

### Herausgeber

Prof. Dr. Hermann  
Plagemann

Dr. Ole Ziegler

Prof. Dr. Peter Axer

Prof. Dr. Markus Finn

Prof. Dr. Ingo  
Heberlein

Prof. Dr. Thorsten  
Kingreen

Dr. Martin Krasney

Dr. Kyrill Makoski

Prof. Dr. Frank Ulrich  
Montgomery

Dr. Elke Roos

Marcus Schian

Prof. Dr. Stefan Schick

Prof. Dr. Bernd Schütze

Prof. Dr. Astrid  
Wallrabenstein

Wolfgang Wellner

Prof. Dr. Felix Welti

### AUS DEM INHALT

#### AUFSÄTZE

Friedhelm Hase

**Die verfassungsrechtliche Legitimation des Gemeinsamen  
Bundesausschusses: Die im Auftrag des BMG erstellten  
Rechtsgutachten** S. 41

Ingo Heberlein

**Richtlinien des G-BA als Behandlungsstandard** S. 49

Roman Grinblat/Dominik Schirmer/Frank Ledermann

**Korruption in der ambulanten Pflege – Hintergründe und  
mögliche Präventivmaßnahmen aus Kostenträgerperspektive** S. 58

Bernhard Opolony

**Die Finanzierung der beruflichen Pflegeausbildung nach dem  
Pflegeberufegesetz** S. 64

Markus Düncher/Daniela Schweigler

**Neues zum Wohn- und Betreuungsvertrag** S. 70

#### ENTSCHEIDUNGEN MIT HINWEISEN

**EuG Nichtigkeitsklage gegen die Zurückweisung einer  
Beihilfebeschwerde eines Wettbewerbers einer staatlich  
geförderten Pflegeeinrichtung** S. 76

**BGH Haftung bei Unterlassen einer vorgezogenen Aufklärung  
über eine Sectio als Behandlungsalternative** S. 79

# 2/2019

Jahrgang 9 | Seiten 41–80

ISSN 2191-3595



**Nomos**



**Inklusive  
Online-Nutzung**  
beck-online

Als Abonnent steht  
Ihnen diese Zeitschrift  
online zur Verfügung.  
Sie erhalten außerdem  
Vollzugriff auf das Archiv.

© 2019 Nomos Verlagsgesellschaft mbH

Verwaltungs- und Sozialrechts wird plastisch, wie bedeutsam und zugleich schwer schon der Aspekt der Kommunikation und Information für Menschen mit Behinderung zu den für sie relevanten Leistungsrechten und den dafür jeweils zuständigen Behörden bzw. Sozialleistungsträgern ist. Die Vielfältigkeit der Bedarfe an Beratung und Information je nach Art und Schwere der Teilhabebeschränkung steht hier den begrenzten Ressourcen der bürokratisierten Massensachbearbeitung der Sozialversicherungs- und Leistungsträger teils diametral gegenüber, sodass sich die interessante Frage stellt, wo die gesetzte Fürsorgepflicht des Staates endet und die zumutbare Verlagerung der Beschaffungsverantwortung für Information und Beratung über Dritte, wohl vor allem Interessenverbände und Rechtsdienstleister, für den Sozialversicherten mit Behinderung beginnt. Sowohl aus rechtswissenschaftlicher als auch -praktischer Sicht interessant ist auch die Auseinandersetzung des Autors mit dem Geltungsbereich und Durchsetzungspotenzialen des sozialrechtlichen Benachteiligungsverbots nach § 33c SGB I.

Dank der umfassenden, auch völkerrechtlichen, Betrachtung der rechtlichen Einbettung barrierefreier Gesundheitsversorgung, stellt das Buch ferner einen dezidiert abgeleiteten Bezug zwischen sozialrechtlichem Sicherstellungsauftrag nach SGB V

(verfahrensrechtlich, kollektiv-/individualvertragsrechtlich, leistungsrechtlich sowie zulassungsrechtlich) und den Forderungen der UN-BRK zur Verfügung, den es sich nachzuverfolgen lohnt.

Der praktischen Relevanz kollektiver Rechtsdurchsetzung im Behinderten- und Teilhaberecht trägt der Autor mit einem weiteren, ausführlich untersuchten Kapitel Rechnung.

Die Arbeit schließt mit der Feststellung einer behindertenrechtlich dem Grunde nach weitgehenden Konsistenz des bestehenden Normgefüges unter Bereitstellung von Präzisierungs- und Effektivierungsvorschlägen sowie einem klaren Appell, vor allem an die involvierten – öffentlichen und privaten – Träger im Gesundheitssystem, die vielfältigen Dimensionen und rechtlich begründeten Anforderungen an barrierefreie Gesundheitsversorgung nachzuvollziehen und konsequent umzusetzen.

Aufgrund der mühevollen Zusammenstellung der – für Themen des Gesundheitsrechts typisch – vielschichtigen Schnittstellen zur Gesundheitsversorgung für Menschen mit Behinderung, stellt die hier besprochene Schrift ein Arbeitsmittel von großem Mehrwert für die rechtswissenschaftliche, rechtspolitische wie auch rechtspraktische Arbeit im Behinderten- und Teilhaberecht zur Verfügung.

*Jana Schäfer-Kuczynski, M.mel.*

## ENTSCHEIDUNGEN MIT HINWEISEN

# Nichtigkeitsklage gegen die Zurückweisung einer Beihilfebeschwerde eines Wettbewerbers einer staatlich geförderten Pflegeeinrichtung

AEUV Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 2, Abs. 3  
Verordnung (EU) 2015/1589 Art. 4 Abs. 2

**1. Vor der Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens durch die Europäische Kommission kann ein Wettbewerber einer staatlich geförderten Pflegeeinrichtung nur unter bestimmten Voraussetzungen mit Erfolg im Wege einer Nichtigkeitsklage i. S. d. Art. 263 AEUV gegen die Zurückweisung seiner Beihilfebeschwerde vorgehen.**

**2. Ein Kommissionsbeschluss, mit dem vor der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens eine Förderung [hier im Pflegebereich] mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt wird, ist kein „Rechtsakt mit Verordnungsscharakter“ i. S. d. Art. 263 Abs. 4 AEUV.**

**3. Ein Wettbewerber eines Förderempfängers muss deshalb für die Darlegung seiner Klagebefugnis die Kriterien der „Plaumann“-Formel erfüllen bzw. spürbar beeinträchtigt sein, wenn er nicht nur die Verletzung eigener Verfahrensrechte geltend**

**macht. Die Stellung als Wettbewerber oder als Initiator des Beihilfeverfahrens reichen dafür nicht.**

*EuG, Beschluss vom 11.4.2018, Rs. T-813/16 (Abes ./ . Kommission) vorhergehend: Beschluss der Kommission vom 9.8.2016 – SA.38920 (C(2016) 5054final)*

### 1. Zum Sachverhalt

Die Klägerin Abes<sup>1</sup> ist Betreiberin einer Pflegeeinrichtung in der Region von Tomar in Portugal. Sie begehrt mit ihrer Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) zum Gericht der Europäischen Union (EuG) die Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses der Europäischen Kommission<sup>2</sup>, mit dem die Kommission die staatliche Förderung eines Wettbewerbers als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen hat.

1 Abes – companhia de assistência, bem-estar e serviços para seniores, Lda (Wohlfahrts- und Dienstleistungsunternehmen für Senioren).  
2 Kommission, Beschl. v. 9.8.2016 – SA.38920 (C(2016) 5054final) .

Mit dem streitgegenständlichen Beschluss hat die Kommission auf die Beihilfenbeschwerde der Klägerin festgestellt, dass es sich bei der staatlichen Förderung des Baus eines Altenheimes durch die gemeinnützige Pflegeeinrichtung Santa Casa de Misericórdia de Tomar (SCMT) nicht um eine unzulässige Beihilfe (Art. 107 Abs. 1 AEUV) gehandelt hat.

Zur Begründung führte die Kommission aus, dass die der SCMT gewährten Förderung „nur lokal wirkt“ und deshalb nicht den Handel zwischen den Mitgliedstaaten i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV beeinträchtigt. In Übereinstimmung mit ihrer Praxis zu „rein lokal wirkenden Förderungen“ hat die Kommission festgestellt, dass die SCMT ihre Tätigkeiten nur auf lokaler Ebene ausübt und zwar in der Gemeinde Tomar, die nicht in einem Grenzgebiet zu einem anderen Mitgliedstaat liegt oder eine besondere Nähe zu einem Flughafen aufweist. Die von der SCMT angebotene Dienstleistung sei auch nicht hochspezialisiert, sodass nicht zu erwarten ist, dass sie Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten anziehen würde; die ausschließliche Verwendung der portugiesischen Sprache sei für Nutzer anderer Mitgliedstaaten sogar abschreckend. Anhaltspunkte dafür, dass Bürger anderer Mitgliedstaaten die Einrichtung der SCMT in Anspruch nehmen, gebe es auch nicht. Schließlich gebe es auch keine Hinweise, dass grenzüberschreitende Investitionen durch die Förderung beeinträchtigt wären; die angebotenen Leistungen seien vielmehr wenig rentabel, sodass allenfalls marginale Wirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung zu befürchten seien.<sup>3</sup> Die (Beihilfen-)Beschwerde der Klägerin wurde deshalb durch die Kommission zurückgewiesen und das förmliche Prüfverfahren nicht eröffnet.<sup>4</sup>

Gegen diese Entscheidung der Kommission wendet sich die Klägerin mit ihrer Nichtigkeitsklage an das Gericht der Europäischen Union und macht drei Klagegründe geltend.<sup>5</sup> Erstens leide der Kommissionsbeschluss unter einem Begründungsmangel, weil in dem Beschluss festgestellt worden sei, dass die Maßnahme, selbst wenn sie eine Beihilfe sei, gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar wäre, ohne dies zu begründen. Zweitens leide der Beschluss an einem offensichtlichen Beurteilungsfehler hinsichtlich der Wirkung der Maßnahme auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, weil die Gründe der Kommission nicht stichhaltig seien und Beihilfemaßnahmen im ganzen Land fördern würden. Mit dem dritten Klagegrund macht die Klägerin geltend, dass die Kommission mit ihrem Beschluss gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoße, weil die Kommission zu Unrecht eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten verneint hätte.<sup>6</sup>

## 2. Aus den Entscheidungsgründen

Das Gericht der Europäischen Union hat die Nichtigkeitsklage als unzulässig zurückgewiesen.<sup>7</sup> Nach der Einschätzung des Gerichts fehlt es der Klägerin schon an der Klagebefugnis i. S. d. Art. 263 Abs. 4 AEUV und zwar für alle drei Klagegründe.<sup>8</sup>

a) Das Gericht stellte zunächst fest, dass es sich bei der an die Republik Portugal gerichtete Kommissionsentscheidung nicht um einen „Rechtsakt mit Verordnungscharakter“ i. S. d. Art. 263 Abs. 4 HS 2 AEUV handelt. Die Klägerin müsse für die Klagebefugnis deshalb gem. Art. 263 Abs. 4 HS 1 AEUV

unmittelbar und individuell betroffen sein.<sup>9</sup> Nach ständiger Rechtsprechung müsse die Klägerin als eine andere Person als die Adressatin der Entscheidung darlegen, dass sie wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder bestimmter Umständen in ähnlicher Weise wie der Adressat der Entscheidung betroffen ist.<sup>10</sup> Das gelte insbesondere für den Fall, dass die Begründetheit einer Kommissionsentscheidung angegriffen wird, die vor der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens i. S. d. Art. 108 Abs. 2 AEUV die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Binnenmarkt feststellt.<sup>11</sup>

b) Für diese individuelle Betroffenheit hat es das Gericht nicht ausreichen lassen, dass die Klägerin das Beihilfungsverfahren durch ihre Beschwerde initiiert hat und in einem Wettbewerbsverhältnis zur Beihilfeempfängerin steht. Auch der Vortrag der Klägerin, sie habe durch die SCMT, die aufgrund der Förderung ihre Leistungen günstiger anbieten könnte, einen Auslastungsrückgang ihrer Einrichtung und Umsatzeinbußen,<sup>12</sup> hat das Gericht für die Klagebefugnis nicht ausreichen lassen.<sup>13</sup> Die Klägerin hätte vielmehr darlegen müssen, dass sie durch die Kommissionsentscheidung in gleicher Weise betroffen wird wie die Adressatin der Entscheidung.<sup>14</sup> Die bloße Teilnahme im Verwaltungsverfahren (Initiierung der Beschwerde) oder die Stellung als Wettbewerberin reichen dafür nicht; erforderlich wäre es gewesen, die spürbare Beeinträchtigung der Marktstellung durch die Maßnahme darzulegen.<sup>15</sup> Dafür hat die Klägerin „keine konkreten Anhaltspunkte“ vorgebracht; Hinweise auf die Verschlechterung der Finanzsituation der Klägerin reichen nicht.<sup>16</sup>

c) Nach der Einschätzung des Gerichts ging es der Klägerin auch nicht darum, die Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Entscheidung mit der Begründung zu erreichen, dass die Kommission ihre Verpflichtung zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 108 Abs. 2 AEUV oder spezifische Verfahrensrechte der Klägerin verletzt habe.<sup>17</sup> Die Einlassungen der Klägerin, insbesondere auf eine Nachfrage des Gerichts, zielten vielmehr darauf, die Begründung der Kommissionsentscheidung anzugreifen.<sup>18</sup> Die Nichtigkeitsklage war deshalb insgesamt als unzulässig zurückzuweisen.

3 Vgl. EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 11 ff.; Kommission, Beschl. v. 9.8.2016 – SA.38920 (C(2016) 5054final), Rn. 16 ff.

4 Vgl. EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 16, 42; Kommission, Beschl. v. 9.8.2016 – SA.38920 (C(2016) 5054final), Rn. 30.

5 Vgl. Amtsblatt der Europäischen Union ABL C 30/49 v. 30.1.2017.

6 Vgl. Amtsblatt der Europäischen Union ABL C 30/49 v. 30.1.2017 und EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 31, 43.

7 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 48 ff., 64.

8 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 34 ff.

9 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 37.

10 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 38.

11 Vgl. EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 39 ff.

12 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 35: Auslastungsrückgang i. H. v. 7% und monatliche Umsatzeinbußen i. H. v. 3.500 Euro.

13 Vgl. EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 48 ff.

14 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 49 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

15 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 55.

16 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 56 ff.

17 Vgl. EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 45.

18 EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 45-48.

**3. Praxishinweise**

Das Gericht der Europäischen Union nimmt die in Praktikerkreisen erwartete Stellungnahme zur Kommissionspraxis<sup>19</sup> zu „nur rein lokal wirkenden Förderungen“ nicht vor, sondern lässt die Nichtigkeitsklage schon auf der Ebene der Zulässigkeit scheitern. Für die Praxis ergibt sich daraus Folgendes:

a) Die vorliegende Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union in der Sache „Abes/Kommission“ fügt sich in eine Reihe aktueller Entscheidungen ein, mit denen sowohl der Europäische Gerichtshof als auch das Gericht der Europäischen Union in Beihilfesachen Nichtigkeitsklagen von Wettbewerbern an der Klagebefugnis i. S. d. Art. 263 Abs. 4 AEUV scheitern ließen.<sup>20</sup> Für die Klagebefugnis fordern die Gerichte von anderen als den Adressaten einer (Kommissions-)Entscheidung, dass die in Frage stehende Entscheidung sie aufgrund bestimmter Eigenschaften oder eines Sachverhalts, der sie gegenüber anderen unterscheidet, in ähnlicher Weise betrifft und individualisiert wie den Adressaten der Entscheidung (sog. „Plaumann“-Formel).<sup>21</sup> In Beihilfesachen beschränkt sich deshalb das Recht der Beschwerdeführer vor der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens regelmäßig darauf, die Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren nicht zu eröffnen, zu überprüfen.<sup>22</sup> Ein weitergehendes Anfechtungsrecht kommt einem Beschwerdeführer nur dann zu, wenn er einen besonderen Status im Sinne der „Plaumann“-Formel darlegen kann<sup>23</sup> und zwar in Form einer spürbaren Beeinträchtigung der eigenen Marktstellung.<sup>24</sup>

b) Wie im vorliegenden Rechtsstreit gelingt es vielen Wettbewerbern eines Förderempfängers nicht, die eigene besondere Betroffenheit darzulegen. Die Rechtsprechung ist streng, wenn es darum geht, die spürbare Beeinträchtigung der Marktstellung beispielsweise durch einen erheblichen Rückgang des Umsatzes, spürbare finanzielle Verluste, erhebliche Verringerung des Marktanteils, Wegfall von Entwicklungs- und Gewinnmöglichkeiten etc. darzulegen.<sup>25</sup>

c) In materieller Hinsicht ergibt sich aus der Entscheidung nichts, was gegen die Kommissionspraxis zu „rein lokal wirkenden Förderungen“ spricht; mit dieser Praxis hat sich das Gericht nicht befasst. Es ist deshalb weiterhin möglich, eine Förderung mit ihrer nur lokalen Wirkung zu verteidigen. In Deutschland haben sowohl der Bundesgerichtshof<sup>26</sup> als auch das Oberlandesgericht Stuttgart<sup>27</sup> eine reine Lokalwirkung beim Defizitenausgleich eines Krankenhauses für möglich gehalten und damit die wettbewerbsrechtliche Klage eines Konkurrenten abgewiesen. Das Oberlandesgericht Nürnberg<sup>28</sup> hat diese Entscheidungspraxis

aus dem Krankenhausbereich<sup>29</sup> auf den Pflegebereich übertragen und das Vorliegen einer Beihilfe ebenfalls verneint. Es bleibt abzuwarten, ob das Gericht der Europäischen Union in noch anhängigen Rechtsstreitigkeiten zur „reinen Lokalwirkung“ einer Förderung Stellung nehmen wird.

*Dr. Corina Jürschik, LL.M. Rechtsanwältin und Fachanwältin für Vergaberecht OPPENLÄNDER Rechtsanwälte, Stuttgart.*

- 19 Vgl. die Kommissionsentscheidungen N 543/2001 [Staatliche Abschreibung für Krankenhäuser]; N 258/2000 [Freizeitbad Dorsten]; SA. 44692 [Hafen Föhr]; SA.33149 [Städtische Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Gaarden“]; SA.34576 [Station für langfristige Betreuung Jean Piaget/Nord-Osten]; SA.37432 [Finanzierung öffentlicher Krankenhäuser in der Region Hradec Králové]; SA.37904 [Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim]; SA.38035 [Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Klinik für Orthopädie und Unfallchirurgie]; SA.38208 [mitgliedschaftlich organisierte Golfclubs]; SA.37963 [Glenmore Lodge]. Vgl. für weitere Beispiele: Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, (2016/C 262/01), ABl. EU v. 19.7.2016, S. 43, Rn. 197.
- 20 Vgl. EuGH, Beschl. v. 10.10.2017, Rs. C-640/16 P. Rn. 38 (Greenpeace Energy eG/Kommission); EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 41, 48 (Abes/Kommission); EuG, Beschl. v. 19.4.2018, Rs. T-354/15, Rn. 39 (Allergopharm/Kommission); EuG, Beschl. v. 27.7.2018, Rs. T-101/17, Rn. 26 (Apple Distribution/Kommission).
- 21 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.7.1963, Rs. C-25/62 (Plaumann/Kommission); EuG, Beschl. v. 10.10.2017, Rs. T-841/16, Rn. 54 (Alex SCI/Kommission); EuG, Beschl. v. 19.4.2018, Rs. T-354/15, Rn. 38 (Allergopharm/Kommission).
- 22 Vgl. EuG, Beschl. v. 10.10.2017, Rs. T-841/16, Rn. 59 (Alex SCI/Kommission); EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 40 f. (Abes/Kommission).
- 23 Vgl. EuG, Beschl. v. 10.10.2017, Rs. T-841/16, Rn. 60 (Alex SCI/Kommission); EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 41, 48 (Abes/Kommission).
- 24 Vgl. EuGH, Beschl. v. 10.10.2017, Rs. C-640/16 P. Rn. 38 (Greenpeace Energy eG/Kommission); EuGH, Urt. v. 22.11.2007, Rs. C-260/05 P, Rn. 54 (Snicec/Kommission); EuG, Beschl. v. 11.04.2018, Rs. T-813/16, Rn. 41, 48 (Abes/Kommission); EuG, Beschl. v. 19.04.2018, Rs. T-354/15, Rn. 39 (Allergopharm/Kommission); EuG, Beschl. v. 27.07.2018, Rs. T-101/17, Rn. 26 (Apple Distribution/Kommission).
- 25 Vgl. EuG, Beschl. v. 27.7.2018, Rs. T-101/17, Rn. 36 (Apple Distribution/Kommission); EuG, Beschl. v. 11.4.2018, Rs. T-813/16, Rn. 54 (Abes/Kommission); EuG, Beschl. v. 19.4.2018, Rs. T-354/15, Rn. 47 ff. (Allergopharma/Kommission).
- 26 Vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, Rn. 97 (Kreiskliniken Calw), Anm. Jürschik, GuP 2017, 68 ff.
- 27 OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, Anm. Jürschik, GuP 4/2017, 194 ff.
- 28 OLG Nürnberg Urt. v. 21.11.2017 – 3 U 134/17, S. 8, 10 ff., Anm. Jürschik, GuP 2018, 77 ff.
- 29 Vgl. die Kommissionsentscheidungen N 543/2001 [Staatliche Abschreibung für Krankenhäuser]; SA.34576 [Station für langfristige Betreuung Jean Piaget/Nord-Osten]; SA.37432 [Finanzierung öffentlicher Krankenhäuser in der Region Hradec Králové]; SA.37904 [Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim]; SA.38035 [Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Klinik für Orthopädie und Unfallchirurgie].