BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 17/08

vom

15. Juli 2008

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ nein

Rabattvereinbarungen

GWB § 114 Abs. 1, § 116 Abs. 1, 3; SGB V § 130a Abs. 8, 9; GVG § 17a

a) Gegen die Entscheidung einer Vergabekammer, die das Vergabeverfahren für den Abschluss von Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V zum Gegenstand hat, ist allein das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu dem für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Oberlandesgericht gegeben.

b) Erklärt ein um die Rechtswegbestimmung angegangener oberster Gerichtshof des Bundes in einem solchen Fall einen anderen Rechtsweg als zulässig, sind andere Gerichte an diese Entscheidung gebunden.

BGH, Beschl. v. 15. Juli 2008 - X ZB 17/08 - OLG Düsseldorf

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis sowie die Richter Scharen, Keukenschrijver, Asendorf und Gröning

beschlossen:

Die Voraussetzungen für eine Entscheidung des Senats nach § 124 Abs. 2 GWB liegen nicht vor.

Gründe:

I.

1 Das vorliegende Beschwerdeverfahren bezieht sich auf eine von den Antragsgegnerinnen, den Allgemeinen Ortskrankenkassen der Bundesrepublik Deutschland, Anfang August 2007 unter der Bezeichnung "Arzneimittel-Rabattverträge 2008/2009" bekannt gemachte Ausschreibung für den Abschluss von Rabattvereinbarungen i.S. von § 130a Abs. 8 SGB V für verschiedene arzneiliche Wirkstoffe. Solche Vereinbarungen können die Krankenkassen oder ihre Verbände mit pharmazeutischen Unternehmern für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel schließen, und zwar zusätzlich zu den in § 130a Abs. 1 SGB V geregelten Abschlägen von den Abgabepreisen für zu ihren Lasten abgegebene Arzneimittel.

2 An der Ausschreibung der Antragsgegnerinnen beteiligte sich neben einer Vielzahl von Unternehmen die Antragstellerin. Nachdem ihr bezüglich mehrerer Wirkstoffe unterbreitetes Angebot nicht berücksichtigt wurde, hat sie bei der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf einen Nachprüfungsantrag gestellt. Daraufhin hat die Vergabekammer den Antragsgegnerinnen durch Beschluss vom 31. Oktober 2007 untersagt, in dem betreffenden Verfahren zum Abschluss von Rabattvereinbarungen bezüglich verschiedener im Einzelnen aufgeführter Wirkstoffe auf die vorliegenden Angebote Zuschläge zu erteilen. Gegen diese Entscheidung haben die Antragsgegnerinnen am 21. November 2007 Klage beim Sozialgericht Stuttgart erhoben. Am folgenden Tag haben sie gegen den Beschluss der Vergabekammer außerdem "vorsorglich" sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Durch Beschluss vom 18. Dezember 2007 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf seine Zuständigkeit für die Entscheidung über die Beschwerde gemäß § 116 Abs. 1 und 3 GWB bejaht. Zugleich hat es das Beschwerdeverfahren mit Blick auf ein von ihm selbst an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gestelltes Vorabentscheidungsgesuch vom 23. Mai 2007 betreffend die Auftraggebereigenschaft der Allgemeinen Ortskrankenkassen (vgl. VergabeR 2007, 226) ausgesetzt. Am 19. Dezember 2007 haben die Antragsgegnerinnen ihre sofortige Beschwerde zurückgenommen.

3 Das Sozialgericht Stuttgart hat durch Beschluss vom 20. Dezember 2007 gemäß § 17a GVG vorab den Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit für zulässig erklärt. Die von der beklagten Bezirksregierung Düsseldorf und der hiesigen Antragstellerin dagegen eingelegte Beschwerde hat das Landessozialgericht Baden-Württemberg zurückgewiesen. Das Bundessozialgericht hat die vom Landessozialgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Bezirksregierung Düsseldorf und der Antragstellerin zurückgewiesen (Beschl. v. 22.4.2008 - B 1 SF 1/08 R).

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

4 Gegenstand des dem Senat vorgelegten Beschwerdeverfahrens ist ein von der Antragstellerin am 12. Dezember 2007 bei der Vergabekammer gestellter Antrag auf Androhung und Festsetzung von Zwangsmitteln, den die Antragstellerin damit begründet hat, die Antragsgegnerinnen drohten, das durch die Vergabekammer ausgesprochene Zuschlagsverbot zu missachten. Die Vergabekammer hat den Antrag durch Beschluss vom 18. Dezember 2007 mit der Begründung zurückgewiesen, es fehlten Anhaltspunkte dafür, dass sich die Antragsgegnerinnen über das Zuschlagsverbot rechtswidrig hinwegsetzten.

5 Mit ihrer dagegen form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde, deren Zurückweisung die Antragsgegnerinnen beantragen, begehrt die Antragstellerin,

> den Antragsgegnerinnen zu 1 bis 16 jeweils für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Nr. 1 des Tenors des Beschlusses der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 31. Oktober 2007 ein Zwangsgeld in Höhe von bis zu 100.000,-- € je Antragsgegnerin und Wirkstoff anzudrohen,
>
> mit der Androhung, für den Fall der Uneinbringlichkeit des Zwangsgelds, auf die Möglichkeit der Ersatzhaft, zu vollstrecken an den jeweiligen gesetzlichen Vertretern, hinzuweisen,
>
> gegenüber jeder der Antragsgegnerinnen zu 1 bis 16 das Zwangsgeld für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Nr. 1 des genannten Tenors auf einen angemessenen Betrag bis zu 100.000,-- € für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzen und
>
> für den Fall der Uneinbringlichkeit des Zwangsgelds, beim zuständigen Verwaltungsgericht die Anordnung der Zwangshaft gegen die

jeweiligen gesetzlichen Vertreter der Antragsgegnerinnen zu beantragen.

6 Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat seine Zuständigkeit zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde durch Beschluss vom 17. Januar 2008 bejaht; die dagegen zugelassene Rechtsbeschwerde ist nicht eingelegt worden.

7 Das Oberlandesgericht erachtet die sofortige Beschwerde für zulässig und im Wesentlichen auch, ungeachtet des Umstands, dass die Antragsgegnerinnen das Vergabeverfahren inzwischen formell aufgehoben haben, für begründet. Entsprechend zu entscheiden sieht es sich durch den unanfechtbaren Beschluss des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 27. Februar 2008 gehindert, der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (§ 86b SGG) ergangen ist und in dem die Antragsgegnerinnen um die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer zum Sozialgericht erhobenen Klage nachgesucht haben. Das Landessozialgericht habe in jenem Beschluss die Auffassung vertreten, es bedürfe dieser Anordnung nicht, weil die Klage gemäß § 86a Abs. 1 SGG kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung habe. Der Fall, dass die aufschiebende Wirkung aufgrund bundesgesetzlicher Anordnung entfalle (§ 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG), liege nicht vor. Als durch Bundesgesetz vorgeschriebene Regelungen über den Sofortvollzug kämen nach Lage der Dinge lediglich die das weitere Zuschlagsverbot regelnden Bestimmungen in den §§ 115 ff. GWB in Betracht. Das Vergaberecht nach den §§ 97 ff. GWB finde jedoch im sozialgerichtlichen Verfahren insgesamt keine Anwendung.

8 Das Oberlandesgericht Düsseldorf möchte demgegenüber § 114 Abs. 3 Satz 2 GWB i.V. mit §§ 55 ff. VwVG NRW anwenden. Es meint, § 124 Abs. 2 GWB sei in einem solchen Divergenzfall analog anzuwenden, und hat die Sa-

che deshalb durch Beschluss vom 30. April 2008 dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

II.

9 Der Senat kann im konkreten Streitfall keine Entscheidung über die Frage treffen, derentwegen ihm die Sache vorgelegt worden ist.

10 1. Dem Vorlagebeschluss liegen Meinungsverschiedenheiten zwischen dem vorlegenden Oberlandesgericht und den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit über die Frage zugrunde, ob gegen eine im Nachprüfungsverfahren nach dem Vierten Teil des GWB ergangene, eine Ausschreibung von Rabattvereinbarungen i. S. von § 130a Abs. 8 SGB V betreffende Entscheidung einer Vergabekammer gemäß § 116 Abs. 1, 3 GWB das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zum Oberlandesgericht gegeben oder ob dagegen Anfechtungsklage zum Sozialgericht zu erheben ist. Das Bundessozialgericht hat in seinem Beschluss vom 22. April 2008 für den konkreten Streitfall entschieden, vorbehaltlich der generellen Anwendbarkeit von Vergaberecht im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung einschließlich des § 130a SGB V entfalle zwar das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer nach den §§ 102 bis 115 GWB nicht; der durch dieses Verfahren gewährleistete Primärrechtsschutz sei nicht durch die Sozialgerichte sicherzustellen. Gegen die Entscheidungen der Vergabekammer sei aber der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet. § 130a Abs. 9 SGB V gehe der Regelung des § 116 GWB als jüngere und speziellere Bestimmung vor (Beschl. v. 22.4.2008 Rdn. 52).

11 2. Dieser Auffassung vermag der Senat nicht beizutreten. Der durch das Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4637) in das

SGB V eingefügte § 130a Abs. 9 SGB V ist gegenüber dem am 26. August 1998 verabschiedeten und als Vierter Teil in das GWB eingefügten Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG, BGBl. I S. 2512) wohl ein jüngeres Gesetz. Die Rechtswegzuweisung in § 130a Abs. 9 SGB V berührt in der hier streitigen Rechtswegfrage den Geltungsbereich des Vierten Teils des GWB aber nicht. Unter dem Gesichtspunkt der Spezialität begründet die Regelung keinen Vorrang gegenüber § 116 GWB, vielmehr ist diese Bestimmung das speziellere Gesetz.

12 a) Der Gesetzgeber hat die Zuständigkeit für die Nachprüfung der Vergabestreitigkeiten, die in den Geltungsbereich der umzusetzenden vergaberechtlichen Richtlinien des Gemeinschaftsrechts fallen, im VgRÄG abschließend geregelt. Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, können außer vor der Vergabeprüfstelle nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden (§ 104 Abs. 2 GWB). Über die instanzbeendenden Verwaltungsakte der Vergabekammern entscheidet ausschließlich das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht, bei dem ein Vergabesenat einzurichten ist (§ 116 Abs. 3 GWB). Es kann dahinstehen, ob § 130a Abs. 9 SGB V seinem Wortlaut nach überhaupt dahin verstanden werden kann, dass er auch die Zuständigkeitszuweisung für die Nachprüfung von Vergaben betreffen soll, wie sie im Vierten Teil des GWB geregelt ist. Mit Sinn und Zweck von § 116 GWB ist ein solches Verständnis nicht zu vereinbaren. Bei systematischer, die Entstehungsgeschichte des Vergaberechts und Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen berücksichtigender Auslegung ist § 116 GWB auch insoweit als die speziellere Norm anzuwenden.

13 aa) Die Annahme des Bundessozialgerichts, die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit seien für die Überprüfung der Entscheidung einer Vergabekammer zuständig, die eine Ausschreibung für Rabattvereinbarung betrifft, steht in unvereinbarem Widerspruch zu dem bei der Einrichtung von Vergaberechtsschutz vom Gesetzgeber stets als Schutzgut betonten Interesse der Öffentlichkeit an einem raschen Abschluss der Vergabeverfahren. In den deutschen parlamentarischen Beratungen zum bevorstehenden Erlass der sogenannten Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG vom 21.12.1989 (ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 33) wurde die Perspektive langwieriger, womöglich durch mehrere Instanzen geführter Gerichtsverfahren für den Vergaberechtsschutz als investitionshemmend und nachteilhaft für die Allgemeinheit beurteilt (vgl. BR-Drs. 62/89, S. 2). Entsprechend dieser repräsentativen Auffassung war es stets das besondere Anliegen des deutschen Gesetzgebers, für die vergaberechtliche Nachprüfung ein beschleunigtes Verfahren zur Verfügung zu stellen. In dem Umsetzungsmodell des dem Vergaberechtsänderungsgesetz vorangegangenen Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes vom 26. November 1993 (BGBl. I S. 1928) hatte das in der Wahl eines Konzepts seinen Ausdruck gefunden, nach dem individuelle und einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstanden und der Rechtsschutz im vergaberechtlichen Beschleunigungsinteresse vollständig in die Exekutive eingebettet war (vgl. §§ 57b, 57c HGrG i. d. F. des Zweiten HGrGÄndG; zur Rechtsentwicklung Beck'scher VOB/A-Komm./Gröning Syst IV Rdn. 35 ff.). Mit dem Konzept des an die Stelle der haushaltsrechtlichen Lösung tretenden Vergaberechtsänderungsgesetzes und seinen speziell auf die Erfordernisse der Auftragsvergabe Rücksicht nehmenden Verfahrensregeln für die Nachprüfung sollten langwierige Rechtsstreitigkeiten weiterhin ausgeschlossen werden. Der Rechtsschutz sollte so ausgestaltet werden, dass weder Investitionshindernisse entstehen noch die Mittelstandsfreundlichkeit des deutschen Vergaberechts in Frage gestellt wird (BT-Drs. 13/9340, S. 12). Deshalb wurde die Nachprüfung der Vergabeverfahren in ers-

ter Instanz weiterhin verwaltungsinternen Spruchkörpern übertragen, die organisatorisch weitgehend an die bisherigen Vergabeüberwachungsausschüsse anknüpfen sollten. Ein weiteres Mittel der Beschleunigung besteht nach diesem Konzept darin, dass gegen die Entscheidung der Kammer nur ein Rechtsmittel zum Oberlandesgericht gegeben ist. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass nur eine gerichtliche Instanz mit dem Rechtsstreit befasst wird (BT-Drs. 13/9340, S. 13).

14 bb) Für die hier in Rede stehenden Rabattvereinbarungen sind Anhaltspunkte für eine abweichende Interessenlage nicht zu erkennen, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten. Für sie besteht vielmehr in besonderem Maße ein Interesse der Allgemeinheit am raschen Abschluss der Vergabeverfahren. Mit ihnen wollte der Gesetzgeber zusätzliche Einsparpotenziale bei der Beschaffung laufend benötigter Arzneimittel erschließen. Soweit diese Beschaffungen nicht aufgeschoben oder zurückgestellt werden können, droht bei Verzögerung der Vertragsabschlüsse ein verteuerter Einkauf. Um die Regelungsziele des § 130a Abs. 8 SGB V nicht zu unterlaufen, muss daher auch dem Gesetzgeber daran gelegen gewesen sein, vergaberechtlich bedingte Verzögerungen bei der Beschaffung auf das unvermeidbare Mindestmaß zu beschränken. Dafür ist das Rechtsschutzsystem des Vierten Teils des GWB mit seinem lediglich über zwei Instanzen zu führenden Hauptverfahren und den darin eingebetteten Eilverfahren zur Ermöglichung der Zuschlagserteilung vor der Entscheidung in der Hauptsache im Interesse der Allgemeinheit am raschen Abschluss der Vergabeverfahren (vgl. § 115 Abs. 2, § 118 Abs. 2, § 121 Abs. 1 Satz 2 GWB) prädestiniert. Herkömmliche Gerichtsverfahren mit einem prinzipiellen Rechtsmittelzug durch drei Instanzen, wie gerade im Sozialgerichtsgesetz, konterkarieren dagegen das besondere vergaberechtliche Beschleunigungsinteresse.

15 b) Dafür, dass der Gesetzgeber anlässlich der Beratungen, die zu § 130a Abs. 9 SGB V geführt haben, die prozessualen Konsequenzen der Ausschreibungspflichtigkeit bestimmter Beschaffungsvorgänge nicht mitbedacht hat und diese jedenfalls nicht der Überprüfung im sozialgerichtlichen Verfahren unterstellen wollte, spricht auch die aktuelle Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts. In dieser wird zunächst davon ausgegangen, dass § 130a Abs. 9 SGB V die hier interessierende Vergabeentscheidung nicht betrifft und die gegenteilige Auffassung des Bundessozialgerichts kritisiert. Unter Hinweis u.a. auf die untragbar lange Verfahrensdauer schlägt der Bundesrat dann vor, die Rechtswegzersplitterung, die Folge der Entscheidung des Bundessozialgerichts wäre, durch eine Fassung der §§ 104 und 116 GWB auszuschließen, die noch klarer als der jetzige Wortlaut die Zuständigkeit der nach dem Vierten Teil des GWB vorgesehenen Nachprüfungsinstanzen zum Ausdruck bringt (BR-Drs. 349/08).

16 Die vom Bundesrat abgegebene Stellungnahme belegt über den Vorschlag der Gesetzesänderung hinaus, dass sich auch aus § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SGG und aus § 69 Satz 2, 1 Halbs. SGB V in der durch das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26. März 2007 (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, BGBl. I S. 378) erhaltenen Fassung nichts Stichhaltiges für die Ansicht des Bundessozialgerichts herleiten lässt. Sämtliche Änderungen dieser Bestimmungen betreffen die Abgrenzungsschwierigkeiten im Verhältnis vom Sozialrecht zum Wettbewerbs- und Kartellrecht, in die das Vergaberecht nicht ohne weiteres nur deshalb einbezogen werden kann, weil es innerhalb des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt worden ist. Für die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien wurde eine Konzeption im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus verfahrensrechtlichen Überlegungen und außerdem darum gewählt, um dem gewandelten - zuvor haushaltsrechtlich geprägten - Verständnis

der Vergaberegeln Rechnung zu tragen und die wettbewerbliche Bedeutung des heutigen Vergaberechts zu betonen (vgl. BT-Drs. 13/9340, S. 12 f.). Als Ausdruck eines besonderen Regelungszusammenhangs des Vergaberechts mit dem materiellen Wettbewerbs- und Kartellrecht ist die Einbettung in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu sehen.

17 3. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs nach § 124 Abs. 2 GWB kann im vorliegenden Fall nicht ergehen. Aufgrund des Beschlusses des Bundessozialgerichts vom 22. April 2008 ist für den vorliegenden Rechtsstreit nämlich entschieden, dass für die Anfechtung des instanzbeendenden Beschlusses der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 31. Oktober 2007 der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist. Diese Beurteilung durch das Bundessozialgericht als desjenigen obersten Gerichtshofs des Bundes, der zuerst um die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs angegangen worden ist (vgl. für negative Kompetenzkonflikte BGHZ 44, 14, 15), ist grundsätzlich einer abweichenden Entscheidung durch den Senat entzogen.

18 Die Rechtswegentscheidung des Bundessozialgerichts ergreift auch den Rechtsbehelf, über den im Streitfall noch zu entscheiden ist. Ist im Streitfall für die rechtliche Überprüfung des Beschlusses der Vergabekammer, der gemäß §§ 55, 57 ff. VwVG NRW mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden soll, von der Zuständigkeit der Sozialgerichte auszugehen, kann die rechtliche Überprüfung der Entscheidung über die Anordnung von Zwangsmitteln, die die sofortige Vollziehbarkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes voraussetzt, oder über die Ablehnung einer solchen Anordnung nicht parallel zur Hauptsache in einem anderen Rechtsweg erfolgen.

19 4. Nach allem wird das Oberlandesgericht Düsseldorf nunmehr über die Anträge auf Androhung und Anordnung von Maßnahmen des Verwaltungszwangs zu entscheiden haben.

Melullis Scharen Keukenschrijver

Asendorf Gröning

Vorinstanz:
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.04.2008 - VII-Verg 57/07 -