

WEISSLEDER & EWER

Notar • Rechtsanwälte

Weißleder & Ewer • Notar • Rechtsanwälte • Walkerdamm 4 - 6 • 24103 Kiel

Damen und Herren Mitglieder
des Sozialausschusses
des Schleswig-Holsteinischen Landtags
Düsternbrooker Weg 70

24105 Kiel

Vorab per Telefax: 988-1156

Schleswig-Holsteinischer Landtag

Umdruck 15/4874

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar • Rechtsanwalt* • Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Wolfgang Ewer

Rechtsanwalt* • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Angelika Leppin

Rechtsanwältin* • Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Marcus Arndt

Rechtsanwalt* • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Marius Raabe

Rechtsanwalt* • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Erika Röschmann

Rechtsanwältin

Dr. Gyde Otto

Rechtsanwältin

*auch am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

24103 Kiel • Walkerdamm 4 - 6

Telefon (0431) 9 74 36-0

Telefax (0431) 9 74 36-36

Internet: www.weissleder-ewer.de

E-Mail: kanzlei@weissleder-ewer.de

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

Kiel, den

Bearbeiter/-in:

1066/03 Ew/MR

01.09.2004

RA Dr. Ewer

Entwurf eines Gesetzes zur Umwandlung psychiatrischer Einrichtungen und Entziehungsanstaltungen (PsychE-UmwG) Landtags-Drucksache 15/3495

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

als Mitglied des – aufgrund eines europaweiten Vergabeverfahrens – von der Landesregierung ausgewählten und beauftragten Beratungs-Teams, bestehend aus

- dem Bankhaus M.M. Warburg & Co., Hamburg,
- der Rechtsanwaltssozietät White & Case, Hamburg,
- der Rechtsanwaltssozietät Weißleder & Ewer, Kiel,

merke ich zu dem im Betreff genannten Gesetzgebungsvorhaben folgendes an:

Ausgangspunkt des Vorhabens ist die Absicht der Landesregierung, im Zuge der Strukturreform des Landes Schleswig-Holstein die Kliniken der psychiatrium GRUPPE und die Fachklinik Schleswig in private Trägerschaften zu überführen. Im Hinblick auf den dem Unterzeichner zur Verfügung gestellten engen zeitlichen Rahmen können an dieser Stel-

le nur die wichtigsten durch das Vorhaben aufgeworfenen Rechtsfragen stichwortartig angesprochen werden.

Die psychiatrium GRUPPE und die Fachklinik Schleswig sind derzeit rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts. Das Land Schleswig-Holstein beabsichtigt, beide Anstalten zu 100% zu veräußern bzw. zu privatisieren. Diese Vorgabe wirkt in verschiedener Hinsicht Regelungsbedarf auf:

- Zum einen müssen die erforderlichen organisations- bzw. gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für eine Veräußerung der Kliniken geschaffen werden.
- Zum anderen muss geregelt werden, dass die bislang von den Kliniken wahrgenommenen Aufgaben auch künftig erfüllt werden.
- Bei alledem ist sicherzustellen, dass hierbei die einschlägigen rechtlichen Vorgaben - insbesondere die sich aus dem europäischen Vergabe- und Beihilferecht ergebenden Anforderungen – eingehalten werden.

A. Der organisations- und gesellschaftsrechtliche Rahmen

Da Anstalten des öffentlichen Rechts nicht an Private verkauft werden können, sind diese zunächst in ein geeignetes „Transaktionsobjekt“ umzuwandeln. Sinnvollerweise sind hierzu in einem ersten Schritt die rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts formwechselnd in GmbHs umzuwandeln.

Das bundesrechtliche Umwandlungsgesetz (UmwG) regelt den Formwechsel einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts in eine Kapitalgesellschaft in den §§ 301 ff. UmwG. Gemäß § 301 Abs. 2 UmwG ist ein Formwechsel nur möglich, wenn die Anstalt rechtsfähig ist und das für sie maßgebende Bundes- oder Landesrecht einen Formwechsel vorsieht oder zulässt. Als entsprechende Ermächtigungsgrundlage soll das zu verabschiedende Gesetz zur Umwandlung der Fachklinik Schleswig und der psychiatrium

GRUPPE (Fachkliniken-Umwandlungsgesetz – FKIUmwG) dienen. Es ist das Charakteristikum eines Formwechsels, dass die Anstalten identitätswahrend als GmbHs fortbestehen. Vorliegend besteht die Besonderheit, dass mit dem Formwechsel zugleich ein Wechsel von der Sphäre des öffentlichen Rechts in die Sphäre des Privatrechts stattfindet. Gleichwohl tritt technisch betrachtet keine Gesamtrechtsnachfolge ein. Der Rechtsträger bleibt identisch und wechselt lediglich den „rechtlichen Mantel“. Daher sind auch keine Übertragungsakte erforderlich.

In Bezug auf die formwechselnde Umwandlung von Anstalten des öffentlichen Rechts gilt gemäß § 302 UmwG der Vorrang des öffentlichen Umwandlungsrechts. Daher kann das Landesgesetz – und auch eine Landesverordnung – Regelungen vorsehen, die von den handels- und gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zum Formwechsel, insbesondere den §§ 193 bis 213 UmwG, abweichen. Der vorliegende Gesetzentwurf trägt dem Rechnung, indem er in Art. 1 § 1 Abs. 2 einerseits die Landesregierung zur Regelung des Formwechsels auf der Grundlage des Umwandlungsgesetzes ermächtigt und andererseits ein Abweichen von den genannten bundesgesetzlichen Bestimmungen zulässt. Dies ist auch sinnvoll, da sich die bundesrechtlichen Vorgaben primär an der Umwandlung von bereits bestehenden privatwirtschaftlichen Personen- und Kapitalgesellschaften orientieren und da durch eine derartige Verordnungsermächtigung ein flexibles Instrumentarium für eine Verschlinkung des Umwandlungsprozesses bereitgestellt wird. Es wird als zulässig angesehen, Abweichungen vom bundesrechtlichen Umwandlungsgesetz nicht nur durch förmliches Landesgesetz, sondern auch durch landesrechtliche Verordnung zuzulassen.

An die eigentliche Umwandlung in GmbHs schließt sich dann rechtlich die Veräußerung der Geschäftsanteile an private Erwerber an – auch wenn die Vorgänge zeitlich miteinander verschränkt ablaufen (dazu noch unten). Auch zu dieser Veräußerung ermächtigt der vorliegende Gesetzentwurf in seinem Art. 1 § 2 Abs. 1 Nr. 2. Die Einzelheiten sollen ebenfalls in der bereits genannten Verordnung geregelt werden. Unabhängig davon bedarf der zu schließende Kaufvertrag nach § 23 Abs. 5 des Haushaltsgesetzes 2004/2005 der Zustimmung des Finanzausschusses.

B. Die Sicherstellung der künftigen Aufgabenerfüllung

Die den Kliniken der psychiatrium GRUPPE und der Fachklinik Schleswig obliegenden Aufgaben lassen sich rechtlich in zwei grundsätzlich unterschiedliche Bereiche unterteilen:

- Einerseits geht es um die reguläre psychiatrische Versorgung. Dass diese Aufgabe bislang von Anstalten des öffentlichen Rechts wahrgenommen worden ist, hat seine Gründe in der historischen Entwicklung. Insoweit ist jedoch kein spezifisch hoheitlicher Bezug gegeben. Dementsprechend werden diese Aufgaben durch das Gesetz materiell privatisiert, wie dies auch bei zahlreichen anderen, bislang von Hoheitsträgern betriebenen Krankenhäusern (z.B. Kreiskrankenhäusern) geschehen ist. Selbstverständlich bleiben die allgemeinen sozial- und krankenhausrechtlichen Bindungen und rechtlich normierten Qualitätsanforderungen bestehen.
- Anderes gilt für die spezifisch hoheitlichen Aufgaben, also einerseits den Vollzug von freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung nach den §§ 63, 64 StGB (einschließlich der einstweiligen Unterbringung nach § 126 a StPO), also die so genannte Forensik, und andererseits die präventive (= zu Zwecken der Gefahrenabwehr erfolgende) Unterbringung nach den Bestimmungen des PsychKG.

Diese letztgenannten Aufgaben sollen den durch Umwandlung zu errichtenden GmbHs als Beliehenen übertragen werden. Diese Konstruktion gewährleistet umfassende Einwirkungsmöglichkeiten des Landes. Insbesondere wird dieses nicht auf eine Rechtsaufsicht beschränkt, sondern zu umfassender Fachaufsicht ermächtigt. Eine solche Beleihung setzt eine Änderung des Maßregelvollzugsgesetzes voraus, die maßgeblich in Art. 2 Nr. 4 des vorliegenden Gesetzentwurfs (=§ 3 Abs. 1 b des neugefassten Maßregelvollzugsgesetzes) vorgesehen ist. Diese Regelung sieht die Beleihung durch einen öffentlich bekannt zu machenden Verwaltungsakt vor; zudem kann das Rechtsverhältnis ergänzend durch öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt werden. Die Vorschrift stellt die Grundlage für die erforderliche umfassende Aufsicht zur Verfügung – bis hin zur Ermöglichung direkter Weisungen gegenüber dem Personal.

Anzumerken ist noch, dass hinsichtlich der präventiven Aufgabe eine ähnliche Beleihung durch die Kreise und kreisfreien Städte erforderlich ist. Hierzu bedarf es keiner neuen Rechtsgrundlage, da eine solche bereits in § 13 Abs. 3 PSychKG vorhanden ist.

Wegen der besonderen Verantwortung des Landes für die Wahrnehmung der genannten hoheitlichen Aufgaben ist es unabhängig von der Person der künftigen Erwerber geboten, Vorsorge für den Fall zu treffen, dass der Erwerber seinen Verpflichtungen – etwa aufgrund von Insolvenz – nicht länger nachkommen kann. Hierzu sind einerseits entsprechende Vorkehrungen in den Kaufverträgen - etwa in Gestalt von Dienstbarkeiten zugunsten des Landes – vorzusehen. Andererseits sind zur doppelten Absicherung öffentlich-rechtliche Regelungen auf der Ebene des Beleihungsverwaltungsaktes erforderlich. Der vorliegende Gesetzentwurf lässt für beide Sicherungsmechanismen Raum. In der derzeitigen Fassung des Arbeitsentwurfs für den Beleihungsverwaltungsakt ist insoweit etwa vorgesehen, dass nach einem evtl. Widerruf erforderlichenfalls das Sozialministerium vorübergehend den Maßregelvollzug in den Räumen und mit dem Personal des Beliehenen durchführen kann, bis ein neuer Aufgabenträger gefunden ist. Man könnte daran denken, dies sogar noch ausdrücklich im Gesetz abzusichern.

C. Der bisherige und künftige Verfahrensablauf

Das Vorhaben, dem der vorliegende Gesetzentwurf zu dienen bestimmt ist, ist nicht nur deshalb sehr komplex, weil einerseits der organisationsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Umwandlungsvorgang und andererseits die erforderliche Beleihung mit hoheitlichen Aufgaben parallel gestaltet und abgewickelt werden müssen, um die jederzeitige Aufgabenerfüllung zu gewährleisten. Vielmehr und vor allem müssen bei alledem Vorgaben berücksichtigt werden, welche das höherrangige Recht, insbesondere das europäische Gemeinschaftsrecht, an den Vorgang stellt.

So ist schon deshalb, weil mit der Veräußerung der umgewandelten Fachkliniken zugleich die Beauftragung mit den Leistungen der Forensik durch das Land verbunden

ist, die Einhaltung der Regeln des gemeinschaftsrechtlich geprägten Vergaberechts erforderlich. Zu dem gleichen Ergebnis führen Überlegungen des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts, die verlangen, dass eine Veräußerung nicht einen bestimmten Erwerber begünstigt, sondern zu einem fairen Marktpreis erfolgt.

Vor diesem Hintergrund musste der Veräußerungsvorgang in das enge rechtliche und zeitliche „Korsett“ eines europaweiten Vergabeverfahrens eingepasst werden. Praktisch finden derzeit zwei solcher europaweiten Vergabeverfahren statt, eines betreffend die psychiatrium GRUPPE und eines – zeitlich etwas versetzt – die Fachklinik Schleswig.

Entsprechend der gesetzlichen Ermächtigung im Haushaltsgesetz 2004/2005 hat die Landesregierung den Veräußerungsprozess eingeleitet – parallel zur Erarbeitung und Einbringung des vorliegenden Gesetzentwurfs.

Für beide Fachkliniken sind europaweite Vergabebekanntmachungen veröffentlicht worden, daran anknüpfend haben Teilnahmewettbewerbe stattgefunden. Nach der Absicht der Landesregierung und des Beraterteams sollen Ende September für die psychiatrium GRUPPE je nach dem Verlauf der Verhandlungen mehrere verbindliche und notariell beurkundete Angebote zum Erwerb der künftigen Geschäftsanteile vorliegen; hinsichtlich der Fachklinik Schleswig ist das für November vorgesehen. In einem Vergabeverfahren ist europarechtlich eine strikte Gleichbehandlung der Bieter geboten, ebenso die Transparenz und Nachprüfbarkeit des Verfahrens. Dies bedeutet aber auch, dass bei öffentlichen Äußerungen zum Verfahren größte Zurückhaltung geboten ist, um das Nachprüfungsverfahren nicht rechtlich angreifbar zu machen.

Der sich an die erwähnten Verhandlungen anschließende Zeitplan ist in beiden Fällen sehr ehrgeizig. Er setzt voraus, dass der vorliegende Gesetzentwurf Anfang Oktober in Kraft tritt und alsdann die weiteren Schritte erfolgen können.

So kann insbesondere erst dann die Umwandlungsverordnung erlassen und veröffentlicht werden. Ferner muss, bevor die eigentliche Umwandlung erfolgt, jeweils der Beleihungsverwaltungsakt erlassen und bekannt gemacht werden, damit sichergestellt ist, dass zu jedem Zeitpunkt eine verlässliche Rechtsgrundlage für den Maßregelvollzug besteht.

Nachdem diese Akte jeweils in Kraft getreten sind, wird das Land abschließend über die Annahme der jeweiligen Kaufangebote entscheiden, wie gesagt unter Beteiligung des Finanzausschusses.

Es muss dann die formwechselnde Umwandlung der jeweiligen Anstalt des öffentlichen Rechts in eine GmbH zum Handelsregister angemeldet werden; der Vollzug dieser Anmeldung durch die Eintragung ins Handelsregister verlangt ebenfalls einen gewissen zeitlichen Vorlauf.

Mit der Eintragung wird der Formwechsel dann wirksam werden. Entscheidend dabei ist, dass zu diesem Zeitpunkt die Beleihung hinsichtlich des Maßregelvollzugs und der präventiven Unterbringung wirksam wird.

Mit dem Wirksamwerden des Formwechsels sollen dann nach dem jeweiligen Kaufvertrag die Anteile auf den Erwerber übergehen, wobei ein gewisser zeitlicher Nachlauf wegen möglicher kartellrechtlicher u.ä. Klärungen wohl unvermeidlich ist.

D. Resümee

Der Ihnen vorliegende Gesetzentwurf ist eine unverzichtbare Grundlage für dieses weitere Verfahren. Nach meiner Einschätzung ermöglicht er insgesamt eine Abwicklung des Privatisierungsvorhabens, die den Interessen des Landes als Veräußerer und zugleich den öffentlichen Interessen an einer sachgerechten Erfüllung der bisherigen Aufgaben der Fachkliniken gerecht wird.

Zu einigen Einzelfragen sind sicherlich im Verlaufe der Beratungen noch Klarstellungen oder Feinabstimmungen zu rechtstechnischen Einzelfragen zweckmäßig. Landesregierung und Beraterteam haben einige Anregungen hierfür vorbereitet, die dem Ausschuss zur Verfügung gestellt worden sind bzw. noch werden. Hierfür erbitte ich Ihr offenes Ohr.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Wolfgang Ewer, Rechtsanwalt
u. Fachanwalt f. Verwaltungsrecht