

Recht sonstiger Leistungserbringer

bleme bei Personen zu lösen, die Leistungen mehrerer Träger benötigen – etwa Sozialhilfe und Krankenkasse.¹²⁴ Das Budget löst die Bedarfsdeckung vom Leistungserbringungsrecht, indem es eine alternative Form der Leistungserbringung ohne unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen Rehabilitationsträger und Leistungserbringer schafft. Daher dürfen aus dem Budget – nach Maßgabe der individuellen Zielvereinbarung – auch Leistungserbringer in Anspruch genommen werden, die keine Vertragsbeziehungen zu den Krankenkassen haben.¹²⁵

Voraussetzung für das Budget ist, dass miteinander vereinbare Instrumente der Bedarfsfeststellung der Rehabilitationsträger und eine bedarfsgerechte Infrastruktur von Diensten bestehen und entstehen. Das wird nicht immer und überall der erst entstehende Markt richten können, insofern bleibt die Verantwortung der Rehabilitationsträger gefordert, die auch im Rahmen ihrer Verträge auf entsprechende ambulante und modularisierte Angebote hinwirken können.

IV. Ausblick

Das Versorgungsstrukturrecht des SGB IX bietet den Leistungsberechtigten, den Leistungserbringern und den Rehabilitationsträgern, einschließlich der Krankenkassen noch unausgeschöpfte Möglichkeiten, die leistungsfähige,

bedarfsgerechte und wirtschaftliche Versorgung mit Leistungen zur Teilhabe und Rehabilitation weiterzuentwickeln.

Für die Krankenkassen besteht die spezifische Herausforderung, die Rehabilitation mit Krankenbehandlung und Pflege zu verzahnen, ohne die spezifischen Ziele und Mittel der Rehabilitation zu vernachlässigen. Wenn Wettbewerb um die beste Versorgung auch chronisch kranker und behinderter Menschen geführt werden soll statt um Risikoselektion, wenn Teilhabeziele statt Medikalisierung angestrebt werden, wenn Selbstbestimmung der Versicherten ernst genommen werden soll, dann bietet das Versorgungsstrukturrecht des SGB IX gute Voraussetzungen. Gesetzgeber, Aufsichtsbehörden, die Akteure der Selbstverwaltung, die Krankenkassen und die Verbände behinderter Menschen können es ausgestalten.

124 Vgl. den Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/3983 vom 21.12.2006; zu den Rechtsfragen *Fuchs*, Das Persönliche Budget – Sozialleistungen aus einer Hand, *Betreuungsmanagement* 2006, S. 92 ff.; *Welti*, Das Persönliche Budget – Herausforderung an soziale Dienste, Einrichtungen und Berufe, *Betreuungsmanagement* 2007, 117; *Welti/Rummel*, Rechtsfragen des Persönlichen Budgets nach § 17 SGB IX, *BMAS-Forschungsberichte* Bd. 367, 2007. Zur unzureichenden Einbeziehung von Pflegeleistungen vgl. *Siebert/Klie*, Das „Integrierte Budget“, *NDV* 2008, 341 ff.

125 *Welti/Rummel*, 2007, 49 ff.; anderer Meinung: *Fahlbusch*, *NDV* 2006, 227 (229).

Rechtsprechung kompakt



Recht sonstiger Leistungserbringer

Vergabe von Rettungsdienstleistungen

GWB §§ 97 Abs. 1, 99 Abs. 1; SächsBRKG § 31

Das zur Übertragung der Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransports nach § 31 SächsBRKG vorgesehene Auswahlverfahren ist als Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB durchzuführen, wenn der Wert des abzuschließenden Vertrages den Schwellenwert erreicht.

BGH, *Beschl. v. 1.12.2008 – X ZB 31/08*
(OLG Dresden – *WVerg* 3/08)

Das Problem: Rettungsdienstleistungen sind öffentliche Aufgabe von Körperschaften, werden aber regelmäßig unter Einbindung privater Hilfsorganisationen erbracht. Wie die Dreiecksbeziehung zwischen dem öffentlichen Aufgabenträger, dem privaten Leistungserbringer und den Kostenträgern ausgestaltet ist, bestimmt sich nach jeweiligem Landesrecht. Dabei haben sich zwei Modelle etabliert: Beim „Konzessionsmodell“ verpflichtet sich der Private, die Rettungsleistungen ohne Entgeltung durch die Aufgabenträger zu erbringen, rechnet direkt mit dem Bürger/Sozialversicherungsträger ab und trägt damit das wirtschaftliche Risiko selbst. Die Länder haben sich jedoch überwiegend für das „Submissionsmodell“ entschieden, bei dem sich die Körperschaft durch

Gebührenerhebung bei den Bürgern oder Kostenträgern finanziert und den Leistungserbringer vergütet. Eine derartige Konstellation lag nun dem BGH unter vergaberechtlichen Aspekten zur Entscheidung vor.

§ 2 des Sächsischen Gesetzes über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (SächsBRKG) definiert den Rettungsdienst als öffentliche Aufgabe. Aufgabenträger sind gem. § 3 SächsBRKG u.a. die Rettungszweckverbände. Die Aufgabe kann durch öffentlich-rechtlichen Vertrag nach einem in § 31 SächsBRKG geregelten Auswahlverfahren auf private Hilfsorganisationen oder andere Unternehmer (Leistungserbringer) übertragen werden. Das Nähere zum Auswahlverfahren regelt die Sächsische Rettungsdienstplanverordnung (SächsLRettDPVO). Nachdem ein Rettungszweckverband ein Auswahlverfahren nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorgaben eingeleitet hatte, rügte ein potenzieller Bewerber vor der Vergabekammer die Nichteinhaltung des bundesrechtlichen GWB-Vergaberegimes (§§ 97 ff. GWB). Die Vergabekammer verpflichtete den Rettungszweckverband zur Ausschreibung nach den GWB-Vorgaben (VK Sachsen, *Beschl. v. 29.8.2009 – 1/SVK/042-08*). Der vom Auftraggeber dagegen angerufene Vergabesenat des OLG Dresden teilte die erstinstanzliche Auffassung und legte dem BGH die Beschwerde gem. § 124 Abs. 2 GWB zur Entscheidung vor, da das OLG Düsseldorf bei der Übertragung von Rettungsdienstleistungen das GWB-Vergaberegime für unanwendbar erklärt hatte (OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 5.4.2006 – VII-Verg 7/06*).

Die Entscheidung des Gerichts: Der X. Zivilsenat des BGH bestätigte die Verpflichtung, Rettungsdienstleistungen

Sonstiges

gen im Submissionsmodell nach dem GWB-Vergaberegime auszuschreiben, sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind (Erreichen des Schwellenwerts).

Der Rettungszweckverband sei als Verband öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 3 GWB. Durch den mit den privaten Leistungserbringern zu schließenden entgeltlichen Vertrag sollen diese dazu verpflichtet werden, Notfallrettung und Krankentransporte durchzuführen, sodass der Vertrag auch Leistungen eines Unternehmers und damit Dienstleistungen i.S.d. § 99 Abs. 4 GWB zum Gegenstand habe. Sowohl der Umstand, dass Rettungsdienstleistungen Teil einer öffentlichen Aufgabe seien als auch die Beauftragung durch den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages führten zu keiner anderen Bewertung. Entscheidend sei allein das Vorliegen einer vertraglichen Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen gegen eine geldwerte Gegenleistung.

Auf Art. 45 EG-Vertrag, der eine Bereichsausnahme für Tätigkeiten vorsieht, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, komme es nicht an. Denn nur, soweit das deutsche Recht einen bestimmten Dienstleistungsverkehr von der Reichweite des GWB ausnehme, könne der EG-Vertrag noch Bedeutung erlangen. Eine Auslegung der nationalen Regelungen des GWB-Regimes ergebe jedoch, dass dies für Rettungsleistungen nicht gelte. § 99 Abs. 1 GWB stelle bereits nach dem Wortlaut allein darauf ab, dass die betreffende Leistung Gegenstand eines entgeltlichen Vertrags zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmen werden soll. Auch aus Historie und Zweck ergebe sich nichts anderes. Dies insbesondere deshalb, weil Rettungsdienstleistungen in althergebrachter Praxis durch außerhalb des Staates stehende Organisationen, häufig sogar auf rein privatrechtlicher Grundlage, erbracht werden.

Konsequenzen für die Praxis: Bislang wurde bei der Einbindung Privater in ein hoheitlich ausgestaltetes Rettungsdienstwesen das Vergaberecht unter Berufung auf Art. 45 EG-Vertrag ausgehebelt und akribisch begründet, warum die Übertragung von Rettungsdienstleistungen nach nationalem Verständnis eng mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Der BGH hat nunmehr diese z.T. mühsame Argumentationskette hinfällig werden lassen, indem er die Bereichsausnahme des Art. 45 EG-Vertrag als nicht einschlägig erachtet und den Sachverhalt allein unter nationales Recht subsumiert. Während also die Frage nach dem Verhältnis zwischen EU-Recht und nationalem Recht – vermeintlich – durch allein nationale Fokussierung gelöst zu sein scheint, hat es der BGH verabsäumt, die sich anschließende Frage des Verhältnisses zwischen GWB-Normen und durch Landesrecht geregelten besonderen Ausschreibungsverfahren zu klären. Der BGH spricht dem Landesgesetzgeber die Kompetenz zur Einschränkung des Vergaberechts ab, ohne zu problematisieren, ob bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen der Kompetenztitel des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) oder Nr. 16 (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) GG überhaupt trägt. Denn Rettungsdienstleistungen sind grundsätzlich keine frei am Markt verhandelbaren Dienstleistungen und werden nur dann zu solchen, wenn und soweit dies der Landesgesetzgeber bestimmt. Auch, wenn das SächsBRKG einen kostenbegrenzenden Wettbewerb zum Ziel hat (vgl. Sächs. LT – Drucks. 3/9866), ist aus Wortlaut und Systematik des § 31 SächsBRKG eindeutig erkennbar, dass ausdrücklich ein anderes Vergabeverfahren als nach GWB gewollt und eine abschließende Regelung geschaffen werden sollte. Davon

geht i.Ü. auch das BVerfG aus (Beschl. v. 7.1.2009 – 1 BvR 2959/07) und könnte weitere aktuell zu § 31 SächsBRKG anhängige Verfahren zum Anlass nehmen, die Kompetenzbereiche von Bund und Land inzidenter zu prüfen.

Auch europarechtliche Gesichtspunkte dürfen bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen nicht gänzlich ausgeblendet werden. Das OLG München hat in diesem Sinne jüngst dem EuGH mit Beschluss v. 2.7.2009 (Verg 5/09) zwei Fragen zur Übertragung von Rettungsdienstleistungen im Rahmen des Konzessionsmodells zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Insgesamt kann rechtssicher nur eins festgehalten werden: Bei der Erbringung von Rettungsdienstleistungen bewegen sich öffentliche Auftraggeber nur dann im vergaberechtsfreien Raum, wenn sie die Leistungen durch eigene Einrichtungen (z.B. Feuerwehr) erbringen. Nur dann liegt ein klassischer Beleihungsakt vor. Sobald aber der Übertragungsakt auch nur vertragsähnliche Elemente enthält, ist Kartellvergaberecht einschlägig.

Beraterhinweis: Das Urteil fügt sich ein in eine Reihe von Entscheidungen, welche im Zusammenhang mit der Erbringung von Gesundheitsleistungen kartell(vergaber)rechtliche Probleme aufwerfen. Sie tritt u.a. neben die Grundsatzentscheidungen zur Verpflichtung zur Durchführung (europaweiter) Ausschreibungen der gesetzlichen Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber (EuGH, Urt. v. 11.6.2009 – C-300/07, GesR 2009, 431) und zur Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Fusionskontrolle bei Zusammenschlüssen von Krankenhäusern (BGH, Beschl. v. 16.1.2008 – KVR 26/07, GesR 2008, 484). Krankenhausleistungen, medizinische Heil- und Hilfsmittel, Arzneimittel, die im Rahmen der integrierten Versorgung oder von Disease-Management-Programmen verordnet werden oder für die Rabattverträge geschlossen werden, sind unter vergabe-/wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu bewerten. Um rechtssichere Beratung leisten zu können, sei jedem Medizinrechtler ein – auch längerer – Blick ins GWB angeraten.

Rain Claudia Mareck
CURACON Weidlich Rechtsanwalts-gesellschaft,
Münster



Sonstiges

Rauchverbot in Maßregelvollzugseinrichtungen

HessNSG §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1

Zur Unzulässigkeit eines generellen Rauchverbots im hessischen Maßregelvollzug.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.4.2009 –
3 Ws 841/08 StVollz
(LG Marburg – 7a StVK 183/07)

Das Problem: Die Parteien streiten über Rauchverbote in einer MRV-Einrichtung. Das Rauchen war ursprünglich im Gemeinschaftsraum der Station und im Außenbereich erlaubt. In Umsetzung des HessNSG wurde von der Anstaltsleitung ein generelles Rauchverbot ausge-