

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 17 |
| A. Einleitung | 21 |
| B. Problemstellung | 26 |
| C. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Hilfsmittelversorgungsverträge nach § 127 I, II SGB V | 31 |
| I. Möglicher Ausschluss des Kartellvergaberechts | 32 |
| 1. Kein Ausschluss des Kartellvergaberechts durch § 69 SGB V | 32 |
| 2. Kein Ausschluss des Vergaberechts durch § 22 I 1 SVHV | 34 |
| II. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts kraft Verweisung in § 127 I 1 SGB V | 35 |
| III. Vorliegen der Anwendbarkeitsvoraussetzungen der §§ 98 ff. GWB | 36 |
| 1. Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB | 37 |
| a) Krankenkassen als juristische Personen des öffentlichen Rechts | 39 |
| b) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art | 39 |
| (1) Allgemeininteresse der Aufgaben | 40 |
| (2) Nichtgewerblichkeit der Aufgaben | 41 |
| c) Staatsgebundenheit der gesetzlichen Krankenkassen | 43 |
| 2. Hilfsmittelversorgungsverträge nach § 127 I, II GWB als öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB | 45 |
| a) Vertragsparteien eines öffentlichen Auftrags | 46 |
| b) Vorliegen von Verträgen im Sinne von § 99 I GWB | 47 |
| (1) Personenverschiedenheit der Vertragspartner | 48 |
| (2) Öffentlich rechtliche Natur der Verträge | 48 |
| c) Art der vertragsgegenständlichen Leistungen | 50 |
| (1) Begriff des Lieferauftrages nach § 99 II GWB | 51 |
| (2) Begriff des Dienstleistungsauftrages nach § 99 IV GWB | 52 |

| | |
|---|-----|
| (3) Einordnung der Hilfsmittelversorgungsverträge nach § 127 I, II SGB V | 53 |
| (aa) Abgrenzungskriterium aus § 99 VII 1 GWB | 53 |
| (bb) Abgrenzung von Hilfs- zu Heilmitteln | 55 |
| d) Vergabe von Hilfsmittelversorgungsverträgen nach § 127 I, II SGB V als mögliche Konzessionen | 58 |
| (1) Wesen und Arten von Konzessionen | 58 |
| (2) Nichtanerkennung einer vergaberechtsfreien Figur der Lieferkonzession | 59 |
| (3) Hilfsmittelversorgungsverträge als mögliche (Dienstleistungs-)Konzessionen | 64 |
| e) Vergabe von Hilfsmittelversorgungsverträgen nach § 127 I, II SGB V als Rahmenvereinbarungen | 66 |
| (1) Abgrenzung zwischen Konzession und Rahmenvereinbarung | 68 |
| (2) Bedenken gegen die Annahme von Rahmenvereinbarungen | 72 |
| f) Entgeltlichkeit der Rahmenvereinbarungen nach § 127 I, II SGB V | 74 |
| (1) Relevanz der Entgeltlichkeit von Rahmenvereinbarungen | 74 |
| (2) Begriff der Entgeltlichkeit | 78 |
| (3) Entgeltlichkeit der Einzelaufträge | 79 |
| (4) Entgeltlichkeit der Rahmenvereinbarungen | 80 |
| (aa) Keine Entgeltlichkeit durch Abrufverpflichtung | 80 |
| (bb) Entgeltlichkeit durch Vermittlung von Exklusivitätsrechten | 81 |
| (aaa) Exklusivität von Rahmenvereinbarungen nach § 127 I SGB V | 81 |
| (bbb) Mögliche Exklusivität von Rahmenvereinbarungen nach § 127 II SGB V | 82 |
| (5) Zwischenergebnis | 85 |
| g) Exklusivität als mögliches eigenständiges Tatbestandsmerkmal eines öffentlichen Auftrags | 86 |
| h) Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs | 95 |
| i) Ergebnis | 98 |
| 3. Überschreiten des Schwellenwertes aus § 2 Nr. 2 VgV | 98 |
| a) Höhe des Schwellenwertes | 98 |
| b) Schätzung des Auftragswertes | 99 |
| (1) Schätzung des Auftragswertes bei Rahmenvereinbarungen nach § 127 I, II SGB V | 99 |
| (2) Schätzung des Auftragswertes bei Einzelvereinbarungen nach § 127 III SGB V | 101 |

| | |
|--|---------|
| 4. Kein Auftrag im Sinne von § 100 II GWB | 102 |
| IV. Eingeschränkte Bereichsausnahme gemäß §§ 1 III VOL/A-EG, 4 IV VgV in Verbindung mit Anhang I Teil B zur VOL/A-EG | 102 |
| V. Mögliche Bereichsausnahmen aus dem Unionsrecht | 104 |
| 1. Keine Bereichsausnahme infolge der Zugehörigkeit zu einem System sozialer Sicherung | 105 |
| 2. Keine Bereichsausnahme aus Art. 168 AEUV | 105 |
| a) Bedeutung und Systematik von Art. 168 AEUV | 105 |
| b) Primärrechtskonforme Auslegung der Vergabekoordinierungsrichtlinie vor dem Hintergrund von Art. 168 AEUV | 108 |
| (1) Verhältnis von Art. 168 AEUV zu Art. 114 AEUV | 111 |
| (2) Rechtmäßigkeit des Erlasses der Richtlinie 2004/18/EG aufgrund von Art. 114 AEUV | 111 |
| (aa) Subjektive Zielrichtung der Richtlinie 2004/18/EG | 113 |
| (bb) Objektive Verbesserung des Binnenmarktes durch die Richtlinie 2004/18/EG | 114 |
| VI. Zwischenergebnis | 118 |
| D. Exkurs - Geltung eines vergaberechtlichen Mindeststandards bei der Vergabe von kartellvergaberechtsfreien Hilfsmittelversor- gungsaufträgen aufgrund von Vorgaben des europäischen Primärrechts und des nationalen Verfassungsrechts | 119 |
| I. Primärrechtliche Grundsätze zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen | 120 |
| II. Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf die Vergabe von Unterschwellaufträgen und Aufträgen über nicht-prioritäre Dienstleistungen | 122 |
| III. Inhaltliche Vorgaben des Vergabeprimärrechts | 125 |
| IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Vergabe von kartellvergaberechtsfreien Aufträgen | 128 |
| E. Die Vereinbarkeit der Systematik aus § 127 I, II SGB V mit der kartellvergaberechtlichen Hierarchie der Verfahrensarten | 131 |
| I. Bestehen einer Divergenz zwischen der Systematik aus § 127 I, II SGB V und der kartellvergaberechtlichen Hierarchie der Verfahrensarten | 131 |

| | |
|--|-----|
| 1. Hierarchie und Arten der kartellvergaberechtlichen Vergabeverfahren | 132 |
| a) Grundsätzlicher Vorrang des offenen Verfahrens nach § 101 VII 1 1. HS GWB | 132 |
| b) Verfahrenswahlfreiheit für Sektorenauftraggeber nach § 101 VII 2 GWB | 132 |
| c) Das offene Verfahren nach § 101 II GWB | 133 |
| d) Das nichtoffene Verfahren nach § 101 III GWB | 134 |
| e) Der wettbewerbliche Dialog nach § 101 IV GWB | 136 |
| f) Das Verhandlungsverfahren nach § 101 V GWB | 137 |
| (1) Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung | 137 |
| (2) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung | 138 |
| 2. Einordnung von § 127 II SGB V in die kartellvergaberechtliche Terminologie | 139 |
| a) Verständnis von § 127 II 1 SGB V nach der Systematik der Vorschrift | 140 |
| b) Teleologisches Verständnis von § 127 II 1 SGB V | 141 |
| c) Einordnung der Bekanntmachungsobliegenheit aus § 127 II 3 SGB V | 142 |
| 3. Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens | 144 |
| a) Verweisung auf die VgV | 145 |
| b) Verweisung auf die VOL/A | 145 |
| c) Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens nach § 3 III, IV VOL/A-EG | 146 |
| 4. Unzulässigkeit der optionalen Vergabe von Rahmenvereinbarungen nach § 127 II SGB V im Verhandlungsverfahren | 147 |
| a) Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, § 3 IV VOL/A-EG | 148 |
| (1) Übergang ins Verhandlungsverfahren mangels annehmbarer Angebote, § 3 IV lit. a) VOL/A-EG | 148 |
| (2) Beschaffung von Waren zu Forschungs- und Entwicklungszwecken, § 3 IV lit. b) VOL/A-EG | 149 |
| (3) Leistungserbringung nur durch ein Unternehmen möglich, § 3 IV lit. c) VOL/A-EG | 150 |
| (4) Zwingende Dringlichkeit der Vergabe, § 3 IV lit. d) VOL/A-EG | 153 |
| (5) Zusätzliche Lieferungen zur Erneuerung oder Erweiterung, § 3 IV lit. e) VOL/A-EG | 156 |

| | |
|---|-----|
| (6) Zusätzliche Dienstleistungen und Wiederholung gleichartiger Dienstleistungen, § 3 IV lit. f) und g) VOL/A-EG | 156 |
| (7) Auftragsvergabe im Anschluss an einen Wettbewerb, § 3 IV lit. h) VOL/A-EG | 157 |
| (8) Einkauf auf Warenbörsen, § 3 IV lit. i) VOL/A-EG | 158 |
| (9) Vorteilhafte Gelegenheiten, § 3 IV lit. j) VOL/A-EG | 158 |
| b) Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb, § 3 III VOL/A-EG | 161 |
| (1) Nur auszuschließende Angebote, § 3 III lit. a) VOL/A-EG | 161 |
| (2) Unmöglichkeit der vorherigen Gesamtpreisfestlegung, § 3 III lit. b) VOL/A-EG | 162 |
| (3) Unmöglichkeit der Festlegung vertraglicher Spezifikationen, § 3 III lit. c) VOL/A-EG | 164 |
| c) Zwischenergebnis | 165 |
| 5. Kein Einfluss von § 69 II 3 SGB V auf das gefundene Ergebnis | 166 |
| 6. Kein Einfluss der Empfehlungen nach § 127 I a SGB V auf das gefundene Ergebnis | 168 |
| a) Rechtliche Unverbindlichkeit der Empfehlungen | 169 |
| b) Kartellvergaberechtswidrigkeit des Empfehlungsinhalts | 169 |
| (1) Kosten-Nutzen-Relation von Ausschreibungen, § 2 Nr. 1 der Empfehlungen | 170 |
| (2) Enger Anbieterkreis, § 2 Nr. 2 der Empfehlungen | 172 |
| (3) Gesundheitsrisiko für die Versicherten und Störung des Versorgungsablaufs, § 2 Nr. 5 und 6 der Empfehlungen | 173 |
| (4) Nicht standardisierbare Leistungen und Leistungen mit hohem Dienstleistungsanteil, § 2 Nr. 3 und 4 der Empfehlungen | 174 |
| II. Richtlinienkonforme Auslegung von § 127 I, II SGB V | 174 |
| 1. Grundsätzliches zur richtlinienkonformen Auslegung | 175 |
| 2. Verbindlichkeit der Zielvorgaben der Vergabekoordinierungsrichtlinie | 178 |
| a) Rechtsetzungsauftrag der Vergabekoordinierungsrichtlinie | 178 |
| b) Lückenhafte Umsetzungssituation in Deutschland | 179 |
| 3. Methodische Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung | 180 |
| a) Wortlaut von § 127 I 1, II 1 SGB V | 182 |
| (1) Richtlinienkonforme Auslegung des Wortes »können« in § 127 I 1 SGB V | 183 |
| (2) Richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs der »Zweckmäßigkeit« aus § 127 I 1 SGB V | 185 |

| | |
|--|-----|
| (3) Richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs der »Ausschreibung« aus § 127 I 1 SGB V | 185 |
| (4) Entbehrlichkeit einer richtlinienkonformen Interpretation von § 127 II 1 SGB V | 186 |
| b) Sinn und Zweck der Systematik aus § 127 I, II SGB V | 187 |
| c) Kein Verbleib eines nennenswerten eigenständigen Anwendungsbereichs von § 127 I, II SGB V | 188 |
| d) Zwischenergebnis | 190 |
| 4. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung der Systematik aus § 127 I, II SGB V | 190 |
| a) Herleitung der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung | 191 |
| b) Methodische Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung | 192 |
| (1) Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke | 193 |
| (2) Unzulässigkeit der vollständigen Reduktion von § 127 I, II SGB V im Wege der Rechtsfortbildung | 195 |
| 5. Ergebnis | 201 |
| III. Unmittelbare innerstaatliche Wirkung von Art. 28 Unterabsatz 2 VKR | 201 |
| 1. Ausnahmecharakter der unmittelbaren innerstaatlichen Wirkung von Richtlinienbestimmungen | 204 |
| 2. Unvollständige Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG | 207 |
| 3. Hinreichende Genauigkeit von Art. 28 Unterabsatz 2 VKR | 208 |
| 4. Unbedingte Ausgestaltung von Art. 28 Unterabsatz 2 VKR | 209 |
| 5. Reichweite und Grenzen der unmittelbaren innerstaatlichen Wirkung | 210 |
| a) Zulässige vertikale und unzulässige umgekehrt vertikale unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen | 210 |
| b) Unzulässigkeit einer horizontalen unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen | 211 |
| c) Differenzierende Betrachtung bei drittbelastender unmittelbarer Wirkung von Richtlinienbestimmungen | 212 |
| d) Zulässige Form der drittbelastenden unmittelbaren Wirkung von Art. 28 Unterabsatz 2 VKR | 213 |
| IV. Gesamtergebnis und rechtsdogmatische Folgen der unmittelbaren innerstaatlichen Wirkung von Art. 28 Unterabsatz 2 VKR | 217 |
| F. Fallgruppen einer kartellvergaberechtlich zulässigen Wahl des Verhandlungsverfahrens bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen zur Hilfsmittelversorgung | 221 |

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Vergabe von Rahmenvereinbarungen zur Hilfsmittelversorgung im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung, § 3 IV VOL/A-EG | 221 |
| 1. | Leistungserbringung nur durch ein Unternehmen möglich, § 3 IV lit. c) VOL/A-EG | 221 |
| 2. | Zusätzliche Lieferungen zur Erneuerung oder Erweiterung, § 3 IV lit. e) VOL/A-EG | 224 |
| a) | Erneuerung der Leistung | 224 |
| b) | Erweiterung der Leistung | 225 |
| c) | Allgemeines | 225 |
| 3. | Übergang ins Verhandlungsverfahren mangels annehmbarer Angebote, § 3 IV lit. a) VOL/A-EG | 226 |
| 4. | Bestehen einer Bekanntmachungspflicht aus § 127 II 3 SGB V | 229 |
| II. | Vergabe von Rahmenvereinbarungen zur Hilfsmittelversorgung im Wege des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Vergabebekanntmachung, § 3 III VOL/A-EG | 230 |
| 1. | Unmöglichkeit der vorherigen Gesamtpreisfestlegung, § 3 III lit. b) VOL/A-EG | 230 |
| 2. | Nur auszuschließende Angebote, § 3 III lit. a) VOL/A-EG | 231 |
| 3. | Keine eigenständige Bedeutung von § 127 II 3 SGB V | 232 |
| III. | Beweislast und Darlegungsbliegenheit der gesetzlichen Krankenkassen, § 24 II lit. f) VOL/A-EG | 233 |
| IV. | Rahmenvereinbarungsschluss im Verhandlungsverfahren contra kartellvergaberechtsfreie Einzelvereinbarung nach § 127 III SGB V | 234 |
| G. | Fazit und Ausblick | 236 |
| | Literaturverzeichnis | 239 |