

2. Kapitel: Zulassungsrecht

Neben den vertraglichen Beziehungen ist das Leistungserbringungsverhältnis im Wesentlichen durch das Zulassungsrecht (§§ 108-110 SGB V) geprägt. Dabei spielt die Verteilungsgerechtigkeit eine entscheidende Rolle.

A. Zugelassene Krankenhäuser

Krankenhäuser sind Einrichtungen, die die Kriterien des § 107 Abs. 1 SGB V erfüllen. § 107 Abs. 1 SGB V definiert erstmals den Krankenhausbegriff im Sozialgesetzbuch und knüpft damit an die Definition des Krankenhauses in § 2 Nr. 1 KHG an, die maßgebend für die Aufnahme in den Krankenhausplan gem. §§ 6, 8 KHG ist.²²⁹ Die Ansätze in § 2 Nr. 1 KHG werden jedoch durch die zusätzliche Aufstellung organisatorischer und fachlicher Voraussetzungen konkretisiert.²³⁰ Die Abgrenzung zu Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen (§ 107 Abs. 2 SGB V) ist erforderlich, weil beide Arten von Einrichtungen hinsichtlich ihrer Zulassung zur stationären Versorgung der Versicherten, Finanzierung und der Vergütung ihrer Leistungen Unterschiede aufweisen. Krankenhäuser werden durch den Zweck der Einrichtung (§ 107 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), die fachlich-medizinische Ausrichtung (§ 107 Abs. 1 Nr. 2 SGB V), die im Rahmen der Behandlung zur Verfügung stehenden Mittel (§ 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V) und durch das Angebot von Unterkunft und Verpflegung (§ 107 Abs. 1 Nr. 4 SGB V) gekennzeichnet. Nach Nr. 1 liegt der Zweck solch einer Einrichtung in der Krankenhausbehandlung (§ 39 SGB V) und der Geburtshilfe²³¹, wobei Behandlungen nach § 39 SGB V vollstationär, teilstationär, vor- und nachstationär sowie ambulant erbracht werden.²³² Außerdem muss ein Krankenhaus – im Gegensatz zu einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung – über eine ständige ärztliche Leitung verfügen, diagnostische sowie therapeutische Möglichkeiten aufweisen und nach wissenschaftlichen Methoden arbeiten (§ 107 Abs. 1 Nr. 2 SGB V). Ob die jeweiligen apparativen Mindestausstattungen den an ein Krankenhaus gestellten Anforderungen entsprechen, bestimmt der für das entsprechende Bundesland geltende Kran-

²²⁹ *Becker*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 107 Rn. 5; *Hess*, in: *Kasseler Kommentar*, § 107 SGB V Rn. 2.

²³⁰ BT-Drs. 11/2237, S. 196; so auch *Becker*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 107 Rn. 5.

²³¹ Zu stationären Geburtshilfeeinrichtungen gem. § 197 RVO vgl. BSG SozR 3-2500, § 13 Nr. 9; LSG Sachsen, Urt. v. 29.5.2002 - L 1 KR 66/01.

²³² *Wahl*, in: *Schlegel/Voelzke*, SGB V, § 107 Rn. 16.

kenhausbedarfsplan.²³³ Er enthält Festsetzungen über Bettenzahl, Fachrichtung und Versorgungsstufe des Krankenhauses.²³⁴ Im Vordergrund steht die ständige ärztliche Leitung. Kein Krankenhaus i.S.d. § 107 Abs. 1 SGB V ist ein Zentrum für klinische Psychologie, wenn die Behandlung lediglich in enger Anbindung an niedergelassene Ärzte vor Ort stattfindet.²³⁵ Die Einrichtung muss gem. § 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V bestimmte organisatorische Voraussetzungen erfüllen, damit die ärztliche Behandlung (§ 28 Abs. 1 SGB V) und die pflegerische Betreuung im Rahmen der Krankenhausbehandlung (§ 39 Abs. 1 SGB V) sichergestellt sind. Es wird eine stetige Präsenz bzw. Abrufbarkeit von ärztlichem, Pflege-, Funktions- und medizinisch-technischem Personal verlangt. Im Krankenhaus wird primär auf die intensive, aktive und fortdauernde Betreuung abgezielt.²³⁶ Der Pflege kommt in diesem Zusammenhang eine in aller Regel untergeordnete Bedeutung zu.²³⁷ Ferner muss das Haus Unterkunft und Verpflegung anbieten (§ 107 Abs. 1 Nr. 4 SGB V). Ausreichend ist die bloße Möglichkeit, woraus folgt, dass Formen der ambulanten oder teilstationären Behandlung im Krankenhaus nicht ausgeschlossen sind.²³⁸ Eine Unterbringung i.S.v. § 107 Abs. 1 SGB V liegt jedoch erst dann vor, wenn sie sich über mindestens einen Tag und eine Nacht erstreckt.²³⁹ Sämtliche der in § 107 Abs. 1 SGB V genannten Kriterien müssen kumulativ vorliegen. Anhand dieser Kriterien ist die Krankenhausbehandlung von anderen Formen stationärer Behandlung abzugrenzen. Mit der Neuregelung wird zugleich verdeutlicht, dass sich der Begriff des Krankenhauses nicht nur auf die Beziehung zwischen Krankenhaus und Krankenkasse beschränkt, sondern auch im Leistungsrecht im Rahmen von Ansprüchen auf Krankenhausbehandlung (§ 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB V i.V.m. § 39 SGB V) heranzuziehen ist.

Um zur Versorgung von Versicherten innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung berechtigt und verpflichtet zu sein, müssen Krankenhäuser überdies zugelassen sein. Dabei bestimmt § 108 SGB V drei Typen von Krankenhäusern, die auf unterschiedlichen Wegen zur Versorgung nach § 39 SGB V berechtigt sind:²⁴⁰

- die Hochschulkliniken, § 108 Nr. 1 SGB V
- die Plankrankenhäuser, § 108 Nr. 2 SGB V und
- die Vertragskrankenhäuser, § 108 Nr. 3 SGB V.

²³³ Klückmann, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 107 Rn. 12; vgl. dazu 3. Kapitel.

²³⁴ VGH Baden-Württemberg DVBl. 1999, 1141 (1142); BVerwG NJW 1987, 2318 (2320); BVerfGE 82, 209 (210).

²³⁵ LSG Niedersachsen, Urt. v. 19.03.1997 - L 4 Kr 183/95.

²³⁶ Hänlein, in: Kruse/Hänlein, LPK-SGB V, § 107 Rn. 2.

²³⁷ BSGE 81, 182 (183) = SGB 1998, 67 (69); LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 8.11.2001 - L 5 KR 64/00.

²³⁸ Klückmann, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 107 Rn. 14.

²³⁹ LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 13.1.2004 - L 1 KR 72/02; BSG SozR 3-2500, § 107 Nr. 1.

²⁴⁰ Becker, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 108 Rn. 3ff.; Quaas, NJW 1989, 2933 (2934); Schlink, RsDE 11 (1990), 1 (2).

Bei Vertragskrankenhäusern wird die Zulassung durch vertragliche Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenhäusern und Krankenkassen (Landesverbände der Krankenkassen und Verbände der Ersatzkassen) begründet. Im Gegensatz dazu werden Plankrankenhäuser und Hochschulkliniken durch einen statusbegründenden Akt der Länder zur Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassen.²⁴¹ Andere Rechtsbeziehungen, vor allem diejenigen zwischen den Kassen und Plankrankenhäusern, konkretisieren die Zulassung lediglich und wirken sich nicht auf deren Begründung aus. So werden beispielsweise Vergütungsvereinbarungen gem. § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V getroffen und Verträge nach den §§ 112, 115 SGB V geschlossen.

Plankrankenhäuser gelten als zugelassen, wenn sie in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen worden sind. Diese Leistungserbringer stellen die Hauptsäule der Krankenversorgung dar.²⁴² Greift man auf die gesetzliche Systematik zurück, würde man ein anderes Ergebnis erwarten. Vertragskrankenhäuser werden von § 109 SGB V als Regelfall angesehen. Ein direkter Vertragsschluss erfolgt nur zwischen den Kassen und den Vertragskrankenhäusern. Bei Plankrankenhäusern und Hochschulkliniken erfolgt die Einigung einzig und allein durch eine Fiktion. So gilt bei Plankrankenhäusern die Aufnahme in den Landeskrankenhausplan nach § 8 Abs. 1 S. 2 KHG und bei Hochschulkliniken die Anerkennung nach den landesrechtlichen Vorschriften als Abschluss des Versorgungsvertrages. Hinsichtlich des Abschluss ist daher zwischen echten (§ 109 Abs. 1 S. 1 SGB V) und fingierten (§ 109 Abs. 1 S. 2 SGB V) Versorgungsverträgen zu unterscheiden, wobei sich diese Differenzierung nicht auf die Rechtsfolgen auswirkt. So sind beispielsweise alle drei Krankenhaustypen gem. § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V im Rahmen ihres Versorgungsauftrages zur Krankenhausbehandlung der Versicherten verpflichtet, unabhängig ob ein echter oder fingierter Versorgungsvertrag geschlossen wurde.

²⁴¹ Anders erfolgt hingegen die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung. Diese fällt hauptsächlich in die Zuständigkeit der gemeinsamen Selbstverwaltung von Kassen und Ärzten, §§ 96-98 SGB V.

²⁴² Die Versorgung der Versicherten wird zu 90% durch Plankrankenhäuser, zu 8% durch Hochschulkliniken und nur zu 2 % durch Vertragskrankenhäuser realisiert. Vgl. dazu Statistisches Bundesamt, Grunddaten der Krankenhäuser 2004, Fachserie 12 / Reihe 6.1.1, S. 14.

B. Voraussetzungen der Zulassung

I. Vertragskrankenhäuser, § 108 Nr. 3 SGB V

1) Der Versorgungsvertrag

Die Zulassungsvoraussetzungen folgen nur für Vertragskrankenhäuser unmittelbar aus dem SGB V.²⁴³ Für Plankrankenhäuser und Hochschulkliniken sind Fachgesetze wie etwa das KHG maßgeblich, für deren Vollzug die staatlichen Behörden zuständig sind. Der tatsächlich abgeschlossene Versorgungsvertrag zwischen den Krankenkassen und den Vertragskrankenhäusern bedarf gem. § 109 Abs. 1 S. 1 SGB V aus Gründen der Rechtssicherheit der Schriftform. Die zivilrechtlichen Vorschriften über den Vertragsschluss finden dabei Anwendung.²⁴⁴ Sofern sich die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen nicht auf einen gemeinsamen Vertragsschluss einigen können, erfolgt eine Mehrheitsentscheidung über § 123 i.V.m. § 213 Abs. 2 SGB V.

Die Vertragspartner sind beim Abschluss eines Versorgungsvertrages an die Modalitäten des § 109 SGB gebunden.²⁴⁵ Insoweit ist dadurch ihre Vertragsfreiheit eingeschränkt.²⁴⁶ Zum Mindestinhalt zählen vorrangig die Vereinbarungen bzgl. des Versorgungsauftrages des Krankenhauses und die sich daraus ergebenden Rechtsbeziehungen. Insbesondere werden in dem Vertrag die Kapazitäten und technische Ausstattung des Krankenhauses sowie die in ihm praktizierten Behandlungsmethoden festgehalten. Der Versorgungsvertrag muss auf der anderen Seite nicht mit dem Krankenhausplan der Länder voll und ganz übereinstimmen. Zwar ist er gem. § 109 Abs. 1 S. 3 SGB V für alle Krankenkassen im Inland unmittelbar verbindlich, jedoch können im Rahmen von § 109 Abs. 1 S. 4 und 5 SGB V sogenannte planmodifizierende und plankonkretisierende Vereinbarungen getroffen werden. Grundsätzlich ist jedoch festzuhalten, dass der von den Ländern aufgestellte Krankenhausplan vorrangig gilt und nicht durch Abschluss von Versorgungsverträgen unterlaufen werden soll.²⁴⁷ Durch dieses Instrument können die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen erstmals aktiv und damit auch direkt auf die Betriebsstruktur des Krankenhauses Einfluss nehmen. Die Mitwirkung bringt jedoch erhebliches Konfliktpotential mit sich, da die Gestaltungsmöglichkeiten der Krankenkassen – „Einkaufsmodell“ – mit der staatlichen Krankenhausplanung kollidieren können.

Im Einvernehmen mit der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde besteht die Möglichkeit, eine gegenüber dem Krankenhausplan geringere –

²⁴³ *Becker*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 108 Rn. 12.

²⁴⁴ *Knittel*, in: *Krauskopf*, SGB V, § 109 Rn. 5; BSG SozR 3-4100 § 81 Nr. 1. Insbesondere bei Einigungsmängeln gelten die §§ 154ff. BGB.

²⁴⁵ *Knittel*, in: *Krauskopf*, SGB V, § 109 Rn. 3.

²⁴⁶ *Wahl*, in: *Schlegel/Voelzke*, SGB V, § 109 Rn. 25ff.

²⁴⁷ BSGE 78, 233 (241); *Stollmann*, NZS 2004, 350 (354); kritisch *Nofitz*, SGB 1999, 632 (635) sowie *Knispel*, NZS 2006, 120 (126).

aber keine höhere Bettenzahl – zu vereinbaren, soweit die Leistungsstruktur des Krankenhauses nicht verändert wird (planmodifizierende Vereinbarung).²⁴⁸ Dieser Abschluss steht im Ermessen der Vertragspartner. Enthält der Krankenhausplan keine Angaben zur Bettenzahl oder der Leistungsstruktur des Krankenhauses, können die Vertragsparteien in Absprache mit der Landesbehörde ergänzende Regelungen dazu treffen (plankonkretisierende Vereinbarung). Hierbei wird kein Ermessen eingeräumt. Der Abschluss solch einer Vereinbarung ist zwingend. Daraus kann im Gegenzug aber nicht geschlossen werden, dass die Vertragsparteien die Pflicht haben, den Versorgungsauftrag durch ergänzende Vereinbarungen vertraglich zu konkretisieren. Solch ein Kontrahierungszwang wäre nicht verfassungskonform.²⁴⁹

2) Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages

Nach § 109 Abs. 2 S. 1 SGB V hat das Vertragskrankenhaus keinen Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages.²⁵⁰ Sollte eine Auswahl zwischen mehreren geeigneten Leistungserbringern, die sich um den Abschluss eines Versorgungsvertrages bewerben, notwendig werden, so kann nach den Kriterien von Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit entschieden werden, welches Krankenhaus diesen Erfordernissen am besten gerecht wird (Auswahlermessen).²⁵¹ Erlaubt wird nur der Abschluss eines Vertrages mit einer bereits bestehenden Einrichtung, woraus gefolgert werden kann, dass planungs- oder standortbezogene Entscheidungen der Krankenkassen bzgl. noch zu errichtender Kliniken unzulässig sind.²⁵²

Nach § 109 Abs. 3 SGB V darf ein Versorgungsvertrag mit einem Vertragskrankenhaus nicht abgeschlossen werden, wenn das Krankenhaus nicht die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausplanung bietet. Dieser Ausschlussgrund muss vor den Voraussetzungen des § 109 Abs. 2 SGB V geprüft werden, da hier ein absoluter Versagungsgrund normiert ist.²⁵³ § 109 Abs. 3 SGB V enthält keine Legaldefinition der Merkmale „Bedarfsgerechtigkeit“ und „Wirtschaftlichkeit“. Hierbei handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegen.

a) Leistungsfähigkeit

Der Begriff der Leistungsfähigkeit korrespondiert mit den Anforderungen des § 107 SGB V.²⁵⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist ein Krankenhaus leistungsfähig, wenn sein Angebot die Anforderungen erfüllt, die nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft an ein Krankenhaus der

²⁴⁸ Vgl. dazu OVG Lüneburg, Urt. v. 20.5.2003 - 11 LB 2128/01.

²⁴⁹ BVerfGE 82, 209 (223).

²⁵⁰ Kingreen, in: Beck-OK, SGB V, § 109 Rn. 8ff.

²⁵¹ BSGE 78, 233 (243).

²⁵² SG Stuttgart, Beschluss v. 22.4.1996 – 10 KR 827/96 eA.

²⁵³ Quaas, NJW 1989, 2933 (2934).

²⁵⁴ Wahl, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 109 Rn. 69.

betreffenden Art zu stellen sind.²⁵⁵ Ferner hängt die Leistungsfähigkeit von der Fallzahl, der Zahl der hauptberuflichen oder anderweitig beschäftigten Fachärzte und Fachkräfte im Verhältnis zur Bettenzahl und der räumlichen Ausstattung ab.²⁵⁶ Diese Voraussetzungen werden jedoch schon nach der Krankenhausdefinition gem. § 107 SGB V gefordert. Somit kommt dem Begriff der Leistungsfähigkeit i.S.d. § 109 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB V keine darüber hinausgehende bzw. eigenständige Bedeutung zu.

b) Wirtschaftlichkeit

Wann ein Krankenhaus das Kriterium der Wirtschaftlichkeit erfüllt, ergibt sich in der gesetzlichen Krankenversicherung aus §§ 2 Abs. 4, 12 Abs. 1 SGB V. Es muss ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den zu erbringenden Leistungen und den zu erwartenden Kosten bestehen.²⁵⁷ Dabei steht die Wirtschaftlichkeit in einem engen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit. Bei der Auswahl zwischen zwei oder mehr in gleicher Weise geeigneten, das gleiche Leistungsangebot bereithaltenden Einrichtungen ist grundsätzlich diejenige mit der Durchführung der Maßnahme zu beauftragen, die die günstigsten Vergütungssätze anbietet. Das von den Krankenkassen als Teil einer mittelbaren Staatsverwaltung bei der Auftragsvergabe zu beachtende Gebot der Gleichbehandlung aller zugelassenen Anbieter (Art. 3 Abs. 1 GG) kommt erst dann zur Geltung, wenn nicht nur die Leistungsangebote vergleichbar sind, sondern auch die gemäß § 111 Abs. 5 SGB V zu vereinbarenden Vergütungssätze keine nennenswerten Unterschiede aufweisen. Teurere Anbieter müssen hinnehmen, dass sie bei der Auftragsvergabe erst berücksichtigt werden, wenn preisgünstigere Anbieter ausgelastet sind und keine Kapazitäten mehr frei haben.²⁵⁸ Ziel ist es, die Versorgung für neue Bewerber offen zu halten.²⁵⁹

c) Bedarf

Als „Bedarf“ bezeichnet man allgemein einen Überhang an - aktueller und künftig absehbarer - Nachfrage nach bestimmten Produkten oder Leistungen gegenüber dem vorhandenen Angebot des Marktes.²⁶⁰ Bezogen auf den Abschluss von Versorgungsverträgen mit Krankenhäusern nach § 109 SGB V hat das BSG ein Krankenhaus als nicht bedarfsgerecht angesehen, wenn sein Bettenangebot den Bettenbedarf übersteigt.²⁶¹ Bedarfsgerecht ist damit ein Krankenhaus nur dann, wenn es in einer bestimmten Region einen Nachfrageüberhang nach notwendigen stationären medizinischen Leistungen gibt, der von den bereits zugelassenen Krankenhäusern nicht befriedigt werden kann.²⁶² Wegen der Vorrangstellung der Plankrankenhäuser ist Bezugspunkt der Bedarfsprüfung nur der nicht durch Plankran-

²⁵⁵ BSGE 81, 189 (190); SG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.2002 - S 4 KR 25/99; *Kingreen*, in: Beck-OK, SGB V, § 109 Rn. 10.

²⁵⁶ BVerwGE 62, 86 (106); BVerfGE 82, 209 (226); VG Minden, Urt. v. 29.8.2002 – 3 K 853/97; VG Minden, Urt. v. 17.10.2001 – 3 K 620/99.

²⁵⁷ *Wahl*, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 109 Rn. 73.

²⁵⁸ BSGE 89, 294 (269).

²⁵⁹ BVerfG GesR 2004, 296 (298).

²⁶⁰ BSGE 89, 294 (298).

²⁶¹ BSGE 89, 294 (298); 88, 111 (114); 78, 233 (235).

²⁶² *Wahl*, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 109 Rn. 76.

kenhäuser gedeckte Versorgungsbereich und damit nur das Verhältnis der Vertragskrankenhäuser untereinander. Die Ermittlung der Bedarfsgerechtigkeit muss sich unter anderem an örtlichen Gegebenheiten und regionalen Bedarfsstrukturen ausrichten.²⁶³ Fehlt es an einem solchen Nachfrageüberhang, darf ein Versorgungsvertrag mit dem Träger dieses Krankenhauses nicht abgeschlossen werden, § 109 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB V.²⁶⁴ Der Bedarf der Bevölkerung an Krankenhausbetten ist schwer einschätzbar. Als Indiz kann jedoch der Belegungsgrad einer Klinik angesehen werden.

Des Weiteren liegt ein Beitrag zu einer bedarfsgerechten Versorgung nicht nur dann vor, wenn die von dem Krankenhaus angebotenen Betten zusätzlich notwendig sind, um den aktuell vorhandenen Bettenbedarf zu decken, sondern auch, wenn ein Krankenhaus neben oder anstelle eines anderen Krankenhauses geeignet wäre, den fiktiv vorhandenen Bedarf zu decken.²⁶⁵ Bedarfsgerechtigkeit darf also nicht unter Hinweis auf Bedarfsdeckung verneint werden.

Stellt sich nach Abschluss des Versorgungsvertrages heraus, dass ein solcher gem. § 109 Abs. 3 SGB V nicht hätte abgeschlossen werden dürfen, führt dies nicht zur Nichtigkeit des Versorgungsvertrages. Er ist allenfalls nach § 110 Abs. 1 SGB V kündbar.

3) Genehmigung als Verfahrensvoraussetzung

Der Abschluss bzw. die Ablehnung wird erst mit der Genehmigung durch die für die Krankenhausplanung im Land zuständige Behörde wirksam, § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V. Für die Genehmigung gelten die in § 109 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB V genannten Maßstäbe.²⁶⁶ Sie gilt nicht als ein mit Rechtsmitteln angreifbarer Verwaltungsakt, sondern als behördeninterne Mitwirkungshandlung.²⁶⁷ Ergeht in der Sache ein positives sozialgerichtliches Urteil, kann die Genehmigung unterbleiben. Falls ein Versorgungsvertrag ohne Genehmigung abgeschlossen oder ein Ablehnungsbescheid ohne Genehmigung erlassen wurde, hat dies keinerlei Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Vertrages. Der Versorgungsvertrag ist lediglich rechtswidrig und damit anfechtbar, §§ 39 Abs. 2, 58 Abs. 2 Nr. 2 SGB X.²⁶⁸

II. Hochschulkliniken, § 108 Nr. 1 SGB V

1) Zulassung

Hochschulkliniken, die nach den landesrechtlichen Vorschriften als solche anerkannt sind, gelten neben Plankrankenhäusern und Vertragskrankenhäusern als zu-

²⁶³ BVerfGE 82, 209 (225).

²⁶⁴ SG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.2002 - S 4 KR 25/99.

²⁶⁵ BVerfG GesR 2004, 296 (298).

²⁶⁶ *Knispel*, NZS 2006, 120 (122).

²⁶⁷ BSGE 78, 243 (245); *Stollmann*, NZS 2004, 350 (355).

²⁶⁸ BSGE 78, 243 (246); BSG GesR 2006, 368 (369); a.A. *Knispel*, NZS 2006, 120 (122).

gelassene Krankenhäuser der gesetzlichen Krankenversicherung, § 108 Nr. 1 SGB V. Liegen die Anerkennungsvoraussetzungen des jeweiligen Landesrechts vor, sind sie zugleich als sozialversicherungsrechtliche Leistungserbringer anzusehen.²⁶⁹ Bisher galt die Aufnahme in das Hochschulverzeichnis nach § 4 des Hochschulbauförderungsgesetzes²⁷⁰ als maßgebliches Zulassungskriterium. Zum 1. September 2006 trat die Föderalismusreform als größte Verfassungsreform seit Bestehen des Grundgesetzes in Kraft.²⁷¹ Diese Gesetzesänderungen wirken sich auch auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung aus. Das Hochschulbauförderungsgesetz ist zum 1. Januar 2007 außer Kraft getreten. Es ist nun Aufgabe der Landesregierungen Kriterien zu schaffen, nach denen Krankenhäuser als Hochschulkliniken anzuerkennen sind, § 108 Nr. 1 SGB V.²⁷²

Hochschulkliniken genießen einen besonderen Status im Recht der Leistungserbringung. Sie gelten als Einrichtung der Hochschulen als auch als allgemeine Krankenhäuser i.S.d. §§ 2 KHG, 107 Abs. 1 SGB V.²⁷³ Der Abschluss eines den Status des Leistungserbringers begründenden Versorgungsvertrages wird gem. § 109 Abs. 1 S. 2 SGB V durch die Anerkennung nach den landesrechtlichen Vorschriften fiigiert.

Grund für die gesonderte Aufführung der Hochschulkliniken ist, dass gem. § 5 KHG Hochschulkliniken zu den nicht förderungsfähigen Einrichtungen zählen und ihnen somit die Aufnahme in den Krankenhausplan des Landes verwehrt bleibt. Gemäß §§ 6, 8 KHG werden nur solche Einrichtungen in den Krankenhausplan aufgenommen, die grundsätzlich förderungsfähig sind. Dies hätte zur Folge, dass Hochschulkliniken nicht zur Abrechnung von Krankenhausbehandlungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung berechtigt wären. Die Hochschulkliniken sind jedoch aufgrund ihrer technischen Ausstattung und wissenschaftlichen Forschungstätigkeit für eine bestmögliche medizinische Versorgung der sozialversicherten Bevölkerung unabkömmlich. Ihnen kommt bei der Spitzenversorgung eine überaus wichtige Aufgabe zu. Daher ist es notwendig, sie – neben den Plankrankenhäusern nach § 108 Nr. 2 SGB V – als zugelassene Krankenhäuser anzusehen.

2) Anerkennung nach den landesrechtlichen Vorschriften

Bisher waren für die Zulassung von Hochschulkliniken die Voraussetzungen für die Aufnahme in das Hochschulverzeichnis von entscheidender Bedeutung. Es bleibt abzuwarten, welche Anforderungen der Freistaat Bayern an die Anerkennung eines Krankenhauses als Hochschulklinik stellen wird. Die landesrechtlichen Vorschriften werden jedoch durch die Aufnahmevoraussetzungen des HBFG geprägt sein. Es empfiehlt sich daher, die Kriterien des HBFG weiterhin im Auge zu behalten.

²⁶⁹ Klückmann, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 108 Rn. 7.

²⁷⁰ Vom 1.9.1969, BGBl. I, S. 1556; im Folgenden HBFG.

²⁷¹ BGBl. I, S. 2034.

²⁷² Wahl, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 108 Rn. 18.

²⁷³ Hess, in: Kasseler Kommentar, § 108 SGB V Rn. 2.

Für die Aufnahme in dieses statusbegründende Verzeichnis musste die Klinik sowohl formelle als auch materielle Voraussetzungen erfüllen.

Verfahrensmäßige Grundlagen waren:

- Formelle Errichtung der Hochschule durch das Land,
- Anmeldung durch das Land beim Bundesministerium für Bildung und Forschung,
- Stellungnahme des Wissenschaftsrates,
- Rechtsverordnung der Bundesregierung,
- Zustimmung des Bundesrates zur Rechtsverordnung.²⁷⁴

In materieller Hinsicht erforderte die Aufnahme in das Hochschulverzeichnis, dass die Einbeziehung in die Gemeinschaftsaufgabe aufgrund der Bedeutung für die Gesamtheit hochschulpolitisch relevant war. Dies war insbesondere dann anzunehmen, wenn der in der Anlage aufgeführten Hochschule eine Zusammenarbeit zum Zweck der wirksameren Erfüllung ihrer Aufgaben ermöglicht wurde, § 4 Abs. 2 HBFG. Durch diese Regelung wurde die Schwelle der Bedeutsamkeit und Erforderlichkeit des Art. 91a Abs. 1 GG gewahrt.²⁷⁵ Nur wenn ein rechtlich selbstständiges Klinikum nach den Erfordernissen von Forschung und Lehre errichtet und betrieben wurde, war seine Aufnahme in das Hochschulverzeichnis als Hochschulklinik rechtlich und hochschulpolitisch möglich.²⁷⁶ Die Länder mussten gewissen Grundsätzen Rechnung tragen. So hatte etwa das Landesrecht zu beachten, dass im Hochschulbereich Krankenversorgung in Verbindung mit medizinischer Forschung und Lehre in dem dafür erforderlichen Umfang betrieben wurde. Darüber hinaus war § 4 Abs. 2 HBFG ein hochschulpolitisches Steuerungsinstrument für die Bundesregierung. Danach konnte die Aufnahme einer Hochschule in das Hochschulverzeichnis abgelehnt werden, wenn etwa die Hochschule nach Größe, Struktur, Studienangebot und Einzugsgebiet von geringerer hochschulpolitischer Bedeutung war.²⁷⁷

III. Plankrankenhäuser, § 108 Nr. 2 SGB V

Plankrankenhäuser tragen die Hauptlast der Krankenhausbehandlung und bilden somit das Kernstück der stationären Versorgung der Versicherten.²⁷⁸ Voraussetzung ist, dass das Krankenhaus in den Krankenhausplan des jeweiligen Landes

²⁷⁴ Lichtenberg/Burckhardt/Elchlepp, Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau, § 4 HBFG, S. 33.

²⁷⁵ Trute/Wahl, WissR 32 (1999), 38 (63).

²⁷⁶ BR-Drs. 1043/97, S. 9.

²⁷⁷ Lichtenberg/Burckhardt/Elchlepp, Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau, § 4 HBFG, S. 34.

²⁷⁸ Vgl. dazu Wahl, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 108 Rn. 19.

aufgenommen wird.²⁷⁹ Mit der Aufnahme eines Krankenhauses in einen Krankenhausplan wird allgemein die Bedarfsgerechtigkeit seines Leistungsspektrums in Bezug auf die öffentliche Förderung von Investitionskosten festgestellt und im Hinblick auf § 108 Nr. 2 SGB V die Grundlage für die Zulassung zur Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung geschaffen.²⁸⁰ Den Anknüpfungspunkt bildet hierbei das Krankenhausfinanzierungsgesetz.²⁸¹ Gem. § 6 Abs. 1 KHG haben die Länder die Pflicht, Krankenhauspläne aufzustellen, damit eine wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern gewährleistet wird. Zum anderen soll ein Beitrag zu tragbaren Pflegesätzen geleistet werden. Die Aufnahme oder Nichtaufnahme in den Krankenhausplan wird gem. § 8 Abs. 1 S. 3 KHG durch Bescheid festgestellt. Dieser Bescheid stellt einen Verwaltungsakt dar, welcher im verwaltungsgerichtlichen Verfahren überprüft werden kann.²⁸²

IV. Wirkung des Versorgungsvertrages

1) Zulassung

§ 109 Abs. 4 SGB V regelt die Rechtswirkungen des fiktiven oder tatsächlich abgeschlossenen Versorgungsvertrages. Das Krankenhaus wird für die Dauer des Versorgungsvertrages zur Krankenhausbehandlung zugelassen.²⁸³ Es ist daher befugt, auf einem gesetzlich regulierten Markt Leistungen zu erbringen und steht mit anderen Krankenhäusern in einem Konkurrenzverhältnis.²⁸⁴ Die Zulassung ist für alle Krankenkassen im Inland verbindlich (§ 109 Abs. 1 S. 3 SGB V). Im Rahmen des Versorgungsvertrages ist der Umfang der Zulassung geregelt.

2) Behandlungspflicht

Die zugelassenen Krankenhäuser sind zur Versorgung der Versicherten mit Krankenhausleistungen berechtigt und verpflichtet, § 109 Abs. 4 S. 1 und 2 SGB V. Die Behandlungspflicht des Krankenhauses folgt aus seiner Zulassung zur Versorgung des Versicherten. Damit wird das Krankenhaus – vergleichbar mit dem niedergelassenen Vertragsarzt – in ein öffentlich-rechtliches System einbezogen.²⁸⁵ Das Krankenhaus hat die Pflicht, Versicherte und deren Familienangehöri-

²⁷⁹ Zum Krankenhausplanungsrecht allgemein siehe 3. Kapitel.

²⁸⁰ BVerfGE 83, 363 (387).

²⁸¹ Becker, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 108 Rn. 6ff.

²⁸² BVerwGE 72, 38 (40); Prütting/Stollmann, KH 2000, 790 (791); Stollmann, NZS 2003, 346 (349).

²⁸³ Erst mit Wirksamkeit des Versorgungsvertrages ist das Krankenhaus berechtigt, an der Versorgung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung teilzunehmen. Eine faktische Abrechnung sowie eine rückwirkende Zulassung sind nicht möglich.

²⁸⁴ Wahl, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 109 Rn. 100.

²⁸⁵ Rau, in: Maaßen/Schermer/Wiegand/Zipperer, GK-SGB V, § 109 Rn. 22.

ge im Rahmen seines Versorgungsvertrages bzw. seiner Aufgabenstellung und Leistungsfähigkeit voll- oder teilstationär zu behandeln. Die Grenzen der Behandlungspflicht werden durch den Versorgungsvertrag und den Krankenhausplan gesetzt. Ferner trifft das Krankenhaus keine Behandlungspflicht, wenn die Kapazitäten ausgeschöpft sind oder zwischen den Mitarbeitern des Krankenhauses und dem Patienten aufgrund früherer Vorgänge kein Vertrauensverhältnis mehr besteht.²⁸⁶

3) Anspruch auf Vergütung

Aus § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V ergibt sich ferner ein Vergütungsanspruch des zugelassenen Krankenhauses nach Maßgabe des KHG und der BpflV. Mit der Zulassung des Krankenhauses zur Versorgung wird für die Krankenkassen ein Kontrahierungszwang ausgelöst. Die Krankenkassen sind verpflichtet, mit dem Träger Vereinbarungen über leistungsgerechte Entgelte zu treffen, § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V. Nimmt der Versicherte eine Sachleistung in Anspruch, wird dadurch eine unmittelbare Zahlungsverpflichtung seiner Krankenkasse gegenüber dem leistungserbringenden Krankenhaus begründet. Auf eine Kostenzusage der Krankenkasse kommt es nicht an.²⁸⁷ Die zweite Finanzierungssäule, die öffentliche Förderung (§ 9 KHG), wird hingegen nicht durch die Zulassung, sondern erst durch die Aufnahme in den Landeskrankenhausplan begründet.

V. Beendigung der Zulassung

§ 110 SGB V regelt die Einzelheiten zur vollständigen oder teilweisen Kündigung von Versorgungsverträgen. Die Norm gilt für alle zugelassenen Krankenhäuser, auch im Hinblick auf fiktiv zustande gekommene Versorgungsverträge mit Hochschulkliniken und Plankrankenhäusern. Dabei ist zwischen formellen und materiellen Kündigungsvoraussetzungen zu unterscheiden.

1) Rechtsnatur der Kündigung

Durch die Kündigung soll der statusbegründende Versorgungsvertrag beendet werden. Die Rechtsnatur ist ebenso wie die Ablehnung eines Vertragsschlusses umstritten.²⁸⁸ Die überwiegende Ansicht ordnet die Kündigung als einen Verwaltungsakt gem. § 31 S. 1 SGB X ein.²⁸⁹ Demgegenüber geht das VG Minden unter Bezugnahme auf sonstige öffentlich-rechtliche Verträge von einer einseitig emp-

²⁸⁶ Hess, in: Kasseler Kommentar, § 109 SGB V Rn. 7.

²⁸⁷ BSGE 86, 166 (168); 89, 104 (106).

²⁸⁸ Die rechtliche Einordnung der Kündigung wirkt sich auf die statthafte Klageart aus.

²⁸⁹ BSGE 82, 261 (262); Hess, in: Kasseler Kommentar, § 110 SGB V Rn. 12.; Jung, in: v. Maydell, GK-SGB V, § 110 Rn. 5; Klückmann, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 110 Rn. 13, 42; Kuhla/Voß, NZS 1999, 216 (218f.); Quaas, MedR 2002, 273 (277).

fangsbedürftigen Willenserklärung aus.²⁹⁰ Dabei wird jedoch verkannt, dass aufgrund der hier anzuwendenden Zwei-Stufen-Theorie das für einen Verwaltungsakt notwendige Über- und Unterordnungsverhältnis vorliegt. Es kann nicht auf die rechtliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses abgestellt werden, da ansonsten die maßgebliche Frage nach dem „Ob“ eines Vertragsschlusses unterlaufen werden würde. Kündigt hingegen der Krankenhausträger eines Vertragskrankenhauses nach § 108 Nr. 3 SGB V den Versorgungsvertrag, wird dadurch lediglich das Ende eines Schuldverhältnisses bestimmt.²⁹¹

2) Kündigung durch den Krankenhausträger

Die Kündigung des Versorgungsvertrages durch den Krankenhausträger kann als unproblematisch angesehen werden. Er muss lediglich die einjährige Kündigungsfrist gem. § 110 Abs. 1 S. 1 SGB V einhalten. Zudem ist Genehmigung durch die Landesbehörde erforderlich.

3) Kündigung durch die Krankenkassen

a) Formelle Kündigungsvoraussetzungen

Gemäß § 110 Abs. 2 S. 1 SGB V erfolgt die Kündigung für alle Krankenhaustypen durch die Kassenverbände im Benehmen mit den als Pflegesatzparteien betroffenen Krankenkassen. Mit dieser Formulierung wird auf § 18 Abs. 2 KHG Bezug genommen. Die Beteiligungsform des Benehmens ist gegenüber dem Einvernehmen (vgl. § 111 Abs. 4 S. 3 SGB V) eher schwach. Die Krankenkassen müssen angehört werden und Gelegenheit zur Stellungnahme bekommen. Eine Überprüfung eventueller Einwände ist notwendig. Unterbleibt eine nachträgliche Heilung, führt ein fehlendes Benehmen unmittelbar zur Rechtswidrigkeit der Kündigung.²⁹²

Gemäß § 110 Abs. 2 S. 2 SGB V bedarf die Kündigung darüber hinaus der Genehmigung durch die zuständige Landesbehörde. Sie gilt als verwaltungsinterner Vorgang und ist deshalb nicht als Verwaltungsakt einzuordnen.²⁹³ Der besonderen Verantwortung der Länder für die Krankenhausplanung wird dadurch Rechnung getragen, dass die zuständige Landesbehörde die Genehmigung verweigern kann, wenn das Krankenhaus für die Versorgung unverzichtbar ist, § 110 Abs. 2 S. 4 SGB V.

Fraglich ist, ob der Begriff der Unverzichtbarkeit einen gerichtlich überprüfbaren Rechtsbegriff darstellt.

Bislang wurde die Frage noch nicht höchstrichterlich entschieden. Geklärt wurde lediglich, dass „unverzichtbar“ nicht zwingend auch „bedarfsgerecht“ bedeu-

²⁹⁰ VG Minden, Urt. v. 29.8.2001 – 3 K 3280/97; so auch *Knispel*, NZS 2006, 120 (126); *Knittel*, in: Krauskopf, SGB V, § 110 Rn. 3, 7.

²⁹¹ *Wahl*, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 110 Rn. 30.

²⁹² *Genzel*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 49.

²⁹³ *Knittel*, in: Krauskopf, SGB V, § 110 Rn. 7; a.A. *Genzel*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 52; *Quaas*, NZS 1993, 102 (109).

tet.²⁹⁴ Unverzichtbar dürfte ein Krankenhaus dann sein, wenn die Kündigung des Versorgungsvertrages eine Unterversorgung mit sich bringen würde. Allerdings muss die Landesbehörde ihre Entscheidung in jedem Fall begründen. Damit soll für alle Beteiligten aus Gründen der Rechtssicherheit Klarheit über die tragenden Entscheidungsgrundlagen geschaffen werden. Es besteht die Möglichkeit die Entscheidung auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit gerichtlich überprüfen zu lassen.

Außerdem gilt die Genehmigung nach § 110 Abs. 2 S. 5 SGB V als erteilt, wenn die Genehmigungsbehörde der Kündigung nicht innerhalb von drei Wochen widersprochen hat.

Als formelle Kündigungsvoraussetzungen sind ferner Form und Frist zu beachten. Hinsichtlich der Form schweigt § 110 SGB V, was aber nicht heißt, dass bei der Kündigung von Versorgungsverträgen keine Formvorschriften zu beachten sind. Nach der überwiegenden Ansicht ist die Kündigung durch die Kassen als Verwaltungsakt einzuordnen und bedarf daher gem. § 35 Abs. 1 S. 1 SGB X der Begründung.²⁹⁵ Die ordentliche Kündigungsfrist beträgt nach § 110 Abs. 1 S. 1 SGB V ein Jahr. Treten durch die Einhaltung dieser Jahresfrist erhebliche Gefahren für die Ziele der Krankenhausversorgung auf, ist unter Umständen auch das Rechtsinstrument der außerordentlichen Kündigung heranzuziehen.

b) Materielle Kündigungsvoraussetzungen

Materielle Voraussetzung für die Kündigung des Versorgungsvertrages durch die Kassen ist ein in § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V genannter Grund, der dauerhaft vorliegen muss, § 110 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB V. Die bisherige Dauer der Zulassung ist zwar in die Kündigungsentscheidung mit einzubeziehen. Diese Berücksichtigung darf jedoch nicht zu einem den Wettbewerb verdrängenden Bestandsschutz führen. Der Versorgungsvertrag kann nur dann gekündigt werden, wenn das Krankenhaus keine wirtschaftliche und leistungsfähige Krankenhausbehandlung gewährleisten kann oder für eine bedarfsgerechte Versorgung der Versicherten nicht mehr erforderlich ist.

Unter gewissen Umständen, z.B. bei komplizierten Beurteilungsverfahren, kann eine Wirtschaftlichkeitsprüfung gem. § 113 Abs. 3 S. 1 SGB V hinzukommen.²⁹⁶ Jedoch ist anzumerken, dass durch die Umstellung des Vergütungssystems auf Fallpauschalen (DRG-System) die Krankenhäuser selbst das wirtschaftliche Risiko tragen müssen.²⁹⁷ Dadurch wird dieser Kündigungsgrund wenig praktische Relevanz entfalten. Bislang ergab sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass nur eine vorübergehende Unwirtschaftlichkeit eines Krankenhauses keinen Kündigungsgrund darstellt. Die unwirtschaftliche Betriebsführung musste vielmehr schon wiederholt festgestellt worden oder nicht behebbar sein. Es durfte sich auch nicht um geringfügige Unwirtschaftlichkeiten handeln, die durch Abstriche

²⁹⁴ Heinze, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Bd. I, § 38 Rn. 47, 55; Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 25 Rn. 91.

²⁹⁵ Ordnet man die Kündigung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung ein, so ist diese gem. § 59 Abs. 2 S. 1 SGB X schriftlich abzugeben.

²⁹⁶ Hänlein, in: Kruse/Hänlein, LPK-SGB V, § 110 Rn. 21.

²⁹⁷ So auch Knispel, NZS 2006, 120 (124).

beim Pflegesatz ausgeglichen werden konnten.²⁹⁸ Es ist weiterhin besonderes Augenmerk auf die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Kündigung zu legen, da die Kündigung für das betroffene Krankenhaus im Hinblick auf Art. 12 GG und Art. 14 GG einen massiven, oftmals den wirtschaftlichen Ruin bedeutenden Grundrechtseingriff darstellt.²⁹⁹

Die Leistungsfähigkeit kann entfallen, wenn das Krankenhaus die im Versorgungsauftrag vorgegebenen medizinischen und personellen Anforderungen nicht mehr erfüllt. Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit darf nicht mit der Größe des Krankenhauses argumentiert werden. Würde man bei einem Bettenüberhang die Schließung kleiner Kliniken fordern, wäre der Weg für einen automatischen Vorrang von Großkliniken frei.³⁰⁰ Das Erreichen gewisser Fallzahlen darf sich nur auf die Leistungsfähigkeit auswirken, wenn sich ein neuer medizinischer Standard gebildet hat.³⁰¹

Problematisch ist auch eine Kündigung wegen mangelnder Bedarfsgerechtigkeit. Bei der Bedarfsermittlung ist zu klären, wie ein bestehender Bettenüberhang zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen Krankenhausversorgung im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung abzubauen ist. Vor diesem Hintergrund besteht nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts für Plankrankenhäuser weder ein gesetzlicher noch ein faktischer Vorrang.³⁰² Die Krankenkassen können daher sowohl Plan- als auch Vertragskrankenhäuser kündigen, wodurch sich neuer Konfliktstoff mit der staatlichen Krankenhausplanung ergibt. Es verwundert, dass das Bundessozialgericht den Krankenkassen die Möglichkeit gewährt, die mit Plankrankenhäusern fiktiv geschlossenen Versorgungsverträge zu kündigen. Dies widerspricht den Grundsätzen der §§ 6 Abs. 1, 8 Abs. 2 S. 2 KHG. Die Krankenhausplanung obliegt den Ländern. Bei der Auswahlentscheidung zwischen mehreren in Betracht kommenden Bewerbern wird der Landesbehörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Dabei wird überprüft, ob die Landesbehörde von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, ob der Beurteilungsmaßstab richtig angewandt wurde und ob keine sachfremden Erwägungen angestellt wurden.³⁰³ Durch die Beurteilung der Krankenkassen, die im Rahmen der Kündigung zu erfolgen hat, greifen die Kassen in den Beurteilungsspielraum der Planungsbehörde ein, wodurch eine Divergenz zwischen beiden Akteuren vorprogrammiert ist. Es stellt sich die Frage, welcher Einschätzung Vorrang zukommen soll. Grundsätzlich hat die Krankenhausplanung der Länder Vorrang. Aufgrund der Systematik des Kündigungsrechts erscheint es jedoch begrüßenswert, in Ausnahmesituationen wie der Kündigung den Kassen mittelbare Planungsaufgaben zukommen zu lassen und ihnen eine Einflussnahme auf die Versorgungssituation zuzusprechen.³⁰⁴

²⁹⁸ BT-Drs. 11/2237, S. 198.

²⁹⁹ Vgl. dazu BVerfGE 82, 209 (223).

³⁰⁰ BVerfG NJW 2004, 1648 (1649); OVG Koblenz NVwZ-RR 1991, 573; VG Arnsberg, Urt. v. 22.12.2000 – 3 K 3443/99.

³⁰¹ BVerfGE 82, 209 (234).

³⁰² BSGE 82, 261 (265).

³⁰³ Rasche-Sutmeier, GesR 2004, 272 (274).

³⁰⁴ Dazu auch Knispel, NZS 2006, 120 (124).

Zudem ist eine Kündigung wegen fehlenden Bedarfs auch im Hinblick auf bereits erfolgte Investitionen nicht unproblematisch. Der Krankenhausbetreiber tätigt häufig erst mit der Planaufnahme zusätzliche Investitionen, da erst ab diesem Zeitpunkt für ihn abschätzbar ist, wie groß der zu versorgende Bereich ist. Er verlässt sich in gewisser Weise auf den Fortbestand der Planungsentscheidung. Aufgrund der hohen Schutzbedürftigkeit des Krankenhausbetreibers kann eine Kündigung wegen fehlenden Bedarfs nur dann erfolgen, wenn von vornherein kein Abschluss eines Versorgungsvertrages mangels Bedarfs hätte stattfinden dürfen. In grundrechtskonformer Auslegung der §§ 110 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V stellen nachträgliche Veränderungen des Versorgungsbedarfs keinen Kündigungsgrund dar.³⁰⁵ Bei Plankrankenhäusern gilt die Einrichtung als bedarfsgerecht, solange sie in den Plan aufgenommen ist. Kündigungsgründe sind auf der Grundlage des KHG zu prüfen.³⁰⁶ Insgesamt ist es wahrscheinlicher, dass in Zukunft viele Krankenhäuser nicht durch Kündigung seitens der Kassen, sondern aufgrund nichtwirtschaftlicher Leistungserbringung vom Markt verschwinden.

C. Verteilungsgerechtigkeit bei der Zulassung

Die Zulassung zum Krankenhausmarkt hat für das einzelne Krankenhaus eine überaus wichtige Bedeutung. Krankenkassen dürfen die Krankenhausbehandlung nur von zugelassenen Krankenhäusern erbringen lassen.³⁰⁷ Die Verteilungsentscheidung im deutschen Markt für Gesundheitsdienstleistungen stellt für die Leistungserbringer eine existenzielle Entscheidung dar. Deshalb ist es geboten, die Verteilung des knappen Gutes – Plätze im Krankenhausplan – durch eine geordnete Vergabe durchzuführen. Nicht jeder Bewerber wird die Möglichkeit erhalten, als zugelassenes Krankenhaus auf dem Gesundheitsmarkt aufzutreten. Im Hinblick auf die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung erfolgt die Zulassung nach dem Prinzip „so viel wie nötig und so wenig wie möglich“. Aus Gründen des Gemeinwohls entsteht eine Vergabesituation, bei der es konkret um die Verteilung von Freiheitschancen für die leistungserbringenden Krankenhäuser geht.³⁰⁸ Diese künstliche Verknappung kann nur gerechtfertigt werden, wenn bei der Erfüllung der staatlichen Zielsetzungen Verteilungsgerechtigkeit gewährleistet wird.³⁰⁹ Diese Pflicht wird nicht nur allein grundrechtlich begründet³¹⁰, sondern es ist auch die Beachtung der Grundsätze von Transparenz, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit und Nachprüfbarkeit

³⁰⁵ So auch VG Minden, Urt. v. 29.8.2002 – 3 K 853/97.

³⁰⁶ Vgl. dazu 3. Kapitel B.II.4a)aa)(1).

³⁰⁷ Vgl. zur Zulassung von Krankenhäusern 2. Kapitel B.

³⁰⁸ *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (76).

³⁰⁹ *Voßkuhle*, Die Verwaltung 32 (1999), 21 (34f.); *ders.*, VVDStRL 62 (2003), 266 (317).

³¹⁰ *Steiner*, NZS 2002, 113 (114).

außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts geboten.³¹¹ Entscheidende Frage ist, welche Vergabekriterien an die Aufnahme in den Krankenhausplan und darüber hinaus an den subsidiären Abschluss von Versorgungsverträgen mit Vertragskrankenhäusern zu stellen sind. Nur wenn die Zulassung von Krankenhäusern aufgrund eines gerechten und durchsichtigen Verfahrens stattfindet, kann die Zahl von Konkurrentenstreitigkeiten gering gehalten werden. Den Rechten der Krankenhausträger muss bereits auf der vorverlagerten Verwaltungsebene Rechnung getragen werden.³¹² Für das Vergabeverfahren gelten grundsätzlich die in § 8 KHG und §§ 107ff. SGB V aufgestellten Kriterien. Nachrangig dazu sind die Regelungen des allgemeinen Verwaltungs- bzw. Sozialverfahrensrechts anzuwenden. Denkbar ist weiterhin die Anwendbarkeit der allgemeinen Regelungen des Vergaberechts. Die europäischen Vergaberichtlinien streben im Rahmen der stetigen Weiterentwicklung des europäischen Binnenmarktes die Schaffung eines freien, marktöffnenden Wettbewerbs auch beim öffentlichen Einkauf an.³¹³ Daraus resultiert die Verpflichtung, Aufträge, die einen bestimmten Schwellenwert überschreiten, europaweit auszuschreiben. Die Vergabe solcher Aufträge ist in Deutschland in den §§ 97ff. GWB geregelt.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob das deutsche Krankenhausrecht bei der Zulassung von Krankenhäusern an die Vorgaben des Kartellvergaberechts gebunden ist.³¹⁴ Sollte dies nicht der Fall sein, ist darüber hinaus näher auf die verwaltungsrechtliche Umsetzung der grundrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben einzugehen.

I. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts

Der Begriff des Vergaberechts umfasst die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat.³¹⁵ Die EG-Vergaberichtlinien verfolgen das Ziel, einen möglichst weitgefächerten Wettbewerb für Beschaffungsleistungen im Binnenmarkt zu erreichen.³¹⁶ Umgesetzt wird dies im deutschen Recht durch das sog. Kartellvergaberecht der §§ 97ff. GWB sowie die Bestimmungen der Vergabeverordnung³¹⁷, die die wesentlichen Vergabegrundsätze und verfahrensrechtlichen Vorschriften

³¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 7.12.2000 – Rs. C-342/98, Slg. 2000, I-10745, Rn. 60ff. (Tel-austria); *Burgi*, NZBau 2008, 29 (33); *Dreher*, NZBau 2002, 419 (422); *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 70ff.

³¹² So auch *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (74).

³¹³ *Koenig/Steiner*, ZESAR 2003, 98 (98).

³¹⁴ Vgl. dazu *Becker/Bertram*, KH 2002, 541ff.; *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74ff.; *Byok*, GesR 2007, 553ff.; *Koenig/Engelmann/Hentschel*, MedR 2003, 562ff.; *Koenig/Steiner*, ZESAR 2003, 150ff.; *Zuck*, f&w 2002, 534ff.

³¹⁵ *Rudolf*, in: *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht, Einführung Rn. 1.

³¹⁶ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 175.

³¹⁷ Vgl. dazu die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 9.1.2001 (BGBl. I, S. 110ff.) in der Fassung der Bekanntmachung v. 11.2.2003 (BGBl. I, S. 169ff.).

enthält. Neben diesen Vorschriften enthalten die einzelnen Verdingungsordnungen für Bauleistungen (VOB), Dienstleistungen (VOL) und freiberufliche Leistungen (VOF) weitere detaillierte Vorgaben. Das Gesamtvolumen der Aufträge der öffentlichen Hand in Deutschland beträgt jährlich etwa 200 Mrd. Euro, wobei sich zunehmend ausländische Unternehmen bewerben.³¹⁸ Im Ergebnis ist es Aufgabe des Vergaberechts, durch objektive Vergabekriterien die unkontrollierte Ver(sch)wendung staatlicher Mittel zu verhindern.³¹⁹

1) Rechtlicher Rahmen

Das heutige Vergabewesen unterliegt einer Vielzahl von nationalen und internationalen Vorgaben. In der Literatur wird mitunter von einem mehrstufigen Rechtsgrundlagenmix gesprochen.³²⁰ Dieser Zustand resultiert aus der steigenden Bedeutung völkerrechtlicher Übereinkommen und der umfangreichen Beeinflussung durch das Europarecht.³²¹ Das Ziel ist die Schaffung eines diskriminierungsfreien Binnenmarktes.³²² Dessen Umsetzung war für den deutschen Gesetzgeber nicht immer einfach. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge sind häufig – trotz der gebotenen Rücksichtnahme auf nationale Rechte – mit erheblichen Beeinträchtigungen der Strukturen des deutschen Rechtssystems verbunden.³²³ Erst mit Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG) zum 1.1.1999 wurde eine weitestgehend richtlinienkonforme Umsetzung in das deutsche Recht erreicht.³²⁴ Bei der öffentlichen Auftragsvergabe sind das gemeinschaftsrechtliche Primärrecht, die allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsätze mit primärrechtlichem Rang und das nationale Verfassungsrecht zu berücksichtigen.³²⁵

a) Der europarechtliche Rahmen

Europarechtliche Vorgaben für die staatliche Beschaffung folgen in erster Linie aus dem geschriebenen Primärrecht. Maßgebliche Vorschriften des EG-Vertrages sind der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr (Art. 28 und 49 EGV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV), die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 EGV) und das Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV). Die mitgliedersstaatliche Vergaberechtspraxis wurde wesentlich durch den Erlass von sekundärem Gemeinschaftsrecht in Form von Vergaberechtsrichtlinien zur Vermeidung von Diskrimi-

³¹⁸ Hopf, Vergabemanagement bei öffentlichen Aufträgen, S. 3; Schwarze, EuZW 2000, 133 (133).

³¹⁹ Rudolf, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, Einführung Rn. 1.

³²⁰ Neßler, EWS 1999, 89 (89f.).

³²¹ Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 34.

³²² Pache, DVBl. 2001, 1781 (1783).

³²³ Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 34.

³²⁴ Jasper, DB 1998, 2151 (2151); Thieme/Corell, DVBl. 1999, 884 (885).

³²⁵ Zudem muss die einfachgesetzliche Bindung an das Haushaltsrechts- und Wettbewerbsrechts sowie das Preisrecht beachtet werden.

nierung beeinflusst.³²⁶ Ziel der Richtlinien ist die Konkretisierung der allgemeinen Gemeinschaftsvorgaben aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit.³²⁷ Eine Abänderung und Nachbesserung dieser Richtlinien erfolgte zu Beginn der 90er Jahre zum Zwecke der Konsolidierung und Klarheit.³²⁸ Ergänzt und erweitert wurden sie durch die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie (DKR)³²⁹ und die Sektorenrichtlinie (SKR)³³⁰. Diese Vergaberichtlinien konkretisieren die Grundprinzipien des EG-Vertrages und wurden in der Absicht und zu dem Zweck erlassen, die gewünschte Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte durch ein transparentes Verfahren, Chancengleichheit aller Bieter und Wettbewerb herbeizuführen. Die einzelnen Mitgliedsstaaten sind nach dem EG-Vertrag verpflichtet, die Vergaberichtlinien in das nationale Recht umzusetzen. Zur Ergänzung und tatsächlichen Durchsetzung der materiellen Vergaberichtlinien wurden zwei Rechtsmittelrichtlinien erlassen.³³¹ Dadurch wird der wichtigen Eigenschaft der Vergaberichtlinien Rechnung getragen, subjektive Rechte der Bieter zu begründen. Hergeleitet wird diese Funktion aus dem allgemeinen bieterschützenden Charakter der materiellen Richtlinien.³³² Ziel ist es, den primären Rechtsschutz des übergangenen Bieters zu stärken. Dem nichtbegünstigten Bieter muss die Möglichkeit gewährt werden, vor Vertragsabschluss gegen den Zuschlag des Auftraggebers zugunsten eines anderen Bieters effektiv vorgehen zu können und diesen zu beseitigen.³³³ Abgesehen von den Rechtsmittelrichtlinien wurden auch die Verga-

³²⁶ Richtlinie 64/429/EWG, ABl. EG 1964, Nr. L 117, S. 1880 und Richtlinie 64/427/EWG ABl. EG 1964, Nr. L 117, S. 1863; jeweils aufgehoben durch die Richtlinie 71/305/EWG des Rates v. 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG 1971, Nr. L 185, S. 5; Richtlinie 71/304/EWG des Rates v. 26.7.1971 zur Aufhebung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, ABl. EG 1971, Nr. L 185, S. 1 und Richtlinie 77/62/EWG des Rates v. 21.12.1976 über die Koordinierung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge ABl. EG 1977, Nr. L 13, S. 1.

³²⁷ Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, S. 39.

³²⁸ Baukoordinierungsrichtlinie (BKR) 93/37/EWG des Rates v. 14.6.1993, ABl. EG 1993, L 199, S. 54; ber. ABl. EG 1994, L 111, S. 115 und Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR) 93/36 EWG des Rates v. 14.6.1993, ABl. EG 1993, L 199, S. 1 (Richtlinie zur Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge).

³²⁹ Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18.6.1992, ABl. EG 1992, Nr. L 209/1 (Richtlinie zur Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge).

³³⁰ Richtlinie 93/38EWG des Rates v. 14.6.1993, ABl. EG 1993, Nr. L 199, S. 84 (Richtlinie zur Koordination der Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor).

³³¹ Richtlinie 89/665/EWG v. 21.12.1989, ABl. EG 1989, Nr. L 395, S. 33 (Nachprüfungsrichtlinie) und Richtlinie 92/13/EWG v. 25.2.1992, ABl. EG 1992, Nr. L 76, S. 14 (Rechtsmittelrichtlinie betreffend die Sektoren).

³³² Elbel, DÖV 1999, 235 (238); Triantafyllou, NVwZ 1999, 943 (944).

³³³ Sormani-Bastian, Vergaberecht und Sozialrecht, S. 14.

berichtlinien mehrfach überarbeitet.³³⁴ Unverändert sind dabei die Hauptziele der öffentlichen Auftragsvergabe geblieben³³⁵:

- Transparenz,
- Gleichbehandlung,
- Wahl des günstigsten und wirtschaftlichsten Angebots,
- europaweiter Zugang zu den Beschaffungsmärkten und
- Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Richtlinien.

Mit dem Ziel der Vereinfachung und Modernisierung des europäischen Vergaberechts wurde im Jahre 2004 das EU-Legislativpaket zum Vergaberecht erlassen. Neben einer Neufassung der Sektorenrichtlinie wurden die zuvor nach Leistungsarten getrennten Richtlinien zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungen, öffentlicher Lieferaufträge und öffentlicher Bauaufträge zu einer einheitlichen Vergabekoordinierungsrichtlinie zusammengefasst.³³⁶

b) Der nationalrechtliche Rahmen

Das deutsche Vergaberecht setzt sich aus den formell-gesetzlichen Vorschriften der §§ 97ff. GWB, der aufgrund einer Ermächtigung im GWB erlassenen Vergabeverordnung (VgV) und aus den Verdingungsverordnungen zusammen.

Ursprünglich entstand das deutsche Recht der Auftragsvergabe im Rahmen des Haushaltsrechts und diente ausschließlich zum Schutz der öffentlichen Auftraggeber im haushaltsrechtlichen Sinne.³³⁷ Zur Umsetzung der zuvor genannten Richtlinien hat der deutsche Gesetzgeber das Haushaltsrecht modifiziert.³³⁸ Hiernach konnten Verstöße gegen die Verdingungsordnungen (VOB, VOL, VOF) besser überprüft werden.³³⁹ Diese Überprüfung war zuvor nur in einem zweistufigen Verwaltungsverfahren möglich; ein rechtlicher Anspruch auf Einhaltung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit existierte nicht. Insbesondere gab es keinen Rechtsschutz vor den Gerichten. Die EG-Kommission hatte insbesondere das Fehlen jeglicher gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten gerügt. Auch der Europäische Gerichtshof brachte im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren zum Ausdruck, dass die europäischen Richtlinien Bewerber und Bie-

³³⁴ Vgl. dazu *Weyand*, Vergaberecht, S. 21 Rn. 23f; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 2.

³³⁵ *Ax/Schneider*, Auftragsvergabe, Kapitel 2 Rn. 246ff.

³³⁶ Richtlinie 2004/18/EG v. 31.3.2004, ABl. EG 2004, L 134, S. 114 (Vergabekoordinierungsrichtlinie), zuletzt geändert durch die Verordnung v. 19.12.2005 ABl. EG 2005, L 333, S. 28 (Vergabekoordinierungsrichtlinie).

³³⁷ *Byok*, NJW 1999, 2274 (2275); *Sormani-Bastian*, Vergaberecht und Sozialrecht, S. 11.

³³⁸ Vgl. dazu das Zweite Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) v. 26.11.1993, BGBl. I, S. 1928.

³³⁹ *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 102ff.

tern Rechtspositionen einzuräumen haben, die sich bei korrekter Umsetzung in das nationale Recht als subjektive Rechte darstellen.³⁴⁰

Aufgrund dieser andauernden Kritik der Kommission hat der deutsche Gesetzgeber die europarechtlichen Anforderungen an die Vergabeverfahren durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)³⁴¹ umgesetzt. Durch das am 1.1.1999 in Kraft getretene VgRÄG erfolgte die gesetzessystematische Verankerung der europarechtlichen Vorgaben in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, §§ 97 bis 129 GWB.³⁴² Als entscheidende Neuerung wurde Bewerbern und Bieter ein subjektives Recht auf Einhaltung der bieterschützenden Bestimmungen über das Vergabeverfahren durch die öffentlichen Auftraggeber eingeräumt.³⁴³ Darüber hinaus gelten die Vergabeverordnung und die Verdingungsordnungen, welche die Einzelheiten des Vergabeverfahrens regeln. Die Verdingungsordnungen besitzen grundsätzlich keine Rechtsnormqualität, sondern gelten als Regelwerke in Form von Musterbedingungen, die von nichtstaatlichen Fachgremien erarbeitet und verabschiedet werden. Diese enthalten durch die Verweisung in der VgV i.V.m. § 97 Abs. 7 GWB im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts rechtliche Außenwirkung.³⁴⁴ Dieser dreistufige Aufbau der Rechtsgrundlagen des Kartellvergaberechts wird als „Kaskadenprinzip“ bezeichnet, das sich durch einen zunehmenden Konkretisierungsgrad der Bestimmungen vom GWB über die VgV zu den Verdingungsordnungen auszeichnet.³⁴⁵

Zu beachten ist, dass die Vergaberegeln des GWB nur für Vergabeverfahren oberhalb der nach den Vorgaben der EG-Richtlinien festgesetzten Schwellenwerte anwendbar sind. Nach § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 127 Nr. 1 GWB und der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge kommt der 4. Teil des GWB nur für solche öffentliche Aufträge zur Anwendung, die die Schwellenwerte von 5.278.000 Euro (bei öffentlichen Bauaufträgen) bzw. 211.000 Euro (bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen) erreichen oder überschreiten.³⁴⁶ Grund für die Einführung dieser Schwellenwerte war, dass das EG-Recht bei Aufträgen geringen Wertes keine ernst zu nehmende Aussicht auf einen grenzüberschreitenden Handel gesehen hat.³⁴⁷ Unterhalb der jeweiligen Schwellenwerte gelten in Deutschland nach wie vor die haushaltsrechtlichen Vorschriften der Bundes- und Haushaltsordnungen. Durch die Schwellenwerte kommt es zu einer Zweiteilung des deutschen Vergaberechts. Dies führt in erster Linie zu einer Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben aus den Grundfreiheiten und vergaberechtlichen Vereinbarungen der EG mit Drittstaaten

³⁴⁰ EuGH Urt. v. 11.8.1995 – Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2311ff. (Kommission/Deutschland); *Weyand*, Vergaberecht, S. 32 Rn. 28.

³⁴¹ BGBl. I, S. 2546.

³⁴² *Otting*, in: Bechthold, GWB, vor § 97 Rn. 16.

³⁴³ Vgl. zu den wesentlichen Grundzügen des Vergaberechtsänderungsgesetzes *Weyand*, Vergaberecht, S. 32 Rn. 29.

³⁴⁴ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, vor § 97ff. Rn. 49.

³⁴⁵ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 6.

³⁴⁶ Vgl. dazu *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 100 Rn. 6ff.

³⁴⁷ *Otting*, in: Bechthold, GWB, § 100 Rn. 1.

gelten jedoch weiterhin.³⁴⁸ Den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben wird meistens dadurch Rechnung getragen, dass auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vor den ordentlichen Gerichten verwiesen wird.³⁴⁹ Schließlich kommen im Unterschwellenbereich auch die Basisparagrafen der VOB/A und der VOB/A zur Anwendung. Diese werden meist durch Verwaltungsvorschriften für verbindlich erklärt und haben im Unterschwellenbereich selbst den Charakter einer Verwaltungsvorschrift.³⁵⁰ Dies bedeutet, dass auch die Grundsätze der Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz Anwendung finden.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts im Hinblick auf die Zulassung von Krankenhäusern nach dem SGB V gegeben ist. Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts ist, dass die Vergabe von Krankenhauszulassungen aufgrund eines entgeltlichen Vertrages über Dienstleistungen zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen von staten geht.

2) Ausschluss nach § 69 SGB V

Die Anwendbarkeit des GWB auf die Beziehung der gesetzlichen Krankenkassen zu den Krankenhäusern bestimmt sich nach § 69 SGB V.³⁵¹ Nach § 69 S. 1 SGB V regelt das 4. Kapitel des SGB V die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und deren Verbänden abschließend.³⁵² Neben den Vorschriften des 4. Kapitels des SGB V sind gemäß § 69 S. 3 SGB V auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und deren Verbänden zusätzlich die Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, des Krankenhausentgeltgesetzes sowie die hiernach erlassenen Rechtsverordnungen anwendbar. Die §§ 19 bis 21 GWB gelten nach § 69 S. 2 SGB V entsprechend. Es stellt sich daher die Frage, ob die Anwendbarkeit des in den §§ 97ff. GWB geregelten Kartellvergaberechts durch § 69 SGB V ausgeschlossen ist.

Lange Zeit war umstritten, ob es sich bei dieser Regelung um eine bloße Rechtswegzuweisung handelt oder ob sie eine neue materielle Bereichsausnahme mit dem Inhalt enthält, dass GWB und UWG nicht mehr anwendbar sein sollen.³⁵³ Der BGH hat in seinem Urteil vom 23.2.2006 entschieden, dass § 69 SGB V festlege, nach welchen Bestimmungen die Handlungen der Krankenkassen zu beurteilen sind, durch die sie - mittels ihrer Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern - ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag erfüllen.³⁵⁴ § 69 SGB V treffe auch eine materiell-rechtliche Regelung. Damit können Handlungen der Krankenkassen und der von ihnen eingeschalteten Leistungserbringer, die der Er-

³⁴⁸ Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 100 GWB Rn. 540.

³⁴⁹ BGH NZBau 2001, 151 (153).

³⁵⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 10.

³⁵¹ Becker, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 108 Rn. 13.

³⁵² Daneben kommen noch § 63 SGB V und § 64 SGB V zur Anwendung.

³⁵³ Möschel, JZ 2007, 601 (602).

³⁵⁴ BGH NZS 2006, 647 (648).

füllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags gegenüber den Versicherten dienen, nicht mehr nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb beurteilt werden. Der Gesetzgeber wollte mit der Neufassung des § 69 SGBV gerade verhindern, dass solche Handlungen wegen ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb gegebenenfalls eine Doppelnatur haben und dementsprechend auch dem Wettbewerbs- oder Kartellrecht unterfallen können. Dass damit das UWG nur auf Handlungen der privaten Krankenversicherer anzuwenden ist, verstößt nach Ansicht des BGH nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.³⁵⁵ Dieser desaströse Zustand war aus wettbewerbspolitischer Sicht untragbar. Er wurde zum Teil als „Kopfgeburt von Schreibtischtätern“ bezeichnet.³⁵⁶

Kurz vor Verabschiedung des Gesundheitsreformgesetzes zur Stärkung des Wettbewerbes wurde die entsprechende Anwendung der §§ 19 bis 21 GWB in § 69 SGB V mit aufgenommen. Es wäre schwer vermittelbar gewesen, ein Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs zu verabschieden und gleichzeitig alle Regeln, die die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs schützen sollen, für nicht anwendbar zu erklären.³⁵⁷ Die das Kartellvergaberecht regelnden Vorschriften – §§ 97ff. GWB – wurden jedoch nicht mit aufgenommen. Auf den ersten Blick könnte daraus der Rückschluss gezogen werden, dass das Kartellvergaberecht auf die Leistungsbeziehung zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern keine Anwendung findet. Dafür könnte auch die in § 69 S. 1 SGB V enthaltene Anordnung einer „abschließenden“ Geltung bestimmter Normen sprechen. Der Gesetzgeber will jedoch damit lediglich zum Ausdruck bringen, dass die dort genannten Rechtsbeziehungen ausschließlich sozialversicherungs- und nicht privatrechtlicher Natur sind.³⁵⁸ Es gilt nicht nur das in § 69 SGB V genannte Recht.³⁵⁹ Dieser Rückschluss wäre verfehlt. Genetische und teleologische Aspekte sprechen vielmehr für eine restriktive Auslegung des Merkmals „abschließend“. Intention des Gesetzgebers war, dass die Krankenkassen einen öffentlichen Versorgungsvertrag erfüllen und nicht als Unternehmen des Privatrechts einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts handeln.³⁶⁰ Die Ansicht, dass § 69 SGB V die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts ausschließt, wäre falsch. Der Ausschluss nach § 69 SGB V hätte zur Folge, dass die EU-Vergaberichtlinien und das GWB, das letztlich nur die Umsetzung europäischer Richtlinien darstellt, nicht zur Anwendung kommen würden.³⁶¹ § 69 SGB V ist richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass er die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts nicht ausschließt.³⁶² Bei einer Kollision zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht ist das EU-Recht gegenüber dem einfa-

³⁵⁵ BGH NZS 2006, 647 (648).

³⁵⁶ Möschel, Standpunkte, Geistige Umnachtung im Kartellrecht, FAZ Nr. 39 v. 15.2.2007, S. 12.

³⁵⁷ So auch Möschel, JZ 2007, 601 (603).

³⁵⁸ BT-Drs. 14/1245, S. 68.

³⁵⁹ Krasney, SGB 2006, 60 (61).

³⁶⁰ Goodarzi/Junker, NZS 2007, 632 (633).

³⁶¹ Sormani-Bastian, Vergaberecht und Sozialrecht, S. 99ff.

³⁶² Vgl. OLG Düsseldorf MedR 2007, 725ff.

chen nationalen Recht, wie etwa § 69 SGB V, vorrangig.³⁶³ Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der Europäischen Gemeinschaft ist die Eigenständigkeit und Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung.³⁶⁴ Aufgrund dieses Anwendungsvorrangs ist eine teleologische Reduktion des § 69 SGB V von Nöten mit dem Ergebnis, dass das Kartellvergaberecht nicht durch § 69 SGB V ausgeschlossen werden kann.³⁶⁵ Gesetzliche Krankenkassen können sich beim Abschluss von öffentlichen Verträgen nicht von vornherein mit dem Hinweis auf einen Ausschluss gem. § 69 SGB V den Anforderungen des Kartellvergaberechts entziehen.³⁶⁶ Zudem spricht für die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts, dass das Vergaberecht nicht an Unternehmen gerichtet ist, sondern an öffentliche Auftraggeber nach § 98 GWB, die von der Gesetzesbegründung nicht erfasst sind.³⁶⁷

3) Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber

Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist eröffnet, wenn die Krankenkassen öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB sind.³⁶⁸ Dies wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert. § 98 GWB definiert in Anlehnung an Art. 1 Abs. 9 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18 EG verschiedene Gruppen von Auftraggebern. Diese haben bei Überschreitung der entsprechenden Schwellenwerte grundsätzlich das Kartellvergaberecht anzuwenden.³⁶⁹

Ursprünglich wurde der Begriff des Auftraggebers im institutionellen Sinne verstanden. Auftraggeber war der Staat mit seinen Gebietskörperschaften sowie sonstigen Körperschaften und Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Abgrenzungsschwierigkeiten traten nach diesem Verständnis nicht auf, da private Unternehmen vom Vergaberecht nicht erfasst waren.³⁷⁰ Im Laufe der Jahre wurden zunächst abgeschottete Beschaffungsmärkte zunehmend für den freien Wettbewerb geöffnet. Hinsichtlich der Ausschreibungspflicht entstand eine Divergenz zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten, da aufgrund des institutionellen Begriffsverständnisses diejenigen benachteiligt wurden, die staatliche Aufgaben mit traditionell öffentlich-rechtlichen Organisationsformen erfüllten.³⁷¹ Diese Probleme,

³⁶³ Vgl. zum Vorrang des EU-Rechts gegenüber nationalem Recht *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EGV/EUV, Art. 220 EGV Rn. 27ff.

³⁶⁴ *Goodarzi/Junker*, NZS 2007, 632 (633).

³⁶⁵ *Hesselmann/Motz*, MedR 2005, 498 (499).

³⁶⁶ *Byok*, GesR 2007, 533 (554); *Gabriel*, NZS 2007, 344 (345); *Gassner*, NZS 2007, 281 (283ff.); *Goodarzi/Junker*, NZS 2007, 632 (633); *Kaltenborn*, VSSR 2006, 357 (361f.); *Kingreen*, MedR 2004, 188 (192); *ders.*, SGB 2004, 659 (661); *Lorff*, ZESAR 2007, 104 (105); *Möschel*, JZ 2007, 601 (604); *Roth*, GRUR 2007, 645 (652); *Sträter/Natz*, PharmaR 2007, 7 (12); *Wollenschläger*, NZBau 2007, 655 (655).

³⁶⁷ BT-Drs. 14/1245, S. 68.

³⁶⁸ *Becker*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 108 Rn. 14.

³⁶⁹ Der relevante Schwellenwert von 211.000 Euro gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV dürfte im Krankenhausbereich regelmäßig überschritten werden.

³⁷⁰ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 283.

³⁷¹ *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 427 (443).

die aus dem engen Begriff des Auftraggebers resultierten, wurden beseitigt, als der Europäische Gerichtshof im Jahre 1988 entschied, dass der Begriff des Auftraggebers im funktionellen Sinne zu verstehen sei.³⁷² Die Ziele der Vergaberichtlinien wären gefährdet, wenn sie allein deshalb unanwendbar wären, weil ein öffentlicher Auftrag von einer Einrichtung vergeben wird, die nicht förmlich in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist. Diese Rechtsprechung wurde mit der ersten Änderungsrichtlinie zur BKR 1971 umgesetzt.³⁷³ Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers ist um die „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ erweitert worden.

Fraglich ist nun, ob die Krankenkassen als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung i.S.d. § 4 Abs. 1 SGB V diesem funktionalen Auftraggeberbegriff unterfallen. Dafür spricht zunächst die indizielle Vermutung aufgrund der Benennung in Anhang III der Richtlinie 2004/18 EG unter III. Kategorie 1.1 als Einrichtung des öffentlichen Rechts. Danach sind juristische Personen des öffentlichen Rechts Körperschaften, insbesondere Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger). Dies heißt jedoch nicht, dass dadurch auch gleichzeitig die Tatbestandsmerkmale des § 98 GWB gegeben sind. Nach § 98 Nr. 2 GWB³⁷⁴ sind Krankenkassen öffentliche Auftraggeber, wenn sie eine eigene Rechtspersönlichkeit in Form juristischer Personen des öffentlichen oder privaten Rechts vergegenwärtigen. Zudem müssen sie zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. § 98 Nr. 2 GWB setzt als drittes Tatbestandsmerkmal voraus, dass die juristische Person hinreichende Staatsnähe aufweist und überwiegend staatlich finanziert wird. Der Begriff des Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB orientiert sich dabei an der europarechtlichen Definition gemäß Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie.³⁷⁵

a) Rechtspersönlichkeit

Die gesetzlichen Krankenkassen besitzen als Körperschaften des öffentlichen Rechts eigene Rechtspersönlichkeit. Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 1 SGB V und § 29 Abs. 1 SGB IV.

b) Besonderer Gründungszweck

Um als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB zu gelten, müssen die Krankenkassen zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art gegründet worden sein. Diese beiden Merkmale sind überaus wichtige Kriterien für die Eingrenzung der dem Vergaberecht unterliegenden

³⁷² EuGH Urt. v. 20.9.1988 – Rs. 31/87, Slg. 1988, I-4635 (Gebroeders Beentjes BV/Niederländischer Staat).

³⁷³ Richtlinie des Rates vom 18.7.1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG 1989, Nr. L 210/1.

³⁷⁴ Die gesetzlichen Krankenkassen sind keine Gebietskörperschaften i.S.v. § 98 Nr. 1 GWB. Außerdem kommen auch die übrigen Auftraggebereigenschaften nach § 98 Nr. 3 bis 6 GWB nicht in Betracht.

³⁷⁵ *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 87.

Unternehmen. Deshalb erscheint es sinnvoll, zwischen beiden Begriffen zu trennen.³⁷⁶

Aufgaben, die im Allgemeininteresse liegen, sind solche, die hoheitliche Befugnisse, die Wahrnehmung der Belange des Staats und damit letztlich Aufgaben betreffen, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.³⁷⁷ Das Merkmal der Nichtgewerblichkeit wird nach der Rechtsprechung des EuGH durch das Allgemeininteresse konkretisiert.³⁷⁸ Eine Tätigkeit ist nichtgewerblicher Art, wenn mit ihr keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird. Das Vorliegen von Wettbewerb ist ein weiteres Kriterium zur Beurteilung der Gewerblichkeit eines Unternehmens.³⁷⁹ Die gesetzlichen Krankenkassen wurden nach §§ 1 und 3 SGB V als Solidargemeinschaft zu dem besonderen Zweck gegründet, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder deren Gesundheitszustand zu verbessern. Zusätzlich haben sie durch Aufklärung, Beratung und Leistung den Versicherten bei der Vermeidung von Krankheit und Behinderung zu helfen, auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken (§ 1 S. 3 SGB V) und ihnen die erforderlichen Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots zur Verfügung zu stellen (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB V).³⁸⁰ Der Schutz in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine der Grundaufgaben des Staates. Die Hauptaufgabe der gesetzlichen Krankenkassen besteht im Vollzug einer zur Erfüllung einer staatlichen Grundaufgabe geschaffenen detaillierten Sozialgesetzgebung.³⁸¹ Ferner spricht bereits die Rechtsform als juristische Person des öffentlichen Rechts dafür, dass sie Aufgaben im überwiegenden allgemeinen Interesse verfolgen.³⁸²

Die von den Krankenkassen erfüllten Aufgaben sind zudem nichtgewerblicher Art, da sie ihre Leistungen nicht in Gewinnerzielungsabsicht erbringen. Die Finanzierung der Krankenkassen beruht im Wesentlichen auf einer solidarischen, nicht risikobezogenen Finanzierung. Die Entlohnung knüpft an die von den Versicherten zu erbringenden Versicherungsbeiträge an.³⁸³ Nach § 3 S. 1 SGB V werden die Leistungen und sonstigen Ausgaben der Krankenkasse solidarisch durch Beiträge finanziert, die von ihren Mitgliedern und deren Arbeitgebern geleistet werden. Aus dem Prinzip der Solidargemeinschaft folgt, dass es nicht Ziel der Krankenkassen ist, Gewinne durch ihre Leistungserbringung zu erzielen, sondern die von der Solidargemeinschaft aufgebrachten Mittel für die Bedürfnisse der Ver-

³⁷⁶ EuGH Urt. v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01, Slg. 2003, I-5321 (Korhonen u.a.).

³⁷⁷ BayObLG NZBau 2004, 623 (624); *Dreher*, DB 1998, 2579 (2582); *Werner*, in: Ku-lartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 328ff.

³⁷⁸ EuGH Urt. v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96, Slg. 1998, I-73 Rn. 22ff. (Mannesmann Anlagenbau Austria u.a.); EuGH Urt. v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96, Slg. 1998, I-6821 Rn. 32f. (BFI Holding).

³⁷⁹ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 346.

³⁸⁰ BayObLG NZBau 2004, 623 (624).

³⁸¹ BVerfGE 39, 302 (313).

³⁸² *Dreher*, DB 1998, 2579 (2582); *Heßhaus*, VergabeR 2007, 333 (336); *Ziekow*, VergabeR 2003, 483 (489).

³⁸³ OLG Düsseldorf MedR 2007, 725 (727).

sicherten zu verwenden.³⁸⁴ Die fehlende Gewinnerzielungsabsicht wird dadurch manifestiert, dass grundsätzlich Beitragserhöhungen und zusätzliche Belastungen vermieden werden sollen, § 4 Abs. 4 SGB V. Theoretisch sind Krankenkassen zwar insolvenzfähig. Die Erfüllung der Verbindlichkeiten wurde aber durch die Möglichkeit der Beitragserhöhung und im Falle einer Schließung durch Rückgriff auf Verbände sichergestellt, §§ 146a, 155 Abs. 4 SGB V. Bislang kannte das SGB V keine Insolvenz der Krankenkassen im Sinne der Insolvenzordnung. Ist die Leistungsfähigkeit der Krankenkasse nicht mehr dauerhaft gesichert, muss nach § 146a S. 1 SGB V eine Schließung durch die Aufsichtsbehörde erfolgen. Nach § 155 SGB V hat der Landesverband die Gläubiger zu befriedigen, sofern das Vermögen der aufgelösten oder geschlossenen Krankenkasse nicht ausreicht.

Nunmehr bestimmt § 171b SGB V in der Fassung des GKV-WSG, dass die Krankenkassen vom 1.1.2010 an einen Kapitalstock zur Absicherung ihrer Verpflichtungen aus Versorgungszusagen bilden müssen, der im Insolvenzfall ausschließlich zur Befriedigung der unverfallbaren Anwartschaften zur Verfügung steht und im Zeitpunkt der Anwendbarkeit der Insolvenzordnung auf alle Krankenkassen eine Überschuldung wegen ungedeckter Versorgungsverpflichtungen ausschließt. Der Zeitpunkt, von dem an die Insolvenzordnung für alle Krankenkassen gelten soll, die Abgrenzung der Verpflichtungen aus Versorgungszusagen, die Festlegung der für die Krankenkassen nach Einführung der Insolvenzfähigkeit maßgeblichen Rechnungslegungsvorschriften sowie das Entfallen der Haftung der Länder nach § 12 Abs. 2 InsO spätestens zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesundheitsfonds wird durch Bundesgesetz geregelt. In seiner ursprünglich geplanten Version sah § 171b SGB V die Unanwendbarkeit von § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf alle Krankenkassen vor.³⁸⁵ Nach dieser Vorschrift ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes untersteht, unzulässig, wenn das Landesrecht dies bestimmt. Nach der ursprünglichen Entwurfsfassung des § 171b SGB V³⁸⁶ konnte damit über das Vermögen jeder Krankenkasse das Insolvenzverfahren eröffnet werden mit der Folge, dass auch alle landesunmittelbaren Krankenkassen insolvenzfähig wären und damit eine Angleichung der Wettbewerbsbedingungen auch der gesetzlichen Krankenkassen untereinander stattgefunden hätte.³⁸⁷ Von diesem ursprünglichen Wortlaut wurde jedoch Abstand genommen, da Bedenken hinsichtlich der Voraussetzungen für das Vorliegen eines Insolvenzgrundes bestanden.³⁸⁸ Bei zahlreichen Krankenkassen wäre angesichts hoher Versorgungsverpflichtungen bereits der Tatbestand der Überschuldung erfüllt.

Zum 1.7.2008 erfolgte nunmehr eine Modifizierung des Haftungssystems. In § 155 Abs. 4 SGB V soll auf eine Einstandspflicht des Landesverbandes verzichtet werden. Reicht das Vermögen einer aufgelösten oder geschlossenen Betriebskrankenkasse nicht aus, um die Gläubiger zu befriedigen, hat der Arbeitgeber die Ver-

³⁸⁴ Heßhaus, VergabeR 2007, 333 (337).

³⁸⁵ Becker, ZMGR 2007, 101 (106); Kingreen, ZESAR 2007, 139 (143).

³⁸⁶ BT-Drs. 16/3100, S. 39.

³⁸⁷ Kingreen, ZESAR 2007, 139 (143); Steinmeyer, NZS 2008, 393 (393).

³⁸⁸ Steinmeyer, NZS 2008, 393 (393).

pflichtungen zu erfüllen. Sind mehrere Arbeitgeber beteiligt, haften sie als Gesamtschuldner. Reicht das Vermögen des Arbeitgebers nicht aus, um die Gläubiger zu befriedigen, haben die übrigen Betriebskrankenkassen die Verpflichtungen zu erfüllen. Die Verteilung der Belastungen auf die einzelnen Betriebskrankenkassen soll durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen vorgenommen werden. Nach § 155 Abs. 5 SGB V ist nunmehr vorgesehen, dass für eine am 1.1.2008 nach § 222 SGB V bestehende Verschuldung die übrigen Krankenkassen haften. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Gesetzgeber bislang von einer Verknüpfung mit dem Insolvenzrecht abgesehen hat und sich § 171b SGB V lediglich auf Vorbereitungsmaßnahmen zur Einführung der Insolvenzfähigkeit für alle Krankenkassen beschränkt.

Nach § 220 Abs. 3 SGB V haben die Krankenkassen im Falle von eventuellen Überschüssen die Einnahmen in Form von Beitragssenkungen an die Solidargemeinschaft zurückzugeben. Gegen die gewerbliche Art der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben spricht ferner, dass die Krankenkassen kein Verlustrisiko tragen, da nach § 220 Abs. 2 SGB V die Beiträge der Versicherten zu erhöhen sind, wenn die vorhandenen Mittel zur Deckung der Aufgaben nicht ausreichen. Darüber hinaus erfolgt nach § 266 SGB V ein Finanzausgleich aufgrund des jährlich zwischen den Krankenkassen stattfindenden Risikostrukturausgleichs. Dadurch werden die finanziellen Auswirkungen von Unterschieden in Beitragshöhe und Mitgliederzahl ausgeglichen. Der zwischen den Krankenkassen in gewisser Weise stattfindende Wettbewerb darf nicht verkannt werden. Jedoch wird dieser dadurch weitestgehend eingeschränkt, dass der Großteil der Leistungen gesetzlich vorgeschrieben ist. Zu beurteilen ist die Aufgabe und Tätigkeit der einzelnen Krankenkasse im Vergleich zu anderen Krankenkassen. So können beispielsweise mitglieder-suchende Hilfsorganisationen im Wettbewerb miteinander stehen, wobei der Charakter ihrer karitativen und nichtgewerblichen Aufgabe unverändert bleibt.³⁸⁹ Im Ergebnis ist neben dem besonderen Gründungszweck der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe auch die Nichtgewerblichkeit der Tätigkeit der Krankenkassen zu bejahen.

c) Staatliche Beherrschung

Im Mittelpunkt der Diskussion von Rechtsprechung und Literatur steht das Tatbestandsmerkmal der hinreichenden Staatsnähe. Strittig ist, ob die gesetzlichen Krankenkassen überwiegend vom Staat finanziert werden oder hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Staats unterliegen. Dadurch wird die besondere Staatsgebundenheit des Auftraggebers verdeutlicht.

aa) Staatliche Finanzierung

Eine überwiegende staatliche Finanzierung im Sinne von § 98 GWB liegt vor, wenn staatliche Stellen die gesetzlichen Krankenkassen einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend, d.h. zu mehr als 50 % finanzieren.³⁹⁰ Die Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen erfolgt nach § 220

³⁸⁹ BayObLG NZBau 2004, 623 (624); *Byok/Jansen*, NVwZ 2005, 53 (55); *Wollenschläger*, NZBau 2004, 655 (657f.).

³⁹⁰ *Werner*, in: *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 351.

Abs. 1 S. 1 SGB V grundsätzlich durch Beiträge und sonstige Einnahmen. Eine direkte staatliche Finanzierung durch den Staat aufgrund von Beiträgen für Wehr- und Zivildienstleistende sowie für Bezieher von Arbeitslosenhilfe scheidet aus. Zwar werden diese Beiträge nach § 251 SGB V direkt vom Bund übernommen, jedoch machen diese Zahlungen keinesfalls mehr als 50 % der den gesetzlichen Krankenkassen zufließenden Mittel aus.³⁹¹ Zentrale Frage ist daher, ob auch eine mittelbare Finanzierung durch die gesetzlich angeordneten Beiträge zur Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals ausreicht.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf geht in seinem Vorlagebeschluss zum EuGH von der Auftraggeberschaft der gesetzlichen Krankenkassen aus.³⁹² Eine mittelbare staatliche Finanzierung müsse ausreichen, da etwa 90% der Bevölkerung in Deutschland nach § 5 SGB V in einer gesetzlichen Krankenkasse pflichtversichert seien. Die Finanzierung erfolge hauptsächlich durch die im Rahmen der Zwangsmitgliedschaft zu erbringenden Beiträge. Die Höhe richte sich allein nach dem Einkommen der Versicherten. Allerdings werde der Beitragssatz nicht durch den Staat, sondern durch die gesetzliche Krankenkasse festgesetzt. Abgesehen davon, dass die Festsetzung der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde bedürfe, sei die Höhe der Beiträge in gewissem Umfang aber rechtlich vorgegeben. Sie sei so festzusetzen, dass die sich daraus ergebenden Einnahmen die Ausgaben nicht unter- oder überschreiten. Gegen eine Unterscheidung nach unmittelbarer und mittelbarer staatlicher Finanzierung spreche die Tatsache, dass insoweit erörtert wurde, die Beitragseinziehung im Rahmen eines Gesundheitsfonds durchzuführen. Diese bundesweite zentrale Einheit solle dann den Krankenkassen risikogewichtige Beiträge pro Mitglied zukommen lassen.³⁹³

Das Oberlandesgericht Düsseldorf stützt seine Argumentation auf eine vergleichbare Problematik im Bereich der Finanzierung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die nunmehr vom EuGH entschieden wurde.³⁹⁴ Bei Rundfunkgebühren reiche eine mittelbare staatliche Finanzierung aus. Der Auffassung der Rundfunkanstalten und der deutschen Bundesregierung, dass die Richtlinie 92/50 EG nur auf Zahlungen anzuwenden ist, die direkt aus den Staatshaushalten erbracht werden, und nicht auf die mittelbar durch eine öffentliche Stelle oder einen anderen öffentlichen Auftraggeber durchgeführte Übertragung von Finanzmitteln, war bereits nach Ansicht des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer zu widersprechen.³⁹⁵ Die deutsche Regierung lege den Schwerpunkt auf eine allzu vereinfachende auf die Übertragung abstellende Bedeutung von Finanzierung, die nur die Auszahlung, den Scheck, die Banküberweisung oder den körperlichen Transport von Geldsäcken in einem gepanzerten Fahrzeug von der Staatskasse bis zum Sitz der subventionierten Einrichtung umfassen würde. Abgesehen davon, dass es keinen wesentlichen Unterschied macht, ob der Staat die Gebühren ein-

³⁹¹ Heßmann, VergabeR 2007, 333 (335f.).

³⁹² OLG Düsseldorf MedR 2007, 725ff.

³⁹³ Byok, GesR 2007, 553 (554).

³⁹⁴ EuGH Urt. v. 13.12.2007 – Rs. C-337/07, ABl. EG 2008, C 51, S. 19.

³⁹⁵ Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 6.9.2007 – Rs. C-337/06.

zieht, um sie danach den finanzierten Einrichtungen zu übergeben, oder ob er ihnen das Recht zur Gebührenerhebung einräumt, darf nicht übersehen werden, dass der Staat selbst die Grundlagen für die Erhebung der Gebühr schafft, indem er die Zahlungspflicht einführt und die Höhe der Zahlung festlegt – zwar mittels einer unabhängigen Kommission – aber unter dem Vorbehalt der Genehmigung oder möglicher Änderungen durch die Länder, die das letzte Wort behalten.³⁹⁶ Daher müsse aufgrund der Vergleichbarkeit der gesetzlich vorgesehenen Finanzierungssituation im Rundfunkwesen mit der der gesetzlichen Krankenkassen eine indirekte Finanzierung durch die Beitragspflicht der gesetzlich Versicherten für eine Finanzierung i.S.d. Richtlinie 2004/18/EG für ausreichend gehalten werden.³⁹⁷

Dieser Auffassung muss entgegengesetzt werden, dass die Finanzierung vielmehr durch die Beiträge der Solidargemeinschaft und sonstige Einnahmen nach § 220 Abs. 1 S. 1 SGB V erfolgt. Diese Beiträge werden nicht deshalb zu staatlichen Beiträgen, weil staatliches Recht ihre Erhebung anordnet.³⁹⁸ Oftmals wird eine bedenkliche ergebnisorientierte Auslegung des § 98 Nr. 2 GWB vorgenommen. Krankenkassen werden nicht überwiegend vom Staat finanziert. Aus diesem Gesichtspunkt ist keine hinreichende Staatsnähe nachweisbar.

bb) Staatsnähe durch Aufsicht

Eine hinreichende Staatsnähe kann durch die Ausübung von Aufsicht begründet werden. Aufsichtliche Maßnahmen gegenüber nachgeordneten Verwaltungsträgern und Behörden fungieren als wichtiges Steuerungsmittel. Dadurch sollen die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit einschließlich der einheitlichen Wirksamkeit des Verwaltungshandelns gesichert werden.³⁹⁹ Im öffentlichen Recht wird dabei zwischen Rechts- und Fachaufsicht unterschieden. Bei der Rechtsaufsicht kann lediglich die Rechtmäßigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit von der übergeordneten Behörde überprüft werden. Die fachaufsichtliche Staatsaufsicht erstreckt sich hingegen auf Zweckmäßigkeitserwägungen einschließlich der Wirtschaftlichkeit und der Effizienz.⁴⁰⁰

Unstreitig liegt eine staatliche Beherrschung im Falle der Fachaufsicht vor.⁴⁰¹ Dieses aufsichtliche Einschreiten ermöglicht eine aktive Gestaltung der Leistung der beaufsichtigten juristischen Person.⁴⁰² Fraglich ist hingegen, ob die reine Rechtsaufsicht für die Begründung der Staatsnähe ausreicht. Vielfach wird geltend gemacht, aufgrund einer Beschränkung der Aufsicht auf Rechtsfehler weise sie nicht die notwendige Intensität für eine Zurechnung der Tätigkeit der beaufsichtigten Einrichtung, die ein Selbstverwaltungsrecht für sich in Anspruch nehmen

³⁹⁶ Vgl. dazu auch *Byok*, GesR 2007, 553 (554).

³⁹⁷ So im Ergebnis auch *Boldt*, NJW 2005, 3757 (3759); *Jaeger*, ZWeR 2005, 31 (56); *Rixen*, GesR 2006, 49 (53); a.A. BayObLG NZBau 2004, 623 (624); ebenso ablehnend VK Brandenburg, Beschl. v. 23.7.2007 – 1 VK – 26/07.

³⁹⁸ So *Byok/Jansen*, NVwZ 2005, 53 (55); *Dreher*, NZBau 2005, 297 (301f.); *Heßhaus*, VergabeR 2006, 333 (338); *Kingreen*, in: Beck-OK, SGB V, § 109 Rn. 18.

³⁹⁹ *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 40.

⁴⁰⁰ *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 42.

⁴⁰¹ *Werner*, in: *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 363.

⁴⁰² *Dietlein*, NZBau 2002, 136 (141).

kann, zum Staat auf. Zunächst ist anzumerken, dass § 98 GWB infolge eines Umsetzungsaktes europäischer Richtlinien in das nationale Recht eingefügt wurde. § 98 Nr. 2 GWB spricht lediglich von Aufsicht im allgemeinen Sinne. Daher kann die nationale Unterscheidung zwischen Rechts- und Fachaufsicht für das Kartellvergaberecht keine eigenständige Bedeutung haben.⁴⁰³ Zudem ist die Rechtsaufsicht im deutschen Gesundheitswesen nicht nur auf eine bloße nachprüfende Kontrolle beschränkt.⁴⁰⁴ Demnach ist der Ansicht des BayObLG⁴⁰⁵, dass gesetzliche Krankenkassen als Selbstverwaltungsorgane lediglich nach § 87 Abs. 1 S. 2 SGB IV der Rechtsaufsicht unterfallen, nicht zu folgen.⁴⁰⁶ Die Aufsichtsbehörden im Sozialversicherungsrecht haben weitere, über die der bloßen Rechtsaufsicht hinausgehende Eingriffsbefugnisse. Stellt die Aufsichtsbehörde fest, dass eine Krankenkasse Rechtsverletzungen begeht, kann sie die Krankenkasse nach § 89 Abs. 1 SGB IV anweisen, diese Rechtsverletzungen auch unter Einbeziehung von Verwaltungszwang zu beheben. Auch die sogenannten Mitwirkungsrechte gehen über die bloße Rechtsaufsicht hinaus. Dabei handelt es sich um gesetzliche Regelungen, die bei Rechtssetzungsakten oder bei Verwaltungsmaßnahmen, wie etwa der Anlage von Vermögen in Grundstücken, die Mitwirkung staatlicher Stellen in Form von Genehmigungen vorschreiben.⁴⁰⁷ So muss beispielsweise die Aufsichtsbehörde nach § 85 Abs. 1 SGB IV Darlehen für gemeinnützige Zwecke, den Erwerb und das Leasen von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie die Errichtung, die Erweiterung und den Umbau von Gebäuden genehmigen. Dieser Form der Mitwirkung kommt erhebliche Intensität zu, wodurch die Behörde auf die Entscheidung der Krankenkassen in Bezug auf öffentliche Aufträge Einfluss nehmen kann.⁴⁰⁸ Den Krankenkassen wird Selbstverwaltung im Sinne eines Frei-raums für eigenverantwortliches Verhalten nur in geringem Umfang eingeräumt. Die staatliche Regelungsdichte ist derart hoch, dass den Krankenkassen eine eigenverantwortliche Gestaltung des Satzungs-, Organisations-, Beitrags- und Leistungsrechts weitgehend verwehrt bleibt.⁴⁰⁹ Ein weiterer Aspekt, der für die hinreichende Staatsnähe spricht, ist die Prüfungsbefugnis der Geschäfts-, Rechnungs- und Betriebsführung gem. § 274 SGB V.⁴¹⁰ Danach haben das Bundesversicherungsamt und die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder mindestens alle fünf Jahre die Geschäfts-, Rechnungs- und Betriebsführung der ihrer Aufsicht unterstehenden Krankenkassen zu prüfen. Die Prüfung hat sich auf den gesamten Geschäftsbetrieb zu erstrecken und umfasst die Prüfung seiner Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit. Zwar wird die Überprüfung erst nachträglich durchgeführt, jedoch hat sie zumindest mittelbare Auswirkung auf zukünftige Unternehmensentscheidungen. Die Überprüfung macht nur Sinn, wenn die Aufsichtsbehörden im Falle der Feststellung einer unwirt-

⁴⁰³ Byok, GesR 2007, 553 (555); Kaeding, PharmaR 2007, 239 (243).

⁴⁰⁴ EuGH Urt. v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00, Slg. 2003, I-1996 Rn.70 (Adolf Truley).

⁴⁰⁵ BayObLG NZBau 2004, 623 (625).

⁴⁰⁶ So auch Byok/Jansen, NVwZ 2005, 53 (55).

⁴⁰⁷ Byok/Jansen, NVwZ 2005, 53 (55).

⁴⁰⁸ OLG Düsseldorf Beschl. v. 30.4.2003 – Verg 67/02.

⁴⁰⁹ Axer, Die Verwaltung 35 (2002), 377 (380ff.).

⁴¹⁰ A.A. BayObLG NZBau 2004, 623 (625).

schaftlichen Mittelverwendung die erforderlichen Maßnahmen treffen können, um für die Zukunft die Wirtschaftlichkeit sicherzustellen. Zudem können leistungsunfähige Krankenkassen nach §§ 146a, 153 S. 1 Nr. 3, 156, 163 S. 1 Nr. 3 und 170 S. 2 SGB V geschlossen werden.

Es erscheint äußerst schwierig, die hinreichende Staatsnähe allein anhand der Abgrenzung zwischen Rechts- und Fachaufsicht festzulegen.⁴¹¹ De lege lata sind die Krankenkassen nur der Rechtsaufsicht unterworfen. Daneben haben sie sich weiteren, oftmals schwerwiegenden, Aufsichtsmaßnahmen zu stellen. Es ist geboten, eine Gesamtschau aller möglichen Aufsichtsmaßnahmen vorzunehmen und die Intensität des staatlichen Einflusses auf den konkreten Beschaffungsvorgang zu betrachten. Dieser Einfluss ist bei der Zulassung von Krankenhäusern vergleichsweise hoch. So muss beispielsweise die zuständige Landesbehörde den Abschluss oder die Ablehnung eines Versorgungsvertrages gem. § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V genehmigen.⁴¹² Die Genehmigung fungiert in diesem Falle als ein Mittel präventiver Rechtskontrolle. Sie enthält die staatliche Unbedenklichkeitsbescheinigung nur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit des Abschlusses des Versorgungsvertrages; die Aufsichtsbehörde hat demgegenüber keine eigene Sachentscheidungskompetenz. Die materiellen Zulassungsvoraussetzungen der Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Bedarfsgerechtigkeit sind sehr weit interpretierbare Begriffe, die die Aufsichtsbehörden theoretisch nutzen können, um Einfluss auf die Zweckmäßigkeit einzelner Zulassungsentscheidungen zu nehmen. Zu beachten ist, dass die Aufsichtsbehörde nach § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V jedenfalls in Bayern identisch ist mit der Behörde, die für die Aufstellung des Krankenhausplanes zuständig ist. Die Erteilung der Genehmigung wird daher im Einklang mit der durch sie zu verantwortenden Krankenhausbedarfsplanung stehen. Damit ist ein inhaltlicher Einfluss auf die Zulassungsentscheidung äußerst wahrscheinlich. Diese Aufsichtsmaßnahmen sprechen im Ergebnis für die Ausübung der Aufsicht der staatlichen Stellen über die gesetzlichen Krankenkassen i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB. Krankenkassen weisen somit eine hinreichende Staatsnähe auf und sind als öffentliche Auftraggeber i.S.d. Kartellvergaberechts anzusehen.⁴¹³

4) Öffentlicher Auftrag

Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts setzt des Weiteren voraus, dass ein öffentlicher Auftrag nach § 99 GWB vorliegt. Darunter ist ein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen zu verstehen, der Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand

⁴¹¹ Kingreen, SGB 2004, 659 (662); ders., in: Beck-OK, SGB V, § 109 Rn. 18.

⁴¹² So auch Kingreen, in: Beck-OK, SGB V, § 109 Rn. 18.

⁴¹³ So auch Byok, GesR 2007, 553 (555); ders./Jansen, NVwZ 2005, 53 (55); Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 225; Goodarzi/Junker, NZS 2007, 632 (634); Jaeger, ZWeR 2007, 31 (56); Rixen, GesR 2006, 49 (53).

hat.⁴¹⁴ Der Vertrag muss Beschaffungszwecken dienen und daher der Auftraggeber als Nachfrager der Dienstleistungen auftreten.

a) Rechtsnatur des Vertrages

Aufträge des Vergaberechts sind grundsätzlich privatrechtliche Verträge.⁴¹⁵ Die die Zulassung von Krankenhäusern betreffenden Verträge sind jedoch öffentlich-rechtlicher Natur.⁴¹⁶ Dies gilt sowohl für den zwischen einem Krankenhaus und den Landesverbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen direkt abgeschlossenen Versorgungsvertrag nach § 109 Abs. 1 S. 1 SGBV, als auch, zumindest der rechtlichen Qualifikation nach, für den fingierten Versorgungsvertrag nach § 109 Abs. 1 S. 2 SGB V, der durch Aufnahme in den Landeskrankenhausplan zustande kommt.⁴¹⁷ Aufgrund dieser Divergenz lässt sich jedoch die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts nicht von vornherein ausschließen. Würde man den öffentlichen Vertrag nach § 99 GWB allein anhand der Rechtsnatur des Vertrages klassifizieren, könnte jeder einzelne Mitgliedsstaat über die Anwendbarkeit des Vergaberechts frei disponieren. Je nach Qualifizierung des Beschaffungsvertrags wäre das europäisierte Vergaberecht anwendbar oder nicht. Auch der EuGH ist der Ansicht, dass der öffentlich-rechtliche Charakter von Vertragsverhältnissen der Anwendung des Vergaberechts nicht grundsätzlich entgegensteht.⁴¹⁸ In dem vom EuGH zu beurteilenden Fall ging es um einen Erschließungsvertrag im Rahmen öffentlicher Bauaufträge. Nach Ansicht des EuGH steht dem Vorliegen einer vergaberechtsrelevanten Vertragsbeziehung nicht entgegen, dass der Erschließungsvertrag dem öffentlichen Recht unterliegt und die Ausübung hoheitlicher Gewalt einschließt. In mehreren Mitgliedsstaaten sei nämlich ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, der als solcher dem öffentlichen Recht unterliegt.⁴¹⁹

Eine restriktive Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 GWB ist schon dem Wortlaut nach und insbesondere nach den europäischen Vergaberichtlinien nicht geboten. Nach Art. 1 lit. a der Richtlinie 93/37/EWG ist lediglich von schriftlichen entgeltlichen Verträgen die Rede. Schon im Interesse der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts – „effet utile“ – ist der öffentliche Auftrag nach § 99 GWB nicht anhand seiner Rechtsnatur zu beurteilen.⁴²⁰ Die gewählte Handlungsform erscheint eher als Modalität und nicht als Anwendungsvoraussetzung des Kartellvergaberechts als Sonderrecht des Staates.⁴²¹ Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 99 GWB sind somit die die Zulassung von Kran-

⁴¹⁴ Willenbruch, in: Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 7.

⁴¹⁵ Vgl. dazu BT-Drs. 13/9340, S. 15.

⁴¹⁶ BSGE 51, 126 (128f.).

⁴¹⁷ Burgi/Brohm, MedR 2005, 74 (77f.).

⁴¹⁸ EuGH Urt. v. 12.7.2001 – Rs. C-399/98, Slg. 2001, I-5409 (Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi).

⁴¹⁹ EuGH Urt. v. 12.7.2001 – Rs. C-399/98, Slg. 2001, I-5409 Rn. 74 (Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi); so auch Burgi/Brohm, MedR 2005, 74 (78); Dreher, DB 1998, 2579 (2587).

⁴²⁰ Burgi, NZBau 2002, 57 (60).

⁴²¹ Burgi, NZBau 2002, 57 (61).

kenhäusern betreffenden öffentlich-rechtlichen Beschaffungsverträge von der Norm umfasst.⁴²²

b) Versorgungsvertrag nach § 109 SGB V

Wenig Probleme bereitet die Anerkennung des tatsächlich abgeschlossenen Versorgungsvertrages nach § 109 Abs. 1 S. 1 SGB V als öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB. Anders ist dies jedoch bei dem lediglich fingierten Versorgungsvertrag von Plankrankenhäusern qua hoheitlicher Anordnung nach § 109 Abs. 1 S. 2 SGB V. Die Aufnahme in den Krankenhausplan wird von der Planungsbehörde durch Verwaltungsakt hoheitlich angeordnet. An sich stellt diese Handlungsform keine vertragliche Beschaffung von Leistungen dar.⁴²³ Der öffentliche Auftrag nach § 99 GWB setzt zumindest seinem Wortlaut nach, im Gegensatz zur staatlichen Bedarfsdeckung, eine einvernehmliche Beschaffung von Leistungen voraus. Auch dieses Ergebnis würde den Mitgliedsstaaten ermöglichen, das Kartellvergaberecht durch Besonderheiten des nationalen Zulassungsrechts zu umgehen.⁴²⁴ Die unterschiedliche vergaberechtliche Behandlung von Vertrags- und Plankrankenhäusern würde dem „effet utile“ des europäischen Gemeinschaftsrechts widersprechen.⁴²⁵ Vor dem Hintergrund des funktionalen Auftraggeberbegriffs ist zur Vermeidung dieser Umgehungsgefahr allein auf das äquivalente Ergebnis als Beschaffungsvorgang abzustellen.⁴²⁶ Auch nach der Rechtsprechung des EuGH sind die Voraussetzungen der Vergaberichtlinien so zu beurteilen, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie nicht dadurch beeinträchtigt wird, dass das nationale Recht Besonderheiten aufweist.⁴²⁷ In der Literatur wird zum Teil das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages bei der Zulassung von Plankrankenhäusern verneint.⁴²⁸ Demnach sei eine Vergleichbarkeit zwischen der Zulassung von Vertragskrankenhäusern und Plankrankenhäusern nicht gegeben. Aufgrund der Nachrangigkeit des direkten Vertragsabschlusses nach § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V handele es sich nicht um alternative Zulassungsvarianten. Zutreffend ist, dass im Fall des § 108 Nr. 3 SGB V bei Abschluss eines Versorgungsvertrages allein die unmittelbar handelnden Parteien den Vertrag abschließen. Im Gegensatz dazu handelt es sich im Fall des § 108 Nr. 2 SGB V um ein Dreiecksverhältnis. Durch die hoheitliche Aufnahmeanordnung des Landes wird das Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen und dadurch ein Versorgungsvertrag zwischen Krankenhaus und Krankenkasse fingiert. BURGI und BROHM vertreten die Ansicht, dass dadurch aus Sicht des Landes keine an sich vergaberechtliche Konstellation dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts entzogen werde.⁴²⁹ Vielmehr sehe das KHG für das Land nur den Verwaltungsakt als Handlungsform vor. Das

⁴²² *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (78); *Koenig/Steiner*, ZESAR 2003, 150 (151).

⁴²³ *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (78).

⁴²⁴ *Becker/Bertram*, KH 2002, 541 (545).

⁴²⁵ *Becker/Bertram*, KH 2002, 541 (545); *Koenig/Steiner*, ZESAR 2003, 150 (152).

⁴²⁶ *Koenig/Steiner*, ZESAR 2003, 150 (151).

⁴²⁷ EuGH Urt. v. 12.7.2001 – Rs. C-399/98, Slg. 2001, I-5409 Rn. 55 (Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi).

⁴²⁸ So im Ergebnis *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (79).

⁴²⁹ *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (79).

Vergaberecht dient jedoch nicht nur der reinen Wirtschaftlichkeit. Es soll nach seinem Regelungszweck für den Anbieter eine Schutzwirkung entfalten. Wird das nicht aufgenommene Krankenhaus bei der Vergabe der Plätze im Krankenhausplan übergangen, wird es in seinem subjektiv-öffentlichen Recht auf Teilhabe am Wettbewerb verletzt. Entscheidend ist demnach die Betrachtung aus Sicht des tatsächlichen Anbieters der Dienstleistung. Richtig ist, dass dem Land als Träger der Krankenhausplanung lediglich die Gewährleistungsverantwortung zukommt und ihm deshalb nicht die eigentliche Leistungserbringung obliegt.⁴³⁰ Die Aufnahme in den Krankenhausplan ist kein Beschaffungsvorgang des Landes. Das Kartellvergaberecht soll aber nicht das Land schützen, sondern das Krankenhaus als direkten Leistungserbringer. Es kann in diesem Fall nur schwer mit dem Interesse der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts argumentiert werden. Die Heranziehung eines fingierten Versorgungsvertrages im Krankenhausplanungsrecht stellt wohl nur eine nationale Besonderheit dar, die den gemeinschaftsrechtlich geprägten Begriff des öffentlichen Auftrags nicht aushebeln kann. Für das einzelne Krankenhaus macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob der Versorgungsvertrag mit der Krankenkasse direkt oder qua hoheitlicher Anordnung fiktiv geschlossen wird. Mit Blick auf den „effet utile“ des europäisierten Vergaberechts ist wohl auch bei der Zulassung von Plankrankenhäusern ein öffentlicher Vertrag anzunehmen.

5) Entgeltlichkeit

Der öffentliche Vertrag nach § 99 GWB muss das Kriterium der Entgeltlichkeit erfüllen.⁴³¹ Dadurch soll klargestellt werden, dass die Krankenkasse als öffentlicher Auftraggeber eine Gegenleistung erbringen muss. Grundsätzlich soll die Entgeltlichkeit bei jedem geldwerten Vorteil gegeben sein. Daher genügen neben der unmittelbaren Zuwendung von Geldmitteln auch andere Formen der Leistungserbringung.⁴³² Die Entgeltlichkeit eines Vertrages ist für den Fall zu verneinen, in dem die Gegenleistung eines Vertrages nicht in Geld, sondern im Recht zur Verwertung der eigenen Leistung besteht.⁴³³ Auf Dienstleistungskonzessionen⁴³⁴, bei denen das Krankenhaus als Konzessionär keine Vergütung, sondern lediglich das Recht zur Verwertung dieser Leistung übertragen erhält⁴³⁵, findet das Kartellver-

⁴³⁰ Daher wird teilweise versucht, die Inkongruenz zwischen dem die Planaufnahme beschließenden Land und den nachfragenden Krankenkassen für unschädlich zu erklären, indem die Auffassung vertreten wird, dass die Krankenhausträger und die Vertreter der Kassenverbände maßgeblich an der Planaufnahmeentscheidung mitwirken. Vgl. dazu *Koenig/Steiner*, ZESAR 2003, 150 (152).

⁴³¹ *Becker*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 108 Rn. 16.

⁴³² *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 457.

⁴³³ EuGH Urt. v. 7.12.2000 – Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745 (Telaustria und Telefonadress).

⁴³⁴ Vgl. ausführlich zum Begriff der Dienstleistungskonzession *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 25ff.

⁴³⁵ *Böckel*, LKV 2003, 393 (395); *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (80).

gaberecht keine Anwendung.⁴³⁶ Die die Krankenhauszulassung begründenden Versorgungsverträge stellen solch eine Konzession dar.⁴³⁷ Das zugelassene Krankenhaus als Auftragnehmer hat das mit der Erbringung der Dienstleistung verbundene wirtschaftliche Risiko vollends selbst zu übernehmen.⁴³⁸ Durch den fiktiv oder tatsächlich abgeschlossenen Versorgungsvertrag wird noch kein Entgeltanspruch zugunsten des Krankenhauses begründet. Er ist lediglich Grundvoraussetzung für bevorstehende Pflegesatzverhandlungen nach Maßgabe des KHG, des KHEntgG und der BPflV. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Krankenkassen die Entgelte für die Behandlungsleistungen, die von ihren Mitgliedern in Anspruch genommen wurden, direkt an die Krankenhäuser zahlen.⁴³⁹ Dadurch wird nur das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Patienten übernommen, nicht jedoch das wirtschaftliche Risiko der Leistungserbringung auf dem Gesundheitsmarkt. Durch die Zulassung darf das Krankenhaus zwar grundsätzlich Leistungen für die gesetzlich versicherten Patienten erbringen, jedoch besteht hinsichtlich der Fallzahlen und des Umfangs der Behandlungen keine Garantie. Es ist Aufgabe jedes einzelnen Krankenhauses, sich bestmöglich im Gesundheitswesen zu positionieren. Somit trägt das Krankenhaus das für die Beurteilung der Entgeltlichkeit maßgebliche Marktrisiko selbst.

Mangels Entgeltlichkeit besteht zwischen Krankenhaus und Krankenkasse lediglich eine Dienstleistungskonzession, die die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts ausschließt.

II. Allgemeine Ausschreibungspflicht

Nachdem die Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts festgestellt wurde, stellt sich nunmehr die Frage, ob dennoch eine Ausschreibungspflicht hinsichtlich der Zulassung von Krankenhäusern besteht. Liegt solch eine Pflicht vor, ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, wie das Ausschreibungsverfahren konkret auszugestalten ist.

1) Vorliegen einer Ausschreibungspflicht

Ausschreibungspflichten hinsichtlich einer geordneten Vergabe können sich nur aufgrund allgemeiner Grundsätze des Europarechts und des nationalen Rechts ergeben.⁴⁴⁰ Dabei kommen insbesondere Grundsätze von Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Nachprüfbarkeit in Betracht. Bei der Dienstleistungskonzession steht eine Beschaffung bzw. ein beschaffungsähnlicher Einkauf im Vordergrund.⁴⁴¹ Aufgrund der Zulassung wird es Krankenhäusern ermöglicht, als Leistungserbringer der gesetzlichen Krankenkassen auf dem Gesundheitsmarkt zu

⁴³⁶ Dazu ausführlich *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 183ff.

⁴³⁷ *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (80); *Kingreen*, in: Beck-OK, SGB V, § 109 Rn. 19; *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 25 Rn. 41.

⁴³⁸ So auch *Kingreen*, in: Beck-OK, SGB V, § 109 Rn. 19.

⁴³⁹ *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (80).

⁴⁴⁰ *Dreher*, NZBau 2002, 419 (421); *Pietzcker*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, S. 70.

⁴⁴¹ *Burgi*, NVwZ 2002, 601 (604); *Dietlein*, NZBau 2004, 472 (473).

agieren. Es handelt sich dabei um den Einkauf eines Privaten, der zumindest mittelbar die staatliche Aufgabe der Gewährleistungsverantwortung in eigener Regie erfüllt. Daher ist ein Wettbewerbsbezug gegeben.⁴⁴² Der Markt für die Erbringung von Gesundheitsleistungen ist sowohl für inländische als auch ausländische Unternehmen äußerst attraktiv.⁴⁴³ Die Planungsbehörde hat im Rahmen eines Verteilungsverfahrens zwischen den potentiellen aufnahmebegehrenden Krankenhäusern eine Auswahlentscheidung zu treffen. Die Verteilung anhand konkreter Vergabe Grundsätze ist schon deshalb zu fordern, weil bei solch einer Konkurrenzsituation das knappe Gut⁴⁴⁴ bei einer Überzahl von Bewerbern gerecht verteilt werden muss.⁴⁴⁵ Vor diesem Hintergrund ist es erstrebenswert, die Vergabe der Dienstleistungskonzession anhand gleicher Wettbewerbschancen für alle in Betracht kommenden Anbieter sicherzustellen.

a) Verfahrensrechtliche Vorgaben des Europarechts

Auftraggeber aus den EG-Mitgliedsstaaten sind bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, die in den Geltungsbereich des EG-Vertrages fallen, an die Vorschriften und Grundsätze dieses Vertrages gebunden. Zu diesen Grundsätzen gehören unter anderem der freie Warenverkehr (Art. 28 EGV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV), Nichtdiskriminierung (Art. 12 EGV), Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung. Dabei ist zu beachten, dass die Grundfreiheiten nicht nur Abwehrrechte, sondern auch Schutzrechte sind.⁴⁴⁶ Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession unterfällt zwar nicht dem Vergaberecht, ist jedoch am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen.⁴⁴⁷ Der EuGH hat ausdrücklich festgestellt, dass, auch wenn manche Verträge bzw. Konzessionen vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ausgenommen sind, die Auftraggeber die Grundregeln des EG-Vertrages beachten müssen.⁴⁴⁸ Einer missbräuchlichen Nachfragemacht des Staates und seiner Vergabestellen soll entgegengewirkt werden. Zudem schließen der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Nichtdiskriminierung eine Transparenzpflicht ein, wonach der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Ver-

⁴⁴² Zum Beschaffungscharakter der Dienstleistungskonzession *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 197f.

⁴⁴³ Vgl. dazu EuGH Urt. v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 (Coname).

⁴⁴⁴ Vgl. zum knappen Gut 5. Kapitel B.II.1)a)aa).

⁴⁴⁵ Zum Verteilungsverfahren als neuem Verfahrenstypus *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 277 (290f.).

⁴⁴⁶ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EGV/EUV, Art. 28 EGV Rn. 10ff.

⁴⁴⁷ EuGH Urt. v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Rn. 17f. (Coname).

⁴⁴⁸ EuGH Urt. v. 7.12.2000 – Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745 Rn. 60 (Telaustria und Telefonadress).

gabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.⁴⁴⁹ So stehen auch bei Dienstleistungskonzessionen die privaten Anbieter in einem Konkurrenzverhältnis und somit im Wettbewerb. Zu beachten ist, dass die Vergabe der Konzession eine gewisse Binnenmarktrelevanz aufweisen muss. Dies ist deshalb erforderlich, da die aus dem EG-Vertrag abgeleiteten Anforderungen nur für die Vergaben gelten, die in hinreichendem Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarktes stehen. In Fällen, in denen die Vergabe nur geringfügige wirtschaftliche Bedeutung aufweist, wären die Auswirkungen auf die Grundfreiheiten zu zufällig und zu mittelbar.⁴⁵⁰ Wann solch ein hinreichender Zusammenhang besteht, muss der einzelne Auftraggeber entscheiden. Die Prüfung der einzelnen Umstände, wie etwa des Auftragsgegenstands, des Auftragswerts oder wirtschaftlicher Gepflogenheiten, hat anhand des jeweiligen Falles zu erfolgen.⁴⁵¹ Kommt der Nachfrager der Leistungen für sich zu dem Schluss, dass der fragliche Auftrag Binnenmarktrelevanz aufweist, muss die Vergabe unter Einhaltung der aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Grundanforderungen erfolgen. Erhält die Kommission Kenntnis von einer etwaigen Verletzung dieser Anforderungen, wird sie ein Verfahren nach Art. 226 EGV nur einleiten, wenn dies bei Berücksichtigung der Schwere der Vertragsverletzungen und ihrer Auswirkungen auf den Binnenmarkt als angemessen erscheint. Bei der Zulassung von Krankenhäusern zur Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung ist von einer Binnenmarktrelevanz auszugehen. Die Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherungen für die Krankenhausbehandlung ihrer Versicherten belaufen sich auf jährlich etwa 50 Mrd. Euro. Dies sind umgerechnet ca. 35% der Gesamtausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung. Bei diesen enormen Summen ist eine immense wirtschaftliche Bedeutung und deshalb auch eine Binnenmarktrelevanz nicht von der Hand zu weisen.

Das zu den Leitmotiven des EG-Vertrages gehörende Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV) spielt neben den Grundfreiheiten bei der Auftragsvergabe eine entscheidende Rolle.⁴⁵² Dieses Prinzip ist Grundvoraussetzung für die materielle Gleichbehandlung aller Teilnehmer in einem grenzüberschreitenden Binnenmarkt. Art. 12 EGV stellt eine besondere Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes dar und verbietet, dass Angehörige anderer Mitgliedsstaaten aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit schlechter gestellt werden als Inländer.⁴⁵³ Von diesem Verbot sind sowohl offene als auch versteckte Diskriminierungen erfasst. Bei versteckten bzw. materiellen Diskriminierungen wird zwar auf ein anderes Unterscheidungskriterium als das der Staatsangehörigkeit zurückgegriffen, die Diskriminierung wird jedoch aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirkt.⁴⁵⁴ Die Ungleichbehandlung erfolgt dadurch, dass Angehörige von Mitgliedsstaaten bevorzugt oder benachteiligt wer-

⁴⁴⁹ EuGH Urt. v. 7.12.2000 – Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745 Rn. 62 (Telaustria und Telefonadress); EuGH Urt. v. 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 Rn. 49 (Parking Brixen); ebenso Kommission, Mitteilung v. 1.8.2006 (Abl. EG C 179/02), S. 3.

⁴⁵⁰ EuGH Urt. v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Rn. 20 (Coname).

⁴⁵¹ Kommission, Mitteilung v. 1.8.2006 (Abl. EG C 179/02), S. 4.

⁴⁵² So auch *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 203f.

⁴⁵³ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EGV/EUV, Art. 12 EGV Rn. 37.

⁴⁵⁴ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EGV/EUV, Art. 12 EGV Rn. 11.

den.⁴⁵⁵ Solch eine Diskriminierung bei öffentlichen Beschaffungsvorgängen ist schon gegeben, wenn die Konzessionsvergabe mangels Transparenz zu einer unterschiedlichen Behandlung zum Nachteil des in dem anderen Mitgliedsstaat niedergelassenen Unternehmens führt.⁴⁵⁶ In Ermangelung jedweder Transparenz hat der übergangene Mitstreiter keine reale Möglichkeit, sein Interesse am Erhalt der im Raum stehenden Konzession kundzutun. Das Prinzip der Gleichbehandlung muss in jeder Verfahrensstufe der Auftragsvergabe eingehalten werden, da ansonsten eine homogene Chancenwahrung hinsichtlich der Angebotsaufstellung nicht gewährleistet ist.⁴⁵⁷ Nur wenn das interessierte Unternehmen aufgrund veröffentlichter und bekanntgemachter Vorgaben ausreichend Kenntnis von den Bedingungen der nachgefragten Leistungen erhält, kann ein echter Wettbewerb im Bereich des öffentlichen Auftragswesens entstehen.⁴⁵⁸

Fast ausnahmslos sind die Zielsetzungen der geordneten Auftragsvergabe mit der Verwirklichung von Transparenz verbunden. Sie dient sowohl der Verwirklichung des Wettbewerbsgedankens als auch dem Schutz vor staatlicher Willkür und Korruption.⁴⁵⁹ Transparenz ist mehr als ein formales Ordnungsprinzip. Vielmehr werden durch die Einhaltung der Teilnahme- und Publizitätsvorschriften subjektive Rechte begründet.⁴⁶⁰ Dadurch soll sichergestellt werden, dass allen potentiellen Bietern die Spielregeln der Vergabe bekannt sind und auch bekannt gemacht werden.⁴⁶¹ Der EuGH hat ausdrücklich in seiner Rechtsprechung festgestellt, dass es Sache der konzessionserteilenden öffentlichen Stelle ist, unter der Kontrolle der zuständigen Gerichte zu beurteilen, ob die Modalitäten der Ausschreibung den Besonderheiten der betreffenden öffentlichen Dienstleistungskonzession angemessen sind. Allerdings steht das völlige Fehlen einer Ausschreibung im Fall der Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession weder mit den Anforderungen der Art. 43 und 49 EGV noch mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz in Einklang.⁴⁶²

Auch das europäische Beihilfenrecht nach Art. 87 EGV enthält verfahrensrechtliche Vorgaben. Ausgleichszahlungen gelten dann als verbotene Beihilfe, wenn die begünstigten Unternehmen diese unter normale Marktbedingungen nicht

⁴⁵⁵ So ausdrücklich zur Dienstleistungskonzession EuGH Urt. v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Rn. 19 (Coname); zur Einbeziehung versteckter Diskriminierungen *Kewenig*, JZ 1990, 20 (21f.).

⁴⁵⁶ EuGH Urt. v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Rn. 17 (Coname).

⁴⁵⁷ EuGH Urt. v. 22.6.1993 – Rs. C-243/89, Slg. 1993, I-3353 Rn. 38ff. (Kommission/Dänemark).

⁴⁵⁸ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 218.

⁴⁵⁹ Vgl. dazu *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 190.

⁴⁶⁰ EuGH Urt. v. 20.9.1988 – Rs. 31/87, Slg. 1988, I-4635 Rn. 43 (Gebroeders Beentjes BV/Niederländischer Staat); vgl. dazu auch *Brinker*, EWS 1995, 255 (258).

⁴⁶¹ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 205.

⁴⁶² EuGH Urt. v. 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 Rn. 50 (Parking Brixen); vgl. dazu auch *Braun/Hauswaldt*, EuZW 2006, 176 (178).

erhalten hätten.⁴⁶³ Im Rahmen des sogenannten Privatanlegertests („market economy investor“) wird danach gefragt, ob anstelle des Staates auch ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen vorgehender Privatinvestor die jeweilige Zuwendung bzw. Investition getätigt hätte.⁴⁶⁴ Je nach Maßnahme ist dabei auf eine langfristige Sicht des privaten Investors abzustellen.⁴⁶⁵ Die verfahrensrechtliche Dimension des Beihilfenrechts kommt besonders bei der Bestimmung der Angemessenheit der Ausgleichszahlungen zum Tragen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine nicht zu rechtfertigende Vorteilsgewährung i.S.d. Art. 87 EGV dann nicht gegeben, wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der die Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann.⁴⁶⁶ Durch diese Verfahrensanforderungen soll ein transparenter Markt gewährleistet und die Manipulation im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung vermieden werden.⁴⁶⁷ Wurde die Höhe der Ausgleichszahlung durch ein objektives Verfahren ermittelt, liegt die Vermutung nahe, dass keine zu beanstandende Beihilfe vorliegt.⁴⁶⁸ Die öffentlichen Träger müssen deshalb schon aus beihilfenrechtlicher Sicht ein Verfahren wählen, dass eine diskriminierungsfreie Vergabepaxis sicherstellt, bei der sich Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis gegenüberstehen.

b) Verfahrensrechtliche Vorgaben des nationalen Rechts

Grundrechte als Verfahrensrechte⁴⁶⁹ kommen vorwiegend zum Tragen, wenn, wie bei der Zulassung von Krankenhäusern, das Vergaberecht nicht anwendbar ist. Eine bedeutende Rolle spielt Art. 12 Abs. 1 GG.⁴⁷⁰ Durch die hoheitliche Vergabe öffentlicher Aufträge wird die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit berührt.⁴⁷¹ Zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG gehört mitunter das berufsbezogene Verhalten Einzelner und ihre Bemühungen um öffentliche Aufträ-

⁴⁶³ EuGH Urt. v. 29.4.1999 – Rs. C-324/96, Slg. 1999, I-2459 Rn. 41 (Spanien/Kommission); EuGH Urt. v. 24.7.2003 – Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rn. 84 (Altmark Trans).

⁴⁶⁴ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (393).

⁴⁶⁵ Vgl. dazu *Koenig*, ZIP 2000, 53 (57).

⁴⁶⁶ EuGH Urt. v. 24.7.2003 – Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rn. 93 (Altmark Trans).

⁴⁶⁷ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (393).

⁴⁶⁸ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (394); *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (780f.).

⁴⁶⁹ Vgl. dazu *Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, S. 104ff.; *Steiner*, NZS 2002, 113 (114f.).

⁴⁷⁰ Denkbar ist auch eine Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Bei der Zulassung von Krankenhäusern steht jedoch primär der Wettbewerbs- und Konkurrenzschutzgedanke im Vordergrund, so dass sich die weiteren Ausführungen an Art. 12 Abs. 1 GG orientieren. So ist bei einer marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen Hand eher an einen Eingriff in die Berufsfreiheit zu denken. Vgl. dazu *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 101.

⁴⁷¹ *Cremer*, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, S. 29 (39); *Kluth*, WiVerw 2000, 184 (197); *Schliesky*, DVBl. 1999, 78 (82); *Tettinger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 162; a.A. *Pietzcker*, NZBau 2003, 242 (244).

ge.⁴⁷² Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG sichert die Teilnahme am Wettbewerb und einen materiellen Teilhabeanspruch dahingehend, dass alle potentiellen Bewerber gleichen Zugang zu staatlichen Leistungen haben.⁴⁷³ Das Grundrecht auf Berufsfreiheit umfasst zwar nicht einen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb, jedoch soll anhand sachgerechter Kriterien ein transparentes Verteilungsverfahren zum Schutze der Marktteilnehmer durchgeführt werden.⁴⁷⁴ Durch die Vergabe öffentlicher Aufträge wird auf die Konkurrenzsituation der Bewerber ein wesentlicher Einfluss genommen. Daher ist im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verteilungsverfahren zu fordern.⁴⁷⁵

Durch die staatliche Krankenhausplanung wird in gewisser Weise ein Markt und ein Wettbewerb eröffnet, der durch die Planaufnahmeentscheidung reguliert wird. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren bietet und die Berufsfreiheit keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf künftige Erwerbsmöglichkeiten gewährt.⁴⁷⁶ Jedoch kann aus dieser Rechtsprechung nicht abgeleitet werden, dass dadurch Bewerbungen um die Vergabe von öffentlichen Aufträgen aus dem Schutzbereich der Berufsfreiheit ausgenommen sind.⁴⁷⁷

Im Bereich des Krankenhausrechts soll vor allem das planungsrechtliche Verfahren nach dem KHG eine gerechte Auswahl bei der Krankenhauszulassung gewährleisten. Art. 12 Abs. 1 GG schützt dabei die einzelnen Bewerber, indem die Verteilung der Krankenhausplätze nur unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit erfolgen darf. Die Verteilung darf deshalb nur anhand solcher Kriterien erfolgen, die mit dem Freiheitsgrundrecht des aufnahmebereiten Krankenhauses korrespondieren.

Grundsätzlich ist das die Zulassung von Plankrankenhäusern regelnde Planungsverfahren mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Die Nichtaufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan stellt zwar einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar, jedoch ist dieser Eingriff aus Gründen einer bedarfsgerechten Krankenversorgung der Bevölkerung zu sozial tragbaren Krankenhauskosten zu rechtfertigen.⁴⁷⁸ Art. 12 Abs. 1 GG gewährt dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen und zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen. Dabei zielt der Schutzbereich auf eine möglichst unreglementierte Berufsausübung ab, wonach das Betreiben eines Krankenhauses als Beruf anzusehen ist.⁴⁷⁹ Dem tritt auch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht entgegen, nach der die Vergabe eines öffentlichen Auftrages an einen Mitbewerber grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufs-

⁴⁷² *Cremer*, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, S. 29 (41f.).

⁴⁷³ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (391).

⁴⁷⁴ BVerfGE 33, 303 (338); 105, 252 (265).

⁴⁷⁵ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (391).

⁴⁷⁶ BVerfGE 24, 236 (251); 34, 252 (256); 105, 252 (265).

⁴⁷⁷ So auch *Cremer*, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, S. 29 (43).

⁴⁷⁸ BVerfGE 82, 209 (222).

⁴⁷⁹ BVerfGE 82, 209 (222).

freiheit des erfolglosen Bewerbers berührt.⁴⁸⁰ Zutreffend ist, dass die staatliche Stelle bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags unterhalb der Schwellenwerte den Wettbewerb nicht von außen beeinflusst, sondern selbst auf der Nachfragerseite wettbewerblich tätig wird und einen Vertragswettbewerb zwischen den potentiellen Anbietern eröffnet. In dieser Situation schließt der Staat mit den Anbietern einen privatrechtlichen Vertrag über die zu erbringenden Leistungen. Im Rahmen der Krankenhausplanung wird hingegen der Staat hoheitlich tätig, indem er durch Verwaltungsakt den Vertragspartner der Krankenkasse bestimmt (fingierter Versorgungsvertrag). Der Staat bedient sich demnach nicht als Nachfrager am Markt der Mittel des Wettbewerbs. Die Nichtaufnahme eines Bewerbers in den Krankenhausplan wirkt als Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit. Allerdings liegt solch ein Eingriff nicht erst dann vor, wenn die grundrechtlich geschützte Tätigkeit ganz oder teilweise unterbunden wird. Ausreichend ist, dass die Tätigkeit durch die staatliche Maßnahme nicht mehr in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann.⁴⁸¹ Eine solche Konsequenz ist mit dem negativen Bescheid der Planungsbehörde nicht unmittelbar verbunden. Das Krankenhaus könnte alternativ den Betrieb als Privatklinik fortführen. Die negative Folge besteht vielmehr in der Nichtgewährung staatlicher Subventionen.

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit ist auch dann anzunehmen, wenn der staatlichen Planung und Subventionierung berufsregelnde Tendenz zukommt. Solch eine Zielrichtung ist dem KHG zu entnehmen. Wird ein Krankenhaus nicht in den Krankenhausplan aufgenommen, wird es dadurch einem erheblichen Konkurrenznachteil ausgesetzt.⁴⁸² Die wirtschaftlichen Nachteile sind so schwerwiegend, dass sie einer Beschränkung der Berufswahl nahe kommen. Zudem erlaubt Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Die Verteilung der Krankenhausplätze erfolgt nach den Kriterien der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit. Diese Merkmale genügen den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, da sich die erforderlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen.⁴⁸³

Die Maßstäbe, anhand derer der Eingriff in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen ist, ergeben sich durch die Beurteilung des Eingriffs. Es ist zwischen Berufsausübungs- und Berufswahlregelungen zu unterscheiden. Die Nichtaufnahme in den Krankenhausplan ist für das betroffene Krankenhaus so einschneidend, dass die Berufsausübungsregelung in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung einer Zulassungsbeschränkung nahe kommt.⁴⁸⁴ Das nicht aufgenommene Krankenhaus ist von der staatlichen Förderung ausgeschlossen. Häufige Konsequenz ist die Schließung solcher Einrichtungen. Deshalb kann ein Eingriff in die Berufsfreiheit nur durch Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung gerechtfertigt werden. Ziel des KHG

⁴⁸⁰ BVerfGE 116, 135 (151).

⁴⁸¹ BVerfGE 82, 209 (223).

⁴⁸² BVerfGE 82, 209 (224).

⁴⁸³ Vgl. zu der Bedeutung der planungsrelevanten Kriterien der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit 3. Kapitel B.II.

⁴⁸⁴ BVerfGE 82, 209 (229).

ist die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und somit die stationäre Versorgung der Bevölkerung. Die Bedeutung dieser Gemeinwohlbelange ist außerordentlich hoch einzuschätzen, weshalb das schutzwürdige Interesse eines Krankenhausträgers an ungehinderter Tätigkeit nachrangig ist.⁴⁸⁵ Aus diesen Gründen ist der Eingriff in die Berufsfreiheit der Krankenhausträger aufgrund der planungsrechtlichen Vorgaben des KHG gerechtfertigt.

Anhand dieses konkreten Anwendungsbeispiels lassen sich die Auswirkungen der Freiheitsgrundrechte auf ein Verfahren zur Verteilung eines knappen Gutes deutlich erkennen. Der Ausschreibungspflicht hinsichtlich der zu vergebenden Krankenhauszulassung wird in der Praxis eine eher untergeordnete Bedeutung zukommen, da derzeit in den wenigsten Planungsgebieten eine konkrete stationäre Unterversorgung festzustellen sein wird. Erst in dieser Situation muss das Land durch Vergabe von zusätzlichen Zulassungen auf den Mangelzustand reagieren. Die weitaus häufiger vorkommende Planungssituation ist diejenige, dass der potentielle Neubewerber aus eigener Initiative an das Land herantritt, um sein Versorgungsangebot aufzustocken oder neu auszurichten. Dieser Umstand ändert nichts an einer grundsätzlichen Ausschreibungspflicht im Falle einer Unterversorgung.

Weil das Auswahlverfahren eine Vorstufe der vermeintlich später stattfindenden Konkurrentenstreitigkeit ist, muss anhand von grundrechtlichen Vorgaben versucht werden, ein möglichst offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verteilungsverfahren zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten durchzuführen.

2) Konkrete Ausgestaltung des Verteilungsverfahrens

Die Nichtanwendbarkeit des Kartellvergaberechts bedeutet nicht, dass die Zulassung von Krankenhäusern ohne Einhaltung eines gerechten Verteilungsverfahrens stattfinden kann.⁴⁸⁶ Es besteht vielmehr die Pflicht, unter Berücksichtigung der oben genannten europarechtlichen und nationalrechtlichen Vorgaben eine geordnete Vergabe durchzuführen. Dabei kann sicherlich nicht dasselbe Vergaberegime wie im Vergaberecht selbst gelten.⁴⁸⁷ Vielmehr muss ein Mindeststandard gewährleistet werden.⁴⁸⁸ Dieser hat einerseits den Unterschied zwischen dem allgemeinen Verfassungsrecht und dem Vergaberecht abzubilden und andererseits die spezifischen Probleme des krankenhaushausrechtlichen Leistungserbringungsrechts zu berücksichtigen.⁴⁸⁹ Eine entscheidende Rolle spielen hier wiederum die Grundsätze der Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit, Transparenz und Nachprüfbarkeit. Äußerst begrüßenswert wäre in diesem Zusammenhang ein unmittelbar im Krankenhausrecht enthaltenes Verteilungsmodell, welches eine gerechte Vergabe des

⁴⁸⁵ BVerfGE 82, 209 (230).

⁴⁸⁶ So auch *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (80f.).

⁴⁸⁷ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (395).

⁴⁸⁸ *Burgi*, NZBau 2005, 610 (615f.).

⁴⁸⁹ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (395).

knappen Gutes sicherstellt.⁴⁹⁰ Solange ein solches Verteilungsverfahren nicht verwirklicht wird, muss die Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit anhand allgemeiner Rechtsgrundlagen erfolgen. Im Vordergrund stehen dabei die komplementäre und kompensatorische Prozeduralisierung. Durch die komplementäre Verfahrensfunktion sollen die subjektiv-öffentlichen Rechte aller interessierten Anbieter geschützt und somit der materielle Grundrechtsschutz durch Ansprüche auf Verfahrensteilnahme ergänzt werden.⁴⁹¹ Im Gegensatz dazu wirkt sich die kompensatorische Prozeduralisierung erhellend auf die materielle Ungewissheit hinsichtlich der angemessenen Vergütungshöhe für die erbrachten Leistungen aus.⁴⁹² Erste Anhaltspunkte für die Ausgestaltung eines konkreten Verteilungsverfahrens im Krankenhausrecht bieten regionale Planungskonzepte. Der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber hat durch die Einführung der regionalen Planungskonzepte in § 16 KHG NW einen wesentlichen Schritt in Richtung einer selbstverwalteten Krankenhausplanung vorgenommen.⁴⁹³ Dabei konkretisieren die Verwaltungsvorschriften zum nordrhein-westfälischen Krankenhausgesetz dieses Konzept in der Weise, dass Einzelfragen des Planungsinhalts behandelt werden. Die dort gewonnenen Erkenntnisse können als erster Eckpfeiler eines gerechten Verteilungsverfahrens dienen. So wird beispielsweise näher auf Fragen der Beteiligung, der Verhandlung und des Wettbewerbsschutzes eingegangen.⁴⁹⁴ All diese Kriterien spiegeln letztendlich die Grundsätze der Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit, Transparenz und Nachprüfbarkeit wider. Es erscheint sinnvoll, ein Verteilungsverfahren in drei wesentliche Verfahrensabschnitte zu unterteilen. Zunächst müssen die Krankenhäuser als potentielle Leistungsanbieter Kenntnis von der bevorstehenden Zulassungsentscheidung des Landes erhalten (Eröffnungsphase). In einem weiteren Schritt muss die fachliche Eignung und Zuverlässigkeit der Anbieter anhand der planungsrechtlichen Kriterien geprüft werden (Prüfphase). Abschließend muss sichergestellt werden, dass die unterlegenen Anbieter sich gegen die für sie negative Entscheidung der Planungsbehörde zur Wehr setzen können (Abschlussphase).

a) Eröffnungsphase

In der Eröffnungsphase der Ausschreibung spielt das aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung abgeleitete Transparenzgebot eine tragende Rolle. In diesem Verfahrensabschnitt hat der den Markt öffnende Auftraggeber zugunsten aller potentiellen Bieter einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen.⁴⁹⁵ Dieses Erfordernis ist die wichtigste Voraussetzung einer chancengleichen Beteiligung aller Bewerber. Dies bedeutet, dass die in einem anderen Mitgliedsstaat niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu

⁴⁹⁰ *Burgi/Brohm*, MedR 2005, 74 (81); *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 277 (290ff.).

⁴⁹¹ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (394).

⁴⁹² *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (394).

⁴⁹³ Vgl. dazu *Schillhorn*, GesR 2005, 441ff.

⁴⁹⁴ *Schillhorn*, GesR 2005, 441 (443ff.).

⁴⁹⁵ *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 277 (306).

angemessenen Informationen über die jeweilige Konzession haben müssen, so dass sie gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt dieser Konzession bekunden können (Vorinformation).⁴⁹⁶ Dagegen ist es nicht ausreichend, dass die Planungsbehörde versucht, möglichst viele potentielle Krankenhäuser zu erreichen und dann hinsichtlich der Ausschreibung eine bestimmte Anzahl tatsächlich kontaktiert. Dieser Ansatz wäre zu selektiv und würde gerade neue Leistungserbringer diskriminieren. Ebenso verhält es sich mit passiver Informationsgestaltung, indem lediglich auf Informationsgesuche von Bewerbern reagiert wird, die durch Eigeninitiative von der beabsichtigten Auftragsvergabe erfahren haben. Nicht angemessen ist darüber hinaus ein bloßer Verweis auf Informationsquellen.⁴⁹⁷

aa) Art der Bekanntmachung

Ziel der öffentlichen Bekanntmachung ist, dass die Auftragsvergabe auf der Grundlage eines echten Wettbewerbs stattfinden kann. Sinnvoll ist es, dem Auftraggeber selbst zu überlassen, welches Medium für die Vergabebekanntmachung ihm am besten geeignet erscheint. Die Vorgabe einer bestimmten, vielleicht für den Auftraggeber sogar unbekannten, Bekanntmachungsform, würde sich auf die Effektivität der Bekanntmachung auswirken. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass der Auftrag umso weiter ausgeschrieben werden sollte, je interessanter er für potentielle Bieter ist.⁴⁹⁸ Angemessene und gängige Veröffentlichungsmedien sind unter anderem das Internet, nationale Printmedien wie etwa Amtsblätter, überregionale Zeitungen und Fachpublikationen sowie lokale Medien. Die Bekanntmachung über das Internet erweist sich zunehmend als äußerst flexibel und preisgünstig. Aufgrund der einfachen und weit verbreiteten Nutzung eignen sich Websites besonders gut für die Bekanntmachung von Vergaben.⁴⁹⁹ Die Veröffentlichung kann sowohl auf der Website des Auftraggebers als auch auf speziell für die Vergabebekanntmachung geschaffenen Portalen erfolgen. Diese Form der Bekanntmachung wird nur bei sehr großen Aufträgen zum Tragen kommen. Bei kleineren, bei denen es nur einen lokalen Markt gibt, wird die Publikation in lokalen Medien ausreichen.

Für den Krankenhausmarkt bedeutet dies, dass die Ausschreibung einzelner zusätzlicher Planbetten eher im kleinen Stil erfolgen wird. Meist wird solch ein Zusatzbedarf nicht das Interesse eines Neubewerbers wecken. Anders ist hingegen der Fall zu beurteilen, wenn in einem Planungsgebiet die Unterversorgung solche Ausmaße annimmt, dass ein zusätzliches Krankenhaus zugelassen werden muss, um der Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden. Bei dem eingangs erwähnten Planungskonzept des Landes Nordrhein-Westfalen erfolgt die Beteiligung der betroffenen Krankenhäuser, indem diejenigen Krankenhäuser in das Verteilungsverfahren einbezogen werden, die für den Versorgungsauftrag grundsätzlich in Betracht kommen, Ziff. 6.1 S. 2 VVG KHG NRW. Krankenhäuser können sich an mehreren Verhandlungen beteiligen. Im Einzelfall muss geprüft werden, auf welches Einzugsgebiet sich die Beteiligung am regionalen Planungsgebiet

⁴⁹⁶ EuGH Urt. v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Rn. 21 (Coname).

⁴⁹⁷ Kommission, Mitteilung v. 1.8.2006 (Abl. EG C 179/02), S. 3.

⁴⁹⁸ Kommission, Mitteilung v. 1.8.2006 (Abl. EG C 179/02), S. 4.

⁴⁹⁹ Kommission, Mitteilung v. 1.8.2006 (Abl. EG C 179/02), S. 4.

erstrecken soll.⁵⁰⁰ Um räumliche Überschneidungen zu vermeiden, ist es für die Verhandlungspartner, die den Planungsgegenstand und die Region vereinbaren, notwendig, benachbarte Planungskonzepte inhaltlich aufeinander abzustimmen.⁵⁰¹

bb) Inhalt der Bekanntmachung

Die Ausschreibungsunterlagen müssen zumindest die wesentlichen Punkte des zu erteilenden Auftrages und des Verteilungsverfahrens enthalten. Dies umfasst die Aufforderung zur Kontaktierung des Auftraggebers.⁵⁰² Neben der Konkretisierung der zu vergebenden Aufgabe müssen dem Bieter alle relevanten Rechte und Pflichten mitgeteilt werden.⁵⁰³ Dem Krankenhaus muss schon aus der Bekanntmachung ersichtlich sein, auf welchen Inhalt und Umfang sich die Zulassung erstrecken soll. Der Auftragsgegenstand muss diskriminierungsfrei beschrieben werden, d.h. es sind möglichst allgemeine Bestimmungskriterien zu verwenden. So dürfen beispielsweise bei der Zulassung eines Krankenhauses für eine neue Fachrichtung nicht etwa die konkreten Behandlungsmethoden oder diejenigen Medikamente, mit denen die Behandlung erfolgen soll, vorab festgelegt werden. Hinsichtlich der Rechte und Pflichten müssen dem Anbieter kurz die Besonderheiten des krankenhaushausrechtlichen Leistungserbringungsrechts näher gebracht werden. Gerade bei der Beteiligung von Neubewerbern ist auf deren Unerfahrenheit besonders Rücksicht zu nehmen. So ist beispielsweise ein Hinweis auf die Grundzüge des Krankenhausfinanzierungsrechts sowie auf die mit der Zulassung verbundenen Pflichten, insbesondere § 109 Abs. 4 S. 2 und 3 SGB V, angebracht. Ferner muss den Bietern ausdrücklich bekannt gegeben werden, dass durch die Zulassung die Aufgabenverantwortung einschließlich der finanziellen Verantwortung auf das Krankenhaus übergeht. Dies ist bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession von besonderer Bedeutung, da gerade bei dieser Konzession das wirtschaftliche Risiko auf den Konzessionär übertragen wird. Die öffentliche Hand übernimmt für das Krankenhaus keine Garantien für einen bestimmten Umfang an tatsächlicher Nutzung durch gesetzlich Versicherte.⁵⁰⁴ In diesem Zusammenhang ist ferner auf die zunehmend aufkommende Konkurrenz im Krankenhausbereich hinzuweisen und die sich daraus ergebenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Der Status als zugelassenes Krankenhaus kann den einzelnen Bieter nicht vor künftig aufkommender Konkurrenz schützen. Die Planaufnahme darf nicht als ewig währende Gewinngarantie verstanden werden. Die Planungsbehörde hat bei der Auswahl des Leistungserbringers unparteiisch das bestmögliche Krankenhaus unter den Anbietern auszuwählen. Aus diesem Grund müssen den Interessenten die Eignungs- und Zuschlagskriterien offengelegt werden. Die Eignungskriterien beziehen sich auf die grundsätzliche Geeignetheit des Krankenhauses für die zu erbringende Aufgabe.

⁵⁰⁰ Vgl. dazu *Schillhorn*, GesR 2005, 441 (443).

⁵⁰¹ *Schillhorn*, GesR 2005, 441 (443).

⁵⁰² Vgl. zu den Mindestanforderungen im Rahmen einer Anteilsveräußerung *Eggers/Malmendier*, NJW 2003, 780 (785).

⁵⁰³ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 230.

⁵⁰⁴ Ähnlich *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 230. Hierbei werden für das Verteilungsverfahren einer Dienstleistungskonzession die Anforderungen der Baukonzessionsvergabe herangezogen.

Diese zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt zu prüfenden Kriterien wie etwa Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, müssen dem Krankenhaus zeitnah mitgeteilt werden, damit es ein möglichst erfolversprechendes Angebot abgeben kann. Diese Mitteilungspflicht ist wiederum Ausfluss des Transparenzgebots. Des Weiteren müssen die Zuschlagskriterien objektiv bestimmt werden, damit ein faires Verfahren gewährleistet werden kann. Diese können unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots gemäß § 12 SGB V und den grundlegenden Verteilungsanforderungen von dem Auftraggeber selbst bestimmt werden.⁵⁰⁵ Bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien kann der Auftraggeber frei entscheiden.⁵⁰⁶ Die Zuschlagserteilung wird sich an den krankenhausrechtlichen Planungskriterien orientieren, damit eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern gewährleistet werden kann.

Damit die Krankenhauszulassung auch im Einklang mit den Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrages steht, müssen angemessene Fristen für die Angebotsabgabe bestehen. Die Fristen für Interessenbekundungen und für die Angebotsabgabe müssen so bestimmt sein, dass es jedem Interessenten möglich ist, eine fundierte Einschätzung vorzunehmen und ein Angebot zu erstellen.

b) Prüfphase

In der Prüfphase muss zunächst die fachliche Eignung und die Zuverlässigkeit aller Bewerber geprüft werden.⁵⁰⁷ Dabei muss anhand objektiver Kriterien begutachtet werden, welche Krankenhäuser grundsätzlich für die künftig zu erbringenden Leistungen geeignet sind. Hierbei muss es sich um absolute Kriterien handeln und nicht lediglich um bloße Abwägungsbelange, die eine Auswahl erleichtern. Gerade aus Aspekten des Rechtsschutzes muss es dem unterlegenen Krankenhaus mehr oder weniger einleuchtend sein, weshalb es im Rahmen der Verteilungsentscheidung unberücksichtigt geblieben ist. Ein Vorgehen gegen den Konkurrenten ist nur dann erfolversprechend, wenn die Umstände, die zur Ablehnung geführt haben, gezielt angegriffen werden können.

Die Steuerung der Auswahlentscheidung sollte dabei primär anhand von qualitativen Kriterien wie personeller und technischer Ausstattung erfolgen. In diesem Abschnitt des Verteilungsvorgangs ist jedes Angebot für sich an der Erfüllung der Mindestkriterien zu messen.⁵⁰⁸ Ein Vergleich zwischen den einzelnen Angeboten untereinander ist in diesem Verfahrensabschnitt noch nicht geboten.

Die Überprüfung der vermeintlich geeigneten Krankenhäuser erfolgt im Rahmen der Krankenhausplanung wie bereits erwähnt zweistufig.⁵⁰⁹ Auf der ersten Stufe spielen Attribute der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit eine entscheidende Rolle. Auf der zweiten Stufe erfolgt eine Aus-

⁵⁰⁵ EuGH Urt. v. 20.9.1988 – Rs. 31/87, Slg. 1988, I-4635 Rn. 19 (Gebroeders Beentjes BV/Niederländischer Staat); EuGH Urt. v. 17.9.2002 – Rs. C-513/99, Slg. 2002, I-7213 Rn. 59 (Concordia Bus Finland); *Byok*, NJW 2001, 2295 (2296).

⁵⁰⁶ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 240.

⁵⁰⁷ *Kingreen*, VSSR 2006, 379 (395).

⁵⁰⁸ *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 243.

⁵⁰⁹ Vgl. dazu 3. Kapitel B.II.4)a).

wahl zwischen den für die Leistungserbringung grundsätzlich in Betracht kommenden Kliniken. Diese Prüfungsreihenfolge kann dem Grunde nach auf alle Zulassungsentscheidungen im Krankenhausmarkt übertragen werden. Im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot darf die Verteilungsentscheidung jedoch nicht durch Erwägungen der Sparsamkeit fehlgeleitet werden. Die stetige Kostenexplosion im Gesundheitswesen muss sicherlich durch preisgünstige Angebote eingedämmt werden. Dies soll jedoch nicht dazu führen, dass immer der billigste Anbieter den Zuschlag erhält. Häufig hält der günstigste Anbieter nicht dieselben technischen Ausstattungen vor wie manch andere Krankenhäuser. Das auf den ersten Blick am billigsten erscheinende Angebot ist oftmals bei näherer Betrachtung kostenintensiver. Sachgerecht erscheint die Bildung eines Preiskorridors, der alle Angebote enthält, die sich innerhalb einer gewissen Bandbreite befinden.⁵¹⁰ Dadurch wird ein möglichst breit gefächertes Spektrum verschiedenster Leistungserbringer gewährleistet. Am Ende der Prüfphase steht die Entscheidung des Auftraggebers, für welches Angebot der Zuschlag erteilt werden soll. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt allgemein das in diesem Zusammenhang zu beachtende Neutralitätsgebot.⁵¹¹ Jeder Bieter hat ein Recht darauf, dass die Verteilungsentscheidung fair und gerecht abläuft, wobei der Zuschlag frei von subjektiven Einflüssen seitens des Auftraggebers erfolgen muss.⁵¹² Ist die zunächst verwaltungsinterne Entscheidung gefallen, kommt es zu der Zuschlagserteilung gegenüber dem obsiegenden Bieter, indem der Auftraggeber den Antrag des Bieters annimmt.⁵¹³

c) Abschlussphase

In der Abschlussphase hat der Auftraggeber alle Bewerber über seine Entscheidung zu informieren. Dadurch wird die Brücke hin zu einer eventuellen Konkurrentenrechtsstreitigkeit geschlagen. Der Auftraggeber muss zugunsten aller potenziellen Bieter einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.⁵¹⁴ Die unterlegenen Bieter werden über Ergebnis und Gründe der Ablehnung informiert und können somit zunächst im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Nichtberücksichtigung vorgehen. Die Zuschlagserteilung ist daher zwingend mit einer Informationspflicht verbunden.⁵¹⁵ Diese Pflicht erstreckt sich auf die Dokumentation des konkreten Entscheidungsvorgangs, damit der nichtberücksichtigte Anbieter abschätzen kann, ob eine gerichtliche Vorgehensweise gegen die Entscheidung erfolgsversprechend ist oder nicht.⁵¹⁶

⁵¹⁰ Kingreen, VSSR 2006, 379 (396).

⁵¹¹ Kommission, Mitteilung v. 1.8.2006 (Abl. EG C 179/02), S. 6.

⁵¹² Vgl. dazu etwa OLG Brandenburg NZBau 2000, 39 (44); OLG Saarbrücken NZBau 2000, 158 (160).

⁵¹³ Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen Ruhland, Die Dienstleistungskonzession, S. 248.

⁵¹⁴ EuGH, Urt. v. 7.12.2000 – Rs. C-342/98, Slg. 2000, I-10745 Rn. 62 (Telaustria).

⁵¹⁵ Vgl. dazu Gröning, NZBau 2001, 123 (125).

⁵¹⁶ Fleckenstein, MedR 2002, 510 (513); Otting, NJW 2000, 484 (486); Ruhland, Die Dienstleistungskonzession, S. 248f.; Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003), 266 (323).

III. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Kartellvergaberecht nicht auf die Krankenhauszulassung anwendbar ist. Probleme bereiten sowohl die Anerkennung der Krankenkassen als öffentlicher Auftraggeber als auch das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages. Jedenfalls muss die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts abgelehnt werden, da im Rahmen der Krankenhauszulassung kein entgeltlicher Vertrag vorliegt. Die Gegenleistung wird nicht in Geld erbracht, sondern besteht im Recht des Krankenhauses zur Verwertung der eigenen Leistung. Es besteht jedoch eine generelle Ausschreibungspflicht, die im Rahmen eines verteilungsgerechten Verfahrens zu erfolgen hat. Dabei sind die verfahrensrechtlichen Vorgaben des europäischen und nationalen Rechts zu beachten. Wurde das nichtberücksichtigte Krankenhaus durch den Verteilungsvorgang in einem seiner Rechte verletzt, ist zu klären, ob dagegen Rechtsschutz im Wege der Konkurrenzklage gewährt werden kann.

Krankenhäuser als Leistungserbringer in der
gesetzlichen Krankenversicherung

Szabados, T.

2009, XV, 237 S., Softcover

ISBN: 978-3-540-92682-5