. Neben gesetzlichen Bestimmungen zur Krankenhausfinanzierung sind im LKG insbesondere Regelungen für die innere Struktur und Organisation der Krankenhäuser (Vierter Abschnitt) sowie Pflichten der Krankenhäuser (Fünfter Abschnitt) enthalten. So stellt beispielsweise § 30 Abs. 1 LKG die Ver-

---

<sup>45</sup> Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen siehe § 87 Abs.1 GemO; hinsichtlich der Beteiligung der Gemeinde an einem gemischt-wirtschaftlichen Krankenhausunternehmen in der Rechtsform einer AG oder GmbH vgl. § 97 Abs. 2 und Abs. 3 GemO.

pflichtung der Krankenhäuser auf, ihre Leistungen in der fachlich gebotenen Qualität entsprechend dem jeweiligen Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots zu erbringen. § 31 Abs. 1 LKG verpflichtet die Krankenhäuser im Rahmen ihres Versorgungsauftrages zur kindgerechten Unterbringung und Versorgung von Kindern. In § 32 LKG finden sich Vorgaben zur Krankenhaushygiene.

Auch wenn die Rechtsnormen des KHG und LKG keine Bedingungen für das Privatisierungsverfahren enthalten, sollten sie im Privatisierungsvertrag Berücksichtigung finden und für den Fall der Nichtbeachtung Regelungen vorsehen (beispielsweise Bedingungen, Rücktrittsrechte und Schadensersatzforderungen).<sup>46</sup> Dies dient der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben des KHG und des LKG bei Errichtung und Betrieb des Krankenhauses durch den neuen privaten Träger und somit der Erfüllung des Sicherstellungsauftrages.

#### d. Haushaltsrecht

Bei Veräußerung von Vermögensgegenständen der öffentlichen Hand sind die einschlägigen haushaltsrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Es gilt gemäß § 93 Abs. 1 GemO das **Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**.

In § 93 Abs. 1 GemO findet sich der allgemeine Haushaltsgrundsatz, dass die Gemeinde ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen hat, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist. In § 93 Abs. 3 GemO ist das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip wie folgt festgeschrieben:

*„Der Haushaltsplan ist nach den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit aufzustellen und auszuführen.“*

Das **Gebot der Wirtschaftlichkeit** ist grundsätzlich nur als äußere Begrenzung des den Gemeinden im Rahmen der geltenden Gesetze zukommenden Entfaltungs- und Gestaltungsspielraums zu verstehen, der in dem bereits dargelegten verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG / Art. 49 Abs. 3 Satz 1 LV) und der damit verbundenen **Allzuständigkeit** seine Grundlage findet. Der Gemeinde steht somit ein **Einschätzungsspielraum** zu, der allerdings dann überschritten wird, wenn eine Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht oder schlechterdings mit den Grundsätzen eines vernünftigen Wirtschaftens nicht im Einklang steht.<sup>47</sup>

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wirkt sich auf die Privatisierungsfrage aus. Die Kommune muss bei der Privatisierung eines Krankenhauses denjenigen Weg wählen, der im Ergebnis den **größtmöglichen wirtschaftlichen Erfolg** verspricht, wobei der wirtschaftliche Er-

<sup>46</sup> Graf von Rittberg, Verfahrensfragen bei der Privatisierung von Krankenhäusern, Mitteilungen des Bundesverbandes Deutscher Privatkrankenanstalten, f & w, 4/2000, 17. Jahrgang, S. 411.

<sup>47</sup> Rheindorf, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Jul. 2014, RhPf B-9, GemO, § 93, Ziff. 3.3.3. m. w. N.

folg gleichermaßen an dem **erzielten Verkaufserlös** sowie an der späteren **finanziellen Belastung** der Kommune und der Kostenträger und damit auch an der **dauerhaften Sicherstellung der Krankenversorgung der Bevölkerung** und an einer sozialverträglichen Fortschreibung der Arbeitsverhältnisse zu messen ist.<sup>48</sup>

Festzuhalten bleibt, dass die haushaltsrechtlichen Vorgaben die Kommune als Veräußerer im Rahmen einer materiellen Privatisierung dazu anhalten, sicherzustellen, dass der (dokumentierte) Nachweis erbracht werden kann, vor Vertragsschluss die marktüblichen Preise ausreichend überprüft und das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt zu haben.<sup>49</sup> Die Pflicht nach § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO, den Verkehrswert zu erzielen, schließt das Gebot ein, sich Klarheit über den erzielbaren Wert zu verschaffen.<sup>50</sup> Der Verkehrswert ist zudem in geeigneter Form zu ermitteln.

#### e. Verfassungsrecht

Dem Grundgesetz und der Landesverfassung lässt sich weder ein Privatisierungsgebot noch ein Privatisierungsverbot für kommunale Krankenhäuser entnehmen.

Die Gemeinde als Teil der Exekutive ist jedoch an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG gebunden und zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Landesverfassung gemäß Art. 1 Abs. 4 LV verpflichtet. Diese **Grundrechts- bzw. verfassungsrechtliche Bindung** besteht auch, wenn die Gemeinde in privatrechtlicher Gestalt handelt, also beispielsweise in der Rolle des Verkäufers eines Unternehmenskaufvertrages auftritt.<sup>51</sup> Aufgrund dieser Grundrechtsbindung unterscheidet sich die Vertragsfreiheit der Gemeinde von der eines privaten Unternehmensverkäufers.<sup>52</sup>

Für die Ausgestaltung von Privatisierungsprozessen kommunaler Krankenhäuser erlangt besonders der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 LV sowie das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG Bedeutung.

#### aa. Art. 3 Abs. 1 GG / Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 LV: „Gleichheitsgebot und Willkürverbot“

Der **allgemeine Gleichheitssatz** des Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 LV gebietet auch bei privatrechtlichem Tätigwerden der Kommune, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich zu behandeln.<sup>53</sup> Für Gleichbehandlung und Differenzierung müssen vernünftige, sich aus der Natur der Sache ergebende oder

---

<sup>48</sup> Graf von Rittberg, Verfahrensfragen bei der Privatisierung von Krankenhäusern, Mitteilungen des Bundesverbandes Deutscher Privatkrankenanstalten, f & w, 4/2000, 17. Jahrgang, S. 411.

<sup>49</sup> Prieß, M&A-Verfahrensrecht – EG-rechtliche Verfahrensvorgaben bei staatlichen Beteiligungsveräußerungen, NZBau 2007, 617 (618) m. w. N.

<sup>50</sup> Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 783 m. w. N.

<sup>51</sup> Philipp/Vetter/Kriesel, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (540).

<sup>52</sup> Philipp/Vetter/Kriesel, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (541).

<sup>53</sup> BVerfGE 98, 365 (385).

sonst wie einleuchtende Gründe bestehen. Aus dem Gleichheitsgebot ergibt sich, dass eine Privatisierungsentscheidung nach **sachlichen Kriterien** zu erfolgen hat. Seine negative Grenze findet der Gleichheitssatz im **Willkürverbot**. Das Willkürverbot untersagt dem grundrechtsverpflichteten Staat jegliches Handeln ohne Vernunft, Einsicht oder Grund. Es verpflichtet die Verwaltung im Rahmen von Veräußerungen zur **Objektivität** und **verfassungsgeprägten Sachlichkeit**, insbesondere im Hinblick auf das **Verfahren** und die **Kriterien zur Auswahl der Vertragspartner**.<sup>54</sup>

#### bb. Transparenzgebot

Vor dem Hintergrund der dargestellten Pflicht der öffentlichen Hand zur Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes bei Unternehmensverkäufen gegenüber potenziellen Interessenten stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der öffentlichen Hand **aus Gründen der Transparenz** bei Unternehmensverkäufen **Veröffentlichungspflichten** über die Verkaufsabsicht und die jeweiligen Bedingungen obliegen.<sup>55</sup>

Teilweise wird das allgemeine Transparenzgebot aus dem in Art. 20, 28 Abs. 1 Satz 1, 79 Abs. 3 GG manifestierten Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit abgeleitet, aus welchem das Gebot der Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit staatlicher Entscheidungen gefolgert wird.<sup>56</sup> Allerdings handelt es sich hierbei um ein Prinzip und nicht um einen subjektiven Anspruch eines Einzelnen. Gleichwohl wird das Transparenzgebot auch als Verfahrensgrundsatz verstanden. Insofern wird aus ihm durch das Gleichbehandlungsgebot ein subjektiver, aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteter Anspruch auf „gleiche Transparenz“.<sup>57</sup> Ein grundrechtlicher Anspruch auf Informationszugang wird jedoch lediglich in Ausnahmefällen<sup>58</sup> anerkannt, da Grundrechte primär als Abwehrrechte zu verstehen sind.<sup>59</sup>

Aus Art. 3 Abs. 1 GG lässt sich das Recht eines Interessenten folgern, dass eine Entscheidung, die objektiv und sachlich gerechtfertigt ausfallen muss, durch ein transparentes Verfahren gefunden wird. Eine grundsätzliche Verpflichtung der öffentlichen Hand, die Öffentlichkeit oder gar einzelne Wettbewerber des designierten Käufers über die bestehende Verkaufsabsicht der öffentlichen Hand zu informieren, lässt sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedoch nicht ableiten.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> Philipp/Vetter/Kriesel, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (541).

<sup>55</sup> Philipp/Vetter/Kriesel, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (541).

<sup>56</sup> Philipp/Vetter/Kriesel, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (541), Rn. 28 m. w. N.

<sup>57</sup> Philipp/Vetter/Kriesel, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (541), Rn. 30 m. w. N.

<sup>58</sup> Beispielsweise im Fall eines Genehmigungswettbewerbs um eine Linienverkehrsgenehmigung, vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Okt. 2010, 1 BvR 1425/10.

<sup>59</sup> Philipp/Vetter/Kriesel, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (542).

<sup>60</sup> Philipp/Vetter/Kriesel, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (542).

### cc. Sozialstaatsprinzip - Öffentliche Daseinsvorsorge

Aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG wird der **allgemeine stationäre Sicherstellungsauftrag des Staates** abgeleitet. Die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern stellt eine verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe im Rahmen der **öffentlichen Daseinsvorsorge dar**. Quantitativ und qualitativ ausreichende stationäre medizinische Versorgungseinrichtungen müssen für alle Bürger zur Verfügung stehen.<sup>61</sup>

Es ist und bleibt eine **öffentliche Aufgabe**, der Bevölkerung eine nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen, medizinisch-technischen und pharmakologischen Entwicklung ausgerichtete Krankenhausversorgung anzubieten, wobei die Inanspruchnahme auf den **medizinisch notwendigen Bedarf** zu begrenzen ist. Anzahl, Leistungsspektrum und räumliche Verteilung von Krankenhäusern müssen sicherstellen, dass alle Patienten in zumutbarer Entfernung eine dem Bedarf angemessene Versorgung erreichen können. Zugleich müssen aber auch bestimmte (Mindest-)Qualitätsanforderungen erfüllt werden.<sup>62</sup>

All dies sind Aspekte, die auch im Rahmen einer Privatisierungsentscheidung der Gemeinde Berücksichtigung finden müssen. Durch die Privatisierung darf die vorbezeichnete verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe der öffentlichen Hand im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge nicht unterlaufen werden. Den Kommunen obliegt - wie unter Ziffer II. 1. b. dargestellt - ein aus dem Sozialstaatsprinzip ableitbarer Sicherstellungsauftrag, der auch nach erfolgter Privatisierung bei ihnen verbleibt.

### f. Europarechtliche Vorgaben

#### aa. Vorgaben der Grundfreiheiten des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>63</sup>

Das europäische Primärrecht ist stets anwendbar, wenn der Zugang zu grundfreiheitlich gewährleisteten Märkten reguliert wird, demnach auch bei Auswahlentscheidungen durch den Staat als Anbieter.<sup>64</sup> **Direkte Vorgaben** für die Privatisierung von Krankenhäusern sind im europäischen Primärrecht, insbesondere dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) **nicht** enthalten. Denn die Europäische Union verfügt nur über **begrenzte Rechtssetzungskompetenzen im Gesundheitswesen**.<sup>65</sup> Diese Begrenztheit der Unionsbefugnisse kommt in Art. 168 AEUV an verschiedenen Stellen deutlich zum Ausdruck. So bleibt laut Art. 168 Abs. 7 AEUV bei

<sup>61</sup> Stollmann/Wollschläger, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Die Aufgaben der Krankenhäuser im gesundheitlichen Versorgungssystem, Rn. 4.

<sup>62</sup> Stollmann/Wollschläger, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Die Aufgaben der Krankenhäuser im gesundheitlichen Versorgungssystem, Rn. 6.

<sup>63</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), in Kraft getreten am 1. Dez. 2009, ABl. EG Nr. C 115 vom 9. Mai 2008.

<sup>64</sup> Prieß/Simonis, die künftige Relevanz des Primärvergabe- und Beihilfenrechts, NZBau 2015, 731 (735).

<sup>65</sup> Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 9.

der Tätigkeit der Union die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung der Gesundheitspolitik, die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel gewahrt. Nach Art. 345 AEUV lassen die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten unberührt. Die Rechtsordnung der Union verhält sich danach gegenüber der Eigentumsordnung neutral und berührt in keiner Weise das Recht der Mitgliedstaaten, als Wirtschaftsbeteiligte aufzutreten.<sup>66</sup>

Auch wenn die Privatisierung von Krankenhäusern weder dem förmlichen Vergaberecht<sup>67</sup> noch direkten Vorgaben des europäischen Primärrechts unterfällt, haben die Kommunen bei der Veräußerung **primärrechtlichen Mindestanforderungen** zu genügen. Diese ergeben sich aus den **Grundfreiheiten**, insbesondere der **Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 49 AEUV** sowie dem **allgemeinen Diskriminierungsverbot des Artikels 18 AEUV**, aus dem eine **Verpflichtung zur Gleichbehandlung und Transparenz** abgeleitet wird. Das übergeordnete Rechtsprinzip des Gemeinsamen Marktes mit seinen Grundfreiheiten, dem Diskriminierungsverbot und der Konstituierung des unverfälschten Wettbewerbs beschränkt die Mitgliedsstaaten in ihrer Freiheit.<sup>68</sup>

Dies wird auch dadurch deutlich, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung aus dem europäischen Primärrecht konkrete, **an öffentliche Stellen gerichtete Verhaltenspflichten** ableitet.<sup>69</sup> So hat der EuGH beispielsweise in der Rechtssache „Parking Brixen GmbH gegen Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG“ im Jahre 2005 folgendes festgehalten:

*„(...) 2. Die öffentlichen Stellen, die Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen schließen, haben die Grundregeln des EG-Vertrages im Allgemeinen, insbesondere die Artikel 43 EG und 49 EG, und das in Artikel 12 EG niedergelegte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten, die eine besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sind. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit schließen insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, die darin besteht, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.“<sup>70</sup>*

---

<sup>66</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziffer 4.2.1, Rn. 73.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu Ziff. II. 1. a.

<sup>68</sup> *Lambrecht/Vollmöller*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 10.

<sup>69</sup> Vgl. EuGH, Urt. vom 13. Apr. 2010, Rs. C-91/08 (Wall AG), Slg. 2010, I-2815, Rn. 36; Urteil vom 06. Apr. 2006, Rs. C – 410/04 (ANAV), Slg. 2006, I-3303, Rn. 21; Urt. vom 13. Okt. 2005, Rs. C – 458/03 (Parking Brixen), Slg. 2005, I-8585, Rn. 49; Urt. vom 21. Jul. 2005, Rs. C-231/03 (Coname), Slg. 2005, I-7287, Rn. 15 ff.; Urt. vom 07. Dez. 2000, Rs. C-324/98 (Telaustria), Slg. 2000, I-10745, Rn. 61 f.

<sup>70</sup> Urt. vom 13. Okt. 2005, Rs. C-458/03, Rn. 46 ff., Tenor 2.



Weitere Anhaltspunkte für einen verfahrensrechtlichen Mindeststandard bieten neben den Entscheidungen des EuGH auch die Mitteilungen der Europäischen Kommission zu anderen Maßnahmen der öffentlichen Hand, die – wie der Klinikverkauf – nicht unter das förmliche Vergaberecht fallen. So lassen sich beispielsweise die in der „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ aufgestellten Anforderungen auf Veräußerungsverfahren der öffentlichen Hand übertragen.<sup>71</sup> Entsprechend der Anforderungen der Kommission lässt sich im Veräußerungsverfahren der Einklang mit dem europarechtlichen Diskriminierungsverbot in der Praxis durch eine **diskriminierungsfreie Beschreibung des Verkaufsgegenstandes, der Herstellung des gleichen Zugangs für Wirtschaftsteilnehmer aus allen Mitgliedstaaten, der gegenseitigen Anerkennung von Befähigungsnachweisen, das Setzen angemessener Fristen und durch einen transparenten und objektiven Ansatz** erzielen.<sup>72</sup>

Die Grundfreiheiten des AEUV, insbesondere die Niederlassungsfreiheit in Art. 49 AEUV sowie das Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV verlangen, dass Veräußerungsprozesse der öffentlichen Hand in einem **transparenten, bedingungs- und diskriminierungsfreien Verfahren** durchgeführt werden.<sup>73</sup> Hierzu gehört die Bekanntmachung der Veräußerungsabsicht, die Abgabe von angemessenen Fristen zur Abgabe der Interessenbekundung sowie das Offenstehen des Veräußerungsverfahrens auch für Bewerber aus anderen EU-Mitgliedsstaaten.<sup>74</sup>

#### **bb. Anforderungen des Europäischen Beihilfenrechts**

Bei Privatisierungen spielt darüber hinaus das Europäische Beihilfenrecht eine bedeutende Rolle. Es besteht eine ausgeprägte Praxis der Europäischen Kommission zur beihilfenrechtlichen Beurteilung von Privatisierungsvorgängen in den Mitgliedstaaten der EU.<sup>75</sup>

Die rechtlichen Vorgaben des Europäischen Beihilfenrechts und des kommunalen Wirtschaftsrechts sind im Ausgangspunkt nahezu identisch: Der Verkauf von Vermögensgegenständen darf grundsätzlich nur zum Verkehrswert erfolgen (vgl. § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO), das Beihilfenrecht

---

<sup>71</sup> *Sellmann*, Verfahrensrecht bei der Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser, *Das Krankenhaus*, 2/2008, S. 125; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 1. Aug. 2006, C 179/02.

<sup>72</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 1. Aug. 2006, C 179/02, Ziff. 2.2.1.

<sup>73</sup> *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht*, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 28 m. w. N.; *Essing/Kürten*, Besondere Herausforderungen bei Unternehmenskäufen und – verkäufen mit Beteiligung der öffentlichen Hand – dargestellt an Praxisbeispielen aus dem Energie- und Krankenhaussektor, *KommJur* 2015, 366 (370).

<sup>74</sup> *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht*, 2. Aufl. 2017, § 16 Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, Rn. 28 m. w. N.

<sup>75</sup> Vgl. *Prieß/Gabriel*, M&A-Verfahrensrecht – EG-rechtliche Verfahrensvorgaben bei staatlichen Beteiligungsveräußerungen, *NZBau* 2007, 617 (619).

schreibt einen Verkauf zum „Marktwert“ vor. Und ebenso wie die rheinland-pfälzische Gemeindeordnung für alle kommunalen Vermögensgegenstände gilt, wendet die Kommission ihre zu Grundstücksverkäufen entwickelten Grundsätze mittlerweile auch auf den (teilweisen) Verkauf öffentlicher Unternehmen wie Stadtwerke, Krankenhäuser oder Wohnungsbaugesellschaften an.<sup>76</sup>

Das Europäische Beihilferecht postuliert in Art. 107 Abs. 1 AEUV ein grundsätzliches **Beihilfenverbot** wie folgt:

*„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.“*

Ausnahmen von diesem Verbot finden sich insbesondere in Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV sowie in Art. 106 Abs. 2 AEUV. Das Beihilfenaufsichtsverfahren ist in Art. 108 AEUV und einer dazu ergangenen Verfahrensverordnung<sup>77</sup> geregelt; dabei obliegt die Beihilfenaufsicht – vorbehaltlich von Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 AEUV – der Europäischen Kommission.

Der Begriff der Beihilfe ist grundsätzlich **weit** auszulegen.<sup>78</sup> Die Europäische Kommission erläutert in ihrer im Jahre 2016 veröffentlichten „Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Kommission“ (sog. „**Notion of aid**“) die **einzelnen Tatbestandsmerkmale** des **Begriffs der staatlichen Beihilfe**: „Vorliegen eines Unternehmens“, „Zurechenbarkeit der Maßnahme an den Staat“, „Finanzierung der Maßnahme aus staatlichen Mitteln“, „Gewährung eines Vorteils“, „Selektivität der Maßnahme“ sowie „Auswirkungen der Maßnahme auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten“.<sup>79</sup>

Die Europäische Kommission bezweckte mit dieser Bekanntmachung die Klärung, wann öffentliche Fördermaßnahmen einer beihilfenrechtlichen Genehmigung bedürfen und wann nicht. Diese Bekanntmachung ersetzte die „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> [https://publicgovernance.de/media/Handbuch\\_Europ\\_Beihilferecht\\_Hess.Staedtetag\\_Juli\\_2015.pdf](https://publicgovernance.de/media/Handbuch_Europ_Beihilferecht_Hess.Staedtetag_Juli_2015.pdf) (Abruf vom 19. Nov. 2021), S. 30.

<sup>77</sup> Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Jul. 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU vom 24.09.2015, L 248/9.

<sup>78</sup> Schimanek, die Ausschreibungspflicht von Privatisierungen, NZBau 2005, 304 (308), Rn. 38 m. w. N.

<sup>79</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 5.

<sup>80</sup> Mitteilung vom 10. Jul. 1997, ABl. Nr. C 209 S. 3, geändert durch Nr. 229 Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vom 19. Jul. 2016, ABl. Nr. C 262, S. 1.

Die Tätigkeit der deutschen Krankenhausträger dürfte unzweifelhaft die Voraussetzungen des Unternehmensbegriffes im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, denn sie üben eine wirtschaftliche Betätigung aus, indem sie für ihre medizinischen Dienstleistungen Entgelte von den Krankenversicherungen erhalten. Die Europäische Kommission hat zudem in ihrer vorbenannten Bekanntmachung klargestellt, dass, sofern die öffentliche Hand direkt oder indirekt Transaktionen gleich welcher Art vornimmt, sie den Unionsvorschriften über staatliche Beihilfen unterliegt.<sup>81</sup> Das EuG<sup>82</sup> hat in den Urteilen Asklepios<sup>83</sup> (zumindest implizit), BUPA<sup>84</sup> und CBI<sup>85</sup> die Anwendbarkeit der Beihilferegelungen auf das Krankenhauswesen anerkannt.<sup>86</sup>

Nachfolgend sollen daher anhand der Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV der Begriff des **Vorteils** und das **Kriterium des privaten Käufers** erläutert werden, da diese Kernelemente des Beihilferechts bilden und bei der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung besondere Bedeutung erlangen.

Als **Vorteil** ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte, zu verstehen.<sup>87</sup> Gründe oder Ziele einer Zuwendung bleiben bei der Anwendung von Art. 107 Abs. 1 AEUV noch außer Betracht; auch sind keine Bereichsausnahmen – etwa in den Bereichen soziale Sicherheit oder Gesundheit – anzuerkennen.<sup>88</sup>

Bei **öffentlichen Investitionen** (insbesondere Kapitalzuführungen) wenden der EuGH und der EuG den „**Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers**“ an, um festzustellen, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt. Verhält sich die öffentliche Stelle nicht so, wie es ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in ähnlicher Lage getan hätte, dann hat das Empfängerunternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte und durch den es sich in einer günstigeren Lage befindet als seine Wettbewerber.<sup>89</sup>

Bei einem **Verkauf** durch eine öffentliche Stelle haben der EuGH und das EuG das **Kriterium des privaten Verkäufers** entwickelt zur Feststellung, ob ein Verkauf durch eine öffentliche Stelle eine

---

<sup>81</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 73.

<sup>82</sup> Gericht der Europäischen Union, früher Gericht erster Instanz genannt, vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 74, Rn. 123 m. w. N.

<sup>83</sup> EuG, Rs. T-167/04 vom 11. Jul. 2007, EuZW 2007, 505, Rn. 50 ff. (Asklepios/Kommission).

<sup>84</sup> EuG, Rs. T-289/03 vom 12. Feb. 2008 (BUPA/Kommission).

<sup>85</sup> EuG, Rs. T-137/10 vom 7. Nov. 2012, Rn. 90 f. (CBI/Kommission).

<sup>86</sup> Cremer, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3 Europarechtliche Vorgaben für das Krankenhausrecht, Rn. 50.

<sup>87</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 66.

<sup>88</sup> Cremer, in: Huster/Kaltenborn Krankenhausrecht, 2. Aufl., 2017, § 3 Europarechtliche Vorgaben für das Krankenhausrecht, Rn. 51.

<sup>89</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 76.

staatliche Beihilfe beinhaltet.<sup>90</sup> Das Kriterium des privaten Verkäufers schließt die Prüfung ein, ob ein privater Verkäufer unter normalen Marktbedingungen denselben oder einen besseren Preis hätte erzielen können.<sup>91</sup> Zur Prüfung der Marktkonformität vergleicht die Europäische Kommission den jeweiligen Vorgang mit dem Verhalten eines hypothetischen privaten Wirtschaftsteilnehmers (**sog. Private Investor Test**).

Gemäß Ziffer 84 der zitierten Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe existieren Fälle, in denen die Marktkonformität der Transaktion direkt mittels transaktionsspezifischer Marktinformationen festgestellt werden kann. Einer dieser Fälle betrifft den hier relevanten Fall des Verkaufs von Vermögenswerten. Sofern dieser in einem **wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren** erfolgt, welches die einschlägigen Kriterien zur Auswahl des Käufers<sup>92</sup> anwendet und mit den Vorschriften des AEUV zum öffentlichen Beschaffungswesen in Einklang steht, ist - so die Kommission - davon auszugehen, dass die Transaktion den Marktbedingungen entspricht.<sup>93</sup>

Bei einem Klinikverkauf der öffentlichen Hand im Rahmen der materiellen Privatisierung kommt es daher für die Frage der Gewährung einer unzulässigen Beihilfe insbesondere darauf an, ob der **Kaufpreis** für die veräußerte Beteiligung an dem kommunalen Krankenhaus dem **marktüblichen Preis** entspricht. Es ist daher regelmäßig zu fragen, ob ein privater Marktteilnehmer das Krankenhaus in kommunaler Trägerschaft zum selben Preis und denselben Bedingungen veräußert hätte wie die öffentliche Hand. Der Verkauf von Beteiligungen durch die öffentliche Hand kann demzufolge Beihilfencharakter haben, wenn der Staat sich anders verhält als ein privater Verkäufer, also beispielsweise nicht den maximal möglichen Verkaufserlös erzielt bzw. die Verluste des Verkaufs nicht so gering wie möglich hält und deshalb zu Gunsten des Käufers oder des zu privatisierenden Unternehmens auf staatliche Einkünfte verzichtet.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 74, Rn. 125 m. w. N.

<sup>91</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 74 m. w. N.

<sup>92</sup> Das höchste Angebot ist das einzige maßgebliche Kriterium für die Auswahl des Käufers, wobei auch den geforderten vertraglichen Vereinbarungen Rechnung zu tragen ist, vgl. Ziffer 95 der zitierten Bekanntmachung. Bei Veräußerung eines kommunalen Krankenhauses dürfte es aufgrund des Daseinsfürsorgeauftrages der Gemeinde nicht lediglich auf den gebotenen Kaufpreis, sondern darauf ankommen, welches der von den Kaufinteressenten vorgelegten Gesamtpakete die wirtschaftlichste Lösung bietet, vgl. Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (784).

<sup>93</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 84 und Ziff. 89.

<sup>94</sup> Von Bonin, Aktuelle Fragen des Beihilferechts bei Privatisierungen, EuZW 2013, 247 (248).

**2. Sind insbesondere europaweite Ausschreibungen zwingend durchzuführen?**

**3. Wenn nein, wären diese aus Gründen der Rechtssicherheit aus Landessicht dennoch zu empfehlen?**

Die Fragestellungen zu 2. und 3. werden wegen ihrer thematischen Nähe gemeinsam beantwortet.

Die Fragestellung, ob **europaweit** ausgeschrieben werden muss, lässt sich nicht allgemein und abstrakt, sondern stets nur im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls der geplanten Veräußerung beantworten.<sup>95</sup>

Dies geht aus der bereits zitierten **Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe** im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV hervor. In dieser fordert die Europäische Kommission beim Verkauf von Vermögenswerten (oder anderen vergleichbaren Transaktionen) eine „**hinreichende Bekanntmachung**“ der Ausschreibung, „damit alle potenziellen Bieter davon Kenntnis erlangen können“.<sup>96</sup>

Weiter heißt es:

*„Welcher Grad an Öffentlichkeit notwendig ist, um in einem bestimmten Fall eine hinreichende Bekanntmachung zu gewährleisten, hängt von den Merkmalen der jeweiligen Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen ab. Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen, die angesichts ihres hohen Wertes oder anderer Merkmale für europa- oder weltweit tätige Bieter von Interesse sein könnten, sollten so ausgeschrieben werden, dass potenzielle Bieter, die europa- oder weltweit tätig sind, darauf aufmerksam werden.“<sup>97</sup>*

Den zitierten Anforderungen der Europäischen Kommission lässt sich entnehmen, dass für die Wahl des Bekanntmachungsmediums die **Einschätzung der Binnenmarktrelevanz**<sup>98</sup> der geplanten Veräußerung ein maßgebliches Auswahlkriterium darstellt. Bei der materiellen Privatisierung eines Krankenhauses in kommunaler Trägerschaft ist hierbei insbesondere die Größe, die Trägerstruktur, die geographische Lage, der Wert und die gängige Praxis der Bekanntmachung in den Blick zu nehmen. Je attraktiver das Krankenhaus als Veräußerungsgegenstand ist, desto

<sup>95</sup> Vgl. *Schimanek*, die Ausschreibungspflicht von Privatisierungen, NZBau 2005, 304 (310).

<sup>96</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 91.

<sup>97</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 91.

<sup>98</sup> Im Europäischen Primär- und Sekundärrecht findet sich keine Definition der „Binnenmarktrelevanz“. Nach den Vorgaben des EuGH obliegt die Entscheidung, ob ein Auftrag möglicherweise für Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedstaats von Interesse sein könnte, somit binnenmarktrelevant ist, den einzelnen Auftraggebern, vgl. EuGH, Slg. 2005, I-7310, NZBau 2005, 592, EuZW 2005, 529 (530); EuGH (Große Kammer), Urt. vom 21. Jul. 2005, C-231/03, *Conorzio Aziende Metano [Coname] u.a./Kommission der Europäischen Gemeinschaften*.

größer ist in der Regel auch der (internationale) Interessentenkreis. Je interessanter das Krankenhaus aufgrund seiner Unternehmensgröße, seiner Trägerstruktur, seines Behandlungsangebots oder sonstiger Merkmale für potenzielle Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten ist, desto weiter muss daher eine Bekanntmachung erfolgen. Die Bekanntmachung kann von dem örtlichen Krankenhausanzeiger, über die lokale und überörtliche Presse, das Internet bis hin zu bundesweit erscheinenden Tageszeitungen, zur internationalen Presse und Fachmagazinen und dem Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union reichen sowie über europaweit tätige beauftragte Banken oder Makler erfolgen. Je nach Einzelfall ist zu entscheiden, welche der genannten Bekanntmachungsformen für ausreichend erachtet wird.

Wenn wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung vernünftigerweise angenommen werden kann, dass Unternehmen aus anderen EU-Ländern kein Interesse an einer Bieterstellung haben, dürfte die Veräußerung keine Binnenmarktrelevanz aufweisen und dementsprechend eine europaweite Ausschreibung nicht angezeigt sein.<sup>99</sup> Für geplante Verkaufsprozesse von Krankenhäusern wird man jedoch – angesichts ihrer in der Regel nicht unerheblichen wirtschaftlichen Bedeutung – von einer fehlenden Binnenmarktrelevanz nicht ohne weiteres ausgehen können. Folglich dürfte sich im Hinblick auf die regelmäßig anzunehmende **Binnenmarktrelevanz** von Krankenhausprivatisierungen **eine Veröffentlichung der Privatisierungsabsicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union**<sup>100</sup> anbieten, auch um nachträgliche Streitigkeiten über das zutreffende Bekanntmachungsmedium und europarechtlich unzulässige Beschränkungen zu vermeiden. Denn das sog. **Supplement zum EU-Amtsblatt** steht als rechtssicheres und zugleich kostengünstiges und praxisgerechtes Bekanntmachungsmedium zur Verfügung.<sup>101</sup>

#### 4. Ist zu empfehlen, ein Bieterverfahren bei der Privatisierung von Krankenhäusern durchzuführen?

Nach Auffassung der herrschenden (nationalen) rechtswissenschaftlichen Literatur ist bei Veräußerungsprozessen der öffentlichen Hand der Käufer in einem **transparenten, strukturierten Bieterverfahren** zu ermitteln.<sup>102</sup>

Eine explizite gesetzliche Norm, die ein Bieterverfahren bei Veräußerungsprozessen der öffentlichen Hand vorschreibt, existiert nicht. Zur Begründung der Notwendigkeit der Durchführung

<sup>99</sup> Sellmann, Verfahrensrecht bei der Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser, Das Krankenhaus, 2/2008, S. 124, Rn. 20 m. w. N.

<sup>100</sup> Vgl. <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/informationen/glossar/eu-supplement/> (Abruf vom 4. Apr. 2022).

<sup>101</sup> Graf von Rittberg, Verfahrensfragen bei der Privatisierung von Krankenhäusern, Mitteilungen des Bundesverbandes Deutscher Privatkrankenanstalten, f & w, 4/2000, 17. Jahrgang, S. 411.

<sup>102</sup> Sellmann, Verfahrensrecht bei der Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser, KH, 2/2008, S. 124; Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (786); Schimanek, die Ausschreibungspflicht von Privatisierungen, NZBau 2005, 304, 310 f.; Braun, Ausschreibungspflichtigkeit des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen, VergabeR 2006, 657, 660; Krutisch, Materielle Privatisierung – wann unterliegen Veräußerungen von Geschäftsanteilen dem Vergaberecht?, NZBau 2003, 650 (653).

eines Bieterverfahrens stellt die herrschende Meinung auf eine Zusammenschau der unter Ziffer II. 1. dargestellten nationalen öffentlich-rechtlichen und europarechtlichen Vorgaben ab. Aus den unter Ziffer II. 1. beschriebenen gesetzlichen Rahmenbedingungen ergeben sich zudem Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung des Bieterverfahrens.<sup>103</sup>

#### **a. Haushaltsrecht**

Aus dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, wie er unter anderem in § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO konkretisiert ist, könnte sich die Erforderlichkeit der Durchführung eines Bieterverfahrens als geeignetes Verfahren zur Verkehrswertermittlung bei Verkauf eines kommunalen Krankenhauses ableiten lassen. Lediglich wenn ein Marktpreis feststellbar ist, bedarf es keiner besonderen Wertermittlung.<sup>104</sup>

Gerade bei der Veräußerung von kommunalen Versorgungsunternehmen oder entsprechenden Beteiligungen ergeben sich jedoch bei der Ermittlung des tatsächlichen Marktwerts erhebliche Schwierigkeiten, da u. a. auf Grund des Entwicklungspotenzials dieser Unternehmen in einem liberalisierten Markt potenzielle Erwerber nicht nur den Marktwert, sondern auch erhebliche strategische Zuschläge zu zahlen bereit sind. Diese können im Vorhinein nicht zutreffend ermittelt werden, sondern lediglich in einem wettbewerblichen Bieterverfahren. Vor diesem Hintergrund ist bei der Veräußerung von Unternehmen oder Beteiligungen der öffentlichen Hand die Durchführung eines Bieterverfahrens immer geboten.<sup>105</sup> Auch der Bund wendet bei der Veräußerung von Beteiligungen ein solches Bieterverfahren an. So heißt es im Monatsbericht des Bundesministeriums der Finanzen von Oktober 2001 zum Ablauf des Privatisierungsverfahrens wie folgt:

*„Bei der Veräußerung wendet der Bund grundsätzlich ein offenes, transparentes und wettbewerbliches Veräußerungsverfahren mit einem Verkauf an den Bestbieter an. Daher erfolgt regelmäßig eine offene Ausschreibung des zu veräußernden Geschäftsanteils. Hierdurch kann § 63 BHO erfüllt werden, der bei einer Veräußerung von Vermögensgegenständen durch den Bund die Realisierung des vollen Wertes fordert. Der „volle Wert“ wird gemäß den Vorläufigen Verwaltungsvorschriften zur BHO durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Der sich in diesem wettbewerblichen Bieterverfahren ergebende Preis stellt den vollen Wert dar.“<sup>106</sup>*

<sup>103</sup> Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (784).

<sup>104</sup> Wernsmann, in: Gröpl, BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 63, Rn. 9.

<sup>105</sup> Eggers, Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (783).

<sup>106</sup> Vgl. [https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2001-2016/Inhalte/Monatsbericht-Archiv-Downloads/2001/Monatsbericht\\_Okt\\_2001.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2001-2016/Inhalte/Monatsbericht-Archiv-Downloads/2001/Monatsbericht_Okt_2001.pdf?__blob=publicationFile&v=4), S. 77 (Abruf vom 1. Apr. 2022).

## b. Verfassungsrecht

Da die öffentliche Hand grundsätzlich an Grundrechte auch bei unternehmerischem Handeln gebunden ist, spricht auch der in Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 LV statuierte Gleichheitssatz für eine Verpflichtung auf Durchführung eines Bieterverfahrens im Privatisierungsprozess. Durch ein objektives und transparentes Bieterverfahren kann der Anspruch eines interessierten Bewerbers auf eine objektive und sachlich gerechtfertigte Auswahlentscheidung der öffentlichen Hand bestmöglich gewährleistet werden.<sup>107</sup> Zur Wahrung des Gebots der Gleichbehandlung ist die Durchführung eines Bieterverfahrens in der Regel angezeigt.<sup>108</sup>

## c. Europarecht

Die primärrechtlichen Mindestanforderungen im Hinblick auf die Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung am Erwerb interessierter Unternehmen sowie die Transparenz und Publizität des Verfahrens werden ebenfalls am zweckmäßigsten durch eine Bekanntmachung der beabsichtigten Veräußerung und die Durchführung eines strukturierten Bieterverfahrens gewährleistet. Denn die Auswahlentscheidung durch den Staat als Anbieter betreffend den Verkauf von öffentlichem Vermögen muss in einem **transparenten, diskriminierungsfreien und wettbewerblichen Verfahren** erfolgen. Ein strukturiertes Bieterverfahren wird den Grundfreiheiten des AEUV gerecht und stellt zugleich sicher, dass es nicht zu Veräußerungen unter dem tatsächlichen Marktwert kommt.<sup>109</sup>

## 5. Ist die gezielte Veräußerung von kommunalen Geschäftsanteilen an einen privaten Investor ohne vorherige Durchführung eines Bieterverfahrens mit dem Beihilfenrecht zu vereinbaren?

Die gezielte Veräußerung von kommunalen Geschäftsanteilen an einen privaten Investor ohne Durchführung eines Bieterverfahrens dürfte - vorbehaltlich der jeweiligen Einzelfallgestaltung - als beihilfenrechtlich relevante Begünstigung unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten angreifbar sein.

Dies vor dem Hintergrund, dass die Durchführung eines strukturierten Bieterverfahrens gerade sicherstellt, dass es nicht zu Veräußerungen unter dem tatsächlichen Marktwert kommt. Ohne ein solches Verfahren könnte die öffentliche Hand Gefahr laufen, eine Veräußerung unter Marktwert vorzunehmen, die in aller Regel zu einer unzulässigen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

---

<sup>107</sup> So auch *Eggers/Malmendier*, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (784).

<sup>108</sup> *Philipp/Vetter/Kriesel*, Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand, LKV 2020, 539 (547).

<sup>109</sup> *Prieß/Simonis*, Die künftige Relevanz des Primärvergabe- und Beihilfenrechts, NZBau 2015, 731 (735).



führt.<sup>110</sup> Ein Verfahren, in dem nur ein einziges Angebot abgegeben wird, hält die Europäische Kommission grundsätzlich nicht für ausreichend, um einen Marktpreis zu erhalten.<sup>111</sup>

Die sicherste Form zur beihilfenkonformen Ausgestaltung einer Privatisierung ist entsprechend der Grundsätze der Europäischen Kommission der Verkauf im Wege eines **offenen, transparenten, unbedingten und diskriminierungsfreien Bieterverfahrens**.<sup>112</sup> Bei Durchführung eines solchen strukturierten Bieterverfahrens besteht die Vermutung, dass das Verkaufsverfahren keine Beihilfe mit sich bringt, sodass generell keine Anmeldepflicht besteht. Auch der EuGH, gestützt auf Entscheidungen des EuG<sup>113</sup>, räumt für den hier gegenständlichen Kontext einer rechtssicheren Veräußerung eines öffentlichen Unternehmens einem Bieterverfahren einen grundsätzlichen Vorrang gegenüber sonstigen Methoden zur Wertermittlung ein.<sup>114</sup>

Um einen Beihilfeverdacht bei Veräußerungsgeschäften der öffentlichen Hand von vornherein auszuschließen könnte vor dem Hintergrund der Praxis der Europäischen Kommission sowie der Rechtsprechung des EuGH die Durchführung eines transparenten, strukturierten und diskriminierungsfreien Bieterverfahrens als zu beschreitender, vorzugswürdiger Weg in Betracht kommen.

## 6. Wenn Ziffer 5 bejaht wird, warum?

Die Beantwortung dieser Frage entfällt.

## 7. Welche rechtlichen Folgen könnte eine Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Beteiligung ohne Einhaltung der nationalen und europarechtlichen Vorgaben, insbesondere des EU-Beihilfenrechts, haben?

### a. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche nationale Vorgaben

Da sich die kommunale Selbstverwaltungstätigkeit gemäß Art. 28 Abs. 2 GG „im Rahmen der Gesetze“ bzw. gemäß Art. 49 Abs. 3 Satz 2 LV „im Einklang mit den Gesetzen“ zu bewegen hat,

---

<sup>110</sup> *Eggers/Malmendier*, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (782).

<sup>111</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Ziff. 93.

<sup>112</sup> XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1993, Rn. 402 ff.; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 19. Jul. 2016, ABl. EU, C 262/1, Rn. 89 ff.

<sup>113</sup> EuG, Urt. vom 28. Febr. 2012, T-268/08 und T-281/08, BeckRS 2012, 80426 (Land Burgenland/Kommission), EuZW 2013, 134.

<sup>114</sup> *Gabriel*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 84 Beihilferechtliche Privatisierungsgrundsätze, Rn. 15 m. w. N.

untersteht auch die kommunale Wirtschaftstätigkeit staatlicher Aufsicht (sog. **Kommunalaufsicht**).<sup>115</sup> Der Privatisierungsprozess wird als unmittelbares Verwaltungshandeln von der Kommunalaufsicht erfasst. Der Aufsichtsbehörde stehen die in §§ 120 ff. GemO genannten Rechte zu. Zu den Maßnahmen der Repressivaufsicht, welche der Gemeinde eine Korrektur des rechtswidrigen Verhaltens aufgeben, gehören als Primärmittel die **Beanstandung** gemäß § 121 GemO und die **Anordnung** gemäß § 122 GemO. Durch die Anwendung von sog. Sekundärmitteln hat die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, die Maßnahmen durchzusetzen, die sie der Gemeinde zuvor aufgegeben hat. Hierzu zählt das **Recht der Ersatzvornahme** gemäß § 123 GemO. Zur Durchsetzung einer Beanstandung bezeichnet die Gemeindeordnung gemäß § 121 GemO die aufsichtsbehördliche Maßnahme als Aufhebungsrecht.<sup>116</sup>

Von ihrem Beanstandungsrecht nach § 121 GemO wird die zuständige Aufsichtsbehörde in der Regel Gebrauch machen, sofern Unternehmen bzw. Vermögensgegenstände entgegen **§ 79 Abs. 1 Satz 3 GemO** nicht zu ihrem vollen Wert veräußert werden.<sup>117</sup> Verstößt die Gemeinde gegen den **Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit**, kann die Kommunalaufsichtsbehörde ebenfalls mit den vorbezeichneten hoheitlichen Aufsichtsmitteln nach §§ 120 ff. GemO eingreifen.<sup>118</sup>

Zu beachten ist, dass die Aufsichtsbehörde bei Verstößen gegen die einschlägigen Regelungen des Kommunalrechts bei der Veräußerung von Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft nicht die Zweckmäßigkeit der materiellen Privatisierung, sondern lediglich deren **Rechtmäßigkeit** prüft. Dies heißt, die Prüfung der Aufsichtsbehörde beschränkt sich in der Praxis im Wesentlichen auf die Kriterien, welche die Gemeindeordnung vorgibt.<sup>119</sup>

Neben dem Risiko des Einschreitens der Kommunalaufsicht mit den vorbezeichneten Aufsichtsmitteln ergeben sich bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche nationale Vorgaben auch Prozessrisiken in zivilrechtlicher Hinsicht. Aufgrund der je nach Einzelfall hohen Komplexität und Vielgestaltigkeit eines Unternehmenskaufvertrages bei der Privatisierung eines Krankenhauses in kommunaler Beteiligung können zivilrechtliche Prozessrisiken nicht einheitlich für alle Fälle dargestellt werden.<sup>120</sup> Nachfolgend soll daher lediglich beispielhaft aufgezeigt werden, welche zivilrechtlichen Rechtsfolgen ein Verstoß gegen § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO nach sich ziehen kann. Darüber hinaus wird aufgezeigt, welche Prozessrisiken im Hinblick auf das grundsätzlich bestehende<sup>121</sup> Verfahrenserfordernis eines strukturierten Bieterverfahrens bestehen können.

<sup>115</sup> Hell/Schmidt/Bokelmann, in: Praxis der Kommunalverwaltung RhPf, Juni 2021, EigAnVO, § 1, D-1d, Ziff. 2.2.3. m. w. N.

<sup>116</sup> Vgl. <https://www.kommunalbrevier.de/kommunalbrevier/Kommunalpolitik-A-Z/rechtliche-kontrolle-von-ratsbeschluessen/die-aufsicht-des-staates-ueber-die-gemeinden/befugnisse-aufsichtsmittel/kommunalaufsicht/> (Abruf vom 4. Apr. 2022).

<sup>117</sup> Vgl. Schönmeier, in: Praxis der Kommunalverwaltung, KV, BbgKVerf, Dez. 2013, Br, B-1, Ziff. 5.

<sup>118</sup> Rheindorf, in: Praxis der Kommunalverwaltung RhPf, KVR RP, GemO, § 93, B-1, Ziff. 3.3.2.

<sup>119</sup> Strohe/Meyer-Wyck/Köhler, Chancen und Risiken der Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser, Ein Erfahrungsbericht mit Praxisbeispielen, das Krankenhaus 1/2004, S. 19.

<sup>120</sup> Je nach Vertragsgestaltung und begangener Vertragsverletzung können Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche sowie Rücktrittsrechte o.ä. in Betracht kommen.

<sup>121</sup> Vgl. hierzu Ziff. II. 4.

#### aa. § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO

§ 79 Abs. 1 Satz 3 GemO entfaltet nicht nur eine Innen-, sondern auch Außenwirkung in Bezug auf mit Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäfte.<sup>122</sup> Ein **Verstoß gegen § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO** bewirkt als **Verbotsgesetz** die **Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts** nach **§ 134 BGB**.<sup>123</sup> So trifft das Risiko des Scheiterns des Rechtsgeschäftes wegen Verstoßes gegen das Vollwertprinzip nicht nur die Kommune als Normadressaten des § 79 GemO, sondern auch den kommunalen Vertragspartner.<sup>124</sup> Ist ein Privatisierungsvertrag wegen Verstoßes gegen § 79 Abs.1 Satz 3 GemO als gesetzliches Verbot nach § 134 BGB unwirksam, so können auf Grundlage des Vertrages erbrachte Leistungen nach den **bereicherungsrechtlichen Regelungen der §§ 812 ff. BGB** zurückverlangt werden.<sup>125</sup> Eine trotz Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB i. V. m. § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO erfolgte Eintragung im Grundbuch macht dieses unrichtig, sodass ein Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB besteht.<sup>126</sup>

#### bb. Prozessrisiko Bieterverfahren

Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche Prozessrisiken bestehen, sofern die öffentliche Hand bei der Privatisierung **kein strukturiertes Bieterverfahren durchführt**, sondern den Verkauf des Krankenhauses in öffentlicher Trägerschaft freihändig durchführt.

Wenn die öffentliche Hand verpflichtet ist, bei Vermögensprivatisierungen den Erwerber in einem strukturierten Bieterverfahren zu ermitteln, können bei Nichtdurchführung eines solchen Verfahrens nicht berücksichtigte Interessenten bei dem zuständigen ordentlichen Gericht<sup>127</sup> beantragen, der öffentlichen Hand im Wege der einstweiligen Verfügung die Veräußerung zu untersagen und den Käufer in einem strukturierten Bieterverfahren zu ermitteln.<sup>128</sup>

Auch wenn die öffentliche Hand ein Bieterverfahren durchführt, sind Prozessrisiken nicht ausgeschlossen. Kaufinteressenten oder Bieter steht die Möglichkeit offen, Ansprüche auf Vornahme oder Unterlassen bestimmter Handlungen im Verlaufe des Bieterverfahrens sowie Scha-

---

<sup>122</sup> Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, RhPf, KVR RP, GemO, § 79, B-1, Ziff. 2.4.

<sup>123</sup> Dazert, i.: Praxis der Kommunalverwaltung, RhPf, KVR RP, GemO, § 79, B-1, Ziff. 2.4; BayObLG, Beschluss vom 22. Juni 1995, Az.: 2 Z BR 42/95, NVwZ-RR 1996, S. 342.

<sup>124</sup> Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, RhPf, KVR RP, GemO, § 79, B-1, Ziff. 2.4.

<sup>125</sup> Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, RhPf, KVR RP, GemO, § 79, B-1, Ziff. 2.4; BGH, Urteil vom 17. Feb. 2000, Az. IX ZR 50/98 (KG).

<sup>126</sup> Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, RhPf, KVR RP, GemO, § 79, B-1, Ziff. 2.4.

<sup>127</sup> Auch Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Veräußerung von Unternehmen der öffentlichen Hand oder Beteiligungen an Unternehmen, die Versorgungsaufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehmen, gehören grundsätzlich als bürgerliche Streitigkeiten gemäß § 13 GVG vor die ordentlichen Gerichte, vgl. Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (786).

<sup>128</sup> Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (785).

densersatzansprüche wegen Pflichtverletzungen geltend zu machen. Mögliche Anspruchsgrundlagen enthält beispielsweise das Wettbewerbsrecht.<sup>129</sup> Einem in einer Verkaufsentscheidung im Bieterverfahren übergangenen Bieter steht, sofern er der Auffassung ist, zu Unrecht übergangen worden zu sein, die Möglichkeit offen, den Erlass einer einstweiligen Verfügung dahingehend zu beantragen, dass der öffentlichen Hand der Verkauf an den ausgewählten Bieter einstweilen untersagt wird.<sup>130</sup>

Aus **Verstößen gegen konkrete Verfahrensvorschriften im Bieterverfahren** können zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nicht berücksichtigter Kaufinteressenten aus „**culpa in contrahendo**“ (sog. Verschulden bei Vertragsschluss als Sekundäranspruch) resultieren, sobald die öffentliche Hand das Verkaufsmemorandum mit dem niedergelegten Ablauf des Bieterverfahrens an die Kaufinteressenten übersandt hat. Denn ab diesem Zeitpunkt besteht zwischen der öffentlichen Hand und den Interessenten ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Schadensersatzansprüche aus „culpa in contrahendo“ sind jedoch auf das negative Interesse beschränkt, so dass nur Ersatz für die aufgewendeten Angebotskosten verlangt werden kann. Ist der Vertrag mit dem ausgewählten Bieter bereits abgeschlossen, ist die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht berücksichtigter Bieter möglich.<sup>131</sup>

#### **b. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen europarechtliche Vorgaben**

Die primär gegen die Mitgliedsstaaten gerichteten Grundfreiheiten verleihen dem Einzelnen **subjektive Rechte** (sog. **unmittelbare Anwendbarkeit**) und sind damit von **nationalen Gerichten** zu beachten.<sup>132</sup> Anders als etwa im Falle der Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG folgt aus der Verletzung des grundfreiheitrechtlichen Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV nicht lediglich ein Anspruch des Einzelnen auf gleichheitsrechtskonforme Neuregelung, sondern auf Abwehr der gleichheitswidrigen Belastung bzw. auf Partizipation an der gleichheitswidrig vorenthaltenen Begünstigung.<sup>133</sup>

Unterlegene Bieter könnten vor diesem Hintergrund einen auf Verletzung der Grundfreiheiten, insbesondere des Diskriminierungsverbotes und der Niederlassungsfreiheit, im Privatisierungsprozess gestützten Anspruch in Betracht ziehen mit der Argumentation, ihnen sei durch ein „un-faires“ Privatisierungsverfahren gleichheitsrechtswidrig eine Begünstigung vorenthalten worden und/oder sie seien durch ein solches daran gehindert worden, Anteile an einem ausländischen Unternehmen zu erwerben oder sich in einem anderen Mitgliedsstaat niederzulassen. Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten könnte ein unterlegener Bieter

<sup>129</sup> Beispielsweise § 1 UWG.

<sup>130</sup> Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (785).

<sup>131</sup> Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780 (780).

<sup>132</sup> EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1, 25.

<sup>133</sup> Cremer, in Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Auflage, 2017, § 3 Europarechtliche Vorgaben für das Krankenhausrecht, Rn. 9 m. w. N.

im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes** im laufenden Bieterverfahren versuchen, das Privatisierungsverfahren zu stoppen. Nach Abschluss der Privatisierung wären **Amtshaftungsansprüche** bei Verletzung von Grundfreiheiten möglich. Auch könnte die Einleitung eines **Vertragsverletzungsverfahrens** gemäß Art. 258 AEUV und Art. 259 AEUV gegen den privatisierenden Mitgliedsstaat bei der Kommission erwogen werden.<sup>134</sup>

### c. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Europäische Beihilfenrecht

Ein Verstoß gegen europäisches Beihilfenrecht zieht folgende Rechtsfolgen nach sich:

#### aa. Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV

Ist mangels marktkonformen Kaufpreises eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV im Privatisierungsvorgang gewährt worden, die nicht bei der Kommission angemeldet worden ist, ergeben sich die Rechtsfolgen aus Art. 108 Abs. 3 AEUV. Die Beihilfe ist gegenüber der Kommission zu **notifizieren** (sog. **Notifikationspflicht** gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV), sofern nicht ausnahmsweise ein sog. Freistellungstatbestand beispielsweise für Bagatellbeihilfen nach der De-minimis-Verordnung<sup>135</sup> oder für Ausgleichszahlungen im Bereich des Daseinsvorsorge<sup>136</sup> eingreift. Dies gilt ungeachtet der Rechtfertigungsfähigkeit der Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV sowie Art. 106 Abs. 2 AEUV. Die Kommission prüft sodann, ob eine Genehmigung nach Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV in Betracht kommt. Während des laufenden Notifizierungsverfahrens ist die Beihilfe mit einem **Durchführungsverbot gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV** belegt.<sup>137</sup> Dies bedeutet, der Beihilfenanteil des Kaufpreises darf so lange nicht ausgezahlt werden, bis die Kommission eine die Beihilfe gestattende Entscheidung erlassen hat.<sup>138</sup>

Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist zudem **unmittelbar anwendbar**. Es stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) ein **Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB** dar.<sup>139</sup> Hieraus folgt die (Teil-) **Nichtigkeit** des unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot abgeschlossenen Vertrages.<sup>140</sup> Diese Nichtigkeit ist nicht heilbar, insbesondere nicht durch die nachträgliche Genehmigung der Beihilfe durch die Kommission.<sup>141</sup> Nach

---

<sup>134</sup> *Kristoferitsch*, Eine „vergaberechtliche Interpretation“ des Bieterverfahrens bei Privatisierungen? – Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren, EuZW 2006, 428 (432).

<sup>135</sup> Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Europäischen Kommission vom 18. Dez. 2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen.

<sup>136</sup> Nach dem EuGH in der Rechtssache „Altmark-Trans“ stellen Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (sog. „DAWI“) keine staatlichen Beihilfen dar, wenn die dort genannten vier Bedingungen kumulativ erfüllt sind, vgl. EuGH, Urt. vom 24. Jul. 2003, Rs. C-280/00.

<sup>137</sup> *Quardt/Nielandt*, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, EuZW 2004, 201 (204).

<sup>138</sup> BGH, Beschluss vom 13. Sep. 2012, Az. III ZB 3/12, Rn. 19 m. w. N.

<sup>139</sup> BGH, Beschluss vom 13. Sep. 2012, Az. III ZB 3/12.

<sup>140</sup> BGH, Urteil vom 11. Apr. 2003, Az. V ZR 314/02; BGH, Urt. v. 5. Dez. 12, Az. I ZR 92/11.

<sup>141</sup> BGH, Beschluss vom 13. Sep. 2012, Az. III ZB 3/12.

dem BGH gebietet der Zweck der unionsrechtlichen Durchführungsverbots jedoch keine Gesamtnichtigkeit von Kaufverträgen, in denen das Beihilfeelement in einem zu niedrigen Kaufpreis liegt, sondern es reicht in solchen Fällen zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils aus, wenn vom Beihilfenempfänger die Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfenfreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird.<sup>142</sup>

### **bb. Rechtsschutzmöglichkeiten**

Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des Durchführungsverbot können im Wettbewerb beeinträchtigte Unternehmen das Beihilfenverbot auch auf nationaler Ebene gerichtlich durchsetzen. Die Kompetenz zur Feststellung einer Beihilfe und zur Feststellung der Nichtigkeit wegen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist also nicht allein der Kommission zugewiesen.

Wettbewerbern von durch verbotene Beihilfen begünstigten Unternehmen steht die Möglichkeit der Klage vor nationalen Gerichten beispielsweise nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV oder nach UWG auf Unterlassung und Schadensersatz offen.<sup>143</sup> Sofern Bietern aus dem Privatisierungsverfahren ein Schaden entstanden ist, kommt auch ein Amtshaftungsanspruch in Betracht.<sup>144</sup>

Daneben besteht die Möglichkeit der Beschwerde zur Europäischen Kommission. Damit kann die Kassation der Auszahlung der Beihilfe an den Konkurrenten erreicht werden.<sup>145</sup>

### **cc. Rückforderung und beihilfenrechtliche Haftungsklauseln**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach den beihilfenrechtlichen Vorgaben eine Beihilfe, die ohne vorherige Notifizierung ausgezahlt wird einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV darstellt und formell fehlerbehaftet ist. Bis zur Entscheidung der Kommission im Notifizierungsverfahren können nationale Gerichte über die Rechtsfolgen dieses formellen Fehlers entscheiden. Die Europäische Kommission dagegen ist nicht befugt, die Rückforderung einer vermeintlichen Beihilfe wegen eines formellen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot anzuordnen.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> BGH, Urteil vom 5. Dez. 2012, Az. I ZR 92/11, Rn. 35; EuZW 2013, 753.

<sup>143</sup> Vgl. Leitfaden Europäisches Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis, 2. Aufl., 1. Jan. 2022, S. 12, abrufbar unter [https://www.menoldbezler.de/wp-content/uploads/2022/02/Leitfaden\\_EU-Beihilfenrecht-fuer-die-kommunale-Praxis-2022.pdf](https://www.menoldbezler.de/wp-content/uploads/2022/02/Leitfaden_EU-Beihilfenrecht-fuer-die-kommunale-Praxis-2022.pdf) (Abruf vom 7. Apr. 2022).

<sup>144</sup> *Kristoferitsch*, Eine „vergaberechtliche Interpretation“ des Bietverfahrens bei Privatisierungen? – Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren, EuZW 2006, 428 (432).

<sup>145</sup> *Kristoferitsch*, Eine „vergaberechtliche Interpretation“ des Bietverfahrens bei Privatisierungen? – Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren, EuZW 2006, 428 (432).

<sup>146</sup> Vgl. Leitfaden Europäisches Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis, 2. Aufl., 1. Jan. 2022, S. 11, abrufbar unter [https://www.menoldbezler.de/wp-content/uploads/2022/02/Leitfaden\\_EU-Beihilfenrecht-fuer-die-kommunale-Praxis-2022.pdf](https://www.menoldbezler.de/wp-content/uploads/2022/02/Leitfaden_EU-Beihilfenrecht-fuer-die-kommunale-Praxis-2022.pdf) (Abruf vom 7. Apr. 2022).

Die Kommission entscheidet über die **materiell-rechtliche Zulässigkeit der Beihilfengewährung**. Sieht sie die Beihilfe als nicht genehmigungsfähig an, sind gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen vom begünstigten Unternehmen als Empfänger zurückzufordern. Die Rückforderung ist entsprechend der innerstaatlichen Kompetenzordnung durchzusetzen.<sup>147</sup> Da Art. 107 Abs. 1 AEUV überwiegend als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB qualifiziert wird, kann das Vorliegen einer unionsrechtswidrigen Beihilfe die Teil- oder Gesamtnichtigkeit des geschlossenen Unternehmenskaufvertrages zur Folge haben.<sup>148</sup> Teilweise werden in der Praxis **beihilfenrechtliche Haftungsklauseln** in Unternehmenskaufverträge aufgenommen, mit welchen die Kommune zusichert, dass das Kaufobjekt frei von rechtswidrigen Beihilfen ist. Im Falle der Rückforderung einer Beihilfe ist den Käufern der entstandene Verlust dann zu ersetzen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Europäische Kommission solche Haftungsklauseln bereits selbst als Beihilfe angesehen hat, da solche Klauseln insbesondere wegen Fehlens einer Notifikation oder wegen einer Umgehung der Rückforderungsentscheidung unwirksam sein können.<sup>149</sup>

Genehmigt die Europäische Kommission eine Beihilfe, kann dennoch der **Zinsvorteil** für denjenigen Zeitraum, in dem die Beihilfe ohne vorherige Notifikation gewährt worden ist, zurückgefordert werden.<sup>150</sup>

8. **Welche Auswirkungen könnte ein solcher Verstoß auf die Finanzierung privater Krankenhausträger, insbesondere für in Aussicht gestellte Landesförderung haben?**
9. **Welche Auswirkungen für das Land Rheinland-Pfalz könnte ein solcher Verstoß mit sich bringen, wenn das Land bereits Fördergelder an den Träger gezahlt bzw. in Aussicht gestellt hat?**

Die Fragestellungen zu 8. und 9. werden wegen ihrer thematischen Nähe gemeinsam beantwortet. Vorangestellt wird eine allgemeine Darstellung zur öffentlichen Förderung von Krankenhausträgern durch das Land.

---

<sup>147</sup> Vgl. Leitfaden Europäisches Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis, 2. Aufl., 1. Jan. 2022, S. 11, abrufbar unter [https://www.menoldbezler.de/wp-content/uploads/2022/02/Leitfaden\\_EU-Beihilfenrecht-fuer-die-kommunale-Praxis-2022.pdf](https://www.menoldbezler.de/wp-content/uploads/2022/02/Leitfaden_EU-Beihilfenrecht-fuer-die-kommunale-Praxis-2022.pdf) (Abruf vom 7. Apr. 2022).

<sup>148</sup> *Essing/Kürten*, Besondere Herausforderungen bei Unternehmenskäufen und – verkäufen mit Beteiligung der öffentlichen Hand – dargestellt an Praxisbeispielen aus dem Energie- und Krankenhausesektor, *KommJur* 2015, 366 (371), Rn. 54 m. w. N.

<sup>149</sup> *Essing/Kürten*, Besondere Herausforderungen bei Unternehmenskäufen und – verkäufen mit Beteiligung der öffentlichen Hand – dargestellt an Praxisbeispielen aus dem Energie- und Krankenhausesektor, *KommJur* 2015, 366 (371), Rn. 68 m. w. N.

<sup>150</sup> Vgl. Leitfaden Europäisches Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis, 2. Aufl., 1. Jan. 2022, S. 11, abrufbar unter [https://www.menoldbezler.de/wp-content/uploads/2022/02/Leitfaden\\_EU-Beihilfenrecht-fuer-die-kommunale-Praxis-2022.pdf](https://www.menoldbezler.de/wp-content/uploads/2022/02/Leitfaden_EU-Beihilfenrecht-fuer-die-kommunale-Praxis-2022.pdf) (Abruf vom 7. Apr. 2022).

## a. Die öffentliche Förderung von Krankenhausträgern durch das Land

Das Recht der Krankenhausfinanzierung findet seine Grundlage im KHG.<sup>151</sup> Einen Unterfall des Rechts der Krankenhausfinanzierung stellt das landesrechtlich geprägte Recht der Krankenhausplanung nach Maßgabe der §§ 6 und 8 KHG sowie in Rheinland-Pfalz das LKG dar.<sup>152</sup> In Rheinland-Pfalz regelt das LKG die maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen des rheinland-pfälzischen Krankenhauswesens.<sup>153</sup>

### aa. Vorgaben des KHG

Das KHG sieht zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser eine **duale Finanzierung** vor: Einerseits werden die **Investitionskosten** und ihnen gleichgestellte Kosten der Krankenhäuser von den Ländern entsprechend den bundesrechtlichen Vorgaben und den näheren landesrechtlichen Detailregelungen **öffentlich gefördert** (vgl. § 4 Nr. 1 KHG). Andererseits erhalten die Krankenhäuser zur Deckung der Betriebskosten leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen (§ 2 Nr. 4, § 4 Nr. 2, §§ 16 f. KHG).<sup>154</sup>

Der Begriff der **Investitionskosten und ihnen gleichgestellte Kosten** wird in § 2 Nr. 2 und 3 KHG definiert. Nach § 2 Nr. 2 KHG sind Investitionskosten insbesondere die Kosten der Errichtung (Neubau, Umbau, Erweiterungsbau) von Krankenhäusern und der Anschaffung der zum Krankenhaus gehörenden Wirtschaftsgüter, ausgenommen der zum Verbrauch bestimmten Güter (Verbrauchsgüter) sowie die Kosten der Wiederbeschaffung der Güter des zum Krankenhaus gehörenden Anlagevermögens (Anlagegüter). Ausdrücklich ausgenommen von den Investitionskosten hat der Gesetzgeber die Kosten des Grundstücks, des Grundstückserwerbs, der Grundstückerschließung sowie ihrer Finanzierung sowie die Kosten der Telematikinfrastruktur gem. § 291a Abs. 7 Satz 4 SGB V (§ 2 Nr. 2 Halbsatz 2 KHG). Im Übrigen sind bestimmte Kosten den Investitionskosten im Gesetz gleichgestellt, insbesondere Abschreibungen, Zinsen, Tilgung und Verwaltungskosten für Verbrauchs- und Anlagegüter (§ 2 Nr. 3 KHG). Einzelheiten richten sich nach der Abgrenzungsverordnung (AbgrV). Zur weiteren Abgrenzung zieht die Rechtsprechung handels- und steuerrechtliche Grundsätze heran.<sup>155</sup>

Die Krankenhäuser haben nach Maßgabe des KHG einen Anspruch auf Förderung nur, soweit und solange sie **in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen** sind; bei Investitionen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG – also der Errichtung von Krankenhäusern – ist weitere Voraussetzung, dass die Krankenhäuser in ein Investitionsprogramm des Landes aufgenommen sind (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KHG). Der Landeskrankenhausplan ist nach seiner Rechtsnatur eine verwal-

<sup>151</sup> Vgl. hierzu schon Ziff. II.1.b.aa.

<sup>152</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung, 04. Feb. 2014, Az. WD 9 - 3000 - 095/13, S. 6.

<sup>153</sup> Vgl. [Drs. 15/4553](#), S. 1.

<sup>154</sup> Rommelfanger, LKG, 2021, Vor § 11; Stollmann/Quaas/Dietz, PdK, KHG, Stand: Feb. 2015, § 4 Nr. I.1.

<sup>155</sup> Vgl. Stollmann/Dietz, PdK, KHG, Stand: Aug. 2012, § 4 Nr. I.4 und 5.



tungsinterne Weisung ohne unmittelbare Rechtswirkung nach außen. Er ist weder Verwaltungsakt noch Allgemeinverfügung.<sup>156</sup> Die Aufnahme in den Krankenhausplan des Landes erfolgt mittels **behördlichem Bescheid** (vgl. § 6 Abs. 6 LKG, bezeichnet als „Feststellungs-“ oder als „Aufnahmebescheid“).<sup>157</sup> Mit der Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan erwirbt der Krankenhausträger einen Anspruch auf Förderung.<sup>158</sup> Daraus erwächst jedoch noch kein Anspruch auf sofortige Bewilligung und Auszahlung von Fördermitteln für Investitionen, die das Krankenhaus für notwendig ansieht und durchführen möchte. Vielmehr besteht der Anspruch auf Förderung nur „nach Maßgabe des KHG“. Es müssen daher sämtliche Voraussetzungen des Fördertatbestandes (nach Bundes- und Landesrecht) erfüllt sein.<sup>159</sup>

Die einzelnen **Fördertatbestände** werden in § 9 KHG zusammengefasst; das Nähere zur Förderung wird durch Landesrecht bestimmt (§ 11 Satz 1 KHG).<sup>160</sup> Hinsichtlich der **Art der Fördermittel** kann unterschieden werden zwischen der Pauschalförderung und der Einzelförderung. Die **Einzelförderung** ist dadurch bestimmt, dass das Krankenhaus für konkrete einzelne Investitionen Förderanträge stellt und für diese nach Prüfung eine konkrete Bewilligung von Fördermitteln in bestimmter Höhe erteilt wird. Hier ist die einzelne Investition Gegenstand des Förderverfahrens. Bei der **Pauschalförderung** dagegen wird dem Krankenhaus ein nach bestimmten Kriterien bemessener jährlicher Gesamtbetrag zur Verfügung gestellt. Die vom einzelnen Krankenhaus vorgesehenen Investitionen unterliegen keinem Antrags- und Prüfungsverfahren. Das Krankenhaus kann über die Pauschalmittel **im Rahmen der Zweckbindung** frei verfügen. Das KHG beschränkt sich auf die bindende Vorgabe für die Länder, durch feste jährliche Pauschalbeträge die Wiederbeschaffung kurzfristiger Anlagegüter und kleinere bauliche Maßnahmen zu fördern (§ 9 Abs. 3 KHG). Inwieweit pauschal oder einzeln zu fördern ist, schreiben die bundesrechtlichen Regelungen im Übrigen nicht vor.<sup>161</sup> Das „Nähere zur Förderung“, also beispielsweise nähere Regelungen zu den einzelnen Fördertatbeständen, zum Förder- und Prüfverfahren (u.a. Sicherung der Zweckbindung, Überwachung der Verwendung) und zur Rückforderung von Fördermitteln können die Länder bestimmen (§ 11 Satz 1 KHG).<sup>162</sup>

## bb. Vorgaben des LKG

Allgemeine Fördervoraussetzung, also Voraussetzung für die Zahlung von Landesmitteln, ist die **Bewilligung der Fördermittel**, die **mittels eines behördlichen Bescheids** erfolgt.<sup>163</sup> Dieser Förderbescheid ist ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG i.V.m. § 1 LVwVfG RhPf.<sup>164</sup> Er kann als

<sup>156</sup> Rommelfanger, LKG, 2021, § 6 Rn. 2.2.

<sup>157</sup> Rommelfanger, LKG, 2021, § 6 Rn. 6 (1); Stollmann/Quaas/Dietz, PdK, KHG, Stand: Feb. 2015, § 8 Nr. II.2.

<sup>158</sup> Stollmann/Quaas/Dietz, PdK, KHG, Stand: 02.2015, § 8 Nr. II.1.

<sup>159</sup> Quaas, in: ders./Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 140 f

<sup>160</sup> Stollmann/Quaas/Dietz, PdK, KHG, Stand: Feb. 2015, § 9 Nr. I.1.

<sup>161</sup> Quaas, in: ders./Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 26 Rn. 118; Stollmann/Quaas/Dietz, PdK, KHG, Stand: Feb. 2015, § 9 Nr. IX.1.

<sup>162</sup> Stollmann/Quaas/Dietz, PdK, KHG, Stand: 03.2017, § 11 Nr. I.6 und 8; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung, 06.12.2019, Az. WD 9 - 3000 - 088/19, S. 14.

<sup>163</sup> Stollmann/Quaas/Dietz, PdK, KHG, Stand: 02.2015, § 8 Nr. IV.1.

<sup>164</sup> Vgl. Rommelfanger, LKG, 2021, § 20 Rn. 4.

solcher mit Nebenbestimmungen nach Maßgabe des § 36 VwVfG, insbesondere mit Bedingungen und Auflagen, versehen werden.<sup>165</sup>

Hinsichtlich der Art der Förderung sehen die Landesgesetze grundsätzlich eine solche durch **Zuschuss** vor. Das heißt, die Investitionskosten des Krankenhauses werden in der bewilligten Höhe unmittelbar durch Zahlung von Haushaltsmitteln an den Krankenhausträger gefördert. Viele Landesgesetze – so auch das LKG (§ 11 Satz 2) – räumen jedoch ausdrücklich die Möglichkeit ein, die Förderung durch Übernahme des Schuldendienstes für Darlehen oder als Ausgleich für Kapitalkosten vorzunehmen. Vorausgesetzt wird dabei, dass der Krankenhausträger die Darlehensmittel und/oder die Eigenmittel mit Zustimmung der Förderbehörde zur Finanzierung der Investitionskosten eingesetzt hat.<sup>166</sup>

Alle Landeskrankenhausgesetze legen fest, dass die Fördermittel **zweckgebunden** gewährt werden.<sup>167</sup> Sie dürfen also für andere Zwecke nicht verwendet werden. Dazu gehört nicht nur, dass die Fördermittel für die jeweilige gebilligte Investitionsmaßnahme eingesetzt werden, sondern auch, dass das dadurch geschaffene Anlagegut für den vorgesehenen Zweck und nur für diesen Zweck – die stationäre Krankenhausversorgung und Ausbildung in geförderten Ausbildungsstätten – genutzt wird.<sup>168</sup>

Die Landeskrankenhausgesetze können auch spezielle Regelungen über die **Rückforderung von Fördermitteln** treffen.<sup>169</sup> Dies kann etwa den Fall betreffen, dass das Krankenhaus aus dem Krankenhausplan ausscheidet. Hier werden die Fördermittel nicht mehr dem Förderzweck entsprechend genutzt. Die Fördermittel sind jedoch nach den landesgesetzlichen Regelungen nicht in der ursprünglich gewährten Höhe zurückzuzahlen. Ihre zwischenzeitliche Nutzung für den Förderzweck wird mindernd anteilig berücksichtigt. Den Förderbehörden wird darüber hinaus eingeräumt, ganz oder teilweise auf eine Rückforderung zu verzichten, wenn das Krankenhaus im Einvernehmen mit der Planungsbehörde aus dem Krankenhausplan ausgeschieden ist.<sup>170</sup> Vergleichbare Regelungen enthält das rheinland-pfälzische LKG allerdings nicht. Hier gelten daher die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts. Werden die Fördermittel nicht entsprechend dem Förderzweck oder entgegen der Nebenbestimmungen des Bewilligungsbescheids verwendet, kommt demnach insbesondere ein Widerruf des Fördermittelbescheids in

---

<sup>165</sup> Zu möglichen Nebenbestimmungen siehe Vollzug der Landeshaushaltsordnung (VV-LHO), Verwaltungsvorschrift des Ministeriums der Finanzen vom 20. Dez. 2002 (00 01 00 - 422), MinBl. 2003, 22; ber. S. 324, geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 10.12.2020 (MinBl. 2020, S. 298) zu § 44 LHO, Anlage 2 (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung - ANBest-I) und Anlage 3 (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung - ANBest-P zu Teil I).

<sup>166</sup> Quaas, in: ders./Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 26 Rn. 161.

<sup>167</sup> Vgl. § 11 Satz 3 LKG i. V. m. §§ 23, 44 LHO; s. auch Vollzug der Landeshaushaltsordnung (VV-LHO), Verwaltungsvorschrift des Ministeriums der Finanzen vom 20. Dezember 2002 (00 01 00 - 422), MinBl. 2003, 22; ber. S. 324, geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 10.12.2020 (MinBl. 2020, S. 298).

<sup>168</sup> Quaas, in: ders./Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 26 Rn. 233.

<sup>169</sup> Vgl. § 20 Hamburgisches Krankenhausgesetz (HmbKHG), § 28 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW), § 40 Saarländisches Krankenhausgesetz (SKHG), § 16 Thüringer Krankenhausgesetz (ThürKHG).

<sup>170</sup> Quaas, in: ders./Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 26 Rn. 234.

Betracht (vgl. § 49 VwVfG).<sup>171</sup> Gegebenenfalls kann die zuständige Behörde von dem betroffenen Krankenhausträger zudem die Rückzahlung der Fördermittel mittels Bescheid verlangen (vgl. § 49 a VwVfG).<sup>172</sup>

#### b. „In Aussicht gestellte“ Landesförderung

Liegt (noch) kein Förderbescheid vor, sondern wurde dem Veräußerer bzw. Erwerber eine solche „in Aussicht gestellt“, stellt sich zunächst die Frage nach der **rechtlichen Bindungswirkung** einer solchen Aussage. In Betracht kommen hier die rechtlich bindenden Instrumente der Zusicherung nach § 38 VwVfG oder der Zusage.

Eine **Zusage** ist die verbindliche Selbstverpflichtung einer Behörde gegenüber bestimmten oder bestimmbar Adressaten, die auf ein künftiges Tun, Dulden oder Unterlassen, also insbesondere die Vornahme oder Nichtvornahme eines Realakts, gerichtet ist.<sup>173</sup> Die Zusage kann von der Zusicherung dadurch abgegrenzt werden, dass sie nicht einen künftigen hinreichend bestimmten Verwaltungsakt zum Gegenstand hat. Die Wirksamkeit einer solchen Zusage richtet sich deshalb auch nicht nach § 38 Abs. 1 VwVfG, sondern nach den ungeschriebenen Grundsätzen des Verwaltungsrechts („Treu und Glauben“). Eine Zusage begründet danach einen Anspruch auf die zugesagte Leistung, wenn sie von einer dazu befugten Beamtin bzw. einem dazu befugten Beamten der zuständigen Behörde mit dem erkennbaren Willen abgegeben wird, die Behörde zu binden und wenn sie nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.<sup>174</sup>

Unter einer **Zusicherung** versteht man die von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen hinreichend bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder nicht zu erlassen (§ 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). Liegt eine wirksame und rechtmäßige Zusicherung vor, so hat der Zusicherungsempfänger hieraus einen Anspruch auf Erlass bzw. Nichterlass des Verwaltungsaktes. Allerdings hat die Behörde die Möglichkeit, die Zusicherung im Falle ihrer Rechtswidrigkeit nach den Vorgaben des § 48 VwVfG **zurückzunehmen** oder auch eine rechtmäßige Zusicherung unter Beachtung der Bestimmung des § 49 VwVfG zu **widerrufen** (vgl. § 38 Abs. 2 VwVfG). Für den Fall der späteren Änderung der Sach- oder Rechtslage enthält § 38 Abs. 3 VwVfG eine spezielle Regelung. Ändert sich nach Abgabe der Zusicherung die Sach- oder Rechtslage derart, dass die Behörde bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderung die Zusicherung nicht gegeben hätte oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen, ist die Behörde danach an die Zusicherung nicht mehr gebunden. Die Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Zusicherung auf der Grundlage der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage etwas für die Zukunft verspricht, also für einen Zeitpunkt, zu dem die gegenwärtige Sach- und Rechtslage nicht mehr gegeben sein muss. Die Zusicherung soll also den Adressaten nicht vor den Risiken der Zukunft schützen, indem sie für seinen Fall den Status quo festschreibt, sondern sie soll nur die Ungewissheiten

<sup>171</sup> Strohe/Meyer-Wyk/Köhler, Chancen und Risiken der Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser, Ein Erfahrungsbericht mit Praxisbeispielen, das Krankenhaus 1/2004, S. 20.

<sup>172</sup> Vgl. Quaas, in: ders./Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 26 Rn. 235.

<sup>173</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, Stand: 54. Ed. 2022, § 38 Rn. 2 und 5.

<sup>174</sup> BVerwG, NJW 1976, 303 (304); VerwRspr 1976, 216 (218).

beseitigen, die sich für den Adressaten aus der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage für eine Regelung unter dieser Sach- und Rechtslage ergeben.<sup>175</sup> Im Unterschied zu einem Widerruf führt eine **Änderung der Sach- und Rechtslage nach § 38 Abs. 3 VwVfG** zum **Erlöschen der Bindungswirkung der Zusicherung kraft Gesetzes**. Es bedarf dazu weder irgendwelcher besonderen Erklärungen seitens der Behörde noch eines besonderen gestaltenden Rechtsakts.<sup>176</sup>

Ob eine „in Aussicht gestellte“ Landesförderung eine rechtliche Bindungswirkung aufweist, hängt letztlich von dem konkreten Einzelfall ab. Wird beispielsweise der künftige Erlass eines hinreichend bestimmten Förderbescheids durch die zuständige Behörde zugesagt, dürfte es sich um eine Zusicherung handeln.

### c. Auswirkungen einer Privatisierung auf die Förderung

Wird ein Krankenhaus in kommunaler Trägerschaft privatisiert, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eine solche Privatisierung auf eine bereits bewilligte oder zugesicherte Förderung hat.

Entscheidend hierfür ist bei einer materiellen Privatisierung<sup>177</sup> insbesondere die gewählte **Transaktionsstruktur**. Möglich ist die Wahl zwischen einem Share Deal, also dem Erwerb von Anteilen an dem Zielunternehmen (sog. „Beteiligungsverkauf“) oder einem Asset Deal, bei dem die einzelnen dem Zielunternehmen gehörenden (sämtlichen) Vermögensgegenstände, Verbindlichkeiten und Verträge erworben werden.<sup>178</sup> Der Vorteil des Share Deals liegt darin, dass die Anteile an der Trägergesellschaft verkauft und übertragen werden und das Zielunternehmen daher seine rechtliche Identität behält. Insbesondere bestehen vorhandene Versorgungsverträge auch nach der Transaktion fort. Auch der Bescheid über die Aufnahme in den Krankenhausplan, welcher für den Investor regelmäßig eine der wichtigsten Finanzierungsgrundlagen für den weiteren Betrieb der Einrichtung darstellt, bleibt bestehen, da sich der **Träger bei einem Share Deal nicht ändert**. Demgegenüber wechselt bei einem Asset Deal der Träger und macht eine Neuaufnahme in den Krankenhausplan notwendig.<sup>179</sup>

Der Fall eines **Trägerwechsels** wird in dem rheinland-pfälzischen LKG – anders als in anderen Bundesländern<sup>180</sup> – nicht ausdrücklich geregelt. Allgemein gilt, dass **Förderbescheide** im Falle eines Trägerwechsels grundsätzlich zu **widerrufen** sind, da antrags- und anspruchsberechtigt für Leistungen der Krankenhausförderung nur der jeweilige Krankenhausträger ist und mit Übergang der Trägerschaft der alte Krankenhausträger die Fördermittel nicht mehr einer zweckentsprechenden Verwendung zuführen kann.<sup>181</sup> Hierüber können Veräußerer und Erwerber nicht ohne Beteiligung des Fördergebers vertraglich disponieren. In der Praxis kann aber beispielsweise eine Vertragsgestaltung gewählt werden, nach der die Verpflichtung zur Einhaltung von

<sup>175</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch, VwVfG, Stand: 54. Ed. 2022, § 38 Rn. 34.

<sup>176</sup> Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch, VwVfG, Stand: 54. Ed. 2022, § 38 Rn. 49.

<sup>177</sup> Zur Unterscheidung s. Ziff. II.1.a.aa.

<sup>178</sup> Essing/Kürten, KommJur 2015, 366 (367).

<sup>179</sup> Essing/Kürten, KommJur 2015, 366 (369 f.); Stein/Klöck/Althaus, NZS 2011, 525 (526).

<sup>180</sup> Vgl. § 15 Abs. 9 Hamburgisches Krankenhausgesetz (HmbKHG), § 15 Abs. 2 Satz 2 Thüringer Krankenhausgesetz (ThürKHG).

<sup>181</sup> Schmidt/Seiler/Maier/Vollmöller, PdK Thüringen, Stand: 04.2004, ThürKHG, § 15 Nr. 5.

Auflagen zur Ausreichung von Fördermitteln vollständig von dem Veräußerer auf den Erwerber übergeht und gleichzeitig die Ansprüche des Fördermittelgebers, etwa durch Eintragung einer Grundschuld auf den Krankenhausgrundstücken, gesichert sind.<sup>182</sup> Liegt (noch) kein Förderbescheid vor, sondern hat die Behörde den künftigen Erlass eines solchen gegenüber dem potentiellen Fördermittelempfänger zugesichert, dürfte bei einem Trägerwechsel infolge der Privatisierung eine Änderung der Sachlage wohl zu bejahen sein. Hier wird man wohl annehmen dürfen, dass die **Bindungswirkung der Zusicherung kraft Gesetzes entfällt**, wenn die Behörde bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderung diese nicht gegeben hätte. Daneben hat die Behörde, ähnlich wie in Bezug auf den Förderbescheid, die Möglichkeit des **Widerrufs der Zusicherung** nach Maßgabe des § 49 VwVfG.

#### d. Auswirkungen im Falle einer unzulässigen Förderung

Im Falle einer unzulässigen Förderung besteht die Möglichkeit, dass die jeweilige bewilligte oder zugesicherte Förderung selbst als rechtswidrig eingestuft wird. Ein möglicher Verstoß ist hier unabhängig von dem Privatisierungsvorgang. Liegt ein Förderbescheid vor, trifft der Widerruf desselben und eine Rückforderung der Fördermittel grundsätzlich denjenigen, dem die Förderung gewährt wurde, also im Falle einer Privatisierung entweder den Veräußerer oder den Erwerber. Entsprechendes gilt hinsichtlich einer diesen gegenüber bestehenden Zusicherung.

Die Gründe für eine mögliche (nachträgliche) Rechtswidrigkeit der Förderung sind vielfältig, so dass nachfolgend lediglich ein Überblick gegeben werden kann.

#### aa. Möglicher Verstoß gegen öffentlich-rechtliche nationale Vorgaben

Möglich ist grundsätzlich ein Verstoß gegen die **Vorgaben des KHG und des LKG**. Stellt sich beispielsweise (nachträglich) heraus, dass die Fördervoraussetzungen nicht vorliegen bzw. vorliegen, so kommt eine Rücknahme oder ein Widerruf des Förderbescheids sowie eine Rückforderung von Fördermitteln durch den Fördergeber gegenüber dem Fördermittelempfänger nach Maßgabe der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorgaben in Betracht (vgl. §§ 48, 49, 49 a VwVfG).<sup>183</sup>

Insbesondere kann eine **zweckwidrige Verwendung von Fördermitteln** zu einem Widerruf der Förderung und einer entsprechenden Rückforderung seitens des Landes führen. Eine solche zweckwidrige Verwendung wird im Schrifttum beispielsweise dann angenommen, wenn der abgebende Träger geförderte Anlagegüter entgeltlich auf den neuen Träger überträgt.<sup>184</sup> Auch im Falle eines Trägerwechsels dürfte grundsätzlich die Möglichkeit zum Widerruf gegeben sein, da

---

<sup>182</sup> *Strohe/Meyer-Wyk/Köhler*, Chancen und Risiken der Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser, Ein Erfahrungsbericht mit Praxisbeispielen, Das Krankenhaus 1/2004, S. 20; das rheinland-pfälzische LKG sieht Sicherungen für die zweckentsprechende Verwendung von Fördermitteln nicht ausdrücklich vor, vgl. hierzu *Prütting*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 38.

<sup>183</sup> Zu den Auswirkungen im Falle einer Zusicherung s. *Ziff.* II.8.b.

<sup>184</sup> *Schmidt/Seiler/Maier/Vollmöller*, PdK Thüringen, Stand: Apr. 2004, ThürKHG, § 15 Nr. 5.

eine zweckentsprechende Verwendung der Fördermittel durch den alten Krankenhausträger dann nicht mehr möglich ist.<sup>185</sup>

#### **bb. Möglicher Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben**

In Betracht kommt zudem ein Verstoß der jeweiligen gewährten Förderung gegen **europarechtliche Beihilfenvorgaben**. Dabei ist zu beachten, dass die Rückforderung einer dem zu privatisierenden kommunalen Unternehmen vor der Privatisierung gewährten Beihilfe unter Umständen auch den Erwerber treffen kann.<sup>186</sup> Generell stellt sich die Frage, ob das EU-Beihilfenaufsichtsrecht auch die **Investitionskostenförderung nach dem KHG und den Krankenhausgesetzen der Länder** erfasst. Teilweise wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass die Investitionsförderung von Plankrankenhäusern im Rahmen des dualen Finanzierungssystems, soweit sie der Erfüllung des Versorgungsauftrags diene, allgemein nicht als Beihilfe zu qualifizieren sei. Denn es fehle unter Zugrundelegung der Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit schon am Merkmal der Begünstigung.<sup>187</sup> Wenn die Subventionierung mit öffentlichen Mitteln eine rein lokale Auswirkung entfaltet, verneint die Kommission den Beihilfecharakter jedenfalls mangels **Auswirkung auf den Binnenmarkt**.<sup>188</sup> Eine wirkliche Klärung der Krankenhäusern gewährten öffentlichen Mittel nach Maßgabe des Unions-Beihilferechts durch die unionsgerichtliche und nationale Rechtsprechung steht aber noch aus.<sup>189</sup> Letztlich dürfte sich die Frage, ob das EU-Beihilfenaufsichtsrecht auch die Investitionskostenförderung nach dem KHG und dem LKG erfasst demnach nicht pauschal beantworten lassen, sondern vom konkreten Einzelfall abhängen.<sup>190</sup>

Fraglich ist, ob auch im Falle einer **zugesagten oder zugesicherten Förderung** der Beihilfetatbestand erfüllt sein kann. Die EU-Kommission sieht „eine feste und konkrete Zusage, staatliche Mittel zu einem späteren Zeitpunkt zur Verfügung zu stellen“ ebenfalls als „Übertragung staatlicher Mittel“ an.<sup>191</sup> Mithin schließt eine zugesagte oder zugesicherte Förderung ohne Auszahlung der Fördermittel eine Erfüllung des Beihilfetatbestands grundsätzlich nicht aus.

<sup>185</sup> Sie hierzu bereits Ziff. II.8.c.

<sup>186</sup> Hierzu näher *Von Bonin*, EuZW 2013, 247 (251).

<sup>187</sup> *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 64; weitergehender (Übernahme der Investitionskosten durch die Länder) *Stollmann/Quaas/Dietz*, PdK, KHG, Stand: 12.2015, § 4 Nr. I.3.

<sup>188</sup> *Achleitner*, Die staatliche Finanzierung von Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft im Licht des europäischen Beihilferechts, Dipl., 2016, S. 29 mit Beispielen.

<sup>189</sup> *Zuck*, in: Quaas/ders./Clemens, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 3 Rn. 82 m.w.N.; zur Erfüllung des Beihilfetatbestands im Falle der Finanzierung von Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft s. ausführlich Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz, Handreichung zum Europäischen Beihilferecht, 2020, Rn. 57, Rn. 225, Rn. 353, abrufbar unter [https://mwvlw.rlp.de/fileadmin/mwkel/Corona/SNOT\\_Handreichung\\_28.03.21\\_RSD.pdf](https://mwvlw.rlp.de/fileadmin/mwkel/Corona/SNOT_Handreichung_28.03.21_RSD.pdf) (letzter Abruf: 07.04.2022).

<sup>190</sup> Vgl. *Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 45 ff.

<sup>191</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. 2016, C 262.1, Rn. 1.51; siehe hierzu *Stöbener de Mora*, EuZW 2016, 685.

Wird ein Verstoß gegen europarechtliche Beihilfevorgaben bejaht, können im Falle einer gewährten Förderung entsprechende **Rückforderungsansprüche gegenüber dem Veräußerer oder dem Erwerber** als Fördermittelempfänger bestehen.<sup>192</sup>

#### e. Auswirkungen im Falle einer unzulässigen Privatisierung

Neben einer unzulässigen bzw. rechtswidrigen Förderung kann auch die unzulässige Privatisierung selbst Auswirkungen hinsichtlich bereits bewilligter oder zugesicherter Fördermittel haben.

Führt ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften, gleich ob es sich dabei um nationale oder europäische Bestimmungen handelt, zu einer **Nichtigkeit des zwischen dem kommunalen Veräußerer und dem privaten Erwerber bestehenden Privatisierungsvertrags nach § 134 BGB**<sup>193</sup>, so dürfte dies jedenfalls – abhängig von der gewählten Transaktionsstruktur<sup>194</sup> – zu einem Trägerwechsel führen, soweit die Vertragsparteien hier keine abweichende Vereinbarung getroffen haben bzw. treffen konnten. Dies würde grundsätzlich bedeuten, dass das Krankenhaus wieder in die ursprüngliche Trägerschaft der Kommune übergeht. Allgemein gilt auch hier, dass **Förderbescheide im Falle eines Trägerwechsels grundsätzlich zu widerrufen** sind, da antrags- und anspruchsberechtigt für Leistungen der Krankenhausförderung nur der jeweilige Krankenhausträger ist und mit Übergang der Trägerschaft der vorherige Krankenhausträger die Fördermittel nicht mehr einer zweckentsprechenden Verwendung zuführen kann.<sup>195</sup>

Eine Nichtigkeit des Vertrages könnte auch eine Schließung und damit die **Einstellung des Krankenhausbetriebs** durch den Erwerber zur Folge haben. In diesem Fall dürfte eine zweckwidrige Verwendung der Fördermittel zu bejahen sein, sodass ein **Widerruf des Förderbescheides und Rückforderungsansprüche des Landes** als Fördermittelgeber gegenüber dem Fördermittelempfänger in Betracht kommen.<sup>196</sup> Im Falle eines Ausscheidens des Krankenhauses aus dem Krankenhausplan sieht das Landeskrankenhausgesetz die Möglichkeit der Förderung zum Ausgleich von eingesetztem Eigenkapital vor.<sup>197</sup> Allerdings wird eine Einstellung des Krankenhausbetriebes in der Praxis wohl eher fern liegen, da die Kommune aufgrund ihres Sicherstellungsauftrags verpflichtet sein dürfte, die Aufgabenerfüllung der Krankenversorgung wieder selbst zu übernehmen für den Fall, dass der private Träger versagt.<sup>198</sup>

---

<sup>192</sup> Hierzu bereits näher unter Ziff. II.7.

<sup>193</sup> Siehe hierzu ausführlich Ziff. II.7.

<sup>194</sup> Siehe Ziff. II.8.c.

<sup>195</sup> Schmidt/Seiler/Maier/Vollmöller, PdK Thüringen, Stand: Apr. 2004, ThürKHG, § 15 Nr. 5.

<sup>196</sup> Vgl. Schmidt/Seiler/Maier/Vollmöller, PdK Thüringen, Stand: Apr. 2004, ThürKHG, § 15 Nr. 3.2; für den Fall, dass der Träger aus dem Landeskrankenhausplan ausscheidet finden sich spezielle Regelungen in § 17 LKG.

<sup>197</sup> § 17 LKG, siehe hierzu Rommelfanger, LKG, 2021, § 17 Rn. 1 f.

<sup>198</sup> Vgl. Lambrecht/Vollmöller, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, § 16, Rn. 12. m. w. N.; siehe hierzu auch bereits Ziff. II.7.

Veräußerer und Erwerber haben grundsätzlich die Möglichkeit, im **Privatisierungsvertrag** auch Regelungen für den Fall der Nichtbeachtung nationaler oder europäischer Bestimmungen vorzusehen (beispielsweise Bedingungen, Rücktrittsrechte und Schadensersatzforderungen).<sup>199</sup> In Bezug auf Förderungen durch das Land kämen beispielsweise **Regressmöglichkeiten** des neuen Krankenhausträgers gegenüber dem alten Krankenhausträger im Falle einer Nichtigkeit des Vertrages in Betracht. Hier stellt sich dann jedoch im konkreten Einzelfall die Frage nach der rechtlichen Wirksamkeit solcher vertraglicher Bestimmungen.

W i s s e n s c h a f t l i c h e r   D i e n s t

---

<sup>199</sup> Vgl. *Graf von Rittberg*, Verfahrensfragen bei der Privatisierung von Krankenhäusern, Mitteilungen des Bundesverbandes Deutscher Privatkrankeanstalten, f & w, 4/2000, 17. Jahrgang, S. 411.