

Workshop 4: Vergabe von Rettungsdienstleistungen

Moderation und Einführung



Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun

Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Berlin

Dieser Workshop hat es vor allem deshalb in das Programm der diesjährigen Fuldaer Gespräche des forum vergabe geschafft, weil der Vergabesenat des OLG Düsseldorf am 12. Juni 2017 eine ganze Reihe von Vorlagefragen zum Rettungs- und Krankentransportwesen an den Europäischen Gerichtshof gerichtet hat.



Dieses Vorabentscheidungsersuchen befasst sich mit den jeweiligen Reichweiten der (Bereichs-) Ausnahme und Rückausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB vom Anwendungsbereich des Vergaberechts, konkret bezogen auf Dienstleistungen im Zusammenhang mit Rettungs- und qualifizierten Krankentransporten.

Nähert man sich diesem Thema, kommt man nicht umhin, sich quasi hinter dem Schreibtisch „einzumauern“ mithilfe von Unterlagenbergen, die bestehen einerseits aus den vergaberechtlichen Rechtsgrundlagen im engeren Sinn einschließlich ihrer Begründungen, zum anderen aus dem AEUV sowie dem Common Procurement Vocabulary (CPV) und schließlich aus einem Stapel spezifischer landesgesetzlicher Materialien. Es überrascht von daher (und auch weil der Markt gerade in Deutschland nicht ganz unumkämpft ist) nicht, dass der EuGH berufen (und angerufen worden) ist, einige Grundaussagen zum Verständnis des Art. 10 h) Richtlinie 2014/24/EU zu treffen.

Je nachdem, wie die Antworten des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg ausfallen, könnte auch die Beschäftigung mit der Frage auf uns zukommen, was anstelle des EU- und Kartellvergaberechts für solche Aufträge gilt, wie sie im Vorlageverfahren streitig geworden sind, wenn und soweit die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB greifen sollte.

Auch wenn die eine oder andere Frage (etwa die nach der Abgrenzung zwischen Submissions- und Konzessionsmodellen bei der Organisation des Rettungsdienstes) seit April 2016 an Brisanz verloren haben mag, wirft der Bereich auch jenseits der Vorlage des OLG Düsseldorf, also jenseits der Erheblichkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB für den konkret zu entscheidenden Fall, eine Reihe spannender Fragen auf. Alldem möchten wir uns in den kommenden 75 Minuten widmen, wobei die Besetzung des Podiums und der Zuhörerreihen Kurzweil erwarten lässt.

Workshop 4: Vergabe von Rettungsdienstleistungen

Statement



Rechtsanwalt Dr. Oliver Esch

ESCH BAHNER LISCH Rechtsanwälte, Köln

1. Gegenstand der Auftragsvergaben

Bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen geht es um die Beauftragung Dritter mit der Durchführung rettungsdienstlicher Leistungen. Es handelt sich durchweg um Aufträge mit erheblichen Auftragsvolumina, ausnahmslos weit oberhalb der maßgebenden EU-Schwellenwerte, regelmäßig einschließlich des Schwellenwertes für Konzessionsvergaben. Unionsweite Marktrelevanz im Sinne des Primärrechts wird stets gegeben sein. Beauftragungen erfolgen je nach Landesrecht mittels Vergabe öffentlicher Aufträge oder von Dienstleistungskonzessionen. Auftraggeber sind die (öffentlichen) Trägerkörperschaften des Rettungsdienstes, d.h. im wesentlichen Landkreise, kreisfreie Städte oder Rettungsdienstzweckverbände. Die Beauftragungen erfolgen in der Regel mittels öffentlich-rechtlicher Verträge.

Das Leistungsspektrum umfasst den Regelrettungsdienst und den sog. erweiterten Rettungsdienst (auch: Sonderbedarf). Der Regelrettungsdienst umfasst deutschlandweit täglich zehntausende rettungsdienstlicher Einsätze, die durchweg zu einem im Vorfeld feststehenden Entgelt, zudem überwiegend planbar, durchgeführt werden. Der erweiterte Rettungsdienst betrifft Vorkehrungen für besondere Vorkommnisse, insbesondere Großschadenslagen, dies unterhalb der Katastrophenschutzschwelle. Der Katastrophenschutz ist nicht Gegenstand der rettungsdienstlichen Vorhaltung und Leistungserbringung. Er unterliegt in Finanzierung, Beauftragung und Trägerschaft gesonderten, vom Rettungsdienst abgrenzbaren Bestimmungen.

Unmittelbar und mittelbar Beteiligte, Kostentragung

Auftragnehmer der vergebenen Aufträge im Rettungsdienst sind private Dienstleister. Zu nennen sind hier in erster Linie die vier großen gemeinnützigen Hilfsorganisationen und ihre selbständigen und unselbständigen Untergliederungen, einschließlich deren GmbH-Strukturen, die den Markt weitestgehend unter sich aufteilen: Deutsches Rotes Kreuz, Johanniter-Unfall-Hilfe e.V., Malteser Hilfsdienst e.V. und Arbeiter Samariter Bund. Eine Ausnahme, (nur) was die privatrechtliche Organisation angeht, bildet lediglich das Bayerische Rote Kreuz mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Daneben sind – in bislang äußerst überschaubarem Umfang – gewerbliche Anbieter auf dem Markt aktiv. Zu nennen ist hier insbesondere die in Dänemark beheimatete Falck-Gruppe mit ihren deutschen Tochtergesellschaften, was die Marktrelevanz unmittelbar unterstreicht.

Zumindest mittelbar beteiligt sind die Gesetzlichen Krankenkassen in ihrer Eigenschaft als Kostenträger, sprich finanzierende (wiederum öffentlich-rechtliche) Körperschaften, die auf Grundlage der §§ 60, 133 SGB V etwa 90 % der Ausgaben im Bereich rettungsdienstlicher Leistungen bestreiten – dies im Rahmen der sog. Leistungserbringerfinanzierung über das Sachleistungsprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung. Bei den gesetzlichen Krankenkassen handelt es sich ebenfalls um öffentliche Auftraggeber, die im Rahmen der Leistungserbringerverträge der §§ 69 ff. SGB V dem EU-Vergaberechtsregime unterworfen sind und die gemäß den §§ 12, 70 SGB V dem Wirtschaftlichkeitsgebot unterliegen. Die Besonderheit liegt hier aber darin, dass diese die Leistungen an sich finanzierenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften die Aufträge zur Aufgabendurchführung nicht vergeben, d.h. die Leistungserbringer nicht beauftragen. Dies erfolgt durch die genannten öffentlichen Trägerkörperschaften, die wiederum die Leistungen aber nicht finanzieren. Die restliche Finanzierung erfolgt aus öffentlichen Infrastrukturzuschüssen und Benutzungsentgelten bzw. Gebühren nicht gesetzlich versicherter Nutzer. Letztlich stammen die von den – privaten – Wirtschaftsteilnehmern, bei denen es sich jedenfalls bezogen auf die Bundesorganisationen durchweg nicht um KMU handelt, jährlich in Höhe mehrerer Milliarden Euro vereinnahmten Erlöse aus: den Beiträgen der gesetzlich Krankenversicherten, staatlichen Zuschüssen, Steuergeldern und (zu einem geringeren Teil) öffentlichen Gebühreneinzahlungen und Entgelten von sonstigen Nutzern.

Die „Bereichsausnahme Rettungsdienst“ – Zustandekommen

Umso interessanter wäre es an sich, die genauen Hintergründe der Aufnahme der „Bereichsausnahme Rettungsdienst“ in das EU-Richtlinienpaket, namentlich Art. 10 h) der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 10 Abs. 8 g) der Richtlinie 2014/23/EU zu ermitteln, was hier jedoch nicht Gegenstand ist bzw. den Rahmen des Workshops gesprengt hätte.

Erwähnt sei nur, dass die Bereichsausnahme, dabei insbesondere ihre Notwendigkeit, in den übrigen Mitgliedstaaten weitgehend Unverständnis hervorruft. Auf Grundlage der (rein) deutschen Initiative einzelner deutscher EU-Parlamentarier im Rahmen einer seinerzeitigen Ausschusssitzung des Parlaments¹ liegt der Vorwurf des Erlasses eines (Unions-) Rechtsaktes zugunsten bestimmter Wirtschaftsteilnehmer – im Kern vier an der Zahl – nicht allzu fern. Der Entwurf des Richtlinienpaketes der Kommission hatte ursprünglich einen anderen Inhalt. Eine Bereichsausnahme Rettungsdienst sah dieser nicht vor². Die Bereichsausnahme kann durchaus als ein Glanzstück erfolgreicher Lobbyarbeit bezeichnet werden. Ob die Interessen der Gesetzlichen Krankenkassen als Kostenträger und damit letztlich die der Versichertengemeinschaft Eingang gefunden haben, erscheint fraglich. Die Materialien erhalten hierfür keine Anhaltspunkte. Dass das Richtlinienpaket insgesamt mit dem Verfahren des sog. Informellen Trilogs im Wege einer Abweichung von dem im AEUV vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet wurde, vermag dabei keine spezielle Kritik am Richtlinienpaket und dabei insbesondere der Bereichsausnahme zu begründen, trifft dies doch mittlerweile bekanntermaßen für die überwiegende Zahl an Sekundärrechtsakten der Union zu. Das Verfahren verdeutlicht nur einmal mehr ein gewisses, hier nochmal zusätzliches, Transparenzdefizit.

Kernfragen

Nimmt man die in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB umgesetzte Bereichsausnahme Rettungsdienst als geltendes Recht, so stellen sich im Kern zwei Fragen: Erstens: muss der Träger des öffentlichen Rettungsdienstes ein Vergabeverfahren / ein Auswahlverfahren durchführen? Und zweitens: wenn ja, welche rechtlichen Vorgaben gelten hierfür? Beides ist dabei vor dem Hintergrund des allgemeinen Gebots einer engen Auslegung von Bereichsausnahmen auf Grund ihrer die Grundfreiheiten beschränkenden Wirkung und dem in Erwägungsgrund Nr. (28) der Richtlinie 2014/24/EU nochmal besonders hervorgehobenen Gebot einer Ausweitung der Ausnahme „nicht über das notwendigste Maß hinaus“ zu sehen.

Laufendes Vorabentscheidungsverfahren

Die Bereichsausnahme ist in mehreren Punkten unklar gefasst. Daher hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bekanntlich dem Europäischen Gerichtshof³ mit Beschluss vom 12. Juni 2017⁴ umfangreiche Auslegungsfragen im Zusammenhang mit der Bereichsausnahme vorgelegt.

¹ Siehe Änderungsantrag Nr. 442 zum Verfahren 2011/0438 (COD), EP-Doc. AM\908710DE, S. 233

² Siehe KOM 2011/0897 endg. und KOM 2011/0896 endg.

³ Das Vorabentscheidungsverfahren ist dort anhängig als Rechtssache C-465/17.

⁴ VII-Verg 34/16.

Regelrettungsdienst: Marktleistung oder Gegenstand der Bereichsausnahme

Vorgelegt ist unter anderem die Frage, ob der Regelrettungsdienst, der sich nach dem eingangs Gesagten durchaus als Marktleistung von erheblichem wirtschaftlichem Wert begreifen lässt, der Bereichsausnahme überhaupt unterfällt⁵. Neben dem Gebot der engen Auslegung von Bereichsausnahmen wird der Gerichtshof auch das Gebot der autonomen Auslegung am Maßstab des Unionsrechts⁶, also ohne Rücksicht auf nationales Recht, zu berücksichtigen und die Frage zu klären haben, ob und inwieweit Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr eigenständige Tatbestandsmerkmale der Bereichsausnahme bilden⁷. Hierbei kennzeichnen die Begriffe der Katastrophe und des Zivilschutzes Extremereignisse besonderen Ausmaßes. Der Begriff der Katastrophe wird verstanden als ein (unvorhersehbares) Extremereignis, das außergewöhnlich schädliche Folgen mit sich bringt und von den betroffenen Menschen nicht selbst bewältigt werden kann⁸. Der Begriff des Zivilschutzes taucht im Primärrecht der Union nicht auf. Er wird teilweise mit Katastrophenschutz gleichgesetzt, teilweise entsprechend Art. 61 a) Protokoll I zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 im Kontext des Protokolls als Schutz der Zivilbevölkerung vor den Gefahren und zur Überwindung der unmittelbaren Auswirkungen von bewaffneten Konflikten ausgelegt. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Wortlautes der anderen Sprachfassungen⁹ dürfte es jedenfalls schwerfallen, den Regelrettungsdienst unter den Begriff der Gefahrenabwehr, der wie gesagt nicht nach nationalem Recht determiniert werden kann, zu fassen – jedenfalls dann, wenn der Begriff der Gefahrenabwehr, was die anderen Sprachfassungen nahelegen, ebenfalls Ereignisse eines besonderen Risiko- bzw. Gefahrenausmaßes kennzeichnen soll.

Abstrakt – generelles oder konkret – individuelles Verständnis der Leistungserbringung durch bestimmte Organisationen

Eine, für ein Eingreifen der Bereichsausnahme grundlegende, Frage hätte der Senat dem Gerichtshof noch zusätzlich stellen können: wie ist das Tatbestandsmerkmal „*Dienstleistungen ..., die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden*“ zu verstehen? *Abstrakt – generell* etwa in dem Sinne, dass die Leistungen „bereits jetzt“ oder „überwiegend“ in einem Mitgliedstaat oder bestimmten Bereichen / Regionen er-

⁵ Siehe hierzu bereits OLG Schleswig, Beschl. v. 28. August 2015 – 1 Verg 1/15, NZBau 2015, 718 (720), Rn. 33, das dies erheblich in Zweifel zieht.

⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.1977, Rs. 43/77 – Riva; Urt. v. 07.12.1995, Rs. C-449/93 – Rockfon.

⁷ So Prieß, NZBau 2015, 343 (346); a.A. Ruthig, NZBau 2016, 3 (5).

⁸ Vgl. Art. 6 S. 2 lit. f, 196, 214, 222 AEUV und Entscheidung des Rates vom 8. November 2007 über ein Gemeinschaftsverfahren für den Katastrophenschutz (2007/779/EG, Euratom).

⁹ Englisch: „danger prevention“; französisch: „prévention des risques“; niederländisch: „risicopreventie“; spanisch: „prevención de riesgos“.

bracht werden (oder wurden), wofür etwa Erwägungsgrund (28) der Richtlinie 2014/24/EU zu sprechen scheint, wenn dort die Rede davon ist, dass die Richtlinie nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten soll, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten, oder *konkret – individuell*, d.h. in dem Sinne, dass „in einem konkreten Beschaffungsvorgang“ derartige Organisationen oder Vereinigungen beauftragt werden sollen, letztlich unabhängig von den bisherigen, „gewachsenen“ Strukturen. Letzteres würde unmittelbar den Nachweis für eine gesetzliche Regelung zugunsten einiger weniger Wirtschaftsteilnehmer liefern. Der Gerichtshof wird die Frage im Zweifel mit beantworten, jedenfalls wäre dies im Sinne der Rechtsklarheit wünschenswert. Die Beantwortung wird dabei gerade mit Blick auf das Gebot der autonomen Auslegung am Maßstab des Unionsrechts und das Erfordernis der einheitlichen Auslegung mit Geltung für alle Mitgliedstaaten zu erfolgen haben.

Gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen – Begriff

Dem Gerichtshof liegt im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens auch die Frage vor, was unter gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen im Sinne der Richtlinie zu verstehen ist. Ist hier auf den Gesichtspunkt der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit abzustellen¹⁰? Sind zusätzliche Anforderungen zu stellen und wenn ja welche? Können die Maßstäbe, die der Gerichtshof in den Entscheidungen Spezzino¹¹ und CASTA¹² aufgestellt hat, herangezogen werden? Hiernach müsste: die Organisation ausschließlich das Ziel der Gewährung von Zugang zu einem ausgewogenen Angebot hochwertiger Krankenversorgung unter gleichzeitiger Kosten- und Ressourcenbeherrschung verfolgen, nur insoweit auf Erwerbstätige zurückgreifen, wie es für ihren geregelten Betrieb erforderlich ist und die wirtschaftliche Betätigung müsste sich im Verhältnis zur Gesamtheit der ausgeübten Tätigkeiten als geringfügig darstellen. Die Erfüllung dieser Merkmale durch die klassischen Hilfsorganisationen und deren Untergliederungen erscheint hier zweifelhaft. Der Gerichtshof wird das Tatbestandsmerkmal der „Gemeinnützigkeit“ jedoch nicht darüber hinaus ausdehnen bzw. ihm eine andere, neue Richtung geben können, zumal auch hier der Maßstab des Gebots einer engen Auslegung von Bereichsausnahmen, des Gebots der autonomen Auslegung am Maßstab des Unionsrechts und schließlich des Gebots der unionsweit einheitlichen Auslegung gilt. Andere Sprachfassungen stellen hier mehr auf die Art und Weise der Mittelverwendung als auf die Zielsetzung von Organisationen bzw. Wirtschaftsteilnehmer ab¹³.

¹⁰ Siehe § 55 AO zum deutschen Recht.

¹¹ EuGH, Urt. v. 11.12.2014, Rs. C-113/13 – Spezzino.

¹² EuGH, Urt. v. 28.01.2016, Rs. C-50/14 – CASTA.

¹³ „non-profit organisations“ oder „organisations ou associations non lucratif“.

Ergebnis

Selbst wenn der Gerichtshof die Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen zumindest in gewissem Umfang als von der Bereichsausnahme erfasst und daher nicht dem Geltungsbereich der Richtlinien unterworfen ansieht, hat dies nicht etwa zur Folge, dass die Leistungen direkt, sprich de-facto, vergeben werden können. So wird dem Vertragsschluss, der immerhin auf den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet ist, bei (potentiellem) Bewerberüberhang zumindest ein verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren vorangehen müssen. Hierfür gelten, selbst für den Fall, dass man auch primärrechtliche Vorgaben des AEUV für nicht anwendbar halten sollte, jedenfalls verwaltungs- und verfassungsrechtliche sowie nicht zuletzt beihilferechtliche Vorgaben. Die Rechtsprechung hat hierfür bereits Maßstäbe formuliert¹⁴. Hier droht, etwa was nachträglichen Rechtsschutz in der Hauptsache, Verfahrensfristen oder die Pflicht des Auftraggebers zur Berücksichtigung nachgereichter Unterlagen und Angebotsbestandteile angeht, durchaus eine Art Wildwuchs bis hin zu divergierender Rechtsprechung in wesentlichen Punkten. Die Verwaltungsverfahrensgesetze sind dabei, ebenso wie die Verwaltungsgerichtsordnung, auf (insbesondere wettbewerbliche) Auswahlverfahren letztlich nicht ausgerichtet. Dies veranschaulicht u.a. die Regelungen zur Akteneinsicht gemäß den §§ 99, 100 VwGO, die keine Ausnahmestimmungen entsprechend § 165 Abs. 2, 3 GWB im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Gegenüber dem insoweit klaren und erprobten Vergaberechtsregime nach EU-Richtlinienrecht bestehen hier Defizite. Jedenfalls aus Sicht der öffentlichen Auftraggeber, aber auch aus Bieter- und nicht zuletzt Kostenträgersicht hat man der Rechtsklarheit und (Kosten-) Effizienz hier möglicherweise einen Bärendienst erwiesen.

¹⁴ Siehe etwa OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18.03.2015 (3 L 151/12); OVG Lüneburg, Beschluss vom 12.11.2012 (13 ME 231/12); VGH Kassel, Beschluss vom 23.07.2012 (8 B 2244/12); VG Kassel, Urteil vom 06.10.2017 (5 K 939/13).