

Die Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentliche Auftraggeber im Sinne des europäischen Vergaberechts

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M., Daniela Klahn und Kristina Schreiber

Die Einordnung der Krankenkassen als Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung als „öffentliche Auftraggeber“ i. S. d. europäischen Vergaberechts wurde in der jüngeren Vergangenheit gerichtlich zuweilen in Frage gestellt. Mit seinem Vorlagebeschluss vom 23.5.2007 ersucht das OLG Düsseldorf derzeit den Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EG um Klärung dieser Frage. Am 6.9.2007 wurden die Schlussanträge des Generalanwaltes Colomer in der Rs. C-337/06 in einem hinsichtlich der entscheidenden Fragestellung vergleichbaren Vorlageverfahren veröffentlicht. Dieser bejaht eine überwiegend öffentliche Finanzierung der Rundfunkanstalten i. S. d. europäischen Vergaberechts (§98 Nr. 2 GWB), auch wenn diese – ebenso wie die Krankenkassen – sich unmittelbar aus Gebühren bzw. Beiträgen finanzieren, selbige jedoch gesetzlich verpflichtend abgeführt werden müssen. In diesem aktuellen Kontext wird vorliegend herausgearbeitet, dass Krankenkassen öffentliche Auftraggeber i. S. d. europäischen Vergaberechts sind.

I. Bedeutung des Vergaberechts für Tätigkeiten von Krankenkassen als Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung

Vergaberechtliche Strukturen haben im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) an Bedeutung gewonnen, seit der Gesetzgeber mit dem Ziel einer Verbesserung von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung verstärkt ein wettbewerbsorientiertes Ordnungsmodell für das Leistungserbringungsrecht anstrebt. Zum einen sollen die Krankenkassen untereinander mit bestimmten Versorgungsangeboten im Wettbewerb um Versicherte konkurrieren. Zu diesem Zweck vereinbaren sie mit ausgewählten Leistungserbringern auf einzelvertraglicher Ebene Versorgungsverträge für ihre Versicherten.



Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn sowie Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn.



Kristina Schreiber promoviert bei Prof. Koenig am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI)



Daniela Klahn promoviert bei Prof. Koenig am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI)

Dadurch entsteht zum anderen ein Qualitäts- und Preiswettbewerb der Leistungserbringer um den Abschluss dieser Verträge mit den Kostenträgern.¹ An die Stelle des Systems der Zulassung, in dem nach Erlass des entsprechenden Verwaltungsaktes der jeweilige Leistungserbringer ohne weiteres zur Versorgung aller gesetzlich Krankenversicherten berechtigt war (Kollektivvertragssystem)², tritt die selektivvertragliche Vergabe von Versorgungsaufträgen.

Eine derartige selektivvertragliche Vergabe von Versorgungsaufträgen birgt die Gefahr der Intransparenz ebenso wie die der Berücksichtigung anderer als wirtschaftlicher Überlegungen bei der Vergabe dieser Aufträge, wenn das europäische Vergaberecht nicht beachtet wird. Die Krankenkassen sind jedoch bei der Vergabe von Aufträgen an Leistungserbringer an die Vorgaben des europäischen Vergaberechts gebunden. Zum einen sind die §§ 97 ff. GWB auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern anwendbar (dazu unter II.), zum anderen ist der persönliche Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts eröffnet (dazu unter III.).

II. Anwendbarkeit der §§97 ff. GWB auf Beziehungen der Krankenkassen zu Leistungserbringern

Fraglich ist zunächst, ob die §§97 ff. GWB auf die Rechtsbeziehungen zwischen Kostenträgern der gesetzlichen Krankenversicherung und Leistungserbringern der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. sonstigen Marktteilnehmern überhaupt anwendbar sind.

¹ Vgl. §73b Abs. 4 SGB V (hausarztzentrierte Versorgung), §73c Abs. 3 SGB V (besondere ambulante Versorgung), §§ 126 Abs. 1, 127 SGB V (Hilfsmittelversorgung), § 129 Abs. 5b SGB V (Apotheken in besonderen Versorgungsformen).

² Vgl. § 124 Abs. 1,2 SGB V (Heilmittelversorgung).

1. Kein Ausschluss der Anwendbarkeit nach § 100 Abs. 2 GWB

§ 100 Abs. 2 GWB enthält einen Katalog von abschließenden Bereichsausnahmen³, wonach bestimmte Aufträge von der Anwendung der vergaberechtlichen Vorgaben freigestellt sind. Eine solche Freistellung wurde für die Tätigkeit von Krankenkassen nicht vorgesehen.

2. Kein Ausschluss der Anwendbarkeit durch § 69 SGB V

Gemäß § 69 S. 1 SGB V regeln die §§ 69–140h SGB V (viertes Kapitel) sowie die §§ 63, 64 SGB V abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apothekern und sonstigen Leistungserbringern. Seit kurzem normiert § 69 S. 2 SGB V darüber hinaus eine „entsprechende“ Anwendung der §§ 19–21 GWB für die Verträge, zu deren Abschluss die Krankenkassen nicht aufgrund gesetzlicher Anordnung verpflichtet sind. Der Gesetzgeber bezweckte mit der Änderung des § 69 S. 1 SGB V durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000⁴ den generellen Ausschluss der Anwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts auf die Handlungen der Krankenkassen. Ob dieses gesetzgeberische Motiv Niederschlag im Gesetzestext gefunden hat, war seit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neufassung umstritten. Nach der aktuellen Neuregelung in § 69 S. 2 SGB V durch das GKV-WSG⁵ zum 1.4.2007 kann daran umso mehr gezweifelt werden. Selbst wenn man dies aber unterstellt, sind von diesem Ausschluss nach mittlerweile herrschender Meinung nur die kartellrechtlichen Vorschriften des GWB betroffen, nicht jedoch die vergaberechtlichen Bestimmungen der §§ 97 ff. GWB. Die Wortwahl der Begründung des Gesetzesentwurfes, die Entstehungsgeschichte und die im Zuge der Neufassung des § 69 SGB V vorgenommenen Änderungen in § 51 SGG sowie in §§ 87, 96 GWB lassen gleichermaßen den Willen des Gesetzgebers erkennen, nur die Anwendung der *kartellrechtlichen* Vorschriften des GWB auszuschließen, nicht jedoch die der vergaberechtlichen. So führt der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung aus: *„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.“*⁶ Mit dieser Formulierung wird ausdrücklich und ausschließlich auf die Einordnung der Krankenkassen als „Unternehmen im Sinne des Privatrechts“ Bezug genommen. Dieser Unternehmensbegriff ist zentraler Anknüpfungspunkt für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs der kartell-

rechtlichen Vorschriften, während das Vergaberecht demgegenüber auf die Einordnung als „öffentlicher Auftraggeber“ abstellt. Die Regelung des § 69 SGB V schließt daher die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht a priori aus. Die Vorschrift normiert also keine allgemeine Unanwendbarkeit des GWB insgesamt.

Vor allem ist zu bedenken, dass der deutsche Gesetzgeber eine solche allgemeine Unanwendbarkeit des Vergaberechts gem. §§ 97 ff. GWB auf die Leistungsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen auch gar nicht normieren könnte: Das im GWB verankerte Vergaberecht beruht auf der nationalen Umsetzung europäischen Gemeinschaftsrechts.⁷ Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vor jedweden nationalen Recht muss eine Einschränkung des Anwendungsbereiches durch nationales Recht – ohne dass in den Richtlinien selbst eine entsprechende Befugnis enthalten ist – ausscheiden.

III. Persönlicher Anwendungsbereich: Krankenkassen als „öffentliche Auftraggeber“ nach §§ 97 Abs. 1, 98 Nr. 2 GWB

Der persönliche Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet, wenn die Krankenkassen „öffentliche Auftraggeber“ gem. §§ 97 Abs. 1, 98 Nr. 2 GWB sind.

„Öffentliche Auftraggeber“ sind gem. § 98 Nr. 2 GWB *„andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.“*

Diese Definition entspricht im Wesentlichen jener des Art. 1 Abs. 9 u. Abs. 2 Vergabekoordinationsrichtlinie 2004/18/EG⁸, in dessen Umsetzung § 98 Nr. 2 GWB ergangen ist. Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ ist in der gesamten Europäischen Gemeinschaft autonom und einheitlich auszulegen.⁹ Dieser Begriff ist im Lichte der doppelten Zielsetzung einer Öffnung für den Wettbewerb und einer Erhöhung der Transparenz von Vergabeentscheidungen der öffentlichen Hand, die mit der RL 2004/18/EG verfolgt wird, sowohl funktionell als auch weit auszulegen.¹⁰ Der Zweck

³ Vgl. nur BT-Drs. 13/9340, S. 15; Dreher in Immenga/Mestmäcker (Hg.), GWB, 3. Aufl. 2001, § 100, Rn. 5; Wagner in Langen/Bunte (Hg.), Kommentar zum deutschen und Europäischen Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, § 100, Rn. 19.

⁴ Gesetz vom 22.12.1999, BGBl. I 1999, 2626.

⁵ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26.3.2007, BGBl. I 2007, 378.

⁶ BT-Drucksache 14/1245, S. 68 zu Nr. 29. Für diese Interpretation spricht auch die Gesetzgebungshistorie, vgl. die Übersicht über die Entstehungsgeschichte bei Engelmann, NZS 2000, 213 ff. sowie Schmidt in Immenga/Mestmäcker (Hg.), GWB, 3. Aufl. 2001, § 87, Rn. 35, jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung von BGH, GemSOGB, BSG.

⁷ Vgl. Vergabekoordinationsrichtlinie 2004/18/EG, ABl. EG Nr. L 134 vom 30.4.2004, S. 114 ff., sowie die Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG.

⁸ ABl. EG Nr. L 134 vom 30.4.2004, 114 ff.; im Folgenden: RL 2004/18/EG.

⁹ Siehe nur EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-283/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, S. I-1697, Rn. 79, zu dem Begriff „im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art“; Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, Bayerischer Rundfunk u.a./GEWA, Rn. 66.

¹⁰ In ständiger Rechtsprechung bereits zu den Vorgängerrichtlinien EuGH, Urteil vom 20.9.1988, Rs. 31/87, Beenjes, Slg. 1988, S. 4635, Rn. 11; EuGH, Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96, Gemeinde Arnhem, Slg. 1998, S. I-6821, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 17.9.1998, Rs. C-323/96, Kommission/

des europäischen Vergaberechts ist dabei zu berücksichtigen, der darin besteht, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu bannen. Die Möglichkeit, dass eine vom Staat finanzierte und kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, soll zudem ausgeschlossen werden.¹¹

Öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB ist damit eine juristische Person (dazu unter 1.), die zu dem Zweck der Wahrnehmung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art gegründet wurde (dazu unter 2.) und die dabei eng mit Stellen i.S.d. § 98 Nr. 1 und Nr. 3 GWB verbunden ist (dazu unter 3.). Diese drei Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein.¹²

1. Rechtspersönlichkeit:

Juristische Person des öffentlichen oder des privaten Rechts
Gem. § 4 Abs. 1 SGB V sind Krankenkassen rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung und damit juristische Personen des öffentlichen Rechts gem. § 98 Nr. 2 GWB mit eigener Rechtspersönlichkeit.¹³

2. Besondere Zwecksetzung:

Wahrnehmung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art

Zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs müssen Krankenkassen zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, a) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben b) nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

a) Allgemeininteresse

Für die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen eine juristische Person zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrzunehmen, finden sich weder im Gemeinschaftsrecht, noch im nationalen Recht gesetzlich normierte Vorgaben. Nach überwiegender Ansicht liegen Aufgaben „im Allgemeininteresse“, wenn die Aufgaben zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und zum anderen die Erfüllung dieser Aufgaben der Wahrnehmung der Belange des Staates dient und damit im Ergebnis Aufgaben betroffen sind, welche der Staat entweder selbst

erfüllen will oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.¹⁴

Nach § 1 S.1 SGB V hat die „Krankenversicherung als Solidargemeinschaft (...) die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern“. § 1 S.3 SGB V verpflichtet die Krankenkassen, den Versicherten durch Aufklärung, Beratung und Leistungen zu helfen, ihrer Mitverantwortung für die eigene Gesundheit gerecht zu werden (vgl. § 1 S.2 SGB V) und auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken. Gem. § 2 Abs. 1 SGB V haben die Krankenkassen den Versicherten die entsprechenden Leistungen zur Verfügung zu stellen.

Dieser den Krankenkassen als Solidargemeinschaft obliegende Schutz der Gesundheit der Bevölkerung stellt eine zentrale Grundaufgabe des Staates dar. Dieser Grundaufgabe ist der Gesetzgeber durch die Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung nachgekommen.¹⁵ Die den Krankenkassen als Solidargemeinschaft obliegenden Aufgaben des Gesundheitsschutzes dienen den Belangen des Staates und liegen somit im Allgemeininteresse.¹⁶

b) Nichtgewerblicher Art

Ebenfalls weder im Gemeinschaftsrecht noch im deutschen Recht definiert ist, wann es sich um eine Aufgabe „nichtgewerblicher Art“ handelt. Nach überwiegender Ansicht wird eine Aufgabe nichtgewerblich i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB ausgeübt, wenn die Wahrnehmung der Aufgabe nicht primär der Gewinnerzielung dient, nicht nachfragebezogen ausgeübt wird und keinem wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist.¹⁷ Dieses Merkmal muss teleologisch und mit Rücksicht auf seinen Ursprung in Art. 1 Abs. 9 UAbs. 2 RL 2004/18/EG ausgelegt werden. Der europäische Richtlinienggeber wollte solche Auftraggeber von der Anwendung des Vergaberechts befreien, die wie jeder private Wirtschaftsteilnehmer dem Wettbewerb auf dem Markt ausgesetzt sind und sich entsprechend verhalten (können). Hier wäre der Schutz durch das

Belgien, Slg. 1998, S. I-5063, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 1.2.2001, Rs. C-237/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, S. I-939, Rn. 41-43; EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Universale-Bau u.a., Slg. 2002, S. I-11617, Rn. 51-53; EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, S. I-1931, Rn. 41-43; EuGH, Urteil vom 15.5.2003, Rs. C-214/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, S. I-4667, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-283/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, S. I-11697, Rn. 73.

11 EuGH, Urteil vom 3.10.2000, Rs. C-380/98, The Queen/H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, Slg. 2000, S. I-8035, Rn. 17; EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Universale-Bau u.a., Slg. 2002, S. I-11617, Rn. 52; EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, S. I-1931, Rn. 42.

12 Siehe nur EuGH, Urteil vom 15.1.1998, Rs. C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG u.a., Slg. 1998, S. I-73, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96, Gemeinde Arnhem, Slg. 1998, S. I-6821, Rn. 29.

13 Vgl. auch § 29 SGB IV.

14 Siehe nur EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, S. I-1931, Rn. 50; EuGH, Urteil vom 22.5.2003, Rs. C-18/01, Arkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy u.a., Slg. 2003, S. I-5321, Rn. 47; EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-283/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, S. I-11697, Rn. 80; BKartA, 1. Vergabekammer, Beschluss vom 9.5.2007, Az.: 1-26/07, B.I.1.a) aa); BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004, Az.: Verg 6/04, NZBau 2004, 623 (624).

15 BVerfG, NJW 1985, 1385 (1386); NVwZ 2005, 572 (573).

16 Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06, II.1.a); BKartA, 1. Vergabekammer, Beschluss vom 9.5.2007, Az.: 1-26/07, B.I.1.a) aa); Heßhaus, VergabeR 2007, Sonderheft 2a, 333 (336); Kaeding, PharmR 2007, 239 (241); Kingreen, SGB 2004, 659 (662); Koenig/Busch, NZS 2003, 461 (463); Koenig/Klahn, VSSR 2005, 183 (189); Koenig/Steiner, ZESAR 2003, 98 (100); Wollenschläger, NZBau 2004, 655 (657).

17 Siehe nur BKartA, 1. Vergabekammer, Beschluss vom 9.5.2007, Az.: 1-26/07, B.I.1.a) aa); vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung des EuGH nur Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-283/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, S. I-11697, Rn. 81; zu der Voraussetzung „nicht nachfragebezogen“ EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, S. I-1931, Rn. 50; zu der Problematik, ob der Auftraggeber Wettbewerb ausgesetzt ist EuGH, Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96, Gemeinde Arnhem, Slg. 1998, S. I-6821, Rn. 49; EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, S. I-1931, Rn. 60.

Vergaberecht unnötig, weil ein wirksamer Wettbewerb diesen bereits gewährleistet und die Gefahr der unsachgemäßen Bevorzugung einheimischer Bewerber bei der Auftragsvergabe daher nicht gegeben ist.¹⁸ Zudem bietet in diesen Fällen das Kartell- und Wettbewerbsrecht hinreichenden Schutz für den Auftraggeber und seine potenziellen Vertragspartner.

Die Krankenkassen als Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung erfüllen die ihnen obliegende Aufgabe des Gesundheitsschutzes als Solidargemeinschaft ohne Gewinnerzielungsabsicht. Die Leistungen und sonstigen Ausgaben der Krankenkassen werden gem. § 3 SGB V solidarisch durch die Beiträge ihrer Mitglieder finanziert. Die §§ 4 Abs. 4, 12 Abs. 1 SGB V verpflichten die Krankenkassen, bei der Durchführung ihrer Aufgaben sparsam und wirtschaftlich zu verfahren, so dass Beitragssatzerhöhungen möglichst ausgeschlossen werden. Die Beitragshöhe hat sich nach § 220 Abs. 1 SGB V an den im Haushaltsplan vorgesehenen Ausgaben des jeweiligen Kostenträgers zu orientieren; übersteigen die Beiträge die Ausgaben, so sind sie gem. § 220 Abs. 3 SGB V durch Satzungsänderung zu ermäßigen. Mit Wirkung zum 1.1.2009 wird gem. §§ 220 Abs. 1, 241 Abs. 2 SGB V sogar ein allgemeiner, d. h. für alle Krankenkassen zunächst einheitlicher Beitragssatz festgelegt, und zwar durch Rechtsverordnung der Bundesregierung. Damit wird das Prinzip der solidarischen Beitragsfinanzierung zunächst noch weiter verstärkt. Wenn der Finanzbedarf der Krankenkasse jedoch im Laufe der Zeit anders nicht gedeckt werden kann, ist diese verpflichtet, einen sog. „kassenindividuellen Zusatzbeitrag“ zu erheben. Dieser Zusatzbeitrag soll dem Willen des Gesetzgebers zufolge ein Wettbewerbsinstrument darstellen und die Krankenkassen zur Wirtschaftlichkeit anhalten: Wirtschaftlich und effektiv arbeitende Krankenkassen werden dann nämlich einen erwirtschafteten Überschuss an ihre Versicherten wieder ausschütten können. Dieser Wettbewerb der Kassen *untereinander* (um Mitglieder)¹⁹ ist aber von dem Wettbewerbsbegriff, der als negatives Tatbestandsmerkmal in der Formulierung „nichtgewerblicher Art“ des § 98 Nr. 2 GWB enthalten ist, zu unterscheiden. Die Krankenkassen nehmen jedenfalls dann nicht wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer am Wettbewerb teil, wenn es um die Beschaffung von Leistungen geht, die sie kraft gesetzlicher Anordnung gegenüber ihren Versicherten erbringen müssen (gesetzlicher Leistungskatalog, vgl. § 11 SGB V). Gleichermaßen gesetzlich determiniert sind die Krankenkassen im Hinblick auf den Kontrahierungszwang mit gem. § 5 SGB V versicherungspflichtigen Personen. Jeden, der sich gem. § 5 SGB V in der GKV zu versichern hat und eine bestimmte Krankenkasse gewählt hat, muss diejenige Krankenkasse auch als Versicherten aufnehmen. Es findet insofern keine Risikoselektion statt. Aus diesem Grund ist

auch eine Nachfragebezogenheit des Handelns der Krankenkassen bei der Beschaffungstätigkeit zu verneinen: Sie handeln im Hinblick auf die Erbringung der erforderlichen Gesundheitsleistungen für ihre Versicherten und erfüllen so eine Aufgabe staatlicher Fürsorge. Auf die konkrete Nachfrage, der die Krankenkasse ausgesetzt ist, hat sie keinen Einfluss, daher hat sie auch keinen Einfluss auf die Nachfrage, die sie selbst in Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben am Markt stellt. Anders ist dies dann zu beurteilen, wenn die Krankenkasse bestimmte Leistungen nicht zwingend zur Verfügung stellen muss, bzw. nicht in einer bestimmten Art und Weise durch Vertragsschluss gem. § 2 Abs. 2 S. 3 SGB V²⁰. Dies kann der Fall sein, wenn die Krankenkasse bestimmte Anforderungen an ihre Vertragspartner stellt oder einem bestimmten Kreis von Versicherten eine zusätzliche Leistung anbieten möchte oder die Krankenkasse ihre Leistungen in einer anderen Struktur erbringen lassen will, z. B. im Rahmen einer sog. „besonderen Versorgungsform“.

Diesbezüglich hat der Gesetzgeber in der jüngeren Vergangenheit auch verschiedene Wettbewerbselemente im Verhältnis der Krankenkassen zueinander vorgesehen, so dass die Krankenkassen *untereinander* punktuell einem regulierten Wettbewerb ausgesetzt sind. Zu beachten ist die Möglichkeit der Einführung von Wahlтарifen gem. § 53 SGB V sowie die Gestaltungsmöglichkeiten auf Leistungserbringungs- und Leistungsseite, durch welche die Krankenkassen z. B. im Rahmen der integrierten Versorgung (§§ 140a ff. SGB V) in die Lage versetzt werden, ihre Marktstellung auch durch die Auswahl der Leistungserbringer zu beeinflussen.²¹

Von einem wirksamem Wettbewerb, der gegen eine Einordnung der von den Krankenkassen erfüllten Aufgabe als „nichtgewerblich“ sprechen könnte, kann allgemein jedoch nicht ausgegangen werden. Deutlich zeigt sich dieser fehlende wirksame Wettbewerb bisher auch anhand des Risikostrukturausgleichs gem. § 266 SGB V: Finanzielle Auswirkungen aufgrund von Unterschieden in der Höhe der eingenommenen Beiträge zwischen den verschiedenen Krankenkassen werden jährlich ausgeglichen. Darüber hinaus werden zwischen den Krankenkassen die Kosten für besonders aufwändige Leistungsfälle nach §§ 265, 269 SGB V ausgeglichen. Nach § 265a SGB V können finanzielle Hilfen in besonderen Notlagen gewährt werden. Es ist jedoch gerade kennzeichnend für eine Tätigkeit unter normalen Marktbedingungen, dass jede Einrichtung die mit ihrer jeweiligen Tätigkeit verbundenen Risiken, insbesondere das Verlust- und Ausfallrisiko, trägt.²² Der vom Vergaberecht bezweckte Schutz wird somit in diesem Bereich nicht bereits durch einen wirk-

18 Vgl. Dreher in Immenga/Mestmäcker (Hg.), GWB, 3. Aufl. 2001, § 98, Rn. 38; Kingreen, SGB 2004, 659 (662); Koenig/Steiner, ZESAR 2003, 98 (100); Wagner in Langen/Bunte (Hg.), Kommentar zum deutschen und Europäischen Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, § 98, Rn. 27.

19 Die Umgestaltung der Krankenkassen zu Wahlkrankenkassen hat einen durch Wahlrechte gem. §§ 173 ff. SGB V gesteuerten Mitgliederwettbewerb initiiert.

20 In diesen Fällen sind gem. § 69 S. 2 SGB V dementsprechend auch die §§ 19–21 GWB anwendbar.

21 Siehe Kaeding, PharmR 2007, 239 (241 f.); Kingreen, SGB 2004, 659 (662 f.).

22 Vgl. EuGH, Urteil vom 10.5.2001, verb. Rs. C-233/99 und C-260/99, Agorà Srl und Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C., Slg. 2001, S. I-3605, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 22.5.2003, Rs. C-18/01, Arkkitehtuuri-toimisto Riitta Korhonen Oy u. a., Slg. 2003, S. I-5321, Rn. 51; EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-283/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, S. I-11697, Rn. 82, 91.

samen Wettbewerb gewährleistet. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist der den Krankenkassen obliegende Gesundheitsschutz als Aufgabe nichtgewerblicher Art zu qualifizieren.²³

Dieses Ergebnis wird durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zu der Frage, ob Krankenkassen „Unternehmen“ i.S.d. Artt. 81 ff. EG sind, unterstützt. Sowohl in seinem „Festbetrags-Urteil“²⁴, als auch in seinem „FENIN-Urteil“²⁵ hat der EuGH die Unternehmereigenschaft von Krankenkassen bzw. Kassenverbänden i.S.d. Artt. 81 ff. EG verneint. Begründet hat er dies im Kern mit dem von Krankenkassen verfolgten sozialen Zweck und dem Solidaritätsgrundsatz. Ausschlaggebend ist die vom EuGH befürwortete Gesamtbetrachtung: Die Festsetzung von Festbeträgen könne nicht von dem rein sozialen Zweck der Krankenkassen getrennt werden.²⁶ Dies bestätigte der Gerichtshof in seinem „FENIN-Urteil“, wonach die Einrichtungen, die das spanische Gesundheitssystem verwalten, nach dem Solidaritätsgrundsatz funktionierten und diese somit bei der Verwaltung des Gesundheitssystems nicht als Unternehmen handelten.²⁷ Wenn aber dem EuGH zufolge der vorgelagerte Beschaffungsmarkt nicht von dem nachgelagerten Markt der Versorgung der Versicherten getrennt werden kann, sämtliche Tätigkeiten der Krankenkassen dem sozialen Zweck dienen und aus dem Prinzip der Solidargemeinschaft gespeist sind, werden die Krankenkassen auch bei ihren Tätigkeiten auf dem vorgelagerten Beschaffungsmarkt nur zu sozialen Zwecken tätig. Die von Krankenkassen erfüllten Aufgaben sind dann insgesamt als nichtgewerblich zu qualifizieren.²⁸

3. Staatsgebundenheit: Überwiegende Finanzierung, Aufsicht über die Leitung oder Bestimmung der Mitglieder der Geschäftsführung bzw. der Aufsichtsorgane

Schließlich müssten Krankenkassen vom Staat beeinflusst sein und dadurch die erforderliche Staatsgebundenheit aufweisen. Dies ist gem. § 98 Nr. 2 GWB der Fall, wenn „*Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.*“ In europarechtskonformer Auslegung²⁹ ist entscheidend, dass eine enge Verbindung der Einrichtung mit dem Staat,

Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtung des öffentlichen Rechts besteht.³⁰

a) Überwiegende Finanzierung

Krankenkassen könnten nach § 98 Nr. 2 GWB durch „Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, (...) durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanziert werden“.

Nach § 220 Abs. 1 S.1 SGB V erfolgt die Finanzierung der Krankenkassen durch „Beiträge und sonstige Einnahmen“. Eine überwiegende direkte (unmittelbare) Finanzierung durch vom Bund geleistete Beiträge³¹ kommt nicht Betracht.³²

Allerdings könnte eine indirekte (mittelbare) Finanzierung der Krankenkassen durch den Staat gegeben sein. §§ 5, 223 SGB V, §§ 22, 28i SGB IV verpflichten – von wenigen Ausnahmen abgesehen – zur Mitgliedschaft in und Beitragszahlung an eine Krankenkasse der GKV, durch die diese Krankenkasse gem. § 220 Abs. 1 S.1 SGB V finanziert wird. Die Finanzierung der Krankenkassen basiert somit auf einer gesetzlich angeordneten Zwangsmitgliedschaft. Der Gesetzgeber und damit der Staat als Stelle i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB regelt hoheitlich die Finanzierung der Krankenkassen. Zwar finanziert er sie nicht durch direkte Zahlungen. Der Beitragsfluss der Versicherten an die Krankenkassen beruht jedoch auf der gesetzlichen Regelung. Darüber hinaus ist auch die Höhe der Beiträge durch den Gesetzgeber reglementiert. Zwar können die Krankenkassen die Höhe der Beiträge zunächst selbst bestimmen. Bei dieser Bestimmung müssen sie sich jedoch in dem von § 220 SGB V vorgegebenen zwingenden Rahmen halten, der durch ein Genehmigungserfordernis gem. §§ 194 Abs. 1 Nr. 4, 195 Abs. 1 SGB V abgesichert wird.³³

Fraglich ist, ob eine solche mittelbare (indirekte) Finanzierung zu der notwendigen Staatsgebundenheit führt. Diese Frage hat das OLG Düsseldorf dem EuGH mit Beschluss vom 23.5.2007 zur Vorabentscheidung nach Art. 234 EG vorgelegt und in der Begründung bejaht.³⁴

23 So im Ergebnis u.a. auch BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004, Az.: Verg 6/04, NZBau 2004, 623 (624); BKartA, 1. Vergabekammer, Beschluss vom 9.5.2007, Az.: 1-26/07, B.I.1.a) aa); Heßhaus, VergabeR 2007, Sonderheft 2a, 333 (337); Kaeding, PharmR 2007, 239 (242); Koenig/Steiner, ZESAR 2003, 98 (101).

24 EuGH, Urteil vom 16.3.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Slg. 2004, S. I-2493.

25 EuGH, Urteil vom 11.7.2006, Rs. C-205/03 P, FENIN.

26 EuGH, Urteil vom 16.3.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Slg. 2004, S. I-2493, insbesondere Rn. 63.

27 EuGH, Urteil vom 11.7.2006, Rs. C-205/03 P, FENIN, Rn. 8.

28 Ähnlich auch BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004, Az.: Verg 6/04, NZBau 2004, 623 (624); Kingreen, SGB 2004, 659 (662).

29 Siehe bereits oben unter III.

30 EuGH, Urteil vom 15.1.1998, Rs. C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG u.a., Slg. 1998, S. I-73, Rn. 20; EuGH, Urteil vom 3.10.2000, Rs. C-380/98, The Queen/H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, Slg. 2000, S. I-8035, Rn. 20; EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, S. I-1931, Rn. 34.

31 Z.B. § 251 Abs. 4 SGB V, wonach der Bund die Beiträge für Wehrdienst- und Zivildienstleistende und versicherungspflichtige Bezieher von Arbeitslosengeld II trägt.

32 In diesem Punkt kann im Ergebnis den Ausführungen des BayObLG, Beschluss vom 24.5.2007, Az.: Verg 6/04, NZBau 2004, 623 (624), gefolgt werden. Eine Finanzierung ist „überwiegend“, wenn sie 50 Prozent übersteigt, siehe EuGH, Urteil vom 3.10.2000, Rs. C-380/98, The Queen/H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, Slg. 2000, S. I-8035, Rn. 27 ff., insbesondere Rn. 30.

33 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06, II.1.b) aa); Wollenschläger, NZBau 2004, 655 (659). Die maßgeblichen Ausgaben sind ebenfalls nicht frei von den Krankenkassen beeinflussbar, da der Leistungsumfang gesetzlich bestimmt ist; darüber hinaus findet u.a. ein Ausgleich gem. § 266 SGB V statt, vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06, II.1.b) aa). Ab dem 1.1.2009 wird der Beitrag für alle Krankenkassen einheitlich zentral durch Rechtsverordnung der Bundesregierung vorgegeben, vgl. § 241 Abs. 2 n.F.: „Die Bundesregierung legt nach Auswertung der Ergebnisse eines beim Bundesversicherungsamt zu bildenden Schätzerkreises durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates erstmalig bis zum 1. November 2008 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 den allgemeinen Beitragssatz [...] fest.“

34 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06.

Darüber hinaus hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 21.7.2006 dem EuGH nach Art. 234 EG u. a. die Frage vorgelegt, ob die staatlich vorgeschriebene Gebührenzahlung durch diejenigen, die Rundfunkgeräte bereithalten, zu der erforderlichen Staatsgebundenheit der Rundfunkanstalten durch eine „überwiegende Finanzierung“ führt. Auch in diesem Bereich findet eine mittelbare (indirekte) Finanzierung der Rundfunkanstalten statt, die mit den Regelungen zur Finanzierung der Krankenkassen vergleichbar ist. Denn die Pflicht zur Zahlung der Gebühren, wenn ein Rundfunkgerät vorgehalten wird, resultiert unmittelbar aus den Rundfunkstaatsverträgen, ebenso wie die Pflicht zur Zahlung der Beiträge an Krankenkassen bei Versicherungspflichtigkeit unmittelbar aus §§ 5, 223 SGB V, §§ 22, 28i SGB IV folgt. Unterschiedlich geregelt ist lediglich die Bestimmung der Höhe der Gebühren bzw. Beiträge: Während die Höhe der Rundfunkgebühren konkret in dem Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag bestimmt ist, bestimmen die Krankenkassen die Höhe der Beiträge selbst. Allerdings sind sie dabei, wie bereits erläutert, durch die gesetzlichen Vorgaben beschränkt. Zudem erfolgt ab 1.1.2009 eine für alle Krankenkassen bindende Beitragsfestsetzung durch Rechtsverordnung. Generalanwalt Colomer schlägt dem EuGH in seinen Schlussanträgen in dieser Rechtssache vom 6.9.2007 vor, dass eine indirekte Finanzierung von Einrichtungen durch eine staatlich vorgeschriebene Gebührenzahlung zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechtes ausreicht.³⁵

Zum Teil wird eine mittelbare (indirekte) Finanzierung jedoch für nicht ausreichend erachtet, um die erforderliche Staatsgebundenheit zu begründen. Denn die Mittel zur Finanzierung der Krankenkassen stammten nicht direkt aus einer staatlichen Quelle. Für die Bejahung einer „überwiegenden Finanzierung“ sei jedoch ein direktes Kausalverhältnis erforderlich.³⁶

Allerdings ist § 98 Nr. 2 GWB im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vergaberechtsfreundlich weit auszulegen.³⁷ § 98 Nr. 2 GWB verlangt eine überwiegende Finanzierung durch Beteiligung oder *auf sonstige Weise* und öffnet sich dadurch für eine Auslegung, die dem Gemeinschaftsrecht zu praktischer Wirksamkeit („effet utile“) verhilft.

Nach dem Zweck des in Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben normierten § 98 Nr. 2 GWB sollen alle Einrichtungen erfasst werden, die sich aus öffentlichen Mitteln finanzieren und dabei nicht den Gesetzen des Marktes unterliegen. Denn bei Vergabeentscheidungen dieser

Einrichtungen besteht die Gefahr, dass der Auftraggeber bei der Auswahl der Auftragnehmer vergabefremde Überlegungen zugrunde legt.³⁸

Vor diesem Hintergrund kann es nicht ausschlaggebend sein, ob der Staat zunächst die Beiträge einzieht und dann an die Krankenkassen weiterleitet, oder aber ob er durch Gesetz die Krankenkassen zur Erhebung der Beiträge ermächtigt.³⁹ Die Finanzierung der Krankenkassen ist durch Gesetz abgesichert. Der Staat hat selbst die Grundlage für die Zahlung der Beiträge und damit die Finanzierung der Krankenkassen geschaffen und es liegt in seiner Verantwortung, diese aufrecht zu erhalten.⁴⁰

Sowohl der Betrieb als auch die Existenz der Krankenkassen ist damit von den gesetzlichen Regelungen und somit dem Staat abhängig. Diese Abhängigkeit ist „höchster Ausdruck der Staatsunterworfenheit“⁴¹ und begründet die zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs erforderliche Staatsgebundenheit.

Darüber hinaus enthält Art. 1 Abs. 9 UAbs. 2 RL 2004/18/EG dem Wortlaut nach keine Einschränkung der Finanzierungsarten.⁴² Ebenso ist dem Wortlaut des § 98 Nr. 2 GWB, nach dem eine Finanzierung „durch Beteiligung oder *auf sonstige Weise*“ erforderlich ist, keine Einschränkung beispielsweise auf direkte Finanzierungsarten zu entnehmen.

Der EuGH hat das Ausreichen einer *mittelbaren* staatlichen Kontrolle bejaht.⁴³ Auch wenn dies eine andere Alternative zur Herstellung der notwendigen Staatsgebundenheit betrifft, könnte dies für das Ausreichen auch einer mittelbaren staatlichen Finanzierung sprechen.⁴⁴

Schließlich ist eine Eröffnung des Anwendungsbereichs mit Blick auf den Schutzzweck des Vergaberechtes erforderlich. Krankenkassen sind die mit ihrer Tätigkeit verbundenen (finanziellen) Risiken durch gesetzliche Regelungen weitestgehend genommen, jedenfalls wirkt sich die Realisierung eines finanziellen Risikos grundlegend anders aus, als dies bei einem privaten Wirtschaftsteilnehmer der Fall wäre;

38 Siehe nur EuGH, Urteil vom 3.10.2000, Rs. C-380/98, *The Queen/H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, Slg. 2000, S. I-8035, Rn. 17; BKartA, 1. Vergabekammer, Beschluss vom 9.5.2007, Az.: 1-26/07, B.I.1.a) bb).

39 Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, *Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA*, Rn. 53 in Bezug auf Rundfunkgebühren; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.7.2006, Az.: VII-Verg 13/06, in Bezug auf Rundfunkgebühren; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06, II.1.b) aa); BKartA, 1. Vergabekammer, Beschluss vom 9.5.2007, Az.: 1-26/07, B.I.1.a) bb); Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 31.8.2006, Az.: VK 28/2006 L, II.1.; Boldt, NJW 2005, 3757 (3759); Kaeding, PharmR 2007, 239 (243); Kaltenborn, VSSR 2006, 357 (363); Rixen, GesR 2006, 49 (52); im Ergebnis auch Bundesversicherungsamt, Rundschreiben vom 22.08.2007, Az.: 16-1140-973/2007.

40 Siehe in Bezug auf Rundfunkgebühren Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, *Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA*, Rn. 53.

41 In Bezug auf Rundfunkanstalten Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, *Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA*, Rn. 47.

42 Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, *Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA*, Rn. 54.

43 EuGH, Urteil vom 17.12.1998, Rs. C-306/97, *Connemara Machine Turf*, Slg. 1998, S. I-8761, Rn. 34.

44 Siehe Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, *Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA*, Rn. 55.

35 Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, *Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA*, Rn. 72.

36 Vergabekammer des Landes Brandenburg, Beschluss vom 23.7.2007, Az.: 1 VK 26/07, II. (durch Beschluss des OLG Brandenburg vom 16.8.2007, Az.: Verg W 13/07, wurde jedoch die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg angeordnet); Dreher, NZBau 2005, 297 (302); Heßhaus, VergabeR 2007, Sonderheft 2a, 333 (338); ähnlich Kingreen, SGB 2004, 659 (663); Sträter/Natz, PharmR 2007, 7 (12); implizit auch BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004, Az.: Verg 6/04, NZBau 2004, 623 (624).

37 Siehe oben unter III.

den Gesetzen des Marktes unterliegen sie insofern nicht. Gerade in der Konstellation durch Gesetz gesicherter Einnahmen besteht die Gefahr, dass die Krankenkassen sich bei der Auswahl der Auftragnehmer auch von anderen als wirtschaftlichen Interessen leiten lassen.⁴⁵ Dann aber muss für sie der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet sein.⁴⁶

Tatsächlich ist ferner davon auszugehen, dass die Finanzierung der Krankenkassen zu über fünfzig Prozent durch Beiträge erfolgt, so dass auch eine „überwiegende“ Finanzierung vorliegt.⁴⁷

Die Krankenkassen sind schließlich unabhängig von der Entrichtung der konkreten Beiträge zur Leistungserbringung verpflichtet: Ihre Pflicht ist der Gesundheitsschutz ihrer Versicherten und nicht die Erbringung einer Gegenleistung für die tatsächliche Entrichtung der Beiträge (vgl. §§ 1, 2 Abs. 1 SGB V). Die von den Krankenkassen erbrachten Leistungen sind somit keine spezifischen Gegenleistungen, die nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁸ eine „überwiegende staatliche Finanzierung“ ausschließen würden.⁴⁹ Die Krankenkassen handeln eben nicht nachfragebezogen.

Nicht erforderlich ist, dass die Finanzierung zu einem direkten Einfluss des Staates bei der Vergabe der öffentlichen Aufträge führt.⁵⁰

Krankenkassen werden somit überwiegend vom Staat als Stelle i. S. d. § 98 Nr. 1 GWB finanziert und sind damit gem. § 98 Nr. 2 GWB „öffentliche Auftraggeber“. Der persönliche Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet.

b) Staatliche Aufsicht

Darüber hinaus könnten Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, über die Leitung der Krankenkassen die Aufsicht i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB ausüben. Dieses Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, wenn die Aufsicht eine solch enge Verbindung mit der öffentlichen Hand schafft, dass Entscheidungen der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge beeinflusst werden können.⁵¹ Nicht ausreichend sind nur nachprüfende Kontrollen, da diese keine a priori-Beeinflussung der Entscheidungs-

gen der betreffenden Einrichtung durch die öffentliche Hand ermöglichen.⁵²

Die Kostenträger der GKV sind gem. § 4 Abs. 1 SGB V Selbstverwaltungskörperschaften. Allerdings ist ihnen, wie das BVerfG zutreffend ausführt, „Selbstverwaltung im Sinne eines Freiraums für eigenverantwortliches Handeln nur in außerordentlich bescheidenem Umfang eingeräumt“⁵³. Die Krankenkassen unterstehen zunächst nämlich nach § 87 Abs. 1 SGB IV der staatlichen Aufsicht, die sich auf die „Beachtung von Gesetz und sonstigem Recht“ erstreckt. Zwar ist fraglich, ob eine reine Rechtsaufsicht zu einer ausreichend engen Verbindung und damit zur Staatsgebundenheit führt.⁵⁴ Die Rechtsaufsicht nach § 87 Abs. 1 SGB IV im Gesundheitswesen wird jedoch durch verschiedene Besonderheiten charakterisiert und durch weitergehendere Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörde ergänzt.

Gem. § 89 Abs. 1 SGB IV kann die Einhaltung der Rechtsvorschriften – auch mit Blick in die Zukunft – durch Verwaltungszwang sichergestellt werden.⁵⁵ Krankenkassen haben der Aufsichtsbehörde gem. § 88 Abs. 2 SGB IV „alle Unterlagen vorzulegen und alle Auskünfte zu erteilen, die zur Ausübung des Aufsichtsrechts auf Grund pflichtgemäßer Prüfung der Aufsichtsbehörde gefordert werden“. Darüber hinaus ist die Aufsicht nach § 87 Abs. 1 SGB IV in diesem Bereich geprägt durch die Notwendigkeit, eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe zu konkretisieren. Insofern bestehen bereits im Rahmen der Aufsicht nach § 87 Abs. 1 SGB IV weitgehende Einflussmöglichkeiten für die Aufsichtsbehörde.⁵⁶

Auf den Gebieten der Prävention in der gesetzlichen Unfallversicherung umfasst die Aufsicht gem. § 87 Abs. 2 SGB IV sogar auch den Umfang und die Zweckmäßigkeit der Maßnahmen. Darüber hinaus bestehen eine Reihe weiterer Weisungs- und Mitwirkungsrechte der staatlichen Aufsicht. Beispielsweise bedürfen Satzungsänderungen und damit auch die Bestimmung des Beitragssatzes der Genehmigung der Aufsichtsbehörden.⁵⁷ Nach Maßgabe des § 274 SGB V unterliegen die Krankenkassen einer Prüfung der Geschäfts-, Rechnungs- und Betriebsführung. Es bestehen Mitwirkungsverbote der Aufsichtsbehörden bei Vermögensanlagen der Krankenkassen nach § 85 Abs. 1 SGB IV. Schließlich können die Aufsichtsbehörden in Ausnahmefällen auch operative Ge-

45 Abstellend auf die staatliche Sicherung der Einnahmen für Rundfunkanstalten Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA, Rn. 63 f.

46 Andernfalls bestünde darüber hinaus die Gefahr einer „Flucht aus dem Vergaberecht“, indem Einrichtungen nicht mehr unmittelbar vom Staat finanziert würden, sondern per Gesetz zum Einzug der benötigten Mittel ermächtigt würden und nur eine schwache Aufsicht installiert würde, vgl. Rixen, GesR 2006, 49 (52).

47 So OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06. Zu dem Erfordernis von über 50% siehe EuGH, Urteil vom 3.10.2000, Rs. C-380/98, The Queen/H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, Slg. 2000, S. I-8035, Rn. 27 ff., insbesondere Rn. 30.

48 EuGH, Urteil vom 3.10.2000, Rs. C-380/98, The Queen/H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, Slg. 2000, S. I-8035, Rn. 21.

49 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06, II.1.b) aa); Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA, Rn. 56 ff., in Bezug auf Rundfunkgebühren.

50 Generalanwalt Colomer, Schlussanträge vom 6.9.2007, Rs. C-337/06, Bayerischer Rundfunk u. a./GEWA, Rn. 41.

51 EuGH, Urteil vom 1.2.2001, Rs. C-237/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, S. I-939, Rn. 48.

52 EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, S. I-1931, Rn. 70 f.

53 BVerfG, NVwZ 2005, 572 (574).

54 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06, II.1.b) bb) (1). Aus diesem Grund eine Aufsicht ablehnend BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004, Az.: Verg 6/04, NZBau 2004, 623 (625).

55 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06, II.1.b) bb) (1).

56 Kaltenborn, VSSR 2006, 357 (363).

57 §§ 194, 195 SGB V.

schäfte der Krankenkassen übernehmen (§§ 37, 89 Abs. 3 SGB IV).

In der Gesamtschau kann die Aufsichtsbehörde nach überschlüssiger Prüfung gestaltend auf die Tätigkeiten der Krankenkassen einwirken und deren Entscheidungen beeinflussen.⁵⁸ Zutreffend hat das BVerfG ausgeführt: „Die staatliche Regelungsdichte ist derart hoch, dass den Sozialversicherungsträgern eine eigenverantwortliche Gestaltung des Satzungs-, Organisations-, Beitrags- und Leistungsrechts weitgehend verwehrt ist.“⁵⁹ Die Gesamtheit der Eingriffsbefugnisse begründet damit eine solch enge Verbindung der Krankenkassen zum Staat, dass auch unter diesem Gesichtspunkt die zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs notwendige Staatsgebundenheit vorliegt.⁶⁰

c) Anhang III der Vergabekoordinationsrichtlinie 2004/18/EG

Für dieses Ergebnis spricht, zumindest mit (erheblicher) Indizwirkung,⁶¹ schließlich Anhang III der RL 2004/18/EG. Gem. Art. 1 Abs. 9 UAbs. 3 der Richtlinie enthält Anhang III ein nicht erschöpfendes Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, welche die Kriterien des Art. 1 Abs. 9 UAbs. 2 der Richtlinie erfüllen. Art. 1 Abs. 9 UAbs. 2 findet in § 98 Nr. 2 GWB seine Umsetzung. In Anhang III der RL 2004/18/EG finden sich unter „III. Deutschland“, Punkt 1.1

als Klammerzusatz zu „Sozialversicherungen“ auch die Krankenkassen.

IV. Ergebnis

Die Krankenkassen als Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung sind „öffentliche Auftraggeber“ i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB. Als juristische Personen des öffentlichen Rechts erfüllen sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art. Die notwendige Staatsgebundenheit ergibt sich zum einen aus einer überwiegenden Finanzierung durch den Staat, zum anderen aus einer Staatsaufsicht über die Leitung der Krankenkassen. § 69 SGB V schließt die Anwendbarkeit des europäischen Vergaberechts auf Beziehungen von Krankenkassen zu Leistungserbringern im Rahmen der GKV nicht aus. Ob sich die Krankenkassen bei der Vergabe von Versorgungsaufträgen nach den Vorgaben des europäischen Vergaberechts richten müssen, hängt somit ausschließlich davon ab, ob im Einzelfall der sachliche Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB eröffnet ist. Dies ist beispielsweise bei Rabattverträgen gem. § 130a Abs. 8 SGB V der Fall, da diese als öffentliche Aufträge gem. § 99 Abs. 1 GWB einzuordnen sind und die erforderlichen Schwellenwerte gem. § 100 Abs. 1 GWB erreicht werden.⁶²

⁵⁸ Vgl. Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 31.8.2006, Az.: VK 28/2006 L, II.1.; ausführlich Wollenschläger, NZBau 2004, 655 (660).

⁵⁹ BVerfG, NVwZ 2005, 572 (574).

⁶⁰ So im Ergebnis auch Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 31.8.2006, Az.: VK 28/2006 L, II.1.; Amelung/Kießling, MPR 2007, 85 (86); Kaeding, PharmR 2007, 239 (243); Kaltenborn, VSSR 2006, 357 (363); Koenig/Busch, NZS 2003, 461 (463); Koenig/Klahn, VSSR 2005, 183 (189); Koenig/Steiner, ZESAR 2003, 98 (100); Sträter/Natz, PharmR 2007, 7 (12); in der Tendenz auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007, Az.: VII-Verg 50/06, II.1.b) bb); a.A. BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004, Az.: Verg 6/04, NZBau 2004, 623 (625); Vergabekammer des Landes Brandenburg, Beschluss vom 23.7.2007, Az.: 1 VK 26/07, II. (durch Beschluss des OLG Brandenburg vom 16.8.2007, Az.: Verg W 13/07, wurde jedoch die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg angeordnet); Heßhaus, VergabeR 2007, Sonderheft 2a, 333 (340).

⁶¹ Nach dem EuGH muss in jedem Einzelfall die rechtliche und tatsächliche Situation einer Einrichtung überprüft werden, wenn sie nicht in diesem Anhang aufgeführt ist, EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, S. I-1931, Rn. 44. Dies spricht für eine untergeordnete Rolle einer Einzelfallprüfung, wenn die Einrichtung im Anhang aufgeführt ist. Für eine erhebliche Indizwirkung auch BKartA, 1. Vergabekammer, Beschluss vom 5.9.2001, Az.: VK 2-126/03, II.1.a); Amelung/Kießling, MPR 2007, 85 (86); Koenig/Busch, NZS 2003, 461 (463); Rixen, GesR 2006, 49 (52f.).

⁶² Siehe hierzu Koenig/Klahn/Schreiber, „Die Ausschreibungspflichtigkeit von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V nach den Vorgaben des europäischen Vergaberechts“, GesR 2007, im Erscheinen.