

# 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 Unterschwellenaufträgen 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. 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 Vergabekanntmachung	137
	(2) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabekanntmachung	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 Bekanntmachungsobligation 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 Versorgungsbetriebs, § 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 Vergabekordinierungsrichtlinie	178
a) Rechtsetzungsauftrag der Vergabekordinierungsrichtlinie	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 Vergabekanntmachung, § 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 Vergabekanntmachung, § 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 Darlegungsobliegenheit 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