



► **Nr. VO/2015/03080**
öffentlich

Lübeck, 09.10.2015

Bericht

Verantwortliche Bereiche:
1.203 - Beteiligungscontrolling

Bearbeitung: Jesko Beyer (E-Mail: jesko.beyer@luebeck.de Telefon: 122-2035)

Rechtsform der städtischen Senioreneinrichtungen, Prüfaufträge der Bürgerschaft vom 26.06.2014

Beratungsfolge:

Datum	Gremium	Status	Zuständigkeit
14.10.2015	Senat	Nichtöffentlich	zur Senatsberatung
03.11.2015	Ausschuss für Soziales	Öffentlich	zur Kenntnisnahme
24.11.2015	Hauptausschuss	Öffentlich	zur Kenntnisnahme
26.11.2015	Bürgerschaft der Hansestadt Lübeck	Öffentlich	zur Kenntnisnahme

Anlass:

Bürgerschaftsbeschluss VO/2014/01715

Verfahren:

Beteiligte Bereiche/Projektgruppen: 1.300 – Recht: keine rechtlichen Bedenken
Ergebnis: 2.020 – Fachbereichscontrolling:
Kenntnisnahme

Beteiligung von Kindern und Jugendlichen
gem. § 47 f GO ist erfolgt:

<input type="checkbox"/>
<input checked="" type="checkbox"/>

Ja

Nein

Begründung:

Belange von Kindern und Jugendlichen sind nicht betroffen.

Bericht:

In ihrer Sitzung am 26.06.2014 hat die Bürgerschaft beschlossen (VO/2014/01715):

Die Bürgerschaft der Hansestadt Lübeck bekennt sich zu den Städtischen Senioreneinrichtungen (SIE) und bewertet die Einrichtung als Teil der kommunalen Daseinsvorsorge u. a. zur Gestaltung des Demografischen Wandels. Aus diesem Grund lehnt die Bürgerschaft der Hansestadt Lübeck eine Privatisierung der Städtischen Senioreneinrichtungen (SIE) ab.

Um die Zukunftsfähigkeit der Einrichtung zu gewährleisten, den Fortbestand einer guten Pflegeinfrastruktur und guter Arbeitsplätze zu sichern und den Grundsätzen der Gemeindeordnung nach einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung von Unternehmen und Eigenbetrieben der Kommune gerecht zu werden, wird der Bürgermeister beauftragt, nachfolgende Möglichkeiten einer Änderung der Organisations-/Gesellschaftsform zu prüfen und der Bürgerschaft zu berichten:

- Überführung/Verschmelzung der Städtischen Senioreneinrichtung (SIE) mit Stiftungen der Altenhilfe der Hansestadt Lübeck (z.B. Stiftung Lübecker Wohnstifte, Stiftung Heiligen-Geist-

Hospital u. a.) mit dem Ziel, Gebäude und Betrieb organisatorisch als eine Einheit zu bündeln und mögliche Synergien zu heben.

b) Beteiligung eines gemeinnützigen Partners an den Städtischen Senioreneinrichtungen, der Erfahrungen und Fachkenntnisse zur Stärkung der Städtischen Senioreneinrichtungen einbringen und durch Synergien die Städtischen Senioreneinrichtungen in Ihrer Entwicklung unterstützen kann. Die Hansestadt Lübeck bleibt auch bei Beteiligung eines gemeinnützigen Partners Hauptgesellschafter.

c) Gründung einer vollständig im Besitz der Hansestadt befindlichen gGmbH oder GmbH

d) Möglichkeiten der strategischen Anpassung des Geschäftsbetriebes an zukunftsweisende Pflege- und Wohnkonzepte

Der Bürgerschaft ist bis November 2014 zu berichten. Kurzfristige Maßnahmen zur Ergebnisverbesserung sind im laufenden Betrieb weiter zu verfolgen.

Gegenstand dieses Berichts sind die Aufträge zu Punkten a) – c), die die Rechtsform der städtischen Senioreneinrichtungen betreffen. Sie wurden mit Unterstützung durch die Rechtsanwaltskanzlei Weißleder Ewer, Kiel, und die BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Lübeck, bearbeitet.

Derzeit sind die Senioreneinrichtungen als rechtlich unselbständiger Regiebetrieb (Teil der Stadtverwaltung) organisiert. Die betriebsnotwendigen Immobilien stehen nicht im Eigentum des Betriebs, sondern werden angemietet. Vermieter sind die rechtlich selbständigen, aber städtisch verwalteten Stiftungen Heiligen-Geist-Hospital, Vereinigte Testamente und Lübecker Wohnstiftung, die Grundstücks-Gesellschaft TRAVE mbH und ein privater Dritter.

Aufgrund dieser organisatorischen Gestaltung berühren die Prüfaufträge die Gebiete des Kommunal-, Gesellschafts-, Stiftungs-, Arbeits-/Personal-, Steuer-, Vergabe- und EU-Beihilfenrechts.

Zwischenergebnis Mai 2015

Im Mai 2015 wurde ein Sachstandsbericht (VO/2015/02562) über den Stand der Bearbeitung der Prüfaufträge vorgelegt, auf den insoweit verwiesen wird. Die Prüfungen hatten ergeben:

- Eine „Verschmelzung“ des Regiebetriebs mit einer oder mehreren Stiftungen ist rechtlich nicht möglich.
- Das Ziel, „Gebäude und Betrieb organisatorisch als eine Einheit zu bündeln und mögliche Synergien zu heben“, kann auch nicht erreicht werden, indem die Stiftungen eine GmbH gründen und ihre Immobilien in diese GmbH einlegen. Eine solche Umschichtung der Stiftungsvermögen lässt sich stiftungsrechtlich nicht abbilden.
- Dritte können sich nicht an einem Regiebetrieb beteiligen. Die Beteiligung eines gemeinnützigen Partners setzt also die Gründung einer städtischen Eigengesellschaft voraus.
- Eine städtische Eigengesellschaft zu gründen wäre grundsätzlich möglich, würde jedoch an den strukturellen Problemen der SIE nichts ändern. Die rechtliche Ausgestaltung wäre aufwendig.

Um ggf. doch noch eine Lösung zu finden, die den Zielen des Bürgerschaftsauftrags entspricht, wurde noch ein Modell geprüft: das einer Stiftungs-GmbH, in die keine Immobilien eingelegt werden.

Das geprüfte Modell einer Stiftungs-GmbH im Einzelnen:

- Bargründung einer GmbH durch die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital (keine Immobilieneinlage, da stiftungsrechtlich nicht möglich);
- Übertragung des beweglichen Betriebsvermögens der SIE auf die GmbH;

- Betrieb der Heime durch die GmbH;
- Finanzierung der GmbH durch die Hansestadt Lübeck;
- Finanzierungsinstrumente:
 - verbilligte Personalgestellung (nur marktübliche Gehaltskosten in Rechnung stellen);
 - Absenkung der Mietkosten auf (für den schlechten Zustand der Stiftungshäuser) marktübliches Niveau.

Ergebnis der Prüfungen

Auch dem Modell der Stiftungs-Betreiber-GmbH stehen rechtliche und wirtschaftliche Hindernisse entgegen. Diese sind nach Auswertung des Gutachtens von Weißleder Ewer, das diesem Bericht als **Anlage** beigelegt ist, im Wesentlichen folgende:

- Grundsätzlich handelt die Hansestadt Lübeck (HL) als Stiftungsverwalterin für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital (HGH). An die Stelle der HL tritt jedoch ein vom Innenministerium bestellter **Formalvorstand**, wenn die HL ansonsten ein Insichgeschäft tätigen würde. Nach Prüfung von Weißleder Ewer trifft dies im Ergebnis auch zu, wenn es um die Willensbildung eines Gesellschafters HGH in der Stiftungs-GmbH geht, die den Abschluss eines Vertrages mit der HL zum Gegenstand hat. Die Mitwirkung des Formalvorstands ist demnach erforderlich, sobald Geschäfte zwischen der HL und der GmbH abgeschlossen werden sollen. Da solche Geschäfte notwendig sind, damit die GmbH ihren Betrieb aufnehmen kann, kann die GmbH tatsächlich nur mit Mitwirkung des Formalvorstands zum Leben erweckt werden.
- Der Formalvorstand wird nicht gegen die berechtigten Interessen der HGH handeln können. Der Gründung der Stiftungs-GmbH wird er also nur dann zustimmen können, wenn das Vorhaben mit dem Zweck der HGH vereinbar ist und eine wirtschaftliche Verwendung von Stiftungsmitteln darstellt. Das in die GmbH eingebrachte Stiftungsvermögen dürfte nicht durch Verluste des Betriebs aufgezehrt werden. Eine Garantie dafür würde die HL jedoch nicht vorab geben können, jedenfalls nicht über einen Zeitraum von zehn Jahren hinaus (EU-Beihilfenrecht, s. u.). Es ist deshalb nicht erkennbar, wie dem Formalvorstand die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit einer Stiftungs-GmbH-Lösung dargelegt werden könnte, um seine Zustimmung zu ermöglichen.
- Die GmbH wäre wenigstens mittelfristig unrentabel (Dauerverlustbetrieb), was ein Eintragungshindernis sein könnte. Es wäre also erforderlich, eine belastbare Finanzierung des Betriebs schon bei Gründung der GmbH zu konzipieren. Belastbar heißt auch, dass die **Finanzierung mit dem Beihilfenrecht vereinbar** sein müsste.
- Ein Beihilfentatbestand wäre grundsätzlich gegeben. Um die Zulässigkeit der Beihilfengewährung herbeizuführen, kommt allein eine Betrauung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss 2012/21/EU in Betracht. Voraussetzung für eine solche Betrauung ist, dass die Tätigkeit der GmbH als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) qualifiziert werden kann, als eine besondere Aufgabe, die der Markt nicht (zufriedenstellend) zur Verfügung stellt und der eine besondere Gemeinwohlverpflichtung zugrunde liegt.
- Allerdings besteht in Lübeck ein derzeit sogar expandierender Markt für stationäre Altenpflegeeinrichtungen. Nach § 2 Landespflegegesetz (LPfIG) wird die öffentliche Hand nur subsidiär tätig. Zwar ist Altenpflege nach EU-Recht grundsätzlich als DAWI qualifizierbar und unter bestimmten Voraussetzungen privilegiert, doch würde eine nur darauf abstellende Betrauung alle zugelassenen Pflegeheimbetreiber umfassen, ohne dass diese jedoch Zuschüsse der HL erhalten sollen. Eine öffentliche Beihilfe an einen bestimmten Anbieter Stiftungs-GmbH wäre nur insoweit zulässig, wie dieser eine Anbieter eine bestimmte, klar abgegrenzte, nicht marktverfügbare Dienstleistung anbietet. Beim Leistungsangebot der SIE ist dies derzeit nicht der Fall, sodass bisher keine Möglichkeit aufgezeigt werden konnte, eine Stiftungs-GmbH rechtssicher zu betrauen.
- Selbst wenn eine Betrauung gelänge, könnte sie nur für maximal zehn Jahre ausgesprochen werden. Nach Aussagen der Wirtschaftsprüfer wird aber in zehn Jahren die

Personalfuktuation noch nicht zu einer Absenkung des strukturellen Verlusts der SIE auf null geführt haben. Für eine Verlustabdeckung im Zeitraum danach kann die HL keine Garantien – etwa gegenüber der HGH – aussprechen. Damit stünde das von der HGH in die GmbH eingebrachte Stiftungsvermögen unter der Bedrohung, nach zehn Jahren (etwa durch Insolvenz der GmbH) verloren zu gehen. Eine derartige Vermögensverwendung wäre stiftungsrechtlich unzulässig, sodass nicht nur der Formalvorstand nicht zustimmen dürfte, sondern auch die **Stiftungsaufsichtsbehörde** ihr widersprechen (und damit die GmbH-Gründung verhindern) müsste.

- Die Gutachter kommen ferner zu dem **vergaberechtlichen** Fazit, dass der Übergang des Betriebs an eine Stiftungs-GmbH grundsätzlich als Vergabe einer Dienstleistungskonzession anzusehen wäre, ggf. aber als bloße Zuschussgewährung ausgestaltet werden könnte. Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession wäre nicht inhouse möglich und würde ein wettbewerbliches Verfahren erfordern, in dem sich auch Mitbewerber beteiligen könnten. Damit wäre das Modell eines Übergangs der SIE in die Stiftungs-GmbH gefährdet; die Möglichkeit, dass private Dritte in einem solchen Verfahren den Zuschlag erhalten könnten, wäre im Übrigen nicht abgedeckt vom Prüfauftrag der Bürgerschaft. Ein bloße Zuschussgewährung läge aber nur dann vor, wenn „auf die Auferlegung durchsetzbarer Betriebspflichten und sonstiger Verpflichtungen im wirtschaftlichen Eigeninteresse der Hansestadt Lübeck“ verzichtet würde, was wiederum die kommunalrechtliche Zulässigkeit gefährdet und die beihilfenrechtliche Gestaltung zusätzlich erschwert.
- **Steuerrechtlich** geht Weißleder Ewer davon aus, dass die Alimentation der GmbH durch die Hansestadt Lübeck grundsätzlich der Umsatzsteuer unterläge.
- In Sachen **Personalgestellung** bleibt die Frage unbeantwortet, ob eine Gestellung der städtischen Beschäftigten an die Stiftungs-GmbH überhaupt dauerhaft möglich ist. In jedem Fall würde die Hansestadt Lübeck eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis benötigen. Die Personalgestellung wäre grundsätzlich umsatzsteuerbelastet.
- Würde stattdessen eine große Anzahl der städtischen SIE-Mitarbeiter zu einem neuen Arbeitgeber (Stiftungs-GmbH) wechseln, würde dies Kosten wegen der betrieblichen Altersvorsorge verursachen. Sofern nicht die Stiftungs-GmbH sich ihrerseits in der **VBL** beteiligen und sich daraus finanziell verpflichten will, müsste die HL nach Einschätzung der Gutachter eine einmalige Ablösezahlung i. H. v. ca. 50.000 € bis 100.000 € pro Mitarbeiter leisten.

Insoweit sind die Voraussetzungen für die Überführung der SIE in eine Stiftungs-GmbH derzeit nicht gegeben.

Eigengesellschaft der HL

Gemäß Bürgerschaftsbeschluss soll auch die Möglichkeit geprüft werden, die SIE in eine Eigengesellschaft umzuwandeln. Der Sozialausschuss hat die Erwartung geäußert, im Bericht der Verwaltung eine Gegenüberstellung der Modelle Stiftungs-GmbH und Eigengesellschaft zu erhalten.

Die stiftungsrechtlichen Fragen sind für das Eigengesellschaftsmodell grundsätzlich nicht einschlägig. Folgende Punkte sind hingegen auch für das Modell Eigengesellschaft relevant:

- Die **Beihilfeproblematik** stellt sich für die Eigengesellschaft in gleicher Weise und ist ungelöst.
- **Steuerrechtlich** stellt sich wie bei der Stiftungs-GmbH die Finanzierung der GmbH als umsatzsteuerbedroht dar.
- Auch in Sachen **Personalgestellung** bzw. **VBL** ist der Sachverhalt im Wesentlichen derselbe.

– Unterschiedlich wird die **vergaberechtliche** Bewertung ausfallen. Bei einer Eigengesellschaft könnte voraussichtlich die Inhouse-Fähigkeit erreicht werden, sodass ein wettbewerbliches Verfahren bei der Vergabe der Dienstleistungskonzession wohl vermieden werden könnte.

Wegen der ungelösten rechtlichen Probleme und der negativen finanziellen Folgen (Steuer, VBL-Ablöse) bildet sich eine Eins-zu-eins-Überführung des Betriebs SIE in eine Eigengesellschaft derzeit nicht ab.

Fazit

Eine Umwandlung des Regiebetriebs SIE in eine GmbH ist aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen unrealistisch. Zwar ließe sich eine GmbH ggf. gründen, jedoch nicht rechtssicher mit den finanziellen Mittel ausstatten, die für eine Aufrechterhaltung des Betriebes derzeit erforderlich sind.

Eine Stiftungslösung scheint ausgeschlossen, da zusätzlich gravierende stiftungsrechtliche Bedenken bestehen.

Deutlich ist, dass die bestehenden strukturellen Probleme des Betriebs durch eine Änderung der Rechtsform – sei es hin zu einer GmbH oder auch hin zu einem Eigenbetrieb (vgl. VO/2015/02838, Antwort auf Frage 4 des Personalrates SIE) – nicht gelöst würden.

In Anbetracht der o. g. „K.-o.-Kriterien“ werden die Prüfungen zur Rechtsformänderung derzeit nicht weiter verfolgt. Unter verbesserten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen könnten künftig Szenarien denkbar sein, Pflegeeinrichtungen, die bisher im Regiebetrieb geführt werden, auszugründen. Eine Umwandlung des ganzen Betriebs in seinem derzeitigen Umfang bildet sich jedoch rechtlich nicht ab.

Anlagen :

Gutachten der Kanzlei Weißleder Ewer

Bürgermeister Bernd Saxe

Rechtsgutachten

Rechtsfragen im Zusammenhang mit der strategischen Neuausrichtung der SeniorInnenEinrichtungen der Hansestadt Lübeck

erstattet

im Auftrag der Hansestadt Lübeck

von WEISSLEDER EWER durch

Rechtsanwalt Prof. Dr. Marcus Arndt,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht,

Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht,

Rechtsanwältin Dr. Gyde Otto,
Fachanwältin für Arbeitsrecht,

und

Rechtsanwalt Dr. Bernd Hoefler

Kiel, den 08.10.2015

Inhaltsverzeichnis

A.	Zum Sachverhalt und zum beabsichtigten Modell für die Struktur der Pflegeeinrichtungen	3
I.	Ausgangslage	3
II.	Ursprüngliche Überlegungen für eine Neustrukturierung	5
III.	Beabsichtigte Struktur nach der Neuausrichtung	7
B.	Zur Rechtslage	9
I.	Gesellschaftsrecht	9
1.	Errichtung der GmbH und Mitwirkung des Formalvorstands	9
2.	Absehbare Unrentabilität der GmbH als Hindernis?	12
3.	Zur Höhe des Stammkapitals	13
II.	Stiftungsrecht	14
1.	Vereinbarkeit der GmbH-Errichtung mit der Stiftungssatzung HGH	15
2.	Anzeige- oder Genehmigungspflicht der GmbH-Errichtung	17
3.	Zulässigkeit der Vermögensumschichtung	18
4.	Aufsicht über Maßnahmen der GmbH	18
III.	Kommunalrecht	20
1.	Maßnahmen der Hansestadt Lübeck	20
a)	Aufgabe des Regiebetriebs SeniorInnenEinrichtungen	20
b)	Veräußerung des Pflegeheiminventars	22
2.	Maßnahmen der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital und ihrer GmbH	23
a)	Anwendbarkeit der Regelungen des kommunalen Wirtschaftsrechts	23
b)	Erfüllung der Anforderungen der §§ 101 ff. GO	25
aa)	Wichtiges Interesse an der Errichtung der GmbH (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO)	26
(1)	Keine gleichwertige Aufgabenerfüllung durch die Stiftung selbst	26
(2)	Mindestens gleichwertig mit öffentlich-rechtlichen Organisationsformen	28
bb)	Einzahlungs- und Haftungsbegrenzung (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO)	28
cc)	Angemessener Einfluss der Stiftung auf die Gesellschaft (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO)	29
dd)	Erfordernis eines Aufsichtsrates?	29
ee)	Vorliegen der Voraussetzungen für wirtschaftliche Unternehmen (§ 102 Abs. 2 GO)	30
(1)	Vorliegen eines wirtschaftlichen Unternehmens	30
(2)	Hilfsweise: Vorliegen der Voraussetzungen nach § 101 Abs. 1 GO	31
(a)	Öffentlicher Zweck	31
(b)	In einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Stiftung und zum voraussichtlichen Bedarf	32
(c)	Nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise	33
ff)	Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck (§ 102 Abs. 3 GO)	34
gg)	Jahresabschluss, Lagebericht und Haushaltsführung	34
hh)	Beachtung der Vertretungsregelungen (§ 104 GO)	35
c)	Ergebnis zu 2.	35
IV.	Steuerrecht	35
1.	Gemeinnützigkeitsrecht	35
a)	Gemeinnützigkeit der von der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital zu gründenden GmbH	35
b)	Gemeinnützigkeit der Stiftungen nach der GmbH-Gründung	36
aa)	Lübecker Wohnstiftung und Vereinigte Testamente	36
bb)	Stiftung Heiligen-Geist-Hospital	38
c)	Ergebnis zu 1.	39
2.	Umsatzsteuer	39
a)	Grundsatz: Umsatzsteuerpflicht	40
b)	Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 16 UStG	40
c)	Ermäßigter Steuersatz nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchstabe a UStG	41
d)	Ausschluss der Umsatzsteuerbarkeit wegen Organschaft, § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG?	41
e)	Ergebnis zu 2.	43
3.	Verdeckte Gewinnausschüttung/verdeckte Einlage	43
V.	Arbeitsrecht	43
1.	Zum Betriebsübergang gemäß § 613a BGB	44
2.	Zu den Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB	45
a)	Übergang der Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten der SIE-Pflegeheime	46
b)	Fortgeltung individual- und kollektivrechtlicher Regelungen	46

c)	Zum Widerspruchsrecht gemäß § 613a Abs. 6 BGB	48
d)	Keine Kündigung aus Anlass des Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 4 BGB	50
e)	Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf die Mitarbeitervertretung	50
f)	Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung	51
3.	Gestaltungsmöglichkeiten durch Personalüberleitungs- und Personalgestellungsverträge	53
a)	Personalüberleitungsverträge	54
b)	Personalgestellungsverträge	54
VI.	Beihilfen- und Vergaberecht	56
1.	Beihilfenrecht	56
a)	Mögliche beihilferelevante Sachverhalte	58
aa)	Defizitausgleich durch die Hansestadt	58
(1)	DAWI-De-minimis-Verordnung	60
(2)	Freistellungsbeschluss	61
(a)	Allgemeines	61
(b)	Insbesondere: Vorliegen einer DAWI?	63
(c)	Weitere Voraussetzungen	71
bb)	Vermietung der Immobilien	72
b)	Beihilfenrechtliches Fazit	73
2.	Vergaberecht	75
a)	Öffentlicher Auftraggeber	76
b)	Öffentlicher Auftrag	76
aa)	Vermietung der Immobilien durch die Stiftungen	77
bb)	Betrieb der Heime: Öffentlicher Auftrag, Dienstleistungskonzession oder bloßer Zuschuss?	78
(1)	Begriff der Dienstleistungskonzession	79
(2)	Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag in Mischfällen	80
(3)	Dienstleistungskonzession oder bloßes Veräußerungsgeschäft und Zuschussgewährung?	81
(a)	Veräußerungsgeschäft und korrespondierende Verpflichtungen	82
(b)	Zuschussgewährung	85
(4)	Zwischenfazit	88
c)	Primärrechtliches Vergaberegime bei Dienstleistungskonzessionen	89
d)	Vergabefreies Inhouse-Geschäft	91
aa)	Kontrollkriterium	93
bb)	Tätigkeitskriterium	96
cc)	Zwischenfazit	97
e)	Nicht-wettbewerbliches Vergabeverfahren?	97
f)	Vergaberechtliches Fazit	99
VII.	Zusammenfassung und ergänzende Zweckmäßigkeitserwägungen	101

A. Zum Sachverhalt und zum beabsichtigten Modell für die Struktur der Pflegeeinrichtungen

I. Ausgangslage

Gegenwärtig betreibt die Hansestadt Lübeck neun stationäre Alten- und Pflegeeinrichtungen an acht Standorten, die im Regiebetrieb SeniorInnenEinrichtungen (SIE) zusammengefasst sind. Der Betrieb der Alten- und Pflegeheime der Hansestadt Lübeck ist seit 2005 defizitär. Allein in den vergangenen Jahren stieg der Jahresfehlbetrag von

365.531 € im Jahr 2008 auf 1.694.565 € im Jahr 2013. Es liegt nunmehr das Jahresergebnis 2014 vor. Der Jahresabschluss weist für das Geschäftsjahr 2014 bei einer Bilanzsumme von 4.275.972,62 € einen Jahresfehlbetrag von 1.873.857,81 € und einen Bilanzverlust von 1.791.824,11 € auf. Ursächlich dafür sind unter anderem die Personalkosten, die über denen anderer Pflegeheimbetreiber liegen.

Die Grundstücke und Gebäude der Alten- und Pflegeheime gehören nicht zum Sachanlagevermögen der SIE, weil sie auf stadtfremden Grundstücken oder Erbbaurechten errichtet worden sind und die Stadt (Regiebetrieb SIE) lediglich Mieterin ist:

- Die Einrichtung Am Behnckenhof wurde ursprünglich von der Heimstätten Gesellschaft mbH (jetzt: BuwoG GmbH) errichtet, zu deren Gesellschaftern die Hansestadt Lübeck gehörte. Die Stadt mietete das Gebäude zunächst unbefristet, seit 1980 befristet. Mit Änderungsvertrag vom 16.11.1997 wurde das Mietverhältnis auf die Dauer von 30 Jahren bis zum 31.12.2027 verlängert.
- Das Grundstück des Alten- und Pflegeheims in der Solmitzstraße steht im Eigentum der Grundstücks-Gesellschaft „Trave“ mbH, deren Mehrheitsgesellschafterin (92,5 %) die Hansestadt Lübeck ist (die übrigen 7,5 % gehören der Stiftung „Lübecker Wohnstifte“). Die Hansestadt Lübeck hat das Alten- und Pflegeheim gemietet.
- Die Grundstücke der Alten- und Pflegeheime Prassekstraße, Dreifelderweg, Elswigstraße und Dornbreite stehen zwar im Eigentum der Hansestadt Lübeck. Die Grundstücke sind jedoch mit Erbbaurechten zugunsten der Stiftung „Vereinigte Testamente“ belastet, welche die auf den Grundstücken errichteten Gebäude wiederum an die Hansestadt Lübeck vermietet hat.
- Das Alten- und Pflegeheim in der Schönböckener Straße steht auf einem Grundstück der Stiftung „Lübecker Wohnstifte“, die es an die Stadt vermietet hat.
- Das Heiligen-Geist-Hospital steht im Eigentum der gleichnamigen Stiftung und ist ebenfalls an die Stadt vermietet.

Das Sachanlagevermögen der SIE beschränkt sich daher überwiegend auf das Inventar der Einrichtungen (624.000 €) und auf Mietereinbauten (541.000 €).

Die Miete, die die Hansestadt Lübeck den drei Stiftungen zahlt, bemisst sich nach den Ausgaben, die der Stiftung für das Grundstück bzw. für das Erbbaurecht entstehen. Die Stiftungen erwirtschaften durch die Mietzinsen keine Entschuldungsgewinne und subventionieren insoweit, wenn auch in geringer Höhe, den Betrieb der Alten- und Pflegeheime durch die SIE.

Für den Bau der Pflegeheime Dornbreite, Schönböckener Straße, Elswigstraße, Dreifelderweg und Prassekstraße haben die drei Stiftungen Darlehen aufgenommen, die noch nicht getilgt sind und deren Tilgung zum Teil über die bisher vereinbarte Laufzeit der Mietverträge hinaus andauert. Die Hansestadt Lübeck bürgt gegenüber den finanzierenden Kreditinstituten für die Darlehensverbindlichkeiten. Sofern die Mietverträge nicht verlängert werden, ist zu unterstellen, dass die Stiftungen den Schuldendienst nicht mehr leisten können. Aus den Bürgschaften dürften dann erhebliche Zahlungsverpflichtungen der Hansestadt Lübeck folgen.

Die drei genannten Stiftungen Lübecker Wohnstifte, Vereinigte Testamente und Heiligen-Geist-Hospital werden von der Hansestadt Lübeck verwaltet. Während allerdings die Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente bürgerlich-rechtliche Stiftungen sind, handelt es sich bei der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital um eine Stiftung des öffentlichen Rechts. Alle drei Stiftungen verfolgen jedoch im Grundsatz ähnliche Zwecke. Sie sollen – jedenfalls auch – bedürftige Menschen unterstützen und ihren Zweck dadurch erfüllen, dass sie Alteneinrichtungen und andere soziale Einrichtungen schaffen und unterhalten.

II. Ursprüngliche Überlegungen für eine Neustrukturierung

In einem ersten Schritt wurden drei Modelle für eine Neustrukturierung erörtert, die aber allesamt derartige rechtliche Probleme bereiten, dass ihre Verwirklichung ausgeschlossen erscheint:

- Das erste Modell („Stiftungs-GmbH“) sah vor, dass die Stiftungen Heiligen-Geist-Hospital, Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente Gesellschafterinnen einer GmbH werden, die wiederum Betreiberin der Pflegeheime wird. Die Hansestadt Lübeck sollte den Pflegeheimbetrieb auf diese GmbH übertragen und ihren

Regiebetrieb schließen. Das Stammkapital der GmbH sollte aus den bisher stiftungseigenen Immobilien bestehen, in denen die GmbH ihre Pflegeheime betreibt.

Das Problem dieses Modells liegt insbesondere auf dem Gebiet des Stiftungsrechts. Die Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente würden wesentliche Teile ihres Vermögens umschichten; anstelle von Immobilienvermögen würde das Stiftungsvermögen künftig aus dem Geschäftsanteil an der GmbH bestehen. Die erste Reaktion der Stiftungsaufsicht hierzu war vorsichtig distanziert. Weitere Probleme stellten sich in diesem Modell mit Blick auf die Gemeinnützigkeit der beiden privatrechtlichen Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente.

- Das zweite Modell („Heiligen-Geist-GmbH“) sah vor, nur die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital eine GmbH errichten zu lassen, die dann allein den Pflegeheimbetrieb übernimmt, aber auch Eigentümerin der Immobilien wird. Das Stammkapital der GmbH müsste die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital selbst aufbringen, wobei hier ein Teil des Stiftungsvermögens umgeschichtet würde. Die anderen Stiftungen würden die GmbH finanziell unterstützen.

Damit würde sich der Zweck der privatrechtlichen Stiftungen in den von Förderstiftungen wandeln, was sowohl aus stiftungsrechtlichen als auch aus gemeinnützigkeitsrechtlichen Gründen eine genehmigungsbedürftige Änderung der Stiftungssatzung erforderlich macht. Zudem wäre es hier mehr als fraglich gewesen, ob die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital ihr Gebäude, das nur teilweise als stationäre Pflegeeinrichtung genutzt wird, stiftungsrechtlich in die GmbH hätte einbringen dürfen.

Beiden Modellen ist zudem ein grundlegendes Problem gemeinsam: Der Betrieb der SIE ist derzeit defizitär, und zwar sowohl wegen der laufenden Kosten für das Personal als auch wegen der anstehenden baulichen Sanierungsmaßnahmen. Die bloße Umwandlung in eine GmbH – auch in der Trägerschaft der Stiftungen oder der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital – beseitigt die wirtschaftlichen Probleme nicht. Die GmbH bliebe vorerst darauf angewiesen, dass die Hansestadt Lübeck, auf welche Weise auch immer, einen Teil der Kosten für den Heimbetrieb übernimmt. Etwaige Zahlungen zum Verlustausgleich an die GmbH müssen sich am

Beihilfen- und am Vergaberecht messen lassen. Die beihilfenrechtliche Problematik könnte sich durch einen Betrauungsakt ausräumen lassen, durch den die Hansestadt Lübeck die GmbH mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) betraut. Noch offen ist, ob eine Vergabe ohne Wettbewerb erreicht werden kann.

- Das dritte Modell („städtische GmbH“) sah vor, dass die Hansestadt Lübeck ihren Regiebetrieb SIE in eine GmbH umwandelt und – jedenfalls zunächst – durch die GmbH die Pflegeheime weiterbetreibt. Überlegt wurde, die GmbH-Anteile später an die Stiftungen oder die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital zu veräußern. Die Stiftungen bleiben Vermieterinnen der Immobilien.

Die beihilfen- und vergaberechtlichen Probleme stellen sich in diesem Falle nur stark abgeschwächt. Die wirtschaftlichen Probleme blieben aber bestehen, und es wäre für die Zukunft aufgrund der unverändert engen Anbindung an die Hansestadt Lübeck mit einer praktisch mit kaum einer Veränderung gegenüber dem jetzigen Zustand zu rechnen.

Sofern die Geschäftsanteile an der GmbH später auf die Stiftungen oder die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital veräußert würden, ergäben sich stiftungsrechtlich und steuerrechtlich die gleichen Probleme, als wenn die Stiftungen die GmbH unmittelbar errichteten.

Wegen der Probleme dieser ursprünglichen Ansätze im Einzelnen dürfen wir auf unser am 30.10.2014 übersandtes Schreiben verweisen.

III. Beabsichtigte Struktur nach der Neuausrichtung

Die rechtlichen und sachlichen Bedenken gegen einzelne Aspekte der ursprünglich bearbeiteten Modelle führten zu einer anderen, bereits eingangs des hiesigen Schreibens skizzierten Überlegung für die zukünftige Struktur der Pflegeeinrichtungen. Sie besteht im Kern aus einer GmbH, deren einzige Gesellschafterin die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital wird. Diese GmbH übernimmt als Betriebsführerin die wirtschaftliche Führung des Pflegeheimbetriebs der bisher von den SIE betriebenen Pflegeheimen. Bei diesem Betriebsführermodell verbleiben die Grundstücke und Erbbaurechte bei den bisherigen Eigentümern und Erbbauberechtigten. Die GmbH wird also, wie bisher die SIE, Mieterin

der Immobilien. Ihr Stammkapital soll nicht aus den Immobilien bestehen, sondern es wird sich um eine so genannte Bargründung handeln.

Die Hansestadt Lübeck überträgt das bisherige bewegliche Betriebsvermögen der SIE auf die neue GmbH.

Aufgrund der wirtschaftlichen Situation der SIE ist auch hier damit zu rechnen, dass jedenfalls in den Anfangsjahren auch die zu gründende GmbH keine Überschüsse erwirtschaftet, sondern Fehlbeträge. Am Ausgleich dieser Fehlbeträge wird die Hansestadt Lübeck – jedenfalls befristet – zu beteiligen sein. Die Art und Weise dieser Beteiligung ist noch offen. Im Zuge der Konkretisierung dieses Modells wurde ein Vorschlag aufgebracht, wonach die Hansestadt Lübeck

- von den Personalkosten der GmbH den Teil trägt, der darauf beruht, dass bisherige Mitarbeiter der SIE z.B. aufgrund tarifvertraglicher Bindungen höher bezahlt werden als Mitarbeiter mit vergleichbaren Tätigkeiten in privaten Alten- und Pflegeheimen in Lübeck,
- einen Teil der Mietkosten der GmbH trägt. Denn bisher erheben die Stiftungen von den SIE lediglich eine so genannte „Ausgabenmiete“, die jedenfalls ursprünglich unter dem marktüblichen Preis liegt. Eine marktübliche Miete zu erheben gefährdet nach einem Gutachten der WIBERA aus dem Jahr 2004 die Gemeinnützigkeit der Stiftungen. Mittlerweile dürfte aufgrund des baulichen Zustands die marktgängige Miete für die Pflegeheimimmobilien inzwischen niedriger liegen dürfte als die Ausgabenmiete. Die Hansestadt Lübeck würde dann den Unterschiedsbetrag zwischen einer marktüblichen und der Ausgabenmiete tragen.

Damit wird im Ergebnis die GmbH in die Lage versetzt, aus ihrer Tätigkeit am Markt ein mindestens kostendeckendes „Primärergebnis“ zu erzielen, wohingegen die auf der Vergangenheit der Pflegeheime als Regiebetrieb beruhenden Lasten wie etwa erhöhte Personalkosten und die nicht marktgerechte Miete von der Stadt ausgeglichen werden.

B. Zur Rechtslage

Im Folgenden soll diese beabsichtigte neue Struktur auf ihre Vereinbarkeit mit rechtlichen Vorschriften untersucht werden. Zudem sollen weitere mit dieser Konstruktion einhergehende Rechtsfolgen untersucht werden. Das Augenmerk liegt dabei wiederum auf dem Gesellschaftsrecht, dem Stiftungsrecht, dem Kommunalrecht, dem Steuerrecht, dem Arbeitsrecht, dem Beihilfenrecht und dem Vergaberecht.

I. Gesellschaftsrecht

Notwendiger erster Schritt zur Umsetzung des nunmehr beabsichtigten Modells ist die Errichtung einer GmbH durch die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital. Gesellschaftsrechtlich stellen sich im Wesentlichen drei Fragen:

- Hat bei der Errichtung der GmbH der Formalvorstand der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital mitzuwirken?
- Steht die absehbare Unrentabilität der GmbH ihrer Errichtung entgegen?
- Wie hoch muss das Stammkapital der GmbH beschaffen sein?

1. Errichtung der GmbH und Mitwirkung des Formalvorstands

Die organisatorische Grundlage einer jeden GmbH ist ihr Gesellschaftsvertrag, der von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen ist und notarieller Form bedarf (§ 2 Abs. 1 GmbHG). Da die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital Alleingeschafterin der GmbH werden soll, schließt sie keinen Vertrag mit einem Dritten ab; der „Gesellschaftsvertrag“ ist vielmehr eine Errichtungserklärung des Alleingeschafters in der Form eines einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts,

Schwaiger, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Auflage 2014, § 2 Rn. 46.

Die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital schließt weder einen Vertrag mit einem Dritten noch mit sich selbst oder mit der ihre Verwaltung führenden Hansestadt Lübeck. Es

liegt daher kein Fall des § 181 BGB vor, so dass die Stiftung nach § 5 Abs. 2 der Stiftungssatzung HGH durch die Hansestadt Lübeck vertreten wird, aber nicht nach § 5 Abs. 3 Stiftungssatzung HGH durch den so genannten Formalvorstand.

Die GmbH selbst wird, sobald sie errichtet ist, im Rechtsverkehr von ihrem Geschäftsführer vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Das gilt auch für Rechtsgeschäfte mit der Stiftung, mit der Hansestadt Lübeck oder mit Personen, die ihrerseits von der Hansestadt Lübeck vertreten werden, etwa den Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente. Soweit die Gesellschaft ausnahmsweise – nämlich bei Rechtsgeschäften mit dem Geschäftsführer – durch den Gesellschafter vertreten wird, wird insoweit für den Gesellschafter nach § 5 Abs. 2 Stiftungssatzung HGH die Hansestadt Lübeck tätig. Der Formalvorstand der Stiftung wird somit nicht als Vertreter der GmbH tätig werden.

Fraglich ist allerdings, ob der Formalvorstand jedenfalls in einzelnen Fällen Gesellschafterbeschlüsse für die Stiftung treffen muss. Grundsätzlich nimmt die Hansestadt Lübeck die Aufgaben der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital in deren Rolle als Gesellschafterin der GmbH wahr und fasst insoweit auch für die Stiftung die Gesellschafterbeschlüsse.

Etwas anderes dürfte jedoch für einen Gesellschafterbeschluss gelten, der ein Rechtsgeschäft zum Gegenstand hat, das die GmbH mit der Hansestadt Lübeck selbst oder mit einer Person abschließt, die von der Hansestadt Lübeck vertreten wird (insbesondere mit den Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente). Zunächst einmal könnte man überlegen, ob die Hansestadt Lübeck in solchen Angelegenheiten bereits unmittelbar kraft Gesetzes, nämlich nach § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG, von der Mitwirkung an der Beschlussfassung für die Stiftung ausgeschlossen ist. Nach dieser Regelung darf ein Gesellschafter an der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung nicht mitwirken, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber diesem Gesellschafter betrifft. Dieses Mitwirkungsverbot erstreckt sich auch auf Vertreter des Gesellschafters,

BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12 –, BGHZ 201, 216, 226 (Rn. 23);
Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbH-Gesetz, 7. Auflage 2012, § 47 Rn. 79.

Die Stadt als Vertreterin der Stiftung dürfte also nicht für die Stiftung als GmbH-Gesellschafterin einen Gesellschafterbeschluss über ein Geschäft zwischen der GmbH und der Stadt fassen. Allerdings ist § 47 Abs. 4 GmbHG nach allgemeiner Auffassung in Einmanggesellschaften nicht anzuwenden. Denn § 47 Abs. 4 GmbHG schützt die Interessen etwaiger Mitgesellschafter, nicht aber die Interessen der GmbH-Gläubiger oder die der GmbH selbst. In einer Einmann-GmbH aber gibt es keinen Interessengegensatz zwischen dem Einzelgesellschafter und der Gesellschaftergesamtheit,

BGH, Beschluss vom 12.07.2011 – II ZR 58/10 –, NZG 2011, 950 f.; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage 2010, § 47 Rn. 94; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbH-Gesetz, 7. Auflage 2012, § 47 Rn. 78; Fischer/Schmidt, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Auflage 2014, § 4 Rn. 108.

Auch der Gesellschaftervertreter wird daher in der Einmanggesellschaft als Vertreter des Gesellschafters über ein Rechtsgeschäft zwischen ihm und der GmbH den Gesellschafterbeschluss fassen dürfen.

Die entscheidende Beschränkung für ein Tätigwerden der Hansestadt Lübeck rührt hier jedoch aus der – jedenfalls entsprechenden – Anwendung von § 5 Abs. 3 Stiftungssatzung HGH. Danach wird der Formalvorstand tätig, soweit die Hansestadt Lübeck „entsprechend der Bestimmung des § 181 BGB in der Vertretung der Stiftung gehindert ist“. Seinem Wortlaut nach erfasst diese Bestimmung nur Fälle des § 181 BGB. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, denn § 181 BGB erfasst nur die Vornahme des Rechtsgeschäfts selbst, nicht aber die Vorbereitung des Rechtsgeschäfts durch die innergesellschaftliche Willensbildung in der Gesellschafterversammlung. Dass sich § 181 BGB nur auf die Außenvertretung, nicht aber auf die Willensbildung erstreckt ist im Übrigen ein wesentlicher Grund, weswegen § 47 Abs. 4 GmbHG einen besonderen Stimmrechtsausschluss für Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung normiert,

Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbH-Gesetz, 7. Auflage 2012, § 47 Rn. 56.

Wenngleich also der Wortlaut des § 5 Abs. 3 Stiftungssatzung HGH nicht unbedingt für einen Stimmrechtsausschluss spricht, dürfte die Regelung aber ihrem Sinn und Zweck nach auch für die Beschlussfassung in einer GmbH-Gesellschafterversammlung über

Rechtsgeschäfte zwischen der GmbH und der Hansestadt Lübeck gelten. Die Vorschrift soll nämlich einen Interessenkonflikt zwischen der Stadt und der Stiftung vermeiden. Dieser besteht aber nicht nur bei der Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen der Stadt und der Stiftung, sondern auch bei Beschlüssen, die die Willensbildung der Stiftung über Rechtsgeschäfte zwischen der Stadt und einer von der Stiftung abhängigen GmbH betreffen. Zudem verweist § 5 Abs. 3 Stiftungssatzung HGH nicht streng auf § 181 BGB, sondern auf alle Fälle „entsprechend der Bestimmung des § 181 BGB“. Das spricht dafür, die Regelung nicht eng auf Fälle der Außenvertretung zu beschränken, sondern auch Konstellationen wie die Beschlussfassung in einer GmbH, der die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital angehört, hiervon als erfasst anzusehen.

Im Ergebnis sprechen daher die überwiegenden Gründe dafür, dass der Formalvorstand für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital tätig werden muss, wenn es um Gesellschafterbeschlüsse geht, die den Abschluss von Rechtsgeschäften zwischen der GmbH und der Hansestadt Lübeck oder zwischen der GmbH und von der Hansestadt Lübeck vertretenen Personen (etwa den Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente) zum Gegenstand haben. Als Beispiele sind zu nennen der Abschluss und die Änderung von Mietverträgen, von Personalübernahme- oder Personalgestellungsverträgen oder von Übernahmeverträgen hinsichtlich der Heimbewohnerinnen und Heimbewohner.

2. Absehbare Unrentabilität der GmbH als Hindernis?

Die GmbH wird jedenfalls vorerst für eine nicht unerheblich lange Zeit nicht in der Lage sein, die Pflegeheime rentabel zu führen, weil insbesondere die Personalkosten im Vergleich zu anderen Pflegeheimbetreibern zu hoch sein werden und die bauliche Situation in den Einrichtungen die Attraktivität der Heime und die Effizienz der Betriebsführung einschränken. Das ist gesellschaftsrechtlich insoweit problematisch, als es einen Auflösungsgrund nach § 61 GmbHG darstellen kann, wenn die GmbH ihr Unternehmen nicht dauerhaft rentabel führen kann,

Karsten Schmidt/Bitter, in: Scholz, GmbH-Gesetz, 11. Auflage 2015, § 61 Rn. 17; Roth, in: Roth/Altmeyen, GmbH-Gesetz, 7. Auflage 2012, § 1 Rn. 18b.

Die Unrentabilität des Unternehmens ist allerdings nur ein möglicher, aber kein zwingender Auflösungsgrund. Das gilt insbesondere bei Gesellschaften, die nicht primär einen erwerbswirtschaftlichen Zweck haben. Die Stiftungs-GmbH wird den Zweck haben, die Altenhilfe nach § 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 der Abgabenordnung zu verfolgen. Dieser Zweck lässt sich auch mit einem unrentablen Alten- und Pflegeheim verwirklichen, sofern für eine dauerhafte Kapitalzuführung aus anderen Quellen als dem Betrieb der Heime gesorgt ist. Denkbar ist insoweit eine jedenfalls zeitweise Verlustabdeckung durch die Hansestadt Lübeck, die Gewährung eines Betriebskostenzuschusses oder die sonstige Tragung von bestimmten Kosten im Zusammenhang mit dem Pflegeheim durch die Stadt, worauf noch im Rahmen der Überlegungen zum Beihilfenrecht zurückzukommen sein wird.

3. Zur Höhe des Stammkapitals

Gesellschaftsrechtlich bedeutsam ist schließlich die Frage nach der Höhe des Stammkapitals. Eine Mindesthöhe für das Stammkapital ist – unter Berücksichtigung der Möglichkeit, die GmbH unter der Firma einer „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ zu errichten (§ 5a GmbHG) – weder im GmbH-Gesetz vorgegeben, noch ergibt sie sich aus anderen Rechtsvorschriften. Einer im Schrifttum immer wieder erhobenen Forderung, die Gesellschafter hätten die GmbH mit einem dem Geschäftszweck und dem Geschäftsumfang angemessenen Stammkapital auszustatten, haben sich die Rechtsprechung und die überwiegende Auffassung im Schrifttum nicht angeschlossen,

BGH, Urteil vom 04.05.1977 – VIII ZR 298/75 –, BGHZ 62, 312, 319; Veil, in: Scholz, GmbH-Gesetz, 11. Auflage 2012, § 5 Rn. 15.

Eine Unterkapitalisierung der GmbH führt auch nicht automatisch zur Durchgriffshaftung der Gesellschafter,

BGH, Urteil vom 26.04.2008 – II ZR 264/06 –, BGHZ 176, 204, 217 ff. (Rn. 26 ff.).

Vielmehr besteht im Fall einer missbräuchlichen Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens eine Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft,

BGH, Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/04 –, BGHZ 173, 246, 256 (Rn. 23).

Eine Außenhaftung kann allenfalls noch gegeben sein, wenn sich das Vermögen der Gesellschaft und des Gesellschafters vermischen und es dem Gesellschafter daher verwehrt ist, sich darauf zu berufen, dass die Haftung der GmbH auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist,

vgl. OLG Hamm, Urteil vom 15.12.2008 – 17 U 129/06 –, juris Rn. 84 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

Eine Unterkapitalisierung führt also, und das ist gesellschaftsrechtlich festzuhalten, nicht zur Rechtswidrigkeit der GmbH-Gründung.

Gleichwohl hat die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital dafür Sorge zu tragen, dass die von ihr gegründete GmbH ausreichend kapitalisiert ist, schon um die mögliche Innenhaftung zu vermeiden. Eine angemessene Finanzausstattung bemisst sich allerdings nicht ausschließlich am Stammkapital. Auch Gesellschafterdarlehen oder andere Finanzierungsquellen können zur Kapitalausstattung erschlossen werden,

vgl. Schwaiger, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Auflage 2014, § 7 Rn. 1 ff.

Jedenfalls ist zu Beginn so viel Kapital bereitzustellen, dass die GmbH mit der Erfüllung ihres Zwecks beginnen kann. Dieser Betrag braucht der GmbH jedoch nicht als Stammkapital im Sinne der §§ 3 und 5 GmbHG zur Verfügung zu stehen. Insgesamt erscheint es vertretbar, das Stammkapital auf den Betrag von 25.000 € nach § 5 Abs. 1 GmbHG zu beschränken, da die GmbH lediglich Betriebsführerin wird und nicht Betreiberin (also nicht Inhaberin der wesentlichen Sachwerte) sein soll. Den im Gesellschaftsvertrag genannte Betrag hat die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital aus ihrem Vermögen an die GmbH zu zahlen und zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks zur freien Verfügung zu überlassen.

II. Stiftungsrecht

Stiftungsrechtlich ergeben sich mehrere Fragen:

- Ist die Errichtung einer GmbH mit der Stiftungssatzung der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital vereinbar oder müsste die Stiftungssatzung geändert oder erweitert werden? Wäre eine solche Satzungsänderung statthaft?
- Muss die Errichtung der GmbH gegenüber der Aufsichtsbehörde angezeigt oder von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden?
- Ist die Zurverfügungstellung des Stammkapitals eine zulässige Vermögensumschichtung?
- Inwieweit unterliegt die GmbH der Aufsicht durch die Aufsichtsbehörde der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital?

1. Vereinbarkeit der GmbH-Errichtung mit der Stiftungssatzung HGH

Aufgabe der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital ist nach § 3 Stiftungssatzung HGH

- „1. die Errichtung eines Altenheimes,
2. die Förderung der Betreuung alter, bedürftige Menschen in Lübeck; Voraussetzung ist die Bedürftigkeit im Sinne der jeweils geltenden steuerlichen Bestimmungen,
3. die Förderung der Denkmalpflege und die Pflege von Kulturwerten, die sich im Vermögen der Stiftung „Heiligen-Geist-Hospital“ befinden“.

Auf welche Weise die Stiftung ihren Aufgaben erfüllt, darüber macht die Stiftungssatzung keine näheren Angaben. Zur Erfüllung der Aufgaben heißt es in § 4 Abs. 2 Stiftungssatzung HGH, dass die Stiftung ihre Aufgaben aus den Erträgen des Stiftungsvermögens und aus den Zuwendungen Dritter erfüllt. Die Stiftungssatzung regelt damit lediglich, woher die Mittel stammen, mit deren Hilfe die Stiftungsaufgaben erfüllt werden. Wie die Umsetzung der Aufgabenerfüllung abläuft, darüber macht die Stiftungssatzung keine Angaben. Das betrifft insbesondere den zweiten Aufgabenkreis, nämlich die Förderung der Betreuung alter, bedürftiger Menschen. Es ist weder vorgesehen, dass die Stiftung die Aufgaben in eigenen Einrichtungen wahrnimmt, noch ist es der Stiftung

ausdrücklich verboten, dafür eine Tochtergesellschaft zu gründen, die die Stiftung als Alleingesellschafterin steuert.

Dass es der Stiftung nicht vorgeschrieben ist, die Aufgaben unmittelbar durch eigenes Personal und eigene Einrichtungen zu erfüllen, dafür spricht auch, dass das Heiligen-Geist-Hospital gegenwärtig zwar im Eigentum der Stiftung steht, aber durch die Hansestadt Lübeck bzw. durch deren Regiebetrieb SIE betrieben wird. Sofern jetzt eine von der Stiftung getragene GmbH Betriebsführerin des Altenheims wird, rückt die Aufgabenerfüllung also wieder näher an die Stiftung heran.

Im Ergebnis erscheint es stiftungsrechtlich grundsätzlich zulässig, dass die Stiftung zur Erfüllung ihrer Aufgaben eine GmbH errichtet und durch diese GmbH ihre satzungsmäßigen Aufgaben erfüllt,

zur Zulässigkeit des Outsourcings von Aufgaben einer privatrechtlichen Stiftung auf eine Tochtergesellschaft Hof, in: von Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Auflage 2014, § 8 Rn. 288.

Etwas anderes dürfte für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital auch nicht etwa gelten, weil § 4 Stiftungssatzung HGH einen GmbH-Geschäftsanteil nicht zum Stiftungsvermögen rechnet. § 4 Abs. 1 Stiftungssatzung HGH erscheint nämlich keineswegs abschließend; vielmehr nennt die Vorschrift augenscheinlich lediglich die wesentlichen Vermögensgegenstände. Mittel zur operativen Umsetzung des Stiftungszwecks führt § 4 Stiftungssatzung HGH nicht auf. Bereits das zeigt, dass § 4 Abs. 1 Stiftungssatzung HGH nicht abschließend das Stiftungseigentum aufführt, sondern lediglich den Vermögensstock, der die Erträge erbringen soll, von denen § 4 Abs. 2 Stiftungssatzung HGH spricht.

Auch der Betrieb mehrerer Alten- und Pflegeheime durch eine solche GmbH ist von der Stiftungssatzung gedeckt. § 3 Nr. 1 Stiftungssatzung HGH nennt als Aufgabe der Stiftung „die Errichtung eines Altenheimes“, wobei „ein“ hier nicht als Zahlwort, sondern als unbestimmter Artikel zu verstehen sein dürfte. Jedenfalls wird man die Betriebsführerschaft für die Altenheime als eine Maßnahme zur Förderung der Betreuung alter, bedürftiger Menschen (§ 4 Nr. 3 Stiftungssatzung HGH) einstufen können.

Die Errichtung einer GmbH erscheint also grundsätzlich mit der Stiftungssatzung vereinbar. Eine andere Frage ist, ob man aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Änderung der Stiftungssatzung anstrebt, mit der ausdrücklich geregelt wird, dass die Stiftung zur Erfüllung bestimmter Aufgaben – insbesondere zum Betrieb von Alten- und Pflegeheimen – eine Tochtergesellschaft gründen darf. Das könnte zweckmäßig sein, um etwaigen Bedenken gegen ein „Ausfransen“ der Stiftungstätigkeit zu begegnen.

2. Anzeige- oder Genehmigungspflicht der GmbH-Errichtung

Die Errichtung einer GmbH dürfte aber dem Innenministerium als Aufsichtsbehörde über die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital (§ 2 Stiftungssatzung HGH) anzuzeigen sein. Eine solche Anzeigepflicht ist zwar weder im Stiftungsgesetz – das nur für die privatrechtlichen Stiftungen gilt (§ 1 Satz 1 StiftG) – noch im Landesverwaltungsgesetz ausdrücklich vorgesehen. Da die Stiftung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Stiftungssatzung HGH „nach den Vorschriften der Gemeindeordnung“ verwaltet wird, könnte die Stadt aber verpflichtet sein, nach § 108 Abs. 1 GO die beabsichtigte GmbH-Errichtung anzuzeigen. Auch wenn man § 5 Abs. 1 Satz 1 Stiftungssatzung HGH nicht entnimmt, dass die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital wie eine Gemeinde die Vorschriften der Gemeindeordnung anzuwenden hat, sondern dass insoweit nur allgemein auf die Zuständigkeitsregelungen der Gemeindeordnung verwiesen wird, erscheint eine Anzeige geboten. Denn aus § 108 GO spricht ein durchaus verallgemeinerbares Prinzip der Aufsicht über juristische Personen des öffentlichen Rechts. Da mit der Errichtung der GmbH jedenfalls das Risiko einhergeht, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts ihren Aufgabenbereich mittelbar überschreiten könnte, ist eine Beteiligung der Aufsichtsbehörde erforderlich.

Vorsorglich ist daher die beabsichtigte GmbH-Errichtung unter Beachtung der in § 108 Abs. 1 GO genannten Fristen dem Innenministerium anzuzeigen; die erste Anzeige hat vor dem eigentlichen Beschluss zur Errichtung der GmbH zu erfolgen. Eine zweite Anzeige folgt dann nach dem eigentlichen Errichtungsbeschluss.

3. Zulässigkeit der Vermögensumschichtung

Die Errichtung der GmbH ist grundsätzlich auch unter dem Gesichtspunkt der Umschichtung des Stiftungsvermögens zu betrachten. Denn bisher anderweitig vorhandenes Vermögen wird in einen GmbH-Geschäftsanteil umgewandelt. Zwar gilt § 4 StifG auch hier nicht unmittelbar; Veränderungen des Grundstockvermögens sind allerdings auch bei öffentlich-rechtlichen Stiftungen nur zulässig, wenn sie die Erfüllung des Stiftungszwecks nicht gefährden und den Wert des Stiftungsvermögens nicht mindern,

von Campenhausen/Stumpf, in: von Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Auflage 2014, § 20 Rn. 5.

Im vorliegenden Fall erscheint es allerdings fraglich, ob eine Umschichtung des Vermögensstocks überhaupt vorliegt. Die GmbH soll nur mit einem geringeren Stammkapital ausgestattet werden. Es könnte aus den freien Rücklagen der Stiftung aufgebracht werden. Das Vermögen der Stiftungen Höhe von mehr als 26 Millionen € würde nur in sehr geringem Umfang berührt. Im Gegensatz zu den ursprünglichen Planungen bleibt das Grundvermögen der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital unangetastet.

Das Vermögen der Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente wird ebenfalls nicht berührt. Die Grundstücke bzw. Erbbaurechte bleiben im Vermögen der Stiftungen und werden nicht in eine GmbH eingebracht. Eine Vermögensumschichtung findet daher bei diesen Stiftungen nicht statt.

4. Aufsicht über Maßnahmen der GmbH

Kein rechtlicher Hinderungsgrund im engeren Sinne ist die Frage, die gleichwohl im Zuge der Überlegungen aufkam, nämlich ob spätere Maßnahmen der GmbH der Aufsicht des Innenministeriums unterliegen. Die Stiftungsaufsicht erstreckt sich auf alle Verwaltungsmaßnahmen der Stiftungsorgane,

Schulte, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 28.29.

Die Tätigkeit einer GmbH, deren Gesellschafterin die Stiftung ist, gehört nicht zu den Verwaltungsmaßnahmen der Stiftungsorgane. Es handelt sich vielmehr um Maßnahmen von Gesellschaftsorganen.

Der Stiftungsaufsicht unterliegt jedoch die Tätigkeit der Stiftungsorgane, soweit sie die Befugnisse der Gesellschafterin gegenüber der GmbH wahrnimmt. Allerdings ist auch insoweit zu beachten, dass die Stiftungsaufsicht lediglich eine Rechtsaufsicht ist, nicht aber eine Dienst- oder Fachaufsicht,

ausdrücklich Gebel, Rechtsprobleme zwischen Stiftungen und Stiftungsaufsicht, SchIHA 1993, 181, 18; außerdem BGH, Urteil vom 26.04.1976 – III ZR 21/74 –, MDR 1976, 1001; Schulte, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, Köln 2011, Rn. 28.11.

Für den vergleichbaren Fall der Kommunalaufsicht in Bezug auf das gemeindliche Verhalten als Gesellschafterin einer kommunalen GmbH heißt es dazu prägnant im Leitsatz einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wiesbaden, dass eine kommunalaufsichtliche Anordnung

„zur Einwirkung auf die laufende Geschäftstätigkeit kommunaler Eigengesellschaften ... nur bei Verletzung einer gesetzlichen, konkret ausgestalteten Handlungspflichtverletzung der Gemeinde und nur bei einer unmittelbaren, konkreten Gefahr für die Existenz der Eigengesellschaften zulässig“

sei,

VG Wiesbaden, Beschluss vom 13.01.1999 – 3 G 878/98 (3) –, HGZ 1999, 333 (hier Leitsatz 1 zitiert nach juris).

Mit anderen Worten ist es der Stiftungsaufsicht verwehrt, gegenüber der GmbH als solcher oder gegenüber ihrer Geschäftsführung aufsichtsbehördlich tätig zu werden. Soweit sich die Stiftung als Gesellschafterin betätigt, unterliegt das Verhalten der Stiftung der Kommunalaufsicht. Rechtsverstöße, die zu aufsichtsbehördlichen Maßnahmen wie Anordnungen oder Beanstandungen berechtigen, setzen jedoch eine konkrete Handlungspflicht voraus. Die bloße Unzweckmäßigkeit des Verhaltens der Gesellschafterin berechtigt das Innenministerium nicht zu Aufsichtsmaßnahmen.

III. Kommunalrecht

Kommunalrechtliche Fragen stellen sich auf zwei Ebenen: zum einen hinsichtlich der Maßnahmen und Entscheidungen der Hansestadt Lübeck, zum anderen hinsichtlich der Maßnahmen der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital.

1. Maßnahmen der Hansestadt Lübeck

Die Hansestadt Lübeck wird ihren Regiebetrieb SIE aufgeben. Die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme beurteilt sich nach den §§ 101 ff. GO. Außerdem wird die Stadt das bisherige Pflegeheiminventar an die GmbH veräußern. Dabei ist § 90 GO zu beachten.

a) Aufgabe des Regiebetriebs SeniorInnenEinrichtungen

Der Betrieb von Alten- und Pflegeheimen ist eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe der Hansestadt Lübeck. Die Wahrnehmung solcher Aufgaben steht im freien Belieben der Stadt,

vgl. VG Stade, Urteil vom 24.04.2003 – 1 A 200/02 –, juris Rn. 34.

Daraus folgt: Die Stadt darf zwar an der einmal getroffenen Entscheidung, diese Aufgabe wahrzunehmen, auch unter ungünstigeren äußeren Umständen festhalten,

OVG Koblenz, Urteil vom 08.12.1998 – 7 C 11935/97 –, DVBl. 1999, 846, 850,

sie darf sich dieser Aufgabe aber prinzipiell jederzeit entledigen, ohne dass es einer besonderen Rechtfertigung bedürfte.

Die schlichte Einstellung eines wirtschaftlichen Unternehmens oder – was für die SIE zutreffen dürfte – einer Einrichtung nach § 101 Abs. 4 GO unterliegt auch nicht den Schranken des § 103 GO, wonach die teilweise oder vollständige Veräußerung eines wirtschaftlichen Unternehmens und ähnliche Geschäfte nur zulässig sind, wenn dadurch der öffentliche Zweck nicht beeinträchtigt wird,

Ziertmann, in: Rentsch/Ziertmann, Gemeindeverfassungsrecht SH, 2008, § 103 GO Rn. 2; von Scheliha, in: Bülow/Erps u.a., Kommunalverfassungsrecht SH, Loseblatt, § 103 GO Rn. 1.

Da die Einstellung des Betriebs der SIE hier mit der Übertragung von Vermögensgegenständen auf die zu gründende GmbH in der Trägerschaft der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital einhergehen soll, ist jedoch zur sicheren Seite davon auszugehen, dass eine Veräußerung der Einrichtung vorliegt. Eine Veräußerung liegt nämlich auch vor, wenn der Erwerber von Vermögensgegenständen, die zum Betriebsvermögen der Einrichtung gehören, verpflichtet wird, die Aufgabe fortzuführen,

vgl. von Scheliha, in: Bülow/Erps u.a., Kommunalverfassungsrecht SH, Loseblatt, § 103 GO Rn. 1.

Materielle Voraussetzung für die Aufgabe des Regiebetriebs SIE ist, dass der öffentliche Zweck, der bisher mit den SIE verfolgt wurde, nicht beeinträchtigt ist. Diese Regelung ist allerdings nicht dahin zu verstehen, dass § 103 GO gleichsam durch die Hintertür eine Ewigkeitsgarantie für freiwillig übernommene kommunale Aufgaben begründet. Vielmehr kommt der Stadt ein Einschätzungsspielraum dahin zu, ob der freiwillige Zweck auch ohne den Weiterbetrieb der Einrichtung erfüllt wird,

von Scheliha, in: Bülow/Erps u.a., Kommunalverfassungsrecht SH, Loseblatt, § 103 GO Rn. 4.

Das kann etwa der Fall sein, wenn ein anderer Verwaltungsträger oder eine andere von der Gemeinde beherrschte Einrichtung die Aufgabe übernimmt,

Ziertmann, in: Rentsch/Ziertmann, Gemeindeverfassungsrecht SH, 2008, § 103 GO Nr. 2.

Sofern sich die Aufgabenerfüllung durch die bisherige Einrichtung als wirtschaftlich derart unrentabel dargestellt hat, dass der finanzielle Aufwand in keinem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Erfolg steht, ist die Aufgabe der Einrichtung ebenfalls zulässig,

von Scheliha, in: Bülow/Erps u.a., Kommunalverfassungsrecht SH, Loseblatt, § 103 GO Rn. 4.

Im vorliegenden Fall wird man die Aufgabe des Betriebs der SIE zunächst einmal vor diesem wirtschaftlichen Hintergrund sehen können. Außerdem übernimmt die GmbH in der Trägerschaft der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital jedenfalls einige der Alten- und Pflegeheime. Als Verwalterin der Stiftung hat die Stadt damit weiterhin einen Einfluss auf die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Die materiellen Voraussetzungen von § 103 Abs. 1 GO sind damit erfüllt.

In jedem Falle bedarf die Auflösung der SIE der Zustimmung der Bürgerschaft (§ 28 Nr. 17 GO). Vorsorglich sollte die Stadt, bevor die Bürgerschaft etwaige Beschlüsse fasst, der Kommunalaufsicht die Absicht anzeigen, die SIE aufzugeben (§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO); ggf. ist auch nach der endgültigen Beschlussfassung diese der Kommunalaufsicht gegenüber anzuzeigen (§ 108 Abs. 1 Satz 3 GO).

b) Veräußerung des Pflegeheiminventars

Ein nicht unerheblicher Teil des Inventars der bisherigen SIE-Pflegeheime wird auf die Betriebsführungs-GmbH übertragen werden müssen. Dabei handelt es sich um städtisches Vermögen, dessen Veräußerung nur in den Grenzen des § 90 Abs. 1 GO erlaubt ist. Danach darf eine Stadt Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht braucht, veräußern, allerdings in der Regel nur zu ihrem vollen Wert. Sofern die Hansestadt Lübeck ihre Alten- und Pflegeheime aufgibt, benötigt sie die dafür vorhandenen Gegenstände nicht mehr; sie darf sie also grundsätzlich veräußern. Der „volle Wert“ ist in der Regel der Verkehrswert. Dieser müsste von der GmbH aufgebracht werden,

Ziertmann, in: Rentsch/Ziertmann, Gemeindeverfassungsrecht SH, 2008, § 90 GO Rn. 3.

Dabei sind das Alter, der Abnutzungsgrad und die Verbindung mit den Pflegeheimen der SIE zu berücksichtigen. Zu prüfen ist, inwieweit das Inventar überhaupt „marktgängig“ ist, also ob es auf dem freien Markt Abnehmer für diese Gegenstände gäbe.

Überdies enthält § 90 Abs. 1 GO nur eine Regelvorschrift. Ausnahmsweise ist auch eine Veräußerung unter dem Marktwert zulässig, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Im Schrifttum wird als Beispiel genannt, dass die Vermögensgegenstände einer bestimmten öffentlichen Aufgabe dienen, die auf einen Zweckverband übergeht; in diesem Fall darf die Gemeinde den Zweckverband die Gegenstände unentgeltlich überlassen,

Lange, Kommunalrecht, 2013, Kapitel 16 Rn. 108.

Damit erscheint die Interessenlage vergleichbar, wenn, wie hier, die Aufgabe auf eine privatrechtliche Gesellschaft übergeht, die jedenfalls mittelbar unter dem Einfluss der Hansestadt Lübeck steht. Das dürfte umso mehr gelten, wenn der Aufgabenübergang und damit auch der Übergang des Inventars im Ergebnis dazu dient, die Haushaltssituation der Stadt zu verbessern, in dem die Stadtaufgaben abgibt und sich letztlich von einem defizitären Betrieb löst. Sofern also dem Inventar der Pflegeheime ein Marktwert zukommen sollte, wäre es gegebenenfalls mit der Kommunalaufsicht abzustimmen, dass diese Gegenstände vorbehaltlich beihilfenrechtlicher Fragen unentgeltlich auf die GmbH übergehen können.

2. Maßnahmen der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital und ihrer GmbH

Die Frage, inwieweit das Kommunalhaushaltsrecht dem Modell Grenzen setzt, stellt sich nicht nur für die Hansestadt Lübeck, sondern auch für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital. Denn auch für die Stiftung könnten die Grenzen der §§ 101 ff. GO zu beachten sein. Bejahendenfalls ist zu untersuchen, ob die Beteiligung der Stiftung an der GmbH diese Grenzen einhält.

a) Anwendbarkeit der Regelungen des kommunalen Wirtschaftsrechts

Anknüpfungspunkt dafür, dass die Beteiligung der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital an der GmbH die Voraussetzungen der §§ 101 ff. GO einhalten muss, ist zum einen § 5 Abs. 1 Satz 1 Stiftungssatzung HGH, zum anderen sind es allgemeine Erwägungen über die Zulässigkeit der Beteiligung juristischer Person des öffentlichen Rechts an privatrechtlichen Gesellschaften.

Wie bereits weiter oben (S. 17) erwähnt, ist die Bedeutung des Satzungspassus, wonach die Hansestadt Lübeck die Stiftung „nach den Vorschriften der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein verwaltet“, nicht ganz klar. Das könnte zum einen bedeuten, dass die Hansestadt Lübeck sich bei der Verwaltung der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital so zu verhalten hat, als wäre die Stiftung Teil der Stadt oder eine weitere Gemeinde, die unmittelbar an die Vorschriften der Gemeindeordnung gebunden ist. Dann müssten für die Stiftung die Vorschriften der §§ 101 ff. GO erfüllt sein. Insbesondere müsste sich die Errichtung der GmbH durch die Stiftung an § 102 GO messen lassen. Zum anderen könnte § 5 Abs. 1 Satz 1 Stiftungssatzung HGH auch so zu verstehen sein, dass die Stiftungssatzung gleichsam deklaratorisch auf die Bestimmungen verweist, die für die Einbindung einer Stiftungsverwaltung in den Kommunalhaushalt gelten.

Für die zweite Variante spricht, dass die Stiftungssatzung nicht die Stiftung selbst den Bestimmungen der Gemeindeordnung unterwirft, sondern auf die Verwaltung durch die Hansestadt Lübeck abstellt. Da die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital eine Stiftung des öffentlichen Rechts ist und damit eine Verwaltungsträgerin, die selbst ohne weiteres landesrechtlichen Vorschriften des Organisationsrechts oder der Wirtschaftsführung unterworfen werden kann, liegt es nahe, die Stiftung auch selbst an die Gemeindeordnung zu binden, wenn eine solche Bindung gewollt ist. § 5 Abs. 1 Satz 1 Stiftungssatzung HGH spricht die Bindung an die Gemeindeordnung jedoch nur im Zusammenhang mit der Verwaltung durch die Hansestadt Lübeck an. Damit könnte die Vorschrift auch lediglich für die Stadt maßgeblich sein und das Verhältnis des städtischen Haushalts zum Stiftungshaushalt beschreiben.

Es sprechen aber auch gute Gründe dafür, die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital selbst an die Vorschriften der Gemeindeordnung gebunden zu sehen. Auch das lässt sich am Status der Stiftung als rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts festmachen. Die Frage, wie sich die Vermögenssphären zwischen der Stiftung und der sie verwaltenden Hansestadt Lübeck abgrenzen, stellt sich bei einer rechtsfähigen Stiftung nicht. Sie stellt sich indes bei nicht rechtsfähigen Stiftungen und anderen Treuhandvermögen, wie auch die §§ 96 ff. GO zeigen. Eine rechtsfähige Stiftung hat aber problemlos eigenes Vermögen und braucht so oder so einen eigenen Haushalt. Dass ihr Vermögen von dem der Stadt als Stiftungsverwalterin zu trennen ist, bedarf keiner besonderen Regelungen. Dass die Stadt bei ihren Maßnahmen an die haushaltsrechtlichen Vorschriften

gebunden ist und die Vermögenswerte nicht vermengen darf, bedürfte ebenfalls keiner besonderen Regelung.

Damit sprechen die besseren Gründe dafür, dass die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital im Ergebnis so zu verwalten ist, als handelte es sich bei ihr um eine kommunale Körperschaft, für die die Vorschriften der Gemeindeordnung bereits kraft Gesetzes gelten. Daher sprechen gute Gründe dafür, dass sich die Beteiligung der Stiftung an einer GmbH an den §§ 101 ff. GO messen lassen muss.

Darüber hinaus dürfte die Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts auch unabhängig von § 5 Abs. 1 Satz 1 Stiftungssatzung HGH davon abhängen, dass jedenfalls dem Grunde nach die Anforderungen erfüllt sind, die die §§ 101 ff. GO normieren. So schreibt etwa § 65 der Landeshaushaltsordnung (LHO) im Ergebnis ähnliche Voraussetzungen für die Beteiligung des Landes an privatrechtlichen Unternehmen vor. Diese Bestimmungen dürften einen Mindeststandard für die Beteiligung sonstiger juristischer Person des öffentlichen Rechts an privatrechtlichen Gesellschaften darstellen.

Im Übrigen: Falls man sowohl die Anwendung der §§ 101 ff. GO als auch die analoge Anwendung des § 65 LHO verneint, stellte sich die – nicht stiftungsrechtliche, aber organisationsrechtliche – Frage, ob dem so genannten organisatorischen Gesetzesvorbehalt genüge getan ist,

dazu Stober, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage 2010, § 92 Rn. 79,

wonach die Auslagerung öffentlicher Aufgaben auf privatrechtliche Organisationen und damit auch die Beteiligung der öffentlichen Hand an privatrechtlichen Gesellschaften im Allgemeinen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Indem man die Errichtung der GmbH durch die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital an den §§ 101 ff. GO misst, erfüllt man auch die Anforderungen des organisatorischen Gesetzesvorbehalts.

b) Erfüllung der Anforderungen der §§ 101 ff. GO

Die Voraussetzungen, unter denen sich eine Gemeinde – und hier die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital – an einer GmbH beteiligen darf, richten sich nach § 102 GO. Danach

muss ein wichtiges Interesse der Stiftung an der Gründung der GmbH vorliegen und die Aufgabe muss dauerhaft mindestens ebenso gut wie in Organisationsformen des öffentlichen Rechts erfüllt werden (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO). Darüber hinaus sind weitere Anforderungen an die Gestaltung der GmbH-Satzung einzuhalten (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 GO). Außerdem müssen nach § 102 Abs. 2 GO für eine Beteiligung an einer Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, die Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 GO erfüllt sein. Diese Anforderungen erscheinen aber im Ergebnis gegeben.

Im Einzelnen:

aa) Wichtiges Interesse an der Errichtung der GmbH (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO)

Ein wichtiges Interesse liegt nach einer im Schrifttum anzutreffenden Definition vor, wenn die Kommune selbst die Aufgabe nicht erfüllen kann und auch eine andere öffentlich-rechtliche Trägerschaft, wie beispielsweise eine Beteiligung an einem Zweckverband oder die Errichtung einer Anstalt, diese Aufgabe nicht erfüllt,

Ziertmann, in: Rentsch/Ziertmann, Gemeindeverfassungsrecht SH, 2008, § 102 GO Rn. 4; Sprenger, in: Bülow/Erps u.a., Kommunalverfassungsrecht SH, Loseblatt, § 102 GO Rn. 12.

Dabei handelt es sich allerdings nur um eine grobe Umschreibung des wichtigen Interesses, worauf noch einzugehen sein wird.

(1) Keine gleichwertige Aufgabenerfüllung durch die Stiftung selbst

Maßgeblich für ein wichtiges Interesse ist zunächst, dass die Stiftung die Aufgabe nicht selbst durchführen kann und sich daher einer privatrechtlichen Gesellschaft bedient. Diese Vorgabe ist allerdings nicht starr dahin zu verstehen, dass es der Stiftung gleichsam unmöglich sein müsste, die Aufgaben zu erfüllen. Vielmehr kommt der Stiftung hinsichtlich ihres wichtigen Interesses ein gewisser Einschätzungsspielraum zu. Ein wichtiges Interesse kann auch aus wirtschaftlichen oder organisatorischen Gründen gegeben sein. Zur entsprechenden Vorschrift im nordrhein-westfälischen Landesrecht (§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NRW) erklärt das Oberverwaltungsgericht Münster:

„Ein "wichtiges Interesse" kann sich aus einer Vielzahl von Gesichtspunkten ergeben. Im Vordergrund stehen kann ein wirtschaftliches Interesse, nämlich die kostengünstigere Aufgabenerledigung durch Einschaltung eines Privatrechtssubjekts. Ein "wichtiges Interesse" der Gemeinde an der Gründung einer privaten Gesellschaft oder Beteiligung an ihr kann aber auch aus anderen als Kostenüberlegungen gegeben sein. Insoweit sind z.B. zu erwähnen größere Autonomie und Flexibilität bei der Aufgabenerfüllung, Abkoppelung vom öffentlichen Dienst-, Organisations- und Haushaltsrecht, leichtere Gewinnung qualifizierten Fachpersonals, wirtschaftliche Einbindung privater Dritter und dadurch mögliche Nutzbarmachung technischer oder wirtschaftlicher Spezialkenntnisse sowie erleichterte Aufbringung von Investitionsmitteln für Großvorhaben“,

OVG Münster, Teilurteil vom 15.12.1994 – 9 A 2251/93 –, NVwZ 1995, 1238; ebenso VG Düsseldorf, Urteil vom 02.03.2004 – 17 K 1370/01 –, juris Rn. 72 f.

Hier sind insbesondere organisatorische Gründe für die Wahl der privaten Rechtsform ausschlaggebend. Die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital hat zwar die satzungsmäßige Aufgabe, ein Altenheim zu errichten und die Betreuung alter, bedürftiger Menschen in Lübeck zu fördern. Darüber hinaus ist die Stiftung aber, wie sich aus § 3 Nr. 3 ihrer Satzung ergibt, der Förderung der Denkmalpflege und der Pflege von Kulturwerten verschrieben, die sich in ihrem Vermögen befinden. Es sprechen gute organisatorische Gründe dafür, den Betrieb der Altenheime auf der einen Seite und die kulturellen Aufgaben auf der anderen Seite organisatorisch voneinander zu trennen und lediglich durch die Gesamtverantwortung, die die Stiftung als Gesellschafterin für die GmbH trägt, miteinander zu verkleinern. Das operative Altenheimgeschäft wird aber von den Aufgaben der Denkmalpflege gelöst.

Insoweit kann auch auf die jedenfalls für die Stiftung insoweit positiven Erfahrungen der bisherigen Trennung zurückgegriffen werden: Seit den 1970er Jahren betreibt die Stiftung nicht mehr selbst das operative Geschäft ihres Alten- und Pflegeheims, sondern hat dies dem Regiebetrieb der Hansestadt Lübeck überlassen. Zudem bietet eine GmbH mit ihrer rechtlich selbständigen Unternehmensführung, die aus der öffentlichen

Kernverwaltung ausgelagert ist, die nötige Flexibilität für die Positionierung des Altenheimbetriebs im zweifellos vorhandenen Marktgeschehen. Die öffentliche Kontrolle ist durch die Einflussmöglichkeiten der Stiftung als Alleingesellschafterin gewahrt.

(2) Mindestens gleichwertig mit öffentlich-rechtlichen Organisationsformen

Die Aufgabenerfüllung in der Form einer privatrechtlichen GmbH muss dauerhaft mindestens ebenso gut wie in Organisationsformen des öffentlichen Rechts sein. Das bedeutet: Die Aufgabenerfüllung in privatrechtlicher Organisationsform braucht nicht zwingend besser zu sein als in einer öffentlich-rechtlichen Form, sondern lediglich ebenso gut. Bei Gleichstand besteht kein Vorrang der öffentlich-rechtlichen Formen,

Sprenger, in: Bülow/Erps u.a., Kommunalverfassungsrecht SH, Loseblatt, § 102 GO Rn. 13; Lange, Kommunalrecht, 2013, Kapitel 14 Rn. 206.

Öffentlich-rechtliche Organisationsformen versprechen keine qualitativ bessere Aufgabenerfüllung als der Betrieb der GmbH. Praktisch kommt hier lediglich eine Art Regiebetrieb der öffentlich-rechtlichen Stiftung in Betracht. Da die Stiftung aber ihrerseits durch die Stadt verwaltet wird, würde damit ein Regiebetrieb durch einen anderen ersetzt. Die organisatorische Selbständigkeit der GmbH verspricht ein Mehr an Flexibilität und Marktgerechtigkeit als eine schlichte unternehmerische Betätigung in öffentlich-rechtlicher Rechtsform.

bb) Einzahlungs- und Haftungsbegrenzung (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO)

Die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Stiftung müssen nach § 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO auf einen der Leistungsfähigkeit der Stadt angemessenen Betrag begrenzt sein. Die Haftungsbegrenzung für eine GmbH-Gesellschafterin ergibt sich bereits aus dem Wesen der GmbH. Die Gesellschafterin ist lediglich zur Leistung der Stammeinlage verpflichtet. Solange im Gesellschaftsvertrag nichts geregelt ist, ist die Gesellschafterin zu Nachschüssen nicht verpflichtet (§ 26 Abs. 1 GmbHG). Insoweit lässt sich der Gesellschaftsvertrag gemeindeordnungskonform gestalten.

cc) Angemessener Einfluss der Stiftung auf die Gesellschaft (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO)

Die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital ist Alleingesellschafterin der GmbH und hat daher als Gesellschafterin einen maximalen Einfluss auf die Gesellschaft. Anders als den Aktionären in einer Aktiengesellschaft kommt den GmbH-Gesellschaftern eine „dominierende Organstellung“ zu,

Schmiegelt/Schmidt, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Auflage 2014, § 3 Rn. 5,

wobei hier der Stiftung diese Rechte als Alleingesellschafterin allein zustehen. Kraft Gesetzes (§ 46 Nr. 6 GmbHG) unterliegen der Bestimmung der Gesellschafter „die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung“, überdies können die Gesellschafter dem Geschäftsführer in jeder Angelegenheit Weisungen erteilen und damit die Entscheidung an sich ziehen. Darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag bestimmte wichtige Entscheidungen ausdrücklich einem Gesellschafterbeschluss vorbehalten. Die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital hat damit einen praktisch unbeschränkten Zugriff auf Entscheidungen der Gesellschaft.

dd) Erfordernis eines Aufsichtsrates?

Im Zuge der Diskussion über dieses Modell kam die Frage auf, ob die GmbH einen Aufsichtsrat benötige. Gesellschaftsrechtlich ist ein Aufsichtsrat nach dem sogenannten Drittelbeteiligungsgesetz erforderlich, wenn die GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer hat. In diesem Fall muss ein Aufsichtsrat bestehen, der zu einem Drittel aus Arbeitnehmern der GmbH besteht. Maßgeblich für die Arbeitnehmerzahl ist dabei die Zahl der Köpfe, nicht die der Vollzeitstellen.

Falls die Mitarbeiterzahl unter 500 liegt, darf die GmbH auf einen Aufsichtsrat verzichten. Denn eine kommunale GmbH bedarf nicht zwingend eines Aufsichtsrats,

vgl. zur entsprechenden Rechtslage in Niedersachsen Erdmann, in: Ipsen (Hrsg.), NKomVG, 2011, § 137 Rn. 19.

Das gilt insbesondere für hundertprozentige kommunale Tochtergesellschaften, denn hier kann die Kommune bzw. die Stiftung ihren Einfluss unmittelbar und ungeschmälert als alleinige **Gesellschafterin** geltend machen und durchsetzen. Daher ist für diese GmbH ein Aufsichtsrat entbehrlich, ohne gegen die Vorgabe aus § 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO zu verstoßen.

Soweit ein Aufsichtsrat entbehrlich ist, ist es nach § 102 Abs. 4 Satz 2 GO auch nicht erforderlich, entsprechende Weisungsrechte in der Satzung der GmbH zu verankern. Denn dieses Weisungsrecht ist nur zu regeln, soweit die Bestellung eines Aufsichtsrates nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, was bei der GmbH (siehe § 52 Abs. 1 GmbHG) nicht der Fall ist.

Sofern ein Aufsichtsrat eingerichtet werden soll, muss grundsätzlich ein Weisungsrecht verankert werden. Fraglich ist allerdings, wer weisungsbefugt ist. Nach § 102 Abs. 4 Satz 2 GO ist dies „die Gemeindevertretung“ bei einer gemeindlichen Beteiligung. Bei einer Stiftung wäre der Stiftungsvorstand dem gesetzlichen Vertreter der Stiftung (ggf. dem Vorstandsvorsitzenden) gegenüber. Da die Stiftung durch die Stadt verwaltet wird, besteht das Weisungsrecht also zugunsten der Stiftung (vertreten durch die Stadt) gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern, die die Stiftung bestellt.

ee) Vorliegen der Voraussetzungen für wirtschaftliche Unternehmen (§ 102 Abs. 2 GO)

Sofern die GmbH mit einem wirtschaftlichen Unternehmen betraut ist, ist der Stiftung die Beteiligung nur erlaubt, wenn sie nach § 101 Abs. 1 GO das wirtschaftliche Unternehmen auch selbst betreiben dürfte. Die GmbH muss also die Voraussetzungen aus § 101 Abs. 1 GO erfüllen.

(1) Vorliegen eines wirtschaftlichen Unternehmens

Der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens im Sinne der Gemeindeordnung ist in den §§ 101 und 102 GO nicht positiv definiert. § 101 Abs. 4 Satz 1 GO enthält allerdings eine negative Definition dahin, welche Unternehmen nicht als wirtschaftliche Unternehmen gelten. Dazu gehören insbesondere

„Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art“.

Nach offenbar einhelliger Auffassung im Schrifttum – Rechtsprechung hierzu ist nicht ersichtlich – zählen Altenheime zu den Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens,

Dehn/Wolf, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung SH, 10. Auflage 2013, § 101 Erläuterung 1 zu Absatz 4; Erdmann, in: Ipsen (Hrsg.), NKomVG, 2011, § 136 Rn. 28; Darsow, in: Schweriner Kommentierung zur KV M-V, 3. Auflage 2005, § 68 Rn. 9.

Daher kommt es für den Betrieb von Alten- und Pflegeheimen nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 GO erfüllt sind. Denn diese Vorschrift gilt nur für wirtschaftliche Unternehmen. Auch wenn die Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 GO nicht erfüllt sein sollten, wäre die Errichtung der GmbH daher kommunalrechtlich zulässig.

(2) Hilfsweise: Vorliegen der Voraussetzungen nach § 101 Abs. 1 GO

Hilfsweise soll dennoch kurz beleuchtet werden, ob die Errichtung der GmbH auch mit § 101 Abs. 1 GO vereinbar ist. Das ist hier indes auch der Fall. Die GmbH dient einem öffentlichen Zweck im Sinne von § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO, das Unternehmen steht in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Stiftung (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO), und sein Zweck kann nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO).

(a) Öffentlicher Zweck

Ein öffentlicher Zweck liegt für ein wirtschaftliches Unternehmen einer Gemeinde vor, wenn die Zielsetzung des Unternehmens im grundsätzlichen Aufgabenbereich der Gemeinde liegt und dazu dient, die Einwohner mit öffentlichen Dienstleistungen oder auf andere Art zu versorgen oder zu betreuen,

Dehn/Wolf, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung SH, 10. Auflage 2013,
§ 101 Erläuterung 4 zu Absatz 1.

Ein öffentlicher Zweck rechtfertigt das Unternehmen, wenn die Gemeinde mit ihrer wirtschaftlichen Betätigung das gemeinsame Wohl ihrer Einwohner fördert. Durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist ein kommunales Unternehmen deshalb nur dann, wenn es sich zurückführen lässt auf die Verpflichtung der Gemeinde aus § 1 Abs. 1 Satz 2 GO, das Wohl ihrer Einwohnerschaft zu fördern,

OVG Schleswig, Urteil vom 11.07.2013 – 2 LB 32/12 – NordÖR 2013, 528,
532.

Umgebrochen auf eine öffentlich-rechtliche Stiftung bedeutet dies, dass der Zweck der GmbH im Kernbereich des Stiftungszwecks liegen und – das ergibt sich aus der Unternehmenseigenschaft – dabei das Wohl der Allgemeinheit durch Dienstleistungen fördern muss.

Die geplante GmbH erbringt Dienstleistungen an die Allgemeinheit, indem sie Alten- und Pflegeheime in der Hansestadt Lübeck betreibt. Diese Aufgabe gehört zum Kern ihres Zwecks (§ 3 Nr. 1 und 2 Stiftungssatzung HGH). Es handelt sich dabei auch um Dienstleistungen an Menschen in der Hansestadt Lübeck.

(b) In einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Stiftung und zum voraussichtlichen Bedarf

Der Betrieb der Alten- und Pflegeheime steht in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Stiftung und zum voraussichtlichen Bedarf. Ein Bedarf ist zu bejahen, wenn nicht nur vorübergehend ein öffentliches Angebot notwendig ist und dieses regelmäßig in größerem Umfang nachgefragt wird. Das ist hier der Fall. Zwar gibt es diverse Betreiber privater Alten- und Pflegeheime; wie der Betrieb der Heime durch die StE in den vergangenen Jahren gezeigt hat, gibt es jedoch nach wie vor eine nicht unerhebliche Nachfrage nach weiteren Heimplätzen, der nunmehr durch die GmbH in der Trägerschaft der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital gedeckt werden soll.

Das Unternehmen steht auch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Stiftung. Die Orientierung an der Leistungsfähigkeit soll die Stiftung vor einer Überforderung ihrer Verwaltungs- und Finanzkraft schützen,

OVG Schleswig, Urteil vom 11.07.2013 – 2 LB 32/12 –, NordÖR 2013, 528, 531, 533.

Die Stiftung ist mit dem Betrieb des Unternehmens bei der beabsichtigten Ausgestaltung nicht überfordert. Als Betreiberin des Alten- und Pflegeheims erzielt die GmbH laufende Einnahmen, die die laufenden Ausgaben für das Heim decken sollen. Soweit besondere Belastungen aus der früheren Struktur der Heime als Regiebetrieb der Hansestadt Lübeck bestehen (etwa hinsichtlich der Bezahlung des Personals oder hinsichtlich der baulichen Gegebenheiten), sollen diese Belastungen durch Zahlungen der Hansestadt Lübeck gedeckt werden.

(c) Nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise

Der Unternehmenszweck lässt sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllen. Insoweit kommen verschiedene Alternativen in Betracht, nämlich zum einen, die Erfüllung derartiger Zwecke privaten Unternehmen zu überlassen, zum anderen, eine andere Organisationsform zu finden.

Grundsätzlich erscheint es denkbar, die Alten- und Pflegeheime künftig durch private Betreiber zu führen; die öffentliche Hand würde sich dann aus dem Betrieb der Heime zurückziehen. Das erscheint zwar möglich, ist aber nicht zwingend wirtschaftlicher, sondern in wirtschaftlicher Hinsicht gleich gut. Denn auch eine GmbH in öffentlicher Trägerschaft kann marktgerechte Leistungen anbieten. Zudem würde sich bei einer Gesamtbetrachtung für die Hansestadt Lübeck die Frage stellen, wie mit ihrem bisherigen Personal umzugehen ist.

Für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital stellt sich zudem die Frage, ob es ihr gelänge, einen privaten Betreiber für das Alten- und Pflegeheim zu bekommen, das sich in den Gebäuden des Heiligen-Geist-Hospitals befindet, wo nicht unerhebliche Anforderungen des Denkmalschutzes und der Eigenschaft des Gebäudes als Kulturdenkmal mit Anziehungskraft auf externe Besucher zu erfüllen sind. Vor diesem Hintergrund erscheint der Betrieb der Heime durch die Stiftung als eine wirtschaftlich vertretbare Lösung.

ff) Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck (§ 102 Abs. 3 GO)

Nach § 102 Abs. 3 GO ist eine GmbH, deren Anteile wie hier zu mindestens 75 % in öffentlicher Hand liegen, durch den Gesellschaftsvertrag auf den öffentlichen Zweck auszurichten. Als Sicherungsinstrument wird im Schrifttum ein Zustimmungsvorbehalt der Gemeinde für Satzungsänderungen genannt,

Ziertmann, in: Rentsch/Ziertmann, Gemeindeverfassungsrecht SH, 2008,
§ 102 GO Rn. 8.

Dabei handelt es sich aber nur um ein Beispiel. Ist die öffentliche Hand wie hier die Stiftung Alleingeschafterin der GmbH, liegen Satzungsänderungen ohnehin allein in ihrer Macht, da die Änderung des Gesellschaftsvertrags einen Gesellschafterbeschluss erfordert (§ 53 Abs. 1 GmbHG). Maßgeblich für die Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck bei kommunalen Eigengesellschaften ist daher insbesondere die Formulierung des Gesellschaftszwecks,

Dehn/Wolf, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung SH, 10. Auflage 2013,
§ 102 Erläuterung zu Absatz 3.

Das ist kann hier durch die Formulierung des Gesellschaftsvertrags gewährleistet werden.

gg) Jahresabschluss, Lagebericht und Haushaltsführung

§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GO und § 102 Abs. 4 Satz 1 GO stellen bestimmte Anforderungen an die Haushalts- und Wirtschaftsführung kommunalbeherrschter Gesellschaften. So muss die GmbH ihren Jahresabschluss und ihren Lagebericht in entsprechender Anwendung der Vorschrift des Dritten Buches des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufstellen und prüfen lassen. Zudem muss für jedes Wirtschaftsjahr ein Wirtschaftsplan in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung aufgestellt werden, der Wirtschaft muss eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde gelegt und der Gemeinde zur Kenntnis gebracht werden und die GmbH muss nach den in § 107 GO normierten Wirtschaftsgrundsätzen verfahren. Diese Verpflichtungen können ohne weiteres in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, da die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital hier einzige Gesellschafterin ist.

hh) Beachtung der Vertretungsregelungen (§ 104 GO)

Schließlich ist bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags § 104 Abs. 1 GO zu beachten, wonach die Vertreter der Stiftung in der Gesellschafterversammlung von der Stiftung bestellt werden und wonach die Stiftung in der Gesellschafterversammlung durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten werden soll. Dabei sind differenzierende Regelungen aufzunehmen je nachdem, ob die Stiftung durch die Stadt oder durch ihren Formalvorstands vertreten wird. Das lässt sich aber sachgerecht und gemeindeordnungskonform regeln.

c) Ergebnis zu 2.

Im Ergebnis lassen sich die kommunalrechtlichen Anforderungen an die Errichtung einer GmbH einhalten. Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags ist darauf besonders zu achten.

IV. Steuerrecht

Aus steuerrechtlicher Sicht sind Fragen des Gemeinnützigkeitsrechts und der Umsatzsteuer in den Blick zu nehmen, außerdem Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung. Im Gegensatz zu den ursprünglich betrachteten Modellen stellt die Grunderwerbsteuer hingegen kein Hindernis dar, weil Grundstücke oder den Grundstücken gleich stehende Rechte (§ 2 Abs. 2 GrEStG) nicht übertragen werden sollen.

1. Gemeinnützigkeitsrecht

Das Gemeinnützigkeitsrecht hat zwei Ebenen: Zum einen geht es darum, ob die zu gründende GmbH selbst die Voraussetzungen für die Gemeinnützigkeit nach §§ 51 ff. AO erfüllt oder erfüllen könnte, zum anderen geht es darum, ob die drei Stiftungen ihrerseits nach der Gründung der GmbH gemeinnützig bleiben.

a) Gemeinnützigkeit der von der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital zu gründenden GmbH

Die GmbH dürfte die Anforderungen des Gemeinnützigkeitsrechts erfüllen. Die GmbH wird auf die Förderung der Altenhilfe nach § 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AO gerichtet sein,

indem sie Alten- und Pflegeheime betreibt. Die GmbH erfüllt dadurch unmittelbar und ausschließlich einen gemeinnützigen Zweck, und zwar in Form eines sogenannten Zweckbetriebs nach § 68 Nr. 1 Buchstabe a AO. Die GmbH wird auch selbstlos tätig sein, weil sie nicht auf die Erwirtschaftung von Gewinnen ausgerichtet ist oder jedenfalls nicht darauf ausgerichtet sein muss, Gewinne zu erwirtschaften.

Ergänzend ist klarzustellen, dass der GmbH nicht bereits an der Gemeinnützigkeit fehlt, weil ihre einzige Gesellschafterin (die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital) eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Der Bundesfinanzhof hat mittlerweile ausdrücklich anerkannt, dass auch Eigengesellschaften der öffentlichen Hand gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO sein können. Der Staat ist nicht „gemeinnützigkeitsunfähig“,

BFH, Urteil vom 27.11.2013 – I R 17/12 –, NVwZ-RR 2014, 568, 570 (Rn. 26 f.).

Natürlich ist es prinzipiell denkbar, dass die GmbH gewerblich betrieben wird, also mit Gewinnerzielungsabsicht. Dann allerdings unterliegt sie vollumfänglich der Steuerpflicht.

b) Gemeinnützigkeit der Stiftungen nach der GmbH-Gründung

Eine andere Frage ist, wie sich die Konstellation auf die drei Stiftungen auswirkt.

aa) Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente

Für die beiden privatrechtlichen Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente könnte es am Merkmal der Unmittelbarkeit nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AO fehlen. Unmittelbar verfolgt eine Körperschaft steuerbegünstigte Zwecke nur, wenn sie selbst diese Zwecke verwirklicht. Sie kann zwar Hilfspersonen einschalten (§ 57 Abs. 1 Satz 2 AO), und es ist auch möglich, dass diese Hilfsperson selbst eine gemeinnützige Körperschaft ist. Das setzt allerdings voraus, dass sowohl die Hilfsperson als auch die andere Körperschaft eigene gemeinnützige Zwecke verfolgen. Das kann auch dann der Fall sein, wenn zwei gemeinnützige Stiftungen eine von ihnen getragene GmbH als Hilfsperson einschalten,

BFH, Urteil vom 17.02.2010 – I R 2/08 –, BStBl. II 2010, 1006, 1008.

Im vorliegenden Fall würden sich die beiden Stiftungen praktisch darauf zurückziehen, der gemeinnützigen GmbH die Immobilien zur Verfügung zu stellen. Eigene gemeinnützige Tätigkeiten entfalten die Stiftungen dann nicht. Ob das ausreicht, um die Gemeinnützigkeit aufrechtzuerhalten, ist jedenfalls mit Zweifeln behaftet. Allerdings unterscheidet sich die Situation nicht wesentlich von der jetzigen Lage der Stiftungen, da sie ihre Grundstücke der Hansestadt Lübeck und deren SIE vermieten und sich auf die Rolle als Vermieterin beschränken.

Falls die Stiftungen der GmbH die Immobilien unter dem Marktpreis überlassen, würden die Stiftungen zu Förderstiftungen der gemeinnützigen GmbH. Das dürfte nach § 58 Nr. 1 und 2 AO zulässig sein. Danach wird die Steuervergünstigung nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Körperschaft – jedenfalls auch – Mittel für die Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke einer anderen Körperschaft beschafft, sofern diese Körperschaft ihrerseits steuerbegünstigt ist. In die Satzung einer reinen Mittelbeschaffungsorganisation nach § 58 Nr. 1 AO muss allerdings die Mittelbeschaffung ausdrücklich in den Zweck aufgenommen werden,

Niedersächsisches FG, Urteil vom 08.04.2010 – 6 K 139/09 –, juris Rn. 19.

Wendet die Körperschaft ihre Mittel nur teilweise einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Verwendung zu steuerbegünstigten Zwecken zu (§ 58 Nr. 2 AO), bedarf es keiner ausdrücklichen Erwähnung im Satzungszweck,

FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 29.01.2009 – 6 K 1351/08 –, DStRE 2010, 549.

Voraussetzung ist dabei, dass die steuerbegünstigte Körperschaft die zugewendeten Mittel im Rahmen ihrer steuerbegünstigten Tätigkeit erwirtschaftet, also nicht im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs (der kein Zweckbetrieb ist),

FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 29.01.2009 – 6 K 1351/08 –, DStRE 2010, 549.

Hier würden die Stiftungen aber keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten, sondern lediglich Vermögensverwaltung betreiben. Grundsätzlich erscheint es aber

empfehlenswert, in die Satzung aufzunehmen, dass die Mittel der Stiftung jedenfalls auch einer gemeinnützigen GmbH zugewendet werden dürfen, die dieselben Zwecke erfüllt wie die gemeinnützige Stiftung. Einzelheiten der Satzungsgestaltung wären dann mit dem Finanzamt abzustimmen.

Diese Erkenntnisse scheinen gewisse Probleme für die Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente zu bergen, wenn die Stiftungen künftig eine Marktmiete von der GmbH verlangen. Allerdings ist dann zu überlegen, inwieweit die Stiftungen in anderer Weise als bloß als Vermieter auftreten können und beispielsweise durch sonstige Förderungen und Unterstützungen (vgl. etwa § 2 Abs. 3 Buchstabe a Stiftungssatzung VT) einen gemeinnützigen Zweck erfüllen. Die Vermietung der Immobilien wäre dann Vermögensverwaltung zur Beschaffung von Mitteln für eigene gemeinnützige Zwecke.

bb) Stiftung Heiligen-Geist-Hospital

Etwas anders ist die Lage für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital. Sie ist eine Stiftung des öffentlichen Rechts und insoweit nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art körperschaftsteuerpflichtig, ohne dass es zunächst darauf ankommt, ob sie die Anforderungen des Gemeinnützigkeitsrechts erfüllt. Zu prüfen ist mithin vorrangig, ob die Beteiligung an der Stiftungs-GmbH für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital einen Betrieb gewerblicher Art im Sinne des § 4 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) begründet. Das dürfte bereits zu verneinen sein. Die Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts an einer Kapitalgesellschaft ist in der Regel kein Betrieb gewerblicher Art, sondern grundsätzlich dem Bereich der Vermögensverwaltung zuzurechnen,

BFH, Urteil vom 25.08.2010 – I R 97/09 –, BFH/NV 2011, 312 mit weiteren Nachweisen; ebenso die Auffassung der Finanzverwaltung, siehe H 6 „Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft“ in Verbindung mit R 16 Abs. 5 Satz 3 KStR.

Etwas anderes gilt, falls die juristische Person selbst die laufende Geschäftsführung übernimmt oder ständig in diese über den Rahmen hinaus eingreift, innerhalb dessen jeder Gesellschafter die ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechte und Pflichten als Gesellschafter ausübt,

Erhard, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Loseblatt, § 4 KStG Rn. 32, mit Verweis auf BFH, Urteil vom 30.07.1971 – I R 57/70 –, BStBl. II 1971, 753, 754.

Ein solches übermäßiges Eingreifen in die laufende Geschäftsführung ist jedenfalls dem Grunde nach nicht beabsichtigt oder es lässt sich jedenfalls vermeiden, so dass sich die Beteiligung für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital nicht als Betrieb gewerblicher Art darstellt. Anderenfalls wäre die Beteiligung für die Stiftung als gewerbliche Tätigkeit zu werten und grundsätzlich steuerpflichtig. Es stellt sich dann allerdings die Frage, ob das Halten einer Beteiligung an einer gemeinnützigen GmbH selbst steuerbegünstigt ist. Dass ein Betrieb gewerblicher Art gemeinnützig sein kann, wenn die Voraussetzungen der §§ 51 ff. AO erfüllt sind, ist von der Rechtsprechung mittlerweile anerkannt,

BFH, Urteil vom 12.07.2012 – I R 106/10 –, BStBl. II 2012, 837, 839 (Rn. 44).

Hierzu sollte aber zuvor die Finanzverwaltung konsultiert werden. Falls sich daraus eine Steuerpflicht ergibt, wäre allerdings weiter zu fragen, ob sich tatsächlich eine Steuerzahlungspflicht ergibt, denn das wiederum setzt voraus, dass auf Seiten der Stiftung Gewinne entstehen.

c) Ergebnis zu 1.

Gemeinnützigkeitsrechtlich erscheint die Lage für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital und auch für die zu errichtende GmbH unproblematisch. Für die anderen beiden Stiftungen erscheint nicht jeder Weg gangbar, aber es lassen sich Möglichkeiten finden, die Stiftungen auch weiterhin als gemeinnützige Stiftungen bestehen zu lassen.

2. Umsatzsteuer

Das jetzt in Rede stehende Modell sieht vor, dass die Hansestadt Lübeck einen Verlustausgleich in der Weise zahlt, dass sie den Unterschiedsbetrag zwischen den „marktüblichen“ Personalkosten und den tatsächlichen, TVÖD-geprägten Personalkosten und gegebenenfalls den zwischen einer marktüblichen Miete und der tatsächlich an die Stiftungen zu zahlenden fortgeschriebenen „Ausgabenmiete“ zu tragen hat.

a) Grundsatz: Umsatzsteuerpflicht

Diese Ausgleichszahlung der Hansestadt Lübeck dürfte grundsätzlich der Umsatzsteuer unterliegen. Die Ausgleichszahlung ist ein Betriebskostenzuschuss, der regelmäßig als Entgelt für eine Leistung des Bezuschussten anzusehen ist,

BFH, Urteil vom 19.11.2009 – V R 29/08 –, BFH/NV 2010, 709; Beschluss vom 19.03.2014 – XI B 146/13 –, VersorgW 2014, 274; FG Düsseldorf, Urteil vom 26.05.1993 – 5 K 372/90 U –, EFG 1994, 61 (jeweils zu Zuschüssen einer Stadt an einen Verein, der ein ehemals städtisches Schwimmbad betreibt).

Die Leistung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG, die die GmbH erbringt, ist der Weiterbetrieb der Pflegeheime. Dafür wird die Ausgleichszahlung als Entgelt geleistet. Da hier ein konkretes Gegenleistungsverhältnis vorliegt und die Stadt keinen echten Zuschuss leistet, ist daran zu erkennen, dass die Stadt ein eigenes Interesse daran hat, dass die GmbH die Pflegeheime gerade mit dem ehemals städtischen Personal weiterbetreibt und dieses zu ehemals städtischen Bedingungen weiterbeschäftigt. Ein echter Zuschuss, der lediglich eine öffentliche Anerkennung für die Tätigkeit der GmbH darstellt, dürfte nicht vorliegen.

b) Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 16 UStG

Die Leistungen der GmbH könnten allerdings nach § 4 Nr. 16 Buchstaben b ff. UStG von der Umsatzsteuer befreit sein. Denn danach sind die mit dem Betrieb von Einrichtungen zur Betreuung oder Pflege körperlich, geistig oder seelisch hilfsbedürftigen Personen eng verbundenen Leistungen, die von bestimmten Aufgabenträgern erbracht werden von der Umsatzsteuer befreit. Voraussetzung ist aber, dass die GmbH Verträge nach bestimmten Vorschriften des Fünften, Neunten oder Elften Buchs des Sozialgesetzbuchs abgeschlossen hat.

Allerdings ist diese Steuerbefreiung zugeschnitten auf die Leistungen der Einrichtungsträger gegenüber den betreuten Personen und den Sozialhilfeträgern, nicht aber unbedingt gegenüber der Stadt, die mehr ein allgemeines Interesse am Betrieb der Einrich-

tung hat. Für eine Steuerbefreiung spricht, dass die Schwimmbadzuschüsse als „unmittelbar mit dem Betrieb der Schwimmbäder verbunden“ angesehen und daher nach § 12 Abs. 1 Nr. 9 UStG nur ermäßigt umsatzbesteuert werden,

FG Düsseldorf, Urteil vom 26.05.1993 – 5 K 372/90 U –, EFG 1994, 61;
vorsichtig zustimmend BFH, Urteil vom 18.06.2009 – V R 4/08 –, BStBl. II
2010, 310, 312 f.

Letztlich sollte man aber auch insoweit die Steuerbefreiung mit dem Finanzamt abstimmen.

c) Ermäßigter Steuersatz nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchstabe a UStG

Sofern die Leistungen der GmbH gegenüber der Hansestadt Lübeck nicht steuerbefreit sind, könnte das Entgelt nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchstabe a UStG möglicherweise nur mit dem ermäßigten Umsatzsteuersatz von 7 % zu besteuern sein. Der Betrieb des Altenheims ist ein Zweckbetrieb der GmbH und damit grundsätzlich auch Umsatzsteuer privilegiert. Sicherheit könnte aber auch insoweit nur eine verbindliche Auskunft durch die Finanzverwaltung bieten

d) Ausschluss der Umsatzsteuerbarkeit wegen Organschaft, § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG?

Um die Umsatzsteuer zu vermeiden, könnte man überlegen, zwischen der Stadt und der GmbH eine so genannte Organschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG zu begründen. Voraussetzung dafür ist eine finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Einrichtung einer juristischen Person in ein Unternehmen. Falls also die GmbH finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in die Hansestadt Lübeck eingegliedert ist, würde es ihr an der Selbständigkeit fehlen. Dann wären Innenumsätze zwischen der Hansestadt Lübeck und der GmbH nicht mehr steuerbar.

Eine finanzielle Eingliederung setzt den Besitz der Anteilsmehrheit des sogenannten Organträgers (das wäre hier die Hansestadt Lübeck) an der Organgesellschaft (also der GmbH) voraus, wobei eine mittelbare Beteiligung ausreicht,

Korn, in: Bunjes, UStG, 11. Auflage 2012, § 2 Rn. 117 f.

Eine solche finanzielle Eingliederung ließe sich noch damit begründen, dass die Hansestadt Lübeck die wesentlichen Entscheidungen für die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital trifft und damit auch in die GmbH „durchregieren“ könnte.

Die wirtschaftliche Eingliederung zeigt sich in der Regel in der Verflechtung der Geschäftstätigkeiten von Organträger und Organ. Die Tätigkeiten müssen aufeinander abgestimmt sein; sie müssen sich fördern und ergänzen. Voraussetzung ist, dass der Organträger selbst oder durch eines seiner Unternehmen entgeltliche Leistungen erbringt, die für das Unternehmen der Organgesellschaft zu einer mehr als nur unbedeutenden Entlastung führen,

Korn, in: Bunjes, UStG, 11. Auflage 2012, § 2 Rn. 124.

Das erscheint hier bereits fraglich, weil die Hansestadt Lübeck ihrerseits keine entgeltlichen Leistungen an die GmbH bringen soll.

Insbesondere dürfte es aber an einer organisatorischen Eingliederung fehlen. Die organisatorische Eingliederung setzt voraus, dass der Organträger die mit der finanziellen Eingliederung verbundene Möglichkeit zur Beherrschung seiner Tochter- oder Enkelgesellschaft in der laufenden Geschäftsführung tatsächlich wahrnimmt. Dazu muss er die Organgesellschaft durch die Art und Weise der Geschäftsführung beherrschen. Typischer Fall einer organisatorischen Eingliederung ist eine Personenidentität zwischen den Geschäftsführungsorganen der Organgesellschaft und des Organträgers,

BFH, Urteil vom 07.07.2011 – V R 53/10 –, BStBl. II 2013, 218, 220 (Rn. 24 ff.).

Soweit die bisherigen Pläne hier bekannt sind, soll die Hansestadt Lübeck gerade nicht durch ihre Organe oder ihr Personal zugleich den Geschäftsführer der GmbH stellen. Vielmehr soll die Tätigkeit der GmbH gerade unabhängig von der Stadt agieren können. Damit dürfte es im Ergebnis an einer Organschaft fehlen.

Falls dieser Weg – insbesondere weil Steuerbefreiungen oder -ermäßigungen scheitern –, doch weiterverfolgt werden sollte, müssten noch vertiefende Überlegungen angestellt werden. Das wird aber voraussichtlich nicht ohne Einfluss auf andere Bereiche bleiben,

insbesondere die Frage der Gemeinnützigkeit der GmbH oder die Einstufung der Beteiligung als Vermögensverwaltung.

e) Ergebnis zu 2.

Das Umsatzsteuerrecht birgt gewisse Risiken. Insbesondere dürfte der Betriebskostenzuschuss dem Grunde nach ein steuerbarer Umsatz sein. Allerdings erscheint eine Steuerbefreiung oder auch eine ermäßigte Steuerzahlung durchaus möglich.

3. Verdeckte Gewinnausschüttung/verdeckte Einlage

Keine grundsätzlich für oder gegen das Modell sprechende Frage dürfte das Problem der verdeckten Gewinnausschüttung bzw. der verdeckten Einlage sein. Eine verdeckte Gewinnausschüttung könnte sich ergeben, wenn die GmbH an die Stiftungen weiterhin die so genannte Ausgabenmiete zahlt, die Marktmiete in Wahrheit aber niedriger liegt. Dann wäre das Betriebsergebnis der GmbH um die verdeckte Gewinnausschüttung zu erhöhen; umgekehrt müssten auch die Vermieter eine Versteuerung nicht als eine solche aus Vermögensverwaltung (Mieteinnahmen) vornehmen, sondern sie wie Kapitalerträge behandeln.

Eine verdeckte Einlage könnte sich umgekehrt ergeben, wenn die Ausgabenmiete unter der Marktmiete liegt. Dann würden die Stiftungen die GmbH laufend bezuschussen und könnten im Ergebnis steuerlich mit einem höheren Anteil bzw. überhaupt mit einem Anteil an der GmbH eingestuft werden. Die praktischen Auswirkungen dürften aber eher gering sein, da die GmbH voraussichtlich jedenfalls in absehbarer Zeit keine Gewinne abwerfen wird.

V. Arbeitsrecht

Aus arbeitsrechtlicher Sicht bestehen gegen das Modell der Stiftungs-GmbH keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Im Rahmen der Umsetzung der Neustrukturierung bedürfen gleichwohl die Fragen des Betriebsübergangs und dessen Folgen für die Arbeitnehmer und die Mitarbeitervertretung besonderer Beachtung.

1. Zum Betriebsübergang gemäß § 613a BGB

Die Regelung des § 613a BGB findet auch auf die Übertragung von Betrieben durch die öffentliche Hand auf Private Anwendung. Die Vorschrift des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB lautet wörtlich:

„Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.“

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Norm des § 613a BGB, die aufgrund der Umsetzung verschiedener EG-Richtlinien entstanden ist (RL 2001/23/EG vom 12.03.2001 (ABIEG Nr. L 82/16 vom 22.03.2001), RL 98/50/EG vom 29.06.1998 (ABIEG Nr. L 201/88 vom 17.07.1998) und RL 77/187EWG vom 05.03.1977 (ABIEG Nr. L 61/26 vom 05.03.1977)), ist die Regelung gemeinschaftskonform auszulegen, was erklärt, dass sich im Anwendungsbereich des § 613a BGB die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (im Folgenden: EuGH) und des Bundesarbeitsgerichts (im Folgenden: BAG) in vielfältiger Weise überschneiden.

§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt einen rechtsgeschäftlichen Betriebs- bzw. Betriebsteilübergang voraus. Das Merkmal des Rechtsgeschäfts dient nur dazu, den Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB von dem gesetzlichen oder hoheitlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse abzugrenzen,

BAG, Urteil vom 26.08.1999 – 8 AZR 827/98 –, BAGE 92, 251 ff.

Die unmittelbare Anwendung des § 613a BGB scheidet demnach nur dann aus, wenn der Übergang der Arbeitsverhältnisse direkt auf gesetzlicher Grundlage und ohne „Zwischenschaltung“ eines für den Betriebsübergang selbst konstitutiven Rechtsgeschäfts erfolgt. Ein solcher gesetzlich angeordneter oder kraft sonstigen Hoheitsaktes angeordneter Übergang der Arbeitsverhältnisse wäre im vorliegenden Sachverhalt nicht gegeben.

Nach Art. 1 Nr. 1 lit. b RL 2001/23/EG ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit Voraussetzung für den Betriebsübergang. Dabei bezieht sich der Begriff der Einheit nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich auf eine

„organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“,

EuGH, Urteil vom 02.12.1999 – C 234/98 –, NZA 2000, 587.

Als Teilaspekte der Gesamtwürdigung zählen – nach der Rechtsprechung des EuGH – insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel wie bewegliche Güter und Gebäude, der Wert immaterieller Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeit (sog. 7-Punkte-Katalog),

vgl. EuGH, Urteil vom 11.03.1997 – C 13/95 (Ayse Süzen) –, NZA 1997, 433.

Die Stiftungs-GmbH soll den Betrieb der SIE-Pflegeheime fortführen, so dass sowohl die Art des Betriebes und die Tätigkeit gleich bleiben als auch keine Unterbrechung des Pflegeheimbetriebes stattfinden wird. Das Personal und die „Kunden“ bzw. Pflegeheimbewohner sollen von der neuen Inhaberin übernommen werden. Ferner soll die Stiftungs-GmbH Mieterin der Immobilien werden und das Betriebsvermögen von der Hansestadt Lübeck auf die Gesellschaft übertragen werden. Demzufolge wird die organisierte Gesamtheit „Betrieb der SIE-Pflegeheime“ beim neuen Inhaber unverändert fortgeführt, so dass dies als Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB zu werten ist.

2. Zu den Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB

Die Vorschrift des § 613a BGB regelt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils auf einen neuen Inhaber und ordnet im Fall eines Betriebsübergangs den Eintritt des Betriebserwerbers in alle mit dem bisherigen Betriebsinhaber bestehenden Arbeitsverhältnisse an. Die Wirkungen des § 613 a BGB treten kraft Gesetzes ein.

§ 613a BGB stellt daher in erster Linie eine den allgemeinen Kündigungsschutz ergänzende Schutzvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer dar. Flankierend dazu sichert sie die Aufrechterhaltung der kollektivrechtlich geregelten Arbeitsbedingungen. Schließlich

regelt § 613a BGB die Haftung des alten und des neuen Betriebsinhabers für Ansprüche der vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer sowie die Verteilung des Haftungsrisikos zwischen den am Übergang beteiligten Arbeitgebern.

a) Übergang der Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten der SIE-Pflegeheime

Die Stiftungs-GmbH würde neuer Arbeitgeber der bisherigen Beschäftigten der SIE-Pflegeheime.

Beendete Arbeitsverhältnisse gehen nicht auf den Erwerber über. Die Regelung des § 613a BGB betrifft eindeutig nur die zur Zeit des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse,

vgl. BAG, Urteil vom 11.11.1986 – 3 AZR 179/85 –, EzA § 613a BGB Nr. 60.

Folglich gehen die Arbeitsverhältnisse gekündigter Arbeitnehmer, deren Kündigungsfrist zeitlich vor dem Betriebsübergang abgelaufen ist, nicht auf den neuen Inhaber über.

Befristete Arbeitsverhältnisse gehen naturgemäß nicht auf den Erwerber über, wenn der Vertrag vor Ablauf des Betriebsübergangs endet. Anderes gilt indes, wenn die Befristung kurz vor dem Betriebsübergange endete (z.B. Vortag) und der Arbeitnehmer durch den Erwerber nahtlos auf der Basis eines neuen Arbeitsvertrags übernommen wurde,

vgl. BAG, Urteil vom 19.05.2005 – 3 AZR 649/03 –, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 33.

b) Fortgeltung individual- und kollektivrechtlicher Regelungen

Aufgrund der Regelung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gelten die arbeitsvertraglichen Regelungen beim neuen Inhaber fort.

Unterliegt das Arbeitsverhältnis im Betrieb der Tarifbindung, so werden die Rechtsnormen des bisherigen Tarifvertrages Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwischen Erwerber und übernommenen Arbeitnehmern und dürfen gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB nicht

vor Ablauf eines Jahres zum Nachteil der Arbeitnehmer geändert werden. Der Tarifvertrag wird schuldrechtlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages mit dem Erwerber,

vgl. Löwisch/Rieble, TVG, § 3 Rn. 81, 82.

Der Tarifvertrag gilt lediglich weiter mit dem zur Zeit des Betriebsübergangs bestehenden Inhalt. Mit dieser sog. statischen Weitergeltung wird ein Recht auf Teilhabe der betroffenen Arbeitnehmer an einer künftigen Weiterentwicklung der Normen, etwa einer Tariflohnerhöhung nicht begründet,

BAG, Urteil vom 29.08.2001 – 4 AZR 332/00 –, BAGE 99, 10 ff.

Nach Ablauf der Jahresfrist bleiben die tarifvertraglichen Regelungen weiterhin Inhalt des individuellen Arbeitsvertrages. Die Regelungen können in der Folge jedoch durch einverständliche Vertragsänderung oder Änderungskündigung umgestaltet oder abgeändert werden, auch zum Nachteil des Arbeitnehmers.

Besteht hingegen eine Tarifbindung des Erwerbers gemäß § 3 Abs. 1 TVG, weil dieser Mitglied im Arbeitgeberverband ist oder ein Firmentarifvertrag Anwendung findet, so gelten die Rechtsnormen seines Tarifvertrages nach einem Betriebsübergang auch für den erworbenen Betriebsteil und verdrängen von Anfang an die beim Veräußerer bestehenden tariflichen Regelungen,

BAG, Urteil vom 19.03.1986 – 4 AZR 640/84 –, NZA 1986, 687.

Dies setzt jedoch voraus, dass auch die Arbeitnehmer Mitglieder der zuständigen Gewerkschaft des neuen Tarifvertrages sind, sog. kongruente Tarifgebundenheit,

vgl. BAG, Beschluss vom 14.02.2001 – 9 AZN 878/00 –, NZA 2001, 510.

Soweit der TVöD auf die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten der SIE-Pflegeheime Anwendung findet, würden dessen Regelungen nach dem Betriebsübergang Bestandteil der Arbeitsverträge und für die Dauer eines Jahres statisch weitergelten. Danach wäre eine Änderung der Regelungen – unter Umständen auch zum Nachteil der Arbeit-

nehmer – im Wege der Änderungskündigung oder Abschluss eines Änderungsvertrages oder z.B. durch Abschluss eines Haustarifvertrages zwischen der Stiftungs-GmbH und der zuständigen Gewerkschaft möglich.

Eine Fortgeltung von Dienstvereinbarungen gibt es im Fall der Privatisierung allerdings nicht. Das Bundesarbeitsgericht hat vielmehr entschieden, dass Dienstvereinbarungen als solche ihre Wirkung verlieren, wenn eine Dienststelle privatisiert wird und sie auch nicht als Betriebsvereinbarung fortgelten,

vgl. BAG, Beschluss vom 09.02.1982 – 1 ABR 36/80 –, DB 1982, 1414.

Hieran knüpft sich auch das Problem des Anspruchs der Mitarbeiter auf Verschaffung einer den Regelungen des Altersvorsorgetarifvertrages entsprechenden Zusatzversorgung. Mit dem Betriebsübergang scheiden die Mitarbeiter aus dem mit der abgebenden Einrichtung geschlossenen Arbeitsverhältnis aus und die Pflichtversicherungen bei der Zusatzversorgungskasse enden. Die bestehenden Pflichtversicherungen werden als beitragsfreie Versicherung weitergeführt. Haben die Mitarbeiter Anspruch auf unverfallbare Anwartschaften, so bleiben diese erhalten.

Die Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gilt auch für die Versorgungsverbindlichkeiten. So muss der Erwerber den Arbeitnehmer bei der Zusatzversorgung so stellen, als ob dieser weiterhin im öffentlichen Dienst verblieben wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts,

BAG, Urteil vom 05.10.1993 – 3 AZR 586/92 –, EzA Nr. 6 zu § 1 BetrAVG
Zusatzversorgung,

führt ein Betriebsübergang auch dann nicht zum Wegfall der Versorgungsverpflichtung des Erwerbers, wenn dieser nicht Mitglied einer Zusatzversorgungskasse im öffentlichen Dienst werden kann.

c) Zum Widerspruchsrecht gemäß § 613a Abs. 6 BGB

Eine weitere Rechtsfolge des § 613a BGB ist das Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers. Da die Wirkungen des § 613a BGB kraft Gesetzes eintreten, ist keine Zustimmung des Arbeitnehmers zum Übergang des Arbeitsverhältnisses erforderlich. Nach

ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sowie der eindeutigen gesetzlichen Neuregelung in Abs. 6 kann der Arbeitnehmer der bevorstehenden oder bereits eingetretenen Rechtsfolge des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber widersprechen,

vgl. BAG, Urteil vom 30.10.1986 – 2 AZR 101/85 –, NZA 1987, 524.

Der Widerspruch kann nur innerhalb eines Monats nach Unterrichtung über dem Betriebsübergang gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden und verhindert den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Betriebserwerber. Das Arbeitsverhältnis bleibt mit dem Betriebsveräußerer bestehen. Jedoch geht der Arbeitnehmer im Falle eines Widerspruchs das Risiko ein, dass der Veräußerer eine betriebsbedingte Kündigung gem. § 1 KSchG ausspricht, wenn keine oder nur eingeschränkte Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht ist nicht möglich.

Jeder Beschäftigte der SIE-Pflegeheime hat somit nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB das Recht, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Stiftungs-GmbH zu widersprechen. In diesem Falle bliebe das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber, also zur Hansestadt Lübeck, bestehen. Die Hansestadt Lübeck wäre dann zunächst gehalten, nach einer adäquaten Beschäftigungsmöglichkeit in ihren Reihen zu suchen. Besteht eine solche nicht, was zu erwarten ist, weil die Hansestadt Lübeck ja keine Alten- und Pflegeheime mehr betreibt, kommt – jedenfalls ganz prinzipiell – eine betriebsbedingte Kündigung gegenüber den Mitarbeitern in Betracht, die dem Betriebsübergang widersprochen haben,

Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage 2015, § 613a BGB Rn. 107.

Dies lässt sich nur „umgehen“, in dem die Hansestadt Lübeck ihre nunmehr überzähligen Mitarbeiter dem neuen Betriebsinhaber im Wege der Personalgestellung gemäß § 4 Abs. 3 TVöD überlässt. Das setzt aber eine Vereinbarung, einen sog. Personalgestellungsvertrag zwischen der Stadt auf der einen Seite und der Stiftungs-GmbH auf der anderen Seite voraus (vgl. hierzu Ausführungen unter 3.b), S. 54).

d) Keine Kündigung aus Anlass des Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 4 BGB

Nach § 613a Abs. 4 BGB ist eine Kündigung wegen des Übergangs des Betriebes unwirksam. Das Bundesarbeitsgericht sieht in der Vorschrift ein Kündigungsverbot, das bei seiner Verletzung zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 134 BGB führt und sich sowohl an den Veräußerer als auch den Erwerber des Betriebes oder Betriebsteil richtet,

vgl. BAG, Urteil vom 05.12.1985 – 2 AZR 3/85 –, NJW 1986, 2008.

Das Verbot erfasst auch Änderungskündigungen wegen des Betriebsübergangs, da sich der Schutz der Vorschrift auch auf den Inhalt der Arbeitsbedingungen erstreckt.

Es ist im Einzelnen umstritten, wann eine Kündigung "wegen des Betriebsübergangs" ausgesprochen ist. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ist die Kündigung unwirksam, wenn sich der Betriebsübergang als wesentlich mitbestimmende Bedingung darstellt und Motiv für die Kündigung gewesen ist,

vgl. BAG, Urteil vom 09.02.1989 – 2 AZR 405/88 –, juris Rn. 20.

Zulässig sind hingegen gemäß § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB Kündigungen aus anderen Gründen wie z.B. personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen sowie eine Kündigung, die sich auf Umstände stützt, die mit dem Betriebsübergang nichts oder nur mittelbar etwas zu tun haben. Wird vom bisherigen Betriebsinhaber ein Rationalisierungskonzept erstellt, dass lediglich im zeitlichen Zusammenhang mit einem geplanten Betriebsübergang durchgeführt wird, so sind hierauf gestützte Kündigungen möglich.

e) Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf die Mitarbeitervertretung

Während sich für die Dienststellen der Hansestadt Lübeck und damit auch für den Regiebetrieb SIE das Personalvertretungsrecht nach dem Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein (MBG) bestimmt (§ 1 Abs. 1 MBG), unterliegt die Stiftungs-GmbH nicht dem Mitbestimmungsgesetz, sondern dem Betriebsverfassungsgesetz. Mit dem Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB geht also ein „Regimewechsel“ einher. Es stellt sich daher die Frage, was dies für die bestehende Mitarbeitervertretung – den Personalrat im Sinne des Mitbestimmungsgesetzes – bedeutet. Es ist hier umstritten,

ob der Personalrat in diesem Fall ein sogenanntes Übergangsmandat im Sinne des § 21a des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) innehat,

vgl. Übersicht zum Meinungsstand bei Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl., 2012, § 130 Rn. 15 ff.

Zum Teil wird mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der sogenannten Betriebsübergangsrichtlinie (Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001) eine europarechtskonforme Auslegung dahin vertreten, dass der Personalrat ein Übergangsmandat für längstens sechs Monate bis zur Wahl eines Betriebsrates innehat,

vgl. Trümmer, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Betriebsverfassungsgesetz, 13. Aufl., 2012, § 130 Rn. 14.

Zur Vermeidung etwaiger Streitigkeiten schließen die Dienststelle und der Personalrat in der Praxis eine Vereinbarung, in der sie das Übergangsmandat des Personalrats bis zur Wahl und Konstituierung des Betriebsrats festschreiben.

f) Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung

Da der Erwerber in sämtliche bestehenden individualrechtlichen Zusagen und Vereinbarungen eintritt, haftet er nach § 613a Abs. 2 BGB für die bis zum Betriebsübergang erdienten und auch für die künftige zu erdienenden Anwartschaftsteile. Vereinbarungen, nach denen der Veräußerer eines Betriebes gegenüber der Belegschaft alleiniger Schuldner aller Versorgungsverpflichtungen bleibt, sind wegen Verstoßes gegen § 613a BGB in Verbindung mit § 4 BetrAVG nichtig,

vgl. BAG, Urteil vom 12.05.1992 – 3 AZR 247/91 –, BAGE 70, 209 ff.

Wird die betriebliche Altersversorgung über die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) oder eine Zusatzversorgungskasse (ZVK) abgewickelt, stellt sich die Frage nach der Beteiligungsmöglichkeit an der öffentlichen Versorgungseinrichtung. Eine Mitgliedschaft in der VBL ist nur möglich, wenn an dem Betrieb des Erwerbers juristische Personen des öffentlichen Dienstes überwiegend beteiligt sind oder maßgeblichen Einfluss ausüben (vgl. § 19 der Satzung der VBL). Sofern diese Voraussetzungen nicht vorliegen, kann nach § 20 Abs. 3 der VBL-Satzung mit Zustimmung des

Vorstandes durch besondere Vereinbarung die Fortsetzung der Beteiligung an der VBL vereinbart werden. Ein Anspruch auf Abschluss einer solchen Vereinbarung besteht allerdings nicht. Nach den Ausführungsbestimmungen zu § 20 Abs. 3 kann die Beteiligung an der VBL fortgesetzt werden, indem entweder eine unwiderrufliche Verpflichtungserklärung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts beigebracht wird, im Fall einer Beendigung der Beteiligung für die Erfüllung aller finanzieller Verpflichtungen gegenüber der Versorgungsanstalt einzustehen oder zu jeweiligen Umlage ein Zuschlag in Höhe von 15 % gezahlt wird (sog. Verbleibemodell). Hiervon werden sowohl die bisherigen als auch die künftig eingestellten Beschäftigten erfasst. Ebenso kann die besondere Beteiligungsvereinbarung auch vorsehen, dass entweder nur die in dem in der Vereinbarung festgelegten Zeitpunkt (Stichtag) vorhandenen Beschäftigten weiter zu versichern sind und der Beteiligte einen Ausgleichsbeitrag zahlt, der nach versicherungsmathematischen Grundsätzen gewährleistet, dass zusammen mit den laufenden Umlagen die Verpflichtung aufgrund der Ansprüche und Anwartschaften und der am Stichtag bestehenden Pflichtversicherungen auf Dauer erfüllt und die Verwaltungskosten abgedeckt werden können (sog. Zäsurmodell).

Erfolgt keine Beteiligung in der VBL oder Mitgliedschaft in der ZVK, ergeben sich daraus Konsequenzen für den Veräußerer als auch den Betriebserwerber: Der Betriebsveräußerer muss unter Umständen mit einer Kündigung seiner Beteiligung bei der VBL gemäß den Regelungen des § 22 der Satzung rechnen, die er gemäß § 22 Abs. 3 Satz 4 nur vermeiden kann, wenn er eine Ausgleichszahlung an die VBL als Gegenwert für die bei der VBL verbleibenden Anwartschaften und Leistungsansprüche leistet (§ 23b VBL-Satzung). Nach § 22 Abs. 3 Satz 2 Buchstabe e VBL-Satzung ist ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung gegeben, wenn ein Beteiligter einen wesentlichen Teil der über ihn Pflichtversicherten auf einen anderen Arbeitgeber übertragen hat, der nicht an der VBL beteiligt ist. Die VBL definiert den Begriff eines „wesentlichen Teils“ dahingehend, dass die Grenze überschritten ist, wenn mindestens 10 % der Pflichtversicherten übertragen werden. Dabei ist maßgebliche Bezugsgröße der Bestand der Pflichtversicherten zum Zeitpunkt der ersten Ausgründung, so dass mehrere Ausgründungen zusammengerechnet werden. Es wäre daher noch zu prüfen, ob bei einer Übertragung der Pflegeheime ein „wesentlicher Teil“ im Sinne des § 22 Abs. 3 VBL-Satzung der über die Hansestadt Lübeck bei der VBL pflichtversicherten Mitarbeiter übergeht.

Im Fall einer außerordentlichen Kündigung würde die Beteiligung der Hansestadt Lübeck und damit alle Pflichtversicherungen bei der VBL gemäß § 23 VBL-Satzung enden. Die bis zu diesem Zeitpunkt erworbenen Anwartschaften bleiben jedoch bestehen. Zur Sicherung dieser Anwartschaften hat der Arbeitgeber eine sog. Gegenwart-Zahlung zu leisten, die praktisch eine Ausfinanzierung aller unverfallbarer Anwartschaften darstellt. Diese Zahlung kann sich im Rahmen von 50.000,- bis 100.000,- € pro ausscheidenden Mitarbeiter bewegen,

vgl. Ebert, (Teil-)Ausstieg aus umlagefinanzierten Zusatzversorgungseinrichtungen, ArbRB 2007, 180 f.

Um die außerordentliche Kündigung abzuwehren, kann der Arbeitgeber eine Ausgleichszahlung leisten, für die er nur die unverfallbaren Anwartschaften der übertragene Arbeitnehmer ausfinanzieren muss. Die Höhe dieser Zahlung liegt – abhängig von der Personalstruktur – typischer Weise im siebenstelligen Bereich.

Der Betriebserwerber ist gemäß § 613 a Abs. 1 BGB verpflichtet, den übernommenen Arbeitnehmern eine wertgleiche betriebliche Altersversorgung zu verschaffen,

vgl. BAG, Urteil vom 19.05.2005 – 3 AZR 649/03 –, DB 2005, 2362; Urteil vom 15.02.2011 – 3 AZR 54/09 –, NZA 2011, 928.

3. Gestaltungsmöglichkeiten durch Personalüberleitungs- und Personalgestellungsverträge

In der Praxis werden in diesen Fällen häufig Personalüberleitungs- oder Personalgestellungsverträge geschlossen, um die Interessen der bislang im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer zu wahren. Allerdings ergeben sich im Hinblick auf gesetzliche Neuerungen des AÜG sowie europarechtlicher Vorgaben (EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG) rechtliche Probleme bei der Frage der Zulässigkeit der Personalgestaltung.

a) Personalüberleitungsverträge

Personalüberleitungsverträge regeln den Übergang der Beschäftigungsverhältnisse auf den neuen Rechtsträger und erweitern die gesetzlichen Rechte der betroffenen Arbeitnehmer. In diesem Rahmen werden häufig Regelungen z.B. hinsichtlich des Beitritts zur Zusatzversorgungskasse und Weiterversicherung der übernommenen Arbeitnehmer, Wahrung der Besitzstände der Arbeitnehmer nach Maßgabe der geltenden Tarifverträge und Dienstvereinbarungen sowie die Anerkennung der Beschäftigungszeit sowie Einräumung eines zeitlich befristeten Rückkehrrechts getroffen.

b) Personalgestellungsverträge

Personalgestellungsverträge kommen zustande, weil die Arbeitnehmer häufig aus Gründen der sozialen Sicherheit Beschäftigte des öffentlichen Dienstes bleiben wollen. Mittlerweile ist im öffentlichen Tarifrecht eine Rechtsgrundlage für die Personalstellung in der Regelung des § 4 Abs. 3 TVöD geschaffen worden. Diese Verträge setzen voraus, dass die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten beim bisherigen öffentlichen Arbeitgeber bestehen bleiben und dieser die Vergütung an den Arbeitnehmer zahlt, der jedoch seine Dienste nur noch für den Betriebserwerber erbringt.

Da die Personalstellung eine Arbeitnehmerüberlassung darstellt, die seit dem 01.12.2011 erlaubnispflichtig ist und nicht mehr von der „Gewerbsmäßigkeit“ der Arbeitnehmerüberlassung abhängig ist, benötigen auch öffentliche Arbeitgeber eine entsprechende Erlaubnis, wenn die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Arbeitgebers (Verleihers) erfolgt. Der Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ ist weder im AÜG noch in der europäischen Leiharbeitsrichtlinie definiert und wird vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) als „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem konkreten Markt anzubieten“,

vgl. EuGH, Urteil vom 10.01.2006 – C-222/04 –, Slg. 2006, I-289 Rn. 108,

verstanden.

Darüber hinaus ist die Wirksamkeit der tariflichen Regelung des § 4 Abs. 3 TVöD im Hinblick auf die gesetzlichen Regelungen des AÜG in Frage gestellt worden. Da die

tarifliche Regelung des § 4 Abs. 3 TVöD eine dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung vorsieht, hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg die Tarifbestimmung in entsprechender Anwendung des § 9 Nr. 1, 1. Alt. AÜG für unwirksam gehalten, weil eine Überlassung an den Entleiher nur vorübergehend erfolgen dürfe,

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.04.2013 – 4 TaBV 7/12 –, ZTR 2013, 618 ff.

Zu dieser Problematik kommt noch hinzu, dass die Bedeutung der Leiharbeitsrichtlinie (2008/104/EG) für die Auslegung und Anwendung nationaler Regelungen der Arbeitnehmerüberlassung noch nicht endgültig geklärt ist. Zwar hatte der Europäische Gerichtshof jüngst auf die Vorlage eines finnischen Gerichts sich mit der Frage zu befassen, ob innerstaatliche Vorschriften oder Tarifvertragsbestimmungen in Kraft sein dürfen, die einer Vorschrift der Leiharbeitnehmerrichtlinie zuwiderlaufen. Der Gerichtshof antwortete darauf sehr vieldeutig, dass die nationalen Behörden lediglich sicherzustellen hätten, dass etwaige Verbote und Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit gerechtfertigt seien, und dass daher die nationalen Gerichte nicht verpflichtet seien, alle Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit enthalten, die nicht aus Gründen des Allgemeininteresses im Sinne von Art. 4 Abs. 1 gerechtfertigt sind,

EuGH, Urteil vom 17.03.2015 – C-533/13 –, NJW 2015, 1233.

In welchen Fällen aber Verstöße gegen die Leiharbeitsrichtlinie doch dazu führen, dass die inländischen Vorschriften letztlich doch nicht anzuwenden sind, bleibt daher auch nach der Entscheidung offen. Ein Freibrief für Kollisionen mit der Richtlinie wird man dem EuGH-Urteil jedenfalls nicht entnehmen können.

Darüber hinaus sind Änderungen des AÜG seitens des Bundesgesetzgebers angekündigt worden wie die Beschränkung der Überlassungsdauer von Leiharbeitnehmern (insoweit wird eine Höchstdauer von 18 Monaten erwogen) sowie mögliche Sanktionen bei Überschreitung bzw. dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung (vgl. Koalitionsvertrag der Großen Koalition), die jedoch erst Ende 2015 – nach Auskunft des BMAS – zu erwarten sind.

Vor diesem Hintergrund stellt sich grundsätzlich die Frage, ob eine Personalgestellung der Beschäftigten der SIE-Pflegeheime durch die Hansestadt Lübeck an die Stiftung-GmbH überhaupt dauerhaft oder nur zeitlich beschränkt z.B. auf 18 Monate erfolgen könnte. In jedem Fall würde die Hansestadt Lübeck eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis benötigen.

VI. Beihilfen- und Vergaberecht

1. Beihilfenrecht

Die Gewährung staatlicher Beihilfen an Unternehmen ist EU-rechtlich nach Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verboten. Der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt die

- **Zuwendung eines einseitigen wirtschaftlichen Vorteils** voraus,
- die **staatlichen Charakter** hat oder aus staatlichen Mitteln stammt,
- **selektiv bestimmte Unternehmen** oder Produktionszweige begünstigt,
- den **Wettbewerb** zu verfälschen droht und
- den **Handel zwischen Mitgliedstaaten** beeinträchtigt (oder hierzu zumindest geeignet ist),

vgl. dazu z.B. EuGH, Urteil vom 17.09.1980 – C-730/79 *Philip Morris* –, Slg. 1980, 2671 Rn. 11 f.

Vom grundsätzlichen Beihilfeverbot bestehen Ausnahmen für Beihilfen, die mit dem Binnenmarkt vereinbar sind (Art. 107 Abs. 2 AEUV) oder – aufgrund einer Ermessensentscheidung – als solche angesehen werden können (Art. 107 Abs. 3 AEUV).

Jedoch setzt jegliche Einführung einer neuen Beihilfe oder Beihilferegelung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV eine vorherige Anmeldung (Notifizierung) bei der EU-Kommission

voraus, welche das Vorprüfverfahren nach der Beihilfeverfahrensverordnung (Verordnung (EG) Nr. 659/1999) einleitet. Eine unterlassene Notifizierung einer Beihilfe führt – auch wenn die Beihilfe im Ergebnis mit dem Binnenmarkt vereinbar sein sollte – zur EU-Rechtswidrigkeit. Die EU-Kommission kann – unter bestimmten Voraussetzungen – allein wegen dieses formellen Verstoßes eine (zumindest einstweilige) Rückforderung anordnen (zu den Voraussetzungen vgl. Art. 11 Abs. 2 Beihilfeverfahrensverordnung). Nach der Rechtsprechung des BGH ist die durch Art. 108 Abs. 3 AEUV ausgelöste Sperrwirkung ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB, so dass eine Vereinbarung der öffentlichen Hand, die eine nicht angemeldete Beihilfe gewährt, grundsätzlich nichtig ist,

BGH, Urteil vom 04.04.2003 – V ZR 314/02 –, EuZW 2003, 444 ff.; BGH, Urteil vom 20.01.2004 – XI ZR 53/03 –, EuZW 2004, 252; BGH, Beschluss vom 13.09.2012 – III ZB 3/12 – NVwZ-RR 2012, 960.

Für bestimmte Beihilfen besteht allerdings eine Freistellung vom Anmeldeerfordernis aufgrund von Akten des Sekundärrechts. Neben der – hier voraussichtlich nicht einschlägigen – allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO),

Verordnung (EU) Nr. 651/2014 vom 17.06.2014, Amtsblatt EU L 187, S. 1,

spielen im vorliegenden Zusammenhang vor allem Rechtsakte eine Rolle, welche – gestützt auf Art. 106 Abs. 2 und 3 AEUV – Erleichterungen im Zusammenhang mit der Erbringung von so genannten Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) bezwecken. Insoweit zu nennen sind hier insbesondere die DAWI-Deminimis-Verordnung,

Verordnung (EU) Nr. 360/2012 vom 25.04.2012, Amtsblatt EU L 114, S. 8,

und der im Rahmen des so genannten Almunia-Pakets (Nachfolgeregelungen zum so genannten Monti-Paket) ergangene DAWI-Freistellungsbeschluss von 2012,

Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 – 2012/21/EU –, Amtsblatt EU 2012, L 7 S. 3.

a) Mögliche beihilferelevante Sachverhalte

Auf Freistellungsregelungen kommt es freilich nur an, sofern der Beihilfetatbestand durch einen bestimmten Sachverhalt überhaupt verwirklicht wird. Im vorliegend betrachteten Modell des Betriebs der Heime durch eine von der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital getragene neue GmbH kommen dafür zwei Anknüpfungspunkte in Betracht, nämlich

- zum einen die Gewährung von Zuschüssen durch die Hansestadt für den Betrieb der Pflegeheime („Defizitausgleich“),
- zum anderen eine etwaige Vermietung der Immobilien an die neue GmbH unterhalb des Marktpreises durch die drei Stiftungen.

aa) Defizitausgleich durch die Hansestadt

Gegenwärtig ist der Betrieb der Pflegeheime defizitär. Würde er nicht länger durch den Regiebetrieb geführt, also die Hansestadt selbst, sondern durch die neue GmbH, würde sich die Frage nach einem Defizitausgleich stellen, jedenfalls für die Zeit, bis aufgrund der Reorganisation und der Verbesserung der Kostenstrukturen ein selbsttragender Betrieb möglich ist.

Vor dem oben skizzierten Hintergrund der weiten Auslegung des Beihilfetatbestands wäre ein solcher Defizitausgleich im Ergebnis dann als Beihilfe anzusehen, wenn es sich um eine einseitige Vorteilsgewährung handeln würde.

Nach der Rechtsprechung des EuGH, die im Wesentlichen durch die *Altmark Trans*-Entscheidung begründet wurde,

EuGH, Urteil vom 24.07.2003 – C-280/00 *Altmark Trans* –, Slg. 2003, I-7747, Tenor Nr. 2 und Rdnr. 77 ff.; dort auch m.w.N. zur älteren Rechtsprechung, der zum Teil noch abweichende Ansätze zugrunde lagen,

sind Zuwendungen dann nicht als einseitige Begünstigung im Sinne des Beihilfetatbestands anzusehen, wenn sie die Ausgleichsleistung für die vom Begünstigten übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Erfüllung

von Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 14 AEUV) anzusehen sind. Das gilt allerdings nur unter den vom EuGH aufgestellten vier Voraussetzungen:

„**Erstens** ist das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden, und diese Verpflichtungen sind klar definiert worden;

zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden;

drittens geht der Ausgleich nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken;

viertens ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs, wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt worden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen ... bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“

Diese Entscheidung spielt zwar in der rechtsdogmatischen Diskussion eine große Rolle, in der Praxis jedenfalls der EU-Kommission allerdings weniger, jedenfalls nicht in dem Sinne, dass darauf gestützte Zuwendungen tatsächlich wegen der Erfüllung dieser Voraussetzungen nicht als Beihilfen angesehen würden, und zwar deshalb, weil die Voraussetzungen sehr anspruchsvoll sind.

Im vorliegenden Fall ließe sich eine Betrauung der neuen GmbH durch die Hansestadt durch einen geeigneten Betrauungsakt durchaus herstellen. Das Merkmal der objektiven und transparenten Aufstellung der Ausgleichsparameter führt zwar bereits zu Schwierigkeiten, weil nach der Rechtsprechung des EuGH ein nachträglicher Ausgleich

faktisch entstandene Defizite dem nicht genügt. Jedoch lassen sich anhand der Kommissionspraxis Konstruktionen denken, die Parameter so abstrakt zu fassen (etwa durch jährliche Neufestsetzung anhand des Wirtschaftsplans), dass dieser Rechtsprechung Genüge getan werden kann. Auch das dritte Kriterium, das so genannte Nettomehrkostenprinzip, dürfte sich bei entsprechender Gestaltung als erfüllbar darstellen.

Fast unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet demgegenüber in der Regel das vierte Kriterium, Benchmarking-Kriterium oder auch Prinzip der hypothetischen Nettomehrkosten genannt, wenn, wie hier, die Auswahl des Unternehmens nicht auf der Grundlage eines transparenten Vergabeverfahrens erfolgt ist. Die hypothetischen Nettomehrkosten eines effizienten Unternehmens lassen sich nur schwer zum Zwecke eines Benchmarking vorab ermitteln und festlegen. Schon die Ermittlung von Nettomehrkosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ist – abhängig von deren Definition – schwierig (vgl. noch unten). Zudem kommt vorliegend hinzu, dass die Vergleichssituation aufgrund der unterschiedlichen Personalkostenstrukturen einen positiven Ausgang des Benchmarking nicht unbedingt begünstigen würde.

Nicht zuletzt derartige Schwierigkeiten mit dem vierten Altmark Trans-Kriterium haben dazu geführt, dass die Kommission die oben bereits erwähnten Rechtsakte (DAWI-De-minimis-Verordnung sowie Freistellungsbeschluss 2012/21/EU) erlassen hat. Die Erfüllung der Voraussetzungen dieser Rechtsakte führt rechtsdogmatisch nicht zu einem Ausschluss des Beihilfetatbestands, aber zu einer Freistellung vom Anmeldeerfordernis und vom Beihilfeverbot. In diesen Fällen ist also der Beihilfetatbestand erfüllt, es ist aber gleichwohl keiner Anmeldung erforderlich und die Beihilfe gilt als mit dem Binnenmarkt vereinbar.

(1) DAWI-De-minimis-Verordnung

Nach der DAWI-De-minimis-Verordnung wird effektiv die allgemeine De-minimis-Höchstgrenze von 200.000 € (nach der VO (EU) Nr. 1407/2013) für bestimmte Unternehmen auf 500.000 € erhöht, und zwar grundsätzlich für solche, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV erbringen (Art. 1 Abs. 1 VO (EU) Nr. 360/2012), soweit das Unternehmen nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen ist.

Auf die Frage, ob vorliegend die GmbH solche Dienstleistungen erbringen würde, muss in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden. Denn auch der durch diese Verordnung erhöhte „DAWI-De-minimis-Betrag“ würde nach den gegenwärtigen Verhältnissen überschritten.

Nach Art. 2 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 360/212 darf der Gesamtbetrag einer De-minimis-Beihilfe, die einem Unternehmen gewährt wird, das Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt, in drei Steuerjahren 500.000 € nicht übersteigen. Wie aus der Formulierung ersichtlich ist, ist dieser Höchstbetrag nicht aus der Perspektive des jeweiligen Zuwendungsgebers, sondern aus der Perspektive des Unternehmens zu bestimmen. Dies wird auch aus Art. 2 Abs. 5 der Verordnung deutlich: Übersteigt danach der Gesamtbetrag der De-minimis-Beihilfen, die einem Unternehmen, das Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt, gewährt wurden, den Höchstbetrag nach Abs. 2, so kann diese Verordnung auch nicht für einen Teil in Anspruch genommen werden, der diesen Höchstbetrag nicht übersteigt. In einem solchen Fall kann diese Verordnung für die betreffende Beihilfemaßnahme nicht in Anspruch genommen werden.

Nach den gegenwärtigen Verhältnissen übersteigt der Zuschuss, gerechnet auf drei Jahre, den Betrag von 500.000 € bei weitem. Selbst wenn man angesichts dessen auf die Idee verfielen, für die einzelnen Pflegeheime jeweils gesonderte GmbHs zu errichten, wäre die Unterschreitung der De-minimis-Grenze zweifelhaft.

(2) Freistellungsbeschluss

(a) Allgemeines

Daher ist der Blick auf den oben schon erwähnten DAWI-Freistellungsbeschluss 2012/21/EU zu richten. Systematisch geht es auch dabei nicht mehr um eine Frage des Beihilfetatbestands. Der Freistellungsbeschluss spezifiziert vielmehr Bedeutung und Umfang der Ausnahmeregelung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV (vgl. Erwägungsgrund Nr. 7 des Freistellungs-Beschlusses). Liegen die Voraussetzungen des Freistellungs-Beschlusses vor, gilt die gewährte Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar und wird konsequenterweise von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung (Notifizierung) freigestellt, wie sich aus Art. 1 und Art. 3 des Freistellungsbeschlusses ergibt.

Die Bedeutung des Freistellungsbeschlusses liegt vor allem darin, dass unter den in ihm genannten Voraussetzungen Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auch dann nicht als unzulässige Beihilfe zu qualifizieren sind und keiner Notifizierung bedürfen, wenn das vierte Altmark-Trans-Kriterium nicht erfüllt ist. Denn nach dem Freistellungsbeschluss kommt es insofern weder auf die vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens an noch auf ein Benchmarking mit einem effizienten Unternehmen im Sinne der hypothetischen Nettomehrkosten. Ausgleichsfähig sind vielmehr alle tatsächlich entstehenden Kosten, soweit diese erforderlich sind (Art. 5 Abs. 1 des Freistellungsbeschlusses und Begründungserwägung Nr. 15).

Der Geltungsbereich des Freistellungsbeschlusses ist nach seinem Art. 2 grundsätzlich an bestimmte Größenbeschränkungen gebunden, insbesondere hinsichtlich der Höhe der Ausgleichsleistungen von nicht mehr als 15 Mio. € pro Jahr (Art. 2 Abs. 1 Buchst. a), vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 9). Werden diese Grenzen überschritten, findet der Freistellungsbeschluss keine Anwendung, und es greift dann lediglich die DAWI-Rahmenmitteilung ein. Im Unterschied zur Freistellungsentscheidung befreit diese jedoch nicht von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung einer neuen Beihilfe. Die DAWI-Rahmenmitteilung legt nur dar, wie die Kommission ihr Ermessen ausübt, das ihr bei der Beurteilung des zu stellenden Genehmigungsantrags zukommt. Inhaltlich bestehen gegenüber dem Freistellungsbeschluss letztlich keine Unterschiede; der Unterschied beschränkt sich auf den Umstand, dass die der Freistellungsentscheidung unterfallenden Beihilfen nicht notifiziert werden müssen.

Nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. c) des Freistellungsbeschlusses gelten die Größenbeschränkungen jedoch unter anderem nicht für Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege. Jedenfalls im Hinblick auf die Pflegeheime ist diese Voraussetzung erfüllt. Im Übrigen liegen die derzeit zu verzeichnenden Defizite deutlich unterhalb der Grenze von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a)).

Ist die Freistellungsentscheidung somit prinzipiell anwendbar, so kommt es aber darauf an, ob deren Voraussetzungen erfüllt werden können. Diese Voraussetzungen lassen sich stichwortartig dahin zusammenfassen,

- dass eine **Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** (im Sinne von Art. 14 AEUV und Art. 106 Abs. 2 AEUV) vorliegen muss,
- mit welcher das begünstigte Unternehmen durch einen **transparenten Betrauungsakt**
- unter **ex ante erfolgter Festlegung der Parameter** für die Berechnung, Überwachung und etwaigen Änderung der Ausgleichszahlungen beauftragt wurde, wobei
- die **Laufzeit der Betrauung beschränkt** ist, und zwar grundsätzlich auf zehn Jahre (Art. 2 Abs. 2) – wobei eine wiederholte Betrauung möglich ist –,
- die Ausgleichszahlung nicht über die **Nettomehrkosten** aus der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung unter Berücksichtigung der dadurch erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite hinausgehen darf,
- eine **regelmäßige Kontrolle** zur Vermeidung einer Überkompensation erforderlich ist,
- bei großen Beihilfen (> 15 Mio. € insgesamt) **Transparenz** über das Internet herzustellen ist.

Im Rahmen dieser Stellungnahme ist nicht der Ort, die (künftige) Einhaltung aller dieser Voraussetzungen im Einzelnen abschließend zu prüfen und darzulegen – dies wäre eher Aufgabe einer künftigen Gestaltung eines Betrauungsaktes. Dies betrifft beispielsweise Einzelheiten der Festlegung der Parameter sowie Regeln zur Vermeidung einer Überkompensation.

(b) Insbesondere: Vorliegen einer DAWI?

Bedeutsam ist für die grundsätzliche Gangbarkeit des Weges allerdings die Frage, ob eine Betrauung der Gesellschaft mit dem Betrieb der Pflegeheime beihilfenrechtlich als Betrauung mit einer DAWI zu qualifizieren wäre.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 14 AEUV und Art. 106 Abs. 2 AEUV lassen sich – obgleich unionsrechtlich nicht exakt definiert – allgemein als dem Gemeinwohl dienende Wirtschaftsaktivitäten beschreiben, die ohne Rücksicht auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs erbracht werden, also auch in den Fällen, in denen der Markt keinen hinreichenden betriebswirtschaftlichen Anreiz bietet,

vgl. Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialleistungen vom 07.12.2010, SEK(2010) 1545 (nachfolgend auch *Kommissionsleitfaden 2010*); vgl. ferner die (erläuternde) Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABI. 2012 C 8/4.

Paradigmatischer – aber nicht einziger – Fall sind die Gemeinwohlverpflichtungen der Anbieter, die einen bestimmten Dienst der Daseinsvorsorge (z.B. Briefzustellung) im gesamten Staatsgebiet zu erschwinglichen Entgelten und in vergleichbarer Qualität unabhängig von der Wirtschaftlichkeit einzelner Geschäfte (z.B. Zustellung auf eine kleine Insel) erbringen müssen (Universaldienstverpflichtung),

vgl. Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 2001/C 17/04, S. 7 Rn. 14; EuGH, Urteil vom 25.10.2001 – C-475/99 *Ambulanz Glöckner* –, Slg. 2001, I-8089, Rn. 55.

Die Kommission hat im Jahre 2003 – also vor einiger Zeit und noch vor der *Altmark Trans*-Entscheidung – in ihrem allgemeiner angelegten, auch nichtwirtschaftliche Dienstleistungen umfassenden,

Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003 – KOM(2003) 270 –, Rn. 49

ausgeführt:

„Wahrscheinlich ist es weder erstrebenswert noch möglich, eine einheitliche umfassende europäische Definition des Inhalts der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu entwickeln. Das bestehende Gemeinschaftsrecht zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse enthält jedoch eine Reihe gemeinsamer Elemente, die bei der Erarbeitung eines anwendbaren Gemeinschaftskonzepts der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse herangezogen werden können. Zu diesen Elementen zählen insbesondere: der Universaldienst, die Kontinuität und Qualität der Dienste, die Erschwinglichkeit der Dienste sowie der Nutzer- und Verbraucherschutz.“

Die Kommission betonte auch später noch, dass der Begriff der DAWI in der Realität in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgefüllt und verwendet werde,

vgl. Kommissionsleitfaden 2010, Ziff. 2.2.

Diese Zurückhaltung beruht darauf, dass die Bestimmung, welche Dienstleistungen solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, schon aus kompetenzrechtlichen Gründen in erster Linie den Mitgliedstaaten selbst obliegt. Ihre Gestaltungsfreiheit kann von den Organen der EU nur auf offenkundige Fehler im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht kontrolliert werden,

vgl. EuG, Urteil vom 15.06.2005 – T-17/02 *Olsen* –, Slg. 2005, II-2031, Rn. 216; EuG, Urteil vom 12.02.2008 – T-289/03 *BUPA* –, Slg. 2008, II-81, Rn. 166, Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 2001/C 17/04, S. 8 Rn. 22; Leitfaden, Ziff. 2.4.

Dieses weite Ermessen wird damit begründet, dass die Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse maßgeblich ist für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Diese Vorschrift aber soll es den Mitgliedstaaten grundsätzlich ermöglichen, bestimmte Unternehmen als Instrument ihrer eigenen nationalen Wirtschaft- und Sozialpolitik einzusetzen,

vgl. EuGH, Urteil vom 21.09.1999 – C-67/96 *Albany* –, Slg. 1999, I-5751, Rn. 104; EuGH, Urteil vom 20.04.2010 – C-265/08 *Federutility* –, Slg. 2010, I-3377, Rn. 28 f.

Das Gericht (erster Instanz) der EU hat in seiner schon angeführten BUPA-Entscheidung (dort Rn. 165) ausgeführt:

„Es ist festzustellen, dass es im Gemeinschaftsrecht zur Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags weder eine klare und genaue gesetzliche Definition des Begriffs der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe noch ein Rechtsinstitut gibt, das definitiv die Voraussetzungen festlegt, die erfüllt sein müssen, damit sich ein Mitgliedstaat zu Recht auf das Vorhandensein und den Schutz einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe – sei es im Sinne der ersten im ... Urteil Altmark genannten Voraussetzung oder im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG [heute Art. 106 Abs. 2 AEUV] berufen kann.“

Nach dieser Entscheidung muss allerdings der Mitgliedstaat – das kann auch je nach der internen Zuständigkeitsverteilung eine lokale Behörde sein – angeben, weshalb er der Auffassung ist, dass die jeweilige Dienstleistung einen besonderen Charakter aufweist, so dass sie es verdient, als DAWI eingestuft zu werden (EuG, Urteil BUPA, Rn. 172).

Das Gericht hat betont, die Dienstleistung müsse einem allgemeinen oder öffentlichen Interesse dienen, nicht nur einem legitimen Privatinteresse (EuG, Urteil BUPA, Rn. 178). Ferner müsse die Dienstleistung Universalität in dem Sinne aufweisen, dass sie jedem Mitglied des Nutzerkreises zur Verfügung steht – damit korrespondiert, dass die Erbringung der Dienstleistung für den Dienstleister grundsätzlich obligatorisch sein muss (also ein Kontrahierungszwang des Anbieters besteht). Allerdings müsse es sich nicht um einen Universaldienst im strengen Sinne handeln, ein beschränkter räumlicher oder sachlicher Anwendungsbereich stehe der Einordnung als DAWI ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass diese möglicherweise nur einer relativ begrenzten Gruppe von Nutzern zugutekomme (EuG, Urteil BUPA, Rn. 187). Erforderlich sei auch nicht, dass die betreffende Dienstleistung unentgeltlich sei oder unter Außerachtlassung jeglicher wirtschaftlicher Rentabilität angeboten werde (EuG, Urteil BUPA, Rn. 203). Erforderlich sei aber, dass die betreffende Dienstleistung zu nicht diskriminierenden Einheitstarifen und zu für alle Kunden vergleichbaren Qualitätsbedingungen angeboten werde.

Jedoch hat das Gericht auch betont, dass am Maßstab der heute Art. 106 Abs. 2 AEUV entsprechenden Vorschrift auch zu prüfen sei, ob die jeweilige Maßnahme erforderlich sei. Es sei (im Fall einer Notifizierung) zum einen zu prüfen, „ob die Fehlfunktionen des Marktes, die der Mitgliedstaat geltend macht, um die Festlegung und den Schutz der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Aufgabe zu rechtfertigen, triftig genug“ gewesen seien, und zum anderen auch, ob die fragliche Maßnahme „erforderlich und angemessen ist, um die geltend gemachten Probleme zu lösen“ (EuG, Urteil BUPA, Rn. 267).

Es muss sich somit – wie es in der Literatur bei

Storr, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 2407,

heißt – um eine besondere Aufgabe handeln, die

„unter gegebenen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres erbracht wird oder erbracht werden kann, wenn es also einer Regulierung bedarf, um ein bestimmtes Marktergebnis zu erreichen. Dieser Aufgabe muss eine besondere Gemeinwohlverpflichtung zugrunde liegen“.

In Bezug auf diese Maßstäbe verdient es zunächst festgehalten zu werden, dass der DAWI-Freistellungsbeschluss von 2012 in Art. 2 Abs. 1 lit. c Dienstleistungen „zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege“ ausdrücklich als eine der Kategorien von DAWI erwähnt – sogar als eine, hinsichtlich der keine betragsmäßige Obergrenze für Ausgleichsleistungen definiert ist. Demnach ist es zumindest möglich, dass Leistungen von Pflegeheimen DAWI darstellen. Jedoch stellt die Regelung keine rechtliche Definition oder gar Fiktion dar, dass dies immer der Fall ist.

Bezogen auf Deutschland ist zunächst festzustellen, dass Pflegeheime keineswegs ausschließlich oder auch nur überwiegend von der öffentlichen Hand betrieben würden. Ausweislich des Pflegebedarfsplans 2004-2014 der Hansestadt Lübeck vom August 2005 (ein aktuelleres Dokument war im Internet nicht erhältlich) bestanden im Jahre 2004 in Lübeck insgesamt 35 vollstationäre Pflegeeinrichtungen, davon 14 Einrichtungen privater Träger (40 %), 13 Einrichtungen freigemeinnütziger Träger (37,1 %) und

acht Einrichtungen in öffentlicher Trägerschaft (22,9 %) – der Plan schlüsselt dies allerdings nicht nach der Zahl der jeweiligen Heimplätze auf. Drei weitere Pflegeeinrichtungen, davon zwei in privater Trägerschaft, befanden sich damals im Bau. Von einem vollständigen Marktversagen in dem Sinne, dass es keine nicht vom Staat getragenen Einrichtungen gäbe, kann also keine Rede sein.

In Deutschland ist die Tätigkeit als Betreiber eines Pflegeheims grundsätzlich jedem Wirtschaftsteilnehmer zugänglich. Geht man davon aus, dass das Merkmal der „Deckung eines sozialen Bedarfs“ in Art. 2 Abs. 1 lit. c des Freistellungsbeschlusses mit der Versorgung der Mitglieder der gesetzlichen Pflegeversicherung (SGB XI) korrespondiert, so kann festgestellt werden, dass Voraussetzung für die Tätigkeit »lediglich« die Zulassung durch den Abschluss eines Versorgungsvertrages mit dem jeweiligen Landesverband der Pflegekassen gemäß § 72 SGB XI. Auf dessen Abschluss besteht, wenn die Voraussetzungen vorliegen, ein Rechtsanspruch (vgl. § 72 Abs. 3 Satz 1 SGB XI). Diese Voraussetzungen betreffen nicht nur die Qualifikation des Betreibers, sondern auch die Qualitätsstandards der Versorgung. Eine bestimmte Universalität des Zugangs wird allerdings nicht ausdrücklich verlangt. Der Abschluss eines solchen Vertrages begründet einen „Versorgungsauftrag“ des Pflegeheims für die Versicherten. Die daraus resultierende Trägervielfalt wird auch vom Gesetzgeber anerkannt (vgl. § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB XI zur Besetzung der Schiedsstelle). Der Abschluss eines Versorgungsvertrages (sowie einer Pflegesatzvereinbarung nach § 85 SGB XI) ist auch Voraussetzung für die Förderung nach § 4 ff. LPfIG einschließlich des Pflegegelds. Auch hinsichtlich der Höhe der Pflegevergütung (im Rahmen des SGB XI) bestehen gesetzliche und untergesetzliche Regelungen (vgl. insbesondere § 83 SGB XI), nicht zuletzt mit dem Ziel, eine gewisse Erschwinglichkeit zu erreichen.

Wie der letztgenannte Umstand schon andeutet, handelt es sich beim Betrieb von Pflegeheimen keineswegs um eine staatsferne Tätigkeit. Nach § 2 Abs. 1 LPfIG haben die Kreise und kreisfreien Städte in eigener Verantwortung eine den örtlichen Bedürfnissen und den Zielen des Gesetzes entsprechende pflegerische Versorgungsstruktur sicherzustellen. Eigene Einrichtungen sollen Kreise und kreisfreien Städte sowie andere öffentliche Träger nach § 2 Abs. 2 LPfIG jedoch nur schaffen, soweit geeignete und bedarfsgerechte Pflegeeinrichtungen freigemeinnütziger und privater Träger nicht vorhanden sind, ausgebaut oder errichtet werden. Zudem obliegt den Kreisen und kreisfreien Städten für ihr Gebiet die Bedarfsplanung nach § 3 Abs. 1 LPfIG. Sie sind auch für die

Gewährung von Zuschüssen nach § 4 ff. LPfIG zuständig, wobei die Aufwendungen dafür teilweise vom Land zu tragen sind (§ 4 Abs. 4 Landespflegegesetz). Die Kreise und kreisfreien Städte haben also einen Sicherstellungsauftrag, der vom Grundsatz der Subsidiarität geprägt ist. Wie oben bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt, gehört der Betrieb von Pflegeheimen nicht zu den Pflichtaufgaben der Kommunen, jedenfalls nicht, solange der Bedarf anderweitig gedeckt werden kann.

Die skizzierten Regelungen lassen sich – ohne dass das hier im Einzelnen zu prüfen wäre – im Grundsatz durchaus so verstehen, dass die Pflegeheime, die einen Versorgungsvertrag erhalten, eine »besondere« Dienstleistung erbringen, an die rechtlich bestimmte Qualitätsanforderungen gestellt werden und die zu einer öffentlichen Förderung von Aufwendungen im investiven Bereich und im Bereich der sozialen Qualitätsverbesserung führen können. Eine solche Förderung kommt teilweise letztlich den Bewohnern (und den Pflegekassen) zugute, weil sie niedrigere Investitionskosten aufwendungen als Bestandteil der zu zahlenden Vergütung ermöglicht (vgl. § 82 Abs. 2 und 3 SGB XI). Diese Förderung könnte ihrerseits als Ausgleichszahlung für eine Betrauung mit DAWI verstanden werden.

Wie ausgeführt, werden Versorgungsverträge prinzipiell unabhängig von der Trägerschaft des jeweiligen Pflegeheims abgeschlossen – der Abschluss mit frei gemeinnützigen und privaten Trägern genießt sogar einen gewissen Vorrang (§ 72 Abs. 3 Satz 2 SGB XI). Auch vorliegend würde es ja – wenn die bisher vom Regiebetrieb betriebenen Heime künftig von der neuen gemeinnützigen GmbH betrieben werden – nicht mehr um eine kommunale Trägerschaft gehen.

Jedoch verlangt die Rechtsprechung – und verlangt auch der Freistellungsbeschluss – nicht, dass Gegenstand eines Betrauungsaktes nur solche DAWI sein dürften, die ausschließlich von einzeln betrauten Unternehmen erbracht werden, denen Ausgleichszahlungen tatsächlich gewährt werden. So verlangt die Rechtsprechung bei Leistungen, die im Prinzip jedem Wirtschaftsteilnehmer offenstehen, gerade nicht, dass einzelne Betrauungsakte zu Gunsten aller betrauten Wirtschaftsteilnehmer vorliegen,

vgl. EuG, Urteil vom 12.02.2008 – T-289/03 *BUPA* –, Slg. 2008, II-81, Rn. 183.

Ebenso wenig folgt aus dem DAWI-Freistellungsbeschluss, dass jede Betrauung den Staat zu einer Ausgleichsleistung verpflichtet – sie berechtigt ihn lediglich dazu.

In der vorliegenden Konstellation geht es nicht um die gewissermaßen »allgemeine« Förderung, die alle Pflegeheimträger nach Maßgabe des Landespflegegesetzes erhalten können, wenn sie über einen Versorgungsvertrag und damit einen Versorgungsauftrag verfügen, sondern um eine darüber hinausgehende Abdeckung betrieblicher Defizite durch den ehemaligen Träger Hansestadt Lübeck. Für die Frage, ob die neue GmbH überhaupt DAWI erbringt, spielen die Art und der Umfang der Ausgleichsleistungen jedoch zunächst einmal keine Rolle. Auch eine gleichzeitige Betrauung durch mehrere Hoheitsträger ist denkbar. Diese Fragen betreffen vielmehr eher die Parameter und die Vermeidung einer Überkompensation.

Indessen lässt der DAWI-Freistellungsbeschluss ausdrücklich unberührt, dass Ausgleichsleistungen dem sonstigen Unionsrecht entsprechen müssen (vgl. Erwägungsgrund Nr. 28 ff.). Bei einer Ungleichbehandlung verschiedener Pflegeheimträger könnten unionsrechtlich insbesondere die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) berührt sein, wenn man einen grenzüberschreitenden Bezug bejahen würde. Innerstaatlich wäre ggf. die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), jedenfalls aber der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) berührt.

Auch wenn der Betrieb eines Pflegeheims – zumindest eines solchen, welches nach dem SGB XI über einen Versorgungsauftrag verfügt – nach den vorherigen Ausführungen als DAWI qualifiziert werden kann, kann daher die Frage aufgeworfen werden, ob bei den vorliegend in Rede stehenden noch eine spezielle DAWI vorliegt, die auch unter dem Gesichtspunkt der genannten Vorschriften eine etwaige Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Es stellt sich also die Frage nach einem »besonderen« Versorgungsauftrag, der über denjenigen hinausgeht, der sich aus dem Abschluss eines Versorgungsvertrages vor dem Hintergrund der skizzierten sozialversicherungsrechtlichen Regelungen ergibt. Insofern könnte man daran denken, dass ein besonderer öffentlicher Zweck im Sinne der kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften nach einer Übertragung des Betriebs der Pflegeheime auf die neue GmbH durch eine besondere Betrauung gleichsam fortgeschrieben werden könnte. Worin dieser besondere öffentliche Zweck auch künftig zu sehen wäre, bedürfte noch der gemeinsamen Erörterung. Denkbar wäre jedenfalls, von einer gewissen Auffangfunktion oder Komplementärfunktion

gegenüber den Einrichtungen der privaten und – sonstigen – freigemeinnützigen Einrichtungen auszugehen, beispielsweise hinsichtlich der Wohnortnähe der Versorgung, aber möglicherweise auch bezüglich wirtschaftlich für den Betreiber besonders »unattraktiver« Pflegefälle. Zumindest für eine Übergangszeit wäre ferner an den besonderen Auftrag der Abdeckung einer Grundversorgung zu denken. Denn wie oben ausgeführt decken die bisher vom Regiebetrieb betriebenen Pflegeheime einen relevanten Anteil des gesamten Angebots ab. Wenn dieser plötzlich wegbrechen würde, dürfte eine hinreichende Versorgung mit Pflegeheimplatz in der Hansestadt zumindest zunächst nicht mehr gegeben sein, jedenfalls solange nicht, bis andere Träger darauf (aus wirtschaftlichem Eigeninteresse bzw. wegen der Erfüllung ihres eigenen Zwecks) durch Schaffung weiterer Kapazitäten reagieren.

Keine geeignete Grundlage für eine gesonderte DAWI-Betrauung wäre etwa das Ziel, eine auf den bisherigen tariflichen Bindungen beruhende ungünstige Personalkostenstruktur auszugleichen. Diese Personalkostenstruktur mag sich beim Umfang der Ausgleichsleistungen niederschlagen, die Übernahme des Personals stellt aber selbst keine DAWI in dem vorstehend skizzierten Sinne dar.

Somit ist bis hierhin festzuhalten, dass Leistungen des Betriebs eines Pflegeheims jedenfalls dann, wenn ein Versorgungsvertrag gemäß § 72 SGB XI besteht, als DAWI angesehen werden können. Allerdings betrifft das alle Pflegeheime und nicht nur diejenigen, die bislang vom Regiebetrieb betrieben worden. Dieser Umstand steht der Bejahung einer DAWI nicht entgegen. Jedoch ist im Hinblick einerseits auf das Verbot der Überkompensation und andererseits im Hinblick auf allgemeine rechtliche Grundsätze der Gleichbehandlung diesbezüglich besondere Aufmerksamkeit geboten. Es ist jedenfalls zu empfehlen, einen auf eine gesonderte DAWI-Betrauung gerade der bisherigen Heime des Regiebetriebs gestützte Defizitabdeckung auch auf **eine über** den allgemeinen Versorgungsauftrag eines zugelassenen Pflegeheims hinausgehende Funktion zu stützen. Inwieweit das möglich ist, bedürfte noch der Erörterung mit der Hansestadt.

(c) Weitere Voraussetzungen

Wie oben schon erwähnt, ist hier nicht der Ort, um die Einzelheiten eines etwaigen Betrauungsaktes zu gestalten. Daher dazu nur kurze Anmerkungen:

Wird auf eine besondere Funktion der jemals vom Regiebetrieb betriebenen Heime abgestellt, so wäre diese im Betrauungsakt ausdrücklich zu definieren.

Hinsichtlich der Parameter für die Bemessung von Ausgleichszahlungen verdient es jedenfalls festgehalten zu werden, dass es nach dem Freistellungsbeschluss und der Kommissionspraxis nicht erforderlich ist, die exakte Höhe der Ausgleichszahlungen bereits von vornherein in dem Betrauungsakt festzulegen – ausreichend ist die ex ante erfolgende Festlegung der Maßstäbe für die Bemessung der Höhe. Dabei wird in der Praxis durchaus nicht selten an einen jährlichen Wirtschaftsplan angeknüpft, jedenfalls dann, wenn dieser nach anderen, beispielsweise gesellschaftsrechtlichen Regelungen ohnehin der Zustimmung des jeweiligen betrauenden Hoheitsträgers bedarf.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass nach § 82 Abs. 5 SGB XI Öffentliche Zuschüsse zu den laufenden Aufwendungen einer Pflegereinrichtung (Betriebskostenzuschüsse) von der Pflegevergütung abzuziehen sind. Daher sind die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Defizitabdeckung durch die Hansestadt wirtschaftlich gesondert zu betrachten.

Hinzuweisen ist auch nochmals auf die Erfordernisse, in dem Betrauungsakt auf den Freistellungsbeschluss zu verweisen und die Laufzeit auf max. 10 Jahre zu begrenzen (wobei eine wiederholte Betrauung denkbar ist).

bb) Vermietung der Immobilien

Die Vermietung von Immobilien auf die neu zu gründende GmbH würde zumindest teilweise durch privatrechtliche Stiftungen erfolgen, so dass sich diesbezüglich die Frage stellt, ob eine solche Übertragung überhaupt dem Staat als Beihilfegeber zugerechnet werden könnte. Jedoch wird es darauf im Ergebnis nicht ankommen. Denn jedenfalls dürfte die Stiftung Heiligen-Geist-Hospital als Stiftung des öffentlichen Rechts der staatlichen Sphäre zuzurechnen sein.

Wichtiger ist vorliegend die Frage, ob die Vermietung eine einseitige Vorteilsgewährung wäre. Eine Beihilfe liegt nämlich dann nicht vor, wenn es sich nicht um eine einseitige Begünstigung handelt, sondern um ein „normales Handelsgeschäft“. Maßgeblich ist, ob die Vermietung (mindestens) zum vollen Verkehrswert erfolgen würde. Methoden zur Ermittlung dieses Verkehrswerts können der

Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (ABl. EU Nr. C 209 vom 10.07.1997, S. 3)

entnommen werden. Obgleich diese sich selbst auf die Vermietung von Grundstücken für unanwendbar erklärt, wird sie in der Kommissionspraxis insoweit entsprechend angewandt,

vgl. Wollenschläger, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 479.

Danach kann der Verkehrswert entweder durch ein so genanntes bedingungsfreies Bietverfahren oder – was hier in Betracht käme – durch ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen für Wertermittlung festgestellt werden.

Da nach den oben skizzierten Sachverhalt die gegenwärtige Miete nach eigener Einschätzung der Hansestadt Lübeck über der marktgängigen Miete liegt, muss das hier nicht näher verfolgt werden. Es wird davon ausgegangen, dass auch künftig keine unterhalb des Verkehrswertes liegende Miete an die Stiftungen gezahlt wird.

b) Beihilfenrechtliches Fazit

In beihilfenrechtlicher Hinsicht ist nach alledem festzuhalten: Der vorgesehene Defizitenausgleich durch die Hansestadt Lübeck gegenüber der neuen GmbH wäre grundsätzlich als einseitige Vorteilszuwendung beihilfenrechtlich relevant und bedürfte, da die De-minimis-Schwellen nach aller Voraussicht überschritten werden, grundsätzlich einer vorherigen Notifikation bei der EU-Kommission.

Allerdings kommt eine Freistellung von dieser Genehmigung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss von 2012 in Betracht. Voraussetzung dafür wäre ein Betrauungsakt über die Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI), der bestimmten Anforderungen genügen müsste. So müsste er grundsätzlich auf maximal 10 Jahre befristet werden (wiederholte Betrauung ist möglich) und die Parameter für die ex ante (im Vorhinein) erfolgende Ermittlung einer Ausgleichszahlung

für die Betrauung enthalten, wobei es denkbar erscheint, auf den jährlichen Wirtschaftsplan abzustellen. Auch müsste es Regeln zur Vermeidung einer Überkompensation geben.

Ein solcher Betrauungsakt kommt nur in Betracht, wenn es sich vorliegend tatsächlich um eine DAWI handeln würde. Der Betrieb von Pflegeheimen steht in Deutschland zwar grundsätzlich jedem Wirtschaftsteilnehmer offen und auf den Abschluss des sozialversicherungsrechtlich erforderlichen Versorgungsvertrag mit den Pflegekassen besteht bei Vorliegen der in § 72 SGB XI normierten Voraussetzungen auch ein Anspruch. Gleichwohl lässt sich angesichts des im Landespflegegesetz definierten Sicherstellungsauftrags und der konkreten Anforderungen an den Abschluss eines derartigen Vertrages durchaus davon sprechen, dass es sich um eine DAWI handelt. Mit dieser wären dann allerdings alle zugelassenen Pflegeheimträger betraut, ohne dass sie von der Hansestadt eine Defizitausgleich erhalten sollten, so dass sich zumindest unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten die Frage nach einer Betrauung durch die Hansestadt Lübeck mit einer über den allgemeinen Versorgungsauftrag hinausgehenden Gemeinwohlverpflichtung stellt. Insofern könnte möglicherweise auf eine Sicherung der Grundversorgung abgehoben werden, die angesichts des Marktanteils bei einer einfachen Schließung der Heime jedenfalls für eine Übergangszeit nicht mehr gewährleistet wäre. Dies wäre im Einzelnen noch abzustimmen, ebenso wie die Gestaltung eines Betrauungsaktes insgesamt, nicht zuletzt unter den sogleich noch zu diskutierenden vergaberechtlichen Gesichtspunkten.

Hinzuweisen ist am Rande darauf, dass die auf der Grundlage eines Betrauungsaktes gewährten Zuwendungen zur Abdeckung eines betrieblichen Defizits bei der Ermittlung der Pflegevergütung nach Maßgabe von § 82 Abs. 5 SGB XI Berücksichtigung finden dürften.

Die Vermietung der Immobilien durch die Stiftungen an die neue GmbH wäre dann nicht als Beihilfe anzusehen, wenn sie mindestens zum Verkehrswert erfolgen würde. Nach den vorliegenden Informationen ist die derzeit gezahlte Ausgabenmiete sogar höher, so dass davon ausgegangen wird, dass an dieser Stelle kein beihilfenrechtliches Problem besteht.

2. Vergaberecht

Vergaberechtliche Hindernisse könnten sich ergeben, wenn zur Erreichung der gewünschten Struktur die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens erforderlich wäre. Denn die Struktur beruht gerade darauf, dass nicht ein (ggf. privater) Betreiber im Wettbewerb gesucht wird, sondern gerade die von der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital zu gründende und gehaltene GmbH als Betreiber fungiert.

Vergabepflichten können sich – insbesondere abhängig von der Höhe des Auftragswerts – aus verschiedenen Rechtsvorschriften ergeben. Maßgeblich ist insbesondere die Unterscheidung zwischen dem Anwendungsbereich des bundesrechtlichen Kartellvergaberechts (Vierter Teil des GWB), welches der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien dient und nur bei Auftragswerten ab den so genannten EU-Schwellenwert eingreift, einerseits und andererseits des im Wesentlichen unterhalb dieser Schwellenwerte relevanten landesrechtlichen Vergaberechts (in Schleswig-Holstein zwischenzeitlich durch das TTG SH geregelt).

In gewisser Weise quer zu dieser Einteilung steht dann noch die Anwendung der aus dem EU-Primärrecht, insbesondere den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot folgenden Anforderungen an ein transparentes Verfahren, die immer dann eingreifen, wenn ein Auftrag eine grenzüberschreitende Bedeutung besitzt, also für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein kann (dies kann auch unterhalb der EU-Schwellenwerte der Fall sein).

Eine Vergabepflicht setzt im Allgemeinen voraus, dass

- ein öffentlicher Auftraggeber
- einen öffentlichen Auftrag als entgeltlichen Vertrag über die Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen abschließen will,
- der ggf. bestimmte Auftragswerte überschreitet (siehe oben),
- ohne dass eine Ausnahmeregelung eingreift.

a) **Öffentlicher Auftraggeber**

Öffentliche Auftraggeberin ist zunächst zweifelsohne die Hansestadt Lübeck.

Als öffentliche Auftraggeber kommen grundsätzlich auch die Stiftungen in Betracht. Auch privatrechtliche Stiftungen können nach Maßgabe der Grundsätze von § 98 Nr. 2 GWB öffentliche Auftraggeber sein. Das muss hier jedoch nicht vertieft, sondern kann unterstellt werden, weil es insoweit an einem Auftragsverhältnis fehlen dürfte (siehe sogleich).

b) **Öffentlicher Auftrag**

Ferner setzt eine Vergabepflicht nach dem förmlichen Vergaberecht voraus, dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt. Öffentliche Aufträge sind nach § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

Da ein „Unternehmen“ im Sinne der genannten Vorschrift – wie generell im Kartellrecht – funktional als jede wirtschaftlich tätige Einheit bestimmt wird, ist auch eine von einer Stiftung gehaltene gemeinnützige GmbH als ein solches zu qualifizieren.

Näherer Betrachtung bedürfen im vorliegenden Zusammenhang demgegenüber die Merkmale

- der Beschaffung von Leistungen und
- der Entgeltlichkeit.

Dabei sind verschiedene in Betracht kommende Vorgänge zu unterscheiden. Im Hinblick auf das Merkmal der Entgeltlichkeit ist zudem der Blick der Untersuchung über den eigentlichen Anwendungsbereich des förmlichen Vergaberechts hinaus auch auf die Figur der so genannten Dienstleistungskonzession zu richten, die zwar dem förmlichen Vergaberecht gegenwärtig noch nicht unterliegt, aber unter Umständen gleichwohl die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens erfordert.

aa) Vermietung der Immobilien durch die Stiftungen

Das Modell setzt voraus, dass die drei Stiftungen die Immobilien an die neue GmbH vermieten. Insoweit geht es um den Abschluss (jeweils) eines Mietvertrages oder Pachtvertrages. Ein solcher ist zwar zivilrechtlich ohne weiteres als entgeltlicher Vertrag zu qualifizieren. Vergaberechtlich geht es beim Merkmal der Entgeltlichkeit aber, wie aus dem Zusammenhang mit dem (2009 nachträglich eingefügten) Merkmal der Beschaffung in § 99 Abs. 1 GWB ersichtlich, um ein vom jeweiligen öffentlichen Auftraggeber an das Unternehmen gezahltes Entgelt, nicht umgekehrt um ein von dem Unternehmen als Mieter/Pächter an den öffentlichen Auftraggeber gezahltes Entgelt. Eine bloße Vermietung oder Verpachtung öffentlicher Liegenschaften an ein privates Unternehmen stellt daher für sich genommen keinen öffentlichen Auftrag dar,

vgl. etwa KG Berlin, Urteil vom 22.01.2015 – 2 U 14/14 Kart –, VergabeR 2015, 423, 425.

Da allerdings das Vergaberecht von einer funktionalen Betrachtungsweise des öffentlichen Auftrags beherrscht wird, kann das anders zu beurteilen sein, wenn im rechtlichen Gewand eines Mietvertrags oder Pachtvertrags tatsächlich entgeltlich Leistungen beschafft werden. Verdeutlichen lässt sich das etwa an der Fallgestaltung, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine öffentliche Einrichtung, beispielsweise eine Schwimmhalle, an einen privaten Betreiber verpachtet, damit dieser den Betrieb übernimmt. Hier wird im Gewand eines Pachtvertrags der Bedarf des öffentlichen Auftraggebers an der Erbringung von Betreiberleistungen gedeckt – die der Auftraggeber dann nicht mehr mit eigenem Personal zu erbringen hat. Es ist allgemein anerkannt, dass in einer solchen Konstellation ein sogenannter funktionaler oder eingekapselter öffentlicher Auftrag gegeben sein kann.

Im Verhältnis der Stiftungen zu der neuen GmbH wird davon jedoch nicht auszugehen sein. Die Stiftungen haben sich bereits bislang auf eine Rolle als Vermieter beschränkt. Ausgehend von einer Gestaltung als „normaler“ Mietvertrag dürfte sich daran auch in dem neuen Modell nichts ändern, sondern es bei einer schlichten Verwertungshandlung hinsichtlich des Eigentums an den Immobilien handeln.

bb) Betrieb der Heime: Öffentlicher Auftrag, Dienstleistungskonzession oder bloßer Zuschuss?

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob in dem vorgesehenen Modell ein öffentlicher Auftrag (oder zumindest eine Dienstleistungskonzession) durch die Hansestadt Lübeck erteilt würde, die bisher mit ihrem Regiebetrieb eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt.

Das Modell beruht darauf, dass die Hansestadt Lübeck der neuen GmbH zum einen das bisherige bewegliche Betriebsvermögen der Pflegeheime überträgt und zum anderen zumindest für eine relevante Zeitdauer Zuschüsse zur Abdeckung von Betriebsverlusten gewährt.

Die einzelnen Heimverträge mit den gegenwärtigen Bewohnern würden von der Hansestadt Lübeck auf die neue GmbH übertragen (was hier zivilrechtlich nicht beurteilt, sondern als möglich unterstellt wird). Jedenfalls würde der einzelne Heimvertrag nicht einen Auftrag der Hansestadt Lübeck an die neue GmbH darstellen, sondern zumindest künftig zwischen der neuen GmbH und dem Bewohner abgeschlossen werden. Dementsprechend würde die Hansestadt Lübeck auch nicht ein direktes Entgelt für die Tätigkeit der GmbH aus einem solchen Vertragsverhältnis zahlen. Von Seiten der Hansestadt käme es »lediglich« zu den oben beihilfenrechtlich thematisierten Zuschüssen zur Abdeckung betrieblicher Defizite.

Wie allerdings oben ausgeführt wurde, setzt deren Gewährung nach aller Voraussicht einen Betrauungsakt voraus, durch welchen die neue GmbH mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) betraut wird, also etwa und insbesondere einen speziellen, von dem Versorgungsvertrag mit den Pflegekassen nach § 72 SGB XI zu unterscheidenden, Versorgungsauftrag erhält.

Außerdem könnte es – nicht zuletzt abhängig von der politischen Willensbildung – dazu kommen, dass in dem Vertrag über die Übertragung der Einrichtungen auf die neue GmbH oder begleitenden Verträgen dazu (etwa einem Personalüberleitungsvertrag) weitere Verpflichtungen enthalten sind. Denkbare Regelungen wären etwa eine explizite Verpflichtung zur Weiterführung aller acht Heime für einen bestimmten Zeitraum, zum Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen hinsichtlich der übergegangenen Mitarbeiter für einen bestimmten Zeitraum, zu einer (über den gesetzlichen Standard hin-

ausgehenden) dynamischen Besitzstandswahrung hinsichtlich der Tarife für die übergegangenen Mitarbeiter, Regelungen im Zusammenhang mit der Zusatzversorgung und dergleichen mehr. Ob und ggf. welche derartige Verpflichtungen der neuen Gesellschaft auferlegt werden würden, steht allerdings gegenwärtig noch nicht fest, so dass die Beurteilung schon deshalb naturgemäß auf einer unsicheren Grundlage beruht und ggf. verschiedene Varianten zu betrachten sind.

Daher stellt sich die Frage, ob es sich vorliegend um einen entgeltlichen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB handeln würde oder aber um eine Dienstleistungskonzession. Dabei wäre eine Dienstleistungskonzession kein öffentlicher Auftrag im Sinne der genannten Vorschrift, gleichwohl aber vergaberechtlich in einem weiteren Sinne relevant.

(1) Begriff der Dienstleistungskonzession

Begrifflich ist eine Dienstleistungskonzession (nach der noch geltenden Rechtslage) gemäß Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG von einem öffentlichen Auftrag nur dadurch unterschieden, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Bei der Nutzung der Dienstleistung geht es praktisch um das Recht des Auftragnehmers, seine Leistung zu verwerten, also von deren Nutzern Entgelte zu erheben.

Nach der insoweit etwas neugefassten Begriffsbestimmung von Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b der neuen Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU, die noch der Umsetzung in das deutsche Recht bedarf (bis zum 18.04.2016), bezeichnet eine Dienstleistungskonzession im Sinne der Richtlinie einen entgeltlichen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen „betrauen“, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Als charakteristisch für eine Konzession wird stets eine Übertragung eines wirtschaftlichen, insbesondere des Betriebsrisikos auf den Konzessionär angesehen, wie nun-

mehr in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 ff. der noch nicht umgesetzten Richtlinie 2014/23/EU ausdrücklich geregelt ist. Auch unter der noch bestehenden Rechtslage gilt nach der Rechtsprechung des EuGH nichts anderes,

EuGH, Urteil vom 10.09.2009 – C-206/08 *WAZV Gotha* –, VergabeR 2010, 48 ff.,

wobei der EuGH es allerdings als unschädlich ansieht, wenn aus Rechtsgründen – etwa wegen eines bestehenden Anschluss- und Benutzungszwangs – ein Betriebsrisiko von vornherein weitgehend reduziert ist, sofern hinsichtlich des verbleibenden Risikos eine relevante Übernahme durch den Konzessionär erfolgt.

Zusammenfassend kann man somit sagen, dass eine Dienstleistungskonzession zwar ebenso wie ein öffentlicher Auftrag ein Beschaffungselement voraussetzt, aber hinsichtlich der Entgeltstruktur vom öffentlichen Auftrag abweicht, weil der Konzessionär das Entgelt für seine Leistungen selbst durch Leistungsbeziehungen mit Dritten verdienen muss.

(2) Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag in Mischfällen

Der letztgenannte Gesichtspunkt erfordert allerdings eine Abgrenzung, wenn der Konzessionär für seine Leistungen sowohl bei Dritten Entgelte erhebt als auch vom (mutmaßlichen) öffentlichen Auftraggeber Zahlungen erhält.

Wie aus den vorgenannten Definitionen sowohl der noch anzuwendenden als auch der neuen Richtlinie hervorgeht, kann eine Dienstleistungskonzession auch dann vorliegen, wenn zusätzlich zu dem Verwertungsrecht eine Zahlung des Konzessionsgebers erfolgt. Auch vorliegend ist eine solche Zahlung der Hansestadt Lübeck in der Form eines Defizitausgleichs in dem Modell vorgesehen. Dabei lässt eine bloße Zuzahlung des öffentlichen Auftraggebers den Konzessionscharakter nicht entfallen, wie die oben genannten Definitionen zeigen. Daher stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen Konzession und Auftrag. Diese Frage ist durchaus komplex,

vgl. dazu etwa EuGH, Urteil vom 10.09.2009 – C-206/08 *Eurawasser* –, NZBau 2009, 729 ff.; EuGH, Urteil vom 10.03.2011 – C-274/09 *Rettungsdienst Stadler* –, NZBau 2011, 239 ff., Rn. 26; EuGH, Urteil vom 10.11.2011

– C-348/10 *Norma-A* –, NZBau 2012, 183 Rn. 45; vgl. aus der Literatur etwa Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 99 GWB Rn. 114 ff..

Während teilweise daran angeknüpft wird, ob der Wert der Zuzahlung den der von Dritten erzielten Entgelte übersteigt,

vgl. etwa Zeiss, in: Heiermann/Zeiss, Vergaberecht, 4. Auflage 2013, § 99 Rn. 251,

kommt es nach der Rechtsprechung des BGH darauf an, ob die zusätzliche Vergütung unter Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls ein solches Gewicht hat, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden könne. Dafür sei zumindest in einem von Beihilfen und Zuschüssen geprägten Geschäftsverkehr (dort des SPNV) auch maßgeblich, ob die Einnahmen aus dem Nutzungsrecht eine Auskömmlichkeit bei weitem nicht erwarten ließen,

vgl. BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10 –, NZBau 2011, 175.

Im vorliegenden Fall wird insoweit von einem Zuschusscharakter auszugehen sein, also davon, dass die zusätzliche »Vergütung« nicht so prägend für die Konstruktion ist, dass statt von einer Dienstleistungskonzession von einem echten öffentlichen Auftrag auszugehen wäre. Zwar dürfte im Hinblick auf die konkrete Einrichtung ohne öffentliche Zuschüsse zunächst jedenfalls keine Auskömmlichkeit zu erwarten sein. Das gilt allerdings nur im Hinblick auf die konkreten Besonderheiten der in Rede stehenden Pflegeheime, anders aber als im Fall des BGH nicht für den Sektor generell. Denn private und freigemeinnützige Heime werden typischerweise nicht öffentlich bezuschusst. Auch bei einer betragsmäßigen Betrachtung wird davon auszugehen sein, dass die Einnahmen aus den Verträgen mit den Bewohnern die Beträge aus den in Aussicht genommenen Zuschüssen deutlich übersteigen.

(3) Dienstleistungskonzession oder bloßes Veräußerungsgeschäft und Zuschussgewährung?

Deutlich schwieriger zu beantworten ist vorliegend allerdings die Frage, ob es sich überhaupt um eine Dienstleistungskonzession oder um eine dem Vergaberecht gar nicht

unterliegende Konstellation eines bloßen Veräußerungsgeschäfts sowie einer anschließenden Zuschussgewährung handeln würde. Diese Frage betrifft in erster Linie das oben schon angesprochene Beschaffungselement als notwendiges Merkmal sowohl eines echten öffentlichen Auftrags als auch einer Dienstleistungskonzession.

(a) Veräußerungsgeschäft und korrespondierende Verpflichtungen

Im Ausgangspunkt ist zunächst einmal festzuhalten, dass eine bloße Übertragung des beweglichen Betriebsvermögens von dem bisherigen Regiebetrieb auf die neue GmbH als Veräußerung und somit als »Abschaffung«, nicht Beschaffung, also gewissermaßen das Gegenteil einer Vergabe, zu qualifizieren wäre,

vgl. zu einer Grundstücksveräußerung OLG Schleswig, Beschluss vom 15.03.2013 – 1 Verg 4/12 –, VergabeR 2013, 577, Rn. 61.

Wie oben schon im Zusammenhang mit der Vermietung des unbeweglichen Vermögens durch die Stiftungen ausgeführt, kann jedoch ein formal bzw. zivilrechtlich in einen Veräußerungsvertrag gekleidetes Geschäft dann als Beschaffung anzusehen sein, wenn damit eine Bedarfsdeckung durch die öffentliche Hand verbunden ist,

vgl. grundlegend BGH, Beschluss vom 01.02.2005 – X ZB 27/04 *Altpapierverwertung II*–, BGHZ 162, 116-136.

Entscheidend ist also, ob die öffentliche Hand als Nachfrager auftritt, um einen Bedarf zu decken,

vgl. z.B. Reider, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2011, Rn. 17.

Der Begriff des öffentlichen Auftrags setzt dabei allerdings nicht voraus, dass der Auftragsgegenstand in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinne für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird. Wie der EuGH im Zusammenhang von Grundstücksveräußerungen, die mit planungsrechtlich motivierten Bauverpflichtungen verbunden sind, entschieden hat, setzt der Begriff des öffentlichen Auftrags aber voraus, dass die Leistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt bzw. der Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an den Leistungen hat,

vgl. EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – C-451/08 *Helmut Müller* –, VergabeR 2010, 441, Rn. 46 ff.; vgl. ferner etwa Zeiss, in: Heiermann/Zeiss, Vergaberecht, 4. Auflage 2013, § 99 GWB Rn. 8 ff., 41 ff.

Der EuGH hat für ein derartiges unmittelbares wirtschaftliches Interesse bzw. zugutekommen fünf verschiedene Fallgruppen (bezogen auf Bauleistungen) formuliert (EuGH, a.a.O., Rn. 49 ff.). Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen: Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse liegt jedenfalls dann vor, wenn der Auftraggeber Eigentümer des Ergebnisses der zu erbringenden Leistungen wird. Es liegt ferner dann vor, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügt, der ihm die Verfügbarkeit des Auftragsgegenstands (dort eines Bauwerks) im Hinblick auf dessen öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt. Ferner kann das wirtschaftliche Interesse in wirtschaftlichen Vorteilen liegen, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Auftragsgegenstands ziehen könne. Das wirtschaftliche Interesse könne auch in einer finanziellen Beteiligung des Auftraggebers an der Leistung (dort: Bestellung eines Bauwerks) oder in Risiken, die der Auftraggeber im Falle eines wirtschaftlichen Fehlschlags tragen müsse, zum Ausdruck kommen.

Es spricht viel dafür, dass diese Fallgruppen sinngemäß auch auf die Erbringung von Dienstleistungen übertragen werden können. So knüpft etwa die Erläuterung zum Charakter von Konzessionen in Erwägungsgrund Nr. 11 der neuen Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU ersichtlich an die Formulierungen des EuGH an, wenn es dort am Ende heißt:

„Solche Verträge können, müssen aber nicht notwendigerweise einen Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber ... vorsehen, doch steht den öffentlichen Auftraggebern ... stets der Nutzen der betreffenden Bau- oder Dienstleistungen zu.“

In der deutschen Rechtsprechung hat kürzlich das

KG Berlin, Urteil vom 22.01.2015 – 2 U 14/14 Kart –, VergabeR 2015, 423, 425,

anknüpfend an eine Entscheidung des

OLG München, Beschluss vom 19.01.2012 – Verg 17/11 –, VergabeR 2012, 496 ff.,

zur Abgrenzung zwischen einer Dienstleistungskonzession und einem schlichten Pachtvertrag darauf abgestellt, ob durch den Vertrag eine bislang von der öffentlichen Hand wahrgenommene öffentliche Aufgabe auf einen privaten Betreiber übertragen werde. Dieses Kriterium spricht auf den ersten Blick für die Annahme eines Beschaffungscharakters, da es vorliegend gerade um eine solche Aufgabe und Übertragung geht. Richtigerweise wird man allerdings zu differenzieren haben, ob die öffentliche Hand die Aufgabe selbst aufgibt, so dass es sich um eine materielle Privatisierung handelt oder aber die Aufgabe als solche behält und nur deren Erfüllung einem Betreiber überträgt. Dementsprechend stellte auch das KG Berlin weiter darauf ab, dass in dem ihm vorliegenden Fall der Auftraggeber keine konkreten und detaillierten Vorgaben für den Betrieb gemacht habe und nicht die Vorlage eines konkreten Nutzungskonzepts für die verpachtete Immobilie verlangt habe.

Würde es sich um eine »schlichte« Veräußerung zum Verkehrswert handeln und die Hansestadt Lübeck im Zusammenhang damit die öffentliche Aufgabe des Betriebs von Pflegeheimen angesichts einer ausreichenden Versorgungssituation (vgl. nochmals § 2 Abs. 2 LPfIG) einfach aufgeben, wäre es möglich, im Rahmen der Vertragsgestaltung einen Beschaffungscharakter unter dem vorgenannten Gesichtspunkt auszuschließen (zum Thema der Zuschussgewährung noch sogleich).

Würde allerdings andererseits die Hansestadt die Aufgabe des Betriebs von Pflegeheimen an sich behalten und lediglich durch die neue GmbH erfüllen lassen wollen, wäre die Beurteilung voraussichtlich eine andere. Dann würden an die Veräußerung rechtlich durchsetzbare Betriebspflichten für eine bestimmte Frist geknüpft oder Regelungen getroffen, welche die Hansestadt an finanziellen Risiken beteiligen (etwa eine Veräußerung unterhalb des Verkehrswertes). In diesem Fall bestünde zumindest das Risiko, dass ein Beschaffungscharakter bejaht werden würde.

Angesichts dieses Befundes wird es weitgehend von der konkreten Gestaltung des Vorgangs und des künftigen Veräußerungsgeschäfts abhängen, ob darin ein Beschaf-

fungselement in dem Sinne zu erblicken ist, dass die von der neuen GmbH zu erbringenden Leistungen im wirtschaftlichen Eigeninteresse der Hansestadt erfolgen bzw. der Hansestadt unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen.

Das lässt sich mangels Vorliegens eines entsprechenden Vertrages oder auch nur einer politischen Willensbekundung, in welche Richtung ein solcher gestaltet werden soll, nicht abschließend sagen.

(b) Zuschussgewährung

Vergleichbare Maßstäbe gelten auch für die Frage, ob sich aus der beabsichtigten Übernahme betrieblicher Defizite (für eine begrenzte Zeit) durch die Hansestadt Lübeck ein Beschaffungscharakter des Gesamtvorgangs ergibt oder ob es sich um eine »verga-befreie« bloße Zuschussgewährung handelt.

Wie schon ausgeführt, wird in der Begründungserwägung Nr. 11 zur neuen Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU letztlich darauf abgestellt, ob dem Auftraggeber „der Nutzen“ der betreffenden Dienstleistungen zusteht. In der neuen Richtlinie finden sich in den folgenden Erwägungsgründen weitere Erwägungen zur Abgrenzung von Konzessionen zu anderen, nicht unter die Richtlinie fallenden Gestaltungen. Auch wenn diese Richtlinie in Deutschland noch nicht umgesetzt ist und unmittelbar ohnehin nur Konzessionen mit einem sehr hohen Auftragswert betrifft, können diese Gründe als Auffassung des europäischen Gesetzgebers zumindest mit Indizwirkung zur Auslegung herangezogen werden.

Diesbezüglich ist zunächst der Erwägungsgrund Nr. 12 von Interesse, der lautet:

„Für die Zwecke dieser Richtlinie sollte klargestellt werden, dass die bloße Finanzierung – insbesondere durch öffentliche Zuschüsse – von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beiträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen, nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fällt.“

Eine nähere Abgrenzung zwischen Konzession und finanzieller Förderung enthält die Formulierung zwar nicht. Abgrenzungsmerkmale lassen sich jedoch aus den weiteren

Erwägungsgründen entnehmen. So fehlt es nach Erwägungsgrund Nr. 13 an einer Konzession bei Regelungen, nach denen ohne gezielte Auswahl (Selektivität) Wirtschaftsteilnehmer zu einer bestimmten Leistung berechtigt werden und die Kunden die Wahl zwischen den Anbietern vornehmen. Ferner wird im Erwägungsgrund Nr. 14 im Zusammenhang mit der Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen darauf abgestellt, ob diese auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers erfolgen und dieser „das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen“. Demgegenüber enthielten Konzessionsverträge „wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss“, die vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar seien.

Ferner heißt es in Erwägungsgrund Nr. 15, dass „bestimmte Vereinbarungen“, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z.B. Land oder öffentliche Liegenschaften zu nutzen, „insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen“, wobei der Staat „nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen“, keine Konzessionen im Sinne der Richtlinie sein sollen. Dies betreffe in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften, welche meist Klauseln enthielten, „die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln“.

Betrachtet man diese Ausführungen insgesamt, so kommt es aus der Sicht des europäischen Gesetzgebers für das Beschaffungsmerkmal bei einer Konzession vor allem darauf an, dass diese eine Verpflichtung des Konzessionsnehmers enthält, die bestimmte Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen festlegt und durch den Auftraggeber durchsetzbar ist. Ferner wird eine bloße Finanzierung von Leistungen durch Zuwendungen – sei sie auch mit der Auflage zur Rückzahlung bei Zweckverfehlung verbunden (was nach dem innerstaatlichen Verwaltungsrecht praktisch schon aufgrund des Widerrufsgrunds von § 117 Abs. 3 LVwG der Fall ist) – einem verpflichtenden Vertrag, bei welchem dem Auftraggeber der Nutzen der Leistungen zusteht, gegenübergestellt.

Demnach führt eine Zuschussgewährung als solche noch nicht dazu, dass von einer Beschaffung durch den jeweiligen Zuschussgeber auszugehen ist, und zwar auch dann nicht, wenn die Zuschüsse an einen bestimmten Verwendungszweck gekoppelt sind. Die Schwelle zum Beschaffungsvorgang wird jedoch überschritten, wenn der Auftraggeber die Zuschüsse mit einer selbständig durchsetzbaren vertraglichen Verpflichtung etwa zur Durchführung eines bestimmten Betriebs verbindet – dann könnte sich gerade aus der Zuschussgewährung nämlich das wirtschaftliche Eigeninteresse (die »Nutzung« der Dienstleistungen) erschließen lassen.

In Bezug auf den Gesichtspunkt der durchsetzbare Betriebspflicht ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der

EuGH, Urteil vom 14.11.2013 – C-221/12 Belgacom –, juris Rn. 33, Urteil vom 03.06.2010 – C-203/08 Sporting Exchange –, juris Rn. 46 f.; Urteil vom 09.09.2010 – C-64/08 Engelmann –, juris Rn. 51 ff.,

eine Dienstleistungskonzession bzw. zumindest im Ergebnis die Anwendung der primärrechtlichen Vorschriften, welche die Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens verlangen, auch in Fällen gefordert hat, in denen keine Betriebspflicht, sondern lediglich eine Berechtigung zum Betrieb eingeräumt wurde. In diesen Fällen spielte aus Sicht des EuGH anscheinend eine Rolle, dass es um eine selektive Berechtigung ging, also eine Auswahlentscheidung des Staates. Man kann vermuten, dass die oben zitierte Formulierung von Erwägungsgrund Nr. 13 der neuen Konzessionsvergaberichtlinie sich daran anlehnt. Allerdings stellen die Erwägungsgründe überwiegend doch auf die Begründung durchsetzbarer Verpflichtungen zum Betrieb ab, im Gegensatz zum Recht des Unternehmens, sich von dieser Erbringung auch aufgrund eigener Entscheidung zurückzuziehen. Freilich bleibt ein gewisses Risiko, dass der EuGH in Anknüpfung an die genannten Entscheidungen auch ohne eine konkrete durchsetzbare Betriebsverpflichtung aufgrund der vorliegend zweifelsohne gegebenen Selektivität ein transparentes Verfahren fordern würde.

Vorbehaltlich dessen geht es auch im Hinblick auf die Zuschussgewährung somit – wie beim Veräußerungsgeschäft – um eine Gestaltungsfrage. Eine Gestaltung, bei welcher diese Zuschussgewährung zumindest nach den Maßstäben der Erwägungsgründe der

neuen Konzessionsvergaberichtlinie keinen Beschaffungscharakter auslöst, ist grundsätzlich möglich.

Allerdings gilt es hier ein Spannungsverhältnis zwischen Vergaberecht und Beihilfenrecht zu beachten bzw. aufzulösen: Wie oben ausgeführt, setzt nämlich die beihilfenrechtliche Zulässigkeit der Zuschussgewährung vorliegend nach aller Voraussicht einen Betrauungsakt voraus, durch welchen die neue GmbH mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut wird oder, in anderer Formulierung, ihr Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt werden. Indessen erscheint es möglich, auch einen derartigen DAWI-Betrauungsakt so zu gestalten, dass er nicht als öffentlicher Auftrag mit Beschaffungscharakter gewertet wird. So ist durch den DAWI-Freistellungsbeschluss eine bestimmte Rechtsform des Betrauungsaktes nicht vorgeschrieben. Er kann, muss aber nicht in der Form eines Vertrages erfolgen, sondern kann auch als einseitiger Verwaltungsakt gestaltet sein. In der Praxis findet sich zuweilen auch eine freie einseitige Rechtsform, was freilich nicht unbedingt empfehlenswert ist.

Auch bei der Gestaltung des Inhalts der DAWI-Betrauung wäre eine gewisse »Gratwanderung« erforderlich, aber auch denkbar, die einerseits einen über den Allgemeinversorgungsvertrag hinausgehenden Versorgungsauftrag begründen sollte, andererseits aber nicht das Recht der neuen Gesellschaft beeinträchtigen sollte sich (unter Inkaufnahme der finanziellen Konsequenzen) von der Erbringung der Leistungen zu lösen.

(4) Zwischenfazit

Somit lässt sich als Zwischenfazit ziehen, dass die Übertragung des beweglichen Betriebsvermögens des Regiebetriebes auf die neue GmbH ebenso wie die Gestaltung eines (zumindest in der Anfangsphase) vorzusehenden jährlichen Zuschusses zur Abdeckung eines betrieblichen Defizits so gestaltet werden könnten, dass sich daraus keine Charakterisierung als öffentlicher Auftrag oder Dienstleistungskonzession ergibt.

Allerdings setzt das einen Verzicht auf durchsetzbare Betreiberpflichten voraus und auch sonst eine Gestaltung, die sich möglichst eng an einem normalen Veräußerungsgeschäfts zum Verkehrswert orientiert. Es ist nicht sicher, ob eine solche Gestaltung gelingt, insbesondere politisch für die Hansestadt Lübeck zu vermitteln ist.

Daher wird nachfolgend gleichsam hilfsgutachtlich noch geprüft, welche Konsequenzen aus der Annahme einer Dienstleistungskonzession würden.

c) Primärrechtliches Vergaberegime bei Dienstleistungskonzessionen

Dienstleistungskonzessionen sind gegenwärtig wie schon erwähnt vom förmlichen Vergaberecht nicht erfasst (Art. 17 der vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Nachfolgerichtlinie noch maßgeblichen Richtlinie 2004/18/EG). Jedoch greifen nach der Rechtsprechung die aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot des AEUV abgeleiteten Anforderungen des EU-Primärrechts an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit und damit ein Mindestmaß an Öffentlichkeit der Vergabe ein, wenn sie nach ihrer Art und ihrem wirtschaftlichen Wert auch für Auftragnehmer aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein können (grenzüberschreitende Bedeutung oder Binnenmarktrelevanz),

grundlegend EuGH, Urteil vom 07.12.2000 – C-324/98 *Telaustria* –, NZBau 2001, 148; ferner etwa EuGH, Urteil vom 10.09.2009 – C-206/08 *Eurawasser* –, NZBau 2009, 729 ff.; EuGH, Urteil vom 10.03.2011 – C-274/09 *Rettungsdienst Stadler* –, NZBau 2011, 239 ff; EuGH, Urteil vom 10.11.2011 – C-348/10 *Norma-A* –, NZBau 2012, 183.

Zwischenzeitlich wurde die neue Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU erlassen, die bis April 2016 umzusetzen ist und ein (vereinfachtes) förmliches Vergaberegime auch für Dienstleistungskonzessionen errichtet, wobei die Richtlinie eine Anwendung dieses neuen förmlichen Vergaberechts erst ab einem Schwellenwert von 5,186 Mio. € verlangt (Art. 8 Abs. 1). Für soziale Dienstleistungen wird dabei ein nochmals erleichtertes Vergaberegime gelten (Art. 19), welches aber ebenfalls eine Vorinformation im Amtsblatt der EU voraussetzt (Art. 31 Abs. 3). Der genannte Schwellenwert ist dabei nach dem Gesamtumsatz des Konzessionärs über die Laufzeit der Konzession zu bemessen. Wird dieser Wert nicht erreicht, so bleibt es bei der vorgenannten EU-primärrechtlichen Transparenzrechtsprechung.

Ob im Falle einer nach Ablauf der Umsetzungsfrist erfolgenden Konzessionierung der neuen GmbH der genannte Wert über die Gesamtlaufzeit der (unterstellten) Konzession überschritten würde, kann naturgemäß nicht gesagt werden. Vorläufig wird davon

ausgegangen, dass dies wegen einer Befristung der Verpflichtungen nicht der Fall wäre. Daher käme es nach wie vor auf die Transparenzrechtsprechung an.

Für das Merkmal der grenzüberschreitenden Bedeutung im Sinne der genannten Rechtsprechung existieren keine festen monetären Schwellenwerte, Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung maßgeblich, wobei beispielsweise der Auftragsgegenstand, der geschätzte Auftragswert, die Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten) sowie die geographische Lage des Orts der Leistungserbringung zu berücksichtigen sind,

EU-Kommission, Unterschwellenmitteilung ABI. 2006 Nr. C 179, S. 2, vom 01.08.2006, Ziff. 1.3; BGH, Urteil vom 30.08.2011 – X ZR 55/10 –, NZBau 2012, 46 ff.

Die Binnenmarktrelevanz kann *ausnahmsweise* wegen einer sehr geringen wirtschaftlichen Bedeutung fehlen,

vgl. EuGH, Urteil vom 21.07.2005 – C-231/03 – *Co.Na.Me* –, NZBau 2005, 592, Rn. 15).

Abhängig von der prozessualen Situation vor dem EuGH trägt allerdings die EU-Kommission – insbesondere im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen den Mitgliedstaat – die Nachweispflicht für ein *eindeutiges* grenzüberschreitendes Interesse,

EuGH, Urteil vom 13.11.2007 – C-507/03 *An Post* –, NZBau 2008, 71, Rn. 34 f.

In einem Einzelfall hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren mit der Begründung eingestellt, dass der Auftragswert nur etwa 10 % des jeweiligen EU-Schwellenwerts betragen habe – daraus wird in der Literatur teilweise eine „informelle Bagatellgrenze“ abgeleitet,

vgl. Deling, Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“ und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2011, 725, 731; vgl. auch Zeiss, in: Heiermann/Zeiss, Vergaberecht, 4. Auflage 2013, Einleitung Rn. 126.

Im vorliegenden Fall wäre es jedenfalls riskant, sich auf das Fehlen einer grenzüberschreitenden Bedeutung zu berufen. Würde man davon ausgehen, dass es um eine Konzession für den Betrieb von acht Pflegeheimen geht, so könnte eine solche durchaus das Interesse eines kommerziellen Betreibers aus einem anderen Mitgliedstaat wecken.

Ist wegen eines solchen grenzüberschreitenden Interesses ein an den EU-Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot orientiertes transparentes Auswahlverfahren erforderlich, so impliziert dies zunächst einen hinreichenden Grad an Öffentlichkeit. Das bedeutet in der Praxis, dass eine Veröffentlichung zumindest im Internet erfolgen muss, und zwar so, dass auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten darauf Zugriff nehmen können. In dieser Veröffentlichung sind der Auftragsgegenstand und die Kriterien für die Vergabe so genau zu beschreiben, dass Unternehmen eine Entscheidung treffen können, ob sie sich um den Auftrag bewerben wollen. Ein solches Verfahren ähnelt in der Praxis mehr oder minder einem Verhandlungsverfahren nach europaweitem Teilnahmewettbewerb, wie es für bestimmte Sonderfälle etwa in der VOL/A vorgesehen ist (vgl. § 3 EG Abs. 3 VOL/A). Abgesehen davon, dass im Falle einer Dienstleistungskonzession keiner dieser Sonderfälle vorliegen muss und abgesehen von einigen Formalien ist der wesentliche Unterschied, dass es bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession keinen Primärrechtsschutz der Bieter vor den Vergabekammern gibt, sondern allenfalls vor den Zivilgerichten, die auch für einen Sekundärrechtsschutz (also Ansprüche auf Schadenersatz) zuständig sind.

d) Vergabefreies Inhouse-Geschäft

Unter der Annahme des Vorliegens einer Dienstleistungskonzession könnte eine Vergabepflicht möglicherweise allerdings wegen eines so genannten Inhouse-Geschäfts ausscheiden. Bei dieser derzeit in Deutschland noch rechtlich nicht ausdrücklich geregelten Rechtsfigur geht es darum, dass eine formal zwischen zwei juristischen Personen bestehende Vertragsbeziehung gleichwohl deshalb nicht als öffentlicher Auftrag gewertet wird, weil der Auftraggeber den Auftragnehmer quasi wie eine eigene Dienststelle beherrscht und der Auftragnehmer im Wesentlichen nur für diesen Auftraggeber tätig ist. Die Rechtsfigur des Inhouse-Geschäfts wurde ursprünglich in der Rechtsprechung des

EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C 107/98 *Teckal* –, Slg. 1999, I-8121, Rn. 50,

für die Vergabe öffentlicher Aufträge entwickelt. Dort hat der EuGH ausgesprochen, für die Anwendbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts genüge es

„grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.“

Die Rechtsfigur wurde von der deutschen Rechtsprechung übernommen,

vgl. BGH, Beschluss vom 12.06.2001 – X ZB 10/01 –, NZBau 2001, 517 ff.

Sie wurde vom EuGH auch auf die primärrechtliche Vergabe von Dienstleistungskonzessionen erstreckt,

vgl. EuGH, Urteil vom 21.07.2005 – C-231/03 – *Co.Na.Me* –, NZBau 2005, 592.

In Art. 17 Abs. 1 der neuen Konzessionsvergaberichtlinie wird die Rechtsfigur nunmehr auch explizit geregelt; die Umsetzung steht noch aus.

Maßgeblich für ein kurz so genanntes Inhouse-Geschäft – eigentlich ein Quasi-Inhouse-Geschäft – sind zwei Kriterien, die sich schlagwortartig als

- Kontrollkriterium und
- Tätigkeitskriterium

bezeichnen lassen (wobei die Terminologie schwankt).

aa) Kontrollkriterium

Das Kontrollkriterium verlangt eine Kontrolle des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers über den fraglichen Auftragnehmer wie über eine eigene Dienststelle.. Seine Rechtsprechung zum Kontrollkriterium hat der

EuGH im Urteil vom 11.01.2005 – C-26/03 *Stadt Halle* –, NZBau 2005, 111 ff. (vgl. auch EuGH, Urteil vom 18.01.2007 – C-220/05 *Roanne* –, NZBau 2007, 185),

dahin präzisiert, dass es auf eine „ähnliche Kontrolle“ wie über die eigenen Dienststellen ankommt. Ferner hat der

EuGH im Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 *Parking Brixen* –, NZBau 2005, 644 ff.,

unter anderem das Kriterium der Kontrolle im Hinblick darauf präzisiert, dass eine „Marktausrichtung“ der jeweiligen Gesellschaft dem im Einzelfall entgegenstehen könne. In jüngerer Zeit fasst der EuGH seine Rechtsprechung zum Kontrollkriterium typischerweise wie folgt zusammen:

„Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ vor, wenn die betreffende Einrichtung einer Kontrolle unterliegt, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf ihre Entscheidungen einzuwirken. Hierbei muss die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (...). Mit anderen Worten muss der öffentliche Auftraggeber in der Lage sein, eine strukturelle und funktionelle Kontrolle über diese Einrichtung auszuüben (...). Der Gerichtshof verlangt auch, dass diese Kontrolle wirksam ist“,

EuGH, Urteil vom 29.11.2012 *Econord/ASPEM* – C-182/11 –, juris Rn. 27; vgl. ferner etwa EuGH, Urteil vom 10.09.2009 – C-573/07 *Sea* –, NZBau 2009, 797 Rn. 65.

Jedoch führt nach der Rechtsprechung des EuGH jegliche private Kapitalbeteiligung – sei sie auch noch so gering – zum Verlust der Inhouse-Fähigkeit der kontrollierten Gesellschaft,

EuGH, Urteil vom 11.01.2005 – C-26/03 *Stadt Halle* –, NZBau 2005, 111 ff.

Diese Kriterien werden auch bei günstiger Anwendung der Konzessionsvergaberichtlinie nicht wesentlich geändert (vgl. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 lit. a und lit. c). Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie wird bei einem öffentlichen Auftraggeber „davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle ... ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt“.

Vorliegend ist offensichtlich, dass die Hansestadt Lübeck die neue GmbH, die eine Tochter der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital wäre, nicht unmittelbar wie eine eigene Dienststelle kontrollieren könnte.

Jedoch kommt eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen auch im Rahmen einer Enkel-Konstruktion in Betracht. Dies war zwar durchaus nicht unstrittig, kann aber praktisch als durch Regelungen wie Artikel 17 Abs. 1 Satz 3 der Konzessionsvergaberichtlinie geklärt gelten: „Diese Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die vom öffentlichen Auftraggeber ... auf gleiche Weise kontrolliert wird.“

Demnach käme es darauf an, ob die Hansestadt Lübeck dadurch ihren Willen gegenüber der neuen GmbH betreffend strategischen Ziele und wesentliche Entscheidungen durchsetzen kann, dass sie eine gleiche Kontrolle zunächst über die Stiftung des öffentlichen Rechts Heiligen-Geist-Hospital ausübt und diese dann zu einer entsprechenden Durchsetzung veranlassen kann.

Dies kann vorliegend mit guten Gründen bezweifelt werden. Insoweit ist zunächst auf die besondere Rechtsform einer Stiftung des öffentlichen Rechts hinzuweisen. Anders als etwa bei einer GmbH gibt es hier keinen „Alleingesellschafter“, der seinen Willen ohne weiteres und auch ohne Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft (bis zur Grenze der Gläubigerschädigung) durchsetzen könnte. Vielmehr ist die Hansestadt

Lübeck an den Stiftungszweck und die Satzung gebunden und unterliegt auch einer diesbezüglichen Rechtsaufsicht. In der Rechtsprechung des EuGH gibt es allerdings keine Aussage dahingehend, dass eine bestimmte Rechtsform der fraglichen Einrichtung eine Kontrolle wie über eigene Dienststellungen strikt ausschließt. Der EuGH hat allerdings deutlich gemacht, dass die „Natur“ einer Gesellschaftsform einer Aktiengesellschaft, bei welcher der Vorstand eine unabhängige Entscheidungsbefugnis besitzt, als Indiz gegen das Vorliegen einer Kontrolle wie über eigene Dienststellen zu werten ist,

vgl. EuGH, Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 *Parking Brixen* –, NZBau 2005, 644 ff., Rn. 67.

Letztlich wird es auf die Verhältnisse im Einzelfall ankommen. Vorliegend wird die Stiftung zwar von der Hansestadt Lübeck verwaltet. Das bedeutet jedoch noch nicht, dass die Hansestadt ihr gegenüber jederzeit ihren Willen soll durchsetzen könnte wie gegenüber einer eigenen Dienststelle – nämlich nicht »eigenen Angelegenheiten«. Wie an anderer Stelle in diesem Gutachten dargelegt, spricht nämlich viel dafür, dass die Hansestadt Lübeck bei der Stimmrechtsausübung der Stiftung als Gesellschafter der neuen GmbH in zumindest entsprechender Anwendung von § 5 Abs. 3 der Satzung der Stiftung in solchen Angelegenheiten, die das Verhältnis der neuen GmbH zur Hansestadt Lübeck betreffen, nicht selbst tätig werden könnte, sondern diese Tätigkeit durch den Formalvorstand wahrgenommen werden würde, der gerade nicht den Weisungen der Hansestadt Lübeck unterliegt. Dies beträfe gerade die von der neuen GmbH mit der Hansestadt Lübeck sowie mit den anderen von der Hansestadt verwalteten Stiftungen abzuschließenden Verträge.

Ob ein Ausschluss des Gesellschafters von der Weisungsbefugnis in »eigenen Angelegenheiten« ausreicht, um die effektive Kontrolle auszuschließen, ist soweit ersichtlich nicht entschieden. Es spricht aber einiges dafür, da eine effektive Kontrolle eine eigene Dienststelle gerade auch das Verhältnis dieser Dienststelle zu der kontrollierenden Einheit umfasst.

Somit mag es zwar als vertretbar erscheinen, das Kontrollkriterium als erfüllt anzusehen. Es bestünde aber einig zu vernachlässigendes Risiko, dass dies im Falle einer Nachprüfung des Vorgangs von einer Kontrollinstanz anders beurteilt werden würde.

bb) Tätigkeitskriterium

Problematisch wäre ferner das Merkmal der Tätigkeit im Wesentlichen (nach neuem Recht zu mindestens 80 %) in Ausführung der Aufgaben, mit denen die kontrollierte Einheit von dem Auftraggeber betraut worden ist. Bei der Bestimmung dieses Anteils ist ein tätigkeitsgestützter Ansatz zu verfolgen (vgl. etwa Art. 17 Abs. 5 der neuen Richtlinie), insbesondere kommt in Betracht, auf den Anteil am Gesamtumsatz abzustellen. Bei einem Umsatz, der nicht mit dem Auftraggeber selbst erzielt wird, sondern mit Dritten (hier: den Heimbewohnern bzw. Sozialversicherungsträgern) ist streitig, unter welchen Voraussetzungen dieser dem kontrollierenden Auftraggeber zugerechnet werden kann. In der Rechtsprechung wird teilweise vertreten, eine solche Zurechnung würde ausscheiden, wenn aus der Sicht der Nutzer die Inanspruchnahme der Einrichtung nicht zwingend ist, sondern ein Wettbewerb besteht und der Nutzer sich auch für Einrichtungen eines anderen (privatwirtschaftlichen) Trägers entscheiden könnte bzw. wenn der Umsatz auf einer eigenen unternehmerischen Entscheidung der kontrollierten Einheit beruhen würde,

vgl. gegen eine Zurechnung in diesem Fall OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2010 – 1 Verg 5/10 –, NZBau 2011, 185, 187; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.2011 – 11 Verg 3/11 –, VergabeR 2012, 47, 52; zur Thematik etwa Schröder, Das so genannte Wesentlichkeitskriterium beim In-House-Geschäft, NVwZ 2011, 776, 779; Wagner-Cardenal u.a., Zur Zurechnung von Drittumsätzen bei der Inhouse-Vergabe, NZBau 2011, 271, 274 f.; Dabringhausen, Die europäische Neuregelung der Inhouse-Geschäfte – Fortschritt oder Flop?, VergabeR 2014, 512, 519.

Dies ist allerdings durchaus streitig und auch in der Sache nicht unbedingt überzeugend. Gegen diese Sichtweise kann beispielsweise die Formulierung der neuen Konzessionsvergaberichtlinie angeführt werden, die in Art. 17 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. b lediglich verlangt, dass mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen „betraut“ wurde. Eine Exklusivität der Betrauung wird hier nicht verlangt.

Jedoch bleibt festzuhalten, dass zumindest nach der bisherigen Rechtsprechung die Inhouse-Fähigkeit von Umsätzen, die auf einer eigenen Entscheidung der kontrollierten Einrichtung beruhen bzw. bei welcher die Nutzer die Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern haben, problematisch und streitig ist. Auch deshalb wäre die Inanspruchnahme der Inhouse-Ausnahme mit einem rechtlichen Risiko verbunden.

cc) Zwischenfazit

Somit ist bei summarischer Prüfung eine Gestaltung eines Inhouse-Geschäfts bezogen auf eine Dienstleistungskonzession zwar nicht als völlig ausgeschlossen anzusehen, aber durchaus als problematisch. Es bestünde ein relevantes Risiko, dass ein interessierter dritter Betreiber jedenfalls innerhalb der sechsmonatigen Frist von § 101b GWB die Unwirksamkeit der gefundenen vertraglichen Konstruktion als so genannte De-facto-Vergabe beanstanden könnte. Auch nach Ablauf dieser Frist könnten sich Konsequenzen ergeben, wenn etwa aufgrund einer informellen Beschwerde bei der EU-Kommission diese eingreifen sollte (was freilich offen ist).

e) Nicht-wettbewerbliches Vergabeverfahren?

Angesichts dieses Befundes ist zu erwägen, ob dann, wenn

- die Gesamtkonstruktion als Dienstleistungskonzession zu bewerten wäre und
- ein Inhouse-Geschäft im Ergebnis nicht vorläge,

eine nicht-wettbewerbliche Vergabe gleichwohl gerechtfertigt werden könnte. Zwar würde dann eine zumindest primärrechtliche Vergabepflicht an sich bestehen. Man könnte aber möglicherweise argumentieren, dass dieser Vergabepflicht auch ohne einen Wettbewerb genüge getan werden kann. Immerhin gibt es selbst im Anwendungsbereich des förmlichen Vergaberechts Konstellationen, in denen die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gerechtfertigt ist, wie im Falle von Dienstleistungen exemplarisch § 3 EG Abs. 4 VOL/A zeigt. Ein solches Verfahren kann unter diesen besonderen Umständen auch mit einem einzigen Teilnehmer durchgeführt werden (vgl. auch die Definition in § 101 Abs. 5 GWB). Liegt einer dieser Ausnahmefälle vor, so kann man argumentieren, dass dann, wenn selbst im Anwendungsbereich des förmlichen Vergaberechts ein solches Verfahren zulässig sei, dies erst recht außerhalb

desselben gelten müsse. Zwingend ist ein solches Argument zwar deshalb nicht, weil nach der Rechtsprechung des EuGH das primärrechtliche Vergaberecht auch dann eingreift, wenn die sekundärrechtlichen Richtlinien nicht oder nicht vollständig anwendbar sind. Ähnlich wie im Falle der Inhouse-Vergabe dürfte aber davon auszugehen sein, dass solche Ausnahmetatbestände, die nach den Richtlinien eine nicht-wettbewerbliche Vergabe rechtfertigen, auch auf die primärrechtliche Vergabepflicht anzuwenden sind.

Vorliegend könnte man diesbezüglich an die Ausnahmeregelung von § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A denken, die Art. 31 Nr. 1 lit. b der Richtlinie 2004/18/EG korrespondiert. Danach ist das genannte Verfahren zulässig, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten (z.B. Patent-, Urheberrecht) nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann. Eine entsprechende Regelung gilt für Konzessionen, die der neuen Konzessionsvergaberichtlinie unterliegen, nach deren Umsetzung in nationales Recht aufgrund von Art. 31 Abs. 4 der genannten Richtlinie. In der genannten Vorschrift (Art. 31 Abs. 4 Unterabs. 2) wird allerdings auch ausdrücklich geregelt, dass die genannten Ausnahmen (abgesehen vom Fall der künstlerischen Gründe) nur Anwendung finden, wenn es keine sinnvolle Alternative oder Ersatzlösung gibt und der fehlende Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einengung der Konzessionsvergabeparameter ist.

Als entsprechendes Ausschließlichkeitsrecht könnte man vorliegend das Eigentum am unbeweglichen Vermögen ansehen, auf welches der Betrieb der Pflegeheime angewiesen ist,

vgl. zu einer Konstellation, bei welcher die beauftragte Gesellschaft über das Eigentum an technischen Einrichtungen der Wasserversorgung verfügte, OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.2011 – 11 Verg 3/11 –, VergabeR 2012, 47 ff.

Dieses Eigentum liegt bei den drei Stiftungen. Falls diese nicht bereit wären, Mietverträge mit einem anderen Betreiber als der von einer der Stiftungen beherrschten neuen GmbH abzuschließen, könnte ein Wettbewerb praktisch nicht stattfinden. Die Frage ist aber, ob ein derartiger Willensakt der Stiftungen – die bekanntlich von der Hansestadt

Lübeck verwaltet werden – nicht als künstliche Einengung im Sinne von Art. 31 Abs. 4 Unterabs. 2 der Konzessionsvergaberichtlinie oder zumindest eines entsprechenden allgemeinen Rechtsgedankens zu verstehen wäre. Denn die Hansestadt könnte ja zumindest in den durch das Stiftungsrecht gezogenen Grenzen dafür Sorge tragen, dass die Stiftungen eine derartige Vermietung an Dritte vornehmen.

Das OLG Frankfurt am Main hat in der vorzitierten Entscheidung zwar ausgesprochen, dass der öffentliche Auftraggeber nicht gehalten sei, zur Ermöglichung eines Vergabeverfahrens seine Gesellschaft zu bestimmten für diese nachteiligen Beschlüssen zu veranlassen, wenn dies gegenüber einem Minderheitsgesellschafter treuwidrig wäre (OLG Frankfurt, a.a.O., Rn. 79 ff.). Ob dieser Gedanke auf die vorliegende Konstellation übertragen werden kann, ist jedoch zweifelhaft. Denn eine Vermietung an einen dritten Betreiber zu marktmäßigen oder besseren Konditionen und zum Zweck des Betriebs von Pflegeheimen widerspricht nicht ersichtlich den Aufgaben der jeweiligen Stiftung.

Nach hiesiger Einschätzung wäre es daher mit erheblichen Risiken belastet, unter Berufung auf Ausschließlichkeitsrechte der Stiftungen ein an sich gebotenes wettbewerbliches Vergabeverfahren zu unterlassen.

f) Vergaberechtliches Fazit

Als Ergebnis der vergaberechtlichen Betrachtung lässt sich festhalten, dass in dem hier diskutierten Modell nach aller Voraussicht in der Vermietung der Immobilien kein öffentlicher Auftrag von Seiten der Stiftungen selbst zu sehen wäre.

Von Seiten der Hansestadt Lübeck ist voraussichtlich ebenfalls kein echter öffentlicher Auftrag an die Gesellschaft im Spiel, möglicherweise aber eine Dienstleistungskonzession. Eine solche unterliegt zwar nicht dem förmlichen Vergaberecht, aber im Falle eines (hier nicht sicher auszuschließenden) grenzüberschreitenden Interesses dem durch die Rechtsprechung des EuGH ausgeformten primärrechtlichen Vergaberecht. Dieses verlangt grundsätzlich ein transparentes und wettbewerbliches Verfahren einschließlich einer Bekanntmachung, die (etwa über das Internet) auch von ausländischen Bewerbern zur Kenntnis genommen werden kann und alle nötigen Informationen enthält. Ein solches Verfahren wäre dann entbehrlich, wenn die Voraussetzungen eines

Inhouse-Geschäfts vorlägen. Das ist hier jedoch zweifelhaft und jedenfalls nicht unstrittig. Die für eine Inhouse-Ausnahme erforderliche Voraussetzung, dass die Hansestadt die von der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital zu errichtende GmbH wie eine eigene Dienststelle kontrollieren müsste, könnte schon wegen der nach hiesiger Auffassung erforderlichen Einschaltung des so genannten Formalvorstands bei Geschäften mit der Hansestadt Lübeck oder anderen Stiftungen infrage stehen. Auch die Rechtsform des zwischengeschalteten Trägers (der Stiftung) spricht jedenfalls indiziell gegen eine Inhouse-Fähigkeit. Schließlich dürfte zumindest bei Zugrundelegung der sehr engen Auffassung des OLG Hamburg und des OLG Frankfurt die Art der Tätigkeit der Gesellschaft eine Inhouse-Vergabe ausschließen, weil die potenziellen Nutzer am Markt eine freie Wahl zwischen verschiedenen Pflegeheim-Betreibern haben. Die Durchführung eines nicht-wettbewerblichen Vergabeverfahrens unter Berufung auf ein im Grundeigentum der Stiftungen liegendes Ausschließlichkeitsrecht ist nach hiesiger Auffassung rechtlich ebenfalls risikoreich.

Wenn das Modell ohne ein Vergabeverfahren (welches mit der Anlage des Modells schwerlich vereinbar wäre) durchgeführt werden soll, käme es also darauf an, dass im Verhältnis zwischen der Hansestadt Lübeck und der neuen GmbH keine Dienstleistungskonzession vorläge, sondern eine bloße Zuschussgewährung. Eine solche Gestaltung erscheint denkbar, wenn sowohl im Zusammenhang mit der Veräußerung des Betriebsvermögens als auch im Zusammenhang mit der beihilfenrechtlich erforderlichen DAWI-Betrauung auf die Auferlegung durchsetzbarer Betriebspflichten und sonstiger Verpflichtungen im wirtschaftlichen Eigeninteresse der Hansestadt (verstanden nach Maßgabe der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung) verzichtet würde. Der Vorgang müsste sich tatsächlich als Aufgabe der öffentlichen Aufgabe der Betrieb von Pflegeheimen durch die Hansestadt darstellen und nicht nur als Übertragung von deren Wahrnehmung auf die neue GmbH. Dies ist der Aufgabe der konkreten Gestaltung – und der politischen Vermittlung.

VII. Zusammenfassung und ergänzende Zweckmäßigkeitserwägungen

Das Modell einer von der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital errichteten Stiftung erscheint gesellschaftsrechtlich, stiftungsrechtlich und kommunalrechtlich durchführbar. Zu beachten ist aber, dass zwar die GmbH-Gründung ohne Beteiligung des Formalvorstandes der Stiftung Heiligen-Geist-Hospital vonstattengehen kann; spätere Gesellschafterbeschlüsse über den Abschluss von Verträgen zwischen der GmbH und der Hansestadt Lübeck oder zwischen der GmbH und den städtisch verwalteten Stiftungen Lübecker Wohnstifte und Vereinigte Testamente wird jedoch der Formalvorstand treffen müssen.

Über Einzelheiten in steuerrechtlicher Hinsicht wird eine Abstimmung mit dem Finanzamt erforderlich sein, insbesondere mit Blick auf die Frage, ob der von der Hansestadt Lübeck zu zahlende Ausgleich an die GmbH umsatzsteuerpflichtig ist (und ggf. welcher Umsatzsteuersatz zu zahlen ist).

Arbeitsrechtlich werden die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang nach § 613a BGB erfüllt sein. Besonderes Augenmerk ist darauf zu legen, ob die bisherige betriebliche Altersversorgung in der VBL fortgeführt werden kann. Zudem erscheint es problematisch, jetzige SIE-Mitarbeiter, die dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die GmbH widersprechen, dauerhaft der GmbH im Wege der Personalgestellung zu überlassen.

Beihilfenrechtlich ist der Betriebskostenzuschuss als Beihilfe zu bewerten. Eine die Beihilfe rechtfertigende Betrauung der GmbH mit einer DAWI kommt zwar grundsätzlich in Betracht; der Betrauungsakt bedürfte aber einer sorgfältigen Gestaltung. Vergaberechtlich wird man allerdings um die Durchführung eines transparenten Verfahrens nur umhinkommen, wenn die Stadt darauf verzichtet, der GmbH eine Betriebspflicht aufzuerlegen, damit den Heimbetrieb aufgibt und sich auf eine bloße Zuschussgewährung beschränkt.

Bislang nicht näher beleuchtet wurde die praktische Umsetzung der Übertragung des Sachanlagevermögens des Regiebetriebs auf die GmbH; insoweit geht es aber nur darum, ob Vermögensgegenstände einzeln oder als Gesamtheit übertragen werden können. Ein rechtliches Hindernis stellen diese nicht dar. Zudem wird noch mit den Pflegekassen der Übergang der Versorgungsverträge nach §§ 72 ff. SGB XI abzustimmen sein.

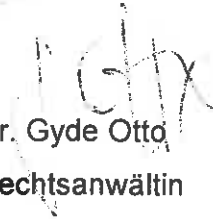
Das Gutachten wurde nach bestem Wissen und Gewissen erstattet.



Prof. Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht



Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht



Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Arbeitsrecht



Dr. Bernd Hofer
Rechtsanwalt