

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

JÁN MAZÁK

vom 16. Dezember 2008<sup>1</sup>

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren ersucht der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Deutschland) den Gerichtshof um Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG<sup>2</sup> in Bezug auf deutsche gesetzliche Krankenkassen. Das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen, ob es sich bei diesen Krankenkassen um Einrichtungen des öffentlichen Rechts und damit um öffentliche Auftraggeber handelt und wie der hier in Rede stehende Auftrag einzustufen ist.

„Öffentliche Auftraggeber“ sind der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

Als ‚Einrichtung des öffentlichen Rechts‘ gilt jede Einrichtung, die

**I — Rechtlicher Rahmen**

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,

*A — Gemeinschaftsrecht*

b) Rechtspersönlichkeit besitzt und

2. Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie bestimmt:

c) überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Auf-

<sup>1</sup> — Originalsprache: Englisch.

<sup>2</sup> — Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) (im Folgenden: Richtlinie).

sichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

sofern aufgrund von Mitteilungen der Mitgliedstaaten die betreffenden Änderungen sich als notwendig erweisen; ...“

5. Art. 1 der Richtlinie mit der Überschrift „Definitionen“ bestimmt Folgendes:

Die nicht erschöpfenden Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die die in Unterabsatz 2 Buchstaben a, b und c genannten Kriterien erfüllen, sind in Anhang III enthalten. Die Mitgliedstaaten geben der Kommission regelmäßig die Änderungen ihrer Verzeichnisse bekannt.“

„(2) a) ‚Öffentliche Aufträge‘ sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

3. In Anhang III Kapitel III Punkt 1.1 sind für „Deutschland“ eingetragen: „Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger)“.

...

4. Art. 79 der Richtlinie mit der Überschrift „Änderungen“ bestimmt, dass „[d]ie Kommission ... nach dem in Artikel 77 Absatz 2 genannten Verfahren Folgendes ändern kann: ... d) die in Anhang III genannten Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts,

c) ‚Öffentliche Lieferaufträge‘ sind andere öffentliche Aufträge als die unter Buchstabe b genannten; sie betreffen den Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder den Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren.

...

- d) ‚Öffentliche Dienstleistungsaufträge‘ sind öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind.
- öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge.

Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl Waren als auch Dienstleistungen im Sinne von Anhang II umfasst, gilt als ‚öffentlicher Dienstleistungsauftrag‘, wenn der Wert der betreffenden Dienstleistungen den Wert der in den Auftrag einbezogenen Waren übersteigt.

...“

6. Nach Art. 32 Abs. 2 der Richtlinie „[befolgen f]ür den Abschluss einer Rahmenvereinbarung ... die öffentlichen Auftraggeber die Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie ...“

...

(4) ‚Dienstleistungskonzessionen‘ sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

7. Art. 21 der Richtlinie sieht vor, dass „Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B ... nur Artikel 23 und Artikel 35 Absatz 4 [unterliegen]“.

8. In Anhang II Teil B Kategorie 25 ist das „Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen“ genannt.

(5) Eine ‚Rahmenvereinbarung‘ ist eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren

9. Gemäß Art. 22 der Richtlinie „[werden] Aufträge sowohl über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A als auch über

Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B ... nach den Artikeln 23 bis 55 vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A höher ist als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B. In allen anderen Fällen wird der Auftrag nach Artikel 23 und Artikel 35 Absatz 4 vergeben.“

10. Schließlich sieht Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 1999/44/EG<sup>3</sup> vor, dass „[a]ls Kaufverträge im Sinne dieser Richtlinie ... auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter [gelten]“.

#### B — *Nationales Recht*

11. Das gesetzliche Gesundheitssystem in Deutschland sowie die Organisation und Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen dort sind in Buch IV und V des Sozialgesetzbuchs (im Folgenden: SGB) geregelt. Nach § 1 Abs. 1 SGB V haben diese Krankenkassen als Solidargemeinschaft die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern.

3 — Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171, S. 12).

12. Die gesetzlichen Krankenkassen sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung. Die Pflichtversicherten können wählen, bei welcher Krankenkasse sie sich versichern möchten, haben aber nicht die Wahl zwischen einer gesetzlichen und einer privaten Krankenkasse. Die Krankenkassen werden finanziert durch (i) die Pflichtbeiträge der Versicherten, (ii) unmittelbare bundesstaatliche Zahlungen sowie (iii) Ausgleichszahlungen nach dem Finanzausgleich der gesetzlichen Krankenkassen untereinander und aus dem Risikostrukturausgleich.

13. Die Höhe der Beiträge richtet sich — bis zur Beitragsbemessungsgrenze — allein nach dem Einkommen des Versicherten. Andere Gesichtspunkte, etwa Alter, Vorerkrankungen, Zahl der Mitversicherten, spielen keine Rolle. In der Praxis behält der Arbeitgeber den Beitragsanteil des Versicherten von dessen Gehalt ein und zahlt ihn zusammen mit seinem Anteil an die Krankenkasse. Die Entrichtung und die Einziehung der Beiträge sind nach öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zwingend vorgeschrieben.

14. Der Beitragssatz wird nicht durch den Staat, sondern durch die gesetzlichen Krankenkassen festgelegt. Diese müssen die Beiträge in der Weise berechnen, dass sie zusammen mit den anderen Einnahmen die gesetzlich vorgeschriebenen Ausgaben de-

cken und sicherstellen, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Betriebsmittel und Rücklagen bereitgehalten werden können. Die Festsetzung des Beitragssatzes bedarf der Genehmigung durch die staatliche Aufsichtsbehörde der jeweiligen Krankenkasse, und die Höhe der Beiträge ist in gewissem Umfang rechtlich vorgegeben. Sie ist so festzusetzen, dass die sich daraus ergebenden Einnahmen die Ausgaben nicht unterschreiten oder übersteigen. Da die zu erbringenden Leistungen zum weit überwiegenden Teil gesetzlich festgeschrieben sind, lässt sich die Ausgabenhöhe von der jeweiligen Krankenkasse weitgehend nicht unmittelbar beeinflussen.

15. Ausgabenunterschiede infolge unterschiedlicher Risikostruktur bei den Versicherten werden weitgehend durch den Risikostrukturausgleich abgemildert. Es besteht auch eine gewisse „Solidaritätsverpflichtung“ der Krankenkassen untereinander. Auf diese Art und Weise gewährleistet der Staat indirekt eine Erfüllung der Verbindlichkeiten der einzelnen Krankenkassen. Die Krankenkassen haben ein Selbstverwaltungsrecht und unterliegen staatlicher Aufsicht. Die Rechtsaufsicht ist im deutschen Gesundheitswesen nicht auf eine bloße nachprüfende Kontrolle beschränkt.

16. Bestimmte Maßnahmen wie Satzungsänderungen der Krankenkassen, Bestimmung des Beitragssatzes, Bau- und Grundstücksgeschäfte oder Softwarekauf bedürfen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörden haben die Geschäfts-, Rechnungs- und Betriebsführung der Kran-

kenkassen zu prüfen. Die staatlichen Aufsichtsbehörden können von den Krankenkassen die Vorlage von Unterlagen und die Erteilung von Auskünften verlangen. Der Haushaltsplan jeder Krankenkasse ist der staatlichen Aufsichtsbehörde rechtzeitig vorzulegen.

17. Da der Versicherte im Rahmen dieses Systems gegen die Krankenkasse keinen Anspruch auf Tragung von Kosten, sondern auf kostenlose Bereitstellung der entsprechenden Sach- und Dienstleistungen hat — sogenanntes „Sachleistungsprinzip“ —, werden die Krankenkassen aufgefordert, mit verschiedenen Leistungserbringern Verträge über eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende Versorgung oder eine interdisziplinärfachübergreifende Versorgung der Versicherten abzuschließen. Diese „Verträge über die integrierte Versorgung“ werden zwischen den Krankenkassen und den zur Versorgung der Versicherten berechtigten Leistungserbringern geschlossen. Sie legen die Vergütung für die verschiedenen integrierten Versorgungsformen fest, aus der sämtliche Leistungen, die von den Versicherten im Rahmen der Regelung in Anspruch genommen werden können, zu vergüten sind. Die Krankenkasse ist Vertragspartnerin des Vertrags zur integrierten Versorgung und Schuldnerin des Vergütungsanspruchs des Leistungserbringers. Für die Versicherten ist die Teilnahme an den verschiedenen integrierten Versorgungsformen freiwillig, wählt aber ein Versicherter eine solche Versorgungsform, so muss er die Leistungserbringer, mit denen die zuständige Krankenkasse einen Vertrag zur integrierten Versorgung geschlossen hat, in Anspruch nehmen.

## II — Sachverhalt und Vorlagefragen

18. Die mit der AOK Hamburg zur Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens verschmolzene AOK Rheinland (im Folgenden: AOK), eine gesetzliche Krankenkasse, forderte durch Bekanntmachung in der Zeitschrift *Orthopädie-Schuhtechnik* im Juni 2006 Orthopädie-Schuhtechniker zur Abgabe von Angeboten über die Anfertigung und Lieferung von Schuhwerk zur integrierten Versorgung im Sinne der §§ 140 a ff. SGB V bei diabetischem Fußsyndrom für den Zeitraum vom 1. September 2006 bis zum 31. Dezember 2006 auf. Die zu erbringenden Leistungen waren je nach Aufwand in unterschiedliche Pauschalgruppen eingeteilt, für die der Bieter Preise einzutragen hatte. Nach den „Besonderen Vertragsbedingungen“ war vorgesehen, dass sich der Patient mit einer Krankenversicherungskarte und einer entsprechenden ärztlichen Verordnung unmittelbar bei dem entsprechenden Orthopädie-Schuhtechnikermeister melden sollte; eine Kostenübernahmeerklärung der AOK war überflüssig. Die Aufgabe des Vertragspartners bestand in der Herstellung und Kontrolle eines individuell angepassten orthopädischen Schuhs, wobei vor dem Ausmessen, bei der Auslieferung und bei den vorgeschriebenen Kontrollen jeweils ausführliche Beratungen stattzufinden hatten. Die Zahlungen sollten — abgesehen von Zuzahlungen der Patienten — durch die AOK erfolgen.

19. Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (im Folgenden: Oymanns), ein Orthopädie-Schuhmacherbe-

trieb, reichte ein Angebot ein und rügte anschließend Vergaberechtsverstöße. Diese Beanstandungen wurden von der AOK mit der Begründung zurückgewiesen, die vergaberechtlichen Vorschriften seien nicht einschlägig. Oymanns leitete ein Vergabenausschreibungsverfahren bei der Vergabekammer ein, die den Nachprüfungsantrag zurückwies. Gegen diese Entscheidung erhob Oymanns daraufhin sofortige Beschwerde beim vorliegenden Gericht.

20. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. a) Ist das Tatbestandsmerkmal der „Finanzierung durch den Staat“ des Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c 1. Alternative der Richtlinie dahin auszulegen, dass der Staat die Mitgliedschaft in einer Krankenversicherung sowie die Pflicht zur Zahlung von Beiträgen — deren Höhe vom Einkommen abhängig ist — an die jeweilige Krankenkasse anordnet, wobei die Krankenkasse den Beitragssatz festlegt, die Krankenkassen aber durch ein in den Gründen näher geschildertes System der solidarischen Finanzierung miteinander verbunden sind und die Erfüllung der Verbindlichkeiten jeder einzelnen Krankenkasse gesichert ist?

b) Ist das Tatbestandsmerkmal in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. c 2. Alternative der Richtlinie, demzufolge die Einrichtung „hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt“, dahin auszulegen, dass eine staatliche Rechtsaufsicht, die auch noch laufende oder zukünftige Geschäfte betrifft — gegebenenfalls zuzüglich weiterer in den Gründen geschilderter Eingriffsmöglichkeiten des Staates —, für die Erfüllung des Merkmals ausreicht?

Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie — dahin auszulegen, dass unter einer „Dienstleistungskonzession“ auch eine Auftragserteilung in der Form zu verstehen ist, bei der

— die Entscheidung darüber, ob und in welchen Fällen der Auftragnehmer mit Einzelaufträgen beauftragt wird, nicht vom Auftraggeber, sondern von Dritten getroffen wird,

2. Falls die erste Vorlagefrage — in a oder b — mit „ja“ zu beantworten ist, sind die Buchst. c und d von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie dahin auszulegen, dass die Zurverfügungstellung von Waren, die in ihrer Form individuell nach den Erfordernissen des jeweiligen Kunden hergestellt und angepasst sowie über deren Nutzung die jeweiligen Kunden individuell zu beraten sind, als „Lieferaufträge“ oder als „Dienstleistungsaufträge“ einzustufen ist? Ist dabei nur der Wert der jeweiligen Leistungen zu berücksichtigen?

— die Bezahlung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber erfolgt, weil allein Letzterer kraft Gesetzes alleiniger Vergütungsschuldner und den Dritten gegenüber zur Erbringung der Dienstleistung verpflichtet ist, und

— der Auftragnehmer vor Inanspruchnahme durch den Dritten keine Leistungen irgendwelcher Art erbringen oder vorhalten muss?

3. Falls die in Frage 2 genannte Zurverfügungstellung als „Dienstleistung“ einzustufen ist oder sein könnte, ist Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie — in Abgrenzung zu einer Rahmenvereinbarung im Sinne des

21. Oymanns, die AOK und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Die Verfahrensbeteiligten haben in der Sitzung vom 19. Juni 2008 mündlich verhandelt.

### III — Beurteilung

hinsichtlich ihrer Leitung staatlicher Aufsicht unterlägen.

#### A — Zur ersten Frage

22. Mit seiner ersten Frage ersucht das Oberlandesgericht Düsseldorf im Wesentlichen um Hinweise zu der Frage, ob es sich bei den Krankenkassen um Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinie handelt, da in Deutschland umstritten sei, ob gesetzliche Krankenkassen trotz ihrer Benennung in Anhang III der Richtlinie als solche Einrichtungen anzusehen seien.

24. Die AOK, die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens ist der Auffassung, dass die Liste des Anhangs III der Richtlinie lediglich Indizwirkung habe. Was die Finanzierung durch den Staat angehe, müsse es sich um eine unmittelbare Finanzierung aus öffentlichen Mitteln handeln. Schließlich führt die AOK an, die staatlichen Behörden übten lediglich eine Rechtsaufsicht aus.

#### 1. Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

23. *Oymanns*, die Antragstellerin des Ausgangsverfahrens, trägt vor, die Nennung der deutschen Krankenkassen in Anhang III der Richtlinie begründe eine unwiderlegliche Vermutung dafür, dass sie der Gemeinschaftsgesetzgeber als Einrichtungen des öffentlichen Rechts ansehe. *Oymanns* macht im Wesentlichen geltend, dass die Krankenkassen überwiegend vom Staat finanziert würden und

25. Die *Kommission* merkt an, dass die Krankenkassen ausdrücklich in Anhang III der Richtlinie angeführt seien, so dass sie als Einrichtungen des öffentlichen Rechts zu qualifizieren seien. Die Krankenkassen erfüllten auch die Voraussetzungen für eine solche Qualifizierung.

2. Würdigung

26. Nach Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie sind die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Krankenkassen öffentliche Auftraggeber, wenn sie die Merkmale erfüllen, um als Einrichtungen des öffentlichen Rechts bezeichnet werden zu können.

27. Insoweit verlangt, wie Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache Bayerischer Rundfunk u. a.<sup>4</sup> ausgeführt hat, „die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass der autonome Begriff ‚öffentlicher Auftraggeber‘ des Gemeinschaftsrechts funktionell<sup>[5]</sup> und weit<sup>[6]</sup> ausgelegt wird, unter Berücksichtigung des Zieles, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber und die Möglichkeit, dass eine vom Staat finanzierte oder kontrol-

lierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt<sup>[7]</sup>, auszuschließen“.

28. Zunächst einmal sind die deutschen Krankenkassen in Anhang III der Richtlinie ausdrücklich erwähnt. Dieser Anhang enthält ein nicht erschöpfendes Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts in den Mitgliedstaaten, die „die in [Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie] genannten Kriterien“ erfüllen.

29. Zu beachten ist, dass die Mitgliedstaaten Anhang III der Richtlinie nicht einseitig ändern können. Nach Art. 1 Abs. 9 geben sie der Kommission die Änderungen ihrer Verzeichnisse der Einrichtungen des öffentlichen Rechts bekannt. Gemäß Art. 79 der Richtlinie<sup>8</sup> ist ausschließlich die Kommission befugt, „die in Anhang III genannten Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts [zu ändern], sofern aufgrund von Mitteilungen der Mitgliedstaaten die betreffenden Änderungen sich als notwendig erweisen“. Dabei

4 — Urteil vom 13. Dezember 2007, C-337/06 (Slg. 2007, I-11173, Nr. 66).

5 — Vgl. Urteil vom 10. April 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Slg. 2008, I-2339, Randnr. 37), mit Verweis auf das Urteil Bayerischer Rundfunk u. a., in Fn. 4 angeführt, Randnrn. 36 f. und die dort angeführte Rechtsprechung. Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer verweist an dieser Stelle u. a. auf die Urteile vom 27. Februar 2003, Adolf Truley (C-373/00, Slg. 2003, I-1931, Randnr. 41), und vom 16. Oktober 2003, Kommission/Spanien (C-283/00, Slg. 2003, I-11697, Randnr. 73).

6 — Im Urteil Adolf Truley, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 43, hat der Gerichtshof entschieden, dass „[i]n Anbetracht dieser beiden Ziele — Öffnung für den Wettbewerb und Transparenz — ... der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts weit zu verstehen [ist]“. Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer verweist an dieser Stelle auf Wollenschläger, F., „Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers‘ im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes“, EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht), Nr. 8/2005, S. 345.

7 — Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer verweist an dieser Stelle auf die Urteile vom 3. Oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 17), vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a. (C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 52), und Adolf Truley, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 42.

8 — Mit der Überschrift „Änderungen“.

hat sie das Komitologieverfahren einzuhalten.<sup>9</sup> Aus den Verfahrensakten ergibt sich, dass das Komitologieverfahren hinsichtlich der deutschen Krankenkassen bisher nicht eingeleitet worden ist.

30. Somit begründet meines Erachtens die Tatsache, dass die deutschen Krankenkassen in Anhang III der Richtlinie aufgeführt sind, die Vermutung, dass sie als öffentliche Auftraggeber im Sinne der Richtlinie anzusehen sind.<sup>10</sup> Das Verzeichnis in Anhang III ist zwar nicht erschöpfend, der Gemeinschaftsgesetzgeber hat aber mit der Aufstellung des Verzeichnisses bestimmte Einrichtungen bezeichnet, die seiner Auffassung nach als Einrichtungen des öffentlichen Rechts anzusehen sind.<sup>11</sup> Außerdem kann das Verzeichnis

9 — Art. 79 der Richtlinie verweist auf das Verfahren nach Art. 77, der die Überschrift „Beratender Ausschuss“ trägt und vorsieht, dass die Art. 3 und 7 des Beschlusses 1999/468 des Rates vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (ABl. L 184, S. 23) unter Beachtung von dessen Art. 8 gelten.

10 — Generell sollte eine Behörde die Möglichkeit haben, Gründe dafür anzuführen, dass sie nicht (mehr) als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinie zu qualifizieren sei, jedoch ist dies im vorliegenden Fall nicht dargetan worden.

11 — Diese Auslegung scheint im Einklang mit den Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil *Adolf Truley*, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 44, zu stehen, wo es heißt: „Ist also eine Einrichtung nicht im Verzeichnis in Anhang I der Richtlinie 93/37 aufgeführt, so ist in jedem Einzelfall ihre rechtliche und tatsächliche Situation zu untersuchen, um festzustellen, ob sie eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllt.“ Vgl. auch *Trepte*, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2. Aufl., Oxford University Press, 2007, S. 102, Abschnitt 2.21: „Man hat es offensichtlich für notwendig befunden, ein Verzeichnis derjenigen Einrichtungen in allen Mitgliedstaaten aufzustellen, die *damals* als unter diesen Begriff fallend eingestuft wurden. Dies scheint darauf hinzuweisen, dass diese Verzeichnisse ... diejenigen Einrichtungen bezeichnen, die *zum Allermindesten* [Hervorhebung nur hier] als juristische Personen des öffentlichen Rechts anzusehen sind.“ *Trepte* merkt auch an, dass der Gerichtshof die in den Listen des Anhangs genannten Einrichtungen als Beispiele zur Beschreibung der erfassten Arten von Einrichtungen herangezogen habe, und verweist auf die Urteile vom 10. November 1998, *BFI Holding* (C-360/96, Slg. 1998, I-6821, Randnr. 51), und vom 10. Mai 2001, *Agorá* und *Excelsior* (C-223/99 und C-260/99, Slg. 2001, I-3605, Randnr. 37).

in Anhang III nur im vorstehend erwähnten Komitologieverfahren geändert werden.<sup>12</sup>

31. Ich möchte in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass sich der Standpunkt des Gemeinschaftsgesetzgebers auch in einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Januar 2008<sup>13</sup> widerspiegelt, wonach die Ortskrankenkassen Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind.

32. Ich werde aber trotzdem darlegen, dass die deutschen Krankenkassen jedenfalls als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind.

33. Die Definition der Begriffs „öffentlicher Auftraggeber“ in Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 lehnt sich an den Wortlaut früherer Richtlinien über das öffentliche Beschaffungswesen an. Tatsächlich stellt die Richtlinie zu einem großen Teil eine Neufassung oder

12 — Vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt Alber in der Rechtssache *University of Cambridge*, Urteil in Fn. 7 angeführt, Nr. 20. Eine ähnliche Auslegung findet sich bei *Chiti*, M. P., „The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law“, *European Public Law*, Bd. 8, Heft 4, 2002, S. 489. Vgl. auch die Feststellung des Gerichtshofs im Urteil *Adolf Truley*, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 39, dass „die Genauigkeit dieses Verzeichnisses je nach Mitgliedstaat ganz unterschiedlich ist“.

13 — 1 BvR 2156/02.

Konsolidierung sämtlicher vorangegangener Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge dar.<sup>14</sup>

(ii) hinsichtlich ihrer Leitung staatlicher Aufsicht unterliegen.

34. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen die in Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie genannten Tatbestandsmerkmale — nämlich, dass die Einrichtung (i) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, (ii) Rechtspersönlichkeit besitzt und (iii) überwiegend vom Staat finanziert wird — gleichzeitig vorliegen.<sup>15</sup> Zu dem dritten Tatbestandsmerkmal der „engen Verbindung einer Einrichtung mit dem Staat“ hat der Gerichtshof jedoch festgestellt, dass dieses erfüllt ist, wenn eine der in der Vorschrift genannten Alternativen vorliegt.<sup>16</sup>

35. Aus den Verfahrensakten ergibt sich, dass das Vorliegen der ersten beiden der vorgeannten drei Tatbestandsmerkmale unstreitig ist.

36. Ich werde mich deshalb auf das dritte Tatbestandsmerkmal der hinreichenden Staatsnähe konzentrieren. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob die Krankenkassen (i) vom Staat finanziert werden und/oder

37. In Bezug auf die erste Alternative — Finanzierung durch den Staat — ergibt sich zunächst einmal aus dem Urteil Bayerischer Rundfunk u. a.<sup>17</sup>, dass diese Voraussetzung nicht nur bei einer unmittelbaren Finanzierung durch den Staat, sondern auch bei einer mittelbaren Finanzierung erfüllt ist. Der Gerichtshof hat speziell zum Bereich des Rundfunks ausgeführt, dass die Wendung „überwiegend vom Staat finanziert“ dahin zu verstehen ist, dass eine solche Finanzierung vorliegt, wenn (i) die Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, die mit einem im öffentlichen Interesse liegenden Auftrag versehen sind, vom Staat unabhängig, selbstverwaltet und so organisiert sind, dass ein Einfluss des Staats ausgeschlossen ist, und (ii) diese Tätigkeiten überwiegend durch eine Gebühr finanziert werden, die von denjenigen zu zahlen ist, die ein Rundfunkgerät bereithalten, und die nach den Regeln der zu diesem Zweck geschlossenen Staatsverträge auferlegt, berechnet und erhoben wird und sich nicht aus einem Rechtsgeschäft zwischen diesen Einrichtungen und den Verbrauchern ergibt.

38. Der vorliegende Fall liegt insofern ähnlich, als die Krankenkassen durch rechtlich vorgegebene Pflichtbeiträge finanziert wer-

14 — Vgl. Urteil Ing. Aigner, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 51, mit Verweis in diesem Sinne auf Urteil Bayerischer Rundfunk u. a., in Fn. 4 angeführt, Randnr. 30.

15 — Vgl. Urteil Ing. Aigner, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 36, mit Verweis auf Urteile vom 1. Februar 2001, Kommission/Frankreich (C-237/99, Slg. 2001, I-939, Randnr. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch Urteil Adolf Truley, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung.

16 — Vgl. Urteil Adolf Truley, in Fn. 5 angeführt, Randnr. 68, mit Verweis auf u. a. Urteile University of Cambridge, in Fn. 7 angeführt, Randnr. 20, und Kommission/Frankreich, in Fn. 15 angeführt, Randnr. 44.

17 — In Fn. 4 angeführt.

den. In diesem Rahmen spielt es meiner Meinung nach kaum eine Rolle, ob eine Einrichtung die Finanzmittel unmittelbar vom Staat im Wege einer Steuer oder mittelbar<sup>18</sup> im Wege rechtlich vorgegebener Pflichtbeiträge erhält.

39. Diese Sichtweise wird auch dadurch bestätigt, dass den Verfahrensakten zufolge im Zuge in Deutschland geplanter Reformen (zwecks Vereinfachung des Beitragseinzugs und des Risikostrukturausgleichs) erörtert wurde, die Beitragseinzahlung einer bundesweiten zentralen Einheit (Gesundheitsfonds) zu überlassen, die dann den Krankenkassen (risikogewichtete) Beiträge pro Mitglied zukommen lassen sollte.

40. Zu beachten ist, dass der weit überwiegende Teil der Bevölkerung in Deutschland (etwa 90 %) kraft Gesetzes bei einer gesetzlichen Krankenkasse pflichtversichert

ist und dass die Finanzierung dieser Krankenkassen durch die Zwangsmitgliedschaft und die Beiträge sichergestellt ist. Die Kommission verweist auf die Auskunft des deutschen Bundesgesundheitsministeriums, der zufolge die Beiträge 95 % der Einnahmen der Krankenkassen ausmachen.

41. Darüber hinaus richtet sich die Höhe der Beiträge bis zur Beitragsbemessungsgrenze allein nach dem Einkommen des Versicherten. Des Weiteren verfügen die gesetzlichen Krankenkassen aufgrund ihrer staatlich garantierten Finanzierung über eine Sonderstellung gegenüber ihren Mitbewerbern (nämlich den privaten Krankenkassen). Die Pflicht zur Leistungserbringung ist von der tatsächlichen Zahlung der Versicherungsbeiträge unabhängig. Diese sind daher keine „spezifische Gegenleistung“ für die erbrachten Gesundheitsdienstleistungen im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs.<sup>19</sup>

42. Das vorliegende Gericht grenzt den vorliegenden Fall vom Sachverhalt in der Rechtsache Bayerischer Rundfunk u. a.<sup>20</sup> insofern ab, als hier der Beitragssatz nicht durch den Staat, sondern durch die gesetzliche Krankenkasse festgesetzt werde.

18 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Dezember 1998, *Connemara Machine Turf* (C-306/97, Slg. 1998, I-8761, Randnr. 34). Vgl. auch z. B. Brown, A., „Whether German public broadcasters are financed for the most part by the State so as to fall within the EU Procurement Directives: Bayerischer Rundfunk (C-337/06)“, *Public Procurement Law Review*, Nr. 4/2008, S. NA 127.

19 — Urteil *University of Cambridge*, in Fn. 7 angeführt, Randnr. 21.

20 — Urteil in Fn. 4 angeführt.

43. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass dem Vorlagebeschluss zufolge die Festsetzung des Beitragssatzes der Genehmigung durch die staatliche Aufsichtsbehörde bedarf. Darüber hinaus ist gesetzlich vorgeschrieben, wie die Sätze genau zu berechnen sind und dass die sich daraus ergebenden Einnahmen die Ausgaben nicht unterschreiten oder übersteigen dürfen. Da die zu erbringenden Leistungen zum weit überwiegenden Teil gesetzlich festgeschrieben sind, lässt sich die Ausgabenhöhe — und dementsprechend die Festsetzung des Beitragssatzes — von der jeweiligen Krankenkasse weitgehend nicht unmittelbar beeinflussen.

44. Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, dass bei den Krankenkassen das dritte Tatbestandsmerkmal (erste Alternative) erfüllt ist, da sie überwiegend vom Staat finanziert werden.

45. In Bezug auf die zweite Alternative, also Staatsnähe durch Aufsicht, hat der Gerichtshof im Urteil Adolf Truley ausgeführt, dass sich in Anbetracht der Rechtsprechung „nicht annehmen [lässt], dass der Tatbestand der Aufsicht über die Leitung im Falle einer bloßen nachprüfenden Kontrolle erfüllt ist, denn schon begrifflich erlaubt es eine derartige Kontrolle der öffentlichen Hand nicht, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen“<sup>21</sup>. Wie sich jedoch aus den Darlegungen in den Nrn. 17 bis 19 der

vorliegenden Schlussanträge ergibt und auch vom vorlegenden Gericht dargelegt wird, ist im deutschen System der gesetzlichen Krankenversicherung die Aufsicht über die Leitung nicht auf eine „bloße nachprüfende Kontrolle“ im Sinne der genannten Rechtsprechung beschränkt.

46. Der Gerichtshof hat im Urteil Adolf Truley<sup>22</sup> bestätigt, dass das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung „jedoch ein Sachverhalt [erfüllt], bei dem zum einen die öffentliche Hand nicht nur die Jahresabschlüsse der betreffenden Einrichtung kontrolliert, sondern auch ihre laufende Verwaltung im Hinblick auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“, was im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint. Die Kommission hat zu Recht darauf hingewiesen, dass sich das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Aufsicht über die Leitung bereits aus dem engmaschigen gesetzlichen Rahmen, insbesondere dem SGB V, ergibt. Auch die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den verschiedenen Leistungserbringern wie Ärzten, Zahnärzten und Apothekern usw. sind im SGB V geregelt. Das Gesetz gibt vor, welche Aufgaben die Krankenkassen wahrzunehmen haben, wie sie dies zu tun haben und wie sie sich zu finanzieren haben. Schließlich sind die Aufsichtsbehörden auch befugt, unmittelbar in die Organisation der Krankenkassen einzugreifen.

21 — In Fn. 5 angeführt, Randnr. 70.

22 — Ebd., Randnr. 74.

47. Entgegen der Auffassung der AOK, dass praktisch keine Aufsicht über die Leitung ausgeübt werden könne, da die öffentliche Hand nicht die Befugnis habe, Beschaffungsentscheidungen der Krankenkassen zu kasieren, bin ich der Meinung, dass es hier auf die generelle Abhängigkeit eines öffentlichen Auftraggebers ankommt und nicht darauf, ob eine Einflussnahme auf bestimmte Verträge möglich ist. Daher dürfte sich der Nachweis erübrigen, dass sich die Aufsicht über die Leitung auch auf das Auftragsvergabeverfahren erstreckt.<sup>23</sup>

48. Ich sehe mehrere Parallelen zu der Rechtssache Kommission/Frankreich<sup>24</sup>. Erstens liegt auch hier ein Sachverhalt vor, in dem die Tätigkeit — hier der Krankenkassen — „in einem sehr engen Rahmen geregelt ist“. Zweitens kann, wie der Gerichtshof in jener Sache weiter ausgeführt hat, „die bloße Überwachung der Einhaltung dieser Regeln für die Führung der Geschäfte, da diese sehr detailliert sind, für sich allein schon dazu führen, dass der öffentlichen Hand ein bedeutender Einfluss eingeräumt wird“. Drittens hatte die Aufsichtsbehörde in jenem Fall — ebenso wie hier — die Befugnis, „die Auflösung einer [Krankenkasse] auszusprechen und ... die Leitungsorgane vorläufig ihres Amtes zu ent-

heben, [selbst die Leitung zu übernehmen] und einen vorläufigen Verwalter zu ernennen“. Viertens hat der Gerichtshof in jenem Urteil entschieden, dass selbst wenn die Ausübung der der zuständigen Behörde eingeräumten Befugnisse „tatsächlich die Ausnahme bleibt, ... so impliziert die Ausübung dieser Befugnisse jedoch eine ständige Kontrolle, denn nur diese ermöglicht es, [ein Fehlverhalten der Leitung] aufzudecken“.

49. Dass das Kriterium der Aufsicht über die Leitung im vorliegenden Fall erfüllt ist, wird schließlich auch durch ein vom vorlegenden Gericht angeführtes Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>25</sup> bestätigt, in dem dieses festgestellt hat, dass den Krankenkassen „Selbstverwaltung im Sinne eines Freiraums für eigenverantwortliches Handeln nur in außerordentlich bescheidenem Umfang eingeräumt“ und „eine eigenverantwortliche Gestaltung des Satzungs-, Organisations-, Beitrags- und Leistungsrechts weitgehend verwehrt ist“.

23 — Vgl. Arrowsmith, S., „The Law of Public and Utilities Procurement“, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, S. 260, Abschnitt 5.7. In diesem Zusammenhang hat Generalanwalt Alber in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache University of Cambridge, Urteil in Fn. 7 angeführt, Nr. 37, darauf hingewiesen, dass „der Gerichtshof in den Urteilen Connemara Machine Turf ... und Kommission/Irland ... für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber in Irland verlangt [hatte], dass eine Kontrolle über die Vergabe öffentlicher Lieferaufträge stattfindet (wobei es im Übrigen als ausreichend erachtet wurde, dass diese Kontrolle mittelbar, also ohne ausdrückliche Bestimmung, stattfindet)“.

24 — In Fn. 15 angeführt, Randnrn. 50, 52, 54 und 56.

50. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass bei den fraglichen Krankenkassen das dritte Tatbestandsmerkmal auch in der zweiten Alternative erfüllt ist, da sie hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch den Staat unterliegen.

25 — Urteil vom 9. Juni 2004, DVBl. 2004, 1161, 1163.

51. Demzufolge handelt es sich bei den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden deutschen Krankenkassen um Einrichtungen des öffentlichen Rechts, da sie in Anhang III der Richtlinie als solche aufgeführt sind und im Übrigen alle Kriterien erfüllen, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung für eine entsprechende Qualifizierung aufgestellt hat.

54. Die AOK meint im Wesentlichen, es gehe um die Frage, wie der Wert der Elemente „Lieferung“ und „Dienstleistungen“, aus denen ein gemischter Vertrag bestehe, zu bestimmen sei. In Fällen wie dem vorliegenden müsse neben dem Element „Wert“ auch festgestellt werden, welche Leistung „den Vertragsinhalt präge“.

## B — Zur zweiten Frage

52. Nachdem die erste Frage bejaht worden ist, ist auf die zweite Frage einzugehen, mit der das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen möchte, ob es sich bei dem fraglichen Auftrag um einen „Lieferauftrag“ oder einen „Dienstleistungsauftrag“ handelt. Diese Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil bei der Einstufung als „Lieferauftrag“ die Bestimmungen der Richtlinie in vollem Umfang Anwendung finden.

55. Die *Kommission* macht im Wesentlichen geltend, dass die Abgrenzung zwischen öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen in Art. 1 Abs. 2 Buchst. d Unterabs. 2 der Richtlinie geregelt sei, der das quantitative Kriterium des Werts aufstelle.

## 2. Würdigung

### 1. Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

53. *Oymanns* ist im Wesentlichen der Ansicht, dass die Lieferung individuell hergestellter Waren insgesamt als Lieferauftrag einzustufen sei.

56. Zunächst bin ich im Gegensatz zum vorlegenden Gericht der Ansicht, dass sich das Urteil *Auroux* u. a.<sup>26</sup> — dem zufolge sich die Abgrenzung zwischen einem öffentlichen Dienstleistungs- und einem Bauauftrag nach dem Hauptgegenstand des Auftrags (also nach einem qualitativen Kriterium) richtet — für

<sup>26</sup> — Urteil vom 18. Januar 2007 (C-220/05, Slg. 2007, I-385, Randnrn. 37 und 46).

die Abgrenzung zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht heranziehen lässt.

57. Vielmehr bestimmt insoweit Art. 1 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie, dass „[e]in öffentlicher Auftrag, der sowohl Waren als auch Dienstleistungen ... umfasst, ... als ‚öffentlicher Dienstleistungsauftrag‘ [gilt], wenn der Wert der betreffenden Dienstleistungen [(ein quantitatives Kriterium)] den Wert der in den Auftrag einbezogenen Waren übersteigt“ (Hervorhebung nur hier).<sup>27</sup> Die Auslegung, dass es bei der Beurteilung, ob ein Vertrag als öffentlicher Liefer- oder Dienstleistungsauftrag einzustufen ist, allein auf das Kriterium des Werts ankommt, wird auch durch den Wortlaut von Art. 22 der Richtlinie bestätigt.

58. Da die Frage nach dem „Wert“ eine Tatsachenfeststellung erfordert, hat das vorlegende Gericht darüber zu entscheiden. Als allgemeine Regel gilt jedoch, dass ein Lieferauftrag vorliegt, wenn der Wert der Gegenleistung, die den Waren zuzuordnen ist, mindestens dem Wert der den Dienstleistungen zuzuordnenden Gegenleistung entspricht. Andernfalls handelt es sich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag.<sup>28</sup>

27 — Als Beispiel für einen Fall, bei dem der Vertrag sowohl Waren als auch Dienstleistungen umfasste, vgl. Urteil vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, Slg. 1999, I-8121).

28 — Vgl. Arrowsmith, S., in Fn. 23 angeführt, S. 332, Abschnitt 6.73, und Trepte, P., in Fn. 11 angeführt, S. 235, Abschnitt 4.107.

59. Daher ist zu prüfen, wie die Erzeugung des individuell angepassten Schuhs im Rahmen der Gesamtleistung (bestehend u. a. aus der Herstellung der Schuhe und damit verbundener Dienstleistungen) einzuordnen ist.

60. Gleichwohl hat es für mich auf den ersten Blick den Anschein, dass die Erzeugung des individuellen Schuhs als Bestandteil der Lieferung anzusehen ist. Hierzu führt das vorlegende Gericht aus, dass nach vorläufiger Einschätzung der Wert der Lieferung des Schuhs trotz der umfangreichen Beratungspflichten höher als der Wert der Dienstleistungen sei. Darüber hinaus weist das vorlegende Gericht zutreffend darauf hin, dass Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 1999/44 Verträge über die Lieferung herzustellender Verbrauchsgüter Kaufverträgen gleichstellt, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um standardisierte oder dem konkreten Beschaffungsvorgang individuell angepasste (sogenannte unvertretbare) Sachen handelt. Dies bestätigt, dass allein auf das Verhältnis des Werts des hergestellten Schuhs zum Wert der Beratung abzustellen ist.

61. Ferner merkt die Kommission zutreffend an, dass die Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge<sup>29</sup>, in der orthopädische Schuhe an verschiedenen Stellen aufgelistet sind, die

29 — Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) (ABl. L 340, S. 1).

Vermutung begründet, dass es sich bei diesen trotz des Beratungsbedarfs um ein „Produkt“ handelt.<sup>30</sup> Schließlich lässt sich entsprechend Art. 1 Abs. 2 Buchst. d Unterabs. 2 der Richtlinie vielleicht sogar argumentieren, dass es sich bei dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrag um einen öffentlichen Lieferauftrag handelt (Lieferung von Waren, hier Schuhen), der als Nebenarbeiten auch eine sehr spezielle Form des „Anbringens“ (Erbringung von Dienstleistungen, hier ausführliche Beratung über die Nutzung der Ware) umfasst. Weitere Beispiele in dieser Kategorie sind etwa Aufträge über Datenverarbeitungsanlagen, die sich häufig sowohl auf die Hardware (Waren) als auch individuell entwickelte Software erstrecken, oder ein Auftrag über sowohl die Lieferung von Gegenständen (z. B. Fahrzeuge) als auch deren Wartung.<sup>31</sup>

### C — Zur dritten Frage

63. Sollte die in Frage 2 genannte Zurverfügungstellung als „Dienstleistung“ einzustufen sein, möchte das vorlegende Gericht mit seiner dritten Frage im Wesentlichen wissen, ob es sich unter den Umständen des Ausgangsverfahrens um eine „Dienstleistungskonzession“ — in Abgrenzung zu einer „Rahmenvereinbarung“ — handelt. Das vorlegende Gericht führt aus, dass eine Charakterisierung als „Dienstleistungsauftrag“ aufgrund nationalen Rechts zur Anwendung bestimmter vergaberechtlicher Vorschriften führe, so dass der Antrag von Oymanns dann zumindest teilweise erfolgreich wäre, während er bei einer Einordnung als „Dienstleistungskonzession“ von vornherein abzuweisen wäre.

62. Demnach ist die zweite Frage dahin zu beantworten, dass die Zurverfügungstellung von Waren, die in ihrer Form individuell nach den Erfordernissen des jeweiligen Kunden hergestellt und angepasst sowie über deren Nutzung die jeweiligen Kunden individuell zu beraten sind, nach dem Wert der jeweiligen Leistungen als „Lieferaufträge“ oder als „Dienstleistungsaufträge“ einzustufen ist, wobei dies eine vom vorlegenden Gericht zu entscheidende Tatsachenfrage ist.

1. Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

30 — Im Übrigen sind derartige Schuhe auch nach den deutschen Regelungen unabhängig von ihrer Serien- oder Maßenfertigung „Hilfsmittel“ (§ 128 SGB V, Kategorie 31 „Schuhe“).

31 — Vgl. Atrowsmith, S., in Fn. 23 angeführt, S. 331 f., Abschnitt 6.73.

64. *Oymanns* vertritt die Auffassung, der Vertrag zur integrierten Versorgung sei eine Rahmenvereinbarung, da er nur den Rahmen

festlege, der hinsichtlich der künftigen Einzelaufträge gelte, und zwar insbesondere in Bezug auf den Preis.

soweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.

65. Die AOK macht im Wesentlichen geltend, dass es sich bei dem Auftrag im Rahmen der integrierten Versorgung um eine Dienstleistungskonzession handele. Eine Rahmenvereinbarung komme nicht in Betracht, da die Krankenkasse mit Abschluss des Vertrags mit dem Leistungserbringer das weitere Verfahren aus der Hand gebe.

68. Andererseits ist eine „Rahmenvereinbarung“ definiert als „eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge“.

66. Die *Kommission* ist im Wesentlichen der Ansicht, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen der Krankenkasse und dem Leistungserbringer um eine Rahmenvereinbarung handele.

69. Zunächst stimme ich Oymanns zu, dass es sich bei der fraglichen Vereinbarung nicht um eine Dienstleistungskonzession handeln kann, da die Krankenkasse — und nicht, von geringen Zuzahlungen abgesehen, der Patient — die Vergütung schuldet. In diesem Zusammenhang wird auf das Urteil *Parking Brixen*<sup>32</sup> verwiesen. Der Vertrag zur integrierten Versorgung ist nicht als Dienstleistungskonzession einzuordnen, denn für diese ist kennzeichnend, dass sie die Übertragung

## 2. Würdigung

67. Einerseits definiert die Richtlinie „Dienstleistungskonzessionen“ als „Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur in-

32 — Urteil vom 13. Oktober 2005 (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnrn. 39 f.).

eines Rechts zur Verwertung einer bestimmten Leistung umfasst und dass der Konzessionär ganz oder zum überwiegenden Teil das wirtschaftliche Nutzungsrisiko trägt. Im vorliegenden Fall ist der Leistungserbringer bis zum Abschluss eines Einzelvertrags mit einem Versicherten nicht verpflichtet, eine Leistung zu erbringen. Er erhält also als Gegenleistung nicht das Recht zur Verwertung einer vorhergehenden Leistung.<sup>33</sup> Der Leistungserbringer ist verpflichtet, seine Leistung auf Abruf eines Versicherten zu erbringen, ohne die Möglichkeit, Verhandlungen über den Preis oder über sein eigenes Entgelt zu führen, das ja mit der Krankenkasse vereinbart ist und von dieser an ihn gezahlt wird. Somit trägt der Leistungserbringer nicht das wirtschaftliche Risiko im Sinne der oben angeführten gemeinschaftlichen Rechtsprechung.

pflichtet, die Schuhe zu liefern, und wird die Krankenkasse verpflichtet, das Entgelt zu zahlen. Dass der Leistungserbringer im Voraus nicht weiß, ob und in welchem Umfang die Versicherten seine Leistungen in Anspruch nehmen werden, ist gerade ein Charakteristikum einer Rahmenvereinbarung im Sinne von Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie. Ich möchte an dieser Stelle hinzufügen, dass, selbst wenn das vorlegende Gericht den fraglichen Auftrag als auf eine „Dienstleistung“ gerichtet einstufen sollte, es sich bei diesem dennoch um eine Rahmenvereinbarung und nicht um eine Dienstleistungskonzession handeln würde.

70. Meines Erachtens stuft die Kommission die Vereinbarung zwischen der Krankenkasse und dem Leistungserbringer zu Recht als nahezu klassisches Beispiel einer Rahmenvereinbarung ein, da sie die Bedingungen für die Liefer- und Beratungsleistungen festlegt, die innerhalb eines gewissen Zeitraums erbracht werden. Erst aufgrund der späteren Einzelverträge wird der Leistungserbringer ver-

71. Demnach muss die Antwort auf die dritte Frage lauten, dass für den Fall, dass die in Frage 2 genannte Zurverfügungstellung von Waren als „Dienstleistung“ einzustufen ist, Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie — in Abgrenzung zu einer Rahmenvereinbarung im Sinne des Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie — dahin auszuulegen ist, dass, eine Zurverfügungstellung von Waren in der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Form nicht als „Dienstleistungskonzession“ zu verstehen ist.

33 — Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Urteil vom 7. Dezember 2000, *Telaustria* Verlag (C-324/98, Slg. 2000, I-745, Randnr. 30) (in dem es um die vorangegangene Richtlinie 93/38 ging), besteht das Recht auf Nutzung einer Dienstleistung darin, dass der Betreffende „als Vergütung das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält“. Im vorliegenden Fall braucht der Auftragnehmer keine kostenintensiv aufzubauende Infrastruktur (Räumlichkeiten, Personal, Ausrüstung) aufzubauen und in stand zu halten, die durch die Vergütung, die er für die Einzelaufträge erhält, amortisiert werden müsste.

#### IV — Ergebnis

72. Meines Erachtens sollte der Gerichtshof daher die vom Oberlandesgericht Düsseldorf vorgelegten Fragen wie folgt beantworten:

1. Bei den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden deutschen Krankenkassen handelt es sich um Einrichtungen des öffentlichen Rechts, da sie in Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge als solche aufgeführt sind und im Übrigen alle Kriterien erfüllen, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung für eine entsprechende Qualifizierung aufgestellt hat.
2. Die Zurverfügungstellung von Waren, die in ihrer Form individuell nach den Erfordernissen des jeweiligen Kunden hergestellt und angepasst sowie über deren Nutzung die jeweiligen Kunden individuell zu beraten sind, ist nach dem Wert der jeweiligen Leistungen als „Lieferaufträge“ oder als „Dienstleistungsaufträge“ einzustufen, wobei dies eine vom vorlegenden Gericht zu entscheidende Tatsachenfrage ist.
3. Für den Fall, dass die in Frage 2 genannte Zurverfügungstellung von Waren als „Dienstleistung“ einzustufen ist, ist Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 — in Abgrenzung zu einer Rahmenvereinbarung im Sinne des Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie — dahin auszulegen, dass eine Zurverfügungstellung von Waren in der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Form nicht als „Dienstleistungskonzession“ zu verstehen ist.