

# Rödl & Partner

## FOKUS GESUNDHEITS- UND SOZIALWIRTSCHAFT

Ausgabe:  
MÄRZ  
2020

Informationen für Entscheider von Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen,  
Wohlfahrtsverbänden und Hochschulen

### THEMENSPECIAL

Vergabe- und Beihilferecht in der Gesundheits- und Sozialwirtschaft

#### → Lesen Sie in dieser Ausgabe:

- Compliance Management: Unverzichtbar, egal ob, wann und wie das Unternehmensstrafrecht kommt 4
- EU-Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Abschaffung der Hilfsmittelvergabe ein 6
- Ausschreibung von kommunalen betrieblichen Altersversorgungsleistungen 8
- Wie läuft ein Verhandlungsverfahren ab? 10
- Kommunale Beihilfen für Seniorenheime und Krankenhäuser weiterhin nicht zu beanstanden 12

- Der Private-Investor-Test als Instrument zur Beseitigung des Beihilfetatbestands im Rahmen der Finanzierungsstrategie des Gesundheitssektors 15
- Barrierefrei ausschreiben ist Pflicht 18
- Nachhaltige Verpflegung beschaffen – „Klimaschutz mit Messer und Gabel“ 20



## Liebe Leserin, lieber Leser

---

### Rechtskonform Einkaufen und Beschaffen ...

Einkaufen und Beschaffen – das findet in vielen Unternehmen der Gesundheits- und Sozialwirtschaft tagtäglich statt. Neben dem Fokus auf Lieferanten, Qualität und Kosten müssen auch etliche Vorschriften aus dem Vergaberecht beachtet werden. Verstöße gegen das Vergaberecht können schnell zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen, z.B. bei Großbauten, führen. In dieser Ausgabe beschäftigen wir uns deshalb mit den aktuellen Neuerungen dazu.

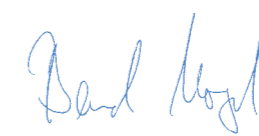
Das Beihilferecht ist der zweite Bereich, auf den wir unser Augenmerk richten. Gerade in wirtschaftlich schwieriger werdenden Zeiten kommen viel Träger ohne Zuwendungen der öffentlichen Hand nicht mehr aus. Diese Zuwendungen müssen beihilferechtskonform gestaltet sein, ansonsten droht eine Rückzahlungsverpflichtung. Wir zeigen, wie sich mit einem positiven Private-Investor-Test die Beihilfekonformität mit betriebswirtschaftlichen Vorgehensweisen darstellen lässt.

Dazu passt das Thema Compliance, das eben aufgrund dieses ganzen Vorgaben-Richtlinien-Dschungels immer mehr an Bedeutung gewinnt. Sozusagen „live vom Einsatzort“ hat unser Kollege und Compliance-Experte Christoph Naucke als besonderes Highlight dieser Ausgabe dazu einen Kommentar, mit ganz persönlichen Eindrücken, für Sie verfasst.

Wir wünschen eine informative Lektüre!



MARTIN WAMBACH  
Geschäftsführender Partner



BERND VOGEL  
Partner

# Compliance Management:

## UNVERZICHTBAR, EGAL OB, WANN UND WIE DAS UNTERNEHMENSSTRAFRECHT KOMMT

von Christoph Naucke



Der Entwurf des Verbands-sanktionengesetzes aus dem Haus der Bundesjustizministerin schlägt hohe Wogen. Von einem „Risiko für den Wirtschaftsstandort Deutschland“ bis zu „endlich ein Drohszenario“, so weit reicht das Spektrum der Meinungen. Bei aller

Bedeutung des Themas sollte nicht übersehen werden: Auch ohne ein sogenanntes „Unternehmensstrafrecht“ ist der Verzicht auf ein Compliance Management System (CMS) keine empfehlenswerte Option. Mit Augenmaß und der richtigen Schrittfolge ist das kein Hexenwerk.



Der Entwurf zum Verbandsstrafrecht vom September 2019, oft auch als Unternehmensstrafrecht bezeichnet (wir berichteten hierzu in unserer letzten Ausgabe), gehört zu den Themen, um die es auf den offiziellen Kanälen der Bundesregierung sehr ruhig ist. Auffällig ruhig. Die Ressortabstimmung dauere noch an, so die diplomatische Antwort der Pressestelle der Bundesjustizministerin auf unsere Frage dazu.

Man darf davon ausgehen, dass hinter den Kulissen ein erbitterter Streit tobt. Für die SPD, speziell für die Justizministerin, geht es offensichtlich um eine Herzensangelegenheit. Die Union wiederum hat augenscheinlich wenig Sympathie für den vorliegenden Entwurf. Noch vor dem Beginn der Verbändeanhörung wehren sich Unternehmensverbände wie der Verband Die Familienunternehmer e.V. gegen einen Generalverdacht und sehen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gefährdet.

Obwohl im aktuellen Koalitionsvertrag eine Absprache für die Einführung des Unternehmensstrafrechts

enthalten ist, erscheint es bei dieser Gesamtlage durchaus offen, ob es noch vor der nächsten Bundestagswahl zu der Verabschiedung eines solchen Gesetzes kommt. Und über die Chancen des Entwurfs nach der kommenden Wahl zu spekulieren, erübrigt sich erst recht.

### GESETZENTWURF GEHT ERHEBLICH WEITER ALS KOALITIONSVERTRAG

Der Verbandsbegriff im derzeitigen Gesetzentwurf umfasst alle Arten von juristischen Personen, also auch Vereine, Verbände im engeren Sinne sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts. Zweifellos liegt hier einer der Konfliktpunkte, denn im Koalitionsvertrag war es hier ausdrücklich um das „Sanktionsrecht für Unternehmen“ und um die „Wirtschaftskriminalität“ gegangen. Weitere Punkte, in denen der Entwurf deutlich über die Koalitionsvereinbarung hinausgeht, sind die Option der „Verbandsauflösung“ als eine der Sanktionsmöglichkeiten sowie das sog. Verbandsstrafregister, eine moderne Variante des mittelalterlichen Prangers.

### WARUM MAN MIT DER EINFÜHRUNG EINES COMPLIANCE MANAGEMENT SYSTEMS NICHT BIS ZUM INKRAFTTRETEN EINES UNTERNEHMENSSTRAFRECHTS WARTEN SOLLTE

In der Einleitung zu dem Gesetzesentwurf heißt es unter dem Punkt „Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft“: Keiner. In dieser Bewertung steckt eine gute Portion Naivität. Auch wenn dezidiert kriminelles unternehmerisches Verhalten mit Sicherheit die Ausnahme ist: Der (notwendige) Nachweis des gesetzeskonformen Verhaltens, der Betrieb eines Compliance Management Systems (CMS) also, ist sicherlich nicht aufwandslos. Im Abschnitt „Sanktionszumessung“ des Gesetzentwurfs ist u.a. vorgesehen, dass die Unterstützung des Unternehmens bei der Aufklärung der Straftat bei der Sanktionszumessung berücksichtigt werden kann. Die Durchführung dieser „verbandsinternen Untersuchung“ ist zu dokumentieren. Ohne dass der Begriff verwendet würde, erfolgt also eine Begünstigung für solche Unternehmen, die Compliance Verstöße systematisch feststellen und aufklären.

Tatsächlich aber bestehen schon jetzt, ganz ohne ein Verbandsstrafrecht, viele gute Gründe, warum es fahrlässig wäre, als Geschäftsführer oder (auch ehrenamtlicher) Vorstand auf ein CMS zu verzichten: Schon



CMS-Beschreibung

Bestimmung Compliance-Ziele

Initialisierung Compliance-Risikozyklus

Initialisierung und Überwachung Compliance-Programm

Initialisierung Compliance-Kommunikation

Initialisierung Compliance-Berichterstattung

Bearbeitung von Compliance-Verstößen

## Typische Schrittfolge bei der Einrichtung eines CMS

heute sind die gesetzlichen Vertreter einer Organisation verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um das rechtskonforme Verhalten der Organisation zu gewährleisten. Andernfalls besteht im Fall eines Gesetzesverstößes ggf. der Verdacht auf ein sogenanntes Organisationsverschulden. Die Verletzung der Aufsichtspflicht des Geschäftsinhabers über die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben durch den Betrieb ist in §130 OWiG mit einem Bußgeld sanktioniert.

Das Bundesfinanzministerium wertet in einem Schreiben vom Mai 2016 das Vorhandensein eines innerbetrieblichen Kontrollsystems als ein Indiz, das bei einem steuerrechtlichen Verstoß gegen das Vorliegen eines Vorsatzes oder der Leichtfertigkeit sprechen kann. Gerade ein steuerliches CMS (sog. Tax CMS) gewinnt für die Gesundheits- und Sozialwirtschaft immer mehr an Bedeutung, auch vor dem Hintergrund zahlreicher Zweifelsfälle hinsichtlich des § 2b UStG. Aus der Praxis muss man ergänzen: Das Verhalten der Finanzverwaltung, von Datenschutzaufsichtsbehörden und von anderen Verwaltungsinstanzen gegenüber den Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft ist kaum noch von einem generellen Wohlwollen geprägt – diese Zeiten sind endgültig vorüber.

### COMPLIANCE MANAGEMENT: SCHRITT FÜR SCHRITT MIT AUGENMASS ZUM ZIEL

Die unausgesprochene, aber häufig anzutreffende Sorge, dass die Einrichtung eines CMS eine heillos vertrackte Angelegenheit sein wird, ist unbegründet. Bei der ersten Bestandsaufnahme zeigt sich oft, dass schon gute Grundlagen vorhanden sind, auch wenn die dezidierte Zusammenführung in einem Dokument, einer CMS-Beschreibung, vielleicht noch nicht erfolgt ist. Als sinnvoll erweist sich die Empfehlung, frühzeitig eine organisatorische Verantwortung für Compliance zu bestimmen, also beispielsweise einen Compliance-Verantwortlichen oder -Beauftragten. Ab diesem Zeitpunkt kann die Geschäftsführung aus der eigenen operativen Compliance-Tätigkeit hinüberwechseln in die Rolle desjenigen, der das System überwacht und die Richtungsentscheidungen trifft.

Neben der Dokumentation des CMS stehen für den Compliance-Beauftragten vor allem 5 große Themen auf der Agenda: Compliance-Ziele, Compliance-Risiken, Compliance-Kommunikation, Compliance-Berichterstattung und Compliance-Verstöße. Die Bestimmung der Compliance-Ziele umfasst u. a. die Definition derjenigen Rechtsgebiete und Rechtsquellen, zu denen das Unternehmen sich „compliant“ verhalten muss oder will. Diese Bestimmung sollte deswegen am Anfang stehen, weil sie den Ausgangspunkt für die anschließende Ermittlung der Compliance-Risiken bildet.

Der Compliance-Risikozyklus umfasst neben der eigentlichen Risikoidentifikation auch deren Bewertung, Bestimmung der Maßnahmen, Beschlussfassung der gesetzlichen Vertreter sowie die Verfolgung der Maßnahmenerledigung. Das aus den Risikomaßnahmen resultierende Compliance-Programm sowie die Aufbau- und Ablauforganisation des CMS bilden wiederum die Grundlagen der notwendigen kontinuierlichen internen Kommunikation über Compliance, dem dritten Aufgabenschwerpunkt. Schließlich ist die regelmäßige und dokumentierte Berichterstattung über Compliance an die gesetzlichen Vertreter zu etablieren sowie, natürlich, die systematische Aufklärung von Verdachtsfällen auf Compliance-Verstöße und ggf. deren Ahndung.

Einige dieser Puzzelstücke existieren eigentlich so gut wie immer – wer die verbleibenden Lücken schließt und die Teile systematisch in einer Beschreibung, einem Handbuch beispielsweise, zusammenführt, hat viel erreicht und kann sicherlich darüber nachdenken, externe Bestätigung wie auch Verbesserungshinweise im Rahmen einer CMS-Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer in Anspruch zu nehmen.

Buchhinweis: „Einführung eines CMS in einem Krankenhaus“ wird im Sommer 2020 im Kohlhammer-Verlag erscheinen.

## Ein Kommentar von Christoph Naucke

Betriebswirt (BA),  
zert. Compliance Officer,  
zert. Datenschutzbeauftragter DSB,  
IT-Auditor IDW  
T +49 911 9193 3628  
E christoph.naucke@roedl.com



→ Themenspecial Vergabe- und Beihilferecht

## EU-Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Abschaffung der Hilfsmittelvergabe ein

von Freya Schwering



*Durch eine Gesetzesänderung wurde die Ausschreibungsoption in § 127 Abs. 1 SGB V abgeschafft. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Gesetzgeber nach Art. 168 Abs. 7 AEUV nicht dazu verpflichtet sei, Beschaffungsvorgänge wettbewerblich auszugestalten und daher ein sozialrechtliches Beschaffungsverfahren vorsehen könne, das nicht den formellen Vorgaben des Vergaberechts unterliege.*

Am 25.7.2019 hat die Europäische Kommission beschlossen, ein zusätzliches Aufforderungsschreiben an die Bundesrepublik Deutschland zu richten. Die Europäische Kommission ist der Auffassung, dass die neue Bestimmung des deutschen Rechts, wonach gesetzliche Krankenkassen verpflichtet sind, ihre Verträge über medizinische Hilfsmittel mit interessierten Anbietern auszuhandeln, den europäischen Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge zuwider läuft. Mit Änderung des § 127 SGB V wurde die dort normierte Ausschreibungsoption aufgehoben.

Mit dem am 14.3.2019 beschlossenen „Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung“ (Terminservice- und Versorgungsgesetz – TSVG) wurde unter anderem § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V wie folgt geändert:

Statt:

„Soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist, können die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungsgängen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen.“

Heißt es nun:

„Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften schließen im Wege von Vertragsverhandlungen Verträge mit Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz, die Qualität der Hilfsmittel und zusätzlich zu erbringender Leistungen, die Anforderungen an die Fortbildung der Leistungserbringer, die Preise und die Abrechnung.“

Die Änderung des neuen Absatzes 1 des § 127 SGB V wurde durch den Ausschuss für Gesundheit empfohlen. Begründet wurde die Änderung mit den „nach wie vor bestehenden Risiken durch Ausschreibungen für die Versorgungsqualität“:

Bereits mit dem „Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung“ (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz – HHVG vom 4.4.2017) hatte der Gesetzgeber den Krankenkassen und Leistungserbringern verschiedene Vorgaben zu einer stärkeren Berücksichtigung von Qualitätsaspekten beim Abschluss von Verträgen zur Hilfsmittelversorgung gemacht. Dazu gehörten insbesondere das Verbot von Ausschreibungen bei Versorgungsgängen mit einem hohen Dienstleistungsanteil und die Vorgabe an die Krankenkassen, dass bei Hilfsmittelausschreibungen in Leistungsbeschreibung und hinsichtlich der Zuschlagskriterien qualitative Aspekte angemessen zu berücksichtigen.

Aus Sicht des Gesetzgebers ist die intendierte Verbesserung ausgeblieben. Die wettbewerbliche Ausrichtung des Hilfsmittelbereiches habe dazu geführt, dass in der Regel das Angebot mit dem günstigsten Preis den Zuschlag erhalten habe. Daraus resultieren Qualitätsverluste und private Mehrzahlungen durch die Versicherten.<sup>2</sup> Es habe sich gezeigt, dass die praktische Umsetzung des Gesetzes vielfach nicht den Zielen des Gesetzgebers entspreche. Zu dem erhofften Qualitätswettbewerb im Rahmen der Ausschreibungen sei es nicht gekommen. Angesichts der bestehenden Risiken für die Versorgungsqualität, die durch Ausschreibungen verursacht würden, sei die Ausschreibungsoption des § 127 Abs. 1 SGB V daher aufzuheben.<sup>3</sup>

Die Kommission ist hingegen der Auffassung, dass das Verbot den gesetzlichen Krankenkassen gegenüber, eine Ausschreibung für medizinische Hilfsmittel zu nutzen, der EU-Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge zuwiderläuft. Die Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge ermöglichen es öffentlichen Auftraggebern wie gesetzlichen Krankenkassen, hohe Qualitätsstandards zu wettbewerbsfähigen Preisen zu erreichen. Indem sie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung für alle Marktteilnehmer anwenden, gewährleisten sie einen unverfälschten Wettbewerb. Die deutschen gesetzlichen Krankenkassen geben jährlich etwa 8 Milliarden Euro für medizinische Hilfsmittel aus.<sup>4</sup> Es bleibt abzuwarten, wie die Bundesrepublik Deutschland sich gegenüber der EU-Kommission positionieren wird.

<sup>2</sup> Reh, „Die Bedeutung von Qualitätskriterien bei Ausschreibungen von Hilfsmittelverträgen nach der Einführung des § 127 Abs. 1 SGB V“, MPR 2018, 48.

<sup>3</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/8351, Seite 202.

<sup>4</sup> [https://ec.europa.eu/germany/news/20190725-vertragsverletzungsverfahren\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/20190725-vertragsverletzungsverfahren_de), abgerufen am 23.2.2020.

*Kontakt für weitere Informationen*



Freya Schwering  
Rechtsanwältin, Europajuristin  
T +49 911 9193 3511  
E freya.schwering@roedl.com

## Ablauf Vertragsverletzungsverfahren

einleiten, wenn ein Mitgliedstaat die Maßnahmen zur vollständigen Umsetzung einer Richtlinie nicht mitteilt oder einen mutmaßlichen Verstoß gegen das EU-Recht nicht behebt. Das Verfahren läuft in mehreren Schritten ab:

- Die Kommission übermittelt dem Mitgliedstaat ein Aufforderungsschreiben, in dem sie es um weitere Informationen zu dem mutmaßlichen Verstoß ersucht. Der Mitgliedstaat muss innerhalb einer festgelegten Frist von ca. zwei Monaten Stellung nehmen.
- Gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass das Land seinen Verpflichtungen nach dem EU-Recht nicht nachkommt, gibt sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab. Es handelt sich dabei um eine förmliche Aufforderung, Übereinstimmung mit dem EU-Recht herzustellen. Der Mitgliedstaat hat die Kommission binnen von weiteren zwei Monaten über die getroffenen Maßnahmen zu unterrichten.
- Stellt der Mitgliedstaat keine Übereinstimmung mit dem EU-Recht her, kann die Kommission den Europäischen Gerichtshof anrufen.

<sup>1</sup> BT-Drucks. 19/8351, Seite 202.

→ Themenspecial Vergabe- und Beihilferecht

## Ausschreibung von kommunalen betrieblichen Altersversorgungsleistungen

von Holger Schröder

*Der Europäische Gerichtshof hat bereits vor einigen Jahren in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland geurteilt, dass das europäische Vergaberecht auch auf den Abschluss von Rahmenvereinbarungen zur Durchführung einer Entgeltumwandlung bei der betrieblichen Altersvorsorge für Arbeitnehmer des kommunalen öffentlichen Dienstes Anwendung findet (Urteil vom 15.7.2010 – Rs. C 271/08). Städte und Gemeinden, die Rahmenvereinbarungen über die betriebliche Altersvorsorge ohne vorherige Ausschreibung direkt mit dem in § 6 des „Tarifvertrages zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst“ (TV-EUmw/VKA) genannten Versorgungsträger bzw. Unternehmen abschließen, handeln daher europarechtswidrig.*

Arbeitnehmer haben nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Rechtsanspruch auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung. Beruhen Entgeltansprüche von Arbeitnehmern auf einem Tarifvertrag, so kommt nach dem BetrAVG eine Entgeltumwandlung nur in Betracht, wenn dies durch den Tarifvertrag vorgesehen oder zugelassen ist. Für Beschäftigte im kommunalen öffentlichen Dienst ist dies durch den TV-EUmw/VKA möglich.

Das EU-Vergaberecht ist allerdings nur zu beachten, wenn der geschätzte Auftragswert den aktuellen EU-Schwellenwert übersteigt. Die Schätzsumme ermittelt sich anhand der Beiträge, die aufgrund der Entgeltumwandlung von der Vergütung aller teilnehmenden Ar-

beitnehmer der jeweiligen Kommune einbehalten werden und die zur Finanzierung der endgültigen Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge bestimmt sind. Verbleibt den kommunalen Beschäftigten zum Zeitpunkt der Vergabe die Entscheidung, ob sie sich an der Entgeltumwandlung beteiligen, so fordert der Europäische Gerichtshof eine Schätzung des monatlichen Durchschnittsbetrages der Entgeltumwandlung je Beschäftigtem multipliziert mit 48 (bei unbestimmter Vertragslaufzeit), basierend auf einer Schätzung der Quote der Beteiligung der Beschäftigten an der Entgeltumwandlung. Von einer europaweiten Vergabepflicht waren nach den damaligen Feststellungen des Europäischen



Gerichtshofes in dem o.g. Vertragsverletzungsverfahren alle Kommunen mit mehr als 3.133 Beschäftigten (Jahr 2007: 2.402 Beschäftigte) betroffen. Von der europaweiten Ausschreibungspflicht sind daher in erster Linie „große“ kommunale Auftraggeber berührt, die über eine entsprechend hohe Beschäftigtenzahl verfügen.

### KEINE VERGABERECHTLICHE BEREICHSAUSNAHME

Die Durchführung eines zwischen den

Sozialpartnern ausgehandelten Tarifvertrages (z.B. TV-EUmw/VKA) ist dem Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts nicht generell entzogen. Die Freiheit der Sozialpartner und ihr Recht auf Kollektivverhandlungen führt nicht automatisch dazu, die Bestimmungen des europäischen Vergaberechts außer Acht zu lassen, insbesondere bei der Auswahl der für die Entgeltumwandlung auszuwählenden Dienstleister.

### KOMMUNEN BESCHAFFEN ALTERSVERSORGUNGSLEISTUNGEN

Städte und Gemeinden sind auch nicht deshalb vom EU-Vergaberecht befreit, weil sie nach § 6 TV-EUmw/VKA eine tarifvertraglich vorgegebene Auswahlentscheidung auf dem Gebiet der betrieblichen Altersvorsorge umsetzen würden, ohne dass ihnen eine selbstständige Willensbildung möglich wäre. Entscheidend ist, dass die Kommunen beim Abschluss von betrieblichen Altersvorsorgeverträgen selbst und im eigenen Interesse als nachfragende Vertragspartner des Versorgungsträgers agieren und gerade nicht ihre Arbeitnehmer. Die vom Versorgungsträger erbrachten Dienstleistungen ermöglichen es dem kommunalen Arbeitgeber, seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Durchführung der sich aus der Entgeltumwandlung ergebenden aufgeschobenen Entgeltzahlung nachzukommen. Der Vertragsabschluss liegt damit im Interesse der kommunalen Arbeitgeber, sie werden vertraglich berechtigt und verpflichtet.

### ENTGELTLICHKEIT DER BESCHAFFUNG

Bei der Entgeltumwandlung liegt auch die für einen öffentlichen Auftrag erforderliche „Entgeltlichkeit“ vor. Sie ist zu bejahen, weil der kommunale Arbeitgeber die von ihm einbehaltene Arbeitnehmervergütung als Gegenleistung für die Versorgungsleistung zugunsten der Beschäftigten an den Auftragnehmer leistet, um seiner aus dem BetrAVG erwachsenen Verpflichtung zur Erfüllung seiner betrieblichen Versorgungsleistungen nachzukommen. Er ist somit zur Zahlung eines Entgelts verpflichtet und hat folglich auch ein starkes juristisches Eigeninteresse an der Auswahl des Versorgungsträgers.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Beauftragung eines Versorgungsträgers mit der Entgeltumwandlung für die betriebliche Altersvorsorge deshalb in einem EU-Vergabewettbewerb erfolgen muss. Nicht vom europäischen Vergaberecht erfasst ist dagegen die Wahl der Art des Durchführungsweges für die betriebliche Altersvorsorge. Ob ein öffentlicher Auftraggeber die betriebliche Altersvorsorge bspw. im Wege der Direktzusage, Direktversicherung, Pensionskasse oder Unterstützungskasse realisieren möchte, obliegt allein seiner nicht durch das EU-Vergaberecht regulierten Leistungsbestimmungsfreiheit.



## Kontakt für weitere Informationen



Holger Schröder  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Vergaberecht  
T +49 911 9193 3556  
E holger.schroeder@roedl.com

→ Themenspecial Vergabe- und Beihilferecht

## Wie läuft ein Verhandlungsverfahren ab?

von Freya Schwering

*Mit der Vergaberechtsreform 2016 hat der Gesetzgeber die Wahl eines Verhandlungsverfahrens für öffentliche Auftraggeber erleichtert. Zugleich hat er das Verhandlungsverfahren im Detail geregelt. Dadurch werden die Vergabestellen in ihrer bis dahin bestehenden Möglichkeit, den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens weitgehend frei gestalten zu können, regulatorisch eingeschränkt.*

Verhandlungsverfahren sind grundsätzlich zweistufig strukturiert: An den zunächst veröffentlichten Teilnahmewettbewerb schließt sich die eigentliche Verhandlungsphase mit den ausgewählten Unternehmen an:

Bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb fordert der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen zur Prüfung der Eignung. Nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber nach Prüfung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, können ein Erstangebot abgeben. Diese Erstangebote werden in der Regel verhandelt. Im Folgenden werden einige Besonderheiten dargestellt, die eine Gestaltung durch den öffentlichen Auftraggeber erlauben.

### VERHANDLUNGSVERFAHREN OHNE VERHANDLUNG

Ein Auftrag kann auf der Grundlage der Erstangebote sogar ohne Verhandlungen vergeben werden. Diese Möglichkeit muss sich der Auftraggeber allerdings in der Auftragsbekanntmachung bzw. der Aufforderung zur Interessenbestätigung ausdrücklich vorbehalten haben.

### KEINE VERHANDLUNG OHNE ANGEBOT

Im Unterschied zur bisherigen Rechtslage und in Abgrenzung zum Wettbewerblichen Dialog dürfen Verhandlungen nur auf der Grundlage von zuvor eingereichten Erstangeboten erfolgen. Es ist daher bspw. nicht möglich, Verhandlungen mit den Unternehmen über die ausgeschriebenen Leistungen zu führen, ohne dass diese ein erstes Angebot abgegeben hätten. Zu verhandeln sind auch alle Folgeangebote, wohingegen die endgültigen Angebote nicht verhandelt werden dürfen. Verhandelt ist generell der gesamte Angebotsinhalt einschließlich der Preise und Vertragsklauseln, mit Ausnahme der physischen, funktionellen und rechtlichen Mindestanforderungen, die jedes Angebot erfüllen muss. Nicht verhandelbar sind zudem die Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes.

### ANGEBOTSFRIST KANN VEREINBART WERDEN

Die Angebotsfrist kann mit den Bewerbern, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, im gegenseitigen Einvernehmen festgelegt werden. Ausgenommen hiervon sind oberste Bundesbehörden. Allen Bewerbern muss dieselbe Frist für die Einreichung der Angebote gewährt werden. Erfolgt keine ausdrückliche Einigung mit den Bewerbern, dann gilt mindestens eine zehntägige Angebotsabgabefrist. Ansonsten beträgt die Frist für die Erstangebote mindestens 30 Tage. Diese Frist kann um 5 Tage verkürzt werden, wenn – was heute die Regel ist – die elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert wird. Ändert der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung, muss er alle im Vergabewettbewerb befindlichen Bieter hierüber unterrichten und ihnen ausreichend Zeit einräumen, um ein geändertes oder überarbeitetes Angebot abgeben zu können.

### ABLAUF EINES VERHANDLUNGSGESPRÄCHES

Verhandlungsgespräche sollten für alle Bewerber weitgehend gleich ablaufen. Dies betrifft sowohl den zeitlichen Rahmen, als auch die inhaltlichen Themen. Je nach Art und Umfang des Ausschreibungsgegenstandes bietet sich ein 2 bis 3-stündiges Verhandlungsgespräch mit jedem Bewerber an. Grob untergliedern lässt sich dies in die folgenden Punkte: Vorstellung des Erstangebotes (bzw. des Folgeangebotes), Aussprache zur Leistung, Aussprache zum Vertrag. Das Verhandlungsgespräch ist grundsätzlich zu protokollieren und sollte im Anschluss durch die Verhandlungsparteien unterzeichnet werden.

## Kontakt für weitere Informationen



Freya Schwering  
Rechtsanwältin, Europajuristin  
T +49 911 9193 3511  
E freya.schwering@roedl.com



→ Themenspecial Vergabe- und Beihilferecht

## Kommunale Beihilfen für Seniorenheime und Krankenhäuser weiterhin nicht zu beanstanden

von Sebastian Heinke und Norman Lenger

*Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAWI) sind Dienste, die mit bestimmten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbunden sind. Sie können entweder vom Staat oder von der privaten Wirtschaft bereitgestellt werden. Es werden 3 Kategorien von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unterschieden: wirtschaftliche, soziale und nicht wirtschaftliche. Die Gesundheitswirtschaft unterfällt regelmäßig der ersten Kategorie, denn durch sie werden grundlegende Dienstleistungen gegen Entgelt erbracht. Die Leistungen unterliegen dann den europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften.*

Krankenhäuser sowie Alten- und Pflegeeinrichtungen befinden sich zudem häufig in kommunaler Trägerschaft. Es stellt sich in der Konsequenz regelmäßig die Frage, ob Finanzhilfen an Unternehmen in öffentlicher Trägerschaft in diesem Zusammenhang als europarechtswidrige Beihilfen einzustufen sind. Schließlich könnte es zu einer Wettbewerbsverzerrung i. S. d. Art. 107 I Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) kommen, mithin könnten private Anbieter durch staatliche Zuschüsse an Unternehmen – die sich ohnehin schon in öffentlicher Trägerschaft befinden – benachteiligt werden.



Regelmäßig erhalten dauerdefizitäre Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, staatliche Ausgleichsleistungen, wenn sie mit der Erbringung von einer DAWI betraut wurden. Trotz dieser Leistungen können die durchführenden Unternehmen in finanzielle Schieflage geraten. Bei derartigen Schwierigkeiten kann die Kommission zusätzliche staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung genehmigen. Unter diesen Umständen sind die Leitlinien der Europäischen Kommission für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang wurde die Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 24.3.2016, Az.: I ZR 263/14) zur öffentlichen Finanzierung kommunaler Kliniken, wonach lediglich lokal wirkende Förderungen mangels Handelsbeeinträchtigung schon keinen Verstoß gegen Art. 107 I AEUV begründen, durch eine Entscheidung des OLG Nürnberg (Urteil vom 21.11.2017 – 3 U 134/17) auch auf die finanzielle Unterstützung von Alten- und Pflegeheimen übertragen und weiter konkretisiert.

Der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e. V. (BPA) ging den Weg einer Unterlassungsklage gegen

die oberpfälzische Stadt Regensburg, die zu 100 Prozent an einem steuerbegünstigten Bürgerstift beteiligt ist, das Seniorenpflegeheime betreibt.

Diese städtische Tochtergesellschaft erzielte in den Jahren 2010 bis 2016 Verluste in Millionenhöhe. Die Stadt leistete in der Folge zum Erhalt des Pflegeheims seit 2010 Kapitaleinlagen für den Betrieb von insgesamt 3.905.000 Euro, sowie 8.050.000 Euro für einen Neubau des Bürgerheims.

Zunächst stellte das Gericht heraus, dass die Stadt mit dem Betreiben des Altenheims eine öffentliche Aufgabe der Sicherstellung der bedarfsgerechten Pflegeheimversorgung der Bevölkerung wahrnimmt und in diesem Zusammenhang von einer geschäftlichen Handlung auszugehen ist. Denn selbst, wenn keine Gewinnerzielungsabsicht gegeben ist, hat auch die Stadt Regensburg durch ihre 100-prozentige Beteiligung ein Interesse daran, dass das Pflegeheim kostendeckend, jedenfalls aber mit möglichst geringen Verlusten betrieben wird.

Eine nach Art. 107 Abs. 1 AEUV unzulässige staatliche Beihilfe, definiert als aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, liegt nach der Entscheidung bereits in Ermangelung des Tatbestandsmerkmals der Binnenmarktrelevanz nicht vor.

Das Gericht stellt in der Folge klar, dass Zuwendungen, die sich in rein lokalen Fördermaßnahmen erschöpfen, ohne Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union bleiben. Zwar kann eine staatliche Unterstützung auch dann Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union haben, wenn das begünstigte Unternehmen nicht unmittelbar am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt, die Möglichkeit, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, darf allerdings nicht nur hypothetischer Natur sein und nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen.

Grundlage dieser Entscheidung sind die Grundsätze der Europäischen Kommission, wonach die Tätigkeit eines Beihilfeempfängers, der Güter oder Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet eines einzigen Mitgliedstaats anbietet und wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht und dessen Begünstigung allenfalls marginale Auswirkungen auf die Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder die grenzübergreifende Niederlassung haben, wegen ihrer rein lokalen Auswirkung nicht den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

Dies ist etwa auch der Fall, wenn Zuwendungen an örtliche Krankenhäuser geleistet werden, die ausschließlich für die örtliche Bevölkerung bestimmt sind. In diesem Zusammenhang verweist das Gericht auf einen Fall einer Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie im niedersächsischen Bad Nenndorf, deren Patienten ausschließlich aus dem Inland und zu über 90 Prozent aus Niedersachsen stammen und die Standardleistungen der Gesundheitsfürsorge anbietet.

Denn für den Patienten würde die Auswahl stark durch die verwendete Sprache des Leistungsanbieters und die Merkmale des nationalen Gesundheits- und Erstattungssystems bestimmt, weshalb die Kommission einen grenzüberschreitenden Wettbewerb um Patienten verneint. Da trotz der seit über 200 Jahren bestehenden, teilweise von der öffentlichen Hand finanzierten Gesundheits- und Rehabilitationseinrichtung im Umkreis von 100 Kilometern mehr als 20 Rehabilitationskliniken für Orthopädie betrieben werden, hat es die Kommission als naheliegend erachtet, dass die öffentlichen Zuwendungen einen Markteintritt oder ein Bestehen am Markt von Unternehmen mit vergleichbarem Angebot nicht erschweren.

Diese von der Kommission und dem BGH entwickelten Grundsätze hat das OLG Nürnberg in Bezug auf die Zuwendungen an das Pflegeheim angewendet. Insbesondere sei zwischen den Parteien unstrittig geblieben, dass das von der Stadt betriebene Bürgerheim ein örtlich geprägtes Einzugsgebiet abdecke und die Bewohner fast ausschließlich aus Regensburg oder dem näheren Umfeld stammen. Es wurden auch keine ausländischen Bewohner betreut. Zudem war nach den Entscheidungsgründen eine grenzüberschreitende Nachfrage der Pflegeleistungen nicht ersichtlich.

Interessant ist ferner, wie die genaue geografische Lage des Pflegeheims bei der Entscheidung berücksichtigt wurde. Die circa 90 Kilometer zur tschechischen Grenze als nächster innereuropäischer Grenze und die Lage des Bürgerheims im Innenstadtbereich ohne unmittelbare überregionale Straßenverbindungen und Einrichtungen des öffentlichen Personalverkehrs fanden Berücksichtigung. Dabei wurde dann auch die Anzahl der Pflege- und Altenheime in der Region Regensburg gewürdigt. Auch die rein lokal begrenzte Tätigkeit der Einrichtung spreche gegen eine beeinträchtigende Wirkung der Zuwendungen, so das Gericht.

Als weiteres Kriterium für eine fehlende Binnenmarktrelevanz wurde auch eine Entscheidung des OLG Stuttgart herangezogen (Urteil vom 23.3.2017, Az.: 2 U 11/14, Rn. 85). Wenn sich das Bettenangebot im Zuge des Ersatzneubaus von ursprünglich 180 auf 143 Betten reduziere, so zeige sich, dass Zuwendungen zum einen nicht zu einer Ausweitung des Tätigkeitsfeldes führen und zum an-

deren, dass die Anziehungskraft des Heims ohnehin gering ist. Dies mache grenzüberschreitende Auswirkungen noch unwahrscheinlicher.

Insofern entschied das Gericht, dass Einwände im Hinblick auf die Höhe der Kapitaleinlagen zugunsten der stätischen Gesellschaft sowie die Überschreitung der allgemeine De-minimis-Schwelle von 200.000 Euro um den Faktor 46 und auch die für DAWI geltende De-minimis-Schwelle um den Faktor 18,5 nicht einer lediglich marginalen und damit unbeachtlichen Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels entgegenstünden.

Denn die Zuwendungen der Stadt Regensburg seien nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sodass die anderen kumulativen Voraussetzungen für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, insbesondere die hier problematischen Tatbestandsmerkmale der Begünstigung und der Wettbewerbsverfälschung, nicht mehr geprüft werden mussten.

Mangels staatlicher Beihilfe konnte somit offenbleiben, ob es sich bei den gewährten Zuwendungen um Dienstleistungen von öffentlichem Interesse im Sinne des Art. 106 Abs. 2, 3 AEUV handelt, die von der Notifizierungspflicht des Art. 108 AEUV befreit sind.

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des OLG Nürnberg wurde vom BGH durch Beschluss vom 26.7.2018 - I ZR 204/17 zurückgewiesen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur fehlenden Binnenmarktrelevanz der in Rede stehenden Förderung der lokalen Altenhilfe durch die Beklagte würden keine zulassungsrelevanten Rechtsfehler erkennen lassen.

Das Urteil schafft Rechtssicherheit für Unternehmen in kommunaler Trägerschaft, die DAWI im Pflegebereich erbringen und auf die Unterstützung ihrer Träger angewiesen sind.

Es ist in diesem Zusammenhang beachtlich, dass die Höhe der Zuwendung durch das OLG Nürnberg im Ergebnis als unbeachtlich eingestuft wurde. Dass ein Überschreiten der Schwellenwerte der (DAWI-)De-minimis-Verordnung für sich genommen noch keinen Hinweis auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals Handelsbeeinträchtigung zulässt, ist zudem richtig und wird die kommunale Verantwortung in der Pflege stärken.

Aus kommunaler Sicht ist es weiterhin sinnvoll, vor Gewährung von Zuwendungen an Alten- und Pflegeheime in städtischen Tochtergesellschaften, für eine Betrauung mit DAWI-Leistungen gemäß Art. 106 AEUV nach DAWI-Freistellungsbeschluss, andernfalls für eine Notifizierung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV zu sorgen.

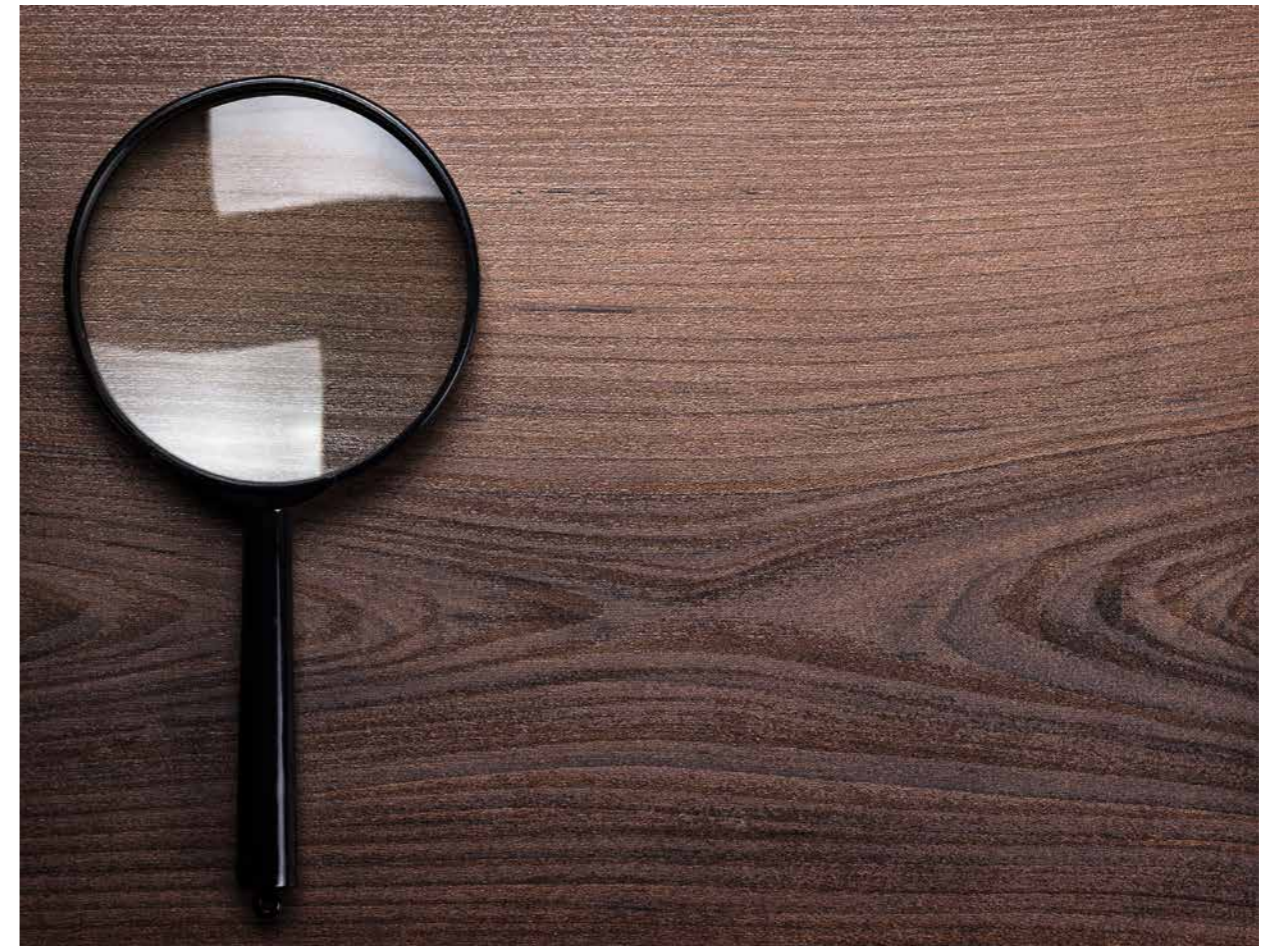
## Kontakt für weitere Informationen



Sebastian Heinke  
Rechtsanwalt  
T +49 221 949 909 146  
E sebastian.heinke@roedl.com



Norman Lenger LL.M.  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Steuerrecht, Zertifizierter  
Compliance Officer  
T +49 911 9193 3713  
E norman.lenger@roedl.com



→ Themenspecial Vergabe- und Beihilferecht

## Der Private-Investor-Test als Instrument zur Beseitigung des Beihilfetatbestands im Rahmen der Finanzierungsstrategie des Gesundheitssektors

von Roland Schneider

### INVESTITIONSSTAU IM GESUNDHEITSWESEN

Der Gesundheitssektor steht vor großen Herausforderungen. Um auch zukünftig auf einem qualitativ hochwertigen Niveau agieren zu können, sind insbesondere Investitionen in die Optimierung von Strukturen, in die Digitalisierung, in moderne Technik sowie in die Erarbeitung von Konzepten zum effizienten Personaleinsatz erforderlich. All dies bedingt den entsprechenden Einsatz von Kapital. Oft erfolgt die Finanzierung in diesem Zusammenhang über Darlehen, Kapitalaufstockungen und weitere Finanzierungsmaßnahmen durch die öffent-

liche Hand, die damit als Investor am freien Markt auftritt. Eine solche Finanzierungsmaßnahme der öffentlichen Hand stellt jedoch gemäß Art. 107 AEUV eine staatliche Beihilfe dar, die grundsätzlich verboten ist. Für das begünstigte Unternehmen sind solche unrechtmäßig gewährten Beihilfen ein erhebliches Risiko.

Mithilfe des sog. „Private-Investor-Tests“ (PIT), auch „market economy test“, steht jedoch ein Instrument zur Verfügung, das zur Beseitigung des Beihilfetatbestands herangezogen werden kann, um so die Finanzierungsmaßnahme beihilferechtskonform zu gestalten.



## GEGENSTAND UND VORAUSSETZUNGEN EINES PIT

Rechtsgrundlage für die Prüfung der beihilferechtlichen Zulässigkeit ist grundsätzlich Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Danach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen und Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen. Kurz gesagt, die Gewährung staatlicher Beihilfen ist damit grundsätzlich verboten.

Fehlt jedoch eines der Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV, dann liegt keine Beihilfe vor.

Sollen also staatliche Mittel bestimmten Unternehmen beihilferechtskonform gewährt werden, ist insbesondere eine Begünstigung dieser Unternehmen durch die Zuwendung auszuschließen.

Die Feststellung des Vorliegens einer Begünstigung bzw. eines Vorteils im Sinne des Art. 107 AEUV erfolgt anhand des sogenannten „Private-Investor-Tests“.

Mithilfe eines PIT kann geprüft werden, ob ein privater Investor von vergleichbarer Größe wie der öffentliche Mittelgeber unter den gleichen Umständen veranlasst wäre, Kapitalhilfen in einem entsprechenden Umfang zu gewähren. Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass ein privater Investor in der objektiv gleichen wirtschaftlichen Lage voraussichtlich die gleiche Handlungsentscheidung treffen würde.

Ausgangspunkt des Private-Investor-Tests ist dabei der Grundsatz, dass der öffentliche und der private Sektor wirtschaftlich grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Vor diesem Hintergrund liegt keine Beihilfe vor, wenn der Staat Kapital direkt oder indirekt Unternehmen zu üblichen marktwirtschaftlichen Bedingungen zur Verfügung stellt.

Fällt der Vergleich im Rahmen des Private-Investor-Tests negativ aus, d. h. würde ein hypothetischer privater Investor den in Rede stehenden wirtschaftlichen Vorteil nicht oder allenfalls zu anderen ungünstigeren Konditionen gewähren, liegt eine unzulässige staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, die gegebenenfalls vom Beihilfeempfänger zurückgezahlt werden muss.

Fällt der Test positiv aus, so bedeutet dies, dass die Investitionsentscheidung der staatlichen Stelle mit der eines Unternehmens in der Privatwirtschaft vergleichbar ist und eine staatliche Beihilfe somit nicht vorliegt.

Dabei ist eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung vorzunehmen, die neben den wirtschaftlich relevanten Kennzahlen insbesondere auch die Markt- und Wettbewerbssituation berücksichtigt.

Der PIT basiert auf dem Gedanken, dass ein privater Investor bereit ist, Kapital zuzuführen, wenn die erwartete Rendite dieser Kapitalzufuhr mindestens seiner Vergleichsrendite entspricht bzw. seine Opportunitätskosten übersteigt.

Insofern ist zu prüfen, ob die erwartete Rentabilität zum Zeitpunkt der Vorteilsgewährung den Erwartungen eines privaten Unternehmens entspricht. Hierzu müssen insbesondere das mit dem Geschäft verbundene Risiko, die Kapitalkosten und die Informationen, über die der Kapitalgeber bei der Entscheidungsfindung verfügt, analysiert werden.

Im Rahmen der beihilferechtskonformen Ausgestaltung von Finanzierungsmaßnahmen ist die praktische Bedeutung des PIT somit nicht zu unterschätzen. Er ist zudem in Rechtsprechung und Entscheidungspraxis der Kommission allgemein anerkannt.

Kann das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Begünstigung“ verneint werden, stellt die Maßnahme keine Beihilfe dar und muss demnach nicht bei der EU-Kommission angemeldet und auch nicht durch sie genehmigt werden.

## VORGEHENSWEISE

Der PIT muss zeitlich vor der Investmententscheidung durchgeführt werden. Grundlage für die Entscheidung müssen belastbare Unterlagen und Informationen sein, die auch ein privater Investor für seine Investitionsentscheidung herangezogen hätte. Zudem muss eine ausreichende und adäquate Dokumentation erfolgen.

Die Beurteilung im Rahmen eines PIT ist dabei durch einen Vergleich der aus der Investition zu erwartenden Rendite mit einer risikoäquivalenten angemessenen Mindestrendite vorzunehmen. Der bloße Renditevergleich zweier Finanzierungsvarianten derselben Investition, einmal als Eigenkapitalzuführung und einmal als Fremdfinanzierung, genügt den Anforderungen eines PIT allerdings nicht.

Vielmehr sind im Rahmen des PIT 2 Unternehmenswerte zu ermitteln. Zunächst ist der Unternehmenswert für das Szenario ohne Kapitalzufuhr zu ermitteln. In einem zweiten Schritt ist der Unternehmenswert für das Szenario mit Kapitalerhöhung zu ermitteln. Anschließend ist im Rahmen eines Unternehmenswertvergleichs das

Wertsteigerungspotenzial zu beurteilen. Wird ein positiver Wert ermittelt, der höher ist als der investierte Betrag, kann davon ausgegangen werden, dass auch ein privater Investor bereit wäre, die notwendigen Mittel aufzubringen und die Investitionen durchzuführen.

Die marktübliche Mindestrendite fungiert bei diesem Vergleich als Kapitalisierungszinssatz bzw. als Diskontierungsfaktor.

Dabei steigt die marktübliche Mindestrendite mit zunehmendem Investitionsrisiko. Die Beziehung zwischen Risiko und Renditeerwartung ist fester Bestandteil der Kapitalmarkttheorie und damit zentrales Element zur Ableitung der angemessenen marktüblichen Mindestrendite.

Zur Bestimmung des risikoadäquaten Kapitalisierungszinssatzes ist das Capital Asset Pricing Model (CAPM) anerkannt. Hierbei wird unter Berücksichtigung des risikolosen Zinssatzes sowie einer durch den sogenannten Betafaktor angepassten Marktrisikoprämie ein risikoadäquater Kapitalkostensatz als Alternativrendite ermittelt.

Zentrales Beurteilungselement im Rahmen eines PIT stellt somit die Investitions- und Unternehmensplanung dar. Diese ist in jedem Fall detailliert zu analysieren und zu plausibilisieren sowie auf Aktualität zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung zu prüfen. Die zugrunde liegenden Planungsannahmen sind im Wege eines Vergleichs der erwarteten Entwicklungen mit den tatsächlich erzielten Ergebnissen der Vergangenheit zu beurteilen. Typischerweise erfolgt auch eine formelle Prüfung auf Vollständigkeit, logischen Aufbau und rechnerische Richtigkeit der Unternehmensplanung. Zudem ist eine hinreichende Detailplanungstiefe erforderlich, durch die die erwarteten zukünftigen Cashflows hinterlegt sind.

## FAZIT

Der PIT als Nachweis einer beihilfefreien, marktüblichen staatlichen Kapitalmaßnahme beruht im Wesentlichen auf einem Vergleich des Verhaltens des Staates mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden, unabhängigen privaten Investors.

Zentrale Bestandteile stellen dabei eine aussagekräftige mittel- bis langfristige Investitions- und Unternehmensplanung sowie die Bestimmung des risikoadäquaten Kapitalisierungszinssatzes dar.

Fällt der Test positiv aus, liegt keine staatliche Beihilfe vor.

Insofern kann der Private-Investor-Test im Gesundheitssektor ein wesentliches Instrument zur beihilfekonformen Ausgestaltung von Finanzierungsmaßnahmen der öffentlichen Hand darstellen. Seine Bedeutung wird mit Blick auf die aktuellen und zukünftigen Herausforderungen im Gesundheitswesen auch weiter zunehmen.

Die sach- und fachgerechte Durchführung eines PIT ist dabei von essenzieller Bedeutung, um das Risiko einer Rückforderung auszuschließen.

## Kontakt für weitere Informationen



Roland Schneider  
Diplom-Wirtschaftsjurist  
T +49 911 9193 3661  
E roland.schneider@roedl.com

## KOMPASS GESUNDHEIT UND SOZIALES Jetzt kostenfrei abonnieren!



Monatlicher Online-Newsticker mit aktuellen Informationen für die Gesundheits- und Sozialwirtschaft

<https://www.roedl.de/medien/publikationen/newsletter/newsletter-abonnieren/>



→ Themenspecial Vergabe- und Beihilferecht

## Barrierefrei ausschreiben ist Pflicht

von Holger Schröder

*Die Beschaffung von Leistungen, die auch für Menschen mit Behinderung genutzt werden können, ist für öffentliche Einrichtungen und Unternehmen in der Gesundheits- und Sozialwirtschaft von großer praktischer Bedeutung. Zwar werden zahlreiche Anforderungen an die Barrierefreiheit schon durch die einschlägigen Bauordnungen der Länder gestellt. Dort werden häufig ein oder mehrere Teile der DIN 18040 zum barrierefreien Bauen verbindlich vorgegeben. Allerdings sind die vergaberechtlichen Vorschriften weiter gefasst als das Bauordnungsrecht. Das EU-Vergaberecht fordert generell bei der Vergabe von allen öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen die Gesichtspunkte des „Designs für alle“ einschließlich des Zugangs für Menschen mit Behinderung schon bei der Festlegung des Beschaffungsbedarfs zu berücksichtigen. Menschen mit Behinderung soll durch das Vergaberecht ein gleichberechtigter Zugang oder die gleichen Nutzungsmöglichkeiten an einem öffentlichen Gebäude, einem Produkt oder einer Dienstleistung ermöglicht werden.*

Grundsätzlich muss bei der Beschaffung aller Bau-, Liefer- und Dienstleistungen das sogenannte Berücksichtigungsgebot des § 121 Abs. 2 GWB bzw. § 7a EU Abs. 1 Nr. 4 VOB/A beachtet werden. Die Vorschriften verlangen bei der Vergabe von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, dass bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderung oder die sogenannte Konzeption für alle Nutzer zu berücksichtigen sind. Der Gesetzgeber hat gerade keine Einschränkung auf Fälle beabsichtigt, in denen die Nutzung der Leistung durch sozial bedürftige Gruppen ausdrücklich zugelassen ist. Öffentlichen Auftraggebern steht daher kein Ermessen zu, ob sie zum Beispiel einen barrierefreien Zugang für die zu beschaffende Leistung vorsehen oder nicht. Ob dabei der Nutzerkreis nur die Arbeitnehmer des öffentlichen Auftraggebers oder auch die allgemeine Öffentlichkeit erfasst, spielt im Übrigen keine Rolle für den Normanwendungsbereich. Denn das Ziel der UN-Behindertenrechtskonvention ist die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderung an allen gesellschaftlichen Bereichen. Wenn die zu vergebenden Leistungen hingegen nicht von natürlichen Personen genutzt werden sollen, greifen die oben genannten Vorschriften für die zwingende Beachtung von Zugänglichkeitskriterien und des „Designs für alle“ nicht ein. Leistungsbeschreibungen, die das Berücksichtigungs-

gebot missachten, können von Wettbewerbsteilnehmern als rechtswidrig gerügt und gegebenenfalls in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden.

### AUSNAHME BEI UNVERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT

Nur in ordnungsgemäß begründeten Fällen darf das Berücksichtigungsgebot bei der Leistungsbeschreibung unbeachtet bleiben. Das Gesetz erläutert die Voraussetzungen hierfür nicht näher. Die Zugänglichkeitskriterien und das „Design für alle“ dürften aber wohl nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn im Einzelfall das Interesse an der Verwirklichung der sozialen Aspekte unverhältnismäßig ist. Denn Ausnahmen sind regelmäßig eng auszulegen. Eine Ausnahme kann etwa bei objektiven Sachzwängen vorliegen, deren Lösung eine Berücksichtigung verbietet. Rein monetäre Einsparungen hingegen dürften alleine keine Unverhältnismäßigkeit begründen.

### BARRIEREFREI, ABER WIE UND WAS?

Für die konkrete Erstellung der Leistungsbeschreibung ist es empfehlenswert, sich an Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention (ähnlich § 4 Behindertengleichstellungsgesetz) zu orientieren. Danach bedeutet „universelles Design“ eine Gestaltung von Produkten, Umfeldern, Programmen und Dienstleistungen in der Weise, dass sie von allen Menschen möglichst weitgehend ohne eine Anpassung oder ein spezielles Design genutzt werden können. Das schließt Hilfsmittel für bestimmte Gruppen von Menschen mit Behinderungen nicht aus, soweit sie benötigt werden. Wenn bereits nationale oder internationale Normen für die Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderung vorhanden sind, müssen diese nach der Gesetzesbegründung grundsätzlich bei der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden. Dies sind beispielsweise die DIN 18040-1 („Barrierefreies Bauen“) oder die EN 301 540 für den Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik. § 31 Abs. 5 VgV bzw. § 7a EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A bestimmen dementsprechend, dass in der Leistungsbeschreibung bzw. in den technischen Spezifikationen auf Zugänglichkeitskriterien oder das „Design für alle“ Bezug genommen werden muss, wenn sie in einem Rechtsakt (z.B. Verordnung, Richtlinie) der Europäischen Union erlassen wurden.

## Gut zu wissen!



*§ 121 Abs. 2 GWB regelt: „Bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, sind bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Nutzer zu berücksichtigen.“*

## Kontakt für weitere Informationen



Holger Schröder  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Vergaberecht  
T +49 911 9193 3556  
E holger.schroeder@roedl.com

→ Themenspecial Vergabe- und Beihilferecht

## Nachhaltige Verpflegung beschaffen

### „Klimaschutz mit Messer und Gabel“

von Freya Schwering und Holger Schröder

*Essen ist keine Nebensache. Die Verwendung von Bio-Lebensmitteln stellt dabei auch einen wichtigen Baustein des „Klimaschutzes mit Messer und Gabel“ dar. Insbesondere bei der Gemeinschaftsverpflegung in Schulen, Krankenhäusern, Kantinen, Kitas und Seniorenwohnheimen gehört der Einsatz gesunder Lebensmittel zu den Kernanliegen der Verantwortlichen.*

In rund der Hälfte der Kantinen des Bundes wurden bereits die Nachhaltigkeitskriterien der DGE durch konkrete Maßnahmen umgesetzt.<sup>1</sup> Die Deutsche Gesellschaft für Ernährung hat mit den „DGE-Qualitätsstandards“ wissenschaftlich basierte Kriterien aufgestellt, die bedarfs- und bedürfnisbezogene Empfehlungen zur nachhaltigen Verpflegung abgeben.<sup>2</sup> Bei der Beschaffung von externen Verpflegungsdienstleistungen kann dem ökologischen Nachhaltigkeitsgedanken auf unterschiedlichen Stufen eines Vergabeverfahrens Rechnung getragen werden. Besondere Bedeutung kommt insoweit der Leistungsbeschreibung, der Auftragswertschätzung, dem Einsatz entsprechender Gütezeichen und nach Zuschlag der konkreten Ausführung zu.

#### LEISTUNGSBESCHREIBUNG

In der Leistungsbeschreibung ist die Speisenversorgung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben. Die Beschreibung der Verpflegungsleistungen muss für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich sein, sodass die Angebote miteinander verglichen werden können. Öffentliche Auftraggeber können daher in der Leistungsbeschreibung die Qualität und Herkunft der

eingesetzten Lebensmittel verbindlich vorschreiben. Nicht ausreichend sind Aussagen wie „eine gesunde Mahlzeit“, da diese zu unbestimmt sind. Ausreichend kann dies nur sein, wenn in der Leistungsbeschreibung präzise Anforderungen aufgenommen werden, wann eine Mahlzeit als „gesund“ gilt. Auf der anderen Seite sollte das geforderte Leistungsspektrum nicht zu eng gefasst werden. So entschied die Vergabekammer Karlsruhe, dass eine Festlegung des Auftraggebers, ausschließlich Anbieter von „Cook & Chill-Produkten“ zuzulassen, nicht mehr von seinem Leistungsbestimmungsrecht gedeckt ist, wenn weder ersichtlich ist, dass die vorgenommene Beschränkung sachlich gerechtfertigt ist, noch dass diese Gründe tatsächlich vorhanden sind und es an einer für die konkrete Ausschreibung in den Vergabeunterlagen niedergelegten Dokumentation hinsichtlich der Entscheidung des Auftraggebers fehlt.<sup>3</sup>

#### AUFTRAGSWERTSCHÄTZUNG

Vor jeder Ausschreibung ist eine Auftragswertschätzung durchzuführen. Diese dient unter anderem dazu, den für die konkrete Ausschreibung maßgeblichen Schwellenwert zu bestimmen, der wiederum Auswirkungen auf den einzuhaltenden Rechtsrahmen hat. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 VgV ist bei der Schätzung vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Die Vergabekammer Südbayern<sup>4</sup> hat in ihrem Beschluss die folgenden Parameter miteinbezogen: Geschätzter Portionspreis x geschätzte tägliche Anzahl der Essen x Verpflegungstage während der Vertragslaufzeit + geschätzte Kosten für die Bereitstellung des Geschirrs<sup>5</sup> + geschätzte Betriebs-,<sup>6</sup> Unterhalts- und Wartungskosten.

<sup>1</sup> BT-Drucks. 19/13166, Seite 28, Antwort der Bundesregierung, Anlage 4.

<sup>2</sup> <https://www.dge.de/gv/dge-qualitaetsstandards/>, abgerufen am 20.11.2019.

<sup>3</sup> Vergabekammer Karlsruhe, Beschluss vom 18.12.2017, 1 VK 50/17.

<sup>4</sup> Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 23.8.2017 – Z3-3-3194-1-24-05/17.

<sup>5</sup> Im der Vergabekammer Südbayern vorliegenden Fall wurde die Bereitstellung des Geschirrs mit 2 Prozent des Wertes des Auftragsvolumens angesetzt.

<sup>6</sup> Im der Vergabekammer Südbayern vorliegenden Fall wurden zu den Betriebskosten Heizung, Elektrizität, Gas und Wasser gezählt.

Für die Schätzung des Portionspreises sind die Kosten je Essen zugrunde zu legen.<sup>7</sup>

#### GÜTEZEICHEN

Als Beleg dafür, dass die Speisenversorgung den in der Leistungsbeschreibung beispielsweise verlangten Bio-Merkmalen entspricht, kann der öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren außerdem die Vorlage von Gütezeichen verlangen. Da der öffentliche Auftraggeber den Wettbewerb durch die zwingende Vorgabe bestimmter Gütezeichen aber erheblich einschränken kann, sind an deren Verwendung besondere Voraussetzungen<sup>8</sup> geknüpft. Solche Gütezeichen müssen deshalb für die geforderten Merkmale der Verpflegungsleistungen geeignet sein und auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen. Das Gütezeichen muss außerdem im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt worden sein. Zudem muss es von allen betroffenen Unternehmen erworben werden können und die Anforderungen des Gütezeichens müssen von einem neutralen Dritten festgelegt worden sein. Die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt bspw. das europäische Bio-Logo nach der EG-Öko-Verordnung.<sup>9</sup> Bei Umweltzeichen hingegen, die von privaten Unternehmen, Vereinigungen oder Nichtregierungsorganisationen vergeben werden, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind.

Für den Fall, dass die Verpflegungsleistungen nicht allen Anforderungen des jeweiligen Gütezeichens entsprechen müssen, hat der öffentliche Auftraggeber die betreffenden Anforderungen konkret zu benennen. Auch muss die Vergabestelle andere Gütezeichen akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Verpflegungsleistungen stellen. Der öffentliche Auftraggeber muss sogar andere geeignete Belege akzeptieren, wenn ein Unternehmen aus Gründen, die es nicht zu vertreten hat, nachweislich keine Möglichkeit hatte, das von der Vergabestelle geforderte oder ein gleichwertiges Gütezeichen innerhalb einer angemessenen Frist zu erlangen. Hierbei muss der Unternehmer allerdings wiederum nachweisen, dass die von ihm zu erbringende Verpflegungsleistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens erfüllt. Eine reine Eigenerklärung des Bieters, etwa seine nicht weiter belegte Versicherung, die angebotenen Verpflegungsleistungen entsprächen den Kriterien des Gütezeichens, ist in diesem Zusammenhang daher nicht ausreichend.

#### AUSFÜHRUNGSBEDINGUNGEN

Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus sog. Ausführungsbedingungen festlegen, um eine nachhaltige Beschaffung von Verpflegungsdiensten bei der Vertragsausführung sicherzustellen. So kann z. B. zwecks Abfallvermeidung vorgeschrieben werden, dass für standardisierte Lebensmittel wie Marmelade, Senf oder Zucker keine Portionsverpackungen zum Einsatz kommen dürfen. Wenn ein Bieter nicht willens oder in der Lage ist, solche Ausführungsbedingungen zu beachten, liegt von Beginn an kein zuschlagsfähiges Angebot vor. Kommt ein Auftragnehmer den Ausführungsbedingungen während der Erbringung der Verpflegungsdienstleistungen nicht nach, liegt eine Vertragsverletzung vor, die zivilrechtliche Konsequenzen (ggf. Sonderkündigungsrechte oder Vertragsstrafen) nach sich ziehen kann.

<sup>7</sup> Vgl. zur Kostenkalkulation etwa die Handreichung „Gutes Essen macht Schule“ der Agrar Koordination, Forum für internationale Agrarpolitik e. V., Stand: 2018.

<sup>8</sup> § 34 VgV bzw. § 24 UVgO.

<sup>9</sup> Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates vom 28.6.2007.

## Kontakt für weitere Informationen



Freya Schwering  
Rechtsanwältin, Europajuristin  
T +49 911 9193 3511  
E freya.schwering@roedl.com



Holger Schröder  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht  
T +49 911 9193 3556  
E holger.schroeder@roedl.com





## E-LEARNING DATENSCHUTZ

IN DER PFLEGE

Eine Datenschuttschulung speziell für Pflege-  
einrichtungen und ambulante Pflegedienste.



## E-LEARNING DATENSCHUTZ

IN DER KITA

Eine Datenschuttschulung speziell für  
Kindertagesstätten.



## E-LEARNING DATENSCHUTZ

IM KRANKENHAUS

Eine Datenschuttschulung speziell für  
Krankenhäuser.

# JETZT TEST ZU GANG BEAN TRA GEN

[www.roedl.de/  
e-learning-datenschutz](http://www.roedl.de/e-learning-datenschutz)



# Rödl & Partner

---

## Impressum

Verantwortlich für redaktionelle Inhalte gemäß § 55 Abs. 2 RStV:

Prof. Dr. Christian Rödl  
Äußere Sulzbacher Straße 100  
90491 Nürnberg

Rödl GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  
Äußere Sulzbacher Straße 100  
90491 Nürnberg  
Deutschland / Germany

Tel: +49 911 9193 0  
Fax: +49 911 9193 1900  
E-Mail: [info@roedl.de](mailto:info@roedl.de)  
[www.roedl.de](http://www.roedl.de)

einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer:  
Prof. Dr. Christian Rödl, LL.M., RA, StB

### Urheberrecht:

Alle Rechte vorbehalten. Jegliche Vervielfältigung oder Weiterverbreitung in jedem Medium als Ganzes oder in Teilen bedarf der schriftlichen Zustimmung der Rödl GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.