
Datum: 18.12.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 47/07
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2007:1218.VII.VERG47.07.00

Tenor:

1.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf ist für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15. November 2007 zuständig.

2.

Es wird festgestellt, dass das von der Vergabekammer ausgesprochene Zuschlagsverbot bis zu einem Beschluss des Vergabesenats gemäß § 121 GBW oder § 123 GWB – und zwar ungeachtet etwaiger anderslautender Entscheidungen der Sozialgerichte – fort dauert.

3.

Das Beschwerdeverfahren wird bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (C-300/07) über die Vorlage des Senats gemäß Beschluss vom 23. Mai 2007 (VII-Verg 50/06) ausgesetzt.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

1

Bei den Antragsgegnerinnen handelt es sich um die Allgemeinen Ortskrankenkassen der Bundesrepublik Deutschland. Sie schrieben mit Rundschreiben vom 03. August 2007 und durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger vom 06. August 2007 unter dem

2

Titel "Arzneimittel-Rabattverträge 2008/2009" Rabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V aus. Vertragspartner sollten sämtliche Allgemeinen Ortskrankenkassen werden, wobei die AOK Baden-Württemberg als "federführend handelnder Vertragspartner" bezeichnet wurde. Die Ausschreibung erstreckte sich auf insgesamt 83 Wirkstoffe. Je Wirkstoff sollte ein Rabattvertrag mit drei Unternehmen, bei bestimmten verordnungstarken Wirkstoffen mit vier Unternehmen geschlossen werden. Die Bieter sollten einen bestimmten Prozentsatz angeben, um den ein näher erläuteter Schwellenwert unterschritten werden sollte. Der absolute Rabattbetrag berechnete sich sodann nach einer bestimmten mathematischen Formel, wobei eine Kappungsgrenze bestand. Kriterien für die Auswahl der Angebote je Wirkstoff waren eine näher bezeichnete Produktbreite und die Wirtschaftlichkeit. Die Vertragspartner hatten nach § 6 Abs. 3 des Vertrages die Lieferfähigkeit der vereinbarten Arzneimittel an den Großhandel zu gewährleisten und nach § 7 des Vertrages bei Lieferausfällen bestimmte Vertragsstrafen zu bezahlen.

An der Ausschreibung beteiligte sich eine Vielzahl von Unternehmen, die Angebote über einen oder mehrere Wirkstoffe abgaben. Mit Schreiben vom 14. September 2007 teilten die Antragsgegnerinnen den Unternehmen das Ergebnis mit. Verschiedene Angebote wurden wegen unzureichender Produktbreite oder unzureichender Wirtschaftlichkeit abgelehnt. Rügen halfen die Antragsgegnerinnen nicht ab. 3

Daraufhin riefen mehrere nicht berücksichtigte Unternehmen die ihrer Ansicht nach zuständigen Vergabekammern an, und zwar die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf (VK-31/2007-L), die Vergabekammer Karlsruhe (1 VK 47/07) sowie die Vergabekammer des Bundes (VK 2 - 102/07, VK 2 - 105/07, VK 2 - 108/07, VK 2 - 114/07, VK 2 - 117/07, VK 2 - 120/07 und VK 2 - 123/07). 4

Die jeweiligen Antragstellerinnen haben die Auffassung vertreten, bei den Antragsgegnerinnen handele es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB, weil sie von Gebietskörperschaften - mittelbar - durch Krankenversicherungsbeiträge finanziert würden und staatlicher Aufsicht unterworfen seien. Der Gegenstand der Ausschreibung betreffe öffentliche Lieferaufträge im Sinne des § 99 Abs. 2 GWB. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts werde durch § 69 SGB V nicht in Frage gestellt; diese Vorschrift sei vielmehr unter Zugrundelegung der Gesetzgebungsgeschichte und unter Berücksichtigung der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. EG L 134 S. 114 vom 30.04.2004 - zukünftig nur VKR genannt) einschränkend auszulegen. Für die Nachprüfung der Vergabeentscheidung seien nach § 104 GWB die Vergabekammern und nicht - trotz der Vorschriften der § 51 SGG, § 130a Abs. 9 SGB V - die Sozialgerichte zuständig, wie auch die Gesetzgebungsgeschichte ergebe. Die Vergabekammer des Bundes sei zuständig, weil der Bund die Finanzierung der Krankenkassen gewährleiste. Die Zuständigkeit der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf wurde damit gerechtfertigt, bei mehreren Auftraggebern sei die Vergabekammer eines jeden in Frage kommenden Landes zuständig. 5

In der Sache haben die Bieter verschiedene Vergabefehler gerügt. Es fehlten Angaben zu dem zu erwartenden Lieferumfang für die Wirkstoffe. Das Kriterium Produktbreite sei nicht hinreichend klar beschrieben und intransparent. Den Bietern werde ein ungewöhnliches Wagnis auferlegt. Nach § 5 VOL/A hätten regionale Lose gebildet werden müssen. Die Ausschreibung sei nicht EU-weit erfolgt. Es fehlten Kriterien für die Vergabe der Einzelaufträge. Die Antragsgegnerinnen bildeten ein unzulässiges Einkaufskartell. Sie hätten 6

nicht dafür gesorgt, dass nicht auskömmliche Angebote ausgeschlossen würden. Schließlich genüge die Vorab-information der Antragsgegnerinnen nicht der Vorschrift des § 13 VgV.

Die Antragsgegnerinnen sind dem entgegen getreten.

7

Die vergaberechtlichen Vorschriften des GWB seien nicht einschlägig. Sie seien bereits nicht als öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB anzusehen. Weder würden sie durch öffentliche Körperschaften überwiegend finanziert (diese erfolge vielmehr durch Krankenversicherungsbeiträge, deren gesetzliche Anordnung reiche für den geforderten staatlichen Einfluss nicht aus), noch würden sie als Selbstverwaltungskörperschaften hinreichend intensiv durch Gebietskörperschaften beaufsichtigt. Bei den ausgeschriebenen Verträgen handele sich zudem nicht um öffentliche Lieferaufträge im Sinne des § 99 Abs. 2 GWB, denn die Bieter verpflichteten sich nicht zu Lieferungen an die Antragsgegnerinnen. Da sie keinen Einfluss darauf hätten, ob und inwieweit die Bieter in Anspruch genommen würden, die Entscheidung darüber vielmehr Arzt und/oder Apotheker trafen, handele es sich allenfalls um eine sogenannte "Lieferkonzession", die nicht als "Lieferauftrag" im vergaberechtlichen Sinne anzusehen sei. Des Weiteren sei die Anwendung des Kartell-Vergaberechts durch die Regelung des § 69 SGB V von vornherein ausgeschlossen. Dass die vergaberechtlichen Vorschriften des GWB für die Vergabe von Aufträgen der Krankenkassen an die Leistungserbringer nicht gelten, ergebe sich auch aus den speziellen gesetzlichen Vorschriften bzw. aus der Aufgabe entsprechender Gesetzgebungsvorschläge über die Ausschreibung derartiger Aufträge im SGB V.

8

Für die Überprüfung ihrer - der Antragsgegnerinnen - Entscheidungen seien schließlich in jedem Falle nicht die Vergabekammern, sondern die Sozialgerichte zuständig. Die angegriffenen Entscheidungen beträfen Angelegenheiten der sozialen Krankenversicherung (§ 51 SGG) bzw. "Angelegenheiten dieser Vorschrift" (§ 130a Abs. 9 SGB V). Diese Vorschriften seien als *leges speciales* gegenüber den §§ 104, 116 GWB anzusehen. Äußerst hilfsweise machen die Antragsgegnerinnen geltend, die für die AOK Baden-Württemberg als federführend tätigem Vertragspartner oder die für die AOK Bayern als größter AOK zuständige Vergabekammer sei zuständig.

9

In der Sache bestreiten sie Vergabefehler.

10

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf (Beschluss vom 31. Oktober 2007) sowie die Vergabekammer des Bundes (Beschlüsse vom 15. November 2007) haben ihre Zuständigkeit bejaht. Bei den Antragsgegnerinnen handele es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB. Sie würden mittelbar - was für die Erfüllung der Vorschrift ausreiche - durch den Bund finanziert (so die Vergabekammer des Bundes) bzw. durch das Land hinreichend intensiv beaufsichtigt (so die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf). Die mögliche Zuständigkeit anderer Vergabekammern berühre ihre jeweilige Zuständigkeit nicht. Die Ausschreibung betreffe einen Lieferauftrag, die für eine Konzession maßgebenden Umstände lägen nicht vor. Weder § 69 SGB V noch die Vorschriften des SGB V über eine Ausschreibung von Verträgen schlossen die kartellvergaberechtlichen Vorschriften aus. Die Vorschrift des § 104 GWB sei *lex specialis* gegenüber den Vorschriften über die Zuständigkeit der Sozialgerichte. In der Sache haben die Vergabekammern verschiedene Vergabefehler angenommen, teilweise jedoch Vergabefehler verneint. Sie haben den Antragsgegnerinnen untersagt, den Zuschlag hinsichtlich bestimmter Wirkstoffe aufgrund des bisherigen Vergabeverfahrens zu erteilen.

11

Demgegenüber hat die Vergabekammer Freiburg mit Beschluss vom 07. November 2007 angenommen, gemäß § 69 SGB V, § 51 SGG, § 130a Abs. 9 SGB V sei der Rechtsweg zu

12

den Sozialgerichten gegeben. Sie hat deshalb den Nachprüfungsantrag verworfen. Die gegen diese Entscheidung gerichtete sofortige Beschwerde ist bzw. war bei dem Oberlandesgericht Karlsruhe anhängig (17 Verg 11/07).

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf haben die Antragsgegnerinnen am 22. November 2007 sofortige Beschwerde eingereicht (VII-Verg 44/07). Mit Schriftsätzen vom 21. November 2007 haben sie außerdem Anfechtungsklage gegen diese Entscheidung beim Sozialgericht Stuttgart eingereicht (S 10 KR 84/07), dort einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 86b SGG gestellt (S 10 KR 8404/07 ER) sowie beim Bundessozialgericht einen Antrag auf Bestimmung des örtlich zuständigen Sozialgerichts angebracht. 13

Gegen die Beschlüsse der Vergabekammer des Bundes haben die jeweiligen Antragstellerin des Verfahrens VK 2 - 117/07 (= VII-Verg 45/07), VK 2 - 120/07 (= VII-Verg 46/07) und VK 2 - 105/07 (= VII-Verg 47/07) am 23. bzw. 28. November 2007 sofortige Beschwerde beim Senat erhoben. Gegen diese sowie die anderen Beschlüsse vom 15. November 2007 (VK 2 - 102/07 = VII-Verg 48/07; VK 2 - 108/07 = VII-Verg 49/07; VK 2 - 114/07 = VII-Verg 50/07; VK 2 - 123/07 = VII-Verg 51/07) haben die Antragsgegnerinnen am 30. November 2007 beim Senat sofortige Beschwerde eingelegt. Außerdem haben sie mit Schriftsätzen vom 29. November 2007 Anfechtungsklage beim Sozialgericht Stuttgart erhoben, dort einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 86b SGG gestellt (S 10 KR 8604/07 ER) und beim Bundessozialgericht einen Antrag auf Bestimmung des örtlich zuständigen Sozialgericht eingereicht. 14

Die Antragsgegnerinnen sind der Auffassung, für die Entscheidung über Rechtsmittel gegen die Beschlüsse der Vergabekammern bei der Bezirksregierung Düsseldorf sowie des Bundes seien ausschließlich die Sozialgerichte zuständig. Dies ergebe sich aus § 51 SGG sowie § 130a Abs. 9 SGB V. Es handele sich um Streitigkeiten in Angelegenheiten der sozialen Krankenversicherung bzw. in Angelegenheiten des § 130a SGB V. Entgegen der Auffassung der Vergabekammern handele sich bei § 104 GWB nicht um eine lex specialis gegenüber den genannten Vorschriften. Aus § 69 SGB V ergebe sich im Übrigen, dass die Vorschriften des 4. Teils des GWB auf die Ausschreibung von Aufträgen der Krankenkassen an Leistungserbringer keine Anwendung finde. Im Übrigen ergänzen und vertiefen sie ihr Vorbringen vor den Vergabekammern. Mangels Zuständigkeit des Vergabesenats sei die Einlegung der sofortigen Beschwerde nur vorsorglich erfolgt. 15

Die Antragstellerin tritt der Auffassung der Antragsgegnerinnen entgegen. Sie regt die Vorlage bestimmter Fragen beim Europäischen Gerichtshof an. Außerdem beantragt sie im Hinblick auf eine drohende Zuschlagserteilung der Antragsgegnerinnen bei einer für sie positiven Entscheidung der Sozialgerichte den Erlass einstweiliger Maßnahmen in entsprechender Anwendung des § 115 Abs. 3 GWB. 16

Die Antragsgegnerinnen sind dem Antrag entgegen getreten. 17

II. 18

A Zuständigkeit des Vergabesenats 19

1. 20

Der Senat ist für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde (einschließlich sonstiger wie auch immer genannter Rechtsbehelfe) gegen die Entscheidung der Vergabekammer 21

nach § 116 Abs. 1, 3 GWB zuständig, und zwar ausschließlich. Eine Zuständigkeit der Sozialgerichte besteht nicht.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die angegriffene Vergabeentscheidung tatsächlich durch die Vergabekammer oder aber durch die allgemeine Zivilgerichtsbarkeit (vgl. BVerwG NJW 2007, 2275), die Verwaltungsgerichtsbarkeit (zum Rechtsweg bei Dienstleistungskonzessionen s. Lampert DVBl. 2007, 1343) oder durch die Sozialgerichtsbarkeit zu überprüfen gewesen wäre. Die Zuständigkeit des Vergabesenates knüpft allein daran an, ob die Entscheidung einer Vergabekammer durch eine sofortige Beschwerde angegriffen worden ist. Die Zuständigkeitsanknüpfung erfolgt - was den Vergabesenat betrifft - mithin nicht materiell-rechtlich derart, dass bereits in diesem Punkt zu prüfen ist, ob das Verfahren eine Vergabeentscheidung im Sinne der §§ 97 ff. GWB betrifft oder nicht. Dies ergibt sich z.B. eindeutig aus der Regelung des § 118 Abs. 3 GWB, wonach das von einer Vergabekammer erlassene Zuschlagsverbot nur von einem Vergabesenat gemäß § 121 GWB oder § 123 GWB aufgehoben werden kann. Genauso wie (allein) das Oberlandesgericht zur Entscheidung über eine Berufung/Beschwerde gegen die erstinstanzliche Entscheidung eines Landgerichts berufen ist, unabhängig davon, ob die ordentliche Gerichtsbarkeit überhaupt zuständig ist oder nicht (das Rechtsmittel bei einem in Wahrheit öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis also nicht bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit eingelegt werden kann; vgl.), ist ausschließlich der Senat für Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Vergabekammer zuständig. Es passt auch nicht zum Verfahrensgang, wenn eine Behörde, die ohne eigenes Interesse in der Sache eine Entscheidung in einer Streitigkeit zwischen Dritten in einem gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahren getroffen hat, diese Entscheidung als Antragsgegnerin oder Beklagte vor (allgemeinen oder besonderen) Verwaltungsgerichten verteidigen muss.

Ob die Vergabekammer mit Recht eine Vergabeentscheidung im Sinne der §§ 97 ff. GWB angenommen hat, ist erst für den Inhalt der vom Senat zu treffenden Entscheidung erheblich. Sollte die Auffassung der Antragsgegnerinnen zutreffen, es handele sich bei ihnen nicht um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB, ihre Entscheidung betreffe keinen Lieferauftrag im Sinne des § 99 Abs. 2 GWB oder für die Überprüfung der Vergabeentscheidung sei nach § 51 SGG, § 130a Abs. 9 SGB V allein die Sozialgerichtsbarkeit berufen, hätte der Senat den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sowie die Sache möglicherweise (insoweit streitig, vgl. OLG Celle NZBau 2002, 53, 54 einerseits; OVG Thüringen NZBau 2005, 166, KG NZBau 2004, 345 andererseits) an das zuständige Sozialgericht zu verweisen.

Auch einstweiligen Rechtsschutz können die Antragsgegnerinnen nur im Wege eines Antrages nach § 121 GWB erlangen.

Da die Antragsgegnerinnen unter anderem die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Düsseldorf rügen, kann der Senat dies entsprechend § 17a Abs. 3 GVG durch Beschluss aussprechen.

2.

Einer Zuständigkeit des Vergabesenats steht die Klageerhebung durch die Antragsgegnerinnen beim Sozialgericht Stuttgart nicht entgegen.

Das Beschwerdeverfahren ist beim Vergabesenat durch die Einreichung der Beschwerdeschrift der Antragstellerinnen am 28. November 2007 rechtshängig geworden, bevor die Klage beim Sozialgericht Stuttgart frühestens am 29. November 2007 eingereicht

worden und damit rechtshängig geworden ist (§§ 90, 94 Abs. 1 SGG).

<i>B. Einstweilige Maßnahmen</i>	29
1.	30
Der Senat ist für den Erlass einstweiliger Maßnahmen in entsprechender Anwendung des § 115 Abs. 3 GWB zuständig.	31
Zwar bezieht sich die genannte Vorschrift nach ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung lediglich auf das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer. Sie ist jedoch – wie auch andere Vorschriften aus dem Abschnitt "Verfahren vor der Vergabekammer" – entsprechend auf das Verfahren vor dem Vergabesenat anzuwenden (vgl. Kus, in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 115 Rdnrn. 50/51; Byok/Goodarzi, WuW 2004, 1024, 1026/1027). Zu Recht weist das Oberlandesgericht Naumburg (Beschluss vom 31. Juli 2007 – 1 Verg 6/06) darauf hin, dass Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 effektive einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des unterlegenen Bieters verlangt.	32
2.	33
Für den Erlass einstweiliger Maßnahmen besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis.	34
Zwar ist ein unter Verstoß gegen § 118 Abs. 3 GWB eingegangener Vertrag nach allgemeiner Auffassung nichtig (vgl. Jaeger, in Byok/Jaeger, Vergaberecht, 2. Aufl., § 118 GWB Rdnr. 1196; Boesen, Vergaberecht, § 118 Rdnr. 43; Reidt, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118 Rdnr. 19; Stockmann, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 118 Rdnr. 20, jeweils m.w.N.). Dies hinderte die Antragsgegnerinnen aber gegebenenfalls nicht an einer Praktizierung eines – unwirksamen – Vertrages zu Lasten der Antragstellerin.	35
3.	36
Der Senat hält es für geboten, die Fortdauer des von der Vergabekammer ausgesprochenen Zuschlagsverbots festzustellen.	37
Die Vergabekammer hat in ihrer Entscheidung vom 15. November 2007 ausdrücklich ein Zuschlagsverbot ausgesprochen. Ein derartiges Verbot gilt nach § 118 Abs. 3 GWB solange, bis eine anderweitige Entscheidung durch den Vergabesenat gemäß § 121 GWB oder gemäß § 123 GWB getroffen worden ist; beides ist bisher nicht der Fall.	38
Sollte die Sozialgerichtsbarkeit das von der Vergabekammer ausgesprochene Zuschlagsverbot – einstweilen oder endgültig – aufheben, hätte dies nach dem klaren Wortlaut des § 118 Abs. 3 GWB keine Wirkung, da danach nur der Vergabesenat zum Erlass entsprechender Entscheidungen zuständig ist.	39
Wie aus dem Antrag der Antragsgegnerinnen an die Sozialgerichte gemäß § 86b SGG hervorgeht, sind sie willens, alsbald nach einer für sie günstigen (möglicherweise insoweit rechtskräftigen) (Eil-)Entscheidung der Sozialgerichte einen Zuschlag vorzunehmen. In dieser Situation sind die Antragsgegnerinnen auf die Rechtslage hinzuweisen.	40
Der Senat hält in dieser Situation eine Feststellung für geboten und ausreichend. Auch in anderen Fallkonstellationen, in denen die Verwaltung eine Rechtslage zu missachten droht, kann das zuständige Gericht klarstellungshalber Feststellungen treffen. So ist es anerkannt,	41

dass im Falle einer Missachtung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Klage durch die Behörde das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung feststellen kann; eine gestaltende Anordnung kann das Gericht nicht treffen, weil die aufschiebende Wirkung bereits kraft Gesetzes besteht (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. § 80 Rdnr. 181). Eine vergleichbare Fallgestaltung liegt hier vor, weil die Antragsgegnerinnen das – einstweilen geltende – Zuschlagsverbot – wenn auch nur bei einer bestimmten, noch ungewissen Fallkonstellation - zu missachten drohen. Eine Zuschlagsuntersagung kann der Senat gegenwärtig nicht aussprechen, weil bereits die Vergabekammer ein Zuschlagsverbot ausgesprochen hat und dieses nach § 118 Abs. 3 GWB fortgilt. Aus diesem Grunde muss es bei einer Feststellung dieser Wirkung sein Bewenden haben. Damit ist auch der faktische Vollzug eines Zuschlags untersagt.

C. Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens 42

Der Senat neigt zu der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag der unterlegenen Bieter an die jeweils angerufene Vergabekammer zulässig war. 43

Ob die Vergabekammer über den Rechtsweg vorab in entsprechender Anwendung des § 17a GVG hätte entscheiden können oder müssen (vgl. zur Frage der Zuständigkeitsabgrenzung untereinander auch unter 5.a)), bedarf in diesem Fall keiner Entscheidung. Angemerkt sei lediglich, dass jede anfechtbare Zwischenentscheidung notwendigerweise zu einer Verzögerung des auf Beschleunigung ausgerichteten Nachprüfungsverfahrens (§ 113 GWB) führt und eine analoge Anwendung der Vorschrift zu einer Zwischenentscheidung auch bei anderen den Rechtsweg zu den Vergabekammern betreffenden Fragen (z.B. Überschreitung der Schwellenwerte) führen muss, was wenig praktikabel erscheint. Dies bedarf aber ebenso keiner näheren Erörterung wie die Frage, ob einer analogen Anwendung des § 17a GVG entgegen steht, dass es sich bei den Vergabekammern nicht um Gerichte handelt. Mangels einer Vorabentscheidung der Vergabekammer ist ihre Entscheidung in diesem Punkte auch bei einer analogen Anwendung des § 17a Abs. 5 GVG durch den Vergabesenat überprüfbar (vgl. Zöller/Gummer, ZPO, 26. Aufl., § 17a GVG Rdnr. 22; Hüßtege, in Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., § 17a GVG Rdnr. 7 jeweils m.w.N.). 44

1. Auftraggeber 45

Nach vorläufiger Auffassung des Senats sind die Antragsgegnerinnen als öffentliche Auftraggeber im Sinne des Art. 1 Abs. 9 VKR und des § 98 Nr. 2 GWB anzusehen, und zwar sowohl wegen ihrer überwiegenden Finanzierung durch Gebietskörperschaften (1. Alt.) als auch wegen ihrer Beaufsichtigung durch Gebietskörperschaften (2. Alt.). Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss des Senats vom 23. Mai 2007 (VergR 2007, 622) verwiesen. 46

Der Senat sieht sich, was die 1. Alternative (überwiegende Finanzierung durch Gebietskörperschaften) betrifft, bestätigt durch den Schlussantrag des Generalanwalts beim Europäischen Gerichtshof vom 06. September 2007 sowie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Dezember 2007 in dem Verfahren C-337/06, in dem sie eine ähnliche "mittelbare Finanzierung", nämlich die Finanzierung der Rundfunkanstalten durch staatlich angeordnete Rundfunkgebühren, als Finanzierung im Sinne des Art. 1 Abs. 9 VKR anerkannt haben. Eine hinreichende staatliche Aufsicht im Sinne der 2. Alternative des § 98 Nr. 2 GWB bejahen - neben den bereits im Vorlagebeschluss genannten - u.a. Gabriel (NZS 2007, 344, 347), Frenz (NZS 2007, 233, 236) und Goodarzi/Junker (NZS 2007, 632, 634). Die Auffassung des Senats wird von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihrem Schreiber vom 17. Oktober 2007, mit dem sie wegen fehlender bzw. nicht ordnungsgemäßer 47

Ausschreibung von Rabattverträgen ein Verfahren nach Art. 226 EG-Vertrag gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet hat, geteilt.

Eine endgültige Entscheidung in diesem Punkt ist im Hinblick auf das noch nicht abgeschlossene Vorlageverfahren beim Europäischen Gerichtshof (C-300/07) nicht angezeigt. 48

Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich unter der Voraussetzung, dass die Auffassung des Senats über die Eigenschaft der Antragsgegnerinnen als öffentliche Auftraggeber zutrifft. 49

2. öffentlicher Auftrag 50

Die angefochtene Vergabeentscheidung betrifft einen "öffentlichen Lieferauftrag" im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. c) VKR und des § 99 Abs. 2 GWB. Der vorgesehene Vertrag dient nämlich der "Beschaffung von Waren" im Sinne des § 99 Abs. 2 GWB. 51

Nach dem vorgesehenen Vertrag ist der Vertragspartner zur Lieferung der aus den ausgeschriebenen Wirkstoffen bestehenden Medikamente verpflichtet, indem er "für die Dauer des Vertrages die Lieferfähigkeit der vereinbarten Arzneimittel an den Großhandel bzw. die Apotheken [gewährleistet]" (§ 6 Abs. 3) und für den Fall bestimmter Lieferausfälle die Zahlung einer Vertragsstrafe verspricht (§ 7). Es kann daher offen bleiben, ob nach richtlinienkonformer Auslegung des § 99 Abs. 2 GWB in jedem Falle eine derartige Lieferverpflichtung Voraussetzung eines "öffentlichen Lieferauftrages" ist (vgl. für einen Bauauftrag auch Beschluss des Senats vom 12. Dezember 2007 – VII-Verg 30/07). Die VKR spricht in ihrer deutsch-sprachigen Fassung davon, dass der Auftrag den "Kauf von Waren [betrifft]". Die englisch-sprachige Fassung der VKR-Richtlinie definiert sie als "public contracts having as their object the purchase ... of products", die französisch-sprachige Fassung als "ayant pour objet l'achat de produits." 52

Der vorgesehene Vertrag hat in diesem Sinne die Lieferung von Waren "zum Gegenstand": 53
Er regelt nämlich die Art der Ware und ihren Preis. Dass der Preis nur indirekt (durch Rückvergütungen auf den Apothekenverkaufspreis) geregelt ist, ist ebenso unerheblich wie die Frage, wer die Ware wie körperlich liefert und aushändigt und wie, wann und an wen das Eigentum an den Medikamenten übergeht. Abgesehen davon, dass auch das deutsche Recht "Streckengeschäfte" kennt (vgl. Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., Einf. vor § 433 Rdnr. 15; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 929 Rdnr. 20), ist das rechtliche Gewand, durch das der Lieferauftrag erteilt wird, unerheblich (vgl. BGH NZBau 2005, 290). Wichtig ist in diesem Zusammenhang nur, dass die Antragsgegnerinnen die Auftragnehmer mit der Lieferung beauftragen und sie – die Antragsgegnerinnen – die Auftragnehmer für die Lieferung bezahlen. Dass nicht die Antragsgegnerinnen selbst die Entscheidung über die Einzelaufträge fällen, sondern der Arzt und/oder der Apotheker, ist unerheblich; die Entscheidung dieser Personen (wegen der maßgeblichen Stellung des Apothekers in diesem Falle neben dem Arzt auch jener) wird nämlich den Antragsgegnerinnen zugerechnet (vgl. dazu näher sowie zu den strafrechtlichen Folgen BGH NJW 2004, 454). Hinzu kommt, dass der Apotheker nach § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V im Falle eines Vertrages nach § 130a Abs. 8 SGB V für den betreffenden Wirkstoff grundsätzlich ein Medikament auswählen muss, dass Gegenstand eines derartigen Vertrages ist, die Antragsgegnerinnen mithin das Nachfrageverhalten der Apotheker auf die vertragsgemäßen Medikamente "lenken" (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Gabriel, NZS 2007, 344, 348). Die Aufträge sind als "Rahmenverträge" anzusehen, bei denen der Einzelvertrag durch den Arzt im Zusammenwirken mit dem Apotheker in einer die Antragsgegnerinnen bindenden Weise zustande kommt.

Soweit die Antragsgegnerinnen eine "synallagmatische Verknüpfung" von Leistung und Gegenleistung vermissen, ist diese nach dem oben Gesagten durchaus vorhanden. 54
Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass der Senat vertiefter Überlegungen vorbehält, ob eine synallagmatische Verknüpfung überhaupt verlangt werden kann. Die Vorschrift des § 99 GWB ist richtlinienkonform entsprechend den Regelungen der VKR-Richtlinie auszulegen. Es wäre eher ein Zufall, wenn das Begriffsverständnis einer EU-Richtlinie von bestimmten national-rechtlichen Vorstellungen geprägt wäre, solange nicht geklärt ist, dass ein vergleichbares Verständnis in sämtlichen EU-Mitgliedsstaaten besteht.

Der Auftrag ist auch nicht als "Lieferkonzession" vergaberechtsfrei. Unter Zugrundelegung 55
der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs handelt es sich bereits nicht um eine "Konzession" (zuletzt Urteil vom 18.07.2007 – C-382/05 Rdnrn. 34 ff.). Worauf der Senat bereits in seinem Beschluss vom 23.05.2007 (VergR 2007, 622) hingewiesen hat, bleibt auch bei Rahmenverträgen zunächst offen, ob der Auftraggeber überhaupt, und wenn ja, in welchem Umfang, Einzelaufträge erteilt. Dies wird er von dem – bei Abschluss des Rahmenvertrages noch nicht absehbaren – Bedarf abhängig machen. Dem Auftragnehmer verbleibt dementsprechend das Risiko, ob, und wenn ja, in welcher Höhe, der Bedarf überhaupt eintritt und er letztlich eine Vergütung erhält. Dennoch sieht Art. 32 Abs. 2 1. UA der VKR vor, dass die Vergabevorschriften für die maßgebliche Vergabeart einzuhalten sind. Wie bereits dargelegt, wird die Entscheidung von Arzt und Apotheker über einen Einzelauftrag den Antragsgegnerinnen zugerechnet, hinzu kommt die erwähnte "Lenkungswirkung" durch die Vorschrift des § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V. Eine Vergütung erhält der Auftragnehmer von den Antragsgegnerinnen für die Ausführung der Einzellieferung. Wieso den Auftragnehmern dadurch das wirtschaftliche Risiko der Verwertung seiner "Lieferleistung" auferlegt wird, ist danach nicht ersichtlich. Im übrigen kennt die VKR eine Lieferkonzession, gar eine, deren Vergabe von der VKR ausgenommen wäre, nicht. Sie erwähnt lediglich Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen, wobei allein letztere aufgrund einer ausdrücklichen Vorschrift nicht von der Richtlinie erfasst werden (Art. 17 VKR). Nach der kohärenten Neukodifizierung des Vergaberechts durch die VKR, die die bis dahin nicht ausdrücklich angesprochene Dienstleistungskonzession einer Regelung zugeführt hat, besteht kein Anlass dafür, die Existenz von "Lieferkonzessionen" anzunehmen, jedenfalls dann, wenn man sie nicht als Unterart des "öffentlichen Lieferauftrages" ansieht. Soweit Hailbronner (in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 GWB Rdnr. 461) vom Vergaberecht ausgenommene "Lieferkonzessionen" anerkennt, ist jedenfalls nach der Neuregelung durch die VKR-Richtlinie im Jahre 2004 dafür kein Raum mehr.

Ob und inwieweit der Auftraggeber mit der Auftragsvergabe einen eigenen 56
Beschaffungszweck verfolgen muss und wie dieser zu definieren wäre, bedarf in diesem Falle keiner näheren Erörterung (s. dazu näher Senat, VergR 2007, 622 und 634; Beschluss vom 12. Dezember 2007 – VII-Verg 30/07 zu einem Bauauftrag). Denn die Antragsgegnerinnen wollen sich die Medikamente beschaffen, um der Sachleistungsverpflichtung ihren Mitgliedern gegenüber nachkommen zu können (§ 2 Abs. 2 SGB V).

Die VKR und der 4. Teil des GWB sind auf Lieferungen an öffentliche Krankenkassen auch 57
nicht deswegen unanwendbar, weil diese Teil des Systems der Krankenversicherungen sind, deren Regelung als solche nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fällt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die Vorschriften des EG-Vertrages z.B. über die Waren-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auch im Rahmen des Systems sozialer Sicherheit zu beachten (vgl. EuGH EuZW 2007, 677 Rdnr. 14 für direkte Steuern; EuZW 2007, 339 Rdnr. 23 für die Krankenversicherung). U.a. der Sicherstellung der Waren- und Dienstleistungsfreiheit innerhalb der Europäischen Gemeinschaft dient die VKR, wie ihre

Ermächtigungsgrundlage (Art. 49, 55 EG) zeigt.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen ergibt sich aus der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.11.2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. EG Nr. 311, S. 67) keine Ausnahme. Die Vorschriften befassen sich nicht mit der Vergabe von Lieferaufträgen durch öffentliche Auftraggeber. Der von den Antragsgegnerinnen zitierte Artikel 94 betrifft allein die Zulässigkeit bestimmter Werbemaßnahmen für Medikamente (vgl. die Überschrift zu Title VIII), deren Regelung teilweise den Mitgliedsstaaten vorbehalten bleibt. Daraus kann kein Schluss auf die Vergabe von Aufträgen gezogen werden. Im Übrigen sind die Ausnahmen von dem Vergaberecht abschließend in Art. 12 ff. VKR sowie § 100 Abs. 2 GWB geregelt.

3. § 69 SGB V 59

Die Vorschrift des § 69 SGB V steht der Anwendung der §§ 97 ff. GWB nicht entgegen. Ihr - scheinbar sämtliche anderen Vorschriften ausschließender - Wortlaut ist nämlich, was das Vergaberecht betrifft, einschränkend auszulegen (so schon Senat, VergR 2007, 622 m.w.N., mit zustimmender Anm. Gabriel; Gabriel NZS 2007, 344).

a) Dies ergibt sich zum einen aus der Gesetzgebungsgeschichte. 61

Der Gesetzentwurf zum Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) befasste sich mit der Problematik des Vergaberechts nicht. Zu Nr. 29 (Änderung des § 69 SGB V) heißt es in der Begründung (BT-Dr. 14/1245): 62

Wegen dieser Einbindung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen mit den Leistungserbringern sowohl in der Versorgung als auch in der Finanzierung der GKV regelt § 69 Satz 1 als Grundsatznorm des Leistungserbringungsrechts, daß die dort genannten Rechtsbeziehungen allein sozialversicherungsrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur sind. Dies folgt aus der Vorgabe der abschließenden Regelung dieser Beziehungen in dem Vierten Kapitel des SGB V. Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und handeln deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts. ... 63

S. 4 stellt klar, daß auch die sich aus den Rechtsbeziehungen ergebenden Rechte Dritter sozialversicherungsrechtlicher bzw. verwaltungsrechtlicher Natur sind. Folglich entscheiden auch bei Klagen Dritter gegen Regelungen dieser Vertragsbeziehungen die Sozialgerichte nach § 51 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz bzw. die Verwaltungsgerichte. Die Rechtsprechung hatte bislang eine Doppelnatur des Handelns der gesetzlichen Krankenkassen - öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich je nach Blickrichtung - angenommen. Dies hatte zu Unklarheiten bei der Rechtswegzuweisung geführt". 64

Die Zielrichtung auf die Nichtanwendbarkeit des Kartellrechts wurde im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens noch dadurch verstärkt, dass der Ausschuss für Gesundheit (BT-Dr. 14/1977) in seiner Beschlussempfehlung in Art. 10 einer Ergänzung des § 51 Abs. 2 um den Halbsatz "§§ 87 und 96 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen finden keine Anwendung" und durch Art. 10a eine Ergänzung des § 87 Abs. 1 und des § 96 GWB um den Satz "Satz 1 gilt nicht für Rechtsstreitigkeiten aus den in § 69 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch genannten Rechtsbeziehungen, auch soweit hierdurch Rechte Dritter betroffen sind" vorgeschlagen hatte. Zur Begründung hat er ausgeführt: 65

- Klarstellende Folgeregelungen zu der in § 69 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch enthaltenen Grundsatznorm des nunmehr allein öffentlich-rechtlich gestalteten Leistungserbringungsrechts. Die Ergänzung stellt auch im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) klar, dass für die sich aus den in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen ergebenden Rechtsstreitigkeiten, wie in der Begründung zu § 69 SGB V schon ausgeführt, die Sozialgerichte bzw. die Verwaltungsgerichte zuständig sind. 66
- Diese Ausführungen betrafen das - bereits zu diesem Zeitpunkt in das GWB als 4. Teil eingefügte - Vergaberecht schon im Ansatz nicht. Ob das Rechtsverhältnis des Auftraggebers zu den Bietern privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, ist für das Vergaberecht - oberhalb der Schwellenwerte - unerheblich, die Klarstellung und Bekräftigung, dass es sich allein um öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen handele, mithin völlig unerheblich. Der Gesetzgeber hat zudem nur §§ 87, 96 GWB und nicht auch §§ 104, 116 GWB geändert und auch in § 51 Abs. 2 SGG nur §§ 87, 96 GWB und nicht auch §§ 104, 116 GWB ausgeschlossen. 67
- Die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung (vgl. BGH GRUR 2006, 517) hat dementsprechend aus § 69 SGB V nur den Ausschluss des Kartellrechts und des Wettbewerbsrechts bei Rechtsbeziehungen der Krankenkassen angenommen. 68
- Das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz - GKV-WST) vom 26.03.2007 (BGBl. I, 378) hat an dieser Bewertung nichts geändert. Zwar ist durch dieses Gesetz § 69 SGB V dahingehend ergänzt worden, dass in bestimmtem Rahmen §§ 19 bis 21 GWB anzuwenden seien. Daraus kann entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Karlsruhe in seinem Hinweisbeschluss vom 19. November 2007 (17 Verg 11/07) aber nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe damit klargestellt, dass die nicht aufgeführten vergaberechtlichen Vorschriften des GWB für die Vergabetätigkeit der Krankenkassen nicht gelten sollten. Die Einfügung der Vorschrift ist auf die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf (BTDr. 16/4020, Nr. 20 zu Art. 1 Nr. 40a - neu -) zurückzuführen. Er hatte vorgeschlagen, durch Änderung des § 69 SGB V auch die Anwendbarkeit des UWG und des GWB anzuordnen, und dies wie folgt begründet: 69
- Die Möglichkeiten der Kassen, Rabattverträge sowie Einzelverträge abzuschließen, werden erheblich erweitert. Die liberalisierten Fusionsmöglichkeiten für die Kassen werden in kürzester Zeit flächendeckende Monopole und Oligopole entstehen lassen. ... Deshalb ist es angesichts der Marktmacht der Kassen zum Schutz der Leistungserbringer erforderlich, die allgemein geltenden Vorschriften des Wettbewerbsrechts für anwendbar zu erklären, soweit nicht spezielle Erfordernisse des Krankenversicherungsrechts entgegenstehen. Es ist Aufgabe des gerichtlichen Entscheidungsfindungsprozesses, in Abwägung des Einzelfalls zu entscheiden, ob und inwieweit das Wettbewerbsrecht verbunden mit den von ihm geschätzten Interessen aufgrund der Besonderheiten des Gesundheitsmarktes zurücktreten muss. GWB und UWG haben einen grundsätzlich universellen Anspruch, bereits jetzt umfasst das Wettbewerbsrecht eine Vielzahl unterschiedlichster Teilmärkte (z.B. Strommarkt, Telekommunikationsmarkt, Baugewerbe). Es muss und kann deshalb auch im Bereich des Gesundheitsmarktes zur Geltung gebracht werden. 70
- Die Bundesregierung erwiderte darauf (BT-Dr. 16/4020 zu Nr. 20): 71
- Die Bundesregierung stimmt hinsichtlich der Anwendung des Diskriminierungs- und Missbrauchsverbots des Wettbewerbsrechts (§§ 19, 20 GWB) auf die Einzelvertragsbeziehungen der Krankenkassen grundsätzlich zu. Inwieweit weitere 72

Regelungen des Wettbewerbsrechts angewandt werden, wird geprüft.

Daraus ergibt sich, dass die Diskussion der Gesetzgebungsorgane sich allein auf die Anwendung der Vorschriften des GWB gegen Marktmissbrauch durch marktstarke Unternehmen (sowie des UWG) bezog und das Vergaberecht des GWB nicht im Blick hatte. 73

Das galt im Übrigen auch für die sonstigen Vorschriften des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes. Soweit der Gesetzgebungsentwurf (BT-Dr. 16/3100) in Art. 1 Nr. 93 (zu § 127 SGB V) und in Art. 1 Nr. 97 (zu § 130a SGB V) Ausschreibungen vorsah, hieß es zur Begründung lediglich lapidar: 74

Durch die ... Ausschreibungen soll der Preiswettbewerb ... gefördert werden. Bei den Ausschreibungen sind die jeweils gültigen Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden. 75

In der Stellungnahme des Bundesrates (BT-Dr. 16/3950 zu Nr. 48) wird der vorgeschlagene Wegfall der Vorschrift über Ausschreibungen nicht begründet. 76

Daraus lässt sich Näheres über den Willen des Gesetzgebers über eine Ausschreibungspflicht von Verträgen der Krankenkasse nach §§ 97 ff. GWB nicht entnehmen (so auch Gabriel, VergR 2007, 630, 634). Die Frage, ob Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber im Sinne des Art. 1 Abs. 9 VKR und des § 98 Nr. 2 GWB sind und ob ihre Aufträge der Richtlinie und dem im 4. Teil des GWB geregelten Vergaberecht unterliegen, wird überhaupt nicht angesprochen. Die genannten Vorschriften betreffen aus diesem Grunde nur eine etwaige sozialrechtliche und nicht eine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht. 77

b) Eine den 4. Teil des GWB von einer Anwendung ausschließende Auslegung des § 69 SGB V wäre - unter der Voraussetzung, dass Krankenkassen als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Art. 1 Abs. 1 9 der Richtlinie anzusehen sind - zudem europarechtswidrig. 78

Die von den Krankenkassen vergebenen Lieferaufträge - wie sie hier in Rede stehen (vgl. näher oben unter 2.) - oberhalb der Schwellenwerte unterliegen den Vorschriften der Richtlinie, die von ihr vergebenen Dienstleistungsaufträge (im Hinblick auf ihren Charakter als Dienstleistung im Gesundheitswesen nach Anhang II Teil B Kategorie 25) gemäß Art. 21 unterfallen den Vorschriften der Artikel 23 und des Artikels 35 Absatz 4 der Richtlinie. Zudem ist die sogenannte Rechtsmittelrichtlinie (gegenwärtig die Richtlinie 89/665 EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge [ABl. EG L 395 S. 33]) zu beachten; nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (NJW 2000, 569 - Alcatel Austria) ist der Auftraggeber u.a. verpflichtet, die unterlegenen Bieter vor einem Vertragsschluss derart rechtzeitig zu unterrichten, dass sie dagegen noch primären Rechtsschutz erlangen können. 79

Träfe die Auffassung der Antragsgegnerinnen zu, dass § 69 SGB V die Anwendung der §§ 97 ff. GWB auf die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Krankenkassen an sogenannte Leistungserbringer im Sinne des § 69 SGB V von vornherein ausschliesse, fehlte es von vornherein an einer hinreichenden Umsetzung der genannten Richtlinien in diesem Bereich. Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung ist das nationale Recht - bis an die Grenzen der Auslegung contra legem - so auszulegen, dass es den Richtlinien entspricht (vgl. EuGH NJW 2006, 2465; s. auch Auer NJW 2007, 1106). Von daher ist das Schweigen des Gesetzgebers im Hinblick auf das Vergaberecht - anders als das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 18. Januar 2007 - L 2 KN 16/05 KR - meint - kein Anzeichen für den 80

Ausschluss des Vergaberechts von der Anwendbarkeit in diesem Bereich, sondern für das Gegenteil.

Im Übrigen müssten die nationalen Gerichte selbst einen ausdrücklichen Ausschluss der Anwendbarkeit des Vergaberechts in einem nationalen Gesetz außer acht lassen, soweit dies notwendig ist, um unbedingten und hinreichend bestimmten Richtlinien der EU zur Anwendung zu verhelfen. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs können sich Private auf derartige Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber den Mitgliedsstaaten und ihren Einrichtungen, zu denen die Antragsgegnerinnen gehören, selbst bei entgegen stehendem nationalen Recht berufen. 81

4. Zuständigkeit der Vergabekammer oder der Sozialgerichte 82

Zu Recht hat die Vergabekammer angenommen, dass für die Nachprüfung der Vergabeentscheidung gemäß § 104 Abs. 2 GWB ausschließlich die Vergabekammern und nicht die Sozialgerichte zuständig sind. 83

Zwar können die Streitigkeiten über Vergabeentscheidungen der Antragsgegnerinnen - worauf sie im Ansatzpunkt zutreffend hinweisen - als "Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung" im Sinne des § 51 SGG bzw. als "Streitigkeiten in Angelegenheiten dieser Vorschrift" im Sinne des § 130a Abs. 9 SGB V angesehen werden. Auch sieht die Rechtsmittelrichtlinie nicht zwingend vor, dass die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen durch bestimmte Nachprüfungsstellen erfolgt; die Mitgliedsstaaten können nach dem Recht der Europäischen Union mithin die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen der Krankenkassen anderen Nachprüfungsstellen zuzuweisen als den für die Nachprüfung der Vergabeentscheidungen anderer öffentlicher Auftraggeber zuständigen Instanzen. 84

Der nationale Gesetzgeber hat jedoch von einer derartigen Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Vielmehr gelten die Vorschriften über die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen im 4. Teil des GWB für sämtliche Vergaben im Sinne der §§ 97 ff. GWB; §§ 104, 116 GWB sind als *leges speciales* gegenüber § 51 Abs. 2 SGG, § 130a Abs. 9 SGB V anzusehen. Dies ergibt sich – unabhängig davon, ob die Bundesrepublik Deutschland die Sozialgerichte überhaupt gemäß Art. 5 Rechtsmittelrichtlinie als Nachprüfungsstellen gemeldet hat - aus folgenden Erwägungen: 85

Der Gesetzgeber hat mit §§ 97 ff. GWB (oberhalb der Schwellenwerte) ein eigenständiges Regelungssystem über die Vergabe öffentlicher Aufträge und die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen geschaffen. Dabei ist es unerheblich, ob die Entscheidungen ansonsten als Verwaltungsakt anzusehen und deswegen von den öffentlich-rechtlichen Gerichten nachzuprüfen, gewisse Entscheidungen nur als - als solche nicht nachprüfbare - "Verwaltungsinterna" einzustufen oder die ordentlichen Gerichte anzurufen gewesen wären. Nach den Worten von Kus (NJW 2000, 544, 545) hat "der Gesetzgeber ... mit dem zweitinstanzlichen Nachprüfungsverfahren des GWB gerade einen exklusiven, eigenständigen Rechtsweg im Primärrechtsschutz unter Ausschluss der zivil- und verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit begründen wollen" (vgl. auch Gronstedt in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., § 104 GWB Rdnr. 820; Kus, in Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, § 102 Rdnr. 5; Heuvels, In Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 104 Rdrrn. 4 ff; Stockmann, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl., § 104 Rdrrn. 8 ff.). Damit kommt es gerade nicht darauf an, ob ansonsten die ordentlichen Gerichte oder die allgemeinen oder besonderen Verwaltungsgerichte zuständig wären. 86

Dabei lässt sich das Nachprüfungsverfahren von den übrigen Regeln des Vergaberechts im 4. Teil des GWB - die zum Teil durch die Regelungen der VKR zwingend vorgegeben sind - nicht trennen. Es ist also nicht möglich, den 4. Teil des GWB derart aufzuteilen, dass das Vergabeverfahren nach den Regeln dieses Teils abläuft, die Nachprüfung aber anderen als den im 4. Teil genannten Stellen zugewiesen ist. Vielmehr sind sämtliche Teile des 4. Teils untrennbar aufeinander abgestimmt. Das Vergaberecht muss die Spannung zwischen der Gewährleistung der Bieterrechte und deren Durchsetzung einerseits und dem Bedürfnis der Vergabestellen nach einer zügigen Vergabe andererseits miteinander ausgleichen. Der 4. Teil des GWB (und die darauf beruhenden Vorschriften der VgV und der Verdingungsordnungen) haben dafür besondere Regelungen geschaffen. So hat die Vergabestelle nach § 13 VgV den unterlegenen Bieter über den Namen des erfolgreichen Bieters und den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung, und zwar mindestens 14 Tage vor dem Vertragsschluss zu informieren; ein vorfristiger Vertrag ist nichtig. Der unterlegene Bieter hat somit Gelegenheit, die Vergabekammer anzurufen, wobei die Zustellung des Nachprüfungsantrages ein Zuschlagsverbot auslöst (§ 115 Abs. 1 ZPO). Die Vergabestelle wiederum kann einen Antrag auf Gestattung des Zuschlags stellen (§ 115 Abs. 2 GWB). Wird der Nachprüfungsantrag von der Vergabekammer zurückgewiesen, endet - im Falle der Einlegung der Beschwerde - das Zuschlagsverbot zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, wobei das Beschwerdegericht jedoch die Möglichkeit hat, im Ergebnis das Zuschlagsverbot vorläufig aufrecht zu erhalten (§ 118 GWB). Demgegenüber hat die Vergabestelle die Möglichkeit, vor dem Beschwerdegericht einen Antrag auf Gestattung des Zuschlags zu stellen (§ 121 GWB). Die Nachprüfung ist auf zwei Instanzen (die Vergabekammer und den Vergabesenat) begrenzt, das Nachprüfungsverfahren unterliegt dem Beschleunigungsgebot. 87

Es kann offen bleiben, ob die Möglichkeit des unterlegenen Bieters, die einstweilige Anordnung eines Sozialgerichts (§ 86b SGG) innerhalb von 14 Tagen nach Absendung der Bieterinformation (§ 13 VgV) zu erlangen, der Anforderung des Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Rechtsmittelrichtlinie genügt, wonach die Nachprüfungsstelle "im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen [ergreifen] ... können" muss. Jedenfalls enthält das SGG keine Vorschriften, die dem oben näher dargelegten austarierten System des 4. Teils des GWB entsprechen würden. Dem Bestreben des Gesetzgebers, in Vergabestreitigkeiten ein kurzes zweit-instanzliches Verfahren vorzusehen, steht schon mit dem in Hauptsacheverfahren dreinstanzlichen Verfahren des SGG nicht in Einklang. 88

Wie bereits unter 3.a) näher dargelegt, hat der Gesetzgeber mit den Änderungen des § 51 SGG die Zuständigkeit der Kartellgerichte ausschließen wollen. Er hat daher - durch parallele Regelungen in § 51 Abs. 2 SGG und §§ 87, 96 a.F. GWB - die Geltung der §§ 87, 96 a.F. GWB ausgeschlossen, nicht aber die Geltung der §§ 104, 116 GWB. Es sind auch keine Gründe dafür ersichtlich, wieso die in §§ 104, 116 GWB angeordnete Zuständigkeit der Nachprüfungsstellen zwar die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit sowie der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, nicht aber die der besonderen Verwaltungsgerichte ausschließen soll. 89

Auch aus der Regelung des § 130a Abs. 9 SGB V ergibt sich nichts Anderes. Diese Vorschrift hat lediglich klarstellende Funktion, ändert aber nichts daran, dass es sich bei §§ 104, 116 GWB um besondere Zuständigkeitsvorschriften handelt, die die Zuständigkeit der Sozialgerichte in diesem Falle ausschließen. In der Gesetzesbegründung zum Beitragssatzsicherungsgesetz heißt es nur (BT-Dr. 15/28 zu Art. 1 Nr. 8): 90

Die Vorschrift stellt klar, dass für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Abschlagsregelung die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zuständig sind.

Die sich aus der möglichen Anwendbarkeit des Vergaberechts und der sich daraus ergebenden Zuständigkeit der Vergabekammern und Vergabesenate ergebenden Probleme hat der Gesetzgeber, wie bereits zur Vorschrift des § 69 SGB V erörtert, nicht gesehen. 92

5. Zuständige Vergabekammer 93

Die angerufene Vergabekammer war zuständig. Die Auffassung der Antragsgegnerinnen, allenfalls die für die "Verhandlungsführerin", die AOK Baden-Württemberg, oder die für die mitgliederstärkste Antragsgegnerin, die AOK Bayern zuständige Vergabekammer dürfe wegen der gemeinsamen Vergabeentscheidungen angerufen werden, trifft nicht zu. 94

a) Der Senat kann die Zuständigkeit der entscheidenden Vergabekammer überprüfen. 95

Es kann offen bleiben, ob sich dies aus einer analogen Anwendung des § 55 Abs. 2 GWB oder allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorschriften ergibt. 96

Die erstgenannte Auffassung, auf die sich die Antragsgegnerinnen berufen, hat für sich, dass § 120 Abs. 2 GWB für das vergaberechtliche Beschwerdeverfahren die Anwendung bestimmter kartellverwaltungsrechtlicher Beschwerdevorschriften vorsieht, woraus man auf eine gewisse Ähnlichkeit beider Beschwerdeverfahren schließen könnte. Dagegen könnte aber sprechen, dass § 55 Abs. 2 GWB an die Vorschrift des Abs. 1 über das Verfahren vor der Kartellbehörde anschließt und eine analoge Anwendung dieser Vorschrift im Verfahren vor der Vergabekammer an der Eigenständigkeit der Regelungen dieses Verfahrens sowie an dem Beschleunigungsgrundsatz des § 113 Abs. 1 GWB scheitern könnte (vgl. auch vor 1. zur analogen Anwendung des § 17a GVG). In diesem Zusammenhang bedarf keiner Entscheidung, ob die von den Vergabekammern bei der Verweisung untereinander praktizierte analoge Anwendung des § 281 Abs. 3 ZPO bzw. § 17a GVG gerechtfertigt ist, ob ein derartiger Verweisungsbeschluss entsprechend § 44a VwGO nicht anfechtbar ist sowie auch den in einem Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss in der Hauptsache angerufenen Vergabesenat binden könnte. Auf diese Fragen kommt es in diesem Beschwerdeverfahren nicht an. Eine analoge Anwendung des § 55 Abs. 2 GWB hindert den Senat – ebenso wenig wie die Anwendung allgemeiner Grundsätze, wie noch auszuführen sein wird - an der Überprüfung der von der Vergabekammer für sich in Anspruch genommenen Zuständigkeit, weil die Antragsgegnerinnen sie gerügt haben. 97

Auch nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorschriften ist eine Überprüfung nicht ausgeschlossen. § 46 VwVfG schließt - bei gebundenen Entscheidungen - die Aufhebung eines Verwaltungsakts nur bei Fehlbeurteilungen hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit aus; für andere Zuständigkeitsmängel gilt dies nicht (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl., § 46 Rdnr. 23; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 46 Rdnrn. 45/46). Bei der Frage der Abgrenzung der Zuständigkeiten der verschiedenen Vergabekammern nach § 104 Abs. 1 GWB, § 18 VgV handelt es sich - jedenfalls im Verhältnis von Bund und Ländern - nicht um eine Frage der örtlichen Zuständigkeit. Auf die Frage, ob es sich bei der Entscheidung der Vergabekammer um eine gebundene Entscheidung im Sinne des § 46 VwVfG handelt (in anderem Zusammenhang ablehnend Fett, NZBau 2005, 141, 142), kommt es danach nicht an. § 513 Abs. 2 ZPO kann bereits deswegen nicht entsprechend angewendet werden, weil die Vergabekammer zwar in einem gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahren entscheidet, es sich aber bei ihnen nicht um Gerichte im Sinne dieser Vorschrift handelt (vgl. Senat NJW 2000, 145, 148). 98

b) Die Vergabekammer hat aber ihre Zuständigkeit zu Recht angenommen.	99
Die genaue Abgrenzung der Zuständigkeiten der verschiedenen Vergabekammern hat der Verordnungsgeber auf der Grundlage von § 127 Nr. 5 GWB in § 18 VgV vorgenommen. Hinsichtlich der Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB - wie sie hier allein in Betracht kommt - knüpft § 18 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. VgV an die Merkmale an, die die Auftraggebereigenschaft nach jener Vorschrift gerade begründen; die Vergabekammer des Bundes ist zuständig, wenn der Bund den Auftraggeber überwiegend finanziert oder überwiegend beaufsichtigt, bei überwiegender Finanzierung oder überwiegender Beaufsichtigung durch ein Land ist die Vergabekammer dieses Landes zuständig (§ 18 Abs. 7 VgV).	100
Nach diesem Abgrenzungskriterium sind sowohl die Vergabekammer des Bundes als auch die Vergabekammern der Länder zuständig. Die Antragsgegnerinnen werden alleine durch den Bund finanziert (weil ihre Finanzierung durch Bundesgesetz erfolgt, vgl. oben unter 1.) und durch die Länder beaufsichtigt (vgl. Art. 87 Abs. 2 S. 2 GG, § 90 Abs. 2, 3 SGB IV). Eine Schwerpunktbildung danach, ob die Finanzierung oder die Beaufsichtigung im Vordergrund steht, ist nicht vorzunehmen. Für eine derartige Abgrenzung gibt der Wortlaut des § 18 Abs. 1 S. 1 VgV nichts her, vielmehr nennt er die überwiegende Finanzierung und die überwiegende Beaufsichtigung gleichgewichtig nebeneinander, das Wort "überwiegend" bezieht sich alleine auf das - quantitativ gut überprüfbare - jeweilige Unterkriterium der Finanzierung bzw. der Beaufsichtigung, lässt aber nichts dafür erkennen, welches Kriterium gegebenenfalls im Vordergrund steht (so auch H.-M. Müller, in Byok/Jaeger, a.a.O., § 18 VgV Rdnr. 1721). Weitere Regelungen für die Abgrenzung der Zuständigkeit von Bundes- und Landesvergabekammern enthält § 18 VgV nicht; soweit H.-M. Müller der Regelung des § 18 Abs. 1 entnimmt, dass im Zweifel die Vergabekammer des Bundes - wohl ausschließlich - zuständig sei, steht dies mit der Regelung des § 18 Abs. 7 VergV nicht in Einklang..	101
§ 18 Abs. 7 VgV enthält auch kein Kriterium für die Abgrenzung zwischen den Vergabekammern der Länder für den Fall, dass mehrere Auftraggeber beteiligt sind, die jeweils anderen Ländern zuzuordnen sind (vgl. zu dem Problemkreis Praxiskommentar Vergaberecht, § 18 VgV Rdnrn. 2260 bis 2267). Insbesondere knüpft diese Vorschrift nicht an Merkmale wie "Verhandlungsführerschaft", "größter Auftraggeber" oder "Schwerpunkt der Leistungserbringung" an (so auch OLG Koblenz, Beschluss vom 05.09.2002 - 1 Verg 2/02).	102
Danach ist vielmehr ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber von der Ermächtigungsgrundlage des § 127 Nr. 5 GWB zur Abgrenzung der Zuständigkeit der verschiedenen Vergabekammern nicht abschließend Gebrauch gemacht hat.	103
In diesen Fällen kann sich - bis zu einer gesetzlichen Regelung - die Lösung nur aus allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen ergeben.	104
Die Vorschrift des § 53 Abs. 1 Nr. 3 VwGO kann bereits deswegen nicht entsprechend angewendet werden, weil ein "nächsthöheres Gericht" nicht existiert: Die Vergabekammer des Bundes ist den Vergabekammern der Länder nicht hierarchisch übergeordnet, für die Beschwerden sind unterschiedliche Oberlandesgerichte zuständig, die abschließend entscheiden; der Bundesgerichtshof gehört in Vergabesachen nicht zum Rechtszug.	105
Entsprechend angewendet werden kann jedoch § 35 ZPO, wonach die Wahl dem Kläger zufällt. Diese Vorschrift gilt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nur deswegen nicht nach § 173 VwGO, weil insoweit § 53 Abs. 1 Nr. 3 VwGO vorgeht; letztgenannte Vorschrift kann hier jedoch aus den vorgenannten Gründen nicht angewandt werden. Ihr Grundgedanke ist auch	106

mit verwaltungsrechtlichen Maßstäben vereinbar. § 3 Abs. 2 VwVfG sieht bei mehreren örtlich zuständigen Behörden vor, dass die Behörde entscheidet, die zuerst mit der Sache befasst ist; da das Verfahren nur durch einen Antrag im Sinne des § 22 S. 2 Nr. 1, 2. Alt. Nr. 2 VwVfG eingeleitet wird (vgl. Senat NJW 2000, 145, 148), kommt es mithin darauf an, wo der Antragsteller seinen Antrag einreicht (so auch OLG Koblenz, Beschluss vom 05.09.2002 - 1 Verg 2/02). Dem steht nicht entgegen, dass der Antragsteller mit der Wahl der Vergabekammer auch das zuständige Gericht bestimmt. Diese Folgen werden sowohl im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 35 ZPO als auch bei § 3 Abs. 2 VwVfG hingenommen.

Eine Vereinbarung der Beteiligten nach § 18 Abs. 1 S. 2 VgV (kritisch dazu H.-M. Müller, in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., § 18 VgV Rdnr. 1721a), durch die die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes zugunsten der Zuständigkeit der Vergabekammer eines Landes abbedungen worden ist, ist nicht geschlossen worden. Ob diese Vorschrift analog auf das Verhältnis mehrerer zuständiger Vergabekammern der Länder untereinander anzuwenden ist oder ob insoweit gar § 3 Abs. 2 S. 4 VwVfG analog maßgeblich ist, kann offen bleiben, da eine Vereinbarung auch insoweit nicht vorliegt. 107

Soweit die Vergabeentscheidung der Antragsgegnerinnen wegen desselben Wirkstoffes von unterschiedlichen Unternehmen vor der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf und der Vergabekammer des Bundes angegriffen worden ist, führt dies nicht zur Unzulässigkeit eines der Verfahren. Die Voraussetzungen einer notwendigen Streitgenossenschaft (§ 64 VwGO, § 62 ZPO analog) liegen nicht vor. Die Sachentscheidung muss nicht notwendigerweise gegenüber sämtlichen Antragstellerinnen einheitlich erfolgen (vgl. zu dieser Fallgruppe Vollkommer, in Zöller, a.a.O., § 62 Rdnrn. 2 ff; Schultes, in Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl., § 62 Rdnrn. 5 ff; Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, a.a.O., § 62 Rdnrn. 7 ff.). Die rechtskräftige Entscheidung in einem Verfahren wirkt für das andere Verfahren. Der Streitgegenstand ist hinsichtlich jedes einzelnen Antragstellers unterschiedlich, nämlich, ob die Vergabeentscheidung gerade diesen Antragsteller in seinen Rechten verletzt (§ 97 Abs. 7, § 107 Abs. 2 GWB). Die Entscheidung kann bei verschiedenen Antragstellern ohne Weiteres unterschiedlich ausfallen. Die hier vorliegende Fallkonstellation, dass die Nachprüfungsverfahren vor unterschiedlichen zuständigen Vergabekammern anhängig gemacht werden, unterscheidet sich damit rechtlich nicht von der häufiger vorkommenden Fallkonstellation, bei der verschiedene unterlegene Bieter dieselbe Vergabeentscheidung vor derselben Vergabekammer angreifen; auch dort ist zu prüfen, ob jeder der Antragsteller durch die Entscheidung in jeweils seinen eigenen Rechten verletzt worden ist, was häufig zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Die durch die Anrufung verschiedener Vergabekammern entstehenden praktischen Unzuträglichkeiten müssen hingenommen werden, solange der Gesetzgeber keine sämtliche Fallkonstellationen umfassende Regelung über die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Vergabekammern untereinander trifft. 108

C Vergabefehler 109

Ob und inwieweit Vergabefehler vorliegen, kann in diesem Verfahrensstadium offen bleiben. Erst wenn endgültig geklärt ist, ob zulässigerweise das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern eingeleitet werden durfte - was, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, alleine von der Frage abhängt, ob die Antragsgegnerinnen als Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB anzusehen sind -, ist gegebenenfalls in der Sache zu entscheiden. Sollten die Nachprüfungsanträge vor den Vergabekammern unzulässig sein, darf der Senat in der Sache nicht entscheiden, sondern hat dies den dann zuständigen Sozialgerichten zu 110

überlassen.

Auch die Frage, ob eine Obliegenheit zur rechtzeitigen Rüge der Vergabefehler bestand und ob die Antragstellerinnen dieser Obliegenheit nachgekommen sind, bedarf in diesem Verfahrensstadium keiner Klärung. Die Beantwortung dieser Frage hängt u.a. davon ab, ob die Antragsgegnerinnen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB sind. Auch dies ist damit dem für ein Nachprüfungsverfahren letztlich zuständigen Gericht zu überlassen. 111

III. 112

Da die Entscheidung des Senats von der Frage abhängt, ob die Antragsgegnerinnen Auftraggeber im Sinne des die Vorschrift des Art. 1 Abs. 9 VKR umsetzenden § 98 Nr. 2 GWB abhängt, insoweit eine Klärung im Verfahren C-300/07 des Euro- 113

päischen Gerichtshofs zu erwarten steht und eine weitere Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht angezeigt ist, ist das Verfahren auszusetzen (vgl. BGH NJW 2005, 1947 unter II.3.). Die Auslegung des Begriffs "Lieferauftrag" erscheint dem Senat hinreichend klar. 114

Dicks Schüttpelz Dieck-Bogatzke 115