



Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMWi für das Vergaberechtsmodernisierungsrecht - VergModG (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat mit Stand vom 30.04.2015 einen Referentenentwurf zur Diskussion gestellt. Der BKS-Bundesverband eigenständiger Rettungsdienste und Katastrophenschutz e.V. nimmt gerne die Möglichkeit wahr, zu dem Gesetzentwurf eine Stellungnahme abzugeben.

Einleitung

Durch die anstehende Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie 2014 in deutsches Recht stehen der Krankentransport und die Notfallrettung (Rettungsdienst) vor der größten Veränderung ihrer Geschichte in der BRD. Die Entwicklung der kommenden Jahre in Bezug auf die demographische Entwicklung der Gesellschaft in all ihren Facetten macht es notwendig alle vorhandenen Ressourcen der Gesellschaft zu nutzen um die Dienstleistung Rettungsdienst, bestehend aus den Segmenten Notfallrettung und Krankentransport, auch in Zukunft auf einem hohen Niveau zu halten. Der bisherige Mix aus kommunalen Eigenbetrieben, Feuerwehren, Hilfsorganisationen und privaten Unternehmen spiegelt auch die pluralistische Gesellschaft von Deutschland wider.

Bundesdeutsches Recht

Mit der jetzt vorliegenden Fassung, insbesondere mit der Begründung, sehen wir Konflikte mit verschiedenen gesetzlichen Berührungspunkten.

Faktisches Berufsverbot

Nach Artikel 12 des GG hat jeder das Recht seinen Beruf frei zu wählen. In einigen Bundesländern ist in den jeweiligen Rettungsdienstgesetzen, die für den Regelrettungsdienst zuständig sind, ein Einheitsmodell normiert. Mit der Einführung einer faktischen Direktvergabe tritt in diesen Bundesländern ein indirektes Berufsverbot in Kraft. Der Gesetzgeber hat diesen weitreichenden Eingriff bisher nicht ausreichend begründet zumal gerade der verbesserte Zugang von mittelständischen Unternehmen zu den Vergaben ein zentrales Ziel der Richtlinien ist.



Wahl des Arbeitsplatzes

Unter den zurzeit gültigen Bedingungen hatte ein Arbeitnehmer die Wahl ob er bei einer gemeinnützigen Organisation arbeiten wollte oder lieber bei einem privaten Unternehmen. In naher Zukunft wird er dann nur noch bei einer gemeinnützigen Organisation arbeiten können.

Sozialgesetzbuch V

Nach § 12 Abs. 1 des SGB V dürfen die gesetzlichen Krankenkassen Leistungen nur bezahlen wenn Sie ausreichend, wirtschaftlich und zweckmäßig sind. Bei einer Direktvergabe ohne jeglichen Wettbewerb lässt sich aber keine Wirtschaftlichkeit feststellen, da es keinen Preiswettbewerb gab. Eine Kostenbremse existiert dann nicht mehr. Eine Sicherung der sozialen Systeme ist aber eine zentrale staatliche Aufgabe. Wie soll diese dann gesichert werden?

Rechtsprechung

So hat der Bundesfinanzhof die Tätigkeit in Krankentransport und Notfallrettung als gewerbliche Tätigkeit bezeichnet unabhängig davon, wer diese Leistungen erbringt.

Der Bayrische Verfassungsgerichtshof hat das Recht auf die unternehmerische Tätigkeit im Rettungsdienst mindestens dem Anspruch auf ehrenamtliche Tätigkeit gleichgesetzt.

All diesen Konflikten wird der vorgelegte Gesetzentwurf, insbesondere mit seinen Erläuterungen zu § 107 **Zu Nummer 4**, nicht gerecht.

Europarechtliche Vorgaben

Europarecht und Gemeinnützigkeit

Das Abstellen in den Vergaberichtlinien auf „gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen“ erscheint etwas zu kurz gegriffen. Das Verhältnis des deutschen Steuerrechtes (insbesondere der AO) in Bezug auf Gemeinnützigkeit und/oder Gemeinwohl in Verknüpfung zum Beihilferecht erscheint nicht ausreichend rechtlich entwickelt zu sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn Einrichtungen der Wohlfahrtspflege in dem Wettbewerbsrecht unterliegenden Märkten tätig werden.

Gerade im Rettungsdienst sind viele Einrichtungen mit einer gGmbH am Markt tätig. Spätestens hier ist ein direkter Vergleich mit klassischen Gewerbebetrieben gegeben.

BKS - Bundesverband eigenständiger Rettungsdienste und Katastrophenschutz e.V.



Vergaberichtlinien

Die Richtlinien zur Submission und zur Konzession der EU haben an den entscheidenden Stellen den gleichen Wortlaut.

RL 2014/14/EU Auftragsvergabe	RL 2014/23/EU Konzession
<p>(28) Diese Richtlinie sollte nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte. In diesem Zusammenhang muss im Übrigen klargestellt werden, dass die CPV-Gruppe 601 "Landverkehr" nicht den Einsatz von Krankenwagen beinhaltet, der unter die CPV-Klasse 8514 fällt. Daher sollte klargestellt werden, dass für unter die CPV-Referenznummer 85143000-3 fallende Dienstleistungen, die ausschließlich im Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung bestehen, die besondere Regelung für soziale und andere Dienstleistungen (im Folgenden "Sonderregelung") gelten sollte. Folglich würden auch gemischte Aufträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen, falls der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste.</p>	<p>(36) Diese Richtlinie sollte nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte. In diesem Zusammenhang muss im Übrigen klargestellt werden, dass die CPV-Gruppe 601 "Landverkehr" nicht den Einsatz von Krankenwagen beinhaltet, der unter die CPV-Klasse 8514 fällt. Daher sollte klargestellt werden, dass für unter die CPV-Referenznummer 85143000-3 fallende Dienstleistungen, die ausschließlich im Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung bestehen, die besondere Regelung für soziale und andere Dienstleistungen (im Folgenden "Sonderregelung") gelten sollte. Folglich würden auch gemischte Konzessionsverträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen, falls der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste.</p>
<p>Artikel 10. Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben: Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung;</p>	<p>Artikel 8. Diese Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungskonzessionen, die Folgendes zum Gegenstand haben: Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung;</p>

Um eine Auslegung der europarechtlichen Vorgaben durchzuführen muss man zuerst einmal klären was mit „**85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung**“ eigentlich gemeint ist.



Der Krankenwagen ist in der Richtlinie 2007/46/EG Anhang XI Anlage 1 Zusätzliche Anforderungen für Krankenwagen mit der Einhaltung der DIN EN 1789 seit dem 10.01.2013 festgelegt. D.h. die europarechtlichen Vorgaben für die Zulassung von Krankenwagen zur Patientenbeförderung waren vor den Vergaberichtlinien in Kraft. Im deutschen Recht wird allerdings immer von Kranken(kraft)-wagen gesprochen (z.B. StVZO § 52 Abs. 3 Nr.4; RettG NW § 3 Rettungsmittel). Die Unterscheidung von Krankenwagen und Kranken(kraft)wagen liegt in der Ungenauigkeit von Übersetzungen bei der fachlichen und juristischen Begrifflichkeit. In der DIN EN 1789 wird der Kranken(kraft)wagen definiert. Durch die Richtlinie 2007/46/EG ist die DIN EN 1789 für alle Krankenwagen, unterschieden in 3.3.1 Typ A: Krankentransportwagen, 3.3.2 Typ B: Notfallkrankwagen und 3.3.3 Typ C: Rettungswagen, verbindlich. Damit sind alle „Einsätze(s) von Krankenwagen zur Patientenbeförderung“ auch die mit Rettungswagen von der Formulierung „85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung“ erfasst.

Die Annahme des BMWi zu § 107 Nummer 4 von „fachspezifischen ärztlichen Dienstleistungen“ gehört nicht zur „85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung“ Die ärztliche Sicherstellung wird z.B. in Bayern über die Kassenärztliche Vereinigung geregelt (§ 14 BayRDG). Die Arztstellung im Rettungsdienst ist dort also nicht Bestandteil der direkten Leistung eines Konzessionsnehmers. Nach den Angaben zur Gesundheitsberichterstattung ist der Anteil von Patientenbeförderungen mit ärztlicher Begleitung bei ca. 20%. Die Konsequenz ist, dass die Leistung „85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung“ nicht einer Direktvergabe unterliegen können, sondern wie in den Erwägungsgründen 28 und 36 der Richtlinien erläutert der Sonderregelung unterliegen (§ 130).

„Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte. In diesem Zusammenhang muss im Übrigen klargestellt werden, dass die CPV-Gruppe 601 "Landverkehr" nicht den Einsatz von Krankenwagen beinhaltet, der unter die CPV-Klasse 8514 fällt. Daher sollte klargestellt werden, dass für unter die CPV-Referenznummer 85143000-3 fallende Dienstleistungen, die ausschließlich im Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung bestehen, die besondere Regelung für soziale und andere Dienstleistungen (im Folgenden "Sonderregelung") gelten sollte.“

Unter den CPV Code 75252000-7 Rettungsdienste lassen sich als logische Konsequenz z. B. die Seenotrettung, Bergrettung und die Wasserrettung sowie andere Spezialaufgaben subsumieren. Da diese in aller Regel von ehrenamtlichen Strukturen durchgeführt werden erhalten die Erwägungsgründe 28 + 36 einen inhaltlichen Sinn. Ebenso die Artikel 8 und 10 der Richtlinie.



Aus dem Vorgenannten ergibt sich auch ein sinniger Rückschluss über die bestehenden Finanzierungsstrukturen. „[85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung](#)“ werden als Regelrettungsdienst zu fast 100 % durch die gesetzlichen Krankenkassen finanziert. Die rechtlichen Grundlagen finden sich dazu in § 60 und § 133 SGB V als Fahrkosten für Krankentransport und Notfallrettung.

Die anderen CPV Codes werden durch Bund, Länder und Kommunen im Rahmen des Zivil- und Katastrophenschutzes im Rahmen der Gefahrenabwehr finanziert.

Fazit

Eine direkte Vergabe von Leistungen zur Beförderung von Patienten mit Krankenwagen lehnen wir entschieden ab. Sie spiegelt auch nicht die Intention des europäischen Normengebers wider. Die Formulierung des Gesetzes mit einer 1:1 Übernahme der europäischen Vorgaben ist richtig, allerdings muss die Begründung des Gesetzgebers an die tatsächliche Sachlage angepasst werden um eine einseitige Auslegung in den verschiedenen Bundesländern zu verhindern. Vorschläge für eine entsprechende Begründung finden sich in unserer Stellungnahme. Auch für den Hinweis in den Erwägungsgründen 28 + 36 „**Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden**“ finden sich keine Vorgaben oder Anwendungskriterien. Auch das aktuelle Urteil des EugH zur Vergabe von Leistungen des Rettungsdienstes in Italien führen nicht zu einer Änderung unserer Ausführungen.

Bzgl. der differenzierten juristischen Betrachtung möchten wir auf die Gutachten von Herrn Dr. Antweiler, www.rwp.de, Düsseldorf und Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M., Prof. Dr. Thomas Lübbig und Prof. Dr. Marcel Kaufmann, Freshfields Bruckhaus Deringer, Berlin hinweisen.



Anhang:

www.bbk.bund.de/Service/Glossar

(Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe)

Rettungsdienst; Der Rettungsdienst ist eine öffentliche Aufgabe der Gesundheitsvorsorge und der Gefahrenabwehr, die sich in Notfallrettung und Krankentransport gliedert. Anmerkung: DIN 13050:2009-02. Der Rettungsdienst ist eine Aufgabe der Länder.

Anmerkung: Der Begriff Rettungsdienst auf der Seite des BBK wurde noch nicht der überarbeiteten DIN 13050; 2015-04 angepasst.

3.55 Rettungsdienst öffentliche Aufgabe der Gesundheitsvorsorge und der Abwehr medizinischer Gefahren, die sich in Notfallrettung und Krankentransport gliedert

Katastrophenschutz; Der Katastrophenschutz ist eine landesrechtliche Organisationsform der kommunalen und staatlichen Verwaltungen in den Ländern zur Gefahrenabwehr bei Katastrophen, bei der alle an der Gefahrenabwehr beteiligten Behörden, Organisationen und Einrichtungen unter einheitlicher Führung durch die örtlich zuständige Katastrophenschutzbehörde zusammenarbeiten.

Gefahrenabwehr; Unter Gefahrenabwehr versteht man die Gesamtheit der Maßnahmen zur Vermeidung eines Schadens an einem Schutzgut, sowie zur Minimierung eines eingetretenen Schadens. Anmerkung: Nach allgemeinem Sprachgebrauch beinhaltet die Gefahrenabwehr auch die Minimierung von Schäden. Gefahrenabwehr umfasst die allgemeine Gefahrenabwehr sowie den Katastrophen- und Zivilschutz. Im Polizei- und Ordnungsrecht umfasst der Begriff Gefahrenabwehr alle Tätigkeiten von Verwaltungsbehörden und Polizei zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Roewer, Seite 27).

Zivilschutz; Der Zivilschutz ist eine Aufgabe des Bundes mit dem Ziel, die Bevölkerung, ihre Wohnungen und Arbeitsstätten, Lebens- oder verteidigungswichtige zivile Dienststellen, Betriebe, Einrichtungen und Anlagen sowie das Kulturgut vor Kriegseinwirkungen durch nichtmilitärische Maßnahmen zu schützen bzw. deren Folgen zu beseitigen oder zu mildern. Behördliche Maßnahmen ergänzen die Selbsthilfe der Bevölkerung. Zu den Zivilschutzmaßnahmen gehören insbesondere der Selbstschutz der Bevölkerung, der Katastrophenschutz der Länder, die Warnung der Bevölkerung, der Schutzbau, die Aufenthaltsregelung, Maßnahmen zum Schutz der Versorgung und Gesundheit der Bevölkerung sowie Maßnahmen zum Schutz von Kulturgut. (vgl. § 1 ZSKG)