

Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Leistungsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen (*Teil I*)

von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., und Ulrike Steiner*)

Seit Erlass der Richtlinien der Europäischen Kommission zur Koordinierung der nationalen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge und deren Umsetzung im Vierten Teil des GWB müssen zahlreiche nationale Beschaffungsvorgänge durch öffentliche Auftraggeber auch den Vorgaben des EG-Vergaberechts genügen. Das Leistungserbringungssystem in der gesetzlichen Krankenversicherung gehört zu einem der Bereiche, in denen das Vergaberecht nicht länger außer Acht gelassen werden kann. Die von den Krankenkassen durchzuführenden Beschaffungsmaßnahmen wären bei einer Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Regelungen besonderen Voraussetzungen unterworfen. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Frage nach der Pflicht zur Beachtung des Vergaberechts im Hinblick auf die Erbringung von Leistungen durch Krankenhäuser und zeigt mögliche Konsequenzen in diesem Bereich auf.

Gliederung

Teil I

I. Einführung

II. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts

1. Kein Ausschluss durch § 69 SGB V
2. Persönlicher Anwendungsbereich – die Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber
3. Sachlicher Anwendungsbereich
 - a) Öffentliche Aufträge gemäß § 99 GWB

*) Christian Koenig ist Direktor, Ulrike Steiner ist wissenschaftliche Referentin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1) Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABL.EG 1992 Nr. L 209, 1 ff., in der Fassung der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABL.EG 1997 Nr. L 328, 1 ff.; Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABL.EG 1993 Nr. L 199, 1 ff., zuletzt geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABL.EG 1997 Nr. L 328, 1 ff.; Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABL.EG 1993 Nr. L 199, 54 ff., zuletzt geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABL.EG 1997 Nr. L 328, 1 ff.; Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABL.EG 1993 Nr. L-199, 84 ff., zuletzt geändert durch Richtlinie 98/4/EG, ABL.EG 1998 Nr. L 101, 1 ff.

aa) Die Krankenhausbehandlung als Dienstleistung i. S. d. § 99 Abs. 4 GWB

bb) Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB

(1) Die verschiedenen Ebenen der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern

(a) Das Abrechnungsverhältnis

(b) Die Zulassung zur Krankenhausbehandlung der Versicherten

(c) Die Rahmenverträge über die Modalitäten der Krankenhausbehandlung gemäß § 112 SGB V

(d) Das Vergütungssystem für Krankenhausleistungen

(2) Abstellen auf die Zulassungsebene als entscheidenden „Beschaffungsakt“

Teil II (abgedruckt in Heft 4/03)

(3) Subsumtion der verschiedenen Zulassungsformen unter den Begriff des entgeltlichen Vertrages gemäß § 99 Abs. 1 GWB

(a) Versorgungsvertrag als entgeltlicher Vertrag?

(b) Aufnahme in den Krankenhausplan durch Feststellungsbescheid als entgeltlicher Vertrag?

(c) Aufnahme der Hochschule in das Hochschulverzeichnis als entgeltlicher Vertrag?

(d) 1) Bloße Verlängerung bestehender Krankenhauspläne bzw. Versorgungsverträge

cc) Zwischenergebnis

b) Schwellenwerte gemäß § 100 Abs. 1 i. V. m. § 127 Nr. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV

4. Ergebnisse zu Punkt II.

III. Auswirkungen der Anwendbarkeit des Vergaberechts

I. Einführung

Im Rahmen der kontinuierlichen Fortentwicklung des europäischen Binnenmarktes streben die europäischen Vergaberichtlinien¹⁾ die Schaffung eines freien, marktöffnenden Wettbewerbs auch beim öffentlichen Einkauf an. Die Richtlinien koordinieren die nationalen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Sie verankern insbesondere die Pflicht zur europaweiten Durchführung von Ausschreibungsverfahren für

solche Aufträge, deren Auftragswerte bestimmte Schwellenwerte erreichen oder überschreiten. In Deutschland ist die Vergabe solcher Aufträge im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Ist der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des aus den Richtlinien stammenden Vergaberechts eröffnet, ist neben den Vorschriften des GWB die Vergabeverordnung (VgV)²⁾ zu beachten (vgl. §§ 97 Abs. 6, 127 GWB). Die drei Verdingungsordnungen³⁾, auf die die Vergabeverordnung in ihren §§ 4 bis 7 verweist, enthalten detaillierte Vorgaben zu Verfahren, Form und Fristen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Die Frage, ob die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung (geregelt in §§ 69 bis 140h SGB V) vergaberechtlichen Vorgaben genügen muss, hat bisher noch nicht viel Aufmerksamkeit erfahren. Unterhalb der durch das EG-Recht vorgegebenen Schwellenwerte ist das im Haushaltsrecht verankerte deutsche Vergaberecht anwendbar, im vorliegenden Fall die Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung⁴⁾, deren § 22 die Pflicht der Krankenkassen, Lieferungen und Leistungen öffentlich auszuschreiben, für Verträge, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen, ausschließt. Daher hat eine Ausschreibung beispielsweise von Krankenhausleistungen bislang nicht stattgefunden. Die Anwendbarkeit des GWB auf das Leistungserbringungsrecht ist lange Zeit verneint worden, wobei sich die Argumentation allein auf den kartellrechtlichen Teil des Gesetzes bezog.

Der vorliegende Beitrag untersucht die Anwendbarkeit des europäischen Vergaberechts auf einen bestimmten Teilbereich des Leistungserbringungsrechts, nämlich die Beziehungen zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen, wie sie im Dritten Abschnitt des Vierten Kapitels des SGB V (§§ 107 bis 114 SGB V) geregelt sind. Aufgrund des Sachleistungsprinzips (§ 2 Abs. 2 SGB V) sind es die Krankenkassen, die Krankenhausleistungen unmittelbar bei den Krankenhäusern nachfragen, um sie ihren Versicherten zur Verfügung stellen zu können. In Folge des hohen Anteils der gesetzlich Krankenversicherten in der Gesamtbevölkerung (rund 90%) handelt es sich jährlich um immense Auftragsvolumen. Die Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts muss aus zwei Gründen gestellt werden: Erstens liegt der Gedanke nahe, dass die Durchführung von Vergabeverfahren bei der Beschaffung von Krankenhausleistungen zu

beträchtlichen Einsparungen und damit zur Steigerung der Wirtschaftlichkeit führen kann. Und zweitens bestehen nach wie vor begründete Zweifel daran, ob das deutsche Gesundheitssystem mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages vereinbar ist, insbesondere mit der Dienstleistungs- und der Warenverkehrsfreiheit. Der Umsetzung auf einfachgesetzlicher Ebene dieser Freiheiten dienen u. a. die europäischen Vergaberichtlinien. Auf der Ebene der Krankenhausleistungen bedeutet dies, dass gewisse Versorgungsaufträge europaweit ausgeschrieben werden müssten, um den Vorgaben des Binnenmarktes zu genügen und Anbieter von Gesundheitsleistungen aus anderen Mitgliedstaaten nicht gegenüber inländischen Anbietern zu diskriminieren. Die fortgesetzte Abschottung des deutschen Marktes für Gesundheitsleistungen dürfte in Zukunft nicht mehr haltbar sein⁵⁾.

II. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts

Das Vergaberecht könnte auf die von den Krankenkassen gesteuerte stationäre Versorgung durch Krankenhäuser Anwendung finden. Zunächst ist zu prüfen, ob § 69 SGB V das vergaberechtliche Regelungssystem als solches für unanwendbar erklärt (1.), sodann, ob der persönliche (2.) und der sachliche (3.) Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB eröffnet sind.

1. Kein Ausschluss durch § 69 SGB V

Zweifel an der generellen Anwendbarkeit des Vergaberechts GWB können sich vor dem Hintergrund der Regelung des § 69 SGB V ergeben.

Im Rahmen des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000⁶⁾ bezweckte der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 69 SGB V den generellen Ausschluss der Anwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts auf Handlungen von gesetzlichen Krankenkassen. Nach Maßgabe des geänderten § 69 Satz 2 SGB V regeln das Vierte Kapitel des SGB V, die §§ 63, 64 SGB V sowie das Krankenhausfinanzierungs- und das Krankenhausentgeltgesetz mit den nach diesen Gesetzen erlassenen Rechtsverordnungen nunmehr abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und deren Verbänden, was gemäß Satz 4 auch gilt, „soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind“.

Diese Formulierung legt es nahe, an einen Ausschluss des Vergaberechts zu denken, da dieses neben den kartellrechtlichen Vorschriften ebenfalls im GWB geregelt ist. Es spricht jedoch vieles dafür, die *vergaberechtlichen* Vorschriften des Vierten Teils des GWB neben dem Leistungserbringungsrecht anzuwenden: Die Wortwahl der Begründung des Gesetzentwurfs, die Entstehungsgeschichte und die im Zuge der Neufassung des § 69 SGB V vorgenommenen Änderungen in § 51 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sowie die §§ 87 und 96 GWB lassen gleichermaßen den Willen des Gesetzgebers erkennen, nur die Anwendung der *kartellrechtlichen* Vorschriften des GWB auszuschließen, nicht jedoch die *vergaberechtlichen*⁷⁾.

Die Neufassung des § 69 SGB V diente u. a. der Klarstellung der Rechtswegzuweisung kartellrechtlicher Streitigkeiten im Sozialrechtsbereich. § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG weist die privatrechtlichen Streitigkeiten der gesetzlichen Krankenversiche-

2) Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 9.1.2001, erlassen auf Grund der §§ 97 Abs. 6, 127 GWB, BGBl. 2001-I, 110, geändert durch Gesetz vom 16.5.2001, BGBl. 2001-I, 876.

3) Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

4) BGBl. 1977-I, 3147, geändert durch die erste Verordnung zur Änderung der Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung (1. SVHV-ÄndV) vom 30.10.2000, BGBl. 2000-I, 1485.

5) Vgl. zum Aspekt der Dienstleistungsfreiheit schon *Koenig/Engelmann/Steiner*, Die Regulierung der GKV-Abrechnung von Laboratoriumsuntersuchungen am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrags, in *MedR* 2002, 221, 226.

6) Gesetz vom 22.12.1999, BGBl. 1999-I, 2626.

7) Dazu *Koenig/Busch*, Vergabe- und haushaltsrechtliche Koordinaten der Hilfsmittelbeschaffung durch Krankenkassen, in *NZS* 2003, Heft 3.

nung nun ausdrücklich den Sozialgerichten zu. Gleichzeitig wurde die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für die in §§ 87 Abs. 2 Satz 3 und 96 Satz 3 GWB genannten *kartellrechtlichen* Rechtsstreitigkeiten aufgehoben und ebenfalls den Sozialgerichten zugewiesen. Die Zuständigkeit bei Streitigkeiten über das *Vergaberecht* ist hingegen gesondert in den §§ 116 ff. GWB geregelt. Dass diese Vorschriften nicht geändert wurden, und dass auch in § 51 Abs. 2 SGG keine Sonderregelung für vergaberechtliche Streitigkeiten eingefügt wurde, ist als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zu werten, das Vergaberecht von diesen Regelungen unberührt zu lassen.

Der Gesetzgeber hat sich ferner ausdrücklich auf das Wettbewerbs- und Kartellrecht bezogen und gerade nicht auf das Vergaberecht, wenn er in der Gesetzesbegründung ausführte: „Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und handeln nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“⁸⁾. Der Begriff des *Unternehmens* ist der zentrale Anknüpfungspunkt für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs der kartellrechtlichen Vorschriften, während das Vergaberecht auf die davon zu unterscheidende Eigenschaft als *öffentlicher Auftraggeber* abstellt.

Ein genereller Ausschluss der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf der Grundlage des § 69 SGB V kommt aus diesen Gründen nicht in Betracht.

2. Persönlicher Anwendungsbereich – die Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber

Gemäß § 97 Abs. 1 GWB ist der persönliche Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts eröffnet, wenn der Nachfrager einer Leistung ein *öffentlicher Auftraggeber* ist.

Nachfrager der Krankenhausleistungen sind aufgrund des Sachleistungsprinzips (§ 2 Abs. 2 SGB V) die Krankenkassen, denn diese sind es, die ihren Versicherten die Krankenhausbehandlung zur Verfügung stellen müssen (§ 39 SGB V). Die Beschaffung dieser Leistungen geschieht durch die Zulassung einer Reihe von Krankenhäusern mit einer bestimmten, am Bedarf ausgerichteten Gesamtbettanzahl. Die zugelassenen Krankenhäuser sind in ein Vertragssystem eingebunden und mithin gegenüber den Krankenkassen zur Versorgung der Versicherten verpflichtet. Es findet also eine Vorauswahl statt: der gesetzlich krankenversicherte Patient kann letztlich nur zwischen *zugelassenen* Krankenhäusern wählen; nur dort kann er den Anspruch auf Krankenhausbehandlung, den er gegen seine Krankenkasse hat, einlösen⁹⁾. Da also die Krankenkassen und nicht die Patienten die Krankenhausleistungen nachfragen, erfüllen die Krankenkassen das Kriterium des *Auftraggebers*.

Die Eigenschaft der Krankenkassen als *öffentliche* Auftraggeber kann sich aus § 98 Nr. 2 GWB ergeben¹⁰⁾. Danach gehören zu den öffentlichen Auftraggebern juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wenn sie von einer Gebietskörperschaft überwiegend finanziert oder kontrolliert werden. Krankenkassen sind gemäß § 4 Abs. 1 SGB V rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts und stehen unter der staatlichen Aufsicht einer Gebietskörperschaft (i. d. R. eines Bundeslandes, vgl. § 90 Abs. 2 SGB IV). Sie haben gemäß § 1 Satz 1 SGB V die Aufgabe, „die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu verbessern“. Mithin erfüllen sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben.

Diese Aufgaben müssten ferner *nicht gewerblicher* Art sein. Dieses Merkmal muss teleologisch und mit Rücksicht auf seine Herkunft aus den europäischen Vergaberichtlinien ausgelegt werden. Der europäische Richtlinienggeber wollte solche Auftraggeber von der Anwendung des Vergaberechts befreien, die wie jeder private Wirtschaftsteilnehmer dem vollen Wettbewerb ausgesetzt sind und sich entsprechend verhalten. Hier wäre der Schutz durch das Vergaberecht unnötig, weil ein wirksamer (in der Terminologie des EuGH: „entwickelter“) Wettbewerb bereits gewährleistet und die Gefahr der unsachgemäßen Bevorzugung einheimischer Bewerber bei der Auftragsvergabe nicht vorhanden ist¹¹⁾. Das Vorliegen eines *voll funktionierenden Wettbewerbs* auf dem betreffenden Markt ist also ein entscheidendes Indiz dafür, dass die in Rede stehende Einrichtung Zwecke gewerblicher Art verfolgt¹²⁾. Eine wichtige Kontrollfrage zur Feststellung dieses Kriteriums ist, ob die zu qualifizierende Einrichtung bei nicht marktgerechtem Wirtschaften in Konkurs gehen könnte¹³⁾. Ein wirksamer Wettbewerb liegt nicht vor, wenn das Wirken der Marktkräfte durch staatliche Einwirkungen zugunsten des Auftraggebers verfälscht wird, wenn diesem mithin eine hoheitlich herbeigeführte Sonderstellung im Markt zukommt¹⁴⁾.

In den letzten Jahren hat der Gesetzgeber zwar versucht, einen verstärkten Wettbewerb der Krankenkassen um Versicherte einzuführen. Angesichts der umfassenden Regulierung im deut-

8) BT-Drucks. 14/1245, 68 (zu Nr. 29).

9) Eine nähere Beschreibung dieses Systems erfolgt unter (3.).

10) So auch Dreher, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 98 Rn 75; Fischer/Steffens, Das Haushaltsrecht der Krankenkassen, Band 1, Kommentierung zu § 22 Abs. 1 Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung, 3-40 (Stand: 2002); Heße, Die Auftragsvergabe durch Sozialversicherungsträger und die Vergaberichtlinien der EG, in *Die Sozialversicherung*, 1997, 88, 90; Mrozynski, Der Einfluss des Wettbewerbs- und Vergaberechts in Europa auf die Erbringung von Sozialleistungen, in *Sozialer Fortschritt* 1999, 221, 224.

11) Dreher, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 98 Rn 38; Dreher, Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, in *DB* 1998, 2579, 2582; Marx/Prieß, in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß* (Hrsg.), Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, 22; Thieme, in *Langen/Bunte* (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 98 GWB Rn 29. Diese Einschätzung teilt der EuGH in seinem Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96 (*Gemeente Arnhem*), Slg. 1988, I-6821.

12) vgl. EuGH, Rs. C-360/96 (*BFI Holding*), Slg. I-1998, 6821 (Rn 49); EuGH 10.11.1998, Rs. C-360/96 (*Gemeente Arnhem*), Slg. 1988, I-6821; Eschenbruch, in *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz* (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 98 GWB Rn 46.

13) Marx/Prieß, in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß* (Hrsg.), Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, 23.

14) Dreher, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 98 Rn 39 f.; Dreher, Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, in *DB* 1998, 2579, 2582 f.; Thieme, in *Langen/Bunte* (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 98 GWB Rn 28.

sehen Sozialrecht verbleibt den Krankenkassen jedoch nur wenig Spielraum für marktbezogenes Handeln. Sie sind zudem untereinander durch den Risikostrukturausgleich gemäß § 266 Abs. 1 Satz 2 SGB V verbunden, wonach die finanziellen Auswirkungen von Unterschieden in der Höhe der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder, der Zahl der Familienversicherten und der Verteilung auf nach Alter und Geschlecht getrennte Versichertengruppen zwischen den Krankenkassen ausgeglichen werden. Ausgeglichen werden zwischen den Krankenkassen auch die Kosten für besonders aufwendige Leistungsfälle, vgl. §§ 265, 269 SGB V. Kommt eine Krankenkasse in eine finanzielle Notlage, gibt § 265a SGB V den Spitzenverbänden die Möglichkeit, für solche Fälle Finanzhilfen vorzusehen. Das wirtschaftliche Risiko der Krankenkassen wird ferner dadurch gemindert, dass diese gemäß § 220 Abs. 1 Satz 2 SGB V die Möglichkeit bzw. nach Abs. 2 Satz 1 die Pflicht haben, die Beiträge so zu bemessen, dass diese zusammen mit den sonstigen Einnahmen die im Haushaltsplan vorgesehenen Ausgaben und die vorgeschriebene Auffüllung der Rücklagen decken. Sollte trotz alledem die finanzielle Leistungsfähigkeit einer Krankenkasse nicht mehr dauerhaft gewährleistet sein, so wird sie von der Aufsichtsbehörde geschlossen (§§ 146a Satz 1; 153 Satz 1 Nr. 3, 163 Satz 1 Nr. 3, 170 Satz 1 SGB V). All dies spricht entschieden gegen die Annahme eines voll funktionierenden Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen. Es tritt zudem deutlich hervor, dass die gesetzlichen Krankenkassen durch diese hoheitliche Regelung eine Sonderstellung auf dem Markt für Krankenversicherer innehaben.

Neben dem Kriterium des voll funktionierenden Wettbewerbs werden zur Ermittlung der fehlenden Gewerblichkeit vor allem zwei weitere Merkmale herangezogen: Das eine ist die *fehlende Gewinnerzielungsabsicht*¹⁵⁾, wenn auch dieses Kriterium allein zur Abgrenzung nicht geeignet ist und damit nicht ausschlaggebend sein kann¹⁶⁾. Eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen die Krankenkassen nicht; ihre Aufgabe ist allein die Si-

cherstellung der gesundheitlichen Versorgung der Versicherten¹⁷⁾. Zweitens wird für die Gewerblichkeit das Merkmal der *Nachfragebezogenheit* gefordert, in dem Sinne, dass die Aufgabe des Auftraggebers nicht im Sinne staatlicher Fürsorge oder in Erfüllung staatlich vorgegebener Rechtsansprüche Dritter erfüllt wird, sondern allein in Reaktion auf die marktbezogene Nachfrage¹⁸⁾. Auch die Nachfragebezogenheit ist zu verneinen, denn die Krankenkassen handeln gerade im Hinblick auf die im SGB V normierten Ansprüche der Versicherten auf Erbringung der erforderlichen Gesundheitsleistungen und erfüllen damit eine Aufgabe staatlicher Fürsorge.

Sie handeln somit nicht gewerblich und erfüllen daher alle Voraussetzungen eines öffentlichen Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Erwähnung der Krankenkassen im Anhang I der Richtlinie 93/37/EWG (Baukoordinierungsrichtlinie, im Folgenden: BKR)¹⁹⁾, auf den Art. 1 Buchst. b Unter abs. 3 der Richtlinie 92/50/EWG (Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie, im Folgenden: DKR)²⁰⁾ verweist²¹⁾. Dieser Anhang enthält für jeden Mitgliedstaat ein gesondertes Verzeichnis der Rechtsträger, die die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers erfüllen. Er ist zwar nicht abschließend und hat auch keine konstitutive Bedeutung, dient aber als Auslegungshilfe in Bezug auf die Richtlinien²²⁾.

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist eröffnet, wenn es sich bei dem Beschaffungsvorgang um einen öffentlichen Auftrag i. S. d. § 99 GWB handelt, der die festgelegten Schwellenwerte erreicht (§ 100 GWB).

a) Öffentliche Aufträge gemäß § 99 GWB

Öffentliche Aufträge sind nach der Definition des § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen.

aa) Die Krankenhausbehandlung als Dienstleistung i. S. d. § 99 Abs. 4 GWB

Die Beschaffung von Krankenhausleistungen könnte als Dienstleistungsauftrag i. S. d. § 99 Abs. 4 GWB eingeordnet werden. § 99 Abs. 4 GWB definiert Dienstleistungsaufträge negativ als Verträge über solche Leistungen, die weder Liefer- oder Bauaufträge noch Auslobungsverfahren sind. Die Krankenhausbehandlung ist keine Warenlieferung i. S. d. § 99 Abs. 2 GWB. Zwar gehört zur Krankenhausbehandlung auch die Bereitstellung der zur Behandlung, Unterbringung und Pflege des Patienten erforderlichen Sachmittel; Schwerpunkt der Krankenhausleistung sind jedoch die Handlungen, die das ärztliche und pflegerische Personal an den Patienten vornimmt. Aufträge, die sowohl Lieferleistungen als auch Dienstleistungen umfassen, sind komplett als Dienstleistungen zu qualifizieren, wenn der Wertanteil der Dienstleistungen überwiegt, vgl. § 1a Nr. 1 Abs. 2 Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A)²³⁾. Die Einordnung der Krankenhausbehandlung als Dienstleistung wird durch die Verordnung über das Gemeinsame Vokabular

15) Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 98 Rn. 39; Dreher, Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, in DB 1998, 2579, 2582 f.

16) Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 98 Rn. 37; Thieme, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 98 GWB Rn 29.

17) Vgl. § 1 SGB V und insbesondere § 220 Abs. 3 SGB V, wonach die Krankenkasse verpflichtet ist, die Beiträge zu ermäßigen, wenn die Einnahmen der Krankenkasse die Ausgaben und das gesetzliche Betriebsmittel- und Rücklagesoll übersteigen.

18) Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 98 Rn 39; Dreher, Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, in DB 1998, 2579, 2582 f.

19) Siehe Fußnote 1.

20) Siehe Fußnote 1.

21) Die Eigenschaft der Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber aufgrund der Erwähnung im Anhang I der BKR wird auch angenommen von Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 98 Rn. 75.

22) Eschenbruch, in Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 98 GWB Rn 69; Heise, Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im neuen Vergaberecht, in LKV 1999, 210, 212; Marx/Prieß, in Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß (Hrsg.), Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, 23.

23) Entspricht inhaltlich Art. 2 Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie.

für öffentliche Aufträge (CPV) bestätigt, die unter dem Obertitel „Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens“ und unter dem Untertitel „Dienstleistungen von Krankenhäusern“ verschiedene Arten der Krankenhausbehandlung auführt²⁴⁾.

bb) Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB

Die Beschaffung von Krankenhausleistungen ist daher als Dienstleistungsauftrag i. S. d. § 99 Abs. 4 GWB einzuordnen, wenn die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern die Voraussetzungen eines entgeltlichen Vertrages i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB erfüllen. Bevor das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages untersucht werden kann, muss zunächst die Struktur dieser Beziehungen offengelegt werden.

(1) Die verschiedenen Ebenen der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern

Der Beschaffungsvorgang, d. h. der „Einkauf“ der Krankenhausbehandlung bei den Krankenhausträgern durch die Krankenkassen für ihre Versicherten, ist rechtlich in viele verschiedene Einzelvorgänge gespalten: Auf der Landesebene findet man die *Rahmenverträge* über die Modalitäten der Krankenhausbehandlung i. S. d. § 112 SGB V, auf der *Zulassungsebene* entscheidet sich, ob das einzelne Krankenhaus zur Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten zugelassen wird (vgl. § 108 SGB V), und auf einer weiteren Stufe kommt das einzelne *Abrechnungsverhältnis* zwischen dem Krankenhaus und der Krankenkasse zustande. Ergänzend dazu existiert ein vertragliches *Vergütungssystem* auf der Basis von § 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V.

Es soll zunächst die Natur der erwähnten Rechtsverhältnisse dargestellt werden, um in einem weiteren Schritt zu entscheiden, auf welchen Einzelvorgang für das Beschaffungsverhältnis abzustellen ist.

(a) Das Abrechnungsverhältnis

Ein Abrechnungsverhältnis zwischen einem Krankenhaus und einer Krankenkasse kommt zustande, indem ein gesetzlich krankenversicherter Patient eine bestimmte Krankenhausleistung in einem konkreten Fall in Anspruch nimmt. Der Patient hat dabei ein Auswahlrecht zwischen den verschiedenen zugelassenen Krankenhäusern²⁵⁾. Das Krankenhaus ist aufgrund der Zulassung zur Behandlung des Patienten verpflichtet (§ 109 Abs. 4 Satz 2 SGB V). Der Inhalt des einzelnen Abrechnungsverhältnisses ergibt sich aus den auf höherer Ebene zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern bestehenden vertraglichen Abmachungen (Verträge nach § 112 SGB V bzw. Vergütungsvereinbarungen nach § 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V).

(b) Die Zulassung zur Krankenhausbehandlung der Versicherten

Die Verpflichtung und Berechtigung des einzelnen Krankenhauses zur Teilnahme an der Krankenhausbehandlung entsteht für die verschiedenen Krankhaustypen auf unterschiedliche Weise.

Hochschulkliniken (§ 108 Nr. 1 SGB V) werden durch Aufnahme der Hochschule in das Hochschulverzeichnis nach § 4 des Hochschulbauförderungsgesetzes (HBFUG) zur Krankenhausbehandlung zugelassen. Die Aufnahme erfolgt durch Rechtsverordnung nach § 4 Abs. 2 Satz 1 HBFUG.

Die meisten anderen Krankenhäuser nehmen aufgrund der Aufnahme des Krankenhauses in den *Krankenhausplan* eines Landes gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) an der Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten teil (*Plankrankenhäuser*, § 108 Nr. 2 SGB V). Gemäß § 6 KHG sind die Länder für die Aufstellung der Krankenhauspläne verantwortlich. Die Aufnahme, Nichtaufnahme oder Herausnahme eines Krankenhauses in den bzw. aus dem Krankenhausplan oder dessen Änderung sind vom Land in einem gegenüber dem Krankenhaus zu erlassenden Bescheid (§ 8 Abs. 1 Satz 3 KHG) festzustellen. Durch diesen Feststellungsbescheid treten einzelne Regelungen des Krankenhausplans aus der normativen Unverbindlichkeit eines bloßen internen Verwaltungsprogramms heraus und werden in eine Einzelfallregelung mit Außenwirkung verwandelt, die von Rechtsprechung und Literatur einhellig als Verwaltungsakt qualifiziert wird²⁶⁾. Ein Anspruch auf Aufnahme in den Krankenhausplan besteht nicht (§ 8 Abs. 2 Satz 1 KHG).

Mit Krankenhäusern, die weder Hochschulkliniken noch Plankrankenhäuser sind, schließen die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen *Versorgungsverträge* ab²⁷⁾ (§ 108 Nr. 3 SGB V). Die Versorgungsverträge werden heute ganz allgemein als *öffentlich-rechtliche Verträge* qualifiziert²⁸⁾. Diese Wertung wird durch § 69 SGB V (für die Krankenhäuser Satz 2) bestätigt, der das Handeln der Krankenkassen im Leistungserbringungsrecht dem öffentlichen Recht unterstellt²⁹⁾. Versorgungsverträge i. S. v. § 108 Nr. 3

24) Z. B.: „Chirurgische Eingriffe im Krankenhaus“, „Ärztliche Versorgung im Krankenhaus“, „Gynäkologische Versorgung im Krankenhaus“, „Geburtshilfe im Krankenhaus“, „Psychiatrische Versorgung im Krankenhaus“. In: Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.11.2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV), ABL. EG 2002 Nr. L 340, 1, 177 f. (CPV steht für Common Procurement Vocabulary).

25) Dieses ergibt sich aus § 2 Abs. 3 SGB V, § 33 SGB I und Art. 2 Abs. 1 und 2 GG; vgl. BGHZ 101, 72, 83 (*Krankentransporte*); BGHZ 107, 40, 43 (*Krankentransportbestellung*); Heinze, in *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, München 1994, § 40 Rn. 62. Das Wahlrecht ist jedoch nicht uneingeschränkt, vgl. BVerfG MedR 1997, 318, 319; BVerfGE 16, 286, 303 f.; BVerfGE 60, 367, 370 f.; BSGE 81, 54, 72 f.; BSG NZS 2002, 31, 32 f.; Jarass, in *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2002, Art. 2 Rn. 13, 69 und 71.

26) Klückmann, in *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar § 108 Rn. 9 (Stand: 1996); Koenig/Sander, Kritische Anmerkungen zur Krankenhausbedarfsplanung aus der Sicht des EG-Wettbewerbsrechts, in *KHuR* 2001, 38, 41.

27) Heinze, in *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, München 1994, § 38 Rn. 5; Schmitt, in *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, München 1994, § 29 Rn. 19.

28) Dies war lange Zeit sehr umstritten. Das Meinungsspektrum reichte von einer rein zivilrechtlichen bis hin zu einer rein öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise. Nach einer Entscheidung des BSG im Jahre 1981 (BSGE 51, 126, 130 f.) setzte sich die Auffassung durch, dass die Verträge öffentlich-rechtlicher Natur seien; vgl. Heinze, in *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, München 1994, § 38 Rn. 4; Schmitt, in *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, München 1994, § 29 Rn. 24. Jeweils m. w. N.

29) Klückmann, in *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar § 69 Rn. 20 (Stand: 1996); Krauskopf, in *Krauskopf* (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kom-

SGB V sind nicht die Regel³⁰): Da der Krankenhausplan selbst schon das Ziel der Deckung des Bettenbedarfs in einem Bundesland verfolgt, ist die Bedarfsdeckung durch Versorgungsverträge subsidiär und bildet daher die Ausnahme³¹). Die Zulassung eines nicht unter Nr. 1 und Nr. 2 fallenden Krankenhauses in die Krankenhausversorgung kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn sie für die bedarfsgerechte Versorgung der Versicherten erforderlich ist und die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung bietet (vgl. § 109 Abs. 3 Satz 1 SGB V)³²).

Hochschulkliniken werden also aufgrund einer Rechtsverordnung, Plankrankenhäuser aufgrund von Verwaltungsakten und sonstige Krankenhäuser aufgrund öffentlich-rechtlicher

mentar, § 69 SGB V Rn 2 (Stand: 2000). Nach der Rechtsprechung des BGH sind die Beziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen nur dann als öffentlich-rechtliche einzustufen, wenn Zulassungs- und Ausschlussvoraussetzungen gesetzlich geregelt sind, vgl. BGH NJW 1976, 2302; GemS OGB NJW 1987, 1472; ebenso Hencke, in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 69 SGB V Rn 3 (Stand: 2000); Krauskopf, in Krauskopf (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 69 SGB V Rn. 3 (Stand: 2000). Dies ist bei den Krankenhäusern der Fall.

- 30) Im Jahr 2000 waren 88,38 % aller in bundesdeutschen Krankenhäusern aufgestellten Betten nach dem KHG geförderte Planbetten, 8,25 % der Betten wurden nach dem HBFG gefördert, nur 1,53 % waren Vertragsbetten, und 1,84 % waren sonstige Betten. Im Jahr 1999 waren 88,49 % aller aufgestellten Betten nach dem KHG geförderte Planbetten, 8,21 % der Betten wurden nach dem HBFG gefördert, 1,59 % waren Vertragsbetten, und 1,71 % waren sonstige Betten. Quelle: Statistisches Bundesamt, Krankenhausstatistiken für die Jahre 1999 und 2000.
- 31) Hess, in Niesel (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 1, SGB V § 109 Rn. 4 (Stand: 2001); Klückmann, in Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar § 109 Rn 23 (Stand: 1996).
- 32) Klückmann, in Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar § 108 Rn 10 (Stand: 1996). Ein Versorgungsvertrag wird mit einem Bewerber nur abgeschlossen, solange das Angebot den Bettenbedarf nicht übersteigt; vgl. Klückmann, in Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar § 109 Rn. 25 (Stand: 1996). Ist der Bettenbedarf gedeckt, ist der Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages auch dann ausgeschlossen (vgl. § 109 Abs. 2 Satz 1 SGB V), wenn ein Krankenhaus ansonsten die Voraussetzungen der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit erfüllt; vgl. BVerwGE 72, 38, 51.
- 33) Klückmann, in Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar § 108 Rn 5 (Stand: 1996).
- 34) Heinze, in Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, München 1994, § 38 Rn 40; Hess, in Niesel (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 1, SGB V § 109 Rn 2 (Stand: 2001); Klückmann, in Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar § 109 Rn. 17 (Stand: 1996).
- 35) Hess, in Niesel (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 1, SGB V § 109 Rn. 6 (Stand: 2001); Klückmann, in Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar § 109 Rn 40 (Stand: 1996).
- 36) Bis 1981 wurde allgemein die Auffassung vertreten, diese Verträge (früher in § 372 RVO geregelt) seien dem Zivilrecht zuzuordnen. Seit der Neufassung der Regelung im Jahre 1981 kam es zu einem Meinungsumschwung: Mittlerweile werden die Verträge nach § 112 SGB V ganz überwiegend als öffentlich-rechtliche Verträge, genau gesagt als koordinationsrechtliche Verträge i. S. d. §§ 53 ff. SGB X qualifiziert. Ausführlich dazu mit Darstellung der verschiedenen Begründungen Schmitt, in Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, München 1994, § 29 Rn. 25 m. w. N.; vgl. auch Knittel, in Krauskopf (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 112 SGB V Rn 2 (Stand: 1994). Auch dafür findet sich eine Bestätigung in der Neufassung des § 69 SGB V.
- 37) Zur Zeit wird das Vergütungssystem von Pflegesätzen auf Fallpauschalen umgestellt. Die Spitzenverbände der Krankenkassen und der Verband der privaten Krankenversicherung haben gemeinsam nach den Vorgaben des § 17b KHG ab dem 1.1.2003 ein durchgängiges, lei-

Verträge zur Krankenhausbehandlung zugelassen.

Zwar enthält § 109 Abs. 1 Satz 2 SGB V die Fiktion des Abschlusses eines Versorgungsvertrages mit dem Hochschulkranken und den Plankrankenhäusern³³); diese Fiktion entfaltet jedoch keine konstitutive Wirkung³⁴), denn die Plan- und Hochschulkrankenhäuser erwerben die Zulassung zur Krankenhausbehandlung konstitutiv bereits durch Verwaltungsakt nach dem KHG bzw. durch Rechtsverordnung nach dem HBFG³⁵). Auf der Zulassung beruht auch die gesetzliche Pflicht zur Krankenhausbehandlung der Versicherten, § 109 Abs. 4 Satz 2 SGB V.

(c) Die Rahmenverträge über die Modalitäten der Krankenhausbehandlung gemäß § 112 SGB V

Die Verträge über die Modalitäten der Krankenhausbehandlung gemäß § 112 SGB V sind Rahmenverträge zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen auf der einen Seite und der Landeskrankengesellschaft oder den Verbänden der Krankenhäuser auf der anderen Seite. Sie sind dem öffentlichen Recht zuzuordnen³⁶).

Die Rahmenverträge sind gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 SGB V „für die Krankenkassen und die zugelassenen Krankenhäuser im Land unmittelbar verbindlich“. Die Voraussetzungen, unter denen Abrechnungsverhältnisse entstehen und unter denen Krankenhäuser, die eine Zulassung zur Krankenhausbehandlung der Versicherten erhalten haben, mit den Krankenkassen zusammenarbeiten müssen, werden von diesen Verträgen vorgegeben. In § 112 Abs. 2 Satz 1 SGB V ist detailliert vorgeschrieben, was die Verträge über Art und Umfang der Krankenhausbehandlung regeln können, insbesondere die allgemeinen Bedingungen der Krankenhausbehandlung, der Aufnahme und Entlassung der Versicherten und der Kostenübernahme sowie der Abrechnung der Entgelte.

(d) Das Vergütungssystem für Krankenhausleistungen

Die Höhe der Vergütung regeln weder die Rahmenverträge noch die Zulassung. Darüber müssen die Krankenkassen gemäß § 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V Pflegesatzverhandlungen mit den zugelassenen Krankenhäusern führen³⁷). Die Festlegung des Entgelts für stationäre Leistungen vollzieht sich dabei auf drei Ebenen: auf der Bundesebene, der Landesebene und der Ebene des einzelnen Krankenhauses und Kostenträgers.

Auf *Bundesebene* wird nach § 9 Abs. 1 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntG) insbesondere der Fallpauschalen-Katalog einschließlich der Bewertungsrelationen sowie ein Katalog ergänzender Zusatzentgelte vorgegeben (vgl. § 17b Abs. 1 Satz 10 KHG). Vertragsparteien auf Bundesebene sind die Spitzenverbände der Krankenkassen, der Verband der privaten Krankenversicherung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft. Auf *Landesebene* wird gemäß § 10 Abs. 1 KHEntG zur Bestimmung der Höhe der Fallpauschalen ein landesweit jeweils für ein Kalenderjahr geltender Basisfallwert bestimmt (vgl. § 17b Abs. 1 Satz 13 KHG). Vertragsparteien auf Landesebene sind die Landeskrankengesellschaft, die Landesverbände der Krankenkassen, die Verbände der Ersatzkassen und der Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 2 KHG).

Nach Maßgabe von § 11 Abs. 1 und 2 KHEntgG vereinbart jeder zugelassene Krankenhausträger mit den *einzelnen Krankenkassen* (soweit auf sie mehr als fünf Prozent der jährlichen Belegungs- und Berechnungstage des Krankenhauses entfallen³⁸⁾ für ein oder mehrere Kalenderjahre die Einzelheiten der Vergütung im Rahmen der Vorgaben auf Bundes- und Landesebene. Regelungsgegenstände sind insbesondere das Budget für die Erlöse des Krankenhauses³⁹⁾, die Summe der Bewertungsrelationen, der krankenhaushausindividuelle Basisfallwert, die konkreten Zu- und Abschläge sowie sonstige Entgelte für Leistungen, die noch nicht von den Fallpauschalen und Zusatzentgelten erfasst werden.

(2) *Abstellen auf die Zulassungsebene als entscheidenden „Beschaffungsakt“*

Um entscheiden zu können, welche der verschiedenen Ebenen vergaberechtlich maßgeblich ist, muss man sich zunächst vor Augen führen, worauf es für das Vorliegen eines Auftrags ankommt. Es muss sich um einen *Beschaffungsvorgang* handeln. Aus dem Zweck des Vergaberechts, einen wirksamen Wettbewerb bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu schaffen und v. a. die Bevorzugung inländischer Anbieter zu verhindern, lässt sich ableiten, dass für das Vorliegen eines Beschaffungsvorganges entscheidend ist, dass eine bindende Auswahl zwischen verschiedenen, miteinander im Wettbewerb um die zu vergebende Leistung stehenden Bewerbern stattfindet. Wenn z. B. *a priori* feststünde, dass alle Bewerber einen Anspruch hätten, an der Leistungserbringung teilzunehmen, so wäre von einem relevanten Beschaffungsvorgang in Ermangelung einer Auswahl nicht auszugehen. Das Vergaberecht wäre nicht vonnöten, da die Schaffung eines Wettbewerbs nicht erforderlich wäre. Es ist also auf die Ebene abzustellen, auf der eine *Auswahlentscheidung* stattfindet. Ferner ist entscheidend, dass eine rechtliche

Bindung zwischen dem Auftraggeber und dem beauftragten Unternehmen zustande kommt.

Dies bedeutet, dass man auf das einzelne *Abrechnungsverhältnis* nicht abstellen kann⁴⁰⁾. Hier entsteht zwar für das Krankenhaus die konkrete Behandlungspflicht und der konkrete Vergütungsanspruch. Eine Auswahlentscheidung durch den öffentlichen Auftraggeber findet hier jedoch nicht statt. Der Patient darf für seine Behandlung nur eines der Krankenhäuser wählen, die ihm aufgrund einer vorhergegangenen Auswahlentscheidung von seiner Krankenkasse zur Auswahl gestellt sind. Dieses Ergebnis ist auch sachgemäß, denn es wäre gänzlich unwirtschaftlich und praktisch undurchführbar (zum einen aufgrund der Verzögerung des Behandlungsbeginns, zum anderen wegen der Vielzahl der Fälle), für die Behandlung jedes einzelnen Patienten ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Die *Zulassung* allein enthält noch nicht alle Elemente des Beschaffungsvorgangs, sondern bewirkt zunächst nur die vertragliche Bindung zwischen Krankenhaus und Krankenkasse. Der Inhalt der Versorgungspflicht der Krankenhäuser bestimmt sich erst durch die *Verträge nach § 112 SGB V* i. V. m. den verschiedenen *Vergütungsvereinbarungen*. Eine einzelne Zulassung wird keine inhaltlichen Regelungen dieser Art mehr treffen, sondern allein auf die Rahmenverträge bzw. auf die Vergütungsvereinbarungen verweisen. Letzten Endes kommt die Verpflichtung und Berechtigung zur Krankenhausbehandlung von gesetzlich Krankenversicherten aufgrund der Kombination der Verträge nach § 112 SGB V und der Vergütungsvereinbarungen mit der Zulassung zustande. Der Beschaffungsvorgang ist also nicht in einem einzelnen der beteiligten Rechtsakte zu sehen, sondern ergibt sich als *Gesamtvorgang* aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Einzelvorgänge. Dennoch muss, damit ein Vergabeverfahren praktisch durchgeführt werden kann, auf eine bestimmte Stufe im Gesamtvorgang abgestellt werden, und zwar auf diejenige Stufe, auf der eine Auswahlentscheidung und eine rechtliche Bindung stattfindet. Diese Wertung wird durch die EG-rechtliche Regelung der vergaberechtlichen Zulässigkeit von Rahmenverträgen bestätigt.

Rahmenverträge „verpflichten die späteren Auftragnehmer, zu den festgelegten Bedingungen innerhalb eines festgelegten Zeitraums Leistungen zu erbringen, und berechtigen den späteren Auftraggeber, diese Leistungen zu fordern, ohne ihn aber insoweit zu verpflichten. Damit bilden sie den Rahmen für einzelne öffentliche Aufträge, die nicht mehr nach den vergaberechtlichen Regeln, sondern allein nach den Festlegungen im Rahmenvertrag vergeben werden“⁴¹⁾. Dies trifft zunächst auf die Verträge nach § 112 SGB V zu: Sie verpflichten die Krankenhäuser dazu, für die Dauer der eingegangenen Bindung Krankenhausleistungen in einer bestimmten Weise zu erbringen, und berechtigen die Krankenkassen dazu, diese Leistungen zu fordern. Die Krankenkassen sind aber nicht verpflichtet, die Leistungen einzufordern, sondern der Einzelauftrag kommt im Bedarfsfall dadurch zustande, dass ein Versicherter eine Krankenhausbehandlung in Anspruch nimmt. Dieser Einzelauftrag richtet sich dann nach den Vorgaben des Rahmenvertrages.

Die vergaberechtliche Zulässigkeit von Rahmenvereinbarungen ist nur in der Richtlinie 93/38/EWG (Sektorenkoordinie-

stungsorientiertes und pauschalierendes Entgeltsystem eingeführt, das sich an einem international bereits eingesetzten Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups (DRG) orientiert (vgl. § 17b Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KHG). Gemäß § 17b Abs. 4 Satz 4 KHG hat jedes Krankenhaus die Möglichkeit, das neue Vergütungssystem zum 1.1.2003 freiwillig einzuführen, sofern es einen bestimmten Mindestprozentsatz seiner Leistungen mit Fallpauschalen abrechnen kann (90 %). Verbindlich wird das neue Vergütungssystem für alle Krankenhäuser zum 1.1.2004 eingeführt.

38) Soweit auf eine einzelne Krankenkasse nicht mehr als fünf Prozent der Belegungs- und Berechnungstage des Krankenhauses entfallen, werden die Verträge auf Ortsebene zwischen dem Krankenhaus und einer Arbeitsgemeinschaft von Leistungsträgern geschlossen, deren Mitglieder zusammen diese Voraussetzung erfüllen (§ 18 Abs. 2 KHG).

39) Bis 2004 wird gemäß § 3 KHEntgG ein Gesamtbetrag entsprechend § 6 Abs. 1 Bundespflegesatzverordnung vereinbart, ab 2005 ist gemäß § 4 KHEntgG ein sog. Erlösbudget zu vereinbaren.

40) So im Ergebnis auch *Mrozynski*, Der Einfluss des Wettbewerbs- und Vergaberechts in Europa auf die Erbringung von Sozialleistungen, in Sozialer Fortschritt 1999, 221, 225.

41) *Dreher*, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn. 10. Vgl. auch die Legaldefinition in § 5b Nr. 1 VOL/A Abschnitt 3; ferner *Prieß*, in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß* (Hrsg.), Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, 51; *Thieme*, in *Langen/Bunte* (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn. 8.

rungsrichtlinie, im Folgenden: SKR)⁴²⁾ geregelt⁴³⁾. Im Sektorenbereich ist der Abschluss derartiger Verträge vergaberechtlich grundsätzlich zulässig⁴⁴⁾. Gemäß Art. 5 Abs. 1 SKR kann der Auftraggeber im Sektorenbereich eine Rahmenvereinbarung als Auftrag ansehen und gemäß der SKR vergeben. Gemäß Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 2 Buchst. i SKR müssen dann für die auf der Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelaufträge keine gesonderten Vergabeverfahren mehr durchgeführt werden. Umgekehrt müssen Einzelaufträge stets gesondert ausgeschrieben werden, wenn die Rahmenvereinbarung selbst nicht nach der SKR vergeben wurde (Art. 5 Abs. 3 SKR). Gemäß Art. 5 Abs. 4 SKR dürfen Rahmenverträge nicht dazu missbraucht werden, den Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen.

Für die Auftraggeber außerhalb der Sektorenbereiche fehlt im europäischen wie im deutschen Recht eine vergaberechtliche Regelung der Rahmenverträge⁴⁵⁾; die Auftragsvergabe in den sonstigen Bereichen ist andererseits aber auch nicht ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen.

42) Siehe Fußnote 1.

43) Art. 1 Nr. 5 und Art. 5 SKR. Ausführlicher dazu Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn. 10; Thieme, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn. 8.

44) VjA Bund vom 12.12.1994 WuW/E VergAB 41 (Kühlhäuser); VjA Bund vom 20.11.1995 WuW/E VergAB 55 (Gepäckprüfanlagen); VK Bund vom 19.6.2000 – VK 2 – 10/00, 7; Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn. 11.

45) Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn. 11; Thieme, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn. 8.

46) Prieß, in Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß (Hrsg.), Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, S. 1.

47) VjA Bund vom 12.12.1994 WuW/E VergAB 38 (Kühlhäuser); VjA Bund vom 20.11.1995 WuW/E VergAB 49 (Gepäckprüfanlagen); Dreher, Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, in DB 1998, 2579, 2588; Eschenbruch, in Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 99 GWB Rn. 36.

48) Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn. 11; Prieß, in Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß (Hrsg.), Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, S. 52; Thieme, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn. 8.

49) So auch Thieme, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn. 8.

50) Vgl. auch Eschenbruch, in Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 99 GWB Rn. 36 f., der hervorhebt, dass es sinnvoll sei, wenn die Vergabestelle kritisch prüfe, ob es zweckmäßiger wäre, das Vergabeverfahren bereits auf der Ebene des Rahmenvertrages oder für jeden Einzelauftrag gesondert durchzuführen. Dabei müsse es eine sachliche Rechtfertigung für die Vorverlegung des Vergabeverfahrens auf die Ebene des Rahmenvertrages geben; vorzuziehen sei im Sinne des Wettbewerbs die Durchführung einzelner Vergabeverfahren bei jedem neuen Auftrag.

sen worden⁴⁶⁾. Überwiegend wird es denn auch für zulässig gehalten, das Modell der SKR auch auf Rahmenvereinbarungen in den übrigen Bereichen anzuwenden⁴⁷⁾. Dies wird v. a. damit begründet, dass eine Umgehung des Vergaberechts vermieden werden müsse, die dadurch drohe, dass eine Rahmenvereinbarung und – unter Berufung auf diese Rahmenvereinbarung – auch die späteren Einzelaufträge nicht ausgeschrieben werden⁴⁸⁾. Dem ist zuzustimmen. Grundsätzlich ist daher bereits bei der Erteilung von Rahmenaufträgen ein Vergabeverfahren durchzuführen, weil durch Rahmenverträge i. d. R. eine *Bindungswirkung* entsteht, aufgrund derer später nicht ohne weiteres von den Vorgaben des Rahmenvertrages abgewichen werden kann⁴⁹⁾.

Dies ist jedoch im vorliegenden Fall anders: Der Abschluss des Rahmenvertrages nach § 112 SGB V bewirkt *allein* noch *keine Bindung* im Sinne einer Auswahl, weil allein dadurch kein Krankenhaus zur Krankenhausbehandlung verpflichtet und berechtigt wird. Dies liegt daran, dass der gesamte Beschaffungsvorgang nicht nur zwei, sondern drei Stufen aufweist. Es ist, wie bereits festgestellt, nicht sinnvoll, auf der untersten Ebene, nämlich der Entstehung des einzelnen Abrechnungsverhältnisses, ein Vergabeverfahren durchzuführen. Um den Vorgaben der Transparenz und des Wettbewerbs gerecht zu werden, genügt es jedoch, wie auch der Wertung des Art. 5 Abs. 2 und 3 SKR zu entnehmen ist, dass auf irgendeiner der verschiedenen Stufen ein Vergabeverfahren stattfindet⁵⁰⁾. Die *Zulassung* ist derjenige Akt, aufgrund dessen für das einzelne Krankenhaus das Recht und die Pflicht zur Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten entsteht und die auch konstitutiv für das Entstehen der entsprechenden Vergütungsansprüche des Krankenhauses ist. Die Beschaffung im Sinne einer rechtlich bindenden *Auswahlentscheidung* liegt daher im Akt der Zulassung. Diese ist daher die zur Durchführung eines Vergabeverfahrens geeignete Ebene.

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich ebenfalls, dass auch die Vergütungsvereinbarungen auf den verschiedenen Ebenen nicht die vergaberechtlich entscheidenden Beschaffungsvorgänge sein können. Auch hier findet keine Auswahlentscheidung statt, und zwar auf keiner der drei Ebenen. Auf Bundes- und Landesebene verhält es sich ebenso wie mit den Verträgen nach § 112 SGB V: Hier werden übergreifende Regelungen getroffen, die für ein einzelnes Krankenhaus erst aufgrund der Zulassung verbindlich werden. Die Verhandlungen mit dem einzelnen Krankenhaus über Pflegesätze bzw. neuerdings die konkrete Höhe der Fallpauschalen werden auch erst geführt, wenn anhand der Zulassung die Auswahlentscheidung bereits gefallen ist (vgl. § 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V).

Die Auftragserteilung im vergaberechtlichen Sinne liegt daher in der Zulassung.