

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 1 KR 3/09 D

VII-Verg 7/08 (OLG Düsseldorf)
X ZB 26/08 (Bundesgerichtshof)

.....,

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

1. AOK Baden-Württemberg - Die Gesundheitskasse,
Heilbronner Straße 184, 70191 Stuttgart,
2. AOK Bayern - Die Gesundheitskasse,
Carl-Wery-Straße 28, 81739 München,
3. AOK Berlin - Die Gesundheitskasse,
Wilhelmstraße 1, 10963 Berlin,
4. AOK Brandenburg - Die Gesundheitskasse,
Potsdamer Straße 20, 14513 Teltow,
5. AOK Bremen/Bremerhaven,
Bürgermeister-Smidt-Straße 95, 28195 Bremen,
6. AOK - Die Gesundheitskasse in Hessen,
Kölner Straße 8, 65760 Eschborn,
7. AOK Mecklenburg-Vorpommern - Die Gesundheitskasse,
Am Grünen Tal 50, 19063 Schwerin,
8. AOK - Die Gesundheitskasse für Niedersachsen,
Hildesheimer Straße 273, 30519 Hannover,
9. AOK Rheinland/Hamburg - Die Gesundheitskasse,
Kasernenstraße 61, 40213 Düsseldorf,
10. AOK - Die Gesundheitskasse in Rheinland-Pfalz,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Virchowstraße 30, 67304 Eisenberg,

11. AOK - Die Gesundheitskasse im Saarland,
Halbergstraße 1, 66121 Saarbrücken,
12. AOK PLUS - Die Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen,
Sternplatz 7, 01067 Dresden,
13. AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse,
Lüneburger Straße 4, 39106 Magdeburg,
14. AOK Schleswig-Holstein - Die Gesundheitskasse,
Edisonstraße 70, 24145 Kiel,
15. entfällt: ehemals AOK Thüringen,
16. AOK Westfalen-Lippe - Die Gesundheitskasse,
Nortkirchenstraße 103-105, 44263 Dortmund,

Antragsgegnerinnen und
Beschwerdegegnerinnen,

Prozessbevollmächtigte zu 1. bis 16.:

beigeladen:

1.

Prozessbevollmächtigte:

2.

3.

4.

Prozessbevollmächtigte:

5.

Prozessbevollmächtigte:

6.

Prozessbevollmächtigte:



7.,

Prozessbevollmächtigte:

8.,

Prozessbevollmächtigte:

9.,

Prozessbevollmächtigte:

10.,

11.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat am 11. September 2009 durch den Präsidenten
M a s u c h sowie die Richter Dr. K r e t s c h m e r und Dr. H a u c k
beschlossen:

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen außer-
gerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen. Im Übrigen sind Kosten nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten (noch) über die Kostentragung für ein übereinstimmend in der Haupt-
sache für erledigt erklärtes vergaberechtliches Vollstreckungsverfahren aus dem Bereich der
Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV).
- 2 Die Antragstellerin, ein pharmazeutisches Unternehmen, beteiligte sich erfolglos an einer von
den Antragsgegnerinnen (15 <vormals 16> AOKn) vorgenommenen Ausschreibung von
Arzneimittel-Rabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs 8 SGB V für die Jahre 2008 und 2009.



Auf die Rüge von Vergaberechtsverletzungen (ua der Antragstellerin) untersagte die Vergabekammer des Bundes (VK) den Antragsgegnerinnen die Zuschlagserteilung (Beschluss vom 15.11.2007). Dagegen erhoben die Antragsgegnerinnen am 29.11.2007 Anfechtungsklage beim Sozialgericht Stuttgart (SG), das den Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit für zulässig erklärte (Beschluss vom 20.12.2007); die Rechtswegentscheidung wurde bestätigt durch Beschlüsse des Landessozialgerichts Baden-Württemberg (LSG) vom 18.2.2008 und des Bundessozialgerichts (BSG) vom 6.10.2008 (*B 3 SF 2/08 R - juris, im Anschluss an BSG SozR 4-1500 § 51 Nr 4*). Die Antragsgegnerinnen beantragten beim SG zusätzlich, die aufschiebende Wirkung ihrer Anfechtungsklage anzuordnen und ihnen einstweilen eine Zuschlagserteilung zu gestatten. Ihre am 30.11.2007 zudem "vorsorglich" beim Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) eingelegte sofortige Beschwerde gegen den VK-Beschluss vom 15.11.2007 nahmen die Antragsgegnerinnen am 19./20.12.2007 zurück. Das SG ordnete die aufschiebende Wirkung der Klage an und gestattete den Antragsgegnerinnen einstweilen eine Zuschlagserteilung (Beschluss vom 20.12.2007). Dagegen legte die Antragstellerin beim LSG Beschwerde mit dem Ziel ein, die Gestattung nicht nur aufzuheben, sondern die Zuschlagserteilung untersagen zu lassen. Das OLG erklärte sich gleichwohl - hinsichtlich der zurückgenommenen sofortigen Beschwerde - für zuständig (Beschluss vom 19.12.2007, den Beteiligten nach dem 27.12.2007 zugestellt).

- 3 Die Antragstellerin beantragte ferner am 28.12.2007 bei der VK, den Antragsgegnerinnen Zwangsgeld, hilfsweise Zwangshaft anzudrohen und Zwangsmittel gegen sie festzusetzen, weil diese drohten, das Zuschlagsverbot der VK vom 15.11.2007 zu missachten. Die VK wies den Antrag zurück, weil wegen des SG-Beschlusses vom 20.12.2007 "sehr zweifelhaft" sei, ob die Voraussetzungen einer Zwangsmittellandrohung vorlägen (Beschluss vom 15.1.2008). Gegen diesen VK-Beschluss hat die Antragstellerin am 28.1.2008 sofortige Beschwerde beim OLG eingelegt mit dem Ziel, gegen die Antragsgegnerinnen als Gesamtschuldner ein Zwangsgeld von 10.000.000 Euro - ersatzweise Zwangshaft - zur Durchsetzung des Beschlusses der VK vom 15.11.2007 "festzusetzen und zu vollstrecken", hilfsweise die VK entsprechend anzuweisen.
- 4 Das LSG hat den SG-Beschluss vom 20.12.2007 betreffend die einstweilige Zuschlagserteilung mit Beschluss vom 27.2.2008 (*ZMGR 2008, 154 ff = MedR 2008, 309 ff*) wegen Verletzung vergaberechtlicher Mindeststandards im Vergabeverfahren aufgehoben und den Antragsgegnerinnen untersagt, Zuschläge auf Rabattverträge über die Antragstellerin betreffenden Wirkstoffe zu erteilen. Die Antragsgegnerinnen haben daraufhin ihre Ausschreibung aufgehoben.
- 5 Auf die sofortige Beschwerde hinsichtlich des von der VK abgelehnten Vollstreckungsbegehrens der Antragstellerin hat das OLG seine sachliche Zuständigkeit festgestellt (Beschluss vom 20.2.2008) und diese Sache analog § 124 Abs 2 Gesetz gegen Wettbewerbs-

beschränkungen (GWB) dem Bundesgerichtshof (BGH) vorgelegt (Beschluss vom 16.6.2008 - VII-Verg 7/08). Der BGH hat das Verfahren mit Beschluss vom 18.12.2008 an das BSG abgegeben, um dem Verfahrensübergang nach § 207 Satz 1 Fall 2 SGG (*in der ab 18.12.2008 geltenden Fassung durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der GKV <GKV-OrgWG> vom 15.12.2008, BGBl I 2426*) Rechnung zu tragen. Die Antragstellerin hat gegenüber dem BSG die Sache unter Verwahrung gegen die Kostenlast "für erledigt" erklärt; da die Antragsgegnerinnen im August/September 2008 ein neues Vergabeverfahren eingeleitet hätten, müsse sie die Befolgung des VK-Beschlusses vom 15.11.2007 nicht länger mit Zwangsmitteln durchsetzen. Die Antragsgegnerinnen haben sich der Erledigungserklärung unter Protest gegen die Kostenlast angeschlossen.

II

- 6 1. Der Senat ist aufgrund des Verfahrensübergangs nach § 207 Satz 1 Fall 2, § 142a Abs 2 SGG (*beide idF durch das GKV-OrgWG*) und anschließender Erledigung der sofortigen Beschwerde in der Hauptsache zur Entscheidung über die Kosten ohne Hinzuziehung ehrenamtlicher Richter berufen.
- 7 a) Es kommt hierfür nicht darauf an, ob die Vorlage des OLG an den BGH gemäß § 124 Abs 2 GWB zulässig war (*anders wohl für die in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden Verfahren BGH, NZBau 2006, 392 f = WRP 2006, 375 f, juris RdNr 3; die Zulässigkeit in einem Parallellfall verneinend BGH NJW 2008, 3222*). Für Verfahren, die nach § 207 Satz 1 Fall 2 SGG vom BGH auf das BSG übergegangen sind und sich danach erledigen, ist das BSG unabhängig davon zur Entscheidung über die Kosten berufen, ob die vorangegangene Vorlage des OLG an den BGH zulässig war (*dazu im Einzelnen näher BSG, Beschluss vom 1.9.2009 - B 1 KR 1/09 D, RdNr 6 f, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen*).
- 8 b) Der erkennende Senat hat entsprechend § 161 Abs 2 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) wegen der übereinstimmenden Erklärungen der Hauptverfahrensbeteiligten, die sofortige Beschwerde sei in der Hauptsache erledigt, über die Kosten zu entscheiden. In vergaberechtlichen Verfahren der sofortigen Beschwerde aus dem Bereich der GKV gelten grundsätzlich die Vorschriften des SGG, soweit nicht § 142a SGG speziell auf Regelungen des GWB verweist (*vgl Hauck in: Hennig, SGG, Stand August 2009, § 142a RdNr 7*). Zu den allgemeinen Vorschriften des SGG gehört auch die entsprechend anzuwendende Regelung über die übereinstimmend erklärte Hauptsachenerledigung nach § 197a Abs 1 Satz 1 SGG, § 161 Abs 2 Satz 1 VwGO. § 161 Abs 2 VwGO ist für selbständige Beschwerdeverfahren entsprechend anzuwenden (*vgl Hauck in: Zeihe, SGG, Stand 1.7.2009, nach § 197a § 161 VwGO RdNr 7b*). Ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so entscheidet das Gericht gemäß § 161 Abs 2



Satz 1 VwGO nach billigem Ermessen über die Kosten des Verfahrens durch Beschluss; der bisherige Sach- und Streitstand ist zu berücksichtigen.

- 9 2. Es entspricht billigem Ermessen im Sinne dieser Vorschrift, die Antragstellerin in vollem Umfang mit den Verfahrenskosten einschließlich der notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen zu belasten, nicht aber mit den Kosten der zu 1. bis 11. beigeladenen pharmazeutischen Unternehmen. Zu unterscheiden ist zwischen den Kosten des Verfahrens der sofortigen Beschwerde und denjenigen vor der VK.
- 10 a) Für das billige Ermessen kommt den mutmaßlichen Erfolgsaussichten Bedeutung zu (*BSG SozR 3-1500 § 193 Nr 2 S 3 und Nr 10 S 26 f; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 193 RdNr 13*). Allerdings sind auch die Gründe für den Anlass der Klageerhebung - oder hier: Rechtsmittel einlegung - iS des Veranlassungsprinzips zu berücksichtigen (*BSG SozR 4-4200 § 22 Nr 4 RdNr 5; BSG SozR 3-3100 § 5 Nr 7 S 26 f; Leitherer, aaO, § 193 RdNr 12b, 13; Hauck in: Zeihe, aaO, Nach § 197a § 161 VwGO RdNr 12*). Die Antragstellerin hatte bei verständiger Würdigung der Rechtslage und nach den Umständen und dem Verlauf des krankenversicherungsrechtlichen Vergabeverfahrens weder Veranlassung, sich am 28.12.2007 mit ihrem Vollstreckungsbegehren an die VK zu wenden, noch - nach erfolgter Ablehnung dieses Begehrens durch die VK - sofortige Beschwerde beim OLG einzulegen. Auch fehlte ihrem Vollstreckungsbegehren und ihrer sofortigen Beschwerde die Aussicht auf Erfolg.
- 11 b) Dem Erfolg des am 28.12.2007 durch die Antragstellerin an die VK herangetragenen Begehrens auf Vollstreckung aus dem VK-Beschluss vom 15.11.2007 stand entgegen, dass das SG bereits mit Beschluss vom 20.12.2007 die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragsgegnerinnen angeordnet und ihnen einstweilen die Zuschlagserteilung gestattet hatte. Die von der Antragstellerin dagegen eingelegte Beschwerde an das LSG bewirkte keine aufschiebende Wirkung des SG-Beschlusses (§ 175 Satz 1 SGG), zumal kein Beschluss des SG nach § 175 Satz 3 SGG erging. Die Antragstellerin hatte bei verständiger Würdigung ebenso wenig Anlass, sich zusätzlich gegen die Ablehnung ihres Vollstreckungsbegehrens durch die VK mit der sofortigen Beschwerde an das OLG zu wenden, da sie ihr Ziel zulässigerweise auf dem verfahrensrechtlich zutreffenden Weg mit der Beschwerde gegen den SG-Beschluss im richtigen Rechtsweg verfolgte (*vgl BSG SozR 4-1500 § 51 Nr 4 RdNr 51 ff sowie hier speziell BSG, Beschluss vom 6.10.2008 - B 3 SF 2/08 R, juris RdNr 14 ff zur Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit für krankenversicherungsrechtliche Vergabesachen bereits vor den am 18.12.2008 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen durch das GKV-OrgWG*). Schließlich hatte die Antragstellerin auch später keinen Anlass, die sofortige Beschwerde aufrechtzuerhalten. Sie hätte aus dem LSG-Beschluss vom 27.2.2008 vollstrecken können, sofern ihr die Antragsgegnerinnen dazu einen Anlass gegeben hätten. Daran fehlte es indessen, weil die Antragsgegnerinnen auf den LSG-Beschluss vom 27.2.2008 (*ZMGR 2008, 154 ff = MedR 2008, 309 ff*) hin ihre Aktivitäten auf der Grundlage der ursprünglichen Ausschreibung erkennbar nicht



weiterbetrieben (vgl. im Übrigen zur Annahme hinreichenden Vollstreckungsdrucks bei Sozialversicherungsträgern selbst bei fehlendem Titel zB BSGE 10, 21, 24; BSG SozR 4-2500 § 125 Nr 2 RdNr 10 mwN).

- 12 c) Erst recht mangelte es am Rechtsschutzbedürfnis für die sofortige Beschwerde zum OLG, nachdem das BSG rechtskräftig den Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit bejaht hatte. Aufgrund des BSG-Beschlusses vom 6.10.2008 (aaO) war für den vorliegenden Rechtsstreit nämlich entschieden, dass für die Anfechtung des Beschlusses der VK vom 15.11.2007 der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist. Diese Beurteilung durch das BSG als demjenigen obersten Gerichtshof des Bundes, der zuerst um die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs angegangen worden war (vgl. für negative Kompetenzkonflikte **BGHZ 44, 14, 15**), war grundsätzlich einer abweichenden Entscheidung entzogen. Die Rechtswegentscheidung des BSG ergriff nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH NJW 2008, 3222 RdNr 17 f) auch den Rechtsbehelf, über dessen Kosten im Streitfall noch zu entscheiden ist. War im Streitfall für die rechtliche Überprüfung des VK-Beschlusses vom 15.11.2007, der mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden soll, von der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit auszugehen, konnte 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 (vgl. BGH, ebenda). Eine Verweisung der sofortigen Beschwerde an das zuständige LSG erübrigte sich indessen, weil die Antragsgegnerinnen - wie ausgeführt - keinen Anlass zu einem Vollstreckungsbegehren gegeben hatten und der Antragstellerin im Übrigen ein einfacherer Weg zur Vollstreckung in Gestalt eines Antrags an das SG auf Vollstreckung aus dem LSG-Beschluss offen stand.
- 13 Eine Berechtigung der Antragstellerin zur Anrufung des OLG und zur Fortführung des Verfahrens bis zur übereinstimmenden Hauptsachenerledigung resultiert schließlich auch nicht daraus, dass das OLG aufgrund seines "zwischenzeitlich rechtskräftig gewordenen" Beschlusses vom 20.2.2008 seine Zuständigkeit annahm und sich daran "für das weitere Verfahren gebunden" hielt. Davon geht offensichtlich auch der BGH (ebenda) aus. Die Rechtswegbeschlüsse des OLG, die unter Missachtung der bereits zuvor in der Sozialgerichtsbarkeit eingetretenen anderweitigen Rechtshängigkeit zustande kamen, haben wegen der dabei aufgetretenen gröblichen Verfahrensfehler keine rechtlich bindende Wirkung (vgl. auch BSG SozR 4-1500 § 51 Nr 4 RdNr 44 ff; BSG, Beschluss vom 6.10.2008 - B 3 SF 2/08 R, juris RdNr 20). Das OLG hat auch in diesem Fall nicht beachtet, dass bevor geprüft wird, ob der Rechtsweg zu dem angerufenen Gericht zulässig ist, geklärt werden muss, ob das von Amts wegen zu beachtende Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit besteht (vgl. § 17 Abs 1 Satz 2 Gerichtsverfassungsgesetz und hierzu BGH NJW 1998, 231 mwN).



- 14 d) Es entspricht nicht der Billigkeit, der Antragstellerin auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen (vgl § 162 Abs 3 VwGO). Die Beigeladenen haben selbst keine Anträge gestellt und das Verfahren auch nicht wesentlich gefördert (*vgl entsprechend zB BSG, Beschluss vom 19.7.2006 - B 6 KA 33/05 B - RdNr 12; BSG, Beschluss vom 22.4.2009 - B 3 KR 2/09 D - RdNr 35*).
- 15 3. Einer Festsetzung des Wertes des Streitgegenstands bedarf es derzeit nicht. Streitwertabhängige Gerichtsgebühren fallen für sofortige Beschwerden, die in Verfahren bei der Sozialgerichtsbarkeit anhängig gemacht werden, nicht an (*dazu näher BSG, Beschluss vom 1.9.2009 - B 1 KR 1/09 D, RdNr 18 f, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen*). Ein zum Zwecke der anwaltlichen Gebührenfestsetzung in Betracht kommender Antrag nach § 33 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz ist nicht gestellt worden.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)