BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 15/08

vom

29. Juni 2010

in der Beschwerdesache

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter Scharen und die Richter Gröning, Dr. Berger, Dr. Grabinski und Hoffmann

beschlossen:

Die Antragstellerin trägt die im Vollstreckungsverfahren vor der Vergabekammer entstandenen Kosten und die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens. Sie hat den Antragsgegnerinnen deren zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen - wobei die Zuziehung eines Rechtsanwalts für notwendig erklärt wird - und außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Gründe:

1 I. Auf den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin untersagte die 2. Vergabekammer des Bundes den Antragsgegnerinnen mit Beschluss vom 15. November 2007, in dem von ihnen durchgeführten Vergabeverfahren "Arzneimittel-Rabattverträge 2008/2009" hinsichtlich einer Vielzahl aufgeführter Wirkstoffe auf der Grundlage der in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen den Zuschlag zu erteilen. Gegen diese Entscheidung erhoben die Antragsgegnerinnen am 29. November 2007 Anfechtungsklage vor dem Sozialgericht Stuttgart und beantragten zugleich, die aufschiebende Wirkung dieser Klage anzuordnen und ihnen, den Antragsgegnerinnen, zu gestatten, das Vergabever-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

fahren fortzusetzen und auf die hinsichtlich der namentlich genannten Wirkstoffe jeweils wirtschaftlichsten Angebote den Zuschlag zu erteilen.

2 Gegen die Entscheidung der Vergabekammer vom 15. November 2007 legten die Antragsgegnerinnen außerdem am 30. November 2007 beim Oberlandesgericht Düsseldorf sofortige Beschwerde ein, die sie zurücknahmen, nachdem sich das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 19. Dezember 2007 für zuständig erklärt hatte.

3 Mit Blick auf die beim Sozialgericht Stuttgart begehrte Anordnung der aufschiebenden Wirkung und Gestattung des Zuschlags hat die Antragstellerin am 13. Dezember 2007 bei der Vergabekammer beantragt,

1. den Antragsgegnerinnen die Festsetzung eines Zwangsgeldes anzudrohen und zu vollstrecken an den Personen ihrer Vertreter, um sie zur sofortigen Befolgung des Beschlusses der Vergabekammer anzuhalten,

2. erforderlichenfalls gegenüber den Antragsgegnerinnen ein Zwangsgeld in angemessener Höhe (maximal jeweils 3.165.907,68 €) festzusetzen.

4 Mit Beschlüssen vom 20. Dezember 2007 erließ das Sozialgericht Stuttgart die von den Antragsgegnerinnen begehrten einstweiligen Anordnungen und bejahte die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Sozialgerichten für die hier in Rede stehenden Ausschreibungen von Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V.

5 Mit Beschluss vom 16. Januar 2008 hat die 2. Vergabekammer des Bundes die von der Antragstellerin gestellten Vollstreckungsanträge zurückgewie-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

sen. Dagegen hat die Antragstellerin form- und fristgerecht sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, welches die Sache dem Senat nach § 124 Abs. 2 GWB vorgelegt hat.

6 Mit Beschluss vom 27. Februar 2008 hob das Landessozialgericht Baden-Württemberg auf die Beschwerde unter anderem der hiesigen Antragstellerin die vom Sozialgericht Stuttgart angeordnete aufschiebende Wirkung der eingereichten Klage und die Gestattung der Zuschlagserteilung auf und wies die Anträge der Antragstellerin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zurück. In der Folge hoben die Antragsgegnerinnen die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Ausschreibung auf und setzten die Antragstellerin davon in Kenntnis. Unter Hinweis auf diese Aufhebungsentscheidung hat die Antragstellerin das Vollstreckungsverfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt; die Antragsgegnerinnen haben sich dem angeschlossen.

7 II. Nachdem die Antragstellerin und die Antragsgegnerinnen das Beschwerdeverfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, war in entsprechender Anwendung von § 91a ZPO (vgl. BGHZ 146, 202, 216) unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen über die Kosten zu entscheiden. Für die Entscheidung nach § 91a ZPO ist der Ausgang des Verfahrens von ausschlaggebender Bedeutung, soweit er bei der in diesem Rahmen allein angezeigten summarischen Prüfung mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden kann (vgl. BGHZ 67, 343, 346; BGH, Beschl. v. 16.11.1999 - KVR 10/98 - Erledigte Beschwerde).

8 So verhält es sich hier und es entspricht hiernach billigem Ermessen, die Antragstellerin in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang mit den Kosten zu belasten. Ihrem mit der sofortigen Beschwerde weiterverfolgten Vollstreckungsantrag hätte von Anfang an kein Erfolg beschieden sein können.

9 1. Die Verwaltungsvollstreckung kann im Falle von - wie hier - Unterlassungen eingeleitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen gegenwärtigen oder künftigen Verstoß gegen die durchsetzbare Unterlassungspflicht vorliegen (vgl. Engelhardt/App, VwVG, 8. Aufl., 2008, Vorbem. zu §§ 6 bis 18 Rdn. 12). Diese Voraussetzung war im vorliegenden Fall von Anfang an nicht erfüllt.

10 a) Die Antragstellerin hat ihre gegenteilige Annahme eines bevorstehenden Verstoßes der Antragsgegnerinnen gegen das von der Vergabekammer ausgesprochene Zuschlagsverbot, wie sich aus ihrer Antragsbegründung ergibt, im Wesentlichen daraus hergeleitet, dass die Antragsgegnerinnen im Zusammenhang mit der von ihnen erhobenen Klage beim Sozialgericht auf der Grundlage von § 86b SGG einstweilige Anordnungen mit dem Ziel zu erwirken versucht haben, im Vergabeverfahren vor dem rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens Rabattverträge abschließen zu können.

11 b) In der Verfolgung dieses Begehrens kann ebenso wenig ein die Einleitung der Verwaltungsvollstreckung rechtfertigender Tatbestand gesehen werden, wie etwa in dem vergleichbaren Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber, dem die Auftragserteilung durch die Vergabekammer untersagt worden ist und der gegen diese Entscheidung sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht eingelegt hat, einen Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 121 GWB stellt. Macht eine Seite von der in der einschlägigen Prozessordnung vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, beim angerufenen Gericht der Hauptsache einstweilige Anordnungen in Bezug auf den Streitgegenstand zu erwirken, kann dies von einem anderen Beteiligten grundsätzlich nicht in der Weise bekämpft werden, dass dem Antragsteller das Handeln, dessen gerichtliche Gestattung mittels des Eilantrags herbeigeführt werden soll, durch Vollstreckungsmaßnahmen aus dem angefochtenen Verwaltungsakt untersagt wird, der zudem zur Überprüfung durch das Gericht der Hauptsache steht. Vielmehr

ist das Eilverfahren selbst die richtige Plattform, auf der andere Beteiligte ihren Standpunkt und ihre Interessen in Bezug auf die begehrte einstweilige Anordnung zur Geltung zu bringen haben.

12 c) Ob etwas anderes gelten kann, wenn der Vollstreckungsschuldner für die Überprüfung des Verwaltungsakts, aus dem vollstreckt werden soll, ein bestimmtes Gericht aus sachfremden und rechtlich zu missbilligenden Gründen angegangen hat, kann dahinstehen, weil - entgegen den in diese Richtung weisenden Vorwürfen der Antragstellerin - weder ein solcher Fall gegeben ist, noch die Streitsache vorliegend zuerst beim Vergabesenat rechtshängig geworden war. Vielmehr ist zuerst Klage zum Sozialgericht erhoben worden. Die Antragstellerin konnte sich danach grundsätzlich nicht als berechtigt ansehen, den Eilanträgen der Antragsgegnerinnen mit Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung zu begegnen. Zwar ist der beschließende Senat in einem Parallelverfahren später zu dem Ergebnis gelangt, dass gegen Entscheidungen einer Vergabekammer, die das Vergabeverfahren für den Abschluss von Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V zum Gegenstand hat, allein das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu dem für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Oberlandesgericht gegeben ist (Sen.Beschl. v. 15.7.2008 - X ZB 17/08 - Rabattvereinbarungen). Jedoch war die bei Einleitung des vorliegenden Vollstreckungsverfahrens und noch zur Zeit der Einlegung der sofortigen Beschwerde geltende Gesetzeslage im Hinblick darauf, dass Absatz 9 des durch das Beitragssicherungsgesetz vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4637) neu eingeführten § 130a SGB V bestimmte, das bei Streitigkeiten in Angelegenheit dieser Vorschrift der Rechtsweg vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben ist, zumindest nicht eindeutig. Dementsprechend hat auch das Bundessozialgericht später den umgekehrten Standpunkt eingenommen und entschieden, dass Streitigkeiten über eine den Abschluss von Rabattvereinbarungen betreffende Entscheidung einer Vergabekammer auf dem Sozialgerichtsweg auszutragen sind; eine Auffassung, der sich allerdings der Gesetzgeber bei

der Neuregelung der die sozialrechtlichen Vergabeverfahren betreffende Nachprüfung im Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 15. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2426) nicht angeschlossen hat.

13 d) Nicht beurteilt zu werden braucht ferner, ob die Voraussetzungen für eine Einleitung der Vollstreckung aus dem instanzbeendenden Verwaltungsakt der Vergabekammer vom 15. November 2007 dann hätten bejaht werden können, wenn es Anzeichen dafür gegeben hätte, dass die Antragsgegnerinnen das Vergabeverfahren mit der Zielrichtung der Zuschlagserteilung selbst unter der Voraussetzung fortzusetzen gewillt wären, dass das Sozialgericht Stuttgart ihre Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abschlägig bescheiden würde. Dafür bestehen jedoch keine zureichenden Anhaltspunkte. Die Verlautbarungen, insbesondere Presseerklärungen vonseiten der Antragsgegnerinnen, auf die die Antragstellerin zur Untermauerung ihres Begehrens insoweit hinweisen, rechtfertigen nichts, was darüber hinausginge, als dass die Antragsgegnerinnen die vorzeitige Zuschlagserteilung auf der Grundlage einer entsprechenden Entscheidung herbeiführen wollten. Die weitere Entwicklung bestätigt das, denn die Antragsgegnerinnen haben die Ausschreibung sogar aufgehoben, nachdem das Landessozialgericht ihr Eilbegehren im Rechtsmittelzug zurückgewiesen hatte.

14 2. Der Vollstreckungsantrag war entgegen der Ansicht des vorlegenden Oberlandesgerichts auch nicht teilweise, nämlich im Umfang der Androhung des Zwangsgeldes begründet. Das Oberlandesgericht hat insoweit die Ansicht vertreten, dass die Androhung von Zwangsmitteln unabhängig davon ist, ob die Gefahr der Zuwiderhandlung besteht bzw. bevorsteht. Das mag für die gemäß § 167 Abs. 1 VwGO i.V. mit § 890 Abs. 2 ZPO betriebene Zwangsvollstreckung zutreffen. Diese Bestimmungen gelten jedoch nicht für die aus einem Verwaltungsakt betriebene Zwangsvollstreckung, für die allein das Verwaltungsvoll-

streckungsgesetz des Bundes bzw. die jeweils entsprechende Regelung auf Landesebene maßgeblich ist (vgl. Schmidt-Kötters in Posser/Wolf, BeckOK VwGO, § 167 Vor Rdn. 1).

15 Wäre dem Vollstreckungsbegehren nach allem ohne die Erledigungserklärung kein Erfolg beschieden gewesen, entspricht es billigem Ermessen, der Antragstellerin entsprechend dem Tenor der Entscheidung der Vergabekammer die Kosten des erstinstanzlichen Vollstreckungsverfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerinnen, deren Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig war (§ 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG), sowie die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen aufzuerlegen. Der Antragstellerin etwaige außergerichtliche Kosten der

Beigeladenen aufzuerlegen entspräche, wie auch das Bundessozialgericht in Parallelverfahren entschieden hat, mit Blick darauf nicht billigem Ermessen i.S. von § 91a ZPO, dass diese keine Anträge gestellt und das Verfahren nicht wesentlich gefördert haben.

Scharen Gröning Berger

Grabinski Hoffmann

Vorinstanz:
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.04.2008 - VII-Verg 3/08 -