avocado
rechtsanwälte

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

Juni 2009

Die Ausschreibung von Rettungsdienstleistungen war zuletzt mehrfach Gegenstand vergaberechtlicher Auseinandersetzungen. Die Entscheidung des BGH vom 01.12.2008 ist da nur ein prominentes Beispiel. Ob der BGH alle in diesem Zusammenhang relevanten Fragen abschließend geklärt hat, ist allerdings fraglich – nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen landesspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Auch wir möchten zur Klärung offener Fragen beitragen. Antworten finden Sie auf den nächsten Seiten.

avocado rechtsanwälte
spichernstraße 75–77
50672 köln

t +49 [0]221 39071-0
f +49 [0]221 39071-29
koeln@avocado-law.com

www.avocado-law.com

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

Juni 2009

Die Ausschreibung von Rettungsdienstleistungen - Wichtige Entwicklungen für kommunale Leistungsträger

Der Bereich des Rettungsdienstwesens – der im Wesentlichen in § 133 SGB V als „Kranken- und Rettungstransporte“ zusammengefasst ist – ist zwar mit einem verhältnismäßig geringen Finanzvolumen nur ein „kleinerer Bereich“ der Daseinsvorsorge. Gleichwohl ist er ein wichtiger Eckpfeiler unserer Gesellschaft. Der Staat ist in allen Bundesländern gezwungen, einen flächendeckenden Rettungsdienst zu unterhalten. Die kommunalen Aufgabenträger führen den öffentlichen Rettungsdienst selbst mit eigenen Kräften oder durch die Einbindung Dritter in den öffentlichen Rettungsdienst durch. Dabei bestechen die verschiedenen Landesgesetze durch eine sehr heterogene Prägung. Insgesamt führt auch hier der europäische Einfluss zu einem immer größeren Abbau von Monopolen mit der Folge wachsender Wettbewerbsstrukturen. Die Frage nach der Ausschreibungspflicht von Rettungsdienstleistungen ist angesichts einer aktuellen Rechtsprechung des BGH vom 01.02.2008 (XZB 31/08) von immenser praktischer Bedeutung. Das Vergaberecht stellt die kommunalen Aufgabenträger vor große Herausforderungen. Nachfolgend soll daher ein kurzer Überblick über die rechtliche Ausgangssituation im Rettungsdienstbereich und die Frage der Ausschreibungspflicht von Rettungsdienstleistungen gegeben werden.

Organisation des Rettungsdienstwesens

Die Rettungsdienstgesetze der meisten Bundesländer lassen – in unterschiedlichem Umfang – die Einbindung Privater in den Rettungsdienst vor. Während in einigen Bundesländern (so z.B. in Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein und Thüringen) grundsätzlich der Träger selbst den öffentlichen Rettungsdienst durchführen sollen, forcieren andere Landesgesetze (so z.B. Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen und grundsätzlich auch Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt) die primäre Einbindung Privater in die Durchführung des Rettungsdienstes. Die Art und Weise der Einbindung erfolgt dabei in Form des Submissions- oder des Konzessionsmodells. Diese Unterscheidung ist vergaberechtlich von erheblicher Bedeutung.

Im Rahmen des sogenannten Submissionsmodells handelt der Private im Auftrag der öffentlichen Hand und erbringt unmittelbar gegenüber den Nutzern die entsprechenden Leistungen. Hierfür erhält er im Innenverhältnis von der öffentlichen Hand ein Entgelt. Der öffentlich-rechtliche Träger erhebt gegenüber den Bürgern Benutzungsgebühren. Bei dem Privaten han-

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

delt es sich um einen klassischen Verwaltungshelfer. In der Konsequenz erbringt der Private die Leistungen des Rettungsdienstes nach bestimmten Vorgaben unmittelbar gegenüber den Nutzern. Die Aufgabenträgerschaft verbleibt bei den öffentlichen Rettungsdienstträgern (so z.B. in Nordrhein-Westfalen und Sachsen). Dagegen eröffnet das sogenannte Konzessionsmodell die Möglichkeit, die Aufgabe der Organisation und Durchführung des öffentlichen Rettungsdienstes auf private Hilfsorganisation und Privatunternehmen zu „übertragen“ (so z. B. in Baden-Württemberg und Bayern). Der Private erhält von Seiten der öffentlichen Hand kein Entgelt, sondern refinanziert sich über (private) Entgelte, die er in eigenem Namen gegenüber den Sozialversicherungsträgern bzw. den nicht gesetzlich versicherten Bürgern erhebt.

Vergabepflichtiger Vorgang?

Kauft ein kommunaler Aufgabenträger von einem privaten Dritten die Durchführung der Leistungen des Krankentransportes und der Notfallrettung ein, so erscheint die Anwendung des Vergaberechts zunächst grundsätzlich denkbar. Gleichwohl hat die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung zur Vergabepflicht von Rettungsdienstleistungen bislang relativ einheitlich eine Vergabepflicht solcher Vorgänge abgelehnt (vgl. nur BayObLG, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 07/03; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.04.2006, Verg 7/06; OLG Naumburg, Beschluss vom 15.07.2008, 1 Verg 5/08). Zur Begründung wird angeführt, dass es sich bei den Leistungen des Rettungsdienstes nicht um eine am Markt zu beschaffenden Leistung, sondern vielmehr um die Vergabe einer Leistung, welche die Ausübung öffentlicher Gewalt zum Gegenstand habe, handele. Der Rettungsdienst verfüge über besondere hoheitliche Befugnisse gegenüber dem Bürger und führe daher zur Bereichsausnahme des Art. 45, 55 EG. Hiernach unterfallen Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben nicht dem Anwendungsbereich des EG-Vertrages – und damit in der Konsequenz auch nicht den europäischen Vergaberichtlinien bzw. dem deutschen Umsetzungsrecht in §§ 97 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Eine Leistungsdurchführung komme wegen der mit den Leistungen des Rettungsdienstes verbundenen hoheitlichen Tätigkeiten nur durch Angehörige des betroffenen Mitgliedstaates – also Deutsche – in Betracht. Angehörige anderer Mitgliedstaaten haben daher keinen Anspruch auf Durchführung und Teilnahme an einer entsprechenden europaweiten Ausschreibung.

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

Juni 2009

Aktuell: BGH vom 01.12.2008 (X ZB 31/08)

Dieser Auffassung ist im letzten Jahr das OLG Dresden mit Beschluss vom 04.07.2008 (WVerg 3/08) entgegengetreten und hat dem Bundesgerichtshof die Frage der Ausschreibungspflicht von Rettungsdienstleistungen zur Entscheidung vorgelegt mit der Begründung, dass keine Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 45, 55 EG-Vertrag vorläge. Der BGH hat in seinem Urteil vom 01.12.2008 (X ZB 31/08) sodann – speziell für das Rettungsdienstgesetz des Landes Sachsen (Submissionsmodell) – festgestellt, dass die Leistungen der Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransports im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach §§ 97 ff. GWB zu vergeben seien. Nach Auffassung des BGH kommt es auf die Vorgaben der Art. 45, 55 EG zu Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht an. Die sich hieraus ergebende Bereichsausnahme beschränke sich auf den Zweck, die Mitgliedstaaten in die Lage zu versetzen, Ausländer von den dort genannten Tätigkeiten im Inland fernzuhalten. Ein Zwang für den nationalen Gesetzgeber sei damit nicht verbunden. Die Reichweite des GWB bestimme sich mithin nach nationalem Recht. Allerdings sei die Vergabe von Dienstleistungen der Notfallrettung bzw. des Krankentransportes nach nationalem Recht nicht vom Vergaberegime ausgenommen, wie die Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen ergebe. Rettungsdienstleistungen seien (mit Blick auf das sächsische Submissionsmodell) entgeltliche Leistungen im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Für solche Dienstleistungen erscheine es überaus sinnvoll, auch diese Nachfrage der öffentlichen Hand nach dem nationalen Vergaberegime abzuwickeln, zumal es bekanntermaßen althergebrachter Praxis entspreche, die fraglichen Leistungen durch außerhalb des Staates bestehende Organisationen oder Unternehmen, häufig sogar auf rein privatrechtlicher Grundlage, erbringen zu lassen. Dem Willen des deutschen Gesetzgebers sei an keiner Stelle zu entnehmen, dass solche Verträge vom Vergaberecht ausgenommen sein sollten. Der Umstand, dass der sächsische Landesgesetzgeber im Rettungsdienstgesetz ein besonderes Auswahlverfahren geschaffen habe, entbinde von den Anforderungen des vergaberechtlichen Vergabeverfahrens nicht.

In die gleiche Richtung gehen derzeit aktuelle Bestrebungen auf europäischer Ebene. Die Europäische Kommission hat ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH gegen Deutschland eingeleitet, deren Gegenstand die Nichtausschreibung von Rettungsdienstleistungen in mehreren (deutschen) Bundesländern ist und hat bereits Klage vor dem EuGH erhoben (Rs. C-160/08).

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

Juni 2009

Submissionsmodell: Konsequenzen

Mit seiner Entscheidung hat der BGH nun ein Machtwort gesprochen, so dass die Beschaffung von Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes grundsätzlich dem Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB unterliegt, sofern deren Voraussetzungen vorliegen. Dies ist in den Bundesländern, die das Submissionsmodell vorsehen, anzunehmen. Kommunale Aufgabenträger in diesen Bereichen tun daher gut daran, die betroffenen Leistungen im Wege der §§ 97 ff. GWB zu vergeben. Private Unternehmen haben einen Anspruch auf Durchführung eines solchen „ordentlichen" Vergabeverfahrens und können ihre Rechte vor den Vergabekammern durchsetzen.

Leistungen nach dem Submissionsmodell dürften dabei regelmäßig im Rahmen eines offenen Verfahrens bzw. einer öffentlichen Ausschreibung vergeben werden. Die Art des Vergabeverfahrens beurteilt sich danach, ob der Schwerpunkt der Leistungen des Krankentransportes und der Notfallrettung maßgeblich im medizinischen Bereich (mit der Konsequenz der Einordnung nach Anhang I Teil B Kategorie 25) oder im Bereich Transportleistungen (dann käme Anhang I Teil A Kategorie 2 zur Anwendung) liegt. Zumindest für den Bereich der Notfallrettung dürften bei wertender Betrachtung die Rettungsdienstleistungen regelmäßig unter I B fallen. Der Krankentransport dient jedoch regelmäßig dem Transport von Patienten, die vorhersehbar nicht Notfallpatienten sind, wenn auch unter fachgerechter Betreuung. Ob der Umstand, dass auch hier medizinisch qualifiziertes Personal in Form von Rettungsassistenten oder Rettungssanitätern eingesetzt wird, im Bereich des Krankentransportes für eine Qualifizierung nach Anhang I Teil B Kategorie 25 genügt, ist im Einzelfall zu prüfen. Es dürfte zumindest Einiges für diese Auffassung sprechen. Würden die Leistungen des Krankentransportes und der Notfallrettung gemeinsam ausgeschrieben (was praktisch durchaus sinnvoll erscheint), dürfte der Anteil an Transportleistungen am Gesamtauftragsvolumen regelmäßig (tatsächlich und wertmäßig) hinter den Anteil an medizinischen Leistungen zurücktreten mit der Konsequenz, dass die Leistungen nur gemäß den Regeln der Basisparagraphen (also des ersten Abschnitts der VOL/A) mit den Besonderheiten der §§ 8 a, 28 a VOL/A zu vergeben sind (vgl. § 1a Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A). Bietern steht in jedem Falle Rechtschutz vor den Vergabekammern zur Verfügung.

Die Rechtsprechung des BGH begegnet zwar durchaus Kritik. So hat sich die Vergabekammer Sachsen in einer Entscheidung vom 03.04.2009 (vgl. hierzu ausführlich später) kritisch gegen-

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

über der aktuellen Entscheidung des BGH vom 01.12.2008 geäußert. Die Entscheidung verstoße gegen Verfassungsrecht, da der BGH die verfassungsrechtlichen Kompetenzregelungen für das GWB und das Rettungsdienstrecht als Gefahrenabwehrrecht außerachtlasse. Der Bundesgesetzgeber sei nicht befugt, die Einbindung Dritter in den Rettungsdienst durch das GWB zu regeln. Diese Auffassung der Vergabekammer ist zumindest bedenklich, denn die Aufgabe des Rettungsdienstes wird einheitlich vor allem als Aufgabe der Daseinsvorsorge und daneben auch als Aufgabe der Gefahrenabwehr qualifiziert (vgl. statt vieler EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs. C-475/99, Rdn. 21; BGH, Urteil vom 09.01.2003, NJW 2003, S. 1184; BayObLG, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 07/03). Deswegen sollten öffentliche Auftraggeber wie zuvor beschrieben verfahren.

Konzessionsmodell: Konsequenzen

Ist dagegen im jeweiligen Bundesland das sogenannte Konzessionsmodell eingeführt, hat der kommunale Auftraggeber im Einzelfall kritisch zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages oder aber einer Dienstleistungskonzession vorliegen. Zu dieser Frage hat insbesondere die Vergabekammer Südbayern mit Beschluss vom 03.04.2009 (Z 3-3-3194-1-49-12/08) Stellung genommen. Diese hat für den Fall der Übertragung des Rettungsdienstes auf einen Privaten nach dem Bayerischen Rettungsdienstgesetz das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession bejaht mit der Begründung, dass der Leistungsträger dem Leistungserbringer kein Entgelt zahle, sondern vielmehr das Recht einräume, seine Leistungen gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen zu verwerten. Mit diesen habe der Leistungserbringer nach dem Bayerischen Rettungsdienstgesetz eine gesonderte Entgeltvereinbarung auszuhandeln. Gleichzeitig übernehme er das erforderliche Betriebsrisiko. Der Entgeltvertrag mit den Krankenkassen werde jährlich im Voraus auf Basis eines Kostenanschlages geschlossen (vgl. Art. 34 BayRDG). Falle ein Fehlbetrag auf Seiten des Leistungserbringers an, gehe dies nach dem Gesetz zu Lasten des Leistungserbringers.

Ob die Auffassung der Vergabekammer Südbayern so haltbar ist, muss zumindest kritisch hinterfragt werden. Denn das Bayerische Rettungsdienstgesetz bestimmt ebenfalls, dass Gewinne und Verluste des Leistungserbringers im Folgejahr grundsätzlich auszugleichen sind (vgl. Art. 34 Abs. 7 Satz 3 BayRDG). Unabhängig davon stellt sich generell die Frage, ob das (überwiegende) wirtschaftliche Risiko tatsächlich auf Seiten des Privaten liegt. Denn durch die (Re-)Finanzierung des Privaten über die gesetzlichen Krankenkassen bzw. die

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

Privatpatienten (welche wiederum durch ihre Privatversicherung abgedeckt sind) dürfte das Insolvenzrisiko beim Eintreiben offenstehender Forderungen gleich Null sein. Auch ein Absatzrisiko dürfte zumindest äußerst gering sein, da die Durchführung des Rettungsdienstes seit Jahren am Markt funktioniert und auch weiterhin regelmäßig in Anspruch genommen werden wird. Darüber hinaus werden die Benutzungsentgelte in der Regel mit den Verbänden der Sozialversicherungsträger vereinbart, so dass diese zunächst kostendeckend angesetzt sind. Etwaige Abweichungen, d. h. tatsächlich entstehende Überschüsse oder Defizite, werden auch in anderen Bundesländern – nicht nur in Bayern – durch Einbeziehung in den nachfolgenden Berechnungszeitraum im Ergebnis ausgeglichen. Darüber hinaus trägt die öffentliche Hand in den meisten Ländern (zumindest anteilig) die Investitions- und Wiederbeschaffungskosten von Anlagegütern. Es dürfte also im Bereich des Rettungsdienstes auf Seiten der privaten Einrichtungen nur ein äußerst geringes wirtschaftliches Risiko verbleiben.

Insoweit wird die noch ausstehende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu der Frage, „wieviel Risiko“ auf Seiten eines Konzessionärs verbleiben muss (vorgelegt in anderem Zusammenhang durch das OLG Jena vom 08.05.2008, 9 Verg 2/08) in der Praxis des Rettungsdienstes von erheblicher Bedeutung sein. Konkret hat der EuGH einzuschätzen, ob das erforderliche Betriebsrisiko für eine Dienstleistungskonzession auch bei einem Anschluss- und Benutzungszwang sowie einer gesetzlich vorgegebenen Preiskalkulation noch ausreichend vorliegt.

Gleichwohl dürfte es für kommunale Auftraggeber im Bereich des Konzessionsmodells derzeit noch vertretbar sein, die entsprechende Beschaffung als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren. In der Konsequenz sind die §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich deren Vergabe in einem rechtsfreien Raum abspielt. Es besteht insoweit Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur, dass auch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben ist. Konkret bedeutet dies, dass die Vergabe einer Dienstleistungskonzession (regelmäßig europaweit) bekannt zu machen und anhand objektiver und diskriminierungsfreier Vergabebedingungen (insbesondere angemessener Fristen und objektiver Kriterien) zu vergeben ist. Rechtsschutz vor den Vergabekammern steht den betroffenen Bietern allerdings nicht zu.

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

Juni 2009

Veranstaltungen

"Das Vergabeverfahren von A-Z nach der Vergaberechtsreform 2009 für Nichtjuristen"
Referenten: Markus Figgen und Dr. Bettina Ruhland
veranstaltet durch Nohr-Con am 30.06. und 01.07.2009 in Berlin

"Die Neufassung der VOB/A und der VOL/A für Nichtjuristen - mit vielen Praxistipps"
Referenten: Markus Figgen und Dr. Bettina Ruhland
veranstaltet durch Nohr-Con am 04.12.2009 in Berlin

Veröffentlichungen

Markus Figgen
Die Eignungsprüfung - Fallstricke in der Praxis und der aktuellen Rechtsprechung,
Vergaberecht, Sonderheft 2a/2009, S. 320 ff.

Dr. Bettina Ruhland
Dienstleistungskonzessionsvergabe - Verfahren und Rechtsschutz
Thür VBl. 2008, S. 198 ff.

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht - Rettungsdienstwesen

Juni 2009

Impressum

avocado rechtsanwälte
spichernstraße 75-77
50672 köln
t +49 [0]221 39071-0
f +49 [0]221 39071-29
koeln@avocado-law.com
www.avocado-law.com

www.brak.de

ust-id-nr. de 814 17 29 76
steuer nr. 13/225/62722
fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, bock, bornemann, busch, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte partnerschaft.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt dieses Newsletters sind:

Markus Figgen Dr. Bettina Ruhland