



**Burkhard Goßens**

### **Urteil des EuGH:**

### **Gesetzliche Krankenversicherungen sind öffentliche Auftraggeber. Welche Auswirkungen hat die Entscheidung für den Gesundheitsmarkt ?**

Für die gesetzlichen Krankenversicherungen gilt das Vergaberecht.  
Als öffentliche Auftraggeber müssen sie sich an das Vergaberecht halten und zukünftig ihre Aufträge auch europaweit ausschreiben.

Am 11. Juni 2009 erging die lange erwartete Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zur Auftraggebereigenschaft der Träger der Gesetzlichen Krankenversicherung.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0300:DE:HTML>

Der EuGH sah in der Rechtssache C-300/07, die über Mitgliedsbeiträge erfolgende Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) als hinreichend an, um von einer überwiegenden Finanzierung von staatlicher Seite sprechen zu können (§ 98 Nr. 2 GWB).

Damit bestätigte der EuGH eine Vielzahl nationaler Entscheidungen, welche die Auftraggebereigenschaft der Krankenkassen bereits angenommen hatten.

Weiter beschied der EuGH, dass bei der Zurverfügungstellung von Waren, die individuell nach den Bedürfnissen des jeweiligen Kunden hergestellt und angepasst werden und über deren Nutzung die jeweiligen Kunden individuell zu beraten sind, die Anfertigung der genannten Waren dem Auftragsteil der „Lieferung“ für die Berechnung des Werts des jeweiligen Bestandteils zuzuordnen ist.

Soweit sich der Dienstleistungsanteil bei dem fraglichen Auftrag im Verhältnis zur Warenlieferung als überwiegend herausstellt, handelt es sich bei der zwischen einer gesetzlichen Krankenkasse und einem Wirtschaftsteilnehmer (Leistungserbringer) geschlossenen Vereinbarung bzgl. der Versorgung von Versicherten für die Gesetzliche Krankenversicherung um eine „Rahmenvereinbarung“ im Sinne von Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2004/18.

### **Der Tenor der Entscheidung**

"1. Art. 1 Abs. 9 Unterabsatz. 2 Buchst. c erster Fall der Richtlinie 2004/18 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass eine überwiegende Finanzierung durch den Staat vorliegt, wenn die Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen hauptsächlich durch Mitgliedsbeiträge finanziert werden, die nach öffentlich-rechtlichen Regeln, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede stehen, auferlegt, berechnet und erhoben werden. Derartige Krankenkassen sind für die Anwendung der Vorschriften dieser Richtlinie als Einrichtungen des öffentlichen Rechts und damit als öffentliche Auftraggeber anzusehen.

2. Hat ein gemischter öffentlicher Auftrag sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand, besteht das für die Bestimmung, ob der fragliche Auftrag als Lieferauftrag oder als Dienstleistungsauftrag anzusehen ist, anzuwendende Kriterium im jeweiligen Wert der in diesen Auftrag einbezogenen Waren und Dienstleistungen. Bei der Zurverfügungstellung von Waren, die

individuell nach den Bedürfnissen des jeweiligen Kunden hergestellt und angepasst werden und über deren Nutzung die jeweiligen Kunden individuell zu beraten sind, ist die Anfertigung der genannten Waren dem Auftragsteil der „Lieferung“ für die Berechnung des Wertes des jeweiligen Bestandteils zuzuordnen.

3. Sollte sich die Erbringung von Dienstleistungen bei dem fraglichen Auftrag als im Verhältnis zur Warenlieferung überwiegend herausstellen, ist eine zwischen einer gesetzlichen Krankenkasse und einem Wirtschaftsteilnehmer geschlossene Vereinbarung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, in der die Vergütung für die verschiedenen, von diesem Wirtschaftsteilnehmer erwarteten Versorgungsformen sowie die Laufzeit der Vereinbarung festgelegt werden, wobei der genannte Wirtschaftsteilnehmer die Verpflichtung übernimmt, Leistungen gegenüber den Versicherten zu erbringen, die diese bei ihm nachfragen, und die genannte Kasse ihrerseits die alleinige Schuldnerin der Vergütung für das Tätigwerden dieses Wirtschaftsteilnehmers ist, als eine „Rahmenvereinbarung“ im Sinne von Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2004/18 anzusehen."

### **Rückblick**

Ein Orthopädieschuhtechnikunternehmen hatte sich gegen die Vergabepaxis eine Krankenkasse gerichtlich zur Wehr gesetzt. Das mit dem Rechtsstreit befasste OLG Düsseldorf fasste am 23.05.2007 den Beschluss zur Vorlage des Rechtsstreits beim EuGH. In dem Vorabentscheidungsverfahren sollte der europäische Gerichtshof darüber entscheiden, ob die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind. Damit wären sie öffentliche Auftraggeber im Sinne der vorgenannten Richtlinie 2004/18/EG. Der Streit ging also um die Geltung des öffentlichen Vergaberechts für die GKV, vgl. § 69 SGB V.

Noch am Vortag der EuGH Entscheidung, dem 10. Juni 2009, erklärte das Bundesverfassungsgericht die Gesundheitsreform aus dem Jahr 2007 für rechtmäßig.

Diese hatte in der Vergangenheit für Verunsicherung bei den Leistungserbringern der Gesundheitswirtschaft und den Patienten gesorgt.

Zu den unmittelbar betroffenen Leistungserbringern gehören neben Herstellern von Produkten für den Gesundheitsmarkt auch zahlreiche Sanitätshäuser und orthopädische Schuhmacher, die sich mehrheitlich von den zunehmenden Ausschreibungen der Krankenversicherungen bedroht sahen.

Zwar sieht das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz für bestimmte Hilfsmittelversorgungen eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht vor, diese beziehen sich aber auf Hilfsmittel die individuell gefertigt werden oder einen hohen Dienstleistungsanteil haben. Klare und verbindliche Definitionen mit Hinweisen, welche Hilfsmittel darunter fallen sollten fehlten.

Das GKV-Organisationsgesetz, welches die Gesundheitsreform nachjustierte, hat bis heute diese Verunsicherung nicht vollständig beseitigen können.

Das Gesetz ist zwar seit dem 01. Januar 2009 in Kraft, soll aber erst ab Juli 2009 für mehr Klarheit sorgen, welche Hilfsmittel - nicht - auszuschreiben sind.

Bis zum 30. Juni 2009 müssen der GKV-Spitzenverband und die führenden Leistungserbringerverbände gemeinsame Empfehlungen erarbeiten, welche Hilfsmittelversorgungen auf gar keinen Fall ausgeschrieben werden sollen. Das geschah bereits in konstruktiv arbeitenden Runden und die vorgenannten Beteiligten tauschten sich auch regelmäßig bei der Arbeitsgruppe der Leistungserbringerverbände dem Kommunikationsforum Hilfsmittel (KFH) aus.

Während beim GKV-Spitzenverband und im KFH noch die Ausnahmeregelungen von der Ausschreibungspflicht für Hilfsmittel erarbeitet wurden, wies das Bundesversicherungsamt (BVA) mit Rundschreiben vom 19. März 2009 alle bundesunmittelbaren Krankenkassen an, dafür Sorge zu tragen, dass sie zukünftig alle Rabattverträge im Pharmabereich nach § 130 a Abs. 8 SGB V ausschreiben. Bestehende Rabattverträge seien von den Krankenkassen fristgerecht zu kündigen.

### **Erwartung**

Das Urteil des EuGH wurde spätestens seit dem Votum von Herrn Ján Mazák, dem Generalanwalt beim EuGH, erwartet.

Mit seinen Schlussanträgen vom 16. Dezember 2008 war er zur Auffassung gelangt, dass die gesetzlichen Krankenkassen öffentliche Auftraggeber seien.

Dieser Auffassung sind die Richter am EuGH, wie allgemein erwartet wurde, gefolgt.

### **Ausblick**

Das Urteil des EuGH wird sich zunächst auf anhängige Nachprüfungsverfahren auswirken bei denen es um die Rechtsfrage geht, ob Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind.

Das gut gemeinte gesetzgeberische Signal des GKV-WSG und des GKV-OrgWG, dass Krankenkassen künftig Hilfsmittel nicht mehr ausschreiben müssen (vgl. § 127 Abs. 1 SGB V), wird durch die Entscheidung des EuGH überholt. Nach dem europäischen Vergaberecht sind Liefer- und Dienstleistungsaufträge oberhalb des Schwellenwertes von 206.000 Euro europaweit auszuschreiben.

Die Regelung des § 127 Abs. 1 SGB V dürfte nach der Entscheidung des EuGH europarechtswidrig sein.

Offen ist, ob durch das EuGH - Urteil auch die Möglichkeit der Vertragsankündigung nach § 127 Abs. 2 SGB V deutlich eingeschränkt wird.

Durch die Möglichkeit zum Vertragsbeitritt zu bestehenden Verträgen (§ 127 Abs. 2a SGB V), hätten bei europaweiter Bekanntgabe, alle europäischen Leistungserbringer die Möglichkeit bei den Versorgungsleistungen zu partizipieren und wären somit vordergründig nicht benachteiligt.

Durch Vertragsbeitritte wird jedoch europäisches Vergaberecht umgangen.

Die Preisfindung findet bei den Krankenversicherungen nicht nach den europaweit geltenden vergaberechtlichen Regelungen im Rahmen einer Ausschreibung statt, sondern im Dialog mit dem preiswertesten Anbieter.

Der Preisverfall durch derartige Verträge gefährdet bereits schon jetzt zahlreiche Existenzen bei den Leistungserbringern und wird in vielen Fällen nachhaltig zu schlechterer Versorgungsqualität bei den betroffenen Versicherten führen.

Die erst einen Tag zuvor vom Bundesverfassungsgericht für verfassungsgemäß erklärte letzte Gesundheitsreform mit dem GKV-WSG und GKV-OrgWG steht, mit Verweis auf oben, in Teilen dem Urteil des EuGH entgegen.

Zum Wohle aller Beteiligten wird der Gesetzgeber die letzte Gesundheitsreform erneut "nachjustieren" müssen.

### **Fazit**

Gesetzliche Krankenversicherungen sind nach der Entscheidung des EuGH öffentliche Auftraggeber. Damit gilt für sie nationales und europäisches Vergaberecht, welches zu förmlichen Vergabeverfahren verpflichtet.

Folgende Bestimmungen finden Anwendung: Richtlinie 2004/18/EG, die §§ 97 ff. GWB, die VgV und VOL/A u.a..

Burkhard Goßens

- Rechtsanwalt -

<http://www.gossens.de/>

<p>Der Autor ist Anwalt für Gesundheitsrecht und Vergaberecht. Der vorgenannte Beitrag dient der allgemeinen Information und wurde nach bestem Wissen erstellt. Er kann eine individuelle Beratung nicht ersetzen! Er stellt keine rechtliche Beratung dar. Eine Haftung aufgrund der hier gegebenen allgemeinen Hinweise ist ausgeschlossen. Diese wird nur bei individueller Beratung übernommen. Vervielfältigung und Verbreitung nur mit schriftlicher Genehmigung von Rechtsanwalt Burkhard Goßens, Ahornallee 10, 14050 Berlin.</p>
---



**Dieser Artikel ist bei anwalt 24 mit weiterführenden Links und Hinweisen zu den Quellen veröffentlicht:**

<http://www.anwalt24.de/rechtsanwalt/burkhard-gossens-14402/blog/15/5522/urteil-des-eugh-gesetzliche-krankenversicherungen-sind-oeffentliche-auftraggeber-auswirkungen-fuer-den-gesundheitsmarkt->