

L 9 KR 76/18 KL ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
9

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 9 KR 76/18 KL ER

Datum

17.10.2018

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

1. Nur dann, wenn bereits in der Leistungsbeschreibung Qualitätsanforderungen formuliert werden, die über die Mindestvoraussetzungen für jede Leistungserbringung im jeweiligen Hilfsmittelbereich (mehr als nur unwesentlich) hinausgehen, dürfen gemäß [§ 127 Abs. 1b Satz 4 SGB V](#) der Preis oder die Kosten als Zuschlagskriterium mit mehr als 50 % gewichtet werden.

2. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach [§ 87ff SGB IV](#) werden durch kartellvergaberechtliche Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

3. Zur Prüfung einer aufsichtsrechtlichen Anordnung, durch die eine Krankenkasse zur Aufhebung einer Ausschreibung nach [§ 127 SGB V](#) verpflichtet werden soll, im einstweiligen Rechtsschutz.

Der Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid der Beklagten vom 23. Februar 2018 (L 9 KR 73/18 KL) anzuordnen, wird abgelehnt. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert wird auf 2.500.000.- EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um eine aufsichtsrechtliche Maßnahme des Bundesversicherungsamtes (BVA) im Zusammenhang mit der Ausschreibung 0067-CPAP-2017 einer Krankenkasse (Antragstellerin).

Gegenstand dieser Ausschreibung ist "die Versorgung der anspruchsberechtigten Versicherten der [Antragstellerin] mit CPAP-Geräten und CPAP-Spezialgeräten (Produkt-gruppe 14) sowie der damit im Zusammenhang stehenden Dienst- und Serviceleistungen gemäß [§ 33 SGB V](#) i.V.m. [§ 127 Abs. 1 SGB V](#)". Bei diesen Hilfsmitteln handelt es sich um Inhalations- und Atemtherapiegeräte zur Behandlung atembezogener Schlafstörungen mittels kontinuierlicher Überdruckbeatmung (Continuous Positive Airway Pressure = CPAP). Nach dem Ausschreibungstext soll der Zuschlag aufgrund der Kriterien Preis (90 %) und Qualität (10 %) erteilt werden. Innerhalb des Kriteriums Qualität sollen die Versicherung des Auftragnehmers (Bieters), keine Geräte, die älter als 4 Jahre sind, einzusetzen, mit 7 % und die Versicherung, eine kostenfreie Service-Telefonnummer 24-stündig zur Verfügung zu stellen, mit 3 % gewichtet werden. Die Ausschreibung, welche 19 Gebietslose umfasst und auf den Abschluss eines Rahmenvertrags mit einer Laufzeit von vier Jahren abzielt, wurde am 29. September 2017 veröffentlicht und sieht als Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge sowie als Eröffnungstermin der Angebote den 24. November 2017 vor; die Bindungswirkung für die Angebote bestand bis zum 22. Dezember 2017. Die Antragstellerin geht von einem Auftragswert von mindestens 20.000.000.- EUR aus.

Ausgelöst durch ein Schreiben einer Anwaltskanzlei, die im Auftrag eines Leistungserbringers tätig wurde, erläuterte das BVA erstmals am 23. Oktober 2017 der Antragstellerin, dass es die Ausschreibung für rechtswidrig halte. In der Folgezeit, u.a. mit Schreiben vom 9. und 24. November 2017, legte es der Antragstellerin die Gründe für diese Einschätzung dar und nahm eine "aufsichtsrechtliche Beratung der []-kasse nach [§ 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) und Anhörung zur Anordnung des Sofortvollzugs" vor (Schreiben vom 11. Dezember 2017). Hierzu nahm die Antragstellerin wiederholt Stellung, u.a. mit den Schreiben vom 4. Dezember 2017, hielt aber weiterhin an der geplanten Vergabeentscheidung fest.

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2017, per Fax zugestellt am selben Tag, nahm das BVA der Antragstellerin gegenüber eine aufsichtsrechtliche Beratung nach [§ 89 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch / Viertes Buch \(SGB IV\)](#) vor und hörte sie zugleich zur beabsichtigten Anordnung des Sofortvollzugs (eines noch zu erlassenden Bescheids) an. Darin vertrat das BVA die Auffassung, durch die rechtswidrige o.g.

Ausschreibung greife die Antragstellerin in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen ihrer Versicherten ein. Es forderte die Antragstellerin daher auf, bis zum 15. Dezember 2017 – diese Frist wurde später bis zum 15. Januar 2018 verlängert – zu bestätigen, dass sie die Ausschreibung aufhebe. Andernfalls beabsichtige das BVA, einen Verpflichtungsbescheid zu erlassen, der inhaltlich dem Beratungsschreiben entspreche. Die Antragstellerin teilte dem BVA daraufhin mit, dass die Ausschreibung rechtlich nicht zu beanstanden sei (Schreiben vom 15. Januar 2018).

Mit Bescheid vom 25. Februar 2018, zugestellt am 28. Februar 2018, verpflichtete das BVA die Antragstellerin, ihre o.g. Ausschreibung aufzuheben (Tenor I) und ordnete die sofortige Vollziehung dieses Bescheides an (Tenor II). Zur Begründung führte das BVA aus, dass sich die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bereits daraus ergebe, dass diese aufgrund des hohen Dienstleistungsanteils unzweckmäßig und die Ermessensentscheidung der Antragstellerin zugunsten einer Ausschreibung rechtswidrig sei. Es handele sich bei § 127 Abs. 1 Sozialgesetzbuch / Fünftes Buch (SGB V) um eine Kann-Vorschrift, die Antragstellerin habe ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Durch das Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (HVVG) seien in [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#) zudem die Wörter "in der Regel" gestrichen worden. Der Gesetzgeber habe damit deutlich gemacht, dass für Hilfsmittel mit hohem Dienstleistungsanteil wettbewerbsrechtliche Ausschreibungen nicht zweckmäßig seien. Die Frage der Zweckmäßigkeit sei entgegen der Auffassung der Antragstellerin und der Rechtsprechung der Vergabekammer des Bundes stets zu prüfen und nicht nur bei Unterschwellenvergaben. Die Beurteilung der Zweckmäßigkeit richte sich nicht nach allen Versorgungsmaßnahmen mit CPAP-Geräten, sondern nach dem jeweiligen Einzelfall. Den unbestimmten Rechtsbegriff der Zweckmäßigkeit habe die Antragstellerin nicht im Sinne des Gesetzes ausgelegt. Zur Beurteilung der Zweckmäßigkeit könne auch Bezug genommen werden auf die "Arbeitshilfe Schlafbezogene Atmungsstörung" der MDK-Gemeinschaft, durch die es – das BVA – sich in seiner Auffassung bestärkt sehe, dass die CPAP-Versorgung durch einen hohen Dienstleistungsanteil der Leistungserbringer geprägt sei. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin werde der weitaus überwiegende Dienstleistungsanteil nicht im Schlaflabor vom Arzt erbracht. Dieses Ergebnis stehe in Übereinstimmung mit der Gemeinsamen Empfehlung gemäß [§ 127 Abs. 1a SGB V](#) zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen in der Fassung vom 2. Juli 2009. Darin habe der GKV-Spitzenverband gemeinsam mit den Spitzenorganisationen der Leistungserbringer zusammengefasst, wann eine Ausschreibung zweckmäßig sei und wann nicht. Dies hätten die Krankenkassen in ihre Ermessensentscheidung, ob sie ausschreiben oder Verträge nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) verhandeln möchten, einfließen zu lassen. Nach § 2 Ziffer 4 der Empfehlungen sei vor allem dann von einem hohen Dienstleistungsanteil auszugehen, wenn der Dienstleistungsanteil nicht oder schwierig standardisiert erfasst werden könne. Dies sei etwa dann der Fall, wenn eine persönliche intensive und umfangreiche Einweisung oder Nachbetreuung bzw. eine komplexe und ggf. mehrfache Anleitung von Angehörigen oder Pflegepersonal und/oder die Notwendigkeit einer patientennahen Versorgung mit kurzen Reaktionszeiten erforderlich sei. Darüber hinaus sei die Ausschreibung rechtswidrig, weil qualitative Aspekte bei der Erteilung des Zuschlags nicht angemessen i.S.v. [§ 127 Abs. 1b Satz 4 SGB V](#) berücksichtigt würden. Die in die Ausschreibung aufgenommenen Qualitätskriterien erfüllten die Voraussetzungen von [§ 127 Abs. 1, 1b SGB V](#) nicht und könnten daher nicht zu einer Gewichtung des Preises i.H.v. 90 % führen. Die von der Antragstellerin unter dem Aspekt der Qualität mit 10 Prozent gewichteten Zuschlagskriterien und in ihrer Stellungnahme als „optionale Qualitätskriterien“ bezeichneten Anforderungen stellten bereits keine zusätzlichen Qualitätsanforderungen im Sinne des Gesetzes dar. Die qualitativen Aspekte i.S.d. [§ 127 Abs. 1b Satz 4 SGB V](#) müssten über die Mindestanforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses hinausgehen. In der Versorgung mit Geräten, die nicht älter als vier Jahre sind, sowie in der Verfügbarkeit einer kostenfreien Service-Telefonnummer lägen keine die Qualität der Versorgung erhöhenden Aspekte. Diese Anforderungen ergäben sich aus den Empfehlungen des GKV-Spitzenverbandes für eine einheitliche Anwendung der Anforderungen an eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel nach [§ 126 Absatz 1 Satz 3 SGB V](#). Auf diese nehme die Rahmenvereinbarung ausdrücklich Bezug. Selbst wenn man annähme, dass es sich tatsächlich um qualitätssteigernde Aspekte im Sinne des Gesetzes handelte, würden diese von der Antragstellerin nicht als zwingend, sondern optional behandelt, sodass sie den Zuschlag auch an einen besonders preisgünstigen Leistungserbringer erteilen könne, auch wenn dieser die optionalen Anforderungen nicht erfüllen sollte. Das Ziel des Gesetzes, eine effektive Qualitätssteigerung herbeizuführen, werde dadurch nicht erreicht. Dies gelte gleichermaßen, soweit sich die Antragstellerin darauf berufe, dass der Leistungserbringer zur aufzahlungsfreien Versorgung mit einem Gerät verpflichtet werde. Hier komme noch hinzu, dass Krankenkassen vor dem Hintergrund des Sachleistungsanspruchs des Versicherten stets gehalten seien, auf eine mehrkostenfreie Versorgung der Versicherten hinzuwirken, wie der Gesetzgeber noch einmal durch die Neuerungen des [§ 127 Abs. 4a, 5a SGB V](#) zum Ausdruck gebracht habe. Da die Antragstellerin weder in der Leistungsbeschreibung noch im Rahmen der Gewichtung der Zuschlagskriterien eine angemessene Berücksichtigung von Qualitätsaspekten vorgenommen habe, sei eine Gewichtung des Preises mit mehr als 50 Prozent (hier: 90 Prozent) nicht mit [§ 127 Abs. 1, 1b SGB V](#) zu vereinbaren. Der Erlass des Verpflichtungsbescheides entspreche auch einer pflichtgemäßen Ermessensausübung. Die Antragstellerin habe die im Beratungsschreiben geforderte Erklärung hinsichtlich des Tenors I. nicht abgegeben, sondern im Beratungsverfahren zum Ausdruck gebracht, dass sie beabsichtige, in Zukunft Verträge über die Versorgung der Versicherten mit den in Rede stehenden Hilfsmitteln auch weiterhin im Wege der Ausschreibung nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) zu schließen. Im Rahmen des durch [§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) eingeräumten Entschließungsermessens sei es geboten, einen Verpflichtungsbescheid zu erlassen. Unter Berücksichtigung des Opportunitätsprinzips habe es – das BVA – sich entschlossen, den Rechtsverstoß nicht zu tolerieren. Bei der Ermessensausübung habe es sich davon leiten lassen, in seinem Aufsichtsbereich ein einheitliches Verhalten der Krankenkassen sicherzustellen. Es befinde sich mit weiteren Krankenkassen hinsichtlich der Ausschreibung von CPAP-Geräten in einem aufsichtsrechtlichen Dialog. An der Sicherstellung eines einheitlichen Verhaltens der Krankenkassen bestehe vor dem Hintergrund der Gewährleistung einer in der Qualität gesicherten Versorgung ein öffentliches Interesse. Dies gelte hier in besonderem Maße, da die nicht sichergestellte Qualität der Versorgung bei den in Rede stehenden Hilfsmitteln eine Gefahr für die Gesundheit der Versicherten darstellen könne. Die Abwägung aller Umstände ergebe ein Überwiegen des öffentlichen Interesses am Erlass des Verpflichtungsbescheides gegenüber dem Interesse der Antragstellerin. Das öffentliche Interesse bestehe in der Sicherstellung einer in der Qualität gesicherten Versorgung zur Verhinderung von Gefahren für die Gesundheit der Versicherten. Schließe die Krankenkasse trotz des Nichtvorliegens der Zweckmäßigkeit Verträge über die Versorgung von Hilfsmitteln im Ausschreibungswege, so könne sie eine in der Qualität gesicherte Versorgung nicht gewährleisten. Da der Versicherte auf eine intensive individuelle Betreuung angewiesen sei, die CPAP-Behandlung in ihrer Durchführung schwierig sein und eine Reihe von Nebenwirkungen auftreten könnten, müsse eine intensive Einweisung und Nachbetreuung des Patienten sichergestellt sein (vgl. Hilfsmittelverzeichnis zu CPAP-Geräten). Aufgrund der Exklusivität der Ausschreibung, die mit einem Ausschluss anderer Leistungserbringer einhergehe, sei der Versicherte hinsichtlich der Versorgung auf den Leistungserbringer angewiesen, der den Zuschlag erhalte. Bei der Versorgung mit CPAP-Geräten spiele das Vertrauensverhältnis zu dem Leistungserbringer aber eine entscheidende Rolle für den Versorgungserfolg. Sei eine Ausschreibung nicht zweckmäßig, leide die Qualität der Versorgung hierunter. Es liege die Annahme nahe, dass dies Auswirkungen auf die Gesundheit der Versicherten habe. Atemtherapiegeräte sollten verhindern, dass es bei an Atemaussetzern leidenden Versicherten zu einer Unterversorgung mit Sauerstoff komme. Folgen dieser Unterversorgung könnten neben Tagesmüdigkeit auch Herzrhythmusstörungen, Hypertonie, Lungenkrankheiten etc. sein. Defizite in der Qualität der Versorgung der Versicherten mit CPAP-

Geräten könnten daher weitreichende gesundheitliche Folgen haben. Diesem öffentlichen Interesse stehe das Interesse der Antragstellerin am Abschluss kostengünstiger Verträge und einer Verschlankung des Vertragsabschlussverfahrens gegenüber. Denn durch die Wertung des Preises als Zuschlagskriterium mit 90 % sei es der Antragstellerin möglich, auf das preisgünstigste Angebot zurückzugreifen. Dies führe dazu, dass Leistungserbringer ihre Preise senkten, um an der Versorgung teilnehmen zu können. Auch spare sich die Antragstellerin mit einer Exklusivausschreibung personal- und zeitintensive Vertragsverhandlungen mit mehreren Vertragspartnern nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#). Im Rahmen der Abwägung überwiege das öffentliche Interesse insbesondere deshalb, weil es sich im Hinblick auf die Gesundheit der Versicherten bei der qualitätsgesicherten Versorgung um ein besonders schützenswertes Rechtsgut handle. Das Interesse der Antragstellerin an der Fortsetzung ihrer Vertragspraxis trete dahinter zurück. Sie müsste die Altverträge vorübergehend weiterhin gegen sich gelten lassen oder vorübergehend Einzelversorgungen nach [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) zu möglicherweise höheren Preisen vornehmen. Dies sei zumutbar, da sie die fortgeltenden Verträge selbst in der Vergangenheit geschlossen und mehrere Jahre gelebt habe sowie Einzelversorgungen nur vorübergehend vorgenommen würden. Der Verpflichtungsbescheid sei auch verhältnismäßig, da insbesondere keine mildereren Mittel ersichtlich seien. Gemäß [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) sei die sofortige Vollziehung von Ziffer I des Verpflichtungsbescheids angeordnet worden, da vorliegend ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheids bestehe. Die Anordnung des Sofortvollzuges stelle eine Ermessensentscheidung der Behörde dar, die eine Abwägung des öffentlichen Vollzugsinteresses mit dem Aufschubinteresse des Betroffenen und zum anderen die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordere. Abzuwägen seien die Folgen, die eintreten würden, wenn die sofortige Vollziehung angeordnet und dann ein Rechtsbehelf in der Sache Erfolg haben würde, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die sofortige Vollziehung nicht angeordnet und ein Rechtsbehelf keinen Erfolg haben würde. Der Sofortvollzug könne angeordnet werden, wenn sonst der Allgemeinheit erhebliche Gefahren oder Nachteile drohen würden. In die Abwägung sei auch einzubeziehen, ob und inwieweit durch die Vollziehung irreparable Folgen entstehen. Das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung bestehe im Schutze der Gesundheit der Bevölkerung ([Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz - GG](#)). Wie oben ausgeführt, setze die Anordnung der sofortigen Vollziehung voraus, dass der Allgemeinheit ohne den Erlass der Anordnung erhebliche Gefahren oder Nachteile drohten. Mit dem Begriff der Bevölkerung sei die Gesamtheit aller Versicherten bzw. potentiellen Versicherten der Antragstellerin und somit individueller Grundrechtsträger gemeint. Schließe die Krankenkasse trotz des Nichtvorliegens der Zweckmäßigkeit Verträge über die Versorgung von Hilfsmitteln im Ausschreibungswege, so sei die Qualität der Hilfsmittelversorgung – wie oben ausgeführt – gefährdet. Diesen überragenden öffentlichen Interessen stehe – wie ebenfalls bereits erläutert – lediglich das Interesse der Antragstellerin an kostengünstigen Verträgen gegenüber. Das besondere öffentliche Interesse in Bezug auf den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung ([Art. 2 Abs. 2 GG](#)) überwiege das Suspensivinteresse der Antragstellerin, da die möglichen Folgen für Versicherte schwerwiegend und nicht mehr rückgängig zu machen wären. Ein Zuwarten im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens, welches mehrere Jahre dauern könne, sei vor diesem Hintergrund nicht akzeptabel. Durch den Zuschlag sei die Antragstellerin vertraglich gebunden, d.h. der oben wiedergegebene Qualitätsverlust in der Versorgung würde sich über einen längeren Zeitraum realisieren. Es stehe daher im besonderen öffentlichen Interesse, die Versicherten vor den oben wiedergegebenen Nachteilen zu schützen, die entstünden, wenn die sofortige Vollziehung nicht angeordnet und der Rechtsbehelf in der Hauptsache keinen Erfolg haben würde. Demgegenüber seien die Nachteile, die für die Antragstellerin entstünden, wenn die sofortige Vollziehung angeordnet, der Rechtsbehelf in der Hauptsache aber Erfolg hätte, als wesentlich geringer einzustufen. Der Anordnung der sofortigen Vollziehung stehe auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht entgegen. Die Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes und des Vergabesenats des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf müssten nicht abgewartet werden, weil die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Ausschreibungen gerade nicht allein den Vergabekammern und dem Vergabesenat vorbehalten sei. Ihm – dem BVA – stünden als Rechtsaufsichtsbehörde eigene Prüfkompetenzen im Hinblick auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Ausschreibungen nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) zu. Im Übrigen sei die Gefahr der Nachahmung durch andere Krankenkassen nicht auszuschließen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die am 7. März 2018 erhobene Klage der Antragstellerin (L 9 KR 73/18 KL), über die der Senat noch nicht entschieden hat.

Ihren am selben Tag gestellten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung dieser Klage begründet die Antragstellerin wie folgt: Die Klage habe begründete Aussicht auf Erfolg, weil der Bescheid vom 23. Februar 2018 offensichtlich rechtswidrig sei und das auf eine Rechtsaufsicht beschränkte BVA sein Aufsichtsrecht überschritten habe. Darüber hinaus sei es wegen der anhängigen Vergabeverfahren gehindert, eine Rechtsverletzung i.S.v. [§ 89 Abs. 1 SGB IV](#) festzustellen, weil andernfalls das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren unterlaufen werde. Auch liege kein Verstoß gegen Vergaberechtsvorschriften – insbesondere auch nicht gegen [§ 127 SGB V](#) – vor. Die von der Antragstellerin im Rahmen von [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) vorzunehmenden Ermessenserwägungen dürfe das BVA nicht durch eigene ersetzen. Der unbestimmte Rechtsbegriff "Zweckmäßigkeit" eröffne der Antragstellerin einen Beurteilungsspielraum. Einer Aufsichtsbehörde sei es verwehrt, ihre Rechtsauffassung an die Stelle der Rechtsauffassung der beaufsichtigten Körperschaft zu setzen, sofern die entsprechende Rechtsfrage bislang weder durch das Gesetz noch die Rechtsprechung in eindeutiger Weise beantwortet worden sei. Dies habe das BVA nicht beachtet. Die Antragstellerin habe die Ausschreibung für vertretbar halten dürfen. Dies werde dadurch bestätigt, dass die 1. Vergabekammer des Bundes in allen vier eingeleiteten Nachprüfungsverfahren die jeweiligen Anträge mangels vergaberechtlicher Verstöße zurückgewiesen habe (u.a. Beschlüsse vom 7. Dezember 2017 - VK 1 131/17 - und 2. März 2018 - VK 1 165/17 -), und nicht deshalb in Frage gestellt, weil das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf nach inzwischen geänderter Rechtsauffassung [§ 127 Abs. 1](#) Sätze 1 und [6 SGB V](#) nicht mehr als vergaberechtliche Vorschrift ansehe (Beschluss vom 27. Juni 2018 - VII Verg 59/17). Ob die ausgeschriebenen Versorgungsleistungen einen hohen Dienstleistungsanteil hätten, sei unerheblich, weil oberhalb der Schwellenwerte solche Zweckmäßigkeitserwägungen bereits aus vorrangigen EU-rechtlichen Gründen nicht zulässig seien. Im Übrigen sei der Dienstleistungsanteil auch nicht hoch, wie eine von ihr – der Antragstellerin – durchgeführten Befragung ihrer Versicherten ergeben habe. Weil die Qualitätsanforderungen bereits in der Leistungsbeschreibung bzw. dem ausgeschriebenen Vertrag, u.a. durch Verweis auf das Hilfsmittelverzeichnis, festgelegt seien, dürften – wie durch das OLG Düsseldorf in seiner o.g. Entscheidung bestätigt – qualitative Aspekte bei der Erteilung des Zuschlags mit weniger als 50 % berücksichtigt werden. Die in der Leistungsbeschreibung genannten qualitativen Anforderungen gingen über die allgemeinen Anforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses deutlich hinaus. Zu ersteren zähle insbesondere die Verpflichtung des Leistungserbringers zur aufzahlungsfreien Versorgung mit einem Gerät nach dem individuellen Bedarf sowie mit Verbrauchsmaterialien im individuell erforderlichen Umfang, d.h. ohne Mengenbegrenzung. Außerdem müsse der Leistungserbringer eine 24-ständige Rufbereitschaft durch fachmännisches Personal bei Problemen sicherstellen und sein Personal durch Schulungen auf dem aktuellen Stand der Technik halten. Im Sinne einer durchgängigen Therapie sei er zudem verpflichtet, bei Defekten das Gerät auszutauschen bzw. bei Reparaturen oder Wartungen ein Ersatzgerät zur Verfügung zu stellen. Unabhängig von der Rechtswidrigkeit des Verpflichtungsbescheids überwiegen jedenfalls ihre – der Antragstellerin – Interessen an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Soweit das BVA auf den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung abstelle, sei dies zu allgemein, weil nur ein minimaler prozentualer Anteil

sämtlicher Versicherten von der Versorgung mit den streitgegenständlichen CPAP-Geräten betroffen sei. Es habe weder die angebliche Gesundheitsgefährdung konkretisiert noch im Rahmen des Abwägungsprozesses das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot in der GKV, die Rechte der Bieter oder den Umstand berücksichtigt, dass die CPAP-Behandlung in den Händen des jeweiligen Arztes und nicht in den Händen des Hilfsmittelerbringers liege. Beschaffe sich ein Versicherter auf die ärztliche Verordnung hin ein CPAP-Gerät selbst, seien – im Gegensatz zu einer Versorgung aufgrund einer Ausschreibung – einheitliche Qualitätsstandards nicht zwingend sichergestellt. Die vom BVA angenommene Eilbedürftigkeit sei fraglich, weil es gegen die Ausschreibung der Versorgung mit CPAP-Geräten durch die Techniker Krankenkasse nicht vorgegangen sei; in seinem Beratungsschreiben habe es auf diese Ausschreibung ausdrücklich Bezug genommen. Ein Zuschlag sei im streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren noch nicht erteilt worden, weil sie – die Antragstellerin – die Zuschlagsfrist wegen des hiesigen Rechtsstreits immer wieder habe verlängern müssen. Hiermit seien nicht alle Bieter einverstanden gewesen. Bislang würden die Versicherten aufgrund von Verträgen nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) mit CPAP-Geräten versorgt.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihrer Klage (L 9 KR 73/18 KL) gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 23. Februar 2018 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie hält den Bescheid vom 23. Februar 2018 für insgesamt rechtmäßig und trägt vor: Bei der auf einer Ausschreibung beruhenden Versorgung nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) werde das bei der Versorgung nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) bestehende Wahlrecht der Versicherten in Bezug auf den Leistungserbringer erheblich eingeschränkt. Dies sei bei der streitgegenständlichen Versorgung wegen des hohen Dienstleistungsanteils, der hohen Verantwortung in Bezug auf die Gesundheit der Versicherten und dem Vertrauensverhältnis zum Leistungserbringer vom Gesetzgeber so nicht gewollt gewesen. Von der CPAP-Ausschreibung durch die Techniker Krankenkasse habe das BVA zum Zeitpunkt der Ausschreibung keine Kenntnis gehabt. Zwischenzeitlich befinde es sich auch mit dieser Krankenkasse in einem entsprechenden aufsichtsrechtlichen Dialog und habe gegenüber zwei weiteren Krankenkassen sofort vollziehbare Verpflichtungsbescheide erlassen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie die beigezogenen Verwaltungsakten der Beteiligten verwiesen, die Gegenstand der Beratung und Entscheidung waren.

II.

Der zulässige Antrag ist unbegründet. Die Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der o.g. Klage gemäß [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

1. Nach [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Nachdem das BVA – eine oberste Bundesbehörde – im Bescheid vom 23. Februar 2018 die sofortige Vollziehung des Bescheides angeordnet hat, ist die aufschiebende Wirkung der Klage entfallen ([§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#)); ein Widerspruchsverfahren war gemäß [§ 78 Abs. 1 Satz 2 SGG](#) nicht durchzuführen. Bei der Prüfung, ob die aufschiebende Wirkung der Klage gemäß [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) anzuordnen ist, sind die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen. Ist der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig, tritt ein öffentliches Interesse an der Vollziehung stets hinter das Suspensivinteresse des Betroffenen zurück (Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/B. Schmidt, Sozialgerichtsgesetz, 12.A., § 86b, Rn. 12i, m.w.N.). Ist der Verwaltungsakt hingegen offensichtlich rechtmäßig, ist bei einem Entfallen der aufschiebenden Wirkung durch Anordnung der sofortigen Vollziehung – wie im vorliegenden Fall – auch zu beachten, dass nach [§ 86a Abs. 1 SGG](#) Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben sollen und daher die Abkehr von diesem Grundsatz zunächst formal rechtmäßig erfolgen muss. Ist das nicht der Fall, ist die aufschiebende Wirkung anzuordnen.

Die Vollziehungsanordnung nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) bedarf einer besonderen Begründung, um den Betroffenen in die Lage zu versetzen, durch Kenntnis der Gründe, die Veranlassung zur Vollziehungsanordnung gegeben haben, seine Rechte wirksam wahrzunehmen und eine Erfolgsaussicht eines Rechtsmittels abschätzen zu können (Warn- und Transparenzfunktion). Eine lediglich formelhafte Begründung reicht daher nicht aus (Keller, a.a.O., § 86a, Rn. 21b, m.w.N.; Wahrendorf, in: Roos/Wahrendorf, Sozialgerichtsgesetz, § 86a Rd. 77f m.w.N.). Erforderlich ist vielmehr eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Darstellung des angenommenen öffentlichen Interesses daran, dass als Ausnahme von der Regel des [§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in dem konkreten Fall die sofortige Vollziehbarkeit notwendig ist und dass das Interesse des Betroffenen deshalb hinter dem erheblichen öffentlichen Interesse zurückstehen muss. Die Begründung muss daher alle für die Behörde maßgeblichen Umständen enthalten und erkennen lassen, warum die Anordnung der sofortigen Vollziehung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht (Keller, a.a.O., m.w.N.).

2. Unter Berücksichtigung dieses Prüfungsmaßstabs hat der Eilantrag keinen Erfolg. Der Bescheid vom 23. Februar 2018 ist offensichtlich rechtmäßig (hierzu a.). Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nicht zu beanstanden (hierzu b.).

a. Der Bescheid vom 23. Februar 2018 begegnet aus Sicht des Senats im Ergebnis keinen rechtlichen Bedenken. Der Senat darf sich schon deshalb insoweit auf eine summarische Prüfung beschränken (vgl. Senat, Beschluss vom 01. März 2017 – [L 9 KR 437/16 KL ER](#) –, juris; Keller, a.a.O., § 86b, Rn. 16c, m.w.N.; Wehrhahn, in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, 2.A., § 86b, Rn. 49, m.w.N.; Binder, in: Lüdtke/Berchtold, Sozialgerichtsgesetz, 5.A., § 86b Rn. 64), weil eine Grundrechtsbetroffenheit der Antragstellerin als Körperschaft des öffentlichen Rechts ([§ 4 SGB V](#)) durch den Bescheid nicht gegeben ist.

aa. Rechtsgrundlage für die Aufsichtsordnung ist [§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#). Danach kann die Aufsichtsbehörde nach vorheriger, erfolglos verlaufener Beratung ([§ 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) den Versicherungsträger verpflichten, eine festgestellte "Rechtsverletzung" zu beheben. Aufsichtsbehörde der antragstellenden Ersatzkasse ist gemäß [§ 90 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) das BVA.

Die Aufsichtsbehörde ist dabei auf eine Rechtsaufsicht beschränkt ([§ 87 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Sie darf nicht im Wege der Fachaufsicht den Umfang und die Zweckmäßigkeit von Maßnahmen des Versicherungsträgers zum Gegenstand ihrer staatlichen Überwachungstätigkeit machen und erst recht keine "politische Aufsicht" ausüben. Die Aufsichtsbehörde hat darüber zu wachen, dass der Versicherungsträger die Gesetze und das sonstige für ihn maßgebende Recht beachtet; dazu gehört auch die Beachtung einer gesicherten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Bei Ausübung der Rechtsaufsicht muss zugleich dem Selbstverwaltungsrecht des Versicherungsträgers als Träger mittelbarer Staatsverwaltung Rechnung getragen werden ([§ 29 Abs. 1 SGB IV](#)); hierzu gehört ganz wesentlich die Befugnis der Versicherungsträger, ihre Aufgaben im Rahmen des Gesetzes in eigener Verantwortung zu erfüllen ([§ 29 Abs. 3 SGB IV](#)). Einer Aufsichtsbehörde ist es daher grundsätzlich verwehrt, mit aufsichtsrechtlichen Mitteln ihre Rechtsauffassung durchzusetzen, sofern dem Rechtsfragen zugrunde liegen, die bislang weder das Gesetz noch die Rechtsprechung in eindeutiger Weise beantwortet haben; in einem solchen Fall bedarf aufsichtsrechtliches Einschreiten einer besonderen Rechtfertigung. Der Grundsatz einer maßvollen Ausübung der Rechtsaufsicht gebietet es zudem, dem Versicherungsträger einen gewissen Beurteilungsspielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative zu belassen. Daraus folgt, dass Aufsichtsmaßnahmen, die stets eine Ausübung pflichtgemäßen Ermessens erfordern, rechtswidrig sind, wenn sich das Handeln oder Unterlassen des Versicherungsträgers im Bereich des rechtlich noch Vertretbaren bewegt (BSG, Urteil vom 21. März 2018 – [B 6 KA 59/17 R](#) –, juris, m.w.N.).

Diesen Vorgaben wird der Bescheid vom 23. Februar 2018 nicht gerecht, soweit darin das "Ob" der Ausschreibung beanstandet wird (hierzu cc.). Dies wirkt sich indes nicht aus, weil der Bescheid zu Recht qualitative Anforderungen im Rahmen der Ausschreibung als unzureichend gewichtet ansieht (hierzu dd.) Kartellvergaberechtliche Verfahren tangieren das aufsichtsrechtliche Vorgehen nicht (hierzu ee.).

bb. Die maßgeblichen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften, an denen sich die o.g. Ausschreibung der Antragstellerin messen lassen muss, finden sich in [§ 127 SGB V](#) und lauten – soweit hier von Bedeutung – in der aktuellen Fassung wie folgt:

(1) Soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist, können die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen. 2 Dabei haben sie durch die Leistungsbeschreibung eine hinreichende Auswahl an mehrkostenfreien Hilfsmitteln, die Qualität der Hilfsmittel, die notwendige Beratung der Versicherten und die sonstigen, zusätzlichen Leistungen im Sinne des [§ 33 Absatz 1 Satz 5](#) sicherzustellen sowie für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen. 3 Den Verträgen sind mindestens die im Hilfsmittelverzeichnis nach [§ 139 Absatz 2](#) festgelegten Anforderungen an die Qualität der Versorgung und Produkte zugrunde zu legen. [] 6 Für Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden, oder Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil sind Ausschreibungen nicht zweckmäßig. 7 Öffentliche Aufträge im Sinne des [§ 103 Absatz 1](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer den maßgeblichen Schwellenwert gemäß [§ 106](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erreicht oder überschreitet, sind nach Maßgabe des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu vergeben.

(1a) 1 Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene geben erstmalig bis zum 30. Juni 2009 gemeinsam Empfehlungen zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen ab. []

(1b) 1 Bei Ausschreibungen nach Absatz 1 ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. 2 Der Preis darf nicht das alleinige Zuschlagskriterium sein. 3 Zu berücksichtigen sind verschiedene, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehende Kriterien, wie etwa Qualität, technischer Wert, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferbedingungen, Betriebs- und Lebenszykluskosten und Preis. 4 Die Leistungsbeschreibung oder die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass qualitative Aspekte angemessen berücksichtigt sind; soweit diese qualitativen Anforderungen der Liefer- oder Dienstleistungen nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind, darf die Gewichtung der Zuschlagskriterien, die nicht den Preis oder die Kosten betreffen, 50 Prozent nicht unterschreiten. []

(2) 1 Soweit Ausschreibungen nach Absatz 1 nicht durchgeführt werden, schließen die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften Verträge mit Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz, die Qualität der Hilfsmittel und zusätzlich zu erbringender Leistungen, die Anforderungen an die Fortbildung der Leistungserbringer, die Preise und die Abrechnung. []

(2a) 1 Den Verträgen nach Absatz 2 Satz 1 können Leistungserbringer zu den gleichen Bedingungen als Vertragspartner beitreten, soweit sie nicht auf Grund bestehender Verträge bereits zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind. []

(3) 1 Soweit für ein erforderliches Hilfsmittel keine Verträge der Krankenkasse nach Absatz 1 und 2 mit Leistungserbringern bestehen oder durch Vertragspartner eine Versorgung der Versicherten in einer für sie zumutbaren Weise nicht möglich ist, trifft die Krankenkasse eine Vereinbarung im Einzelfall mit einem Leistungserbringer; Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend. []

(4a) 1 Die Leistungserbringer haben die Versicherten vor Inanspruchnahme der Leistung zu beraten, welche Hilfsmittel und zusätzlichen Leistungen nach [§ 33 Absatz 1 Satz 1 und 5](#) für die konkrete Versorgungssituation im Einzelfall geeignet und notwendig sind. 2 Die Leistungserbringer haben die Beratung nach Satz 1 schriftlich zu dokumentieren und sich durch Unterschrift der Versicherten bestätigen zu lassen. 3 Das Nähere ist in den Verträgen nach [§ 127](#) zu regeln. 4 Im Falle des [§ 33 Absatz 1 Satz 6](#) sind die Versicherten vor der Wahl der Hilfsmittel oder zusätzlicher Leistungen auch über die von ihnen zu tragenden Mehrkosten zu informieren. 5 Satz 2 gilt entsprechend.

cc. Soweit der streitgegenständliche Bescheid darauf gestützt wird, die Antragstellerin habe wegen Unzweckmäßigkeit keine Ausschreibung vornehmen dürfen, begegnet er erheblichen rechtlichen Bedenken. Zwar dürfte einiges für einen hohen Dienstleistungsanteil i.S.v. [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#) sprechen. Ob allerdings gemäß Satz 7 dieser Vorschrift bei Erreichen oder Überschreitung des maßgeblichen Schwellenwerts nach [§ 106](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) stets, d.h. unabhängig von einer fehlenden Zweckmäßigkeit nach [§ 127 Abs. 1](#) Sätze 1 und [6 SGB V](#), ausgeschrieben werden muss, ist entgegen der Ansicht des BVA eine ungeklärte Rechtsfrage. Dessen Rechtsauffassung hat nur teilweise Zustimmung gefunden (so bei Schneider, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3.A. -

1. Überarbeitung -, [§ 127 SGB V](#), Rn. 31; vgl. auch Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht (KK) / Krasney, [§ 69 SGB V](#) Rn 62ff; Gassner, MPR 2018, 213ff; Hauck, SRa 2017, 231ff). Demgegenüber gingen in der Vergangenheit zahlreiche Gerichte (Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 21. März 2018 - [L 5 KR 81/18 B ER](#) -; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016 - [VII - Verg 26/16](#) -; SG Reutlingen, Beschluss vom 28. Dezember 2017 - [S 1 KR 2858/17 ER](#) -; SG Frankfurt, Beschluss vom 29. Januar 2018 - [S 34 KR 1089/17 ER](#) -; alle juris; vgl. auch Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 29. Mai 2018 - [L 4 KR 173/18 ER](#) -, unveröffentlicht, m.w.N.) davon aus, dass [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) insgesamt vom unionsrechtlichen (Kartell-)Vergaberecht überlagert werde mit der Folge, dass im sog. Oberschwellenbereich, der hier unstreitig erreicht ist, stets auszuschreiben ist.

dd. Zutreffend rügt das BVA in seinem Bescheid vom 23. Februar 2018, dass qualitative Aspekte bei der Erteilung des Zuschlags nicht angemessen i.S.v. [§ 127 Abs. 1b Satz 4 SGB V](#) berücksichtigt werden. Die Antragstellerin hätte Zuschlagskriterien, die nicht den Preis oder die Kosten betreffen, nicht mit weniger als 50 % gewichten dürfen. Denn qualitative Anforderungen der Liefer- oder Dienstleistungen sind nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt (hierzu (1)). Im Hinblick auf diese Rüge sind Fehler bei der Ausübung des aufsichtsrechtlichen Ermessens nicht zu erkennen (hierzu (2)).

(1) Bei der o.g. Ausschreibung sollen andere als den Preis oder die Kosten betreffende – hier qualitative – Aspekte nur zu 10 % berücksichtigt werden. Dies ist nach [§ 127 Abs. 1b Satz 4](#), 2. Hs. SGB V allein dann zulässig, wenn die qualitativen Anforderungen der Liefer- oder Dienstleistungen nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind. Diese Regelung, die durch das Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG) vom 4. April 2017 ([BGBl. I, 778](#)) mit Wirkung zum 11. April 2017 in das SGB V eingefügt wurde, soll nach dem Willen des Gesetzgebers (Entwurf der Bundesregierung zum HHVG, [BT-Drs. 18/10186, S. 33](#)) die Qualität der Versorgung im Hilfsmittelbereich stärken.

(a) Dass die Leistungsbeschreibung mit den zugleich vorgesehenen Zuschlagskriterien nicht lediglich die Mindestanforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses abbilden darf, ergibt sich aus dem systematischen Zusammenspiel von [§ 127 Abs. 1b SGB V](#) und [§ 127 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#). Da den Verträgen mit den Leistungserbringern nach der letztgenannten Vorschrift mindestens die im Hilfsmittelverzeichnis festgelegten qualitativen Anforderungen als eine Untergrenze ([BT-Drs. 18/11205, S. 68](#)) zugrunde zu legen sind, kann sich der von [§ 127 Abs. 1b SGB V](#) gewollte Qualitätswettbewerb nur im darüber liegenden Qualitätsbereich abspielen. Dieses Auslegungsergebnis entspricht auch der aus den Gesetzesmaterialien ersichtlichen Regelungsabsicht des Gesetzgebers ([BT-Drs. 18/10186, S. 33](#); [BT-Drs. 18/11205, S. 68](#)) bei Schaffung des [§ 127 Abs. 1b SGB V](#) (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.6.2018 - [Verg 59/17, BeckRS 2018, 19915](#)). Mit anderen Worten: Nur dann, wenn bereits in der Leistungsbeschreibung Qualitätsanforderungen formuliert werden, die über die Mindestvoraussetzungen für jede Leistungserbringung im jeweiligen Hilfsmittelbereich – hier: Versorgung mit Inhalations- und Atemtherapiegeräten in Form modularer, respiratorischer Systeme nach Produktgruppe 14.24.15 des Hilfsmittelverzeichnisses (HMV) gemäß [§ 139 SGB V](#) – mehr als nur unwesentlich hinausgehen, dürfen der Preis oder die Kosten als Zuschlagskriterium mit mehr als 50 % gewichtet werden. Die Mindestvoraussetzungen bestimmen sich hierbei nicht nur nach dem HMV, sondern ebenso nach dem Gesetz sowie den von jedem Hilfsmittelerbringer des jeweiligen Leistungsbereichs im Präqualifizierungsverfahren nach [§ 126 SGB V](#) zu erfüllenden Anforderungen.

(b) Dem wird die Leistungsbeschreibung der o.g. Ausschreibung bei summarischer Prüfung nicht gerecht. Hinsichtlich der in ihrem Schreiben vom 15. Januar 2018 an das BVA wiedergegebenen Qualitätsanforderungen, die nach Auffassung der Antragstellerin über die "Qualitätskriterien lt. Hilfsmittelverzeichnis" hinausgehen, gilt im Einzelnen:

(aa) Dass die Ausschreibung keine Einschränkung der aufzahlungsfreien Geräteauswahl in der Versorgung vorsieht, kann nicht als zusätzliches Qualitätskriterium berücksichtigt werden. Versicherte erhalten in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nach [§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) Leistungen als Sach- und Dienstleistungen, d.h. von besonders geregelten Ausnahmen abgesehen mithin grundsätzlich kostenfrei (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2009 - [B 3 KR 20/08 R](#) -; Urteil vom 02. November 2007 - [B 1 KR 14/07 R](#) -; Urteil vom 14. März 2001 - [B 6 KA 67/00 R](#) -; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - [1 BvL 28/95](#) -; jeweils juris und m.w.N.). Soweit mehrere gleichermaßen geeignete und wirtschaftliche Leistungen zur Verfügung gestellt werden können, steht den Versicherten ein Wahlrecht zu (BSG, Urteil vom 03. November 1999 - [B 3 KR 16/99 R](#) -, juris; vgl. auch § 33 Satz 2 Sozialgesetzbuch / Erstes Buch - SGB I). Dementsprechend hat der Gesetzgeber mit dem HHVG gerade auch das Recht der Versicherten auf eine hinreichende Auswahl an mehrkostenfreien Hilfsmitteln durch die Verankerung in [§ 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V](#) ausdrücklich bestätigt. Dieses Wahlrecht bezieht sich – wie der Verweis auf [§ 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V](#) belegt – nicht nur auf die Bereitstellung des Hilfsmittels an sich, sondern auch auf "notwendige Leistungen wie die notwendige Änderung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung von Hilfsmitteln, die Ausbildung in ihrem Gebrauch und, soweit zum Schutz der Versicherten vor unvermeidbaren gesundheitlichen Risiken erforderlich, die nach dem Stand der Technik zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit und der technischen Sicherheit notwendigen Wartungen und technischen Kontrollen."

(bb) Entsprechendes gilt, soweit die Antragstellerin als zusätzliches Qualitätskriterium ansieht, dass die Leistungsbeschreibung "keine Einschränkung nach Art und Umfang des Zubehörs" enthalte. Medizinisch erforderliches Zubehör kann der Versicherte schon nach [§ 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V](#) jederzeit beanspruchen. Nicht erforderliches Zubehör ist von der Ausschreibung nach deren Vorbemerkung (Ziffer 2, Abs. 1 Satz 3) nicht umfasst.

(cc) Inwiefern es ein zusätzliches Qualitätskriterium darstellen soll, dass "der Versicherte [] mit einem neuen oder einem wieder aufgearbeiteten CPAP-Gerät / CPAP-Spezialgerät versorgt werden" kann, ist nicht nachvollziehbar. Mehr als diese Alternative erscheint schon denklogisch nicht möglich.

(dd) Eine ärztliche Verordnung als Voraussetzung für die Erstversorgung verlangt bereits [§ 33 Abs. 5a Satz 1 SGB V](#).

(ee) Zur Beratung der Versicherten und der Dokumentation des Beratungsgesprächs ist jeder Erbringer von Hilfsmittelleistungen nach [§ 127 Abs. 4a](#) Sätze 1 und [2 SGB V](#) verpflichtet. Weil die Beratung sich danach auf "die konkrete Situation im Einzelfall" ([§ 127 Abs. 4a Satz 1 SGB V](#)) beziehen muss, ist hierbei – selbstverständlich – auch das "Selbsthilfepotential des Patienten" zu berücksichtigen. Denn soweit sich Versicherte selbst behelfen können, ist eine GKV-Leistung regelmäßig nicht notwendig i.S.v. [§ 12 SGB V](#) und demnach auch nicht erbringbar. Es wäre im Übrigen mit dem verfassungsrechtlich begründeten Selbstbestimmungsrecht der Versicherten (vgl. BSG, Urteil vom 30. November 2017 - [B 3 KR 11/16 R](#) -; Urteil vom 28. Mai 2003 - [B 3 KR 30/02 R](#) -; jeweils juris) unvereinbar, ein Selbsthilfepotential zu übergehen, indem ihm ein Hilfsmittel aufgedrängt wird, dessen er nicht oder nicht in diesem Umfang bedarf.

(ff) Zu Unrecht beruft sich die Antragstellerin auf eine "Geräteeinweisung in deutscher Sprache" und eine "Anpassung der Maske durch fachkundiges Personal in der Häuslichkeit oder auch an anderen Orten". Die Einweisung in die Gerätenutzung und die Anpassung der Maske sind notwendige (Begleit-)Leistungen i.S.v. [§ 33 Abs. 1 Nr. 5 SGB V](#) und auch gemäß [§ 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V](#) Voraussetzung für jeden Leistungserbringer. Dass die Einweisung in deutscher Sprache erfolgt – und nicht etwa in einer dem Versicherten fremden –, ist selbstverständlich. Weil die Gewährleistung einer Verständigung aller in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) Versicherten mit den Leistungserbringern auch in ihrer jeweiligen – nicht-deutschen – Muttersprache nach den gesetzlichen Regelungen nicht zum Leistungsumfang einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung gehört (so für die vertragsärztliche Versorgung: BSG, Urteil vom 06. Februar 2008 – [B 6 KA 40/06 R](#) –, juris), dürfte es demgegenüber ein gewichtiges zusätzliches Qualitätskriterium darstellen, würde eine Leistungsbeschreibung eine Einweisung der Versicherten in ihrer jeweiligen – oder zumindest in einer der in Deutschland häufig anzutreffenden – Muttersprache umfassen. Der Einsatz von fachkundigem Personal ist eine der Voraussetzungen, um nach [§ 126 SGB V](#) als Leistungserbringer "zugelassen" zu werden. Dies ergibt sich aus den Empfehlungen, die der Spitzenverband Bund der Krankenkassen (SpBKK) gemäß [§ 126 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) zur einheitlichen Anwendung der in Satz 2 der Vorschrift genannten "Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel" abgibt. Diese Empfehlungen haben die Präqualifizierungsstellen bei der Prüfung der Voraussetzungen nach [§ 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V](#) im Rahmen ihrer Zertifizierungstätigkeit und die Krankenkassen, soweit sie Einzelverträge nach [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) schließen, zu beachten. Den Empfehlungen kommt somit grundsätzlich Bindungswirkung zu ([BT-Drs. 18/10186, S. 31](#); Armbruster, in: Eichenhofer/von Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, 3.A., § 126 Rn. 30; Butzer/Lungstras, in: Becker/Kingreen, SGB V, 6.A., § 126 Rn. 12; KK/Nolte, [§ 126 SGB V](#), Rn. 4e). Diese "Empfehlungen gemäß [§ 126 Absatz 1 Satz 3 SGB V](#) für eine einheitliche Anwendung der Anforderungen zur ausreichenden, zweckmäßigen und funktionsgerechten Herstellung, Abgabe und Anpassung von Hilfsmitteln" (veröffentlicht unter www.gkv-spitzenverband.de, Stichwortpfad "Krankenversicherung", "Hilfsmittel", "Präqualifizierungsverfahren", "Eignungskriterien") in der hier maßgeblichen Fassung vom 29. August 2017 sehen in ihrem allgemeinen Teil vor, dass der fachliche Leiter über die notwendige Sachkenntnis im betreffenden Versorgungsbereich durch einschlägige berufliche Qualifikation verfügt. Im dazugehörigen "Kriterienkatalog" wird speziell für die hier betroffenen Versorgungsbereiche 14.24.15.2 bis 14.24.15.7 ("Modulare respiratorische Systeme, Ergänzungen für modulare respiratorische Systeme, Basisgeräte für schlafbezogene Atemstörungen, Atemgasbefeuchter, CPAP-Systeme zur Behandlung schlafbezogener Atemstörungen" bzw. "Beatmungsgeräte zur lebenserhaltenden Beatmung, Zubehör zur Erweiterung von Beatmungsgeräten und -modulen, Basisgeräte für Beatmung, modulare, respiratorische Systeme, Atemgasbefeuchter, Spezialgeräte zur Behandlung schlafbezogener Atemstörungen") gefordert, dass als fachliche Leiter nur fungieren können "Techniker/-in Fachrichtung Medizintechnik", "Systemelektroniker/in oder Elektromechaniker/in*" mit 5jähriger einschlägiger Berufspraxis oder mit Zusatzqualifikation "MTcert®" (Ausbildung seit 08.2003 nicht mehr möglich), "Techniker/-in für Biomedizin-Technik (med.technische Ausbildung in der DDR)", "Spezialisierte Personen für Inhalations- und Atemtherapiegeräte mit mindestens dreijähriger einschlägiger Berufspraxis" oder ein/e "Atemungstherapeut/-in (Respiratory Therapist) nach dem Curriculum des DGP oder der DGpWAT". Dass die Leistungsbeschreibung eine darüber hinaus gehende Fachkunde, z.B. für weitere Beschäftigte eines Hilfsmittelerbringers, verlangt, ist nicht erkennbar. Dies gilt auch für die schriftsätzlich hervorgehobene Verpflichtung, das Personal durch Schulungen auf dem aktuellen Stand der Technik zu halten: Soweit die o.g. Empfehlungen die "notwendige Sachkenntnis im betreffenden Versorgungsbereich" vorschreiben, ist diese ohne permanente Fortbildung, gerade auch im Hinblick auf technische Innovationen, nicht denkbar.

Unabhängig hiervon schließt der Regelungszusammenhang von [§ 2](#), [§ 12](#), [§ 33](#) sowie [§ 126](#) und [§ 127 SGB V](#) eine Leistungserbringung – gerade bei technisch hochkomplexen Hilfsmitteln wie CPAP-Geräten – durch fachkundiges Personal grundsätzlich aus. Die o.g. Empfehlungen des SpBKK verpflichten darüber hinaus alle Leistungserbringer aus den Versorgungsbereichen 14.24.15.2 bis 14.24.15.7 zur "Sicherstellung der zeitnahen Versorgung vor Ort, d.h. im allgemeinen Lebensbereich/der häuslichen Umgebung des Versicherten", sodass auch die diesbezüglichen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung – Versorgung in der Häuslichkeit oder an anderen Orten innerhalb von 48 Stunden – kein zusätzliches Qualitätsmerkmal darstellen.

(gg) Gleiches gilt zum einen für die 24-stündige Rufbereitschaft, weil der o.g. Kriterienkatalog auch einen "med.-tech. Notdienst mit täglich 24 Std. persönlicher Verfügbarkeit, sowie telefonischer Erreichbarkeit von qualifiziertem Personal" verlangt, und zum anderen für die kostenfreie Wartung und Reparatur. Auch dies wird schon nach dem Kriterienkatalog ("Sicherstellung der sachgerechten Durchführung von Instandhaltungen und Reparaturen") vorausgesetzt. Dass dies – ebenso wie auch Anlieferung, Abholung oder Rücksendung – für die Versicherten kostenfrei zu erfolgen hat, ist Folge des Sachleistungsprinzips. Die Kostenfreiheit für die Antragstellerin betrifft nicht die Qualität der Versorgung, sondern deren Wirtschaftlichkeit, ist daher im vorliegenden Zusammenhang irrelevant.

(hh) Die Verpflichtung zu sicherheitstechnischen Kontrollen schreibt bereits [§ 11 Medizinprodukte-Betreiberverordnung \(MPBetreibV\)](#) vor.

(ii) Dass Besuche der Versicherten durch die Leistungserbringer nur nach vorheriger telefonischer Terminvereinbarung durchgeführt werden, ist eine Selbstverständlichkeit, die jeder pragmatisch handelnde Leistungserbringer schon im eigenen Interesse beachten wird. Die mit unangekündigten Besuchen verbundene Möglichkeit, dass sich der Versicherte gerade nicht in der Wohnung aufhält, würde zu einer neuerlichen Anfahrt und somit zu höheren Kosten des Leistungserbringers führen.

(jj) Die telefonische Nachfrage zur Gerätenutzung bei fehlendem Bedarf von Verbrauchsmaterial dient der Überprüfung, ob ein Gerät überhaupt genutzt wird, und betrifft somit die Notwendigkeit des Hilfsmiteleinsatzes, nicht aber dessen Qualität. Dass Verbrauchsmaterial – wie im gerichtlichen Verfahren seitens der Antragstellerin geltend gemacht wird – ohne Mengengrenzung zur Verfügung zu stellen ist, entspricht dem Anspruch des Versicherten auf Versorgung auch mit Begleitleistungen im (medizinisch) notwendigen Umfang.

(c) Enthält somit die Leistungsbeschreibung bei summarischer Prüfung keine zusätzlichen Qualitätsmerkmale, durfte die Antragstellerin bei der Erteilung des Zuschlags den Preis nicht mit 90 % gewichten. Auf die Qualitätsmerkmale, die mit den restlichen 10 % gewichtet werden sollen, kommt es daher nicht mehr an.

(d) Soweit das BVA die fehlerhafte Gewichtung der Zuschlagskriterien rügt, verstößt es nicht gegen das Verbot, bei ungeklärten Rechtsfragen seine Rechtsauffassung durchsetzen zu wollen. Denn die Rüge betrifft ausschließlich die Frage, ob die "qualitativen Anforderungen der Liefer- oder Dienstleistungen nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind" ([§ 127 Abs. 1b Satz 4](#), 2. Hs. SGB V), somit einen bloßen Subsumtionsfehler der Antragstellerin.

(2) Auf der Grundlage dieses Rechtsverstößes durfte sich das BVA für den Erlass des Bescheids vom 23. Februar 2018 entscheiden. Ermessensfehler sind bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht erkennbar. Der Bescheid berücksichtigt auch die Interessenlage der Antragstellerin, z.B. an einer wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten. Dass die CPAP-Behandlung nach Auffassung der Antragstellerin in den Händen des Vertragsarztes liege, ist ohne Belang, da vertragsärztliche Leistungen per se nicht Gegenstand einer Ausschreibung nach [§ 127 SGB V](#) sein können. Die Interessen privater Dritter, wie hier der Bieter, musste das BVA nicht in seine Abwägung einfließen lassen. Denn die Ausübung der Staatsaufsicht über Sozialversicherungsträger erschöpft sich regelmäßig allein in der Wahrung der Gleichgewichtslage zwischen Staat und Selbstverwaltungskörperschaft. Dagegen ist das Aufsichtsrecht nicht dazu bestimmt, dem Individualinteresse Einzelner zu dienen (BSG, Urteil vom 12. März 2013 – [B 1 A 2/12 R](#) –, juris, m.w.N.). Unabhängig davon sind die Interessen der Bieter im vorliegenden Fall disparat: Während einige – wie die Antragsteller in den vier o.g. kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren – sich generell gegen eine Ausschreibung im betroffenen Versorgungsbereich wenden, dürfte die Durchführung des Vergabeverfahrens im Interesse der sich eine Erteilung des Zuschlags erhoffenden Bieter liegen. Generalpräventive Überlegungen sind nicht ausgeschlossen (BSG, Urteile vom 03. März 2009 – [B 1 A 1/08 R](#) –, und vom 18. Juli 2006 – [B 1 A 2/05 R](#) –, jeweils juris; Engelhard, a.a.O., [§ 89 SGB IV](#) Rn. 87), sodass das BVA in zulässiger Weise auch die Gefahr der Nachahmung durch andere Krankenkassen einbeziehen durfte. Der konkludent erhobene Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens durch das BVA überzeugt nicht, weil es nach seinen glaubhaften Angaben vom auf denselben Versorgungsbereich bezogenen, offensichtlich schon im Jahre 2016 durchgeführten Vergabeverfahren der Techniker Krankenkasse (vgl. <https://ausschreibungen-deutschland.de/264394> Schlaftherapiegeraete 2016 Hamburg) erst im nachhinein erfahren hat. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist gewahrt, wie die Verneinung eines milderen Mittels zeigt.

ee. Das BVA war nicht verpflichtet, von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen wegen der auf dieselbe Ausschreibung betreffenden kartellvergaberechtlichen Verfahren abzusehen.

(1) Die Aufsichtsbehörde als Teil der Exekutive und die Rechtsprechung nehmen ihre jeweiligen Aufgaben gleichberechtigt und unabhängig voneinander wahr. Dabei erfordert der Grundsatz der Gewaltenteilung ([Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG](#)) – der nicht im Sinne einer strikten Trennung der Funktionen und Monopolisierung jeder einzelnen Funktion nur bei einem bestimmten Organ ausgestaltet ist –, dass die in der Verfassung vorgenommene Gewichtsverteilung zwischen den Gewalten gewahrt wird. Weder darf eine Gewalt ein in der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere erhalten, noch darf eine Gewalt der für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden; der Kernbereich der Entscheidungsbefugnisse der jeweiligen Gewalt ist unantastbar. Zur verbindlichen Auslegung von Normen ist allein die rechtsprechende Gewalt berufen, die gemäß [Art. 92 GG](#) den Richtern anvertraut ist. Zum Kernbereich der rechtsprechenden Gewalt gehört aber auch die letztverbindliche Streitentscheidung durch Anwendung des geltenden Rechts, soweit [Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG](#) den Rechtsweg zu den Gerichten garantiert (BSG, Urteil vom 21. März 2018 – [B 6 KA 59/17 R](#) –, juris, m.w.N.).

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben bedeuten für das Verhältnis zwischen Maßnahmen der Rechtsaufsicht und kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nach Teil 4 Kapitel 2 des GWB zu derselben Rechtsfrage, dass die Aufsichtsbehörde nicht gehindert ist, eine Aufsichtsordnung in Bezug auf die Ausschreibung, die auch Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist, zu erlassen. Dementsprechend unterliegt gemäß [§ 155 GWB](#) die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern, allerdings unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden. Diese müssen jedoch alle Maßnahmen unterlassen, die zu einem Eingriff in den Kernbereich der Entscheidungsbefugnisse der Gerichte führen würden. Insbesondere darf die Aufsichtsbehörde nicht in schwebende Gerichtsverfahren eingreifen oder bereits ergangene Gerichtsentscheidungen ignorieren (vgl. BSG a.a.O.). Dies gilt jedenfalls, solange der für die Aufsichtsbehörde und der für das gerichtliche Verfahren geltende Prüfungsmaßstab identisch ist, wie dies vom BSG (a.a.O.) für die sozialgerichtliche Überprüfung eines Schiedsspruchs bezüglich eines Vertrags nach [§ 73b SGB V](#) einerseits und eine aufsichtsrechtliche Verpflichtung der Krankenkasse zur Umsetzung dieses Vertrags andererseits angenommen worden ist.

(2) Nach diesen Grundsätzen war das BVA aus Rechtsgründen nicht gehindert, den Bescheid vom 23. Februar 2018 als Aufsichtsordnung zu erlassen, auch wenn infolge der Beschwerde einer Bieterin gegen den o.g. Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 7. Dezember 2017 ([VK 1 - 131/17](#)) seit dem 19. Dezember 2017 ein gerichtliches Verfahren beim Vergabesenat des OLG Düsseldorf anhängig war (Az.: [Verg 59/17](#)). Denn für das aufsichtsrechtliche Verfahren nach dem Fünften Titel des Vierten Abschnitts des SGB IV (§ 87ff) und das kartellvergaberechtliche Nachprüfungsverfahren gelten unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe.

(a) Gemäß [§ 87 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) erstreckt sich die staatliche Aufsicht über die Sozialversicherungsträger "auf die Beachtung von Gesetz und sonstigem Recht, das für die Versicherungsträger maßgebend ist." Hiermit ist eine umfassende Rechtskontrolle gemeint, die sich auf alle Gesetze im materiellen Sinne erstreckt und daher neben den Vorschriften des Sozialgesetzbuchs insbesondere auch das gesamte parlamentsgesetzliche Recht, Rechtsverordnungen, Satzungen, allgemeine Verwaltungsvorschriften, Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses und Normsetzungsverträge erfasst (hierzu i.E. Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3.A., [§ 87 SGB IV](#), Rn. 46ff, m.w.N.). Im Übrigen ist die Aufsichtsbehörde gemäß § 20 Sozialgesetzbuch / Zehntes Buch (SGB X) an den Untersuchungsgrundsatz gebunden: Sie ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen, bestimmt hierbei Art und Umfang der Ermittlungen, ohne an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. Insbesondere hat sie alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen.

(b) Im kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren gilt zwar gemäß [§ 163 GWB](#) (für das Verfahren vor den Vergabekammern) bzw. gemäß [§ 175 Abs. 2 i.V.m. § 70 GWB](#) (für das Verfahren der sofortigen Beschwerde vor dem OLG) ebenfalls der Untersuchungsgrundsatz, allerdings in (teilweise erheblich) eingeschränktem Umfang. So kann sich die Vergabekammer auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss ([§ 163 Abs. 1 Satz 2 GWB](#)). Zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle ist die Vergabekammer – anders als die Aufsichtsbehörden der Sozialversicherungsträger – nicht verpflichtet ([§ 163 Abs. 1 Satz 3 GWB](#)). Dementsprechend entscheidet die Vergabekammer nur, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist ([§ 168 Abs. 1 Satz 1 GWB](#)); soweit sie nach Satz 2 dieser Vorschrift "an die Anträge nicht gebunden" und "auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken" kann, müssen diese Einwirkungen gleichwohl in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Rechtsschutzziel des Antragstellers stehen (Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4.A., [§ 168 GWB](#), Rn. 17 m.w.N.). Diese – dem Sozialverwaltungsrecht fremden – weitreichenden Einschränkungen des Untersuchungsgrundsatzes gelten für das Beschwerdegericht zwar nicht. Aber auch hier unterliegt er Begrenzungen, die [§ 20 SGB X](#) nicht erlaubt: so hat das Beschwerdegericht nur die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Vergaberechtsverstöße und auch nur die insoweit von den Beteiligten vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel zu

prüfen (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2001 - [X ZB 10/01](#) -, [BGHZ 148, 55](#); Stickler, a.a.O., [§ 175 GWB](#), Rn. 10, m.w.N.; Reidt, a.a.O., § 155 Rn. 8). Es muss nicht allen denkbaren Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen nachgehen (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 - [X ZB 14/00](#) -, [BGHZ 146, 202](#); Stickler, a.a.O.; jeweils m.w.N.). Insbesondere der Einwand, ein Vergabeverfahren dürfe überhaupt nicht durchgeführt werden, kann im kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht zum Erfolg führen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018 - [Verg 59/17](#) -, [BeckRS 2018, 19915](#) m.w.N.; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 07. Oktober 2010 - [Verg W 12/10](#) -, juris).

(c) Aufgrund dieser unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe ist das BVA daher nicht an Entscheidungen der Beschwerdegerichte im kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren und erst recht nicht an Entscheidungen der Vergabekammern gebunden. Denn selbst wenn die aufsichtsrechtliche und die beschwerdegerichtliche Prüfung (vermeintlich) denselben Einwand betreffen, ist schon wegen des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs nach dem GWB nicht auszuschließen, dass eine umfassende Untersuchung nach dem Amtsermittlungsgrundsatz des [§ 20 SGB X](#) zu einem anderen Ergebnis führt. Im vorliegenden Fall hat der das o.g. Ausschreibungsverfahren der Antragstellerin betreffende Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27. Juni 2018 ([Verg 59/17](#), a.a.O.) schon deshalb keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 23. Februar 2018, weil er auf den aus Sicht des Senats streitentscheidenden Einwand - ungeeignet als Zuschlagskriterium nach [§ 127 SGB V](#) sind Qualitätsmerkmale, die für jede Hilfsmittelerbringung im betroffenen Versorgungsbereich erfüllt sein müssen - in keiner Weise eingeht und diesen damit nicht zum Gegenstand seiner Entscheidung macht.

b. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist hinreichend begründet.

Das BVA hat im streitgegenständlichen Bescheid Umstände dargelegt, die über die Begründung des Verpflichtungsbescheids hinausgehen. Soweit es sich auf den Schutz vor gesundheitlichen Gefahren für die Bevölkerung beruft, betrifft dies mit über 75.000 Versicherten der Antragstellerin, die auf eine CPAP-Versorgung angewiesen sind, eine hinreichend große Gruppe. Zwar hat das BVA den Schutz der Gesundheit der Versicherten bereits in seine nach [§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) anzustellenden Ermessenserwägungen eingestellt. Es hat aber zusätzlich nicht nur auf die Gefahr der Nachahmung durch andere Krankenkassen als generalpräventiven Aspekt, sondern auch darauf verwiesen, dass ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung die Gesundheitsgefahren und die Bindung der Versicherten an einen einzigen Leistungserbringer für die Laufzeit des Rahmenvertrages, d.h. für vier Jahre, andauern würden. Damit hat es zugleich eine Folgenabwägung vorgenommen und in nicht zu beanstandender Weise die Folgen, die sich bei einem Erfolg des einstweiligen Verfahrens und gleichzeitigem Unterliegen der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren verwirklichen würden, für schwerwiegender gehalten als die Folgen, die im umgekehrten Fall eintreten. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist gewahrt, da kein milderer Mittel ersichtlich ist.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Diese Entscheidung kann gem. [§ 177 SGG](#) nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht angefochten werden.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2018-11-27