

# Vergaberecht im Krankenhaus – Ausschreibungspflichten auch im medizinischen Kerngeschäft?

Während in den vergangenen Jahren Ausgliederungen im Bereich des sog. Nicht-Kerngeschäftes, also des Facility-Managements (Reinigung und Hausmeisterdienste etc.), Catering, Pfortendienste etc. – häufig verbunden mit der Gründung sog. Servicegesellschaften – (dazu ausführlich Hattenhauer (geb. Schwarz)/Heckmann (geb. Hillebrand), „Mit Outsourcing aus der Finanznot“, Krankenhaus Umschau 3/06) und natürlich auch Bauvorhaben in den von ausschreibungspflichtig betroffenen Krankenhäusern im Vordergrund standen, rücken zunehmend medizinnah Leistungen sowie die Beschaffung von medizinischen hochwertigen Geräten in den Vordergrund der Projekte, so dass sich die Frage stellt, wann das Vergaberecht auch das medizinische Kerngeschäft erreicht. Erste Indizien für die „Erweiterung“ der vergaberechtlich relevanten medizinnahen Bereiche gibt es bereits jetzt.

So hat sogar der BGH – wenn natürlich auch in kartellrechtlichem Zusammenhang – in seinem viel beachteten fusionsrechtlichen Beschluss vom 16.01.2008 (Az. KVR 26/07) entschieden, dass für den räumlich relevanten Markt der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle alle Nachfrager von Bedeutung sind, die nach den tatsächlichen Verhältnissen als Abnehmer für die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Dienstleistungen in Betracht kommen. Der BGH blendet dabei das medizinische Kerngeschäft gerade nicht aus, sondern hebt es vielmehr in den Vordergrund (dazu ausführlich Hattenhauer/Heckmann, „Auswirkungen der Rechtsprechung des BGH zur Fusion von Krankenhäusern“, Krankenhaus Umschau, noch nicht veröffentlicht).

In der Vergangenheit waren zudem bisher insbesondere die Radiologie- und Laborausschreibungen von besonderem Interesse. Hier hat die Rechtsprechung schon längst festgelegt, dass Laborleistungen dem öffentlichen Auftragsbegriff nach § 99 GWB unterfallen. An einer Ausschreibung kommen die betroffenen Häuser daher kaum noch vorbei. Auch der Markt der Labordienstleister und -betreiber hat sich längst darauf eingestellt (dazu ausführlich Hattenhauer/Heckmann, „Krankenhäuser auf Partnersuche – Laborkooperationen sind ausschreibungspflichtig – aber auch umsatzsteuerbar?“, CityPartner 3/2007).

Neuerdings tritt zudem die Vergabe von rettungsdienstlichen Leistungen, also Leistungen des echten Kerngeschäftes, in den Vordergrund. Die diesbezügliche vergaberechtliche Rechtsprechung ist zwar noch nicht einheitlich und bietet derzeit (noch) einen großen Argumentationsspielraum. Im Kern geht es aber bereits jetzt um die Frage, ob bei einer Übertragung von Rettungsdienstaufgaben von einem öffentlichen Träger auf ein privates Unternehmen Vergaberecht anzuwenden sei. Das OLG Düsseldorf verneint dies in seinem Beschluss vom 05.04.2006 (Az. VII Verg 7/06) mit der Begründung, der Private sei als Verwaltungshelfer funktional in dem Bereich staatlicher Aufgabenerfüllung eingegliedert und damit Teil einer hoheitlichen Betätigung des Staates, was eine zwingende Anwendung des Vergaberechts ausschließt. Demgegenüber vertritt das OLG Dresden in seinem Beschluss vom 04.07.2008 (Az. Verg. 3/08) eine andere Auffassung, indem es ausführt, dass der Auftraggeber schließlich die Leistungen selbst vergütet und das Betriebsrisiko auf den Privaten überträgt. Daher sei nach Ansicht des OLG Dresden die Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransportes von den Vorschriften des Vergaberechts nicht ausgenommen. Das OLG Dresden hat die strittige Rechtsfrage der Ausschreibungspflichten von rettungsdienstlichen Leistungen dem BGH vorgelegt. Die Entscheidung des BGH dürfte ein weiterer Meilenstein, für die Ausgestaltung der Anwendung des Vergaberechts im Krankenhaus sein.

Bei der Beschaffung von hochwertigen medizinischen Geräten, wie beispielsweise Linearbeschleunigern, CT-Geräten etc., also unmittelbar das Kerngeschäft betreffende Großgeräte, aber auch bei der Beschaffung von Krankenhaus EDV-Lösungen, wie RIS/PACS, ohne die die medizinische Diagnostik nicht zu verwalten ist, muss ganz klar das Vergaberecht angewandt werden (dazu ausführlich Hattenhauer/Steinert, „Bau und Finanzierung bei der Beschaffung von medizinischen Großgeräten am Beispiel eines Linearbeschleunigers“, Kommunalleasing Magazin 4/2008). Bei den diesbezüglichen Ausschreibungen ist das grundsätzlich aber problematisch, da der Markt hinsichtlich der Zahl der Bieter sehr begrenzt ist und – wenn nicht schon die Konkurrenz gänzlich fehlt – die Bieter mitunter alle auf denselben Subunternehmer und/oder dasselbe Produkt zurückgreifen müssen, was ausschreibungs-

technisch zwar lösbar, aber in der Abgrenzung von Mindestvorgaben und/oder Zuschlagskriterien höchst komplex ist.

Hinzu kommt, dass gerade die Beschaffung von medizinischen Großgeräten zunehmend mit etwaig anfallenden Bauleistungen im „Paket“ ausgeschrieben werden soll (dazu ausführlich Hattenhauer/Steinert, „Bau und Finanzierung bei der Beschaffung von medizinischen Großgeräten am Beispiel eines Linearbeschleunigers“, Kommunalleasing Magazin 4/2008). Dies führt im Ergebnis zwar zu einer stringenteren Aufgabenverteilung, kann jedoch auch zu einer Hürde für die nur als Subunternehmer oder Teil einer Bietergemeinschaft an der Ausschreibung Beteiligten werden.

Schließlich sind zunehmend die krankenhausspezifischen Rechtsbereiche des Kerngeschäftes bei der Durchführung von Vergabeverfahren im Krankenhaus zu berücksichtigen. Dies gilt beispielsweise für die Regelungen der Krankenhausplanung, da durch die Ausgliederung von Leistungen des Krankenhauses im Wege eines Vergabeverfahrens auch Korrekturen im Krankenhausplan erforderlich werden können.

Zusätzliche Probleme können bei der Beteiligung von Chefarzten entstehen, wenn beispielsweise durch Umstrukturierungen oder die Beschaffung medizinnaher Leistungen bei externen Dritten die Liquidationsrechte der Chefarzte betroffen sind.

Insgesamt bleibt daher festzustellen, dass das Vergaberecht im Krankenhaus ein in seiner finalen rechtlichen Ausgestaltung längst nicht zu Ende diskutierter Bereich ist, bei dem sowohl für die ausschreibende Stelle, als auch für potenzielle Bieter große und besondere Herausforderungen auftreten können.



**Dr. Daniela Hattenhauer**  
(geb. Schwarz),  
Rechtsanwältin und Partnerin,  
Heuking Kühn Lür Wojtek,  
Düsseldorf



**Dr. Christina Heckmann**,  
Rechtsanwältin, Heuking Kühn Lür  
Wojtek, Düsseldorf