

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

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

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

Es muss daher im Folgenden untersucht werden, ob die verschiedenen Zulassungsakte entgeltliche Verträge und damit öffentliche Aufträge i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB sind.

(a) Versorgungsvertrag als entgeltlicher Vertrag?

Die Versorgungsverträge gemäß § 108 Nr. 3 SGB V sind, wie oben dargestellt, öffentlich-rechtliche Verträge. Es stellt sich die Frage, ob der Begriff des entgeltlichen Vertrages in § 99 Abs. 1 GWB öffentlich-rechtliche Verträge erfasst.

Aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 99 Abs. 2 GWB geht hervor, dass nach der Auffassung der Bundesregierung der Anwendungsbereich des Vergaberechts auf *privatrechtliche* Verträge beschränkt sein soll⁵¹). Öffentlich-rechtliche Verträge gemäß §§ 54 ff. VwVfG wären bei dieser Auslegung der Vorschrift von den Regeln des Vergaberechts ausgeschlossen. Eine solche einschränkende Auslegung ist jedoch gewichtigen Einwänden ausgesetzt. Im Gesetzeswortlaut findet sich keine Stütze dafür: er spricht ganz allgemein von „entgeltlichen“ Verträgen.

Die Begründung des Regierungsentwurfs stützt sich für die dargestellte Interpretation darauf, die „Legaldefinition der öffentlichen Aufträge beruh[e] auf der Definition der EG-Richtlinien. Danach [seien] öffentliche Aufträge privatrechtliche Verträge über die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt“⁵²). In der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie findet sich aber gerade kein Hinweis auf eine solche Einschränkung. Art. 1 Buchst. a DKR definiert als öffentliche Dienstleistungsaufträge die „zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“. Es erfolgt also keine Differenzierung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen⁵³). Dies ist ebenso konsequent wie bedeutsam, da das Gemeinschaftsrecht (anders als z. B. das deutsche Recht) auch im allgemeinen keinen Unterschied zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen kennt⁵⁴).

Dies wird auch durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-399/98⁵⁵) zu der im wesentlichen gleichlautenden Vorschrift des Art. 1 Buchst. a der Baukoordinierungsrichtlinie bestätigt. Der Gerichtshof hat ausdrücklich festgestellt, dass das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages der Anwendbarkeit des Vergaberechts *nicht* entgegen steht. Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen werden in mehreren Mitgliedstaaten *per definitionem* als verwaltungsrechtliche – und damit dem öffentlichen Recht unterliegende – Verträge qualifiziert⁵⁶). Behandelten die Richtlinien privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verträge tatsächlich unterschiedlich, so bliebe es dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber überlassen, durch eine Umqualifizierung von Rechtsverhältnissen den Anwendungsbereich der Richtlinien zu umgehen. Damit würde der *effet utile* der Vergaberichtlinien in Frage gestellt⁵⁷).

Im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck der DKR und der BKR, den Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu fördern⁵⁸), ist das vom EuGH gefundene Ergebnis auf die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu übertragen. Die Auslegung des EuGH gilt zwar nicht unmittelbar für das innerstaatliche Recht, in diesem Fall für § 99 GWB. Diese Vorschrift beruht aber auf Richtlinienrecht und ist daher autonom und damit richtlinienkonform auszulegen⁵⁹). Eine richtlinienkonforme Auslegung muss aber das Richtlinienrecht in der Form berücksichtigen, die es durch die Rechtsprechung des EuGH erhalten hat.

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

51) Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BT-Drucksache, 13/9349, 12, 15. Dieser Interpretation schließt sich an: OVG Lüneburg, NdsVBl. 1999, 285.

52) Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BT-Drucksache, 13/9349, 12, 15.

53) Ebenso Burgi, Der Verwaltungsvertrag im Vergaberecht, in NZBau 2002, 57, 60; Dreher, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn 7; Eschenbruch, in Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 99 GWB Rn 20.

54) Thieme, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn 4.

55) EuGH, Rs. C-399/98 (*Ordine degli Architetti di Milano e Lodi*), Slg. 2001, I-5409.

56) EuGH, Rs. C-399/98 (*Ordine degli Architetti di Milano e Lodi*), Slg. 2001, I-5409, Rn 73.

57) Ähnlich Byok, Das neue Vergaberecht, in NJW 1998, 2774, 2777; Pieper, Keine Flucht ins öffentliche Recht, in DVBl. 2000, 160, 163; Thieme, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn 4.

58) Vgl. die Begründungserwägungen der beiden Richtlinien, insbesondere Erwägungen 2, 3 BKR und Erwägungen 20, 22 DKR.

59) Vgl. Pieper, Keine Flucht ins öffentliche Recht, in DVBl. 2000, 160, 165.

Aus diesen Gründen ist die Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereiches auf privatrechtliche Verträge nicht haltbar. Der Begriff des entgeltlichen Vertrages in § 99 Abs. 1 GWB erfasst daher dem öffentlichen wie dem privaten Recht angehörende Verträge⁶⁰).

Der öffentlich-rechtliche Charakter der Versorgungsverträge steht also ihrer Einordnung als entgeltliche Verträge nicht entgegen, soweit das Kriterium der *Entgeltlichkeit* tatsächlich erfüllt ist. Dies ist hier der Fall: Die Krankenkassen (beim Vertragsschluss vertreten durch ihre Verbände) beschaffen sich dadurch Krankenhausleistungen, zu deren Erbringung sie nach §§ 27 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 5, 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V gegenüber ihren Versicherten verpflichtet sind. Die Krankenhäuser haben als Gegenleistung für die Erbringung dieser von den Krankenkassen „bestellten“ Leistungen einen Vergütungsanspruch, dessen Höhe sich aus den Vergütungsvereinbarungen ergibt, auf die § 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V verweist. Der öffentlich-rechtliche Charakter des Vertrages ergibt sich zwar aus der Übertragung einer staatlichen Aufgabe (nämlich der Gesundheitsfürsorge) auf einen Privaten (auf die Krankenhäuser⁶¹); aufgrund des Vertrages entsteht aber ein *synallagmatisches Verhältnis* zwischen den Leistungspflichten der Vertragsparteien, wie es ebenso im Privatrecht bestehen könnte. Wirtschaftlich und aus der Sicht der um die Vertragsbetten konkurrierenden Krankenhäuser handelt es sich um eine von den Krankenkassen nachgefragte Leistung⁶². Somit stellen die Versorgungsverträge entgeltliche Verträge und damit öffentliche Aufträge i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB dar.

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

Es darf nicht übersehen werden, dass nur ein sehr geringer Teil der Krankenhauszulassungen per Versorgungsvertrag stattfindet; die überwiegende Mehrzahl der Zulassungen ist als Feststellungsbescheid, durch den die Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes bewirkt wird, ausgestaltet, also als Verwaltungsakt. Verwaltungsakte fallen dem Wortlaut nach nicht unter die öffentlichen Aufträge i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB⁶³. Auf-

grund dieser formalen Qualifikation der Zulassung als Verwaltungsakt würde der Großteil der Leistungserbringung durch Krankenhäuser aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausfallen.

Es fragt sich auch hier, ob ein Mitgliedstaat durch bloße formale Qualifikation eines Rechtsverhältnisses dieses dem Anwendungsbereich von Regelungskomplexen entziehen kann, deren Anwendung nach gemeinschaftsrechtlicher Einschätzung geboten ist. Mit anderen Worten: Es erscheint höchst zweifelhaft, dass die Bundesrepublik Deutschland einen Beschaffungsakt, der ansonsten den Kriterien und Zielsetzungen des Vergaberechts entspricht, allein durch die Qualifikation als Verwaltungsakt den Anforderungen dieses Vergaberechts soll entziehen können.

Wie bereits dargestellt, fordert der EuGH in seinem – auf Dienstleistungsaufträge zu übertragenden – Urteil in der Rechtssache C-399/98 zu Art. 1 Buchst. a BKR eine Auslegung, die den *effet utile*, d. h. die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gewährleistet, „und zwar insbesondere dann, wenn [die zu beurteilenden] Fälle Besonderheiten aufweisen, die sich aus den auf sie anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften ergeben“⁶⁴. Die Vergaberichtlinien sollen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge beseitigen, um die betroffenen Märkte einem echten Wettbewerb zu öffnen. Dazu sollen die in den Richtlinien vorgesehenen Verfahren die gemeinschaftsweite Publizität beabsichtigter Auftragsvergaben gewährleisten und die Gefahr von Bevorzugungen durch die öffentliche Verwaltung ausschließen⁶⁵).

Diesen Zielen der Vergaberichtlinien entspricht aber nur ein *funktionaler* Auftragsbegriff, d. h. eine Definition des öffentlichen Auftrags, die ohne Rücksicht auf national besondere und verschiedene Qualifikationen einzelner Rechtsakte alle Beschaffungsvorgänge erfasst, durch die die öffentliche Hand Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen von Unternehmen erwirbt. Das bedeutet, dass für die Einordnung eines Vorgangs als öffentlicher Auftrag nicht die formale Qualifikation des Aktes durch die Mitgliedstaaten ausschlaggebend sein kann, sondern vielmehr nur dessen Funktion als Beschaffungsakt. Im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung des Vierten Teils des GWB ist dieses Ergebnis auf § 99 Abs. 1 GWB zu übertragen.

Entscheidend ist daher, ob der Feststellungsbescheid gemäß § 8 Abs. 1 Satz 3 KHG im Ergebnis zu einem Zustand führt, der einer Beschaffung durch entgeltlichen Vertrag, wie von § 99 Abs. 1 GWB vorgeschrieben, entspricht. Hier ist § 109 Abs. 1 Satz 2 SGB V entscheidend, der bestimmt, dass auch die Zulassungsakte gemäß § 108 Nr. 1 und 2 SGB V im Wege einer Fiktion als Abschluss eines Versorgungsvertrages gelten. Im Ergebnis entspricht der durch den Feststellungsbescheid geschaffene Zustand also dem, der durch den Abschluss eines Versorgungsvertrages entsteht und der bereits beschrieben wurde: Das Krankenhaus ist zur Behandlung der Versicherten verpflichtet, wird Vertragspartei der Rahmenverträge gemäß § 112 SGB V und erhält einen Vergütungsanspruch nach Maßgabe der in § 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V genannten Vereinbarungen. Dass es auf die konkrete Rechtsform der Zulassung hier nicht ankommen kann,

60) Ebenso *Burgi*, Der Verwaltungsvertrag im Vergaberecht, in NZBau 2002, 57, 62; *Byok*, Das neue Vergaberecht, in NJW 1998, 2774, 2777; *Dreher*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn 7; *Eschenbruch*, in Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 99 GWB Rn 20; *Pieper*, Keine Flucht ins öffentliche Recht, in DVBl. 2000, 160, 165; *Mrozynski*, Der Einfluss des Wettbewerbs- und Vergaberechts in Europa auf die Erbringung von Sozialleistungen, in Sozialer Fortschritt 1999, 221, 224; *Thieme*, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn 4.

61) Die Versorgungsverträge sind vergleichbar mit den Erschließungsverträgen, die der EuGH in dem oben erwähnten Urteil in der Rs. C-399/98 behandelt und auf die auch *Pieper*, Keine Flucht ins öffentliche Recht, in DVBl. 2000, 160, 163, Bezug nimmt.

62) So in Bezug auf die Erschließungsverträge *Pieper*, Keine Flucht ins öffentliche Recht, in DVBl. 2000, 160, 163.

63) Vgl. auch *Dreher*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn 3.

64) EuGH, Rs. C-399/98, (*Ordine degli Architetti di Milano e Lodi*), Slg. 2001, I-5409, Rn 52, 55.

65) EuGH, Rs. C-399/98, (*Ordine degli Architetti di Milano e Lodi*), Slg. 2001, I-5409, Rn 75.

wird schon dadurch deutlich, dass in einem Teil der Fälle die Form eines Verwaltungsvertrages, in einem anderen Teil die des Verwaltungsaktes gewählt wird. Die Art der Ausgestaltung ist austauschbar: Sie kann ebenso gut vertraglich wie auch als Verwaltungsakt vonstatten gehen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Tatsache, dass für den Abschluss eines Versorgungsvertrages dieselben Voraussetzungen erfüllt sein müssen wie für die Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes (Gewährleistung einer bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhausbehandlung, vgl. § 109 Abs. 3 Satz 1 SGB V, §§ 8, 6 Abs. 1 und 1 Abs. 1 KHG). Im Ergebnis besteht in beiden Fällen ein vertragliches Verhältnis zwischen dem Krankenhaus und den Krankenkassen. Auf dieses Ergebnis muss es allein ankommen: Die Funktion des Feststellungsbescheids ist es, eben diesen Vertragszustand herbeizuführen, d. h. einen öffentlichen Auftrag zu vergeben. Die Lage stellt sich also, ebenso wie bei den Versorgungsverträgen, als Umgehungsproblematik dar: Ein Rechtsverhältnis, das sich funktional als entgeltlicher Vertrag und damit als öffentlicher Auftrag i. S. des Vergaberechts darstellt, würde durch seine innerstaatliche Qualifikation dessen Anwendungsbereich entzogen. Der Zweck des Vergaberechts verlangt auch hier die Ausschreibung des Auftrags zur Sicherung der Transparenz und des Wettbewerbs auf dem Gebiet des Gesundheitswesens.

Zu beachten ist allerdings noch, dass es nicht die Krankenkassen selbst sind, die den feststellenden Verwaltungsakt erlassen, der die Zulassung eines Krankenhauses bewirkt, sondern die Bundesländer (in aller Regel vertreten durch das für das Gesundheitswesen jeweils zuständige Ministerium⁶⁶). Diese werden jedoch nicht selbst als Nachfrager auf dem Markt für stationäre Krankenhausleistungen tätig, sondern setzen durch die Einzelfeststellungen im Krankenhausplan hoheitlich Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Leistungserbringung durch die Anbieter erfolgen kann⁶⁷). Die Nachfrager sind, wie bereits dargestellt, die Krankenkassen. Dies ist aber in zweierlei Hinsicht unschädlich. Erstens ist das Verfahren, an dessen Ende der

einseitig hoheitliche Feststellungsbescheid der Länder steht, entscheidend durch die Mitwirkung der Beteiligten – darunter die Krankenhausverbände und die Verbände der Krankenkassen – und damit durch die Suche nach einem möglichst weitgehenden Konsens geprägt (vgl. § 7 Abs. 1 KHG). Im Vorfeld des Verwaltungsaktes sind also die auf dem betroffenen Markt tätigen Anbieter (Krankenhäuser) und Nachfrager (Krankenkassen) zur Mitsprache berechtigt⁶⁸). Und zweitens bewirkt der Bescheid, dass der bereits ausführlich besprochene vertragliche Zustand entsteht, auf den es letztlich allein ankommt. Diese vertraglichen Beziehungen bestehen, wie aus §§ 109 Abs. 4 sowie 112 Abs. 2 Satz 2 SGB V hervorgeht, zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern. Diese Inkongruenz zwischen der die Zulassung aussprechenden Behörde und den Nachfragern der Krankenhausleistungen erklärt sich daraus, dass die Gesundheitsfürsorge letztlich Aufgabe des Staates ist, der diese Aufgabe nicht ganz aus der Hand gibt und sich die letzte Kontrolle darüber vorbehält. Dies ändert also nichts an dem Ergebnis, dass auch die Zulassung durch Verwaltungsakt ein öffentlicher Auftrag i. S. des Vergaberechts ist.

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

Die Zulassung einer Hochschulklinik erfolgt durch Aufnahme der Hochschule in den Anhang eines Bundesgesetzes mittels einer Rechtsverordnung. Es wäre zunächst naheliegend, mit der Bundesregierung der Auffassung zu folgen, dass gesetzliche Akte keine entgeltlichen Verträge i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB sein können⁶⁹), so dass die Zulassung einer Hochschulklinik nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen würde. Überträgt man jedoch die für die Feststellungsbescheide geltende Argumentation konsequent auf gesetzliche Akte, so wird man hier wie dort von dem dargestellten *funktionalen* Auftragsbegriff ausgehen müssen, will man § 99 Abs. 1 GWB richtlinienkonform (und damit korrekt) auslegen und eine Umgehung der europäischen Vergaberegeln vermeiden. Auch hier muss man feststellen, dass die Aufnahme der Hochschule in das Hochschulverzeichnis aufgrund der Wirkung des § 109 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 SGB V zu einem vertraglichen Verhältnis zwischen dem Krankenhaus und den Krankenkassen führt. Im Hinblick darauf wäre es konsequent, auch die Zulassung der Hochschulkliniken funktional als Beschaffungsvorgang und damit als entgeltlichen Vertrag i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren.

Dennoch sprechen verschiedene Argumente gegen ein solches Ergebnis. Stellt man erstens – wie hier – für den Begriff der Beschaffung auf das Kriterium einer Auswahlentscheidung durch die beschaffende Stelle ab, so kommen für den Fall der Zulassung der Hochschulkliniken Zweifel am Vorliegen einer Beschaffung auf. Eine solche Auswahlentscheidung findet, anders als bei der Zulassung der übrigen Krankenhäuser, hier nicht statt. Eine Hochschulklinik wird allein aufgrund ihrer Errichtung als solche zur Krankenhausbehandlung der Versicherten zugelassen. Damit steht von vornherein fest, dass *jede* Hochschulklinik in Deutschland eine Zulassung erhält. Eine Auswahl in dem Sinne, dass von mehreren Bewerbern um einen Auftrag einige abgewiesen werden müssen, während andere eine Zusage

66) Vgl. dazu die in den wesentlichen Zügen übereinstimmenden Regelungen in den Krankenhausgesetzen der Bundesländer. In Nordrhein-Westfalen werden die Feststellungsbescheide durch die Bezirksregierungen erlassen.

67) *Koenig/Sander*, Kritische Anmerkungen zur Krankenhausbedarfsplanung aus der Sicht des EG-Wettbewerbsrechts, in *KHuR* 2001, 38, 42.

68) Dies geschieht z. B. in Nordrhein-Westfalen durch die sogenannten Planungskonferenzen. Gemäß § 16 Krankenhausgesetz NW (KHG NW) erarbeiten die Krankenhausträger gemeinsam und gleichberechtigt mit den Verbänden der Krankenkassen auf Regionalebene ein Planungskonzept zur Fortschreibung des Krankenhausplanes. Dieses Konzept wird dem zuständigen Ministerium vorgelegt, das eine rechtliche und inhaltliche Prüfung vornimmt. Änderungen durch das Ministerium sind nicht ohne vorherige Stellungnahmen der Krankenkassen und Krankenhäuser möglich. Auch die Fortschreibung des Krankenhausplans durch Schwerpunktsetzung gemäß § 15 KHG NW kann sowohl auf Antrag eines Krankenhausträgers als auch auf Anregung der Krankenkassenverbände sowie von Amts wegen erfolgen. Bevor der Krankenhausplan durch Feststellungsbescheid geändert werden kann, muss eine Erörterung durch den Landesausschuss stattfinden, dem nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 KHG NW sechs Vertreter (von 17 bzw. ggf. 19 Mitgliedern) der Krankenkassenverbände angehören.

69) Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BT-Drucksache, 13/9349, 12, 15. Ebenso *Dreher*, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn 3.

erhalten, erfolgt hier nicht. Ein zweiter Aspekt ist, dass die hier in Rede stehenden öffentlichen Auftraggeber, nämlich die Krankenkassen, an dem Prozess der Zulassung der Hochschulkliniken *nicht* beteiligt sind. Dies stellt wiederum einen entscheidenden Unterschied zur Zulassung von Plankrankenhäusern durch Feststellungsbescheid dar: Dort spielen die Krankenkassen im Vorfeld der Entscheidung durch die Landesbehörde eine wesentliche Rolle. Von einer Auftragserteilung durch die Krankenkassen oder in deren Namen kann hier – anders als dort – nicht ausgegangen werden. Drittens ist zu berücksichtigen, dass die Aufgabe der Hochschulkliniken in erster Linie ist, die medizinischen Fachbereiche der jeweiligen Hochschule bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in Forschung und Lehre zu unterstützen, und erst in zweiter Linie die Krankenversorgung, die bestmöglich mit Forschung und Lehre verbunden werden soll⁷⁰⁾. Die Hochschulkliniken dienen auch in besonders hohem Maße der Aus- und Weiterbildung von Studenten, Ärzten, anderen wissenschaftlichen Mitarbeitern und Angehörigen nichtärztlicher Heil- und Fachberufe⁷¹⁾. Ein entscheidender Aspekt ist die Verwirklichung der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG (Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre)⁷²⁾. Aufgabe der Hochschulkliniken ist, mehr als bei den sonstigen Krankenhäusern (in denen Forschung und Lehre lediglich als „Nebenprodukt“ der Patientenversorgung bzw. der technischen und medizinischen Weiterentwicklung der Krankenhausleistungen stattfindet), die Entwicklung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, für die auch gesonderte staatliche Zuschüsse vorgesehen sind⁷³⁾. Folge dieses Forschungsauftrages ist, dass an Hochschulkliniken Hochleistungsmedizin betrieben wird, so dass sie eine *Maximalversorgung* der Patienten anbieten können⁷⁴⁾, dies aber wiederum als „Nebenprodukt“ der medizinischen Forschung. Aus dieser anders gearteten Aufgabenstellung ergibt sich die rechtliche Sonderstellung der Hochschulkliniken gegenüber den sonstigen Krankenhäusern und infolgedessen auch die spezielle Art der Zulassung. Die Forschungs- und Ausbildungsaufgabe hat mit dem Auftrag der Krankenkassen nicht unmittelbar etwas zu tun; deshalb sind die Krankenkassen am Zulassungsprozess für die Hochschulkliniken nicht beteiligt. Daraus ergibt sich aber auch, dass die Zulas-

sung einer Hochschulklinik kein öffentlicher Auftrag der Krankenkassen ist, sondern vielmehr ein Forschungs-, Entwicklungs- und Lehrauftrag, den der Staat den Hochschulkliniken erteilt, nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar zum Zweck der Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen, indem nämlich die Untersuchungs- und Behandlungsmethoden optimiert und die Ausbildung und hinreichende Qualifikation des zur Versorgung erforderlichen Personals sichergestellt wird. Aus alledem folgt daher, dass die Zulassung einer Hochschulklinik durch Rechtsverordnung kein entgeltlicher Vertrag und damit kein öffentlicher Auftrag der Krankenkassen ist.

Zu beachten ist jedoch Folgendes: Sobald eine Hochschulklinik als solche errichtet und gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 HBFG i. V. m. § 108 Nr. 1 SGB V zugelassen ist, erfolgt die *Zuteilung der Betten*, die der Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten dienen, in derselben Weise wie bei den Plankrankenhäusern. Dies soll am Beispiel von Nordrhein-Westfalen erläutert werden: Gemäß § 13 Abs. 5 Satz 1 KHG NW sind die Hochschulkliniken „in die Krankenhausplanung einzubeziehen, soweit sie der allgemeinen Versorgung der Bevölkerung dienen. Die Festlegungen nach § 15 und § 16 werden, soweit sie durch Bescheid nach § 18 festgestellt sind, Bestandteil des Krankenhausplans. Die Aufgaben aus Forschung und Lehre sind zu berücksichtigen.“ Auch den Hochschulkliniken wird durch Feststellungsbescheid nach § 18 KHG NW die Fortschreibung des Krankenhausplanes und die Zahl der ihnen zugeteilten Planbetten mitgeteilt (vgl. § 15 Abs. 3, § 16 Abs. 6 und § 18 Abs. 1 Nr. 6 KHG NW). All dies geschieht nach demselben Verfahren wie bei den Plankrankenhäusern. Da hier der Versorgungsauftrag (und nicht der Auftrag der Forschung und Lehre) im Vordergrund steht, gelten für diese Feststellungsbescheide dieselben Grundsätze wie für die Zulassung der Plankrankenhäuser: Ein öffentlicher Auftrag i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB liegt dann vor.

(d) Bloße Verlängerung bestehender Krankenhauspläne bzw. Versorgungsverträge

Nach dem bisher Gesagten steht fest, dass die Neuaufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan sowie der Neuausschluss eines Versorgungsvertrages die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftrags erfüllen. Der größere Teil der Krankenhäuser wird jedoch bereits vor Einführung des neuen Vergaberechts in einen Krankenhausplan integriert oder Vertragspartei eines Versorgungsvertrages gewesen sein. Hierzu ist zunächst zu bemerken, dass bei diesen bestehenden Versorgungsaufträgen eine Beendigung mit anschließender Neuausschreibung nicht erforderlich ist, obwohl eine vergaberechtliche Ausschreibung dieser Aufträge ursprünglich nicht stattgefunden hat. Diese Bestandsicherheit für Altverträge entspricht der Rechtsprechung des EuGH⁷⁵⁾ und dem Prinzip der Rechtssicherheit als allgemeinem Prinzip des Gemeinschaftsrechts⁷⁶⁾.

Längerfristige Verträge sind grundsätzlich zulässig, denn sie können u. U. für den Auftraggeber die wirtschaftlich günstigste Variante darstellen. Davon geht auch das deutsche und europäische Vergaberecht aus, indem es Regeln für die Berechnung des Auftragswertes bei längerfristigen Verträgen vorsieht⁷⁷⁾. Dies wird am vorliegenden Beispiel auch hinreichend deutlich, denn

70) Vgl. z. B. § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Errichtung des Klinikums Aachen der Technischen Hochschule Aachen (Universitätsklinikum Aachen) als Anstalt des öffentlichen Rechts vom 1.12.2000, erlassen aufgrund des § 41 Abs. 1, 2 und 4 des Landeshochschulgesetzes NW vom 14.3.2000 (GV. NRW 2000, 190).

71) *Grünenwald/Wettstein-Grünenwald*, Krankenhaus-Finanzierungsrecht, H 60, 2 (Stand: 1999).

72) Vgl. z. B. § 2 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung über die Errichtung des Universitätsklinikums Aachen, Fußnote 70.

73) *Grünenwald/Wettstein-Grünenwald*, Krankenhaus-Finanzierungsrecht, W 70, 1 (Stand: 1997).

74) Specke, Gesundheitsmarkt 2001, Daten – Fakten – Akteure, Starnberg 2001, 437 f.

75) EuGH, Rs. C-76/97 (*Tögel*), EuZW 1998, 660, Rn 48 ff.

76) Vgl. z. B. EuGH, Rs. 33/76 (*Rewe*), Slg. 1976, 1989, Rn 5; *Prieß*, in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, 47.

77) *Prieß*, in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, 46 f.; *Thieme*, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn 10.

die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen ist von ihrer Natur aus eine auf Kontinuität angelegte Aufgabe.

Für die Verlängerung und Änderung solcher langfristiger Aufträge gelten dieselben Regeln: Es kommt stets darauf an, ob sich der Vorgang wirtschaftlich als Abschluss eines neuen Vertrages darstellt oder ob der wesentliche Inhalt der vertraglichen Leistungsbeziehungen bestehen bleibt, so dass lediglich von der Fortsetzung einer bisherigen Vertragsbeziehung auszugehen ist. Nur wenn aufgrund des Umfangs und der Wirkungen der Änderungen materiell ein Neuabschluss vorliegt, ist das Vergaberecht anzuwenden⁷⁸⁾. Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die Bestätigung des Verbleibens eines Krankenhauses im Krankenhausplan ohne Änderung des Versorgungsauftrages sowie die Verlängerung eines bestehenden Versorgungsvertrages bei gleichbleibender Bettenzahl keine Neuaufträge sind, so dass kein Vergabeverfahren erforderlich wird. Ändert sich jedoch für ein bereits in den Krankenhausplan aufgenommenes Krankenhaus der Versorgungsauftrag bzw. wird ein bestehender Versorgungsvertrag bei veränderter, insbesondere erhöhter Bettenzahl verlängert, so stellt sich dies als neue Auftragsvergabe dar.

cc) Zwischenergebnis

Die Zulassung von Krankenhäusern durch Feststellungsbescheid und Versorgungsvertrag sowie die Zuweisung von Plan- und Vertragsbetten an Hochschulkliniken unterliegen grundsätzlich dem umgesetzten EG-Vergaberecht, soweit die Schwellenwerte überschritten sind.

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

Für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen gelten die auf EG-Recht beruhenden Vergaberegeln ab einem Auftragswert von 200.000 Euro (§ 2 Nr. 3 VgV). Im Jahr 2000 betrug die bundesweiten Gesamtausgaben für die Krankenhausbehandlung 61,094 Milliarden Euro; 57 % dieser Ausgaben trug die gesetzliche Krankenversicherung, das sind für die Krankenhausleistungen 34,824 Milliarden Euro⁷⁹⁾. Bei diesen Volumina ist es ohne weiteres vorstellbar, dass ein Versorgungsauftrag für eines der ca. 2250 deutschen Krankenhäuser, der sich über ein oder mehrere Jahre hinweg erstreckt, einen Auftragswert von 200.000 Euro erreichen oder überschreiten kann.

4. Ergebnisse zu Punkt II.

Die Anwendbarkeit des Vierten Teils des GWB auf die Leistungserbringung im Gesundheitswesen wird nicht *a priori* von § 69 SGB V ausgeschlossen. Die Krankenkassen stellen öffent-

liche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB dar. Der vergaberechtlich relevante Vorgang bei der Beschaffung von Krankenhausleistungen durch die Krankenkassen ist die Krankenhauszulassung. Die Zulassung von Krankenhäusern durch Feststellungsbescheid und Versorgungsvertrag ist als öffentlicher Dienstleistungsauftrag i. S. d. § 99 Abs. 1 und 4 GWB zu qualifizieren. Die Zulassung einer Hochschulklinik durch Aufnahme der Hochschule in das Hochschulverzeichnis im Anhang des HFBG erfüllt die Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 und 4 GWB jedoch nicht. Die Zuweisung von Plan- und Vertragsbetten an Hochschulkliniken durch Feststellungsbescheid oder Versorgungsvertrag erfüllt hingegen diese Voraussetzungen. Bei zahlreichen Krankenhauszulassungen dürften die EG-Schwellenwerte überschritten und damit der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet sein.

III. Auswirkungen der Anwendbarkeit des Vergaberechts

Soweit der Anwendungsbereich des umgesetzten EG-Vergaberechts für eine Krankenhauszulassung eröffnet ist, sind auf den Zulassungsvorgang die Vorschriften des Vierten Teils des GWB, der Vergabeverordnung und des 2. Abschnitts der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A)⁸⁰⁾ zu beachten. Die Darstellung der möglicherweise weitreichenden und zahlreichen Konsequenzen, die dies mit sich bringen kann, würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Es soll daher nur kurz das statthafte Vergabeverfahren bestimmt werden.

Gemäß § 101 Abs. 1 GWB hat die Vergabe öffentlicher Aufträge im Wege von offenen, nicht offenen oder Verhandlungsverfahren stattzufinden. Offene Verfahren sind Verfahren, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 101 Abs. 2 GWB); bei nicht offenen Verfahren wird öffentlich zur Teilnahme, aus dem Bewerberkreis sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert (§ 101 Abs. 3 GWB); bei Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 101 Abs. 4 GWB). Gemäß § 101 Abs. 5 Satz 1 GWB ist grundsätzlich das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, es greifen bestimmte, in den Verdingungsordnungen abschließend normierte Ausnahmetatbestände.

Charakteristikum des *offenen Verfahrens* ist v. a. die europaweite Ausschreibung des Auftrages: Die Aufforderung zur Angebotsabgabe muss unter Beachtung bestimmter formaler und inhaltlicher Vorgaben in (nationalen) Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften sowie im Amtsblatt der EG bekannt gegeben werden⁸¹⁾.

Bei Dienstleistungsaufträgen kann ein *nicht offenes Verfahren* anstelle eines offenen Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen⁸²⁾ durchgeführt werden. Das nicht offene Verfahren ist gemäß § 3 Nr. 3 Buchst. a VOL/A zulässig, „wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, be-

78) Dreher, in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, GWB § 99 Rn 16; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 99 GWB Rn 33; Prieß, in Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, 48 f.; Thieme, in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 99 GWB Rn 9, 11, 12.

79) Quelle: Statistisches Bundesamt.

80) § 4 Abs. 1 Satz 1 der aktuellen Fassung der VgV (siehe Fußnote 2) verweist statisch auf den 2. Abschnitt der VOL/A in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.8.2000 (BAnz. Nr. 200a vom 24.10.2000).

81) §§ 17 Nr. 1 Abs. 1, 17a Nr. 1 Abs. 1, 3a Nr. 1 Abs. 3 Satz 1 VOL/A.

82) §§ 3a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1, 3 Nr. 1 Abs. 4 und Nr. 3 VOL/A.

sonders, wenn außergewöhnliche Fachkunde oder Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit erforderlich ist“, oder gemäß § 3 Nr. 3 Buchst. b VOL/A, wenn das offene Verfahren „für den Auftraggeber oder die Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde“. Im Bereich der Leistungserbringung durch Krankenhäuser dürften häufig die Voraussetzungen des Buchst. a erfüllt sein: An die Krankenhausbehandlung ist in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Anforderung zu stellen, dass sie kurzfristig und patientennah zur Verfügung steht. Eine regionale Versorgung steht daher im Vordergrund, so dass „die Leistung nach ihrer Eigenart“ nur von ortsnahen Leistungserbringern „in geeigneter Weise ausgeführt werden kann“ und nur sie die erforderliche „Leistungsfähigkeit“ aufweisen. Das bedeutet, dass eine europaweite Ausschreibung im offenen Verfahren unzweckmäßig wäre (und damit gleichzeitig unverhältnismäßigen Aufwand i. S. d. Buchst. b verursachen würde), da es in den allermeisten Fällen von vornherein ausgeschlossen ist, dass beispielsweise ein portugiesisches Krankenhaus Aufgaben der Grundversorgung im Rhein-Sieg-Kreis in geeigneter Weise wahrnehmen kann. Da es umgekehrt aber durchaus sinnvoll sein kann, dass im Aachener Raum auch belgische, im badischen Raum elsässische oder im Bad Reichenhaller Raum österreichische Krankenhäuser die Möglichkeit bekommen, deutsche Patienten zu behandeln, wäre das nicht offene Verfahren mit seinem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb⁸³⁾ für grenznahe Regionen sehr geeignet, um ortsnahe Krankenhäuser auch aus angrenzenden Mitgliedstaaten in die Versorgung der Versicherten einzubeziehen. Der Auftraggeber hat auch im nicht offenen Verfahren die beabsichtigte Auftragsvergabe in der oben beschriebenen Weise bekannt zu machen, wobei die Bekanntmachung in diesem Falle die Aufforderung, Teilnahmeanträge zu stellen, enthält⁸⁴⁾. Aus dem Kreis der

die Teilnahme beantragenden Unternehmen kann der öffentliche Auftraggeber eine begrenzte Anzahl zur Angebotsabgabe auffordern. Dies werden im Bereich der Grundversorgung i. d. R. regionale Anbieter sein⁸⁵⁾. Im Bereich der Spitzenversorgung mit Angeboten der Hochleistungsmedizin ist es hingegen auch denkbar, Krankenhäuser europaweit einzubeziehen, soweit Leistungen nicht notwendig ortsnah erbracht werden müssen; in diesem Fall kann ein offenes Verfahren erforderlich werden.

Unter engeren Voraussetzungen kann in bestimmten Konstellationen ausnahmsweise ein *Verhandlungsverfahren* zulässig sein⁸⁶⁾. In aller Regel dürfte die Beschaffung von Krankenhausleistungen durch die Krankenkassen diese Anforderungen nicht erfüllen. Sollte dies ausnahmsweise der Fall sein, so hätte es zur Folge, dass sich der Auftraggeber an Leistungserbringer seiner Wahl wenden und mit einem oder mehreren dieser Leistungserbringer über die Auftragsvergabe verhandeln könnte, ohne dass ein förmliches Verfahren durchgeführt werden müsste⁸⁷⁾.

Abschließend wäre zu bemerken, dass es gewiss nicht sinnvoll wäre, das bestehende Zulassungssystem abzuschaffen und an seiner Stelle Vergabeverfahren durchzuführen. Das gegenwärtige System hat über viele Jahrzehnte hinweg sinnvolle, speziell auf die Bedürfnisse der Krankenhausversorgung abgestimmte Zulassungskriterien entwickelt, z.B. das Erfordernis der „bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhausbehandlung“ (in § 109 Abs. 2 Satz 2 SGB V) und das Kriterium der Beachtung der Vielfalt der Krankenhausträger (z. B. in § 109 Abs. 2 Satz 2 SGB V und in § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG). Auch die allgemeinen Vorschriften zur Sicherung der Qualität der Leistungserbringung enthalten solche Vorgaben, z. B. die Kriterien der Qualität, Humanität und Wirtschaftlichkeit in § 70 Abs. 1 und 2 SGB V. Der Einhaltung dieser Vorgaben und der adäquaten Berücksichtigung der vorhandenen Leistungserbringer dient das gegenwärtige System, das sehr stark auf den Konsens der Beteiligten abstellt. Es wäre daher sinnvoll, dieses System so weiterzuentwickeln und anzupassen, dass es in Einklang mit den vergaberechtlichen Vorschriften gebracht wird. Unerlässlich ist dabei vor allem, dass das nach wie vor national konzipierte und nach außen abgeschottete deutsche Gesundheitssystem für den europäischen Binnenmarkt geöffnet wird, so dass die Diskriminierung der Krankenhausträger in anderen EG-Mitgliedstaaten ein Ende hat.

(Schluss)

83) Der Teilnahmewettbewerb ist beim nicht offenen Verfahren obligatorisch, § 3a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A.

84) § 3a Nr. 1 Abs. 3 Satz 2 VOL/A.

85) Zu beachten ist allerdings § 7 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOL/A, wonach der Wettbewerb nicht von vornherein auf Bewerber, die in bestimmten Bezirken ansässig sind, beschränkt werden darf. Dies dient v. a. der Sicherstellung der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Bewerbern, vgl. § 7 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A.

86) § 3a Nr. 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 und Nr. 2 VOL/A.

87) Vgl. § 3a Nr. 1 Abs. 1 Satz 2, § 3 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A.