

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Teil 1 Gegenstand, Ziel und Gang der Arbeit	31
A. Einleitung	31
B. Gegenstand und Ziel der Arbeit	35
C. Gang der Untersuchung	36
Teil 2 Die Kooperation	39
A. Gegenstand der Untersuchung	39
I. Definition des Untersuchungsgegenstandes	39
1. Allgemeines Begriffsverständnis	39
2. Kooperation als Rechtsbegriff?	41
a) Anwaltliches Berufsrecht	41
b) Ärztliches Berufsrecht	43
c) Wettbewerbsrecht	44
3. Grundlegende Merkmale einer Kooperation	44
a) Kooperationspartner	45
b) Zusammenarbeit	46
c) Kooperationsziel	47
aa) Im Allgemeinen	47
bb) Erfüllung von Unternehmenszielen	48
cc) Unternehmensziele im Krankenhaussektor	48
(1) Unternehmensziele eines Krankenhauses in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft	49
(a) Qualität	50
(b) Nachhaltigkeit	51
(c) Effizienz	51
(d) Zwischenergebnis	52
(2) Exkurs: Unternehmensziele privatwirtschaftlicher und freigemeinnütziger Krankenhäuser	52
dd) Zwischenergebnis	53

Inhaltsverzeichnis

4. Rechtsdogmatische Merkmale einer Kooperation	53
a) Rechtssubjekte	54
b) Kein Kontrahierungszwang	54
c) Rechtsbindungswille	54
d) Schuldverhältnis gemäß § 241 BGB	55
e) Zweiseitiges Rechtsgeschäft	55
f) Gegenseitiger Vertrag	56
g) Gestaltungs- und Formfreiheit	58
5. Zusammenfassende Definition der Kooperation	58
II. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes zu anderen Kooperationen	58
1. Plankrankenhaus	59
2. Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft	61
3. Rechtsform einer Kapitalgesellschaft	65
4. Gesellschaftssitz in Hessen	66
B. Dogmatische Einordnung des Untersuchungsgegenstandes	66
I. Öffentlich-rechtlicher Vertrag	66
1. Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes Hessen	66
2. Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrages	67
a) Vertrag	67
b) Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	67
aa) Verwaltungstätigkeit	68
bb) Daseinsvorsorge als öffentliche Aufgabe	68
cc) Durch den Staat oder sonstige Verwaltungsträger	70
dd) Öffentlich-rechtliches Handeln?	75
3. Ergebnis	77
II. Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz: Kooperationsvertrag als neuer Vertragstypus?	77
1. Kooperationsvertrag als neue Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages	80
2. Voraussetzungen des Kooperationsvertrages	81
a) Öffentlichrechtlichkeit der Kooperation	81
b) Weitere Voraussetzungen, insb. Vertragspartner der Kooperation	85
aa) Public-private-Partnership	86

bb) Behörde als Vertragspartner	86
cc) Privater als Vertragspartner	87
(1) Klassischer Begriff des Privaten	87
(2) Eigengesellschaften von Kommunen	87
(3) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	88
(4) Ausschluss von Kooperationsverträgen zwischen Verwaltungsträgern	89
3. Stand des Novellierungsvorhabens und aktuelle Entwicklungen	89
4. Ergebnis	91
III. Privatrechtliche Austauschverträge	92
1. Dienstvertrag oder Werkvertrag	93
a) Erfolg	93
b) Vergütung	94
c) Zwischenergebnis	95
2. Tausch	96
3. Geschäftsbesorgungsvertrag	96
4. Gegenseitigkeit und Austauschverhältnis i. S. d. § 320 BGB	97
a) Gegenseitigkeit	98
b) Austauschverhältnis	98
c) Zwischenergebnis	99
5. Ergebnis	100
IV. Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts	100
1. Voraussetzungen der Entstehung und Wesen einer GbR	101
a) Vertragliche Dauerbeziehung	101
b) Gemeinsamer Zweck und Förderpflicht	102
aa) Gemeinsamer Zweck	103
bb) Zweckförderpflicht	104
c) Treuebindung	105
d) Unschädlichkeit des fehlenden Gründungsbewusstseins	106
e) Zwischenergebnis	107
2. Abgrenzung zu anderen Gemeinschaftsformen	107
a) Abgrenzung zur Bruchteilsgemeinschaft	107
b) Abgrenzung zum nichtrechtsfähigen Verein	108
c) Abgrenzung zur Handelsgesellschaft	109
d) Abgrenzung zur Partnerschaft i. S. d. PartGG	110

e)	Abgrenzung zur stillen Gesellschaft	111
f)	Abgrenzung zu gesellschaftsrechtsähnlichen Rechtsverhältnissen	112
aa)	Gemischter Vertrag	114
bb)	Atypischer Vertrag	115
cc)	Zwischenergebnis	117
3.	Exkurs: Fortgeltung von Berufspflichten	117
4.	Unterscheidung von Außen- und Innengesellschaft	118
a)	Definition des Hauptabgrenzungsmerkmals	118
aa)	Rechtsverkehr	120
bb)	Teilnahme am Rechtsverkehr	120
cc)	Werbung mit der Kooperation?	121
dd)	Zwischenergebnis	122
b)	Ausgangspunkt für die Unterscheidung	122
aa)	Gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen	123
bb)	Tatsächliches Erscheinungsbild	123
cc)	Weitere Indizien zur Unterscheidung	124
(1)	Name der Gesellschaft	124
(2)	Vertretungsmacht i. S. d. § 714 BGB	125
(3)	Bildung von Gesellschaftsvermögen	125
dd)	Wechsel des gesellschaftsrechtlichen Charakters	127
c)	Konsequenzen der Unterscheidung	128
5.	Zwischenergebnis	128
V.	Ergebnis	129
C.	Haftungsrechtliche Auswirkungen einer Kooperation als GbR	129
I.	Haftungsregime der Außengesellschaft	130
1.	Verbindlichkeiten der Gesellschaft	130
2.	Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft	130
a)	Akzessorische Haftung	131
b)	Unbeschränkte und unmittelbare Haftung	132
c)	Haftungsumfang	132
3.	Haftung der Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft	132
a)	Fortbestehen der persönlichen Gesellschafterhaftung	133
b)	Nachschusspflicht der Gesellschafter bei Verlust	133

4. Haftung der Gesellschafter bei Ausscheiden aus der Gesellschaft	134
II. Haftungsrechtliche Fragen bei der Innengesellschaft	134
III. Haftung der Gesellschafter im Innenverhältnis	135
IV. Haftungsbeschränkungen	136
1. Grundsatz der unbeschränkten Gesellschafterhaftung	136
2. Gesellschaftervereinbarung	136
3. Individualvereinbarung	137
4. Haftungsbeschränkende Klausel in AGB der Gesellschaft	138
5. Weitere Ausnahmen vom Grundsatz der unbeschränkten Gesellschafterhaftung	140
a) Gesellschaft mit ideellem oder gemeinnützigem Zweck	140
aa) Ideeller Zweck des Untersuchungsgegenstandes	141
bb) Abgrenzung zur Gemeinnützigkeit	143
cc) Mangelnde Gewinnerzielungsabsicht	145
dd) Praxistauglichkeit der Haftungsbeschränkung	146
b) Beschränkung der Vertretungsmacht	147
V. Exkurs: Missbräuchliches Handeln eines Gesellschafters	148
VI. Ergebnis	149
D. Steuerrechtliche Auswirkungen einer Kooperation als GbR	149
I. Steuersubjekt und steuerliche Pflichten	150
II. Steuerliche Behandlung einer Kooperation als GbR	151
1. Einkommen- und Gewerbesteuer	151
a) Mitunternehmerschaft	152
b) Außen- und Innengesellschaft	153
c) Gewinnerzielungsabsicht	153
d) Exkurs: Gemeinnützigkeit i. S. d. §§ 51 ff. AO	155
e) Zwischenergebnis und gewerbesteuerliche Auswirkungen	158
2. Umsatzsteuer	159
a) Außen- und Innengesellschaft	159
b) Leistungen der Gesellschaft	160
aa) Leistungen der Gesellschaft an gesellschaftsfremde Dritte	160
bb) Leistungen der Gesellschaft an Gesellschafter	161
c) Zwischenergebnis	162

III. Ergebnis	162
Teil 3 Die Kooperation als GbR und ihre Vereinbarkeit mit den Vorschriften zur wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen in Hessen	165
A. Einführung	165
B. Gesetzeslage in Hessen	167
I. Hessische Gemeindeordnung	167
1. Wirtschaftliche Betätigung der Kommune	167
a) Begriff der wirtschaftlichen Betätigung	167
b) Nichtwirtschaftliche Betätigung	167
aa) Kooperation als kommunale Pflichtaufgabe nach § 3 Abs. 1 HKHG 2011?	168
bb) Kooperation als vermeintlich kommunale Pflichtaufgabe nach § 4 HKHG 2011?	170
cc) Kooperation als Tätigkeit auf dem Gebiet des Gesundheitswesens	171
dd) Kooperation als Annex­tätigkeit zum Betrieb eines Krankenhauses	171
(1) Kapazitätsauslastende Annex­tätigkeiten	172
(2) Kapazitätserweiternde Annex­tätigkeiten	174
(3) Zwischenergebnis	175
c) Kommunalrechtliche Klassifizierung des Untersuchungsgegenstandes	176
2. Beteiligung der Gemeinde an Gesellschaften	176
a) Allgemeines	177
b) Wichtiges Interesse	178
c) Begrenzung der Haftung der Kommune	179
aa) Außengesellschaft	180
bb) Innengesellschaft	181
cc) Zwischenergebnis	181
d) Angemessener Einfluss der Gemeinde	182
e) Rechnungslegung	186
f) Kommunalaufsichtliche Befreiung von den Zulässigkeitsvoraussetzungen	188
aa) Zweck der Vorschrift	188

bb)	Abgrenzung zum kommunalaufsichtlichen Genehmigungsvorbehalt	189
	(1) Rechtsnatur des Genehmigungsvorbehalts	189
	(2) Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt	191
	(3) Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt als selbständiges Rechtsinstitut	192
cc)	Voraussetzungen einer kommunalaufsichtlichen Befreiung	192
	(1) Formelle Voraussetzungen	192
	(a) Mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt	192
	(b) Begünstigender Verwaltungsakt	193
	(c) Schriftformerfordernis nach § 143 HGO	193
	(d) Rechtsfolgen der Nichtbeachtung der Schriftform	195
	(2) Materielle Voraussetzungen	196
g)	Auswirkungen auf den praktischen Umgang mit Kooperationen	196
	aa) Außengesellschaft	197
	bb) Innengesellschaft	198
	cc) Zwischenergebnis	198
3.	Anzeigepflicht nach § 127a HGO	198
	a) Anzeigepflichtige Sachverhalte	199
	b) Anzeigeverfahren	200
	c) Unterlassen der Anzeige	200
4.	Ergebnis	201
II.	Hessische Landkreisordnung	202
III.	Exkurs: Hessisches Universitätsklinikengesetz	202
	1. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung	203
	2. Eingehung gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen	203
	3. Rechtsaufsicht	204

C. Rechtsfolgen einer kommunalrechtlich unzulässigen Kooperation	204
I. Kommunalrechtliche Rechtsfolgen	205
1. Rechtswirksamkeit einer kommunalrechtlich unzulässigen Kooperation	205
a) Bedeutung der Vorschrift des § 134 HGO	206
b) Schwebende Unwirksamkeit als Rechtsfolge fehlender Genehmigung	207
c) Entsprechende Anwendbarkeit des § 134 Abs. 1 HGO auf repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	208
d) Entsprechende Anwendbarkeit des § 134 HGO auf Rechtsgeschäfte kommunaler Unternehmen	210
e) Zwischenergebnis	211
2. Wesen der Kommunalaufsicht	212
a) Funktion der Kommunalaufsicht	212
b) Kommunalaufsicht in Hessen	214
c) Adressat kommunalrechtlicher Aufsichtsmaßnahmen	215
aa) Gemeinde	215
bb) Aufsichtsbehördliche Einwirkungsmöglichkeiten auf kommunale Unternehmen	215
d) Allgemeine Grundsätze der Kommunalaufsicht	217
aa) Gemeindefreundlichkeit	217
bb) Opportunitätsprinzip	218
cc) Verhältnismäßigkeit	219
dd) Grundsatz der Gleichbehandlung	220
3. Kommunalrechtliche Aufsichtsmittel	220
a) Formloses Aufsichtsmittel: Beratung	221
b) Förmliche Aufsichtsmittel	223
aa) Unterrichtung nach § 137 HGO	223
(1) Bedeutung der Vorschrift	223
(2) Inhaltliche Beschränkung	224
(3) Formen der Informationsbeschaffung	224
(4) Unterrichtung durch das kommunale Unternehmen	225
(a) Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG	225

(b) Grenzen des Informationsrechtes	227
bb) Beanstandung nach § 138 HGO	227
(1) Aufhebung	227
(a) Gegenstand der Aufhebung	227
(b) Rechtsverletzung durch gemeindliche Maßnahme	228
(c) Rechtswirkung der Aufhebung	229
(d) Auswirkungen auf das kommunale Unternehmen	229
(aa) Rechtmäßigkeit der Aufhebung eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung	229
(bb) Rechtsfolgen der Aufhebung eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung	231
(2) Rückgängigmachung von Folgemaßnahmen	232
cc) Anweisung nach § 139 HGO	232
(1) Bedeutung der Vorschrift	232
(2) Voraussetzungen der Anweisung	233
(3) Rechtswirkung der Anweisung	234
(4) Auswirkungen auf das kommunale Unternehmen	234
(a) Verstoß gegen gemeindliche Einwirkungsverantwortung	234
(b) Gemeindliche Einwirkung durch sachliche Leitung	235
(c) Gemeindliche Einwirkung durch personelle Besetzung	236
(d) Weitere Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde	236
dd) Ersatzvornahme nach § 140 HGO	237
(1) Voraussetzungen der Ersatzvornahme	237
(2) Gegenstand der Ersatzvornahme	238
(3) Rechtswirkung der Ersatzvornahme	238
(4) Auswirkungen auf das kommunale Unternehmen	239
ee) Weitere Aufsichtsmittel	239
(1) Bestellung eines Beauftragten nach § 141 HGO	239

(2) Auflösung der Gemeindevertretung nach § 141a HGO	240
4. Anforderungen an gemeindliches Beteiligungsmanagement	241
a) Rechtlicher Rahmen und Begriffsdefinition	242
b) Aufgaben und Organisation	243
aa) Beteiligungsverwaltung	243
bb) Mandatsbetreuung	244
cc) Beteiligungscontrolling	245
c) Beachtung der kommunalrechtlichen Vorschriften	245
II. Zivilrechtliche Rechtsfolgen	246
1. Lehre von der Teilrechtsfähigkeit	247
2. Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	250
a) Voraussetzungen der fehlerhaften Gesellschaft	251
aa) Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag	251
(1) Parteiwille	251
(2) Rechtliches Defizit	252
(3) Keine Teilnichtigkeit	253
(a) Objektive Teilnichtigkeit	253
(b) Subjektive Teilnichtigkeit	254
bb) Vollzug des Gesellschaftsvertrages	256
cc) Kein Vorrang schutzwürdiger Interessen	256
(1) Schutz öffentlicher Interessen?	257
(2) Schutzwürdige Interessen des kommunalen Krankenhaus-Unternehmens?	258
b) Rechtsfolgen	259
c) Geltendmachung der Mangelhaftigkeit	260
d) Anwendbarkeit auf Innengesellschaften	262
e) Zwischenergebnis	263
3. Anspruch auf Auseinandersetzung	264
a) Durchsetzungssperre	265
b) Ausnahmen von der Durchsetzungssperre	266
4. Schadensersatzansprüche aus fehlerhafter Gesellschaft	266
a) Schadensersatzansprüche des Kooperationspartners	267
aa) Schadensersatz aus Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten	267
(1) Verletzung einer Aufklärungspflicht	267
(2) Exkurs: Geltung der Aufklärungspflicht für Gemeinden	268

(3) Ersatz des Vertrauensschadens dem Grunde nach	268
(4) Mitverschulden des Kooperationspartners?	269
bb) Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz	271
cc) Schadensersatz aus § 826 BGB	273
dd) Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB	273
ee) Schadensersatz aus § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG	274
(1) Pflichtverletzung durch Geschäftsführer	274
(2) Pflichtverletzung durch Kommunalaufsichtsbehörde	275
b) Schadensersatzansprüche der Gemeinde gegen Geschäftsführung	277
aa) Schadensersatz aus § 43 GmbHG	277
bb) Schadensersatz aus § 179 BGB	279
5. Wettbewerbsrechtliche Auswirkungen	280
a) Gesetzesverstoß als unlautere Handlung	280
aa) Frühere Rechtslage	281
bb) Neuausrichtung der Rechtsprechung	282
cc) UWG-Novelle 2015	283
b) Marktverhaltens- und Marktzugangsregelungen	284
c) §§ 121 ff. HGO als bloße Marktzugangsregelungen	285
d) Öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung	286
aa) Verwaltungsgerichtliches Verfahren	286
(1) Hoheitliches Handeln	286
(2) Subjektives Recht	288
(3) Zwischenergebnis	289
bb) Einleitung eines aufsichtsbehördlichen Verfahrens	289
Teil 4 Vergabe- und beihilfenrechtliche Implikationen	291
A. Vergaberechtliche Aspekte	291
I. Systematik des Vergaberechts	292
1. Rechtsquellen	292
2. Struktur des deutschen Vergaberechts	294
a) Vierter Teil des GWB	295
b) Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge	295

Inhaltsverzeichnis

c) Vergabe- und Vertragsordnungen	295
d) Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz	296
3. Anwendung des Vergaberechts	296
a) Oberhalb der Schwellenwerte	296
b) Unterhalb der Schwellenwerte	297
II. Persönlicher Anwendungsbereich	298
1. Oberhalb der kartellvergaberechtsrelevanten Schwellenwerte	298
a) Gründung zwecks Erfüllung von im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art	298
b) Staatsgebundenheit	300
aa) Aufsicht über die Leitung	301
bb) Mehrheitliche Organbesetzung	301
cc) Überwiegende Finanzierung	302
2. Unterhalb der kartellvergaberechtsrelevanten Schwellenwerte	303
III. Sachlicher Anwendungsbereich	304
1. Gründung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts	305
2. Gesellschaftsgründung mit Beschaffungsbezug	306
3. Kooperationsgegenstand als Beschaffungsvorgang i. S. d. § 103 GWB?	307
a) Lieferung, Bau- oder Dienstleistung	308
b) Entgeltlichkeit	309
c) Dienstleistungskonzession	309
aa) Recht zur Nutzung der Dienstleistung als Gegenleistung	310
bb) Übernahme des Betriebsrisikos	311
d) Zwischenergebnis	314
IV. Ausschreibungspflicht	314
V. Ausnahme von Ausschreibungspflicht	315
1. In-house-Privileg	315
a) Alleiniger Anteilsbesitz von öffentlichen Auftraggebern	315
b) Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle	316
c) Wesentlichkeitskriterium	317
d) Kooperation als In-house-Geschäft?	318
2. Interkommunale Zusammenarbeit	319
a) Grundsatz	319

b) Voraussetzungen	319
aa) Gemeinsame öffentliche Aufgabenwahrnehmung	320
bb) Ausschließliche Beteiligung öffentlicher Stellen	320
cc) Keine wettbewerbsrechtliche Besserstellung eines privaten Dienstleistungsempfängers	321
dd) Verfolgung im öffentlichen Interesse liegender Ziele	321
ee) Sonstige Voraussetzungen	321
c) Kooperation im Sinne einer interkommunalen Zusammenarbeit?	322
VI. Rechtsfolgen der Missachtung des Vergaberechts	322
1. Oberhalb der kartellvergaberechtsrelevanten Schwellenwerte	323
a) Schwebende Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrages	323
b) Schadensersatzansprüche gegen Auftraggeber	325
2. Unterhalb der kartellvergaberechtsrelevanten Schwellenwerte	326
B. Beihilfenrechtliche Aspekte	326
I. Begünstigung	327
1. Geldwerter Vorteil	327
2. Angemessenheit der Gegenleistung	328
a) „Private investor“-Test	329
b) Ausschreibungsverfahren	329
II. Staatlicher oder aus staatlichen Mitteln gewährter Vorteil	331
III. Rechtsfolgen	333
C. Ergebnis	334
Teil 5 Zusammenfassung der Ergebnisse	337
Literaturverzeichnis	349