

KARTELL-, VERGABE- UND BEIHILFERECHT

März 2018

UPDATE

Vergabenews: GroKo und VOB/A

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD sieht zur weiteren Vereinheitlichung des Vergaberechts eine Prüfung der Zusammenführung von Verfahrensregeln für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen einerseits und von Bauleistungen andererseits in einer einheitlichen Vergabeverordnung vor.

In den Zeilen 2924 bis 2927 des Koalitionsvertrages vom 07.02.2018 findet sich dazu folgendes:

„Zur weiteren Vereinheitlichung des Vergaberechts prüfen wir die Zusammenführung von Verfahrensregeln für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen einerseits und von Bauleistungen andererseits in einer einheitlichen Vergabeverordnung.“

Die Tage der VOB/A, die die letzte Vergaberechtsreform nur mit härtester Lobbyarbeit überlebte, könnten vor diesem Hintergrund gezählt sein. Wir werden selbstverständlich weiter berichten...

Kartellrecht

Markenprodukte in selektiven Vertriebssystemen einschließlich Internetvertrieb

EuGH, Urt. v. 06.12.2017, Rs. C-230/16 – Coty Germany

Markenprodukte werden häufig über sog. selektive Vertriebssysteme vertrieben. Dies sind Systeme, in denen sich ein Hersteller bzw. Anbieter von Produkten dazu verpflichtet, diese nur an Händler zu verkaufen, die er anhand von zuvor festgelegten Merkmalen ausgewählt hat. Die Händler verpflichten sich, nicht an Händler zu verkaufen, die innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb des Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Damit wird der Schutz des Marken- bzw. Produktimages bezweckt. Inwieweit das zulässig ist, ist in der Praxis häufig umstritten. Mit seiner Entscheidung vom 06.12.2017 hat der EuGH den Schutz eines „Luxusimages“ als Grund der Errichtung eines sog. selektiven Vertriebssystems kartellrechtlich anerkannt:

Der Kosmetik-Hersteller Coty Germany vertreibt weltweit Kosmetik-Produkte, in Deutschland u.a. unter der Marke „Prestige“ über akkreditierte Händler. Er hat die Parfümerie

„Akzente“ als Händlerin akzeptiert, weil sie die Anforderungen des Systems an Ladengeschäfte erfüllt. Diese setzt die Produkte allerdings auch online – z.T. über einen eigenen Shop und z.T. über amazon.de – ab.

In einem Depotvertrag hat sich Coty Germany die Zustimmung zu jeder konkreten Absatzstätte des Händlers, die Kriterien über Umgebung, Ausstattung und Einrichtung genügen muss, vorbehalten. Die Absatzstätten müssen so gekennzeichnet sein, dass nicht der Eindruck einer „eingeschränkten Warenauswahl, minderwertigen Ausstattung oder mangelhaften Beratung“ erweckt wird. Name des Händlers, Zusätze oder Firmenslogans dürfen die Schauffläche nicht verdecken. Ein Verkauf über das Internet ist prinzipiell erlaubt, jedoch nur in einem Rahmen, in dem der Internetauftritt gleichsam als elektronisches Schaufenster des Händlers fungiert. Weder darf ein anderer Name geführt noch ein Drittunternehmen

einbezogen werden. Daneben ist es den akkreditierten Händlern unter bestimmten Bedingungen erlaubt, Werbung in Suchmaschinen sowie auf Plattformen Dritter zu schalten. Coty Germany hat sich dagegen gewandt, dass „Akzente“ die Waren auch über die Plattform „Amazon.de“ vertreibt.

Der EuGH, dem das OLG Frankfurt a.M. den Fall zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, stellt zunächst noch einmal klar, dass selektive Vertriebssysteme schon mangels einer Beschränkung von Wettbewerb mit dem Tatbestand des Kartellverbots vereinbar seien, wenn

- erstens die Auswahl der Wiederverkäufer anhand objektiver Kriterien qualitativer Art erfolgt und diese
- zweitens einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer gelten und diskriminierungsfrei angewendet werden, sofern
- drittens die Eigenschaften des fraglichen Produktes zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz erfordern und
- viertens die festgelegten Kriterien das erforderliche Maß nicht überschreiten.

Die dritte Voraussetzung hat nun der EuGH dahingehend präzisiert, dass auch der Prestigecharakter einer Ware, der auf ihrer luxuriösen Ausstrahlung beruht, eine Eigenschaft sei, die durch ein selektives Vertriebssystem gesichert werden könne. Ein Verbot des Vertriebs über erkennbar von Dritten betriebene Internet-Plattformen sei bei objektiver, einheitlicher und diskriminierungsfreier Anwendung grundsätzlich geeignet, das Image der Luxuswaren sicherzustellen bzw. nicht zu gefährden, weil über Plattformen Waren aller Art verkauft würden. Das Verbot sei auch angemessen, weil es den Vertrieb über das Internet nur bezüglich Amazon untersage.

Es beschränke den Wettbewerb nicht gravierend: Insbesondere werde ein Verkauf an bestimmte Kundengruppen nicht verboten. Kunden von Drittplattformen seien innerhalb der Gruppe der Online-Käufer nicht abgrenzbar. Nur bestimmte Formen des Internetverkaufs würden eingeschränkt. Den Händlern stehe es frei, über Suchmaschinen und auf Drittan-

bieterplattformen zu werben und so Kunden auf ihre Internetseite zu locken.

Praxishinweis:

Selektive Vertriebssysteme kartellrechtskonform auszugestalten, bleibt auch nach der Entscheidung des EuGH eine schwierige Aufgabe. Zwar steht nun fest, dass der Schutz eines Luxusimages als Grund für Beschränkungen des Internetvertriebs erhalten kann. Notwendig ist eine genaue Analyse der betroffenen Produkte, ihrer Eigenschaften sowie der Ausgestaltung des Systems. Konformität mit dem Kartellverbot setzt insbesondere die Beachtung folgender Vorgaben voraus:

- Selektiver Vertrieb muss einheitlich strukturiert werden. Die qualitativen Anforderungen an den stationären Verkauf sollten die gleichen Ziele verfolgen wie jene an den Onlinehandel. Ein Verkauf über Discounter etwa sollte deshalb im stationären Handel unterbleiben.
- Alle Anforderungen des Vertriebssystems müssen diskriminierungsfrei angewandt werden.
- Die durch das Selektivsystem auferlegten Beschränkungen dürfen nicht unverhältnismäßig sein. Internetvertrieb darf nicht schlechthin ausgeschlossen werden. Hingegen kann es bei vergleichbaren Anforderungskriterien an den stationären und den virtuellen Handel zulässig sein, den Absatz über nach außen erkennbare Drittanbieterplattformen zu untersagen, solange und soweit Werbung über Suchmaschinen und Drittplattformen möglich bleibt.
- Herkunft, Qualität und Image einer Marke dürfen durch die Art des selektiven Vertriebs nicht beeinträchtigt werden. Deshalb wird zu erwägen sein, die Vorgaben des EuGH nicht nur auf Luxusprodukte (die ohnehin kaum rechtssicher abgrenzbar sind), sondern auch auf Markenprodukte zu erstrecken.

Wenn diese Anforderungen nicht vollständig erfüllt werden können, wird Wettbewerb beschränkt. Dies ist nur in den engen Grenzen der Vertikal-GVO oder in Ausnahmefällen zu rechtfertigen. Wo dann die Grenzlinien zwischen Kartellrechtskonformität und -widrigkeit verlaufen, kann nur anhand einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalls ermittelt werden.

Kartellrecht

Erste Gerichtsentscheidung zum Lkw-Kartell! – Beweiserleichterungen für die Kläger

LG Hannover, Urt. v. 18.12.2017 – 18 O 8/17

Schadensersatzansprüche von Kartellgeschädigten sind seit mehr als einem Jahrzehnt integraler Bestandteil der Durchsetzung des Kartellrechts. Die Verfasser der im Juni 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle haben zuletzt weitere Instrumente im GWB, die ihre erfolgreiche Geltendmachung för-

dern und erleichtern sollen, implementiert. Als erstes Gericht hat nun das LG Hannover ein Urteil zu Gunsten von durch das sog. Lkw-Kartell Geschädigten gesprochen und sogar Teile der neuen Regelungen vorwiegend angewendet.

Die Europäische Kommission hatte mit Beschluss vom 19.07.2016 gegen die Lkw-Hersteller Daimler, Volvo/Renault, Iveco und DAF Kartellbußen in Höhe von fast 3 Mrd. EUR und mit Beschluss vom 27.09.2017 gegen den Lkw-Hersteller Scania ein weiteres Bußgeld in Höhe von 880 Mio. EUR verhängt. Von der Verhängung einer Geldbuße gegen den Hersteller MAN hatte sie dagegen abgesehen, da MAN als Kronzeuge fungiert und sich bei der Aufklärung kooperativ gezeigt hatte. Das Gesamtbußgeld ist das höchste in der Geschichte der EU. Die Lkw-Hersteller hatten sich zwischen 1997 und 2011 erstens über Preise und Bruttolistenpreiserhöhungen für mittelschwere und schwere Lkw. Zweitens hatten sie sich über den Zeitplan und die Weitergabe der Kosten für die Einführung von Emissionstechnologien für Lkw verständigt.

Infolge kartellbedingter Preiserhöhungen soll laut öffentlicher Medien ein Gesamtschaden von mehr als 1 Mrd. EUR entstanden sein. Eine Vielzahl der Geschädigten – darunter kommunale Unternehmen, Transport- und Speditionsunternehmen – hat bereits Schadensersatzklagen eingereicht: zum Jahreswechsel 2017/18 waren bereits mehr als einhundert anhängig. Klagerisiken und -kosten haben ferner eine Gruppe von mehr als 3.200 Fuhrunternehmen und Spediteuren aus neun europäischen Ländern veranlasst, über den Bundesverband Güterverkehr Logistik und Entsorgung (BGL) und die Financialrights Claims GmbH vor dem LG München I zu klagen. Weitere 40 Logistik- und Handelsunternehmen, Flughafenbetreiber sowie die Bundeswehr haben ihre Ansprüche an die Deutsche Bahn abgetreten und ebenfalls beim LG München I anhängig gemacht. Die Cartel Damage Claims Gesellschaft CDC hat bereits im Juli 2017 für 200 Unternehmen Schadensersatzklage beim Bezirksgericht Amsterdam erhoben.

Dem Urteil des LG Hannover vom 18.12.2017 liegt eine Klage der Stadt Göttingen gegen die Beklagte MAN zugrunde (Schaden: 335.000 EUR; Feuerwehr- und Stadtreinigungsfahrzeuge). Das Gericht hat ihr teilweise stattgegeben und die Entscheidung über die genaue Höhe dem Bettragsverfahren vorbehalten. Das Urteil ist nicht rechtskräftig: MAN hat angekündigt, gegen das Urteil Berufung einzulegen.

Das LG Hannover sieht sich an die Feststellungen der Europäischen Kommission über den Kartellverstoß gebunden. Nicht von dieser sog. Feststellungswirkung kann indes die Frage, ob der Klägerin ein Schaden entstanden sei, erfasst sein, denn die Kartellbehörde bebußt lediglich umsatzbezogen, ermittelt aber keine individuellen Schäden. Das LG erleichtert der Klägerin indes ihre Darlegungs- und Beweislast und stellt – im Anschluss an die ständige Rechtsprechung – fest, dass der erste Anschein für eine allgemein preissteigernde Wirkung des Kartells – und damit fast spiegelbildlich

für einen Schaden der Klägerin – spreche (Kartelldauer und -umfang). Der sog. Anscheinsbeweis erstreckte sich darüber hinaus auch auf die sog. Kartellbetroffenheit der einzelnen Beschaffungsvorgänge.

Der Schaden der Klägerin sei auch nicht dadurch entfallen, dass sie die Preiserhöhung auf Benutzer bzw. Gebührenschuldner der Stadtreinigung abgewälzt habe (sog. „passing on-defense“ der Beklagten). Es fehle bereits an einem sog. Anschlussmarkt, d.h. an einer Weiterlieferung der mit einem Kartellaufschlag belegten Lkw an eigene Abnehmer innerhalb eines von Wettbewerb geprägten Wirtschaftsraums. In der Tat sind auf Anbieterseite die Leistungen der Stadtreinigung weder untereinander noch gegen solche anderer Städte austauschbar; auf Abnehmerseite konkurrieren die Benutzer naturgemäß nicht miteinander um Entsorgungs- und Reinigungsleistungen.

Eine Besonderheit des durch das LG entschiedenen Falls lag in den vertraglichen Bedingungen der Klägerin, die bei den Bestellungen eine pauschalierte Schadensersatzklausel zugrunde gelegt hatte: Auftragnehmer wie MAN sollen für den erwiesenen Fall einer Beteiligung an Kartellabsprachen pauschal zum Ausgleich des entstandenen Schadens bis zu 15% der Auftragssumme zahlen müssen. Das LG Hannover hält die Klausel als für wirksam in die zwischen den Parteien geschlossenen Kaufverträge einbezogen; sie benachteilige die Beklagte auch nicht unangemessen. Der Nachweis eines niedrigeren Schadens als 15% der Auftragssumme im Bettragsverfahren sei nicht ausgeschlossen.

Das LG hat auch zu einer umstrittenen, in Kürze durch den BGH im sog. Grauzement-Verfahren zu klärenden Frage Stellung bezogen: Ist die am 30.06.2005 in Kraft getretene Vorschrift des § 33 Abs. 5 GWB, nach der die Verjährung des Schadensersatzanspruchs während der Durchführung eines kartellbehördlichen Verfahrens gehemmt ist, auch auf solche Ansprüche anzuwenden, die zuvor entstanden sind, aber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle am 30.06.2005 noch nicht verjährt waren? Das Gericht hat dies in sachgerechter Interpretation des Normzwecks, die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im Anschluss an Bußgeldverfahren der Kartellbehörden zu erleichtern, bejaht.

Praxishinweis:

Die Entscheidung des LG Hannover schafft erhebliche Anreize für die Vielzahl der Kartellgeschädigten, ihre Schadensersatzansprüche gerichtlich einzufordern. Bemerkenswert ist vor allem die nüchterne Kürze, mit der die zuständige Kammer zahlreiche Einwände und vermeintliche Streitfragen, die die Beklagte über ihre Prozessbevollmächtigte – wohl verzögerungstaktisch – ausfechten lassen wollte, als nebensächlich oder gar unerheblich abtut.

Das betrifft u.a. die Feststellungswirkung des Bußgeldbe-
scheids. Die Abwehr der passing on-defense fügt sich in eine
Reihe von Entscheidungen anderer Gerichte, die an den Er-
folg ihres Einwands fast unerfüllbare Anforderungen stellen.
Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, dass der zu-
grunde liegende Fall von zahlreichen Besonderheiten geprägt

ist, die Generalisierungen verbieten. Die zentrale Intention
des Gesetzgebers, Schäden Kartellgeschädigter, die oft finan-
ziell angeschlagen sind, rasch, unkompliziert und möglichst
präzise zu kompensieren, darf nicht aus dem Auge verloren
werden.

Vergaberecht

Offensichtliche Eintragungsfehler sind aufzuklären

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.08.2017, VII-Verg 17/17

Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung war eine EU-weite Vergabe
von Entsorgungsdienstleistungen im offenen Verfahren durch
eine nordrhein-westfälische Gemeinde. Die Vergabe richtete
sich nach GWB und VgV.

Die in den Vergabeunterlagen enthaltene Leistungsbeschrei-
bung sah vor, dass der im Gebiet der Auftraggeberin gesam-
melte Abfall vom Auftragnehmer zu den ausdrücklich vorge-
gebenen Anlieferstellen zu transportieren war. Eine Nutzung
eigener Umschlagstellen während der Ausführung des Auf-
trags wurde ausdrücklich nicht zugelassen.

Nach Auswertung der Angebote sollte der Zuschlag an die im
Vergabenachprüfungsverfahren Beigeladene erteilt werden.
Die Antragstellerin rügte daraufhin u.a., dass anzunehmen
sei, dass die Beigeladene beabsichtige, einen eigenen Um-
schlag von Bioabfällen vorzunehmen und damit die Vergabe-
unterlagen ändere.

Tatsächlich enthielt das Angebot der Beigeladenen wider-
sprüchliche Angaben: Sie bestätigte einerseits die Ausfüh-
rung des Auftrags nach Maßgabe der Leistungsbeschreibung.
Gleichzeitig führte sie aus, dass sowohl Restmüll als auch
Bioabfall und Altpapier in ihrer eigenen Umschlagstelle um-
geladen werden solle.

Die Auftraggeberin forderte die Beigeladene aufgrund der
Rüge zur Aufklärung dieses Widerspruchs auf. Dabei bestä-
tigte die Beigeladene erneut die Leistungserbringung nach
den Vorgaben der Leistungsbeschreibung und erklärte die ab-
weichende Aussage mit der versehentlichen Aufnahme eines
Textbausteins aus einer anderen Angebotslegung.

Die Antragstellerin verfolgte mit dem Nachprüfungsverfah-
ren ihre Absicht weiter, dass die Beigeladene vom Vergabe-

verfahren u.a. wegen unzulässiger Änderung der Vergabeun-
terlagen ausgeschlossen werden müsse. Dieser Auffassung
hatte sich die VK Westfalen in der ersten Instanz angeschlos-
sen. Sie hatte damit argumentiert, dass eine Streichung der
den Widerspruch begründenden Angaben eine Änderung
der Vergabeunterlagen bedeute. Nach der Streichung werde
etwas anderes angeboten als mit dem ursprünglichen Ange-
bot. Deshalb müsse der Angebotsinhalt im Wege einer
Auslegung des Angebots nach dem objektiven Empfänger-
horizont ermittelt werden. Dies führe vorliegend jedoch nicht
zu einem eindeutig leistungsbeschreibungskonformen Ange-
botsinhalt.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Davon distanziert sich das OLG Düsseldorf. Nach Auffassung
des OLG lag kein Fall vor, in dem der Angebotsinhalt im Wege
einer Auslegung ermittelt werden musste. Vielmehr habe ein
Widerspruch im Angebot bestanden, der einen Eintragungs-
fehler wahrscheinlich machte. In einem solchen Fall habe
ein Auftraggeber keinen Ermessensspielraum mehr: Er sei
nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, diesen
Widerspruch aufzuklären.

Im konkreten Fall habe die Aufklärung den Widerspruch aus-
geräumt. Die Ausführung des Auftrags nach Maßgabe der
Leistungsbeschreibung sei auch vorher schon im Angebot
enthalten gewesen, so dass hierdurch keine unzulässige Än-
derung des Angebots erfolgte.

Praxishinweis:

Für die Praxis ist diese Entscheidung sehr zu begrüßen. Das
Auftreten versehentlicher Eintragungsfehler, die zu einem
Widerspruch im Angebot des Bieters führen, ist äußerst praxis-
relevant. Mit der Entscheidung ist nun klar gestellt, dass ein
Auftraggeber bei dem Verdacht eines bloßen Eintragungsfeh-
lers nicht nur aufklären darf, sondern sogar muss!

Vergaberecht

Der öffentliche Auftrag im Gewand einer Zuwendung – Ausschreibungspflicht!

VK Rheinland, Beschl. v. 19.12.2017, Az.: VK D-11/2017 – L

Nach dem Flüchtlingsaufnahmegesetz NRW (FlüAG) sind Kommunen zur Unterbringung von Flüchtlingen verpflichtet und erhalten hierfür Zuschüsse seitens des Landes. Die Unterbringungsverpflichtung umfasst auch die soziale Betreuung der untergebrachten Flüchtlinge. Die Kommunen haben die Wahl, ob sie solche Leistungen selbst erbringen oder Dritte hiermit beauftragen. Im Beauftragungsfalle handelt es sich in der Regel um vergabepflichtige soziale Dienstleistungen im Sinne des § 130 GWB, für die ab einem Schwellenwert von 750.000,- € eine EU-weite Vergabe geboten ist.

Eine nordrhein-westfälische Stadt hat sich für eine abweichende Vorgehensweise entschieden. Sie vergibt Fördermittel an gemeinnützige Organisationen, die in den von der Stadt selbst betriebenen Flüchtlingsunterkünften soziale Betreuungsleistungen nach allgemeinen Rahmenvorgaben erbringen, die von jeder Organisation jeweils weiter ausdifferenziert wurden. Das Konzept geht zurück auf den Beginn der Flüchtlingskrise, als sich ein Zusammenschluss der städtischen Wohlfahrtsverbände an die Stadt wandte mit der Mitteilung, dass sich die in ihr organisierten Wohlfahrtsverbände auf ein abgestimmtes Verfahren zur Sicherstellung der Betreuung der Flüchtlinge in den Unterkünften geeinigt hätten. Demnach wurden die Betreuungsleistungen unter den gemeinnützigen Organisationen unterkunftsbezogen aufgeteilt. Die Stadt unterstützte die in den Unterkünften geleisteten sozialen Betreuungsleistungen mit jährlichen Projektförderungsbescheiden im Umfang vorher errechneter Personalkosten, die in etwa dem tatsächlich eingesetzten Personal entsprechen.

Ein gewerblicher Anbieter von u.a. Betrieb- und Betreuungsleistungen in Flüchtlingsunterkünften hatte sich mehrfach an die Stadt gewandt und Interesse an einer Beauftragung mit den sozialen Betreuungsdienstleistungen bekundet. Die Stadt wies das Unternehmen jedoch mit dem Hinweis zurück, dass die Betreuungsdienstleistungen von den Wohlfahrtsverbänden eigenverantwortlich und auf rein freiwilliger Basis erbracht und von der Stadt lediglich gefördert würden. Das Verhältnis zwischen Stadt und Wohlfahrtsverbänden sei mithin ein bloßes Zuwendungs- und kein Auftragsverhältnis. Die Tätigkeit gewerblicher Anbieter sei nicht förderfähig. Daraufhin suchte der gewerbliche Anbieter Rechtsschutz über ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer Rheinland, Spruchkörper Düsseldorf.

Mit Beschluss vom 19.12.2017 (Az. VK D – 11/2017 – L) hat die Vergabekammer Rheinland dem beschriebenen beihilfe-rechtliche Modell der Sozialbetreuung in Flüchtlingsunterkünften als vergaberechtswidrige Umgehungslösung eine klare Absage erteilt. Das aus Förderung und Betreuung der Flüchtlinge bestehende Rechtsverhältnis zwischen Stadt und den jeweiligen gemeinnützigen Trägern ist ein öffentlicher Auftrag im vergaberechtlichen Sinne, der ausgeschrieben werden muss. Bei der gebotenen funktionalen Betrachtung erfolgt die Gewährung der Fördermittel im Gegenzug zur Deckung eines Bedarfs der Stadt, der aus ihren Pflichtaufgaben nach dem Flüchtlingsaufnahmegesetz (FlüAG) resultiert. Gemäß § 6 Abs. 1 FlüAG führen die Gemeinden die Aufgaben nach dem FlüAG als kommunale Pflichtaufgaben aus. Nach § 1 Abs. 1 FlüAG sind die Gemeinden zur Unterbringung von Flüchtlingen verpflichtet. Diese Pflicht erschöpft sich nach Ansicht der Kammer nicht im bloßen „Dach über dem Kopf“, sondern erstreckt sich auch auf die Erbringung von Betreuungsleistungen. Dies bestätigt § 4 FlüAG, wonach ein bestimmter prozentualer Anteil der Landeszuwendungen zwingend für die soziale Betreuung der Flüchtlinge aufzuwenden ist. Die Stadt muss also die soziale Betreuung der Flüchtlinge sicherstellen.

Möchte oder kann eine Kommune eine Pflichtaufgabe nicht mit eigenen Ressourcen erfüllen, kann sie auf Dritte nur im Wege einer Beauftragung zurückgreifen, da eine Fördermaßnahme in diesen Fällen keine hinreichende Gewähr für die Auftragserbringung gibt. Setzt also – wie im entschiedenen Fall die eine Leistung den Rechtsgrund für die andere – diagnostiziert die Vergabekammer eine Verbindung, die der Verbindlichkeit eines Auftragsverhältnisses gleichsteht und damit ausschreibungspflichtig ist. Die Kammer hob ausdrücklich hervor, dass *ansonsten die einfachste Form der Umgehung des Vergaberechts darin bestünde, statt eines Vertrags einen vorher einvernehmlich ausgehandelten Pflichtenaustausch in die Form eines Zuwendungsbescheides zu gießen.*

Genauso ausdrücklich formulierte die Kammer jedoch auch, dass nicht jede Förderung funktional einem Vertrag gleichzusetzen sei. Bei institutioneller Förderung oder der Förderung von Projekten, die für die Allgemeinheit nützlich oder von Interesse seien, ohne zum Pflichtenkreis des öffentlichen Auftraggebers zu gehören, werde dies eher nicht der Fall sein.

Praxishinweis:

Sowohl die Antragsgegnerin als auch der Beigeladene haben gegen die Entscheidung der VK Rheinland sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt. Ungeachtet der insoweit anstehenden Entscheidung ist jedoch von der einseitigen Bevorzugung bestimmter Marktteilnehmer über bei-

hilferechtliche Konstruktionen im Bereich der Flüchtlingsunterbringung- und -betreuung dringlich abzuraten. Denn bei genauerem Blick auf die im entschiedenen Fall beurteilte Praxis sprechen hiergegen nicht nur vergabe- sondern auch kartellrechtliche Bedenken.

Beihilferecht Städtische Zuwendungen an ein Alten- und Pflegeheim stellen keine europarechtswidrige Beihilfe dar

OLG Nürnberg, Urt. v. 21.11.2017, Az: 3 U 134/17

Das OLG Nürnberg urteilte am 21.11.2017, dass Zuwendungen der Stadt Regensburg an ein lokales Alten- und Pflegeheim keine europarechtswidrige Beihilfe darstellen.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine städtische Gesellschaft der Stadt Regensburg ist Betreiberin eines lokalen Alten- und Pflegeheims. Die Verluste des Heims werden teilweise durch die Stadt Regensburg ausglich, auch unterstützte diese den Neubau des Heimes mit acht Mio. Euro. Der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e.V. hatte gegen die Zuschüsse der Stadt Regensburg zunächst erfolglos vor dem LG Regensburg (Urt. v. 15.12.2016, Az. 6 O 381/16 (1) 134/17) auf Unterlassen geklagt. Gegen das Urteil legte er Berufung vor dem OLG Nürnberg ein. Der Bundesverband sah in den Zuwendungen europarechtswidrige staatliche Beihilfen, die mangels Notifizierung bei der Europäischen Kommission gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV verstoßen würden. Eine Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel liege vor, da der Markt für Alten- und Pflegeheime für überregionale und internationale Investoren sehr lukrativ sei. Allein im Jahr 2017 seien Alten- und Pflegeheime im Wert von mehreren Milliarden Euro durch Investoren übernommen worden.

Das OLG Nürnberg urteilte, dass keine Binnenmarktrelevanz gegeben sei. Bei den städtischen Zuwendungen handele es sich um lokale Fördermaßnahmen ohne Auswirkung auf den Handel innerhalb der EU.

Aus Kommissionsentscheidungen folge, dass eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei Zuwendungen an örtliche Krankenhäuser fehle, die ausschließlich für die örtliche Bevölkerung bestimmt seien. Die rein lokal begrenzte Tätigkeit folge sowohl aus der geografischen Lage der

Stadt Regensburg, 90 Kilometer von der tschechischen Grenze entfernt, als auch aus der Lage des Altenheims im Innenstadtbereich ohne unmittelbare überregionale Straßenverbindungen. Die Bewohner des Heims würden fast ausschließlich aus Regensburg oder dem näheren Umfeld stammen. Eine Verringerung des Bettenangebotes von ursprünglich 180 auf 143 Betten zeige, dass die finanziellen Zuwendungen nicht zu einer Ausweitung des Tätigkeitsfeldes führten. Daraus ließe sich schlussfolgern, dass die Anziehungskraft des Heims gering sei, was eine grenzüberschreitende Auswirkung noch unwahrscheinlicher mache. Gegen eine beeinträchtigende Wirkung der Zuwendungen spreche auch die Anzahl von 37 vergleichbaren Pflege- und Altenheimen in der Region Regensburg. Die gewährten Zuwendungen würden demzufolge einen Markteintritt oder ein Bestehen am Markt von Unternehmen mit vergleichbarem Angebot nicht erschweren.

Praxishinweis

Wie schon mehrfach in unseren Updates aufgezeigt, hat die Kommission die Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften in ihrer jüngeren Praxis erleichtert. Das Urteil des OLG Nürnberg zeigt, dass dieses Vorgehen auch von nationalen Gerichten übernommen wird. Das Urteil knüpft an Kommissionsentscheidungen aus dem Gesundheits- und Pflegesektor an. In diesen wurde bereits aufgrund der lokalen und regionalen Auswirkungen eine Beihilfe verneint. Gleiches folgt aus der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe aus dem Jahr 2016: Krankenhäuser und andere Gesundheitseinrichtungen, die die üblichen medizinischen Leistungen für die örtliche Bevölkerung erbringen dürften kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein, so dass eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ausscheidet.

Die angesprochenen Themen können hier nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also keine Rechtsberatung.

AKTUELLE VERANSTALTUNGEN

28. März 2018, Hamm

Vergaberecht & Compliance – Rechtsgrundlagen und organisatorische Umsetzung in Behörden und Unternehmen

Katrin Weßler

12. April 2018, Essen

Vergaberecht NRW 2018 | TVgG 3.0: Anwendungserlasse zur UVgO; Wichtige Praxisfragen der UVgO

Dr. Nicola Ohrtmann

23. April 2018, Düsseldorf

Vergaberecht NRW 2018 | TVgG 3.0: Anwendungserlasse zur UVgO; Wichtige Praxisfragen der UVgO

Dr. Nicola Ohrtmann

26. April 2018, Düsseldorf

NRW-Vergaberecht 2018 | Praktiker-Treff für Auftraggeber und Bieter

Dr. Stefan Mager

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen finden Sie unter www.aulinger.eu/veranstaltungen

AKTUELLE VERÖFFENTLICHUNGEN

Komentierung § 118 GWB, §§ 7, 42 bis 51 VgV, §§ 7, 45 – 50 SektVO, §§ 6 bis 6 e VOB/A EU, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, in 2 Bänden, 3. Auf. 2017, Hrsg. Burgi/Dreher

Dr. Stefan Mager

Vorsicht vor Haftung von ehrenamtlichen Kommunalpolitikern!, in: KOMMUNAL 2018

Dr. Stefan Mager

AULINGER IM KARTELL-, VERGABE- UND BEIHILFERECHT

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



DR. ANDREAS LOTZE

andreas.lotze@aulinger.eu



DR. STEFAN MAGER

stefan.mager@aulinger.eu



DR. NICOLA OHRTMANN

nicola.ohrtmann@aulinger.eu



BIRGIT LOTZ, LL.M. (BRISTOL)

birgit.lotz@aulinger.eu



PROF. DR. JOHANNES HEYERS

johannes.heyers@aulinger.eu



NILS RICKERT

nils.rickert@aulinger.eu



KATRIN WESSLER

katrin.wessler@aulinger.eu

AULINGER Rechtsanwälte | Notare

BÜRO BOCHUM

Josef-Neuberger-Straße 4
44787 Bochum
Telefon 0234 68779-0
Telefax 0234 68779-993

BÜRO ESSEN

Frankenstraße 348
45133 Essen
Telefon 0201 95986-0
Telefax 0201 95986-99

www.aulinger.eu