



Stellungnahme des Anwalts der imland gGmbH

VO/2023/081 öffentlich <i>FD 1.3 Gremien und Recht</i>	Mitteilungsvorlage öffentlich Datum: 17.02.2023 Ansprechpartner/in: Julian Detmer Bearbeiter/in: Malthe Riksted

<i>Datum</i>	<i>Gremium (Zuständigkeit)</i>	<i>Ö / N</i>
10.03.2023	Hauptausschuss (Kenntnisnahme)	Ö

Begründung der Nichtöffentlichkeit

Sachverhalt

Die Stellungnahme findet sich in der Anlage.

Relevanz für den Klimaschutz

Finanzielle Auswirkungen

Anlage/n:

1	230216_LRA_rechtliche Rahmenbedingungen
---	---



ENDEMANN.SCHMIDT
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

ENDEMANN.SCHMIDT Arnulfstraße 56 . 80335 München

Per E-Mail: rolf-oliver.schwemer@kreis-rd.de
Kreis Rendsburg-Eckernförde
Der Landrat
Herrn Dr. Rolf-Oliver Schwemer
Kaiserstraße 8
24768 Rendsburg

imland gGmbH wg. Insolvenzverfahren/Dual Track
hier: rechtliche Rahmenbedingungen
Unser Zeichen: 1000-23

Ansprechpartner: Dr. Harald Endemann
Durchwahl: +49.89.2000568-10
E-Mail: harald.endemann@es-law.de

München, den 16.02.2023

Sehr geehrter Herr Landrat,
lieber Rolf-Oliver,

auf unsere geführten Gespräche komme ich zurück. Wie gewünscht fasse ich die aus Sicht der imland gGmbH wesentlichen Gesichtspunkte für eine Kooperation mit der Landeshauptstadt Kiel (LHK) bzw. - auf Ebene der Gesellschaften - zwischen der imland gGmbH und der Städtisches Krankenhaus Kiel GmbH (SKK) nachfolgend zusammen.

Der Begriff „Kooperation“ umfasst dabei jede Form des Zusammenwirkens von Kreis und LHK als Mitgesellschafter in einer Gesellschaft.

Zusammengefasst bin ich der Ansicht, dass zunächst das Sanierungskonzept der imland gGmbH umgesetzt werden sollte, und zwar im Insolvenzverfahren.

Eine Kooperation mit der LHK bzw. dem SKK halte ich für einen vielversprechenden Ansatz, der aber in entscheidenden Punkten ohnehin einer Vorklärung bedarf und daher konkret erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens angegangen werden kann. Eine Umsetzung noch in diesem Jahr halte ich kaum für möglich.

MÜNCHEN

Arnulfstraße 56
80335 München
T +49.89.2000568-0
F +49.89.2000568-99

HAMBURG

Tarpen 40 . Gebäude 9
22419 Hamburg
T +49.40.5393231-80
F +49.40.5393231-89

RECHTSANWÄLTE

Dr. Harald Endemann*¹
Dr. Katja Endemann*¹
Dr. Markus Steinmetz, Dipl.-Kfm.*¹
Dr. Konrad Maria Weber*¹
Katharina Hampf*¹
Dr. Uta Strothmeyer, LL.M. oec.¹
Katrin Rupf¹
Michael Wübbeke, LL.M.²
Sarah Kassen, LL.M.¹
Claudia Schwarzlose²
Patrick Weik²
Alexander Lindemann¹

Dr. Monika Hartl, LL.M., Of Counsel¹

*Partner der Partnerschaftsgesellschaft

¹München

²Hamburg

INTERNATIONAL NETWORKS

JosephTanJudebenny | JTJB



Bankverbindung

Stadtsparkasse München
IBAN: DE33 7015 0000 1003 6700 21
SWIFT-BIC: SSKMDEMM

Hamburger Sparkasse
IBAN: DE76 2005 0550 1311 1241 90
SWIFT-BIC: HASPDEHHXXX

USt-Id-Nr. DE296541277

Sitz der Partnerschaft: München
AG München PR 1369

1. Rechtliche Voraussetzungen für eine Kooperation

Nachfolgend kurz die wesentlichen Eckpunkte:

1.1. Kartellrecht

1.1.1. Mit erheblicher Wahrscheinlichkeit unterliegt eine Kooperation zwischen Kreis und LHK der **Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt.**

Maßgeblich hierfür ist, dass Kreis und LHK mit den von ihnen abhängigen (d. h. grundsätzlich im Mehrheitsbesitz stehenden) Tochtergesellschaften zusammengenommen die Schwelle der Umsatzerlöse von EUR 500 Mio. p. a. überschreiten.

Damit ist eine Anmeldung der Kooperation beim Bundeskartellamt und die Freigabe (oder der Nichteintritt ins Hauptprüfungsverfahren) zwingend vorgeschrieben, und ohne eine solche Durchführung besteht ein Vollzugsverbot.

Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und führt zwingend dazu, dass das BKartA eine Entflechtung, d. h. eine Rückgängigmachung der Fusion anordnen wird. Dies führt zu bestandsgefährdenden Risiken für die beteiligten Unternehmen.

1.1.2. Vorliegend bestehen einige Anhaltspunkte, die eine kartellrechtliche Freigabe gut vorstellbar erscheinen lassen, insbesondere hilft hier die starke Stellung des UKSH auf dem Krankenhausmarkt in Kiel und darüber hinaus.

Trotzdem ist dies keine sichere Sache, und von allen in Betracht kommenden Bietern im Insolvenzverfahren ist das SKK kartellrechtlich sicher der „anfälligste“ Partner.

1.1.3. Die Grenze zum Vollzugsverbot beginnt, sobald rechtlich bindende Vereinbarungen abgeschlossen werden oder die Krankenhäuser beginnen, sich auf tatsächlicher Ebene abzustimmen – der „Klassiker“ ist hier eine Abstimmung des Leistungsangebots oder entsprechend abgestimmte Schritte, die in einem an sich unverbindlichen Letter of Intent (LOI) geregelt sind, ehe eine formelle Freigabe der Fusion da ist.

Dann ist der LOI zwar an sich rechtskonform, die Umsetzung aber nicht.

Rein vorbereitende Tätigkeiten, insbesondere auch eine Due Diligence auf der Basis einer Vertraulichkeitsvereinbarung, sind unschädlich.

Dies muss aber erstens klar dokumentiert und durch eine Aktenlage abgesichert sein, und zweitens darf es auch intern keine Weisungen oder mittelbaren Druck auf die imland gGmbH in Richtung eines abgestimmten Verhaltens mit der LHK oder dem SKK geben.

Eine Umsetzung darf erst nach Abschluss eines verbindlichen Vertrags und nach Freigabe durch das BKartA erfolgen.

1.2. Durchführung einer Due Diligence

Darüber hinaus ist die Durchführung einer Due Diligence zwingend erforderlich.

- 1.2.1. Insoweit verweise ich auf das bereits übersandte Urteil des OLG Oldenburg vom 22.06.2006, Az. 1 U 34/03, das in der Kommentarliteratur weithin Zustimmung erhalten hat und als „herrschende Meinung“ anzusehen ist. Der Bundesgerichtshof hat es im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde abgelehnt, die Revision zuzulassen. Eine nähere Begründung hierfür gab er – wie üblich – nicht. Dies ist ein sehr sicheres Indiz, dass die Entscheidung auch auf die Zustimmung des BGH stößt

BGH, Beschluss vom 14.07.2007, Az. II ZR 165/06

Der Leitsatz Nr. 2 lautet:

Das dem Geschäftsführer bei unternehmerischen Entscheidungen zuzubilligende weite Ermessen ist beim Erwerb eines anderen Unternehmens (hier eines weiteren Klinikbetriebs) überschritten, wenn die Grundlagen, Chancen und Risiken der Investitionsentscheidung nicht ausreichend aufgeklärt worden sind.

Zumindest dann, wenn nicht ausreichende, gesicherte Erkenntnisse über das zu erwerbende Unternehmen vorhanden sind oder wenn vorhandene Informationen Unklarheiten aufweisen, wird eine umfassende "Due Diligence" durchzuführen sein.

- 1.2.2. Diese Grundsätze lassen sich m. E. auch auf öffentlich-rechtliche Gesellschafter übertragen, sie gelten dort *erst recht*. Hierfür spricht schon, dass das Entscheidungsermessen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften durch den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie durch weitere haushaltsrechtliche Grundsätze im Vergleich zu dem weiten Gestaltungsspielräumen im GmbH-Recht eingeschränkt ist.
- 1.2.3. Vorliegend soll eine wechselseitige Beteiligung erfolgen, und das SKK hat im Rahmen des Bieterverfahrens jedenfalls einige Kenntnisse über die imland gGmbH erhalten und wird bei einer Fortsetzung des Bieterverfahrens möglicherweise weitere Kenntnisse erlangen.

Umgekehrt ist dies nicht der Fall.

Mithin würden der Kreis bzw. die imland gGmbH sich ohne Due Diligence „ins Blaue hinein“ an einer gemeinsamen Gesellschaft beteiligen, ohne dass sie die SKK oder den Geschäftsbetrieb der SKK auch nur im Ansatz kennen würden.

Dies ist unzulässig, und zwar sowohl für den Kreis als auch für die imland gGmbH (soweit eine Gestaltungsform gewählt wird, bei der die imland gGmbH mitwirken muss).

1.2.4. Allerdings spricht nichts dagegen, die kartellrechtliche Klärung bereits jetzt in Angriff zu nehmen (durch Aufarbeitung des Sachverhalts und dessen interne rechtliche Bewertung sowie ggf. durch eine informelle Voranfrage an das BKartA).

1.3. Weitere Punkte

Darüber hinaus sind vor einer Kooperation weitere Punkte zu klären, die üblicherweise als auf-schiebende Bedingungen formuliert werden und deren Klärung ebenfalls einige Zeit in Anspruch nimmt, dies betrifft z. B. die **Fördermittelunschädlichkeit** einer Kooperation sowie die **Aufnahme in den Krankenhausplan**. Hierzu ist vorab eine verbindliche Klärung mit dem Ministerium für Justiz und Gesundheit herbeizuführen, da u. U. bei Trägerwechseln eine erneute Bedarf-sprüfung vorzunehmen ist.

Diese Punkte müssen jeweils sorgfältig geklärt werden, um vor unliebsamen Überraschungen geschützt zu sein.

2. **Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren**

Darüber hinaus ist der Zusammenhang mit dem laufenden Insolvenzverfahren zu beachten:

2.1. Hier kann und will ich der vom Gläubigerausschuss zu treffenden Entscheidung nicht vorgreifen, aber aus Sicht der imland gGmbH.

- Ein Angebot des Kreises hätte v. a. deshalb Chancen, weil (und wenn) es in der Durchführung gesichert ist. Je mehr Bedingungen der Kreis wegen laufender Abstimmungen mit der LHK in das Verfahren und in sein Angebot einstellt, desto weniger wahrscheinlich wird es, dass er zum Zuge kommt.
- Dies gilt vor allem dann, wenn die Beschlusslage des Kreises der Sanierung durch die Geschäftsführung gemäß ihrem Sanierungsplan widersprechen würde.

Das heißt: Aus meiner Sicht ist eine Umsetzung des Sanierungsplans der Geschäftsführung zentrale Voraussetzung. Würde die „on hold“ gesetzt, würde dies erstens die Sanierungschancen der imland gGmbH reduzieren, zweitens die Chancen des Kreises, zum Zuge zu kommen, reduzieren und drittens sein Risiko erhöhen, zukünftig weitere Beträge einlegen zu müssen, um eine erneute Insolvenz zu verhindern.

2.2. Ein erheblicher Teil der Unsicherheit im Verfahren rührt daher, dass viele Rahmenbedingungen derzeit gerade im Fluss sind:

- Es ist unklar, welche Voraussetzungen künftig bundesrechtlich für stationäre Versorgungseinrichtungen gelten sollen, und erst recht, wie diese Versorgungsstrukturen finanziert werden sollen.
- Unklar ist weiter, wie das Land sich hierzu positioniert, und unklar ist weiter, welche Rolle dem Standort Eckernförde zukommen soll. Hierzu liegen widersprüchliche Aussagen aus dem politischen Raum vor.
- Und unklar ist, unter welchen genauen Voraussetzungen eine Kooperation mit Kiel (oder einem anderen kommunalen Träger) erfolgen könnte.

Angesichts dessen kann die Geschäftsführung derzeit nur auf der jetzt geltenden Tatsachen- und Rechtsgrundlage planen. Eine Antizipation zukünftig vielleicht geltender Normen und vielleicht zu treffender Entscheidungen ist nicht möglich – weder für imland, noch für den Kreis oder einen anderen Bieter. Denn kein Alternativszenario hat eine derart hohe Umsetzungswahrscheinlichkeit, dass man es als Planungsgrundlage heranziehen könnte.

Derzeit muss die Planung daher auf den jetzt bekannten und gesicherten Tatsachen und Rechtsgrundlagen aufsetzen.

3. Zusammenfassend ergibt sich daraus folgender Schluss:

- Vorrangig muss die Sanierung der imland gGmbH auf der Grundlage der gesicherten Tatsachen sein.
- Über Kooperationen sollte nach Abschluss des Insolvenzverfahrens verbindlich entschieden werden, wenn erstens die Verhältnisse der imland gGmbH geklärt sind, zweitens die notwendigen Vorarbeiten (Due Diligence) durchgeführt sind und drittens auch hinsichtlich der zukünftigen Rahmenbedingungen größere Klarheit herrschen wird.

Bei Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

ENDEMANN.SCHMIDT



Dr. Harald Endemann
Rechtsanwalt