



Dr. Dr. Laura Sormani-Bastian
ist Rechtsanwältin bei der
Kanzlei Gleiss Lutz in
Frankfurt am Main.

Die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für den Abschluss von Leistungserbringungsverträgen nach § 69 Abs. 1 SGB V im Überblick

Dr. Dr. Laura Sormani-Bastian

Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Erbringern von Leistungen nach dem SGB V wurde in der jüngeren Vergangenheit zum Gegenstand zahlreicher kontroverser Auseinandersetzungen sowohl im Schrifttum als auch in der vergabewie sozialrechtlichen Spruchpraxis. Als Reaktion auf die hiervon hervorgerufene Rechtsunsicherheit sind die vergaberechtlichen Neuregelungen des GKV-OrgWG entstanden, welche am 18. 12. 2008 in Kraft traten. Die weitgreifende praktische Bedeutung dieser gesetzgeberischen Reform hat sich schnell in den ersten hierzu ergangenen Entscheidungen gezeigt. Der folgende Beitrag soll einen zusammenfassenden Überblick über die aktuelle Rechtslage in Bezug auch auf das europäische Recht ermöglichen¹.

I. Der Verweis auf das GWB-Vergaberecht

1. Materiell- und prozessrechtliche Grundsätze

Vor der Reform des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)² stellte sich in Literatur und Rechtsprechung die rechtsdogmatische Frage, ob und ggf. inwieweit die Anwendbarkeit des Vergaberechts im Bereich des Leistungserbringungsrechts der GKV ausgeschlossen sei³. Diese bis dahin höchst umstrittene Rechtsfrage ist nun durch die Verweisung des § 69 Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. SGB V endgültig geklärt, und zwar zugunsten der unmittelbaren, fast umfassenden Anwendbarkeit des nationalen Vergaberechts (im Folgenden als „GWB-Vergaberecht“ bezeichnet) auf die Versorgungsverträge der Krankenkassen. Da es sich bei § 69 Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. SGB V nicht um eine Rechtsfolgen-, sondern ausdrücklich um eine Rechtsgrundverweisung handelt, sind die Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen die Voraussetzungen des § 98 GWB erfüllen, und die Frage, wie die Einzelverträge zwischen Kran-

kenkassen und Leistungserbringern über die Versorgung von GKV-Versicherten am Maßstab des § 99 GWB einzustufen sind, im Einzelfall zu klären. Das ist auch konsequent, denn das GWB-Vergaberecht soll auch im GKV-Bereich nur dann zur Anwendung kommen, wenn dessen Anwendungsbereich eröffnet ist. Der GKV-fremde Ausnahmekatalog des § 100 Abs. 2 GWB wird schließlich durch § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V ergänzt: gesetzlich vorgeschriebene Kollektivverträge zwischen Landes- bzw. Bundesverbänden von Krankenkassen und Leistungserbringern sind aus dem Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts ausgeschlossen. Diese Ausnahme ist letztlich nur deklaratorischer Natur, weil dem Abschluss von Kollektivverträgen keine Auswahl unter den in Frage kommenden Leistungserbringern vorausgeht, während die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts immer das Vorliegen einer „exklusiven Auswahlentscheidung“⁴ voraussetzt.

Erfasst werden durch die Rechtsgrundverweisung des § 69 Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. SGB V die materiell-rechtlichen Re-

¹ Die Verf. dankt Herrn Prof. Dr. Ingwer Ebsen für die Anregung zu diesem Beitrag anlässlich einer Zusammenarbeit am Institut für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (INEGES) an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

² BGBl. I 2008, S. 2426.

³ Sormani-Bastian, Sozialrecht und Vergaberecht, 2007, S. 93–101. Vgl. zuletzt Gassner und Engelmann, § 69 SGB V und das Kartellvergaberecht, in I. Ebsen (Hg.), Vergaberecht und Vertragswettbewerb in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2009, S. 115 und 137.

⁴ Schäffer, ZESAR 2009, 379f.

gelungen der §§ 97 bis 101b GWB sowie die prozessrechtlichen Vorschriften zum Nachprüfungsverfahren vor den VK (§§ 102 – 115 und § 128 GWB). Aufgrund deren späterer Einführung durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts⁵ werden die neuen §§ 115a, 129 und 129a GWB nicht genannt. Es ist aber zu erwarten, dass diese Regelungen, die übrigens keine Bieterrechte enthalten, wegen der offensichtlich planwidrigen Gesetzeslücke bei vergleichbarer Interessenlage durch Analogiebildung auch im GKV-Bereich zur Anwendung kommen werden. Planmäßig nicht erfasst werden hingegen die Vorschriften zum Verfahren der sofortigen Beschwerde vor den OLG (§§ 116–124 GWB), denn der Gesetzgeber hat für den GKV-Bereich in § 29 Abs. 5 SGG einen anderen Rechtsweg gegen Entscheidungen der VK vorgesehen, und zwar den Rechtsweg zu den LSG und diesen auch vergaberechtskonform in § 142a SGG neu geregelt.

Damit ist auch eine zweite bis zum In-Kraft-Treten des GKV-OrgWG höchst umstrittene Rechtsfrage, nämlich die nach dem bei vergaberechtlichen Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern zu beschreitenden Rechtsweg⁶, endgültig geklärt. Diese gesetzgeberische Entscheidung, die bereits in der Änderung des § 130a Abs. 9 SGB V zum Ausdruck gekommen war, ist uneingeschränkt zu begrüßen, weil die mit jeder Vergabeentscheidung der Krankenkassen verbundenen sozialrechtlichen Fragen nunmehr in einem Zug geprüft werden. Bei Beschaffungen von Krankenkassen stellt sich nämlich immer die Frage, ob diese nach den Vorschriften des SGB V auch berechtigt sind, „selektiv“⁷ vorzugehen. Allein nach sozialrechtlichen Grundsätzen lässt sich im Einzelfall beurteilen, ob die betreffende Krankenkasse gezwungen ist, alle in Frage kommenden Leistungserbringer in die Leistungserbringung einzubeziehen, oder ob sie frei ist, eine wirtschaftlich motivierte, bedarfsgerechte Auslese zu treffen, also vergaberechtlich relevante Verträge abzuschließen. Dies sei verdeutlicht am Beispiel der Beziehungen zu den Leistungserbringern von Hilfsmitteln. Hier regelt § 127 Abs. 1 S. 1 SGB V, dass die Krankenkassen selektiv vorgehen können, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist. Wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, müssen die Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften den Weg über §§ 127 Abs. 2 und 2a SGB V gehen und Verträge abschließen, welche allen geeigneten Leistungserbringern offen stehen.

2. Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber

Was die Frage nach der Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts im GKV-Bereich betrifft, hat der Gesetzgeber bereits mit der Anordnung der Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts in § 69 Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. SGB V einen unverkennbar richtungsweisenden Akzent gesetzt⁸. In seinem Urteil vom 11.6.2009⁹ hat der EuGH nunmehr bestätigt, dass die gesetzlichen Krankenkassen aufgrund der Pflichtbeitragsfinanzierung, die nach öffentlich-rechtlichen Regeln auferlegt, berechnet und erhoben wird, als Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)¹⁰ anzusehen sind¹¹. Damit ist die Frage, ob Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind, zumindest bis zu einer grundlegenden Reform der Organisation der Krankenkassen bzw. des Sozialversicherungssystems abschließend geklärt.

Die Finanzierung durch den Bund wird auch in der nationalen Rechtsprechung – insbesondere seit der Schaffung des Gesundheitsfonds zum 1.1.2009 (§ 271 SGB V) – nicht in Frage gestellt¹². Die öffentliche Auftraggebereigenschaft der Krankenkassen wird jedoch von VK und LSG zusätzlich unter Verweis auf die staatliche Kontrolle bejaht¹³. Dieses Tatbestandsmerkmal wurde wegen des alternativen Charakters der Tatbestandsmerkmale des Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 lit. c der VKR vom EuGH nicht geprüft; dessen Erfüllung ist aber für die Frage nach der im Einzelfall zuständigen VK sehr wohl von praktischer Bedeutung. Wird die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber mit der Finanzierung durch den Bund begründet, ist die Zuständigkeit der VK des Bundes gemäß § 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB gegeben, wenn sich nicht die an dem Auftrag Beteiligten auf die Zuständigkeit einer anderen VK geeinigt haben. Wird die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber aufgrund der staatlichen Aufsicht durch Landesbehörden bejaht, ist gemäß § 106a Abs. 2 S. 2 GWB die VK des jeweiligen Landes zuständig. Es handelt sich dabei um eine parallele Zuständigkeit, denn die Zuständigkeitsregel des § 106a GWB begründet keinen Vorrang hinsichtlich einer Bundes- oder Landeszuständigkeit im Falle staatlicher Finanzierung bei gleichzeitiger staatlicher Aufsicht durch Landesbehörden¹⁴. Grundsätzlich können

⁸ Ebsen, Das GKV-Vergaberecht nach dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) in I. Ebsen (Hg.), Vergaberecht und Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2009, S. 19.

⁹ EuGH v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädische Schuhtechnik ./ AOK Rheinland/Hamburg, ZESAR 2009, 395 mit Anm. v. Weyd; NZBau 2009, 520.

¹⁰ Richtlinie 2004/18/EG v. 31.3.2004, ABl. L 134/114.

¹¹ EuGH v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädische Schuhtechnik ./ AOK Rheinland/Hamburg, Rn. 57.

¹² BKartA v. 26.5.2009 – VK 2 – 30/09 = IBRRS 71685.

¹³ LSG Baden-Württemberg v. 23.1.2009 – L 11 WB 5971/08, NZS 2009, 384; LSG Nordrhein-Westfalen v. 26.3.2009 – L 21 KR 26/09 SFB, BeckRS 2009 61379; BKartA v. 26.5.2009 – VK 2 – 30/09 = IBRRS 71685.

¹⁴ VK Sachsen v. 19.12.2008 – 1/SVK/061-08, BeckRS 2009 22703; VK Baden-Württemberg v. 19.12.2008 – 1 VK 67/08 = IBRRS 71751.

⁵ BGBl. 2009 I, S. 790.

⁶ BSG v. 22.4.2008 – B 1 SF 1/08 R, NZBau 2008, 527 vs. BGH v. 15.7.2008 – X ZB 17/08, NZBau 2008, 662.

⁷ Ebsen, KrV 2004, 95.