



Hessisches Ministerium des Innern und für Sport
Postfach 31 67 · D-65021 Wiesbaden

Geschäftszeichen: - V 3 – 65 | 02 01 -

ausschließlich per E-Mail

Adressen laut beigefügtem Verteiler

Dst. Nr. 0005
Bearbeiter/in Herr Michael Hempel
Durchwahl (06 11) 1425
Telefax: (06 11) 1426
Email: michael.hempel@hmdis.hessen.de
Ihr Zeichen
Ihre Nachricht

Datum 5. April 2011

**Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen;
Kartellbildung von Feuerwehrfahrzeugherstellern**

1. Vorbemerkungen

Wie Ihnen aus den Eilmeldungen ED 11 und ED 26 des Hessischen Städte- und Gemeindebundes bzw. aus verschiedenen Rundschreiben des Hessischen Städtetages bekannt sein dürfte, hatte das Bundeskartellamt im Mai 2009 gegen die vier in Deutschland marktbeherrschenden Hersteller von Feuerwehrfahrzeugen – Fa. Ziegler GmbH und Co KG, Giengen; die Rosenbauer-Gruppe, Luckenwalde und Leonding/Österreich; Fa. Schlingmann GmbH und Co KG, Dissen sowie Fa. Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH, Ulm – Kartellverfahren eingeleitet. Die genannten vier Firmen haben in Deutschland einen Marktanteil von mehr als 90 Prozent.

Gegen die drei erstgenannten Firmen sind im Januar und Februar 2011 Bußgelder in Höhe von insgesamt 20,5 Mio Euro in einem sogenannten „Settlement-Agreement“ (einvernehmliche Verfahrensbeendigung) verhängt worden. Im Fall des vierten Unternehmens, der Fa. Iveco Magirus, ist das Verfahren noch anhängig. Es gilt als wahrscheinlich, dass auch gegen dieses Unternehmen ein Bußgeld verhängt werden wird.

Im Einzelnen wird den von den Kartellverfahren betroffenen Firmen vorgeworfen, sich in dem Zeitraum seit mindestens 2001 bis 2009 für Fahrzeuge **über 7,5 t** gegenseitig bestimmte Verkaufsanteile, sogenannte „Soll-Quoten“, zugestanden, Preisabsprachen getroffen, Preiserhöhungen abgesprochen sowie konkrete Ausschreibungsprojekte den einzelnen Unternehmen zugeordnet zu haben.

Für Fahrzeuge **bis 7,5 t** konnte lediglich festgestellt und geahndet werden, dass seit 1998 (zumindest) ein Austausch über Verkaufszahlen stattgefunden hat. Eine Ahndung als Kartell ist nach Auskunft des Bundeskartellamtes vom 9. März 2011 aber nicht erfolgt.

Darüber hinaus führt das Bundeskartellamt auch Verfahren gegen die beiden marktbeherrschenden Hersteller von Drehleitern, die Firmen Metz Aerials GmbH & Co KG (Tochterfirma der Fa. Rosenbauer) und Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH, Ulm, für den Zeitraum von 1996 bis 2007 durch. Nach Auskunft des Bundeskartellamtes ist spätestens im Sommer dieses Jahres mit dem Abschluss der Verfahren zu rechnen.

Das Ergebnis der Kartellverfahren ist für die kommunalen Auftraggeber von Feuerwehrfahrzeugen und gleichzeitig Zuwendungsempfänger in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Zum einen stellt sich die Frage, wie im Hinblick auf anhängige oder zukünftige Vergabeverfahren vorgegangen werden sollte, zum anderen erhebt sich bezüglich der bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren die Frage der Realisierung möglicher Schadensersatzansprüche.

In diesem Zusammenhang wird auf den gemeinsamen Runderlass vom 13.12.2010 zum Ausschluss von Bewerbern und Bietern wegen schwerer Verfehlungen, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellen, verwiesen (Stanz. 52/2010 S. 2831).

2. Empfehlungen zur weiteren Verfahrensweise

2.1 Anhängige Vergabeverfahren ohne erfolgte Zuschlagserteilung

Nachträgliche Änderungen der Vertrags- oder Ausschreibungsbedingungen, etwa durch Aufnahme von pauschalierten Schadensersatz- oder Vertragsstrafenklauseln sowie Preisprüfungsvorbehalten im Sinne der Preisverordnung sind rechtlich unzulässig.

Bei **nicht dringlich notwendigen Beschaffungen** sollte die Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein Angebot vorliegt oder alle Anbieter mit Kartellverfahren überzogen sind. Dabei ist es ausreichend, dass gegen die Firmen Kartellverfahren anhängig sind, ohne dass Bußgeldbescheide ergangen oder diese rechtskräftig geworden sein müssen. Mit dieser Handlungsweise wird gegenüber den Kartellanten im Hinblick auf ihre Bereitschaft zu Schadensersatzleistungen der erforderliche Druck erzeugt und aufrecht erhalten.

In den Zuwendungsbescheiden neueren Datums findet sich die Bedingung, dass die Auftragsvergabe spätestens im Jahr nach Bescheiderteilung zu erfolgen hat. Sollte diese Frist wegen der Aufhebung der Ausschreibung nicht eingehalten werden können, bitte ich die betroffenen Kommunen **vor der Aufhebung** um Kontaktaufnahme mit dem zuständigen Mitarbeiter meiner Abteilung, Herrn Krauß, Telefon: 0611 / 353-1435.

Unter Gefahrenabwehr Gesichtspunkten dringlich notwendige Beschaffungen können erfolgen, obwohl wegen der anhängigen oder mit Bußgeldern abgeschlossenen Kartellverfahren von der Unzuverlässigkeit der betroffenen Unternehmen auszugehen ist. Dies bedeutet, dass in diesen Fällen zwingende Ausschlussgründe aufgrund der einschlägigen Vorschriften der VOB/VOL wegen der Oligopol-Situation auf dem Herstellermarkt von Feuerwehrfahrzeugen einerseits und der Sicherstellung einer effektiven und effizienten Gefahrenabwehr andererseits nicht vorliegen.

Zu beachten ist, dass nach § 4 Abs. 4 VOL/1 EG ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen ist, wenn der Auftraggeber Kenntnis davon erlangt hat, dass eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, wegen einer in dieser Vorschrift genannten oder entsprechenden Vorschriften in anderen Staaten verurteilt worden ist. Allerdings kann auch in diesen Fällen von einem Ausschluss abgesehen werden, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen **und** andere die Leistung nicht angemessen erbringen können **oder** aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls der Verstoß die Zuverlässigkeit des Unternehmens nicht in Frage stellt. Gegen Mitarbeiter der betroffenen Firmen sind bislang keine strafrechtlichen Verurteilungen ergangen.

Eine ausführliche Begründung für die Auftragsvergabe an Kartellanten trotz Unzuverlässigkeit ist in der Vergabeakte in einem entsprechenden Vergabevermerk zu dokumentieren. Bei Fahrzeugen, die mit Landeszuwendungen gefördert werden, gilt meine Zustimmung in diesen Fällen als erteilt.

2.2 Vergabeverfahren nach Zuschlagserteilung vor Fahrzeugauslieferung

Ein Vertragsrücktritt oder nachträgliche Änderungen der Vertragsbedingungen sind rechtlich nicht möglich und auch sachlich nicht geboten. Allerdings werden mögliche Schadensersatzansprüche zu prüfen sein (vgl. hierzu nachfolgende Ziffer 2.4).

2.3 Geplante Vergabeverfahren

Auch hier gelten die unter Ziffer 2.1 enthaltenen Ausführungen, wonach Ausschreibungsverfahren möglichst lange hinausgezögert werden sollten, um den Druck auf die Kartellanten zur Einleitung wirksamer Selbstreinigungsmaßnahmen (einschließlich der Bereitschaft zu Schadensersatzleistungen) aufrecht zu erhalten oder sogar noch zu verstärken. Im Falle des Verzichts auf einen Ausschluss der Kartellanten bei zukünftigen Ausschreibungsverfahren sollten die Kartellanten zu einem detaillierten Nachweis der konkret benannten Selbstreinigungsmaßnahmen aufgefordert werden.

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass die Kartellanten bisher einen Schadenseintritt bei den von den Kartellabsprachen betroffenen Kommunen bestreiten, obwohl das Bundeskartellamt festgestellt hat, dass vielen Kommunen durch die Kartellabsprachen ein großer finanzieller Schaden entstanden ist. Insoweit kann von der Einleitung wirksamer und umfassender Selbstreinigungsmaßnahmen, zu denen insbesondere auch Maßnahmen der Schadenswiedergutmachung gehören, nicht die Rede sein.

Die Gründe für die Berücksichtigung der Kartellanten trotz festgestellter Unzuverlässigkeit sind in einem Vermerk ausführlich zu dokumentieren.

Unabhängig davon wird empfohlen, bei zukünftigen Ausschreibungen folgende Klauseln in den Ausschreibungstext aufzunehmen:

- **Pauschalierte Schadensersatzklausel:**

„Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 Prozent der Auftragssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird. Dies gilt auch, wenn der Vertrag gekündigt wird oder bereits erfüllt ist.“

Dies bewirkt im Falle eines entsprechenden rechtskräftig festgestellten Kartellverstoßes einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 15 Prozent der Auftragssumme, es sei denn, der Kartellant kann eine niedrigere Schadenshöhe nachweisen (Vorteil der Beweislastumkehr).

- **Preisprüfungsklausel:**

„Die Preisprüfung nach der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (BAnz. 1953 Nr. 244), zuletzt geändert durch Artikel 289 der Verordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2304), bleibt vorbehalten.“

- **Integritätserklärung:**

In dieser Erklärung versichert der Anbieter, dass er keine wettbewerbsbeschränkenden Absprachen oder andere wettbewerbsbeeinträchtigende Maßnahmen getroffen hat. Das Muster einer solchen Erklärung kann im Bedarfsfall bei den Geschäftsstellen des Hessischen Städte- und Gemeindebundes oder des Hessischen Städtetages angefordert werden.

- **Vertragsstrafenklausel:**

Denkbar wäre auch, für den Fall von Kartellabsprachen eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 Prozent oder in Höhe eines Fixbetrages festzulegen. Angesichts der relativ niedrigen von der Rechtsprechung akzeptierten Vertragsstrafen wird jedoch empfohlen, der pauschalierten Schadensersatzklausel den Vorzug zu geben.

2.4 Abgeschlossene Vergabeverfahren und bereits erfolgte Fahrzeugauslieferung

Für bereits vollständig abgewickelte Aufträge kommen Schadensersatzansprüche gegen die Kartellanten in Betracht. Hierbei liegt allerdings die Beweislast für den Schadenseintritt sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach beim Auftraggeber. Wegen der vielen juristischen Fallstricke bei der Realisierung möglicher Schadensersatzforderungen und des daraus folgenden Kostenrisikos wird auf die ausführlichen Informationen des Hessischen Städte- und Gemeindebundes und des Hessischen Städtetages verwiesen.

Im augenblicklichen Verfahrensstadium empfehle ich daher, dem nachfolgend aufgeführten von den Kommunalen Spitzenverbänden vorgeschlagenen vierstufigen Verfahrensmo-
dell zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zu folgen:

1. Versuch der vergleichswisen Streitschlichtung durch vorgesehene Gespräche des Deutschen Städte- und Gemeindebundes in Zusammenarbeit mit dem Deutschen Städtetag mit den Kartellanten im April 2011.
2. Preisprüfung durch die zuständigen Preisüberwachungsstellen der Sitzländer (vgl. hierzu das als Anlage beigefügte Schreiben des RP Gießen).

3. Gerichtliche Geltendmachung der Schadensersatzansprüche durch Kommunen, deren Vergabebedingungen einen pauschalierten Schadensersatz vorsahen.
4. Gerichtliche Geltendmachung durch weitere Kommunen.

Es wird nachdrücklich empfohlen, dass Sie die Gespräche des Deutschen Städte- und Gemeindebundes und des Deutschen Städtetages mit den Kartellanten mit der Zielrichtung einer pauschalierten Schadensersatzregelung abwarten und Ihre ggf. vorhandenen Ansprüche zunächst nicht individuell geltend machen sollten.

Besonderes Augenmerk ist aus meiner Sicht auf die Verjährungsproblematik zu legen. Im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Lieferungen in den Jahren 2001 und 2002 empfiehlt es sich, bei den von den Kartellverfahren betroffenen Firmen einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung einzuholen.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

gez. Milberg

(Milberg)

Anlage

Verteiler

Kreisausschüsse der Landkreise
- Kreisbrandinspektoren -

mit der Bitte um Weitergabe an die
kreisangehörigen Städte und Gemeinden

Magistrate der Städte mit Berufsfeuerwehren
- Leiter der Berufsfeuerwehr -

Magistrate der kreisangehörigen Städte
mit Sonderstatus
- Leiter der Feuerwehr -

nachrichtlich:

Hessisches Ministerium
der Finanzen

Hessischer Städtetag
Frankfurter Straße 10

Hessisches Ministerium
für Wirtschaft, Verkehr
und Landesentwicklung

65189 Wiesbaden

Hessischer Städte- und Gemeindebund
Henry-Dunant-Straße 13

Wiesbaden

63165 Mühlheim/Main

Hessische Landesfeuerweherschule
Heinrich-Schütz-Allee 62

Hessischer Landkreistag
Frankfurter Str. 10

34134 Kassel

65189 Wiesbaden

Regierungspräsidien

64278 Darmstadt
35390 Gießen
34112 Kassel
- Brand- und Katastrophenschutz

Hessischer Rechnungshof
Postfach 10 11 08

64211 Darmstadt

Landesfeuerwehrverband Hessen e.V.
Postfach 10 17 20

Abteilungen Z, IV, M 2 und LinMB
i m H a u s e

34017 Kassel