

Eine neue Privatisierungswelle kommt!

Wege öffentlicher Einrichtungen in eine neue Trägerschaft

„Verkauf diverser kommunaler Krankenhäuser in Niedersachsen“ oder „Suche nach einem strategischen Investor für die Altenhilfeeinrichtungen eines Landkreises in Mecklenburg-Vorpommern“ – die Schlagzeilen über die Veräußerung von Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens in öffentlicher Trägerschaft nehmen wieder zu. Zwar scheuen im Superwahljahr 2009 so manche politische Verantwortungsträger eine öffentliche Diskussion über die Privatisierung ihrer Unternehmen, doch spätestens ab 2010 dürften die Fälle der Anteilsverkäufe von öffentlichen Kliniken und Altenheimen wieder zunehmen.

PRIVATISIERUNG · BIETERVERFAHREN · INTERESSENBEKUNDUNGSVERFAHREN · ÖFFENTLICHE HAUSHALTE · KARTELLRECHT

Öffentliche Haushalte in Bedrängnis

Pinneberg, 17. Juli 2009: Nach einem nur wenige Wochen andauernden Verkaufsverfahren beschließt der Kreistag des Landkreises die Veräußerung von 74,9 % der Geschäftsanteile der Regio-Kliniken GmbH an die Sana Kliniken AG. Trotz großer Widerstände von Mitarbeitenden und der Opposition im Kreistag sahen die Verantwortlichen um den Landrat keine andere Zukunftsalternative für die drei Klinikstandorte. Bereits seit einigen Jahren haben die Kliniken rote Zahlen geschrieben. 2009 drohte die wirtschaftliche Misere zu eskalieren.

Vielorts sind rund um öffentliche Kliniken, Altenheime oder andere Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens ähnliche Diskussionen und Entwicklungen zu beobachten. Neben steigenden Defiziten in den Einrichtungen und dadurch notwendigen Verlustausgleichen bereiten den politischen Verantwortlichen zumeist auch ein wachsender Investitionsstau, Probleme in der Unternehmensführung oder zunehmender Wettbewerbsdruck große Sorgen. Konnten diese Problemfelder in der Vergangenheit noch irgendwie beherrscht werden, so fordern die aktuelle Wirtschaftskrise und die damit einhergehenden Entwicklungen der öffentlichen Haushalte andere Lösungen. Ob Bund, Länder oder Kommunen – alle öffentlichen Haushalte spüren derzeit die rückläufigen Steuereinnahmen. In vielen Landkreisen und Städten werden für 2009 und 2010 Rückgänge bis 20 % prognostiziert. Da nicht absehbar ist, wann die Steuereinnahmen wieder steigen werden und infolgedessen die Notlage so manchen öffentlichen Unternehmens bedrohlich zu bleiben scheint, wird die Privatisierung mehr und mehr als einziger Ausweg aus der Misere gesehen.

Formale und materielle Privatisierung

Unter Privatisierung wird üblicherweise der vollständige oder mehrheitliche Verkauf bislang in öffentlicher Trägerschaft befindlicher Einrichtungen an private oder freigemeinnützige Träger verstanden. Grundsätzlich lassen sich dabei zwei Arten der Privatisierung unterscheiden: die formale und die materielle Privatisierung. Unter einer formalen Privatisierung wird im Allgemeinen die Umwandlung der Rechtsform einer in öffentlicher Trägerschaft befindlichen Einrichtung aus der Form eines Eigenbetriebes oder eines Regiebetriebes in eine privat-

Beispiele jüngster Privatisierungen von Krankenhäusern

Jahr	Transaktion
2007	Verkauf der Niedersächsischen Landeskrankenhäuser an verschiedene Käufer
2007	Teilverkauf (51 %) des Klinikums Düsseldorf und dessen Altenhilfeeinrichtungen an die Sana Kliniken AG
2008	Teilverkauf (49 %) der Gesundheitseinrichtungen Hameln-Pyrmont an die Sana Kliniken AG
2008	Verkauf (100 %) des St. Petri-Hospitals Warburg an die Rhön-Klinikum AG
2009	Teilverkauf (94,9 %) des Albert-Schweitzer-Krankenhauses Northeim an die Helios Kliniken GmbH
2009	Verkauf (100 %) der Wesermarsch-Klinik Nordenham an die Rhön-Klinikum AG

rechtliche Gesellschaftsform wie die GmbH verstanden. In den meisten öffentlichen Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens ist in den letzten zehn Jahren diese formale Privatisierung bereits vollzogen worden. Nicht selten folgt der formalen auch die materielle Privatisierung. Hierbei werden die Mehrheit oder die gesamten Anteile an einer öffentlichen Einrichtung veräußert.

Beim Verkauf öffentlichen Eigentums gilt es für die Verantwortlichen nach öffentlichem Haushaltsrecht und EU-Recht, stets die Erzielung eines marktüblichen Preises bei der Veräußerung sicherzustellen. Ist das zu veräußernde Unternehmen Auftragnehmer von öffentlichen (hoheitlichen) Aufträgen oder werden diese dem privaten Partner im Zuge der Privatisierung erteilt (Beschaffungsbezug), muss die Anteilsveräußerung nach §§ 97 ff. GWB, der Vergabeverordnung (VgV) und der Vergabungsordnung für Leistungen (VOL/A) europaweit ausgeschrieben werden. Wenngleich nicht unumstritten, scheint sich die Meinung durchzusetzen, dass in der Leistungserbringung der meisten öffentlichen Kliniken und Altenheime kein Beschaffungsbezug vorliegt. Aber auch wenn kein Beschaffungsbezug gegeben ist, muss das Veräußerungsverfahren offen, transparent und diskriminierungsfrei gestaltet werden. Das vergleichsweise dichte Regelwerk des Kartellvergaberichts kann hierzu als Kompass verwendet werden. (weiter auf Seite 6)

Privatisierungswelle aus Sicht des Kartellrechts

Bei der Neuordnung des Krankenhausmarktes spielt die kartellrechtliche Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt (im Folgenden: BKartA) in jüngerer Vergangenheit eine immer größere Rolle. Die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), welches die kartellrechtliche Fusionskontrolle regelt, kann spätestens seit der Bestätigung durch den Bundesgerichtshof (Beschl. v. 16. Januar 2008 – KVR 26/07, Fusion Rhön AG – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt) nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Krankenhausträger, welche die Übernahme eines Krankenhauses erwägen, sind daher gezwungen, sich mit den kartellrechtlichen Grundsätzen zu befassen.

Umsatzschwellenwerte

Eine kartellrechtliche Kontrolle der Fusion findet grundsätzlich nur dann statt, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielt haben. In die Umsatzberechnung sind die Umsätze der beteiligten Unternehmen einschließlich der mit ihnen verbundenen Unternehmen aus allen sachlichen und räumlichen Tätigkeitsbereichen zu berücksichtigen. Damit kommt es nicht allein auf die Umsätze der beteiligten Krankenhäuser aus (teil)stationären Krankenhausleistungen, Wahlleistungen, Nutzungsentgelten der Ärzte sowie ambulanten Leistungen an, sondern auch auf Umsätze der von ihnen abhängigen Unternehmen oder solcher Unternehmen, die über das Krankenhaus einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Größere private Krankenhausträger wie Asklepios, Helios und Rhön liegen eindeutig oberhalb des Schwellenwertes, aber auch kleinere Klinikketten überschreiten die 500-Millionen-Euro-Grenze.

Marktabgrenzung

Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist grundsätzlich zu untersagen. Von erheblicher Bedeutung für die Beurteilung der Fusion ist daher die der marktbeherrschenden Stellung vorgelagerte Frage der Marktabgrenzung in sachlicher und räumlicher Hinsicht. Auch wenn diesbezüglich einige Fragen rechtlich weiterhin ungeklärt sind, stellt das BKartA in seiner Entscheidungspraxis auf den Angebotsmarkt für stationäre medizinische Dienstleistungen ab, die von den Krankenhäusern gegenüber ihren Patienten erbracht werden. Von diesem Markt werden die Märkte für ambulante vertragsärztliche Dienstleistungen, für Rehabilitationseinrichtungen sowie der Markt für Alten- und Pflegeheime abgegrenzt. Reine Privatkliniken, die nicht in den Landeskrankenhausplan aufgenommen sind und auch keine Versorgungsverträge mit den Krankenkassen abgeschlossen haben, bleiben ebenfalls unberücksichtigt. Fachkliniken dagegen zählen regelmäßig zum Krankenhausmarkt.

Der räumlich relevante Markt bestimmt sich nach den aus Sicht der Patienten gegebenen räumlichen Ausweichmöglichkeiten. Hierbei spielen die Patienteneinzugsstatistiken und tatsächlichen Wanderbewegungen eine bedeutende Rolle.

Marktbeherrschende Stellung

Nach erfolgter Marktabgrenzung lassen sich die Marktanteile der im relevanten Markt liegenden Krankenhäuser bestimmen. Die Höhe des Marktanteils stellt ein besonders aussagekräftiges Merkmal dar, da vermutet wird, dass ein Krankenhausträger dann marktbeherrschend ist, wenn er einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Aber auch z. B. Breite und Tiefe des Versorgungsangebots sowie die Qualität der Versorgung spielen eine Rolle. Im Hinblick auf private Kliniken werden die Unabhängigkeit von für öffentliche Träger bindenden Vorgaben, die häufig vorhandene Überlegenheit in Versorgungsqualität und Innovationskraft sowie bestehende Synergieeffekte besonders gewichtet.

Verfahren

Sofern der Schwellenwert von 500 Millionen Euro Jahresumsatz überschritten wird, ist eine Krankenhausfusion im Regelfall anmeldepflichtig. Liegt eindeutig keine marktbeherrschende Stellung vor, erklärt das BKartA regelmäßig zeitnah die Freigabe. Bei wettbewerbsrechtlich kritisch zu beurteilenden Fusionen wird diese konkret geprüft und bei Vorliegen der Voraussetzungen untersagt. Hiergegen können die am Zusammenschluss Beteiligten Beschwerde zum OLG Düsseldorf einlegen und/oder eine Ministererlaubnis beim Bundesminister für Wirtschaft und Technologie beantragen. In jedem Stadium der Fusion empfiehlt sich die Begleitung durch sachkundige Berater.

Claudia Mareck

Rechtsanwältin
CURACON Weidlich
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Tel. 02 51/53 03 50-511
claudia.mareck@curacon-recht.de

Interessenbekundungs- und strukturiertes Bieterverfahren

Aus dem klassischen Vergaberecht kommend, wird das sogenannte Interessenbekundungsverfahren eingesetzt, wenn der öffentliche Veräußerer von Kliniken oder Altenheimen die verschiedenen Möglichkeiten der Zukunftsgestaltung seiner Einrichtungen ausloten möchte. In einer öffentlichen Aufforderung bittet der Träger nach der Übersendung eines vertraulichen Informationsmemorandums um die Darstellung möglicher Gestaltungsoptionen durch nicht-öffentliche Interessenten. Diese müssen dann in einem Konzept ihre Überlegungen zu einem Kauf, der Übernahme des Managements oder sonstigen Zukunftsoptionen darlegen. Auf Basis dieser Darstellungen wird der öffentliche Träger eine Entscheidung über die Zukunft der Einrichtung und über weitere Schritte treffen. Entweder direkt oder im Anschluss an ein Interessenbekundungsverfahren kommen sogenannte strukturierte Bieterverfahren zum Einsatz. Üblicherweise unter externer fachlicher Begleitung wird unter Beachtung von Kartellvergaberecht sowie Haushalts- und Beihilfegesetzen der Verkauf von öffentlichen Anteilen durch die systematische Reduktion der Zahl der potenziellen Käufer (der Bieter) durchgeführt. Am Ende dieses Verfahrens steht idealerweise ein Kaufangebot, welches den vom Verkäufer festgelegten Kriterien bestmöglich entspricht.

In der Praxis werden die eigentlichen Schritte des Verkaufsverfahrens zeitlich und inhaltlich sehr unterschiedlich durchgeführt – vom Schnellverfahren in drei Wochen bis zum umfangreichen Verfahren über neun Monate hinweg.

Gut gewappnet in das Verfahren

Als möglicher Käufer in einem strukturierten Verkaufsverfahren gilt es zunächst, individuell auf Basis der vorliegenden Informationen zu überprüfen, ob das Zielobjekt strategisch eine richtige Ergänzung ist und nachhaltige Vorteile bringt. Diese Frage sollte das Projekt fortwährend begleiten und bei Konkretisierung der Informationsbasis immer wieder gestellt werden. Dabei sollte auch versucht werden, die potenziellen Wettbewerber und deren Strategie im Kaufverfahren zu identifizieren.

In vielen Fällen ist es auf Grund der regionalen Gesundheitsstruktur oder anderer Faktoren sinnvoll, nicht als einzelner Kaufinteressent ins Rennen zu gehen. Bietergemeinschaften oder andere Formen des Zusammenschlusses mehrerer Interessenten können das Erfolgspotenzial erhöhen und finden häufig auch politische Unterstützung. Zudem können die individuellen strategischen Vorteile eines Klinikkaufs auch im Zusammenschluss mit anderen erreicht werden. Mögliche Risiken und die Kosten des Kaufverfahrens werden dabei geteilt. Wichtig bei einem gemeinsamen Versuch ist es, frühzeitig Ziele und Interessen abzustimmen und die Spielregeln für die Zusammenarbeit zu definieren. Umfassende Veränderungen in der Bieterkonstellation oder gar Differenzen im laufenden Verfahren können die Attraktivität aus Verkäufersicht sinken lassen. Frühzeitig ist bei Verkaufsverfahren von Krankenhäusern auch die zunehmend an Bedeutung gewinnende Frage des Kartellrechts zu beachten. Dieses sollten Bieter bereits frühzeitig selbst im Blick haben, da sicherlich im weiteren

Prozess vonseiten des Verkäufers und des Bundeskartellamtes eine kartellrechtskonforme Konstellation überprüft werden kann. Wie im aktuellen Fall der Übernahme der Kliniken im Werra-Meißner-Kreis kann dieses Thema auch im Nachhinein zu größeren Schwierigkeiten führen. Ein strukturiertes und umfangreiches Bieterverfahren erfordert viele Kompetenzen. Neben klassischen ökonomischen sind insbesondere medizinische, organisatorische, steuerliche sowie verfahrens-, gesellschafts-, personal- und vertragsrechtliche Fragen zu beantworten. Zudem ist ein professionelles Projektmanagement unerlässlich, das Informationen und Maßnahmen zwischen den Beteiligten entlang des Verfahrens organisiert und letztlich die Fäden zusammenhält.

Steht der Verkauf einer oder mehrerer Einrichtungen an, so wird dieser von Kommunen oder Ländern zumeist öffentlich in den einschlägigen Werken ausgeschrieben. In einigen Fällen der jüngsten Vergangenheit wurde ein vorher definierter Kandidatenkreis auch direkt angesprochen. Interessierte geben daraufhin eine Interessenbekundung bzw. einen Teilnahmeantrag ab. Dieser muss bereits detaillierte Informationen über den Kaufinteressenten, wie z. B. Leistungsangebot oder Interessenbegründung, beinhalten. Liefert die Interessenbekundung die gewünschten Informationen und erfüllt der Interessent die gesteckten Anforderungen, so gelangt man zur nächsten Stufe. In Verfahren, wo mit vielen Teilnehmern zu rechnen ist, folgt zur ersten Vorauswahl die Abgabe eines indikativen Angebots. Nach schriftlicher Zusicherung der Vertraulichkeit erhalten alle Kaufinteressenten hierzu ein sogenanntes Informationsmemorandum. Dieses enthält für alle Bieter erste Detailinformationen über das Zielobjekt sowie weitere Konkretisierungen zum Ablauf des Verfahrens. Da der Verkauf öffentlichen Vermögens häufig auch in regionalen Medien umfänglich thematisiert wird, ist ein vertrauensvoller Umgang mit Informationen notwendig und die Verschwiegenheit unbedingt einzuhalten. Auf Basis dieser Informationen muss der Bieter seine unverbindlichen Vorstellungen hinsichtlich des möglichen Kaufpreises sowie der Entwicklung des Leistungsspektrums, der Personalstruktur sowie anderer Schwerpunkte des Kaufobjekts darlegen.

Gute Analysen und gute Verträge

Sofern die gewünschte Bieterzahl nicht schon nach dem Teilnahmeantrag vorlag, wird auf Basis des indikativen Angebots die Zahl der an der verbindlichen Angebotsphase teilnehmenden Interessenten reduziert. Die im Verfahren verbleibenden Bieter dürfen sich im Rahmen der Due Diligence intensiv dem Kaufobjekt widmen. Diese Analysen prüfen das Akquisitionsobjekt „mit größter Sorgfalt“ auf mögliche Risiken und liefern ein systematisches Stärken-Schwächen-Profil für ökonomische, kulturelle, steuerliche und rechtliche Fragen. Auf dessen Basis können mögliche Synergieeffekte näher quantifiziert und geplant werden. Auch sind im Rahmen der Analyse die Auswirkungen von bestimmten Bedingungen, insbesondere im Personalbereich, zu prüfen, die mit dem Kauf des Zielobjekts verbunden sind.

Praktisch erfolgt die Due Diligence in einem sogenannten Datenraum. In diesem werden die zur Beurteilung erforderlichen Akten, Planungsrechnungen, Statistiken, Verträge, Prüfungs-

berichte etc. zur Einsichtnahme bereitgestellt. Die Mitnahme bzw. Kopie derartiger Unterlagen ist i. d. R. nicht zugelassen. Neuerdings werden die Informationen häufiger in einem sogenannten virtuellen Datenraum, der über das Internet zu betreten ist, für einen begrenzten Zeitraum zur Verfügung gestellt. Zudem wird normalerweise im Rahmen der Due Diligence eine Vor-Ort-Besichtigung gestattet. Die Due Diligence ist Grundlage für die Durchführung einer Unternehmensbewertung. Auf Basis des ermittelten Unternehmenswertes kann der Bieter unter Berücksichtigung strategischer Aspekte sowie seiner finanziellen Rahmenbedingungen den verbindlichen Kaufpreis festlegen. Im Rahmen des verbindlichen Angebots müssen auch die konzeptionellen Überlegungen zu weiteren Beurteilungsfaktoren, wie insbesondere den Leistungsstrukturen oder den Investitionen, ausführlich aufgezeigt werden. Vereinzelt bereits nach dem indikativen Angebot, i. d. R. aber spätestens nach der Abgabe des verbindlichen Angebots, folgt eine Managementpräsentation. Dabei stellen Vertreter der beteiligten Kaufinteressenten dem Verkäufer der Klinik ihr Angebot und Hintergrundinformationen zum Bieter vor.

Auf Basis der verbindlichen Angebote und ergänzt durch die Eindrücke der Managementpräsentation wird der Verkäufer die Bieter auswählen, die er nach Beurteilung seiner Kriterien am attraktivsten findet. In diesem Stadium der Transaktion sind die potenziellen Erwerber, die in die konkrete Verhandlungsphase eintreten können, auf einen kleinen Kreis von zwei bis drei begrenzt. Dabei werden sämtliche offenen Detailfragen sowie gegebenenfalls mit dem Kaufpreis verbundene Bedingungen geklärt. Im umfassenden Vertragswerk finden sich beispielsweise dann auch Regelungen zur Zahlung des Kaufpreises, Umgang mit Personalfragen, Investitionen oder Verpflichtungen zum Leistungsangebot. Erfolgt hierüber Einigung, so schließt das Verkaufsverfahren mit dem „Closing“ – dem erfolgreichen Vertragsabschluss.

FAZIT

Notgedrungen oder mit strategischer Absicht: Für viele öffentliche Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens steht in den nächsten Jahren der Weg in eine neue Trägerschaft an. Nicht nur für Privatbetreiber, sondern auch für Freigemeinnützige gilt es, ihre Marktposition durch Zukäufe öffentlicher Unternehmen zu behaupten. Erfolgreich bei dem Erwerb in klar strukturierten und organisierten Verfahren sind insbesondere die Bieter, die

- frühzeitig eine effiziente Projektorganisation aufstellen, um Kompetenzen und Informationen im Verfahren optimal zu steuern,
- Akquisitionen objektiv beurteilen sowie echte Synergieeffekte und strategische Vorteile einschätzen und umsetzen können,
- über Kompetenzen zur Beantwortung sämtlicher Detailfragen verfügen und sich keine Blöße bei geforderten Angaben und Nachweisen geben,
- Verfahrensschritte und -möglichkeiten formell einhalten, richtig beurteilen und geschickt für sich nutzen können.

Für eine gelungene Privatisierung müssen Bieter letztendlich die Vorstellung der Verkäuferseite antizipieren und unter Berücksichtigung der eigenen Möglichkeiten attraktiv umsetzen.

Matthias Borchers

CURACON GmbH

Leiter Transaktionsberatung

Tel. 02 51/9 22 08-216

matthias.borchers@curacon.de