

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)	Landesvergabegesetze	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 Gewerbearchiv)
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 klargelegt, 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.