

STÄDTE- UND GEMEINDEBUND SACHSEN-ANHALT



SGSA, Postfach 4009, 39015 Magdeburg

Per E-Mail an die

1. **hauptamtlich geführten Städte und Gemeinden**
 2. **Verbandsgemeinden**
- im SGSA

Städte- und Gemeindebund
Sachsen-Anhalt (SGSA)
- Landesgeschäftsstelle -
Sternstraße 3, 39104 Magdeburg

Telefon: 0391 5924-300
Telefax: 0391 5924-444

E-Mail: post@sgsa.info
Internet: www.komsanet.de

Bank: Stadtparkasse Magdeburg
Konto-Nr. 3600 2900 BLZ: 810 532 72

Auskunft erteilt: Herr Baier
Durchwahl: 0391 5924-340

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen

Datum

ba-bo

28. Februar 2012

Aktuelle Hinweise zum Feuerwehrbeschaffungskartell

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir möchten Sie nachfolgend über aktuelle Entwicklungen in Sachen Feuerwehrbeschaffungskartell informieren:

I. Insolvenzverfahren Albert Ziegler GmbH & Co.KG, Giengen/Brenz

Wie wir bereits mitgeteilt haben, hat das Amtsgericht Aalen mit Beschluss vom 01.11.2011 das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit für die Albert Ziegler GmbH & Co. KG, Giengen/Brenz, im Sinne der §§ 21, 22 InsO verfügt. Forderungen gegen die Insolvenzmasse konnten bis zum 27.12.2011 angemeldet werden. Von dieser Möglichkeit haben zahlreiche Kommunen Gebrauch gemacht.

1. Aktueller Sachstand und weiteres Vorgehen gegen den Insolvenzverwalter

Nach Kenntnis der kommunalen Spitzenverbände hat der Insolvenzverwalter, Herr Dr. Bruno M. Kübler, die im Rahmen des Insolvenzverfahrens angemeldeten kartellbedingten Schadensersatzforderungen von Kommunen sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach bestritten. Dies betrifft auch diejenigen Fälle, in denen vertragliche Erstattungsansprüche mit der Albert Ziegler GmbH & Co. KG („Pauschalierte Schadensersatzklauseln“) vereinbart waren. Nach Auffassung der kommunalen Spitzenverbände können derartige Forderungen auf Schadensersatz aus Vertragsbedingungen (ZVB) indes nicht pauschal bestritten werden. Der Insolvenzverwalter hat bislang nicht dargelegt, inwieweit derartige Vertragsklauseln unwirksam sein könnten.

Um diese aber auch andere Rechtsfragen einer Klärung zuzuführen, haben die kommunalen Spitzenverbände zwischenzeitlich mehrfach – allerdings vergeblich – versucht, auf den Insolvenzverwalter einzuwirken und unter anderem „Musterverfahren“ abzustimmen. In verschiedenen Verlautbarungen hat der Insolvenzverwalter – auch gegenüber einzelnen Kommunen – mitgeteilt, dass „die Berechtigung von Schadensersatzansprüchen in Kürze gerichtlich überprüft wird“. Bis heute ist uns allerdings nicht bekannt, in welchen konkreten Fällen und nach welchen Kriterien derartige „Musterverfahren“ durchgeführt werden könnten. Die weitere Entwicklung hierzu bleibt also abzuwarten.

2. Mögliche Schadensersatzansprüche

Nach alledem verbleibt betroffenen Städten und Gemeinden, die bereits Forderungen zur Insolvenztabelle angemeldet haben, die Möglichkeit, Schadensersatzansprüche gegen die Albert Ziegler GmbH & Co. KG gerichtlich geltend zu machen. Wir möchten an dieser Stelle jedoch darauf hinweisen, dass weder die kommunalen Spitzenverbände noch der SGSA personell dazu in der Lage sind, derartige Klageverfahren durchzuführen oder anderweitig zu betreuen. Dies hat zur Folge, dass Kommunen Schadensersatzansprüche individuell gerichtlich geltend machen müssen. Im Vorfeld einer Klage sollten betroffene Kommunen allerdings noch eine schriftliche Anfrage an den Insolvenzverwalter richten, ob dieser den jeweils geltend gemachten Anspruch wegen nicht hinreichender / vorgelegter Unterlagen bestritten hat. Fehlende Unterlagen sollten dann nachgereicht werden. Sollte er den Nachweis über einen kausalen Schaden rügen, so verkennt er, dass er nach der Rechtsprechung zu belegen hat, dass kein kartellbedingter Schaden eingetreten ist. Denn nur die Albert Ziegler GmbH & Co. KG beziehungsweise nunmehr dessen Insolvenzverwalter haben die Kenntnis über die vom Bundeskartellamt geahndete Umsetzung des Kartells (so genannte sekundäre Darlegungslast).

Kommunen, deren Forderungen ganz oder teilweise bestritten wurden, können gemäß § 179 InsO eine Klage auf Feststellung ihrer Forderungen beim zuständigen Gericht einreichen. Das zuständige Gericht bestimmt sich nach § 180 InsO. Dies bedeutet, dass – je nach Streitwert – das Amtsgericht Aalen oder das Landgericht Ellwangen ausschließlich zuständig sind. Sollte vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Albert Ziegler GmbH & Co. KG bereits ein Rechtsstreit über die jeweilige Schadensersatzforderung anhängig gewesen sein, so ist auf § 180 Abs. 2 InsO hinzuweisen. Der Streitwert selbst bestimmt sich nach dem Betrag, der bei der Verteilung der Insolvenzmasse für die Forderung zu erwarten ist. Da nicht mit einer einhundertprozentigen Auszahlung des geforderten Schadensersatzanspruchs gerechnet werden kann, führt dies im Ergebnis zu einer gebührenrechtlichen Reduzierung. Es ist daher individuell zu prüfen, ob sich für die betroffene Kommune ein solches Vorgehen „unter dem Strich“ wirtschaftlich rechnet. In zeitlicher Hinsicht ist auf § 188 InsO zu verweisen. Eine Feststellung muss durch Urteil bis spätestens zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des vom Insolvenzverwalter zu erstellenden Verteilungsverzeichnisses nachgewiesen werden. Wenn dies bis dahin nicht gelingt, wird ein solcher Nachweis bei der Verteilung nicht mehr berücksichtigt (§ 189 Abs. 3 InsO). Wann mit einer derartigen Bekanntmachung gerechnet werden kann, kann derzeit nicht abgesehen werden. Gleichwohl sollte eine kommunale Entscheidung über das weitere Vorgehen alsbald erfolgen.

Wir möchten darauf hinweisen, dass vor dem Landgericht gemäß § 78 ZPO Anwaltszwang besteht. Im Hinblick auf eine Minimierung dadurch entstehender Kosten empfiehlt es sich, dass sich klagewillige Kommunen auf einen gemeinsamen Anwalt verständigen.

Wir bitten um kurzfristige Mitteilung aller Städte und Gemeinden, die ein Verfahren nach § 179 InsO vor dem Landgericht Ellwangen durchführen wollen. Der SGSA wird dann - natürlich nur nach Rücksprache mit den betroffenen Städten und Gemeinden - die Beauftragung eines gemeinsamen Anwalts koordinieren. Eine finanzielle Beteiligung des SGSA an diesen Verfahren ist derzeit nicht möglich.

Mit Blick auf potenzielle Schadensersatzklagen muss im Übrigen zwischen vertraglichen Ansprüchen sowie kartellrechtlichen Ansprüchen (§ 33 Abs. 4 GWB) unterschieden werden. Wie bereits erwähnt, gehen die kommunalen Spitzenverbände derzeit von der Wirksamkeit vertraglicher Regelungen (ZVB) aus. Dies hat zur Folge, dass es Aufgabe des Insolvenzverwalters ist, im Rahmen eines Klageverfahrens eine geringere Schadensquote zu beweisen.

Vorsorglich möchten wir darauf hinweisen, dass der Nachweis kartellbedingter Schäden zu Lasten der Kommunen problematisch sein kann, wenn eine Feuerwehrfahrzeugbeschaffung nicht „auf dem Markt“ erfolgt ist. Dies kann insbesondere beim Erwerb von Vorführfahrzeugen der Fall sein und zwar dann, wenn andere Unternehmen nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurden (vgl. auch § 3 Nr. 4 Ziff. m) VOL/A a. F.). In derartigen Fällen sollte die Durchführung eines Klageverfahrens sorgfältig überlegt werden.

II. Hinweise zu aktuellen Vergabeverfahren (Bietereignung)

Wir nehmen Bezug auf unser Rundschreiben vom 22.02.2012.

Der SGSA möchte angesichts aktueller sowie in Aussicht genommener Vergabeverfahren zur Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen nochmalig darauf hinweisen, dass auf die Prüfung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit (Bietereignung) grundsätzlich Wert gelegt werden sollte. Bei Ausschreibungsverfahren ist daher zu prüfen, ob die Bietereignung beteiligter Unternehmen nachgewiesen wird. Dies gilt auch für die Ziegler Safety GmbH & Co. KG, Giengen/Brenz sowie die Albert Ziegler GmbH & Co. KG, Giengen/Brenz. Hierbei ist grundsätzlich eine Prognoseentscheidung durch den Auftraggeber zu treffen. Dieser hat einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Festlegung der konkret verlangten Eignungskriterien.

Nach Auffassung der kommunalen Spitzenverbände ist insbesondere die Frage nach der Mitwirkung der Unternehmen – also auch der Albert Ziegler GmbH & Co. KG – bei der Schadensaufklärung grundsätzlich zulässig. Wir verweisen insoweit auf die von den kommunalen Spitzenverbänden erstellte Checkliste „Bietererklärung zur Zusicherung der Zuverlässigkeit beziehungsweise zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit (Selbstreinigung) – Ziffer 5“.

In diesem Zusammenhang verweisen wir nochmals auf die **Entscheidung der Vergabekammer Niedersachsen (VgK-05/2012) vom 14.02.2012 (s. Anlage zum Rundschreiben vom 22.02.2012)**. In dieser – noch nicht rechtskräftigen – Entscheidung hat die Vergabekammer im Ergebnis die Forderung der kommunalen Spitzenverbände nach einer umfassenden Selbstreinigung der am Kartellverfahren beteiligten Unternehmen und deren „Mitwirkung bei der Schadensaufklärung“ bestätigt.

Die Ausführungen der Vergabekammer zur Wiederherstellung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit und somit zur Teilnahme an kommunalen Vergabeverfahren betreffen sowohl die Ziegler Safety GmbH & Co. KG als auch die Albert Ziegler GmbH & Co. KG. Grund ist, dass die Ziegler Safety GmbH & Co. KG lediglich als Vertriebsgesellschaft auftritt, die aber für die Auftragsdurchführung umfassend auf die Ressourcen der Albert Ziegler GmbH & Co. KG zurückgreift. Unserer Kenntnis nach werden Auftragsabwicklung und insbesondere Pro-

duktion der Feuerwehrfahrzeuge weiterhin von der Albert Ziegler GmbH & Co. KG vorgenommen. Die Beurteilung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit kann sich mithin nicht allein auf die Ziegler Safety GmbH & Co. KG beschränken, sondern muss nach wie vor auch die Albert Ziegler GmbH & Co. KG mit einbeziehen.

Wir möchten ferner darauf hinweisen, dass gemäß § 6 Abs. 6 VOL/A-EG Bewerber von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden können, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet (...) worden ist.

Insoweit besteht – losgelöst von der Frage der Wiederherstellung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit (Mitwirkung bei der Schadensaufklärung) – ein eigenständiger Ausschlussgrund, der im Ermessen der jeweiligen Vergabestelle liegt. Im Falle der Albert Ziegler GmbH & Co. KG ist das Insolvenzverfahren bereits eröffnet. Kommunale Auftraggeber haben mithin im Rahmen einer Ermessensentscheidung eine Prüfung der Eignung des Unternehmens vorzunehmen. Hierzu sollten vorab (vor Zuschlagserteilung) aussagekräftige Unterlagen zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens eingefordert werden. Auch die Inanspruchnahme einer Bürgschaft über die Brutto-Auftragssumme kommt in einem solchen Fall (§ 11 Abs. 4 VOL/A/EG) in Frage. Soweit neue Fahrzeuge bei der Ziegler Safety GmbH & Co. KG oder bei der Albert Ziegler GmbH & Co. KG bestellt werden, ist dringend zu empfehlen, Bürgschaften für die Vertragserfüllung und bezüglich der Gewährleistung zu verlangen. Anzahlungen werden augenblicklich zur Insolvenzmasse geleistet.

Die Zertifizierung Bau e. V. prüft vor dem Hintergrund der in der Vergangenheit festgestellten Kartellrechtsverstöße zudem auf Antrag betroffener Unternehmen die Einhaltung der in der „Bietererklärung“ der kommunalen Spitzenverbände (Checkliste) angegebenen Maßnahmen. Ausweislich der Internetseite www.zert-bau.de haben - Stand 27.02.2012 - weder die Ziegler Safety GmbH & Co. KG noch die Albert Ziegler GmbH & Co. KG eine Bescheinigung der Zertifizierung Bau e. V. über die vergaberechtliche Zuverlässigkeit ausgestellt bekommen.

III. Hinweise zur Schadensermittlung

1. Schadensgutachten zum Feuerwehrbeschaffungskartell

Die kommunalen Spitzenverbände haben mit der Schlingmann GmbH & Co. KG, Dissen, sowie mit der Rosenbauer International AG, Leonding/Österreich sowie der Rosenbauer Deutschland GmbH, Luckenwalde, die Beauftragung eines von diesen beiden als Teil der Selbstreinigung finanziertes Schadensgutachtens abgestimmt. Auftragnehmer ist das Büro Professor Dr. Lademann & Associates, Hamburg. Wie uns das Büro Lademann mitgeteilt hat, wird die bereits angekündigte Datenerhebung sowohl auf Seiten der Unternehmen als auch auf Seiten der Kommunen Anfang März 2012 beginnen. Der Gutachter wird somit in Kürze einen endabgestimmten Fragebogen / Erhebungsbogen vorlegen, der den Städten und Gemeinden über die kommunalen Spitzenverbände zur Verfügung gestellt wird. Weitere Einzelheiten zur konkreten Abwicklung der Datenerhebung werden mit Übersendung der Fragebögen an betroffene Kommunen mitgeteilt. Es wird angestrebt, die Gutachtenergebnisse noch im Juni 2012 der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vorzustellen.

2. Preisprüfungsrecht ist für Schadensermittlung unergiebig

Im Zuge der Ermittlung potenzieller Schäden ist vereinzelt auf die Einhaltung der Vorgaben des Preisprüfungsrechts hingewiesen worden. In diesem Zusammenhang möchten wir klarstellen, dass eine behördlich bestätigte Einhaltung des Preisrechts (VO PR Nr. 30/53) für die von den kommunalen Spitzenverbänden geforderte Aufklärung und aktive Mitwirkung bei der Ermittlung kartellbedingter Schäden als nicht ausreichend betrachtet werden kann. Zwar überprüft die behördliche Preisprüfung, ob in der Vergangenheit kalkulierte Preise im Rahmen der preisrechtlich erlaubten Grenzen lagen. Eine abschließende Aussage zu potenziell entstandenen Schäden auf Seite der Kommunen kann hieraus jedoch nicht abgeleitet werden. Einerseits ist darauf hinzuweisen, dass ein Erstattungsanspruch aufgrund eines Verstoßes gegen das Preisrecht zugunsten der Kommunen lediglich im Ermessen der zuständigen Preisprüfungsbehörde steht (§ 9 WiStrG). Darüber hinaus muss beachtet werden, dass die Preisprüfungsbehörden nicht prüfen, ob im konkreten Einzelfall (Beschaffungsvorgang) anderweitige Angebote anderer Kartellanten zwecks Einhaltung von kartellrechtswidrigen Absprachen gar nicht oder unrichtig abgegeben wurden. Gerade in der bewussten Vorenthaltung eines günstigeren Angebotes kann jedoch ein erstattungspflichtiger Schadensersatz liegen. Im Übrigen muss ein Kartellant substantiiert vortragen, dass das Verhalten anderer Kartellanten gerade nicht auf das vom Bundeskartellamt festgestellte Quotenkartell zurückzuführen ist. Schließlich sieht das Recht der Preisprüfung – anders als beim Schadensersatzrecht – auch keine gesamtschuldnerische Haftung vor.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrage



Uwe Baier