

Anton Friesacher

Kassenärztliche Vereinigungen als öffentliche Auftraggeber im Sinne des GWB-Vergaberechts?

Ein Beitrag zur Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers im Licht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 31

Anton Friesacher

Kassenärztliche Vereinigungen als öffentliche Auftraggeber im Sinne des GWB-Vergaberechts?

Ein Beitrag zur Auslegung des Begriffs des öffentlichen
Auftraggebers im Licht der Rechtsprechung des
Europäischen Gerichtshofs



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4519-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-8761-4 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis September 2017 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Ulrich M. Gassner für die Anregung des Themas, die hervorragende Betreuung und die Aufnahme der Arbeit in diese Reihe. Herrn Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Deutschen Gesellschaft für Kassenarztrecht e.V. gebührt mein Dank für die großzügige finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung der Arbeit.

Besonders danke ich meiner Freundin Christina Schrupf dafür, dass sie mich in jeder Phase der Arbeit so wertvoll unterstützt und meine Launen während dieser mühsamen Zeit klaglos ertragen hat.

Schließlich danke ich meiner Familie und insbesondere meinen Eltern Gertraud und Peter Friesacher. Ihre zu allen Zeiten liebevolle und bedingungslose Förderung hat zu der sorgenfreien Ausbildung geführt, die diese Arbeit erst ermöglicht hat.

München im September 2017

Anton Friesacher

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 19 |
| Einleitung | 23 |
| A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung | 23 |
| B. Aufbau und Gang der Untersuchung | 29 |
| C. Ziel der Untersuchung | 30 |
| Teil 1: Grundzüge des Vergaberechts | 33 |
| A. Regelungsbedürfnis und Terminologie | 33 |
| B. Das Vergaberecht und seine Entwicklung auf europäischer und nationaler Ebene | 36 |
| I. Rechtsquellen des europäischen Vergaberechts | 37 |
| 1. Völkerrechtliche Regelungen | 37 |
| 2. Europäisches Primärrecht | 38 |
| a) Regelungen des Primärrechts mit Bezug zum Vergaberecht | 38 |
| b) Exkurs: Europäische Wettbewerbsregeln | 40 |
| 3. Europäisches Sekundärrecht | 42 |
| a) Zu Begriff und Inhalt | 42 |
| b) Zu Umsetzungspflicht und unmittelbarer Anwendbarkeit der EU-Richtlinien | 44 |
| II. Entwicklung des europäischen Vergaberechts | 44 |
| III. Strukturmerkmale und Anwendungsbereich der neuen EU-Vergaberichtlinien | 48 |
| 1. Gegenstand der EU-Vergaberechtsreform 2014 | 48 |
| 2. Gliederungssystematik der neuen Vergaberichtlinien | 48 |
| 3. Zum Anwendungsbereich der relevanten Vergaberichtlinie 2014/24/EU | 49 |
| a) Persönlicher Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie | 49 |
| b) Sachlicher Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie | 51 |
| aa) Auftragsbegriff | 51 |

| | | |
|-----|---|----|
| bb) | Schwellenwertregelungen | 53 |
| cc) | Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie | 54 |
| dd) | Besonderheiten für soziale und andere besondere Dienstleistungen | 55 |
| 4. | Zweiteilung des europäischen Vergaberechts | 56 |
| IV. | Entwicklung des nationalen Vergaberechts | 56 |
| 1. | Rechtsquellen und ihre Entwicklung | 57 |
| a) | Ausgewählte autonom-nationale Regelungen und ihre Entwicklung im Überblick | 57 |
| b) | Regelungen in Umsetzung der europäischen Richtlinienvorgaben | 60 |
| aa) | Integration in die Verdingungsordnungen | 60 |
| bb) | Die haushaltsrechtliche Lösung: §§ 57 a – 57 c HGrG | 61 |
| cc) | Die kartellrechtliche Lösung: §§ 97 ff. GWB, Vergabeverordnung, Vergabe- und Vertragsordnungen | 64 |
| dd) | Reform 2016: Vergaberechtsmodernisierungsgesetz und Vergaberechtsmodernisierungsverordnung | 66 |
| ee) | Struktur des reformierten GWB-Vergaberechts | 67 |
| (1) | Regelungen in Teil 4 des GWB | 68 |
| (2) | Regelungen auf Verordnungsebene | 68 |
| 2. | Zur Zweiteilung des nationalen Vergaberechts | 69 |
| a) | Zu Systematik und Struktur der Zweiteilung | 71 |
| aa) | GWB-Vergaberecht | 71 |
| bb) | Vergabespezifische Regulierung außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts | 72 |
| (1) | (Bereichsspezifische) Haushaltsrechtliche Regelungen | 72 |
| (2) | Landesvergabe Gesetze | 73 |
| cc) | Rolle der Vergabe- und Vertragsordnungen | 75 |
| dd) | Zum Verhältnis von krankenversicherungsrechtlicher Leistungserbringung und GWB-Vergaberecht | 75 |
| (1) | Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des GKV- OrgWG | 76 |

| | |
|---|-----|
| (2) Rechtsentwicklung nach Inkrafttreten des GKV-OrgWG | 79 |
| (3) Zwischenergebnis | 84 |
| (4) Zur möglichen Relevanz des GWB-Vergaberechts für die krankenversicherungsrechtlich geregelte Tätigkeit der Kassenärztlichen Vereinigungen | 85 |
| (5) Exkurs: Zur Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf durch Verwaltungsakt gewährte Begünstigungen mit Auswahlcharakter | 86 |
| b) Wesentliche Ausprägungen der Zweiteilung des nationalen Vergaberechts | 89 |
| aa) Zielsetzung | 89 |
| (1) Regelungsziele des GWB-Vergaberechts | 89 |
| (2) Regelungsziele außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts | 91 |
| (a) (Bereichsspezifische) Haushaltsrechtliche Regelungen | 91 |
| (b) Landesvergabegesetze | 93 |
| (c) Zwischenergebnis | 94 |
| bb) Geltung, Inhalt und Rechtswirkung der Vergabeverfahrensbindungen | 95 |
| (1) Im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts | 95 |
| (a) Geltung und Anwendung der Vergabeverfahrensregelungen | 95 |
| (b) Überblick über die Vergabeverfahrensregelungen (Verfahrensarten) | 95 |
| (c) Rechtswirkung der Vergabeverfahrensregelungen | 99 |
| (2) Außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts | 100 |
| (a) Geltung und Anwendung von Vergabeverfahrensregelungen | 101 |
| (aa) (Bereichsspezifische) Haushaltsrechtliche Regelungen | 101 |

| | | |
|------|--|-----|
| (bb) | Landesvergabegesetze | 103 |
| (cc) | Anforderungen der Grundrechte und des primären Gemeinschaftsrechts | 103 |
| (dd) | Zwischenergebnis | 104 |
| (b) | Überblick über die Vergabeverfahrensregelungen (Verfahrensarten) | 105 |
| (aa) | Vergabe- und Vertragsordnungen | 105 |
| (bb) | Landesvergabegesetze | 106 |
| (cc) | Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen | 106 |
| (c) | Rechtswirkung der Vergabeverfahrensregelungen: Subjektive Bieterrechte? | 108 |
| (aa) | (Bereichsspezifische) Haushaltsrechtliche Regelungen | 108 |
| (bb) | Unterwerfung unter die Vergaberegeln der Vergabe- und Vertragsordnungen | 109 |
| (cc) | Rechtswirkung der Vergabeverfahrensregelungen im Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze | 109 |
| (dd) | Subjektive Bieterrechte aus verfassungs- und europarechtlicher Herleitung | 110 |
| (3) | Zwischenergebnis | 112 |
| cc) | Rechtsschutzsystem und Rechtsschutzniveau | 113 |
| (1) | Rechtsschutz im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts | 114 |
| (a) | Zum Primärrechtsschutz | 115 |
| (b) | Zum Sekundärrechtsschutz | 116 |
| (2) | Rechtsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB- Vergaberechts | 118 |
| (a) | Vergabespezifischer Primärrechtsschutz? | 118 |

| | |
|--|---------|
| (aa) (Bereichsspezifische) Haushaltsrechtliche Regelungen | 118 |
| (bb) Landesvergabegesetze | 120 |
| (b) Rückgriff auf allgemeine Bestimmungen zum Primärrechtsschutz | 121 |
| (aa) Der Rechtsweg und seine Bedeutung für die Reichweite des Primärrechtsschutzes | 121 |
| (bb) Zu Herleitung und Voraussetzungen des Primärrechtsschutzes | 123 |
| (c) Sekundärrechtsschutz | 124 |
| (d) Fazit zum Rechtsschutz außerhalb des GWB-Vergaberechts | 125 |
| dd) Auslegung | 126 |
| c) Zwischenergebnisse | 129 |
| Teil 2: Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers gemäß §§ 98, 99 GWB und seine Merkmale | 131 |
| A. Entstehung und Entwicklung des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers im europäischen und im deutschen Recht | 131 |
| I. Vom mitgliedstaatlich bestimmten institutionellen zum autonom-europarechtlich bestimmten funktionalen Auftraggeberbegriff | 131 |
| II. Umsetzung in der haushaltsrechtlichen Lösung: § 57 a HGrG | 135 |
| III. Beibehaltung in der kartellrechtlichen Lösung: § 98 GWB | 136 |
| IV. Änderungen durch das Richtlinienpaket 2014 und das umsetzende VergRModG | 137 |
| B. Gesetzeswortlaut der §§ 98, 99 GWB | 138 |
| C. Zur Bedeutung des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers | 139 |
| D. Zur Anwendungsreichweite der §§ 98, 99 GWB | 140 |
| E. Konkretisierung der maßgeblichen Auftraggebervarianten und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands | 141 |
| I. Abgrenzung und Relevanz der einzelnen Varianten des § 99 GWB | 141 |
| 1. Zu § 99 Nr. 1 GWB | 142 |

| | |
|--|-----|
| 2. Zu § 99 Nr. 3 GWB | 142 |
| 3. Zu § 99 Nr. 2 GWB | 143 |
| 4. Zu § 99 Nr. 4 GWB | 144 |
| 5. Zwischenergebnis | 146 |
| II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands | 147 |
| 1. Kassenärztliche Bundesvereinigung | 147 |
| 2. Vertragsärztliche Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung | 148 |
| 3. Arbeitsgemeinschaften unter Beteiligung Kassenärztlicher Vereinigungen | 149 |
| F. Maximen der Auslegung der maßgeblichen Rechtsbegriffe in §§ 98, 99 Nr. 2 GWB und ihre Grundlagen | 150 |
| I. Sinn und Zweck der Vergaberichtlinien als Grundlage für die funktionale Auslegung | 150 |
| II. Weite Auslegung der Begriffe in den §§ 98, 99 GWB | 152 |
| G. Die Tatbestandsmerkmale des § 99 Nr. 2 GWB | 153 |
| I. Rechtspersönlichkeit | 153 |
| II. Gründung zur Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nichtgewerblicher Art | 154 |
| 1. Besonderer Gründungszweck | 154 |
| 2. Allgemeininteresse | 156 |
| a) Rechtsprechung des EuGH | 158 |
| b) Ansätze in der Literatur und Stellungnahme | 159 |
| 3. Aufgaben nichtgewerblicher Art | 161 |
| a) Wettbewerbsermittelnder Ansatz des EuGH, der nationalen Rechtsprechung und der überwiegenden vergaberechtlichen Literatur | 162 |
| b) Stellungnahme | 164 |
| III. Besondere Staatsgebundenheit | 165 |
| 1. Inhalt und Bedeutung der Zurechnungskriterien | 165 |
| 2. Zur funktionalen Auslegung der Zurechnungskriterien | 167 |
| 3. Zum Merkmal der überwiegend staatlichen Finanzierung | 170 |
| a) Zur richtlinienkonformen Umsetzung in § 99 Nr. 2 GWB | 172 |
| b) Bewertung | 173 |
| aa) Nur rechtsträgerbezogene Auslegung richtlinienkonform | 174 |

| | |
|--|-----------------|
| bb) Rechtsträgerbezogenes Verständnis auch in § 99 Nr. 2 GWB | 175 |
| 4. Zum Merkmal der staatlichen Aufsicht über die Leitung | 176 |
| a) Zum europarechtlich-autonomen Begriffsverständnis | 176 |
| b) Zu den definitorischen Anforderungen an die staatliche Aufsicht | 178 |
| aa) Enge Auffassung: Beherrschung auch im Bereich der Auftragsvergabe erforderlich | 179 |
| bb) Weite Auffassung: Gleichwertigkeit der Zurechnungskriterien entscheidend | 179 |
| cc) Analyse der Rechtsprechung des EuGH | 180 |
| dd) Stellungnahme | 183 |
| (1) Zum „Ob“ staatlicher Einflussnahmemöglichkeiten | 183 |
| (2) Zum „Wie“ staatlicher Einflussnahmemöglichkeiten | 185 |
| ee) Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen | 188 |
| c) Rechtsträgerbezogene vs. tätigkeitsbezogene Auslegung | 189 |
| aa) Rechtsträgerbezogene Auslegung | 189 |
| bb) Tätigkeitsbezogene Auslegung | 190 |
| cc) Stellungnahme | 191 |
| dd) Eigener Ansatz: Tätigkeitsbezogene Beurteilung der Auftraggebereigenschaft nach der „Zuordnungstheorie“ | 192 |
| ee) Zur Rechtslage in Deutschland seit Inkrafttreten des VergRModG | 197 |
| 5. Zum Merkmal der mehrheitlich staatlichen Bestimmung der Organmitglieder | 198 |
| H. Zwischenergebnis | 200 |
| Teil 3: Die Untersuchung der Kassenärztlichen Vereinigungen auf das Vorliegen der Auftraggebereigenschaft gemäß § 99 Nr. 2 GWB | 201 |
| A. Vorüberlegungen | 201 |
| I. Die Beurteilung der Auftraggebereigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen und Landesärztekammern insbesondere durch den EuGH als wichtige Erkenntnisquellen | 201 |

| | |
|---|-----|
| II. Vergleichsaufbau | 203 |
| B. Zur Auftraggebereigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen | 204 |
| I. Rechtspersönlichkeit | 204 |
| II. Zum besonderen Gründungszweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen | 204 |
| 1. Grundzüge des relevanten rechtlichen Rahmens | 204 |
| a) Zu Gründungszweck und Allgemeininteresse | 204 |
| b) Zur Nichtgewerblichkeit | 205 |
| 2. Beurteilung | 208 |
| III. Zur besonderen Staatsgebundenheit | 214 |
| 1. Grundzüge des relevanten rechtlichen Rahmens | 214 |
| a) Organisation | 214 |
| b) Finanzierung | 215 |
| c) Aufsicht | 216 |
| 2. Beurteilung | 219 |
| a) Zur überwiegend staatlichen Finanzierung | 219 |
| aa) Meinungsstand in Deutschland vor der EuGH- Entscheidung in der Rechtssache Oymanns | 219 |
| bb) Auffassung des EuGH in der Rechtssache Oymanns | 220 |
| cc) Stellungnahme | 222 |
| b) Zur staatlichen Aufsicht über die Leitung | 223 |
| c) Zur mehrheitlich staatlichen Organmitgliederbestimmung | 225 |
| 3. Zwischenergebnis | 225 |
| C. Zur Auftraggebereigenschaft der Landesärztekammern | 226 |
| I. Rechtspersönlichkeit | 226 |
| II. Zum besonderen Gründungszweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen | 227 |
| 1. Grundzüge des relevanten rechtlichen Rahmens | 227 |
| 2. Beurteilung | 228 |
| III. Zur besonderen Staatsgebundenheit | 229 |
| 1. Grundzüge des relevanten rechtlichen Rahmens | 229 |
| a) Organisation | 229 |
| b) Finanzierung | 230 |
| c) Aufsicht | 230 |

| | |
|---|-----|
| 2. Beurteilung | 235 |
| a) Zur überwiegend staatlichen Finanzierung | 235 |
| aa) Meinungsstand vor der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache IVD | 235 |
| bb) Entscheidung des EuGH in der Rechtssache IVD | 237 |
| cc) Stellungnahme | 238 |
| dd) Zwischenergebnis | 242 |
| b) Zur staatlichen Aufsicht über die Leitung | 243 |
| aa) Meinungsstand vor der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache IVD | 243 |
| bb) Entscheidung des EuGH in der Rechtssache IVD | 244 |
| cc) Stellungnahme | 246 |
| dd) Zwischenergebnis | 249 |
| c) Zur mehrheitlich staatlichen Organmitgliederbestimmung | 250 |
| D. Zur Auftraggebereigenschaft Kassenärztlicher Vereinigungen | 250 |
| I. Rechtspersönlichkeit | 250 |
| II. Zum besonderen Gründungszweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen | 251 |
| 1. Grundzüge des relevanten rechtlichen Rahmens | 251 |
| 2. Beurteilung | 252 |
| III. Zur besonderen Staatsgebundenheit | 254 |
| 1. Grundzüge des relevanten rechtlichen Rahmens | 254 |
| a) Organisation | 254 |
| b) Finanzierung | 256 |
| c) Aufsicht | 257 |
| 2. Beurteilung | 261 |
| a) Zur überwiegend staatlichen Finanzierung | 261 |
| aa) Vergleich mit gesetzlichen Krankenkassen und Landesärztekammern | 261 |
| bb) Zwischenergebnis | 264 |
| b) Zur staatlichen Aufsicht über die Leitung | 265 |
| aa) Vorüberlegungen | 265 |
| bb) Meinungsstand zur Beurteilung der gesetzlichen Krankenkassen | 266 |
| (1) Das Merkmal der staatlichen Aufsicht verneinende Auffassungen | 266 |

| | |
|--|-----|
| (2) Das Merkmal der staatlichen Aufsicht bejahende Auffassung | 268 |
| cc) Stellungnahme | 271 |
| dd) Konsequenzen für die Beurteilung der Kassenärztlichen Vereinigungen | 273 |
| (1) Zur Ausgestaltung des für die Aufgabenwahrnehmung der Kassenärztlichen Vereinigungen geltenden Rechtsrahmens | 275 |
| (2) Zwischenergebnis | 276 |
| (3) Die Aufsichtsbefugnisse über Kassenärztliche Vereinigungen und ihre Reichweite | 277 |
| (a) Präventive Aufsichtsbefugnisse über Kassenärztliche Vereinigungen | 277 |
| (b) Grundsatz: Beschränkung der staatlichen Aufsicht über die Kassenärztlichen Vereinigungen auf Rechtmäßigkeitskontrolle | 279 |
| (c) Die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und die aufsichtsrechtliche Kontrolle ihrer Einhaltung | 280 |
| (aa) Begriffsklärung | 281 |
| (bb) Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als haushaltsrechtliches Gebot für die Tätigkeit Kassenärztlicher Vereinigungen | 282 |
| (aaa) Berücksichtigungsgebot des § 69 Abs. 2 SGB IV | 283 |
| (bbb) Wirtschaftlichkeit und Selbstverwaltung Kassenärztlicher Vereinigungen | 285 |
| (ccc) Weitere Besonderheiten Kassenärztlicher Vereinigungen | 291 |
| (cc) Zwischenergebnis | 292 |
| (d) Zur Prüfung nach § 274 SGB V | 293 |
| (4) Staatliche Mitwirkungsbefugnisse | 296 |
| (a) Erfordernis der Satzungsgenehmigung | 297 |

| | | |
|----------------------|--|-----|
| (b) | Zustimmungserfordernis für Vorstandsdienstverträge gemäß § 35 a Abs. 6 a SGB IV (entsprechend) | 297 |
| (c) | Vermögensaufsicht gemäß § 85 SGB IV (entsprechend) | 298 |
| (5) | Sonderfall § 79 a SGB V („Staatskommissar“) | 301 |
| (6) | Zwischenergebnis | 303 |
| c) | Zur mehrheitlich staatlichen Organmitgliederbestimmung | 304 |
| aa) | Regelfall | 304 |
| bb) | Anwendungsfall des § 79 a SGB V | 305 |
| cc) | Zwischenergebnis | 306 |
| Teil 4: | Ergebnisse und Schlussbetrachtung | 307 |
| A. | Ergebnisse in Thesen | 307 |
| B. | Schlussbetrachtung | 310 |
| Literaturverzeichnis | | 315 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| AbLEG | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft |
| AbIEU | Amtsblatt der Europäischen Union |
| Abs. | Absatz |
| a.E. | am Ende |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| a.F. | alte Fassung |
| AktG | Aktiengesetz |
| AMNOG | Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift) |
| Art. | Artikel |
| ArztR | Arztrecht (Zeitschrift) |
| B | Bekanntmachung |
| BAnz AT | Bundesanzeiger amtlicher Teil |
| BauR | Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (Zeitschrift) |
| BayGVBl. | Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt |
| BayHO | Bayerische Haushaltsordnung |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BB | Betriebs-Berater (Zeitschrift) |
| Bd. | Band |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BHO | Bundshaushaltsordnung |
| BKartA | Bundeskartellamt |
| BKR | Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14.07.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge |
| BMF | Bundesministerium der Finanzen |
| BMG | Bundesministerium für Gesundheit |
| BMWi | Bundesministerium für Wirtschaft und Energie |
| BR-Drs. | Bundesratsdrucksache |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BSGE | Entscheidungen des Bundessozialgerichts |
| bspw. | beispielsweise |
| BT-Drs. | Bundestagsdrucksache |
| Buchst. | Buchstabe |
| BverfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| bzw. | beziehungsweise |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| ders. | derselbe |
| d.h. | das heißt |
| dies. | dieselbe/dieselben |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------------|---|
| DKR | Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift) |
| DRV | Deutsche Rentenversicherung (Zeitschrift) |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift) |
| EU | Europäische Union/Vertrag über die Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift) |
| f./ff. | folgende/fortfolgende |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| GA | Generalanwalt/Generalanwältin |
| gem. | gemäß |
| GesR | Gesundheitsrecht (Zeitschrift) |
| GewArch | Gewerbearchiv (Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht) |
| GG | Grundgesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GKV | Gesetzliche Krankenversicherung |
| GKV-GRG | Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 |
| GKV-OrgWG | Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung |
| GKV-VSG | Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung |
| GKV-WSG | Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung |
| GMBL | Gemeinsames Ministerialblatt |
| GPA | Agreement on Government Procurement |
| GRG | Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift) |
| GuP | Gesundheit und Pflege (Zeitschrift) |
| GVBl. LSA | Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt |
| GV. NRW | Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| HessGVBl. | Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen |
| HFR | Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung (Zeitschrift) |
| HGRG | Haushaltsgrundsätzegesetz |
| HK-AKM | Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht |
| Hrsg. | Herausgeber |
| IBR | Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift) |
| i.d.F. | in der Fassung |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| jurisPK-SGB IV | juris Praxiskommentar Viertes Sozialgesetzbuch |
| jurisPK-SGB V | juris Praxiskommentar Fünftes Sozialgesetzbuch |
| JZ | Juristenzeitung (Zeitschrift) |
| KassKomm | Kasseler Kommentar |
| KOM | Dokument der EU-Kommission |
| LG | Landgericht |
| LHO | Landeshaushaltsordnung |
| LKR | Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.07.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge |
| LKV | Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift) |
| Ls. | Leitsatz/Leitsätze |
| LSG | Landessozialgericht |

| | |
|------------|--|
| MedR | Medizinrecht (Zeitschrift) |
| MDR | Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift) |
| MPR | Medizin Produkte Recht (Zeitschrift) |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| MwStR | Mehrwertsteuerrecht (Zeitschrift) |
| NdsGVBl. | Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Niedersachsen |
| n.F. | neue Fassung |
| NJOZ | Neue Juristische Online-Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | NJW – Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift) |
| Nr. | Nummer |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NZBau | Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht |
| NZS | Neue Zeitschrift für Sozialrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| RMR | Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge |
| Rn. | Randnummer(n) |
| Rs. | Rechtssache |
| RVO | Reichsversicherungsordnung |
| S. | Seite(n) |
| s. | siehe |
| SDSRV | Schriftenreihe des deutschen Sozialrechtsverbandes |
| Sgb | Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht) |
| SGB I | Erstes Sozialgesetzbuch |
| SGB IV | Viertes Sozialgesetzbuch |
| SGB V | Fünftes Sozialgesetzbuch |
| SGB X | Zehntes Sozialgesetzbuch |
| SGG | Sozialgerichtsgesetz |
| SKR | Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor |
| Slg. | Sammlung |
| sog. | sogenannte/sogeannter |
| SozR | Sozialrecht, Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts |
| SRMR | Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25.02.1992 über die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor |
| u.a. | und andere/unter anderem |
| UAbs. | Unterabsatz |
| Urt. | Urteil |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| v. | von/vom |
| verb. Rs. | verbundene Rechtssachen |
| VergabeR | Vergaberecht (Zeitschrift) |
| VergRModG | Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 |
| VergRModVO | Vergaberechtsmodernisierungsverordnung |
| VersR | Versicherungsrecht (Zeitschrift) |
| vgl. | vergleiche |
| VgV | Vergabeverordnung |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|--|
| VKR | Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge |
| VOB | Verdingungsordnung für Bauleistungen/Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen |
| VOF | Vergabe- und Vertragsordnung für freiberufliche Leistungen |
| VOL | Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen/Vergabe- und Vertragsordnung für Lieferungen und Dienstleistungen |
| VPR | Vergabepaxis & -recht (Zeitschrift) |
| vs. | versus |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| WiVerw | Wirtschaft und Verwaltung (Vierteljahresbeilage zum Gewerbeschiv) |
| WTO | World Trade Organization |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift) |
| WuW/E | WuW – Entscheidungssammlung |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZESAR | Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht |
| ZfBR | Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZMGR | Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht |
| z.T. | zum Teil |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |
| ZVersWiss | Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft |

Einleitung

A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung

Mit dem europäischen Vergaberecht und dem Sozialrecht treffen zwei einander ziemlich fremde Welten aufeinander¹ – das ist mittlerweile ebenso bekannt wie die Tatsache, dass dieses Aufeinandertreffen über Jahre hinweg erhebliche Rechtsunsicherheit hervorgerufen hat. Zur Beschreibung des (Nicht-)Verhältnisses von Vergaberecht und Sozialrecht wurden sogar literarische Bilder bemüht. In Fachkreisen bekannt geworden ist etwa der Vergleich mit dem französischen Volksmärchen *Die Schöne und das Biest*.² Etwas sachnäher, aber nicht weniger dramatisch formulierte *Kingreen*, der von einem scheinbaren Generationenkonflikt sprach: Ein inzwischen über 130 Jahre „gewachsenes, ja altehrwürdiges Rechtsgebiet wird konfrontiert mit einem pubertierenden Mitglied der Rechtsordnung, das, altersmäßig, gerade eine rechtspolitische und rechtswissenschaftliche Selbstfindung durchlebt und dabei mit einem gewissen Rigorismus vorhandene Strukturen in Frage stellt“³.

Die angesprochene Rechtsunsicherheit betraf dabei zunächst vor allem die Frage, ob die streng formalisierten Vergabeverfahrensvorschriften des in Teil 4 des GWB geregelten europäisierten Vergaberechts⁴ auf die Leistungserbringung innerhalb der mitgliedstaatlich organisierten Sozialversicherungssysteme anzuwenden sind, wobei diese Frage auf unterschiedlichen Ebenen diskutiert wurde. Auf der ersten (primärrechtlichen) Ebene wurde vor allem in Teilen des sozialrechtlichen Schrifttums schon aus kompetenzrechtlichen Gründen bezweifelt, dass das europarechtlich initi-

1 So für das Aufeinandertreffen von europäischem Wirtschaftsrecht und Sozialrecht *Kingreen*, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003, S. 6.

2 Urheber dieser Parallele – mit dem Vergaberecht als Biest – ist *Burgi*, hier zitiert nach *Basteck*, *NZBau* 2006, 497 ff. (497); vgl. auch *Gassner* in: Ebsen, *Vergaberecht und Vertragswettbewerb*, S. 136.

3 So wörtlich *Kingreen* in: Ebsen, *Vergaberecht und Vertragswettbewerb*, S. 51.

4 Die Begriffe „europäisiertes Vergaberecht“ und „GWB-Vergaberecht“ werden im Folgenden synonym verwendet und bezeichnen die Gesamtheit der Vorschriften des deutschen Rechts, die der Umsetzung der europäischen Richtlinienvorgaben zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Dienstleistungskonzessionen dienen.

ierte GWB-Vergaberecht etwa im Leistungserbringungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung überhaupt anwendbar ist.⁵ Auf der zweiten (sekundärrechtlich geprägten) Ebene wurde bei zugestandener grundsätzlicher Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts das Vorliegen der Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts mit Blick auf Sozialversicherungsträger und ihre Aufgabenwahrnehmung kontrovers beurteilt. Konkret bestand in Rechtsprechung und Literatur insbesondere Streit darüber, ob die gesetzlichen Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind und ob sie auch im Bereich der krankenversicherungsrechtlichen Leistungserbringung (und nicht nur im Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte) öffentliche Aufträge im Sinne des GWB-Vergaberechts vergeben.⁶

Was die erste Ebene anbelangt, hat der deutsche Gesetzgeber die Rechtsunsicherheit noch vor dem EuGH insoweit ausgeräumt, als er mit § 69 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz SGB V i.d.F. des GKV-OrgWG⁷ die Anwendung der materiell-rechtlichen Vorschriften des GWB-Vergaberechts, die auch die Vorschriften über die Eröffnung seines persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs enthalten, mit Wirkung ab 18.12.2008 auf die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern anordnete.⁸

Gut ein halbes Jahr später sorgte der EuGH auf beiden Ebenen endgültig für Klarheit: Am 11.6.2009 entschied er in dem auf ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf⁹ ergangenen Urteil zur Rechtssache *Oymanns*¹⁰, dass die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland unter

5 S. zum Streitstand Ende 2008 etwa *Gassner* in: Ebsen, Vergaberecht und Vertragswettbewerb, S. 115 ff., der die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts (auch) auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung bejaht; die Gegenseite vertretend („*primärrechtlich geforderte Ausnahme*“) etwa *Engelmann*, SGB 2008, 133 ff. (141, 144).

6 S. exemplarisch und mit überblicksartiger Darstellung des Streitstandes OLG Düsseldorf v. 23.5.2007, VII-Verg 50/06, VergabeR 2007, 622 = NZBau 2007, 525; aus der Literatur etwa *Moosecker*, Öffentliche Auftragsvergabe der gesetzlichen Krankenkassen, S. 31 ff. bzw. S. 81 ff..

7 Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 15.12.2008, BGBl. 2008-I, S. 2426.

8 Die – zwischenzeitlich zweimal geänderte – Regelung ist nun in § 69 Abs. 3 SGB V zu finden; s. dazu noch näher unten Teil 1 B.IV.2.a)dd).

9 Fn. 6.

10 EuGH v. 11.6.2009, Rs. C-300/07 – *Oymanns*, Slg. 2009, I-4779 = EuZW 2009, 612 = DVBl 2009, 974; s. dazu nur *Kingreen*, NJW 2009, 2417 ff.

den Begriff des öffentlichen Auftraggebers im Sinne der Richtlinienvorschrift des Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18/EG¹¹ fallen. Die gesetzlichen Krankenkassen werden also spätestens seit dieser Entscheidung zumindest in der Rechtspraxis unstreitig als öffentliche Auftraggeber auch im Sinne des die Richtlinienvorschrift in deutsches Recht umsetzenden § 98 GWB a.F. bzw. § 99 GWB in der Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2016¹² qualifiziert.¹³ Darüber hinaus hat der EuGH mit diesem Urteil im Grundsatz klargestellt, dass auch der selektivvertraglich erfolgende „Einkauf“ von Versorgungsleistungen durch die gesetzlichen Krankenkassen einen öffentlichen Auftrag im EU-vergaberechtlichen Sinn darstellen kann.¹⁴ Zugleich hat der EuGH implizit die Vorfrage beantwortet, ob das

11 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEU 2004, L 134, S. 114 (im Folgenden auch: Vergabekoordinierungsrichtlinie oder VKR). Die vorliegende Arbeit ist auf Basis der Rechtslage seit Inkrafttreten der neuen, u.a. die VKR ersetzenden europäischen Vergaberichtlinien zum 17.4.2014 entstanden. Das sind im Einzelnen: Die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABIEU 2014, L 94, S. 65 (im Folgenden auch: Vergaberichtlinie), die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABIEU 2014, L 94, S. 243 (im Folgenden auch: Sektorenrichtlinie) sowie die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABIEU 2014, L 94, S. 1 (im Folgenden auch: Konzessionsrichtlinie). Was den Begriff des öffentlichen Auftraggebers angeht, ergeben sich durch die neuen Richtlinien inhaltlich keine Abweichungen vom bisherigen Recht, wie die Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich in ihrem Erwägungsgrund 10 klarstellt. Hierauf wird später noch näher einzugehen sein.

12 Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016, BGBl. 2016-I, S. 203.

13 Vgl. dazu nur *Becker/Schweitzer*, Gutachten zum 69. Deutschen Juristentag 2012, S. 45 f.

14 In dem der Rechtssache *Oymanns* zugrunde liegenden Fall ging es um den Abschluss eines Vertrages mit Orthopädie-Schuhtechnikern über die Anfertigung und Lieferung von Schuhwerk zur integrierten Versorgung nach § 140a SGB V a.F. Der EuGH stufte dabei die AOK Rheinland/Hamburg als öffentlichen Auftraggeber im Sinne des damals geltenden Art. 1 Abs. 9 VKR ein, bevor er den konkret gegenständlichen „§ 140a-Vertrag“ nicht als (damals) nach Art. 17 VKR vergaberechtlich Dienstleistungskonzession, sondern als Rahmenvereinbarung über die Beschaffung von Dienst- und Lieferleistungen qualifizierte.

europäisierte Vergaberechtsregime auf die Leistungserbringung innerhalb sozialer Sicherungssysteme wie der gesetzlichen Krankenversicherung anwendbar ist.¹⁵ Dabei geht der EuGH wie selbstverständlich davon aus, dass diese Frage auch ohne eine entsprechende gesetzgeberische Entscheidung des betreffenden Mitgliedstaates – wie sie § 69 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz SGB V i.d.F. des GKV-OrgWG enthielt – zu bejahen ist.

Angesichts der insoweit geklärten Rechtslage hat sich der zuvor mit einiger Schärfe geführte Streit um die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts und die Eröffnung seines Anwendungsbereichs auch im Bereich der Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung beruhigt oder – um beim Bild von *Kingreen* zu bleiben¹⁶ – die Pubertät gegen die Altersstarrheit durchgesetzt.

Das wurde nach dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Oymanns* allerdings nicht nur beschränkt auf die gesetzlichen Krankenkassen oder andere Sozialversicherungsträger so gesehen. Gerade die Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber wurde mit Blick auf weitere „alteingesessene“ mitgliedstaatliche Einrichtungen auch des deutschen Gesundheitssystems, die neben den gesetzlichen Krankenkassen in das Verzeichnis in Anhang III¹⁷ der VKR¹⁸ aufgenommen waren, nicht mehr allzu kritisch hinterfragt. Wenngleich der EuGH stets bemüht war, die bloß indizielle Wirkung der Erwähnung in diesem Verzeichnis als widerlegbare Vermutung zu betonen¹⁹, schienen die Erfolgsaussichten eines Widerlegungsversuchs in Anbetracht der vergaberechtsgeneigten Auslegungspraxis des EuGH eher theoretischer Natur. Das *Oymanns*-Urteil des EuGH reihte sich nahtlos ein in die bis dato erkennbare Rechtsprechungslinie des EuGH, der ganz im Sinne des Grundsatzes des *effet utile* dem europäisierten Vergaberecht zu herausragender Bedeutung im öffentlichen Beschaffungswesen verholfen hat, auch indem er den Begriff des öffentlichen Auftraggebers großzügig

15 Vgl. etwa *Esch*, MPR 2009, 149 ff. (149).

16 Fn. 3.

17 In dem gemäß Art. 1 Abs. 9 UAbs. 3 VKR nicht abschließenden Verzeichnis waren öffentliche Einrichtungen gelistet, die die Kriterien der VKR zur Qualifikation als öffentliche Auftraggeber nach mitgliedstaatlicher Interpretation erfüllen.

18 Fn. 11.

19 S. z.B. EuGH v. 11.6.2009, Rs. C-300/07 – *Oymanns*, Slg. 2009, I-4779 = EuZW 2009, 612 = DVBl 2009, 974; v. 12.9.2013, C-526/11 – *I/D*, Rn. 18, NVwZ 2014, 59 = EuZW 2013, 860.

ausgelegt hat.²⁰ Mit dieser vermeintlichen Rechtswirklichkeit schienen sich auch weitere Einrichtungen des deutschen Gesundheitssystems (neben den Krankenkassen wurden etwa auch Kassenärztliche Vereinigungen und Ärztekammern im Anhang III der VKR erwähnt) zwischenzeitlich arangiert zu haben.

Vor diesem Hintergrund überraschte der EuGH umso mehr mit einem weiteren Urteil zur Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers, das wieder auf ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf²¹ ergangen ist.²² Der EuGH hat darin im Ergebnis der Ärztekammer Westfalen-Lippe die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der VKR abgesprochen und damit auch klargestellt, dass auf Auftragsvergaben dieser und vergleichbarer (berufsständischer) Körperschaften die EU-Richtlinienbestimmungen und die diese in deutsches Recht umsetzenden Vergaberegeln nicht anzuwenden sind.²³ Die Reaktionen auf das EuGH-Urteil fielen insbesondere unter Vergaberechtspraktikern überwiegend heftig aus – mitunter war von einer kleinen Sensation die Rede.²⁴

Aus sozialrechtlicher (Leistungserbringungs-)Perspektive ist diese auch als „Ärztekammer-Urteil“ bekannt gewordene Entscheidung des EuGH zwar gewiss nicht so einschneidend wie sein grundlegendes „Krankenkassen-Urteil“ in der Rechtsache *Oymanns*. Aus vergaberechtlicher Sicht lässt das „Ärztekammer-Urteil“ aber allemal aufhorchen, ist es doch, wie gesagt, nur schwer in die Reihe der Urteile einzuordnen, in denen sich der EuGH bis dato mit der Frage der Auftraggebereigenschaft im Sinne des europäischen Vergaberechts auseinandergesetzt hat.²⁵

20 S. etwa die Nachweise bei *Koenig/Klahn/Schreiber*, ZESAR 2008, 5 ff. (6); s. dazu auch sogleich bei Fn. 25.

21 OLG Düsseldorf v. 5.10.2011, VII-Verg 38/11, NZBau 2012, 188.

22 EuGH v. 12.9.2013, Rs. C-526/11 – *IVD*, NVwZ 2014, 59 = EuZW 2013, 860.

23 Der Entscheidung lag eine Ausschreibung der Ärztekammer Westfalen-Lippe für Druck und Versand ihres Mitteilungsblattes sowie für Anzeigenakquise und Abonnentenverkauf zugrunde. Gegen die Auftragsvergabe wandte sich ein unterlegener Bieter (die *IVD GmbH & Co. KG*) mit einem Nachprüfungsantrag.

24 So bspw. *Roth*, Vergabeblog.de vom 12.9.2013, Nr. 17018.

25 Was Organisationen aus Deutschland betrifft, hatte der EuGH vor seinem Urteil zu den gesetzlichen Krankenkassen auch schon die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als öffentliche Auftraggeber qualifiziert: EuGH v. 13.12.2007, Rs. C-337/06 – *Bayerischer Rundfunk u.a.*, Slg. 2007, I-11173 = EuZW 2008, 80 = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42.

Die vorliegende Arbeit nimmt dieses „Ärztammer-Urteil“ des EuGH zum Anlass, die nach § 77 Abs. 1 SGB V gebildeten Kassenärztlichen Vereinigungen²⁶ darauf zu untersuchen, ob sie die Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber im Sinne der §§ 98, 99 GWB aufweisen. Diese Untersuchung drängt sich gedanklich geradezu auf. Denn die Kassenärztlichen Vereinigungen sind angesichts ihrer gesundheitssystemischen Stellung in gewisser Weise „zwischen“ den beiden (ebenfalls öffentlich-rechtlich organisierten) Körperschaften zu verorten, deren vergaberechtliche Auftragsbereitschaft der EuGH gegensätzlich beurteilt: Auf der einen Seite die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland, die etwa im Rahmen der gemeinsamen Selbstverwaltung im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht als Kooperations- und Vertragspartner der Kassenärztlichen Vereinigungen fungieren und insoweit weitgehend demselben Fachrecht wie die Kassenärztlichen Vereinigungen unterliegen. Und auf der anderen Seite die Ärztekammern, zu denen die Kassenärztlichen Vereinigungen zwar völlig andere, womöglich aber nicht weniger relevante Parallelen aufweisen; die augenfälligste davon ist sicher der Umstand, dass auch die Pflichtmitgliedschaft in der Kassenärztlichen Vereinigung nach § 77 Abs. 3 SGB V am Berufsstand anknüpft, wenn auch – wegen der zusätzlichen Voraussetzung einer Erlaubnis zum Tätigwerden in der vertragsärztlichen Versorgung – nicht so unmittelbar wie die Pflichtmitgliedschaft in der Ärztekammer.²⁷

Angesichts des beschriebenen Untersuchungsgegenstandes darf es nicht verwundern, dass das im Einzelnen nach wie vor umstrittene Problemfeld, ob und unter welchen Bedingungen ein vergaberechtlich relevanter Vorgang im Zusammenhang mit der Erbringung sozialer Dienstleistungen

26 Der Einfachheit und besseren Lesbarkeit halber ist in der vorliegenden Arbeit durchgehend nur von den Kassenärztlichen Vereinigungen die Rede; die darauf bezogenen Ausführungen gelten im Grundsatz in gleicher Weise für Kassenzahnärztliche Vereinigungen.

27 Erst kürzlich hat das BVerfG seine Rechtsprechung bekräftigt, dass es sich bei der Tätigkeit als Vertragsarzt zwar nicht um einen eigenen Beruf, sondern nur um eine Ausübungsform des Berufs des frei praktizierenden Arztes handele, dass aber ein Ausschluss von der vertragsärztlichen Tätigkeit nicht nur die Berufsausübung des Arztes beeinträchtige, sondern im Hinblick auf die Anzahl der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten und die daher mit einem Ausschluss von der vertragsärztlichen Tätigkeit verbundenen Auswirkungen auf die Möglichkeit, ärztlich tätig zu sein, einer Beschränkung der Berufswahlfreiheit gleichkomme, BVerfG v. 26.9.2016, 1 BvR 1326/15, NZS 2016, 942.

(bspw. beim Abschluss selektiver Versorgungsverträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern) anzunehmen ist²⁸, in dieser Arbeit allenfalls am Rande interessiert. Denn es betrifft im Kern die Qualifizierung des Auftrags zur Erbringung sozialer Dienstleistungen als öffentlicher Auftrag (vgl. § 103 Abs. 1 GWB) oder Dienstleistungskonzession (vgl. § 105 GWB) im Sinne des GWB-Vergaberechts und mithin dessen sachlichen Anwendungsbereich. Neben (bei „prüfschematischer“ Betrachtung: vor) der Prüfung, ob der sachliche Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts eröffnet ist, ist die Frage nach der Eröffnung des *persönlichen* Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts zu beantworten.

B. Aufbau und Gang der Untersuchung

Die Untersuchung folgt einem viergliedrigen Aufbau: In Teil 1 wird das europäische und nationale Vergaberecht in den Grundzügen dargestellt. Hier wird neben der entstehungsgeschichtlichen Betrachtung auch das lange Zeit umstrittene Verhältnis zwischen Vergaberecht und Sozialrecht erörtert. Das adressiert vor allem die – bereits unter A. skizzierte – Fragen nach der Anwendbarkeit und Anwendung des auf europäischen Richtlinien basierenden GWB-Vergaberechts im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung. Zudem beleuchtet Teil 1 die das deutsche Vergaberecht kennzeichnende Zweiteilung entlang der Anwendungsvoraussetzungen des GWB-Vergaberechts, wobei die jeweiligen Regelungsbereiche gegenübergestellt werden. Das soll es erleichtern, die Tragweite der mit der Anwendung der Verfahrensregelungen des GWB-Vergaberechts verbundenen Auswirkungen nachzuvollziehen.

Teil 2 der Untersuchung nähert sich dem eigentlichen Kern der Arbeit mit der Betrachtung der einzelnen Merkmale des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers, wie sie in den – die europäischen Richtlinienvorgaben in deutsches Recht umsetzenden, ggf. richtlinienkonform auszulegenden – §§ 98, 99 GWB²⁹ geregelt sind und in der nationalen, vor allem aber der

28 Vgl. dazu etwa BSG v. 25.3.2015, B 6 KA 9/14 R, BSGE 118, 164 = GesR 2016, 27; das BSG verneint darin die Frage für einen Vertrag über die hausarztzentrierte Versorgung gemäß § 73 b SGB V mit der Begründung, dass es an der erforderlichen Auswahl zwischen verschiedenen Vertragspartnern fehle.

29 Soweit nicht explizit anders ausgeführt, werden im Folgenden die Bestimmungen des GWB (insbesondere seines Teils 4) in der Fassung zugrunde gelegt, die sie

Rechtsprechung des EuGH, dem nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EU³⁰ sowie Art. 267 AEUV³¹ allein die verbindliche Auslegung des in nationales Recht umgesetzten europäischen Vergaberechts obliegt, im Lauf der Jahre präzisiert worden sind.

Die in Teil 2 zur Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers gewonnenen Erkenntnisse werden für die Subsumtion in Teil 3 gebraucht, um mit der Frage, ob die Kassenärztlichen Vereinigungen die Merkmale des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers erfüllen, den Kern der Arbeit zu untersuchen. Dabei werden – unter weiterer Analyse der Rechtsprechung des EuGH – Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen gesetzlichen Krankenkassen, Ärztekammern und Kassenärztlichen Vereinigungen herausgearbeitet und die sich daraus für die Beurteilung der Auftraggeber-eigenschaft Kassenärztlicher Vereinigungen ergebenden Konsequenzen aufgezeigt.

Teil 4 der Arbeit fasst die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zusammen und enthält eine Schlussbetrachtung.

C. Ziel der Untersuchung

Die europäerichtliche Rechtsprechung hat für die Rechtspraxis bereits geklärt, wie gesetzliche Krankenkassen einerseits sowie Landesärztekammern andererseits mit Blick auf den persönlichen Anwendungsbereich des europäisierten GWB-Vergaberechts zu beurteilen sind. Die vorliegende

durch das am 18.4.2016 in Kraft getretene Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016 (BGBl. 2016-I, S. 203) erhalten haben.

30 Vertrag über die Europäische Union in der Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABIEG 2008, C 115, S. 13), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABIEU 2012, L 112, S. 21) m.W.v. 1.7.2013.

31 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABIEG 2008, C 115, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABIEU 2012, L 112, S. 21) m.W.v. 1.7.2013.

Arbeit nimmt nun die Kassenärztlichen Vereinigungen ins Visier, die – soweit ersichtlich – zumindest in der gebotenen Tiefe bisher noch nicht auf ihre GWB-vergaberechtliche Stellung untersucht worden sind. Wie schon ihr Titel ankündigt, soll die Arbeit zuvorderst als Beitrag zur (beginnenden) Diskussion um die Erfassung Kassenärztlicher Vereinigungen vom persönlichen Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts begriffen werden. Der methodisch hierfür (auch) herangezogene Vergleich zwischen gesetzlichen Krankenkassen, Ärztekammern und Kassenärztlichen Vereinigungen kann Gemeinsamkeiten und Unterschiede des für diese Körperschaften jeweils maßgeblichen rechtlichen Umfelds aufzeigen, aus denen sich präzise Aussagen über die Staatsgebundenheit insbesondere, aber nicht nur der Kassenärztlichen Vereinigungen ableiten lassen. Die so zu den angesprochenen Selbstverwaltungskörperschaften im Bereich des Gesundheitswesens gewonnenen Aussagen können und sollen darüber hinaus aber auch ganz allgemein Erkenntnisse über das Verhältnis zwischen staatlicher Einflussnahme und funktionaler Selbstverwaltung im verwaltungsrechtlichen Sinn fördern.

Teil 1: Grundzüge des Vergaberechts

Die vorliegende Untersuchung kommt naturgemäß nicht ohne grundlegende Kenntnisse des heute in Deutschland anwendbaren Vergaberechts aus. Hierfür sollen zuerst die Grundzüge des in Deutschland anwendbaren Vergaberechts dargestellt werden, auch um aufzuzeigen, wie sich die Anwendung unterschiedlicher vergaberechtlicher Vorschriften auf Einrichtungen wie die Kassenärztlichen Vereinigungen auswirkt. Erst mit diesem grundlegenden Regelungsverständnis kann die praktische Bedeutung der vergaberechtlichen Einordnung der Kassenärztlichen Vereinigungen überhaupt ermessen werden.

A. Regelungsbedürfnis und Terminologie

Das Bedürfnis für die Schaffung einer regulierenden Verfahrensweise bei der Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand rührt insbesondere von folgenden zwei Aspekten:

Zum einen verfügt die öffentliche Hand im Rahmen ihrer Beschaffungstätigkeit nicht über eigene Mittel, sondern – treuhänderisch – über von der Allgemeinheit aufgebrauchte Steuergelder und sonstige öffentlich-rechtliche Abgaben.³² Dies führt zu strukturellen Defiziten, die das Verhalten und die Motivation staatlicher Institutionen am Markt im Vergleich zu privaten Unternehmen kennzeichnen.³³ Mechanismen, die auf einem freien Markt zu einer effizienten Allokation von Ressourcen führen, sind in den meisten Fällen einer wirtschaftlichen Betätigung des Staates aus verschiedenen Gründen (z.B. Bereitstellung von öffentlichen Gütern, natürliche oder gesetzliche Monopolstellung im Bereich der Daseinsvorsorge oder Zugang zu öffentlichen Mitteln) ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt.³⁴ Nicht den Gesetzen des Marktes ausgesetzte staatliche Einrichtungen sind damit nicht wie private Marktteilnehmer gezwungen, Aufträge

32 *Breloer*, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, S. 2.

33 *Pruns*, Kartell- und vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens, S. 331.

34 *Bungenberg* in: Loewenheim u.a., *GWB*, Vor §§ 97 ff. Rn. 4.