

L 5 KR 316/08 B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 10 KR 8405/07
Datum
20.12.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 KR 316/08 B
Datum
06.02.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

1. Die Rechtswegsperre nach [§ 17 Abs. 1 GVG](#) gilt auch für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges nach [§ 17a GVG](#), d. h. das zuerst angegangene Gericht, bei dem also das Verfahren zuerst rechtshängig geworden ist, entscheidet zunächst über die Zulässigkeit des Rechtsweges.

2. Für Streitigkeiten über die Ausschreibung durch die gesetzlichen Krankenkassen zum Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) ist das Vergaberecht nach dem GWB nicht anwendbar und daher der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben. Eine Zuständigkeit der Vergabekammern und der Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten besteht dagegen nicht.

Die Beschwerden der Beklagten und der Beigeladenen Ziff. 1 gegen den Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart vom 20. Dezember 2007 werden zurückgewiesen.

Die Beklagte und die Beigeladene Ziff. 1 tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der übrigen Beigeladenen. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen. Der Streitwert wird auf 500.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Im Hauptsacheverfahren ([S 10 KR 8405/07](#)) wenden sich die Klägerinnen (sämtlich AOK-Landesverbände der Bundesrepublik Deutschland) gegen das ihnen gegenüber von der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf ausgesprochene Verbot, für verschiedene Wirkstoffe Zuschläge auf Angebote von Pharmaunternehmen zum Abschluss von Rabattverträgen zu erteilen.

Die Klägerinnen haben gemeinsam unter Federführung der Klägerin Ziff. 1 (AOK Baden-Württemberg) für insgesamt 83 Wirkstoffe die auf dem Markt in Deutschland für diese Wirkstoffe tätigen in- und ausländischen Pharmaunternehmen mit Schreiben vom 3. August 2007 aufgefordert, bis zum 3. September 2007 12:00 Uhr ein entsprechendes - bis 31. Dezember 2007 verbindliches - Angebot für eine Rabattvereinbarung nach [§ 130 a Abs. 8](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung - (SGB V) für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2009 bei der Klägerin Ziff. 1 abzugeben (siehe Bl. 127 f. SG-Akte).

Aus den bis zum Ablauf der Angebotsfrist eingegangenen Angeboten wurden je Wirkstoff drei bis vier Pharmaunternehmen ausgewählt, mit denen Rabattverträge abgeschlossen werden sollten. Mit Schreiben vom 14. September 2007 (Bl. 178 f. SG-Akte [S 10 KR 8404/07 ER](#) bezüglich der Beigeladenen Ziff. 9) informierten die Klägerinnen alle Pharmaunternehmen, die ein Angebot abgegeben hatten, "im Vorgriff" auf die zu erfolgenden Vertragsabschlüsse, die "14 Tage nach Absendung dieser Vorabinformation beabsichtigt" seien. Eine Benennung der jeweils ausgewählten Pharmaunternehmen enthielt dieses Schreiben nicht.

Daraufhin beantragte die Beigeladene Ziff. 1 (T. F.GmbH) mit Schreiben vom 25. September 2007 (Bl. 112 f. SG-Akte) bei der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach den [§§ 102, 107](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit der Begründung, die Klägerinnen hätten mit ihrem Vorgehen gegen mehrere vergaberechtliche Vorgaben verstoßen.

Nach Beiladung von 31 Pharmaunternehmen untersagte die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf mit Beschluss vom 31. Oktober 2007 (Aktenzeichen [VK-31/2007-L](#), Bl. 5 f. SG-Akte) den Klägerinnen (dort Antragsgegnerinnen), hinsichtlich der im Einzelnen bezeichneten Wirkstoffe auf die vorliegenden Angebote Zuschläge zu erteilen. Die Vergabekammer vertrat hierbei die Auffassung, der

Nachprüfungsantrag sei zulässig, eine vorrangige Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit bestehe nicht, auch sei ihre örtliche Zuständigkeit gegeben. Der für die Vergabe öffentlicher Aufträge maßgebende Schwellenwert von 211.000 EUR sei vorliegend überschritten. Die Klägerinnen seien auch öffentliche Auftraggeber, auch die Merkmale eines öffentlichen Auftrages (Leistungserbringung gegen Entgelt an einen öffentlichen Auftraggeber) lägen vor. Eine vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession liege hier ebenso wenig wie eine Bereichsausnahme nach [§ 100 Abs. 2 GWB](#) vor. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da die Klägerinnen gegen das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot aus [§ 97 Abs. 1 GWB](#) verstoßen hätten, indem sie das Kriterium der Produktbreite aufgestellt und gewertet hätten, das Daten beinhalte, die für die Bieter sowohl vor Erstellung ihres Angebotes wie nach Auswertung nicht zugänglich gemacht worden seien. Zum weiteren Inhalt der Entscheidung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 31. Oktober 2007 (Bl. 5 f. SG-Akte) verwiesen.

Gegen diesen Beschluss haben die Klägerinnen beim Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf am 22. November 2007 sofortige Beschwerde eingelegt (Aktenzeichen [VII Verg 44/07](#)). In diesem Verfahren hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 18. Dezember 2007 festgestellt, dass es für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf zuständig sei. Ferner wurde das Beschwerdeverfahren bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften über die Vorlage des OLG Düsseldorf gemäß Beschluss vom 23. Mai 2007 ([VII Verg 50/06](#)) ausgesetzt. Das OLG Düsseldorf hat hierbei die Auffassung vertreten, es sei für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde (einschließlich sonstiger wie auch immer genannter Rechtsbehelfe) gegen die Entscheidung der Vergabekammer nach [§ 116 Abs. 1, 3 GWB](#) zuständig, und zwar ausschließlich. Eine Zuständigkeit der Sozialgerichte bestehe nicht. Dabei komme es nicht darauf an, ob die angegriffene Vergabeentscheidung tatsächlich durch die Vergabekammer oder aber durch die allgemeine Zivilgerichtsbarkeit, die Verwaltungsgerichtsbarkeit oder durch die Sozialgerichtsbarkeit zu überprüfen gewesen wäre. Die Zuständigkeit des Vergabesenates knüpfe allein daran an, dass die Entscheidung einer Vergabekammer durch eine sofortige Beschwerde angegriffen worden sei. Die Zuständigkeitsanknüpfung erfolge - was den Vergabesenat betreffe - mithin nicht materiell-rechtlich derart, dass bereits in diesem Punkt zu prüfen sei, ob das Verfahren eine Vergabeentscheidung im Sinne der [§§ 97 ff GWB](#) betreffe oder nicht. Dies ergebe sich z. B. eindeutig aus der Regelung des [§ 118 Abs. 3 GWB](#), wonach das von einer Vergabekammer erlassene Zuschlagsverbot nur von einem Vergabesenat gem. [§ 121 GWB](#) oder [§ 123 GWB](#) aufgehoben werden könne. Genauso wie (allein) das Oberlandesgericht zur Entscheidung über eine Berufung/Beschwerde gegen die erstinstanzliche Entscheidung eines Landgerichts berufen sei, unabhängig davon, ob die ordentliche Gerichtsbarkeit überhaupt zuständig sei oder nicht, sei ausschließlich der Senat für Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Vergabekammer zuständig. Ob die Vergabekammer mit Recht eine Vergabeentscheidung im Sinne der [§§ 97 ff GWB](#) angenommen habe, sei erst für den Inhalt der vom Senat zu treffenden Entscheidung erheblich. Sollte die Auffassung der Antragsgegnerinnen (hier die Klägerinnen) zutreffen, es handle 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 an das zuständige Sozialgericht zu verweisen. Das OLG Düsseldorf ist in dem Zusammenhang im Grundsatz davon ausgegangen, das Vergaberecht nach den [§§ 94 ff GWB](#) sei nicht durch [§ 69 SGB V](#) für die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern ausgeschlossen, unter anderem habe der Gesetzgeber nur die [§§ 87, 96 GWB](#), nicht aber die [§§ 104, 116 GWB](#) geändert und auch in [§ 51 Abs. 2 SGG](#) nur die [§§ 87, 96 GWB](#) und nicht die [§ 104, 116 GWB](#) ausgeschlossen. Aus dem Umstand, dass in [§ 69 SGB V](#) in bestimmtem Rahmen die [§§ 19 bis 21 GWB](#) entsprechend anzuwenden seien, könne entgegen der Auffassung des OLG Karlsruhe in seinem Hinweisbeschluss vom 19. November 2007 (7 Verg 11/07) nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe damit klargestellt, dass die nicht aufgeführten vergaberechtlichen Vorschriften des GWB für die Vergabetätigkeit der Krankenkassen nicht gelten sollten. Wegen der weiteren Einzelheiten des Beschlusses siehe Bl. 380 f. der SG-Akte.

Die Klägerinnen haben in der Zwischenzeit die Beschwerde beim OLG Düsseldorf zurückgenommen.

Zuvor hatten die Klägerinnen bereits am 21. November 2007 beim Sozialgericht Stuttgart (SG) Klage gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, gerichtet gegen die Bezirksregierung Düsseldorf, erhoben (Aktenzeichen [S 10 KR 8405/07](#)), über die noch nicht entschieden ist. Gleichzeitig mit der Klageerhebung haben die Klägerinnen beim SG die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ([S 10 KR 8404/07 ER](#)) beantragt, den das SG mit Beschluss vom 20. Dezember 2007 gewährt hat. Das Beschwerdeverfahren ([L 5 KR 6123/07 ER-B](#)) ist noch beim Senat anhängig.

Die Klägerinnen tragen vor, hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage (wie auch des Antrages auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes) sei der Sozialrechtsweg gegen den Beschluss der Vergabekammer eröffnet. Die Zuständigkeit der Sozialgerichte ergebe sich hierbei ausdrücklich und speziell für den Bereich der Rabattvereinbarungen aus [§ 130 a Abs. 9 SGB V](#). Auch ohne diese Regelung folge die Zuständigkeit der Sozialgerichte aus [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#), wonach die Sozialgerichte sowohl für öffentlich-rechtliche als auch für privatrechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung zuständig seien, auch soweit dadurch Dritte betroffen würden. Die allgemeine Zuständigkeitszuweisung an die Sozialgerichte werde durch [§ 69 SGB V](#) bestätigt und verstärkt. So seien nach [§ 69 Satz 2 SGB V](#) ausschließlich die [§§ 19 bis 21 GWB](#) entsprechend anwendbar, nicht aber die vergaberechtlichen Normen der [§§ 97 ff. GWB](#). Damit seien auch die Regelungen der [§§ 102 ff. GWB](#) über das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren nicht anwendbar. Daher sei gegen den Beschluss der Vergabekammer die Beschwerde zum OLG Düsseldorf auf der Grundlage von [§ 116 GWB](#) unzulässig und der Sozialrechtsweg eröffnet. Die Ansicht, wonach bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte [§ 69 SGB V](#) unanwendbar sei, weil der Gesetzgeber nicht über Gemeinschaftsrecht, hier insbesondere die Richtlinie 2004/18/EG disponieren könne, begründe ebenfalls nicht die Eröffnung des Verfahrensweges vor die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen. Die dem Beschluss der Vergabekammer beigefügte Rechtsmittelbelehrung (mit dem Hinweis auf die Beschwerde zum OLG Düsseldorf) habe keine Auswirkungen auf die Eröffnung des Rechtsweges zu den Sozialgerichten, da sie insoweit unrichtig sei.

Die Anträge seien auch begründet. Dies wird weiter ausgeführt.

Die Beklagte (Bezirksregierung Düsseldorf) ist dem sowohl im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes als auch im Klageverfahren entgegengetreten und hat die Auffassung vertreten, der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit sei nicht gegeben. Insoweit werde zunächst schon Bezug genommen auf die zutreffenden Gründe im angefochtenen Beschluss der Vergabekammer. [§ 130 a Abs. 9 SGB V](#) finde keine Anwendung, da diese Zuständigkeitsregelung sich nur auf Streitigkeiten unmittelbar zwischen Krankenkassen und Pharmaunternehmen beziehe. [§ 130 a Abs. 9 SGB V](#) gelte mithin nicht für eine Streitigkeit zwischen Krankenkassen und einer Landesbehörde bzw. einer

Einrichtung eines Bundeslandes wie der Vergabekammer. Dafür spreche auch die Regelung des seit 1. April 2007 in Kraft getretenen [§ 69 Satz 2 SGB V](#). Der 2. Halbsatz dieser Vorschrift lasse erkennen, dass der Gesetzgeber insoweit nur an Verträge unmittelbar zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern gedacht habe. Eine Streitigkeit zwischen Krankenkassen und Landesbehörden sei hiervon nicht erfasst. Diese Auffassung werde auch durch einen Beschluss des SG Düsseldorf vom 14. November 2007 ([S 9 KR 147/07 ER](#)) bestätigt, in dem zu Recht bei Vergabeverfahren oberhalb des Schwellenwertes der Sozialrechtsweg für unzulässig gehalten worden sei. Unabhängig davon, wie die Frage des zulässigen Rechtsweges zu beantworten sei, bestehe zunächst eine vorgreifliche Zuständigkeit des Gerichts des zuerst eingeschlagenen Rechtsweges. Mit Anrufung der Vergabekammer als gerichtsähnlichem Entscheidungsgremium sui generis werde bereits der Rechtsweg "beschritten". Dadurch entstehe eine vorgreifliche Zuständigkeit des "Gerichts" des zuerst eingeschlagenen Rechtsweges. Folgerichtig habe die Sozialgerichtsbarkeit keinerlei Entscheidungsbefugnis über die Zulässigkeit des Rechtsweges, da bereits zuvor das Nachprüfungsverfahren beschritten worden sei und deswegen über die Zuständigkeit nur und ausschließlich im Nachprüfungsverfahren nach den [§§ 102 ff. GWB](#) entschieden werden könne. Letztendlich zuständiger Entscheidungsträger sei insoweit das OLG Düsseldorf im Beschwerdeverfahren gemäß den [§§ 116 ff. GWB](#). Da die sofortige Beschwerde der Klägerinnen zum OLG Düsseldorf zeitlich vor den hier streitgegenständlichen Anträgen anhängig geworden sei, wäre in jedem Fall die vorgreifliche Zuständigkeit des OLG Düsseldorf gegeben, weil der Rechtsweg zu ihm zuerst "beschritten" worden sei. Weiterhin sei die Beklagte, die Bezirksregierung Düsseldorf, nicht passiv legitimiert, da sie in keinerlei Hinsicht am Nachprüfungsverfahren der Vergabekammer beteiligt sei. Wenn überhaupt müssten sich die Anträge gegen die Vergabekammer wenden. Allerdings sei die Vergabekammer selbst nicht beteiligungsfähig im Sinne von [§ 70 SGG](#). Insoweit sei die Unterbrechung des Verfahrens gemäß [§ 202 SGG](#) i.V.m. den [§§ 241](#) und [245](#) Zivilprozessordnung (ZPO) festzustellen, da in Nordrhein-Westfalen eine gesetzliche Regelung der Passivlegitimation bzw. der Vertretungsbefugnisse fehle, wenn eine Klage gegen einen Verwaltungsakt einer Vergabekammer des Landes Nordrhein-Westfalen gerichtet werde. Eine entsprechende Problematik habe sich in Nordrhein-Westfalen nach Auflösung der Versorgungsämter ergeben.

Im Übrigen werde hinsichtlich der Unbegründetheit der Anträge auf die zutreffenden Gründe des angegriffenen Beschlusses der Vergabekammer Bezug genommen. Es sei nicht nachvollziehbar und nicht erkennbar, dass dieser Beschluss offensichtlich rechtswidrig sein könnte. Auch aus sozialrechtlicher Sicht bestünden im Hinblick auf die anwendbaren [§§ 19](#) bis [21 GWB](#) an der Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Klägerinnen bei der Anbahnung der Rabattverträge ernstliche Zweifel.

Mit Beschluss vom 22. November 2007 hat das SG die Beigeladene Ziff. 1 (T. Ph. GmbH) nach [§ 75 Abs. 2 SGG](#) und mit Beschluss vom 27. November 2007 die im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf beigeladenen Pharmaunternehmen gemäß [§ 75 Abs. 1 SGG](#) zum vorliegenden Verfahren beigeladen (Blatt 204/209 SG-Akte).

Die Beigeladene Ziff. 1 hat ausgeführt, auch ihrer Auffassung nach sei der Sozialrechtsweg vorliegend nicht eröffnet. Dies ergebe sich daraus, dass mit der Annahme des Vergaberechtsweges durch die Vergabekammer bereits erstinstanzlich ein Rechtsweg eingeschlagen worden sei. Dieser erstinstanzlich eingeschlagene Vergaberechtsweg könne nur durch eine Entscheidung des Beschwerdegerichts innerhalb des eingeschlagenen Rechtsweges wieder verlassen werden. Hierfür sei das OLG Düsseldorf im Rahmen der dort eingelegten sofortigen Beschwerde zuständig. Das Vorhaben der Klägerinnen, den Beschwerderechtsweg dadurch zu umgehen, dass sie die Vergabekammer zur "normalen Verwaltungsbehörde" und deren Entscheidung zum "normalen Verwaltungsakt" erklärten, widerspreche der besonderen Stellung der Vergabekammern als gerichtsähnliche erste Instanz des einheitlichen vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens. Der gerichtsähnliche Charakter der Vergabekammern ergebe sich aus einer Reihe von besonderen Merkmalen (Zusammensetzung, Unabhängigkeit, Eigenverantwortlichkeit, richterliche Unabhängigkeit, Spruchrichterprivileg, Ausgestaltung als gerichtliches Verfahren, Verfahrensablauf). Die gerichtsähnliche Ausgestaltung der Vergabekammern ergebe sich auch aus der Begründung des Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG -, [BT-Drucks. 13/9340](#)). Zudem habe der Europäische Gerichtshof (EuGH) bestätigt, dass die Vergabekammern ein zur Vorlage berechtigtes nationales Gericht darstellten. Bestätigt werde dies auch gerade durch den von den Klägerinnen zitierten Hinweisbeschluss des OLG Karlsruhe. Der Sozialrechtsweg sei somit nicht eröffnet. Das SG Stuttgart sei daher erst dann befugt, über den vorliegenden Fall zu entscheiden, wenn das OLG Düsseldorf die Streitigkeit an das SG verwiesen habe oder den ursprünglichen Nachprüfungsantrag als unzulässig abgewiesen und sich die Klägerinnen dann an das SG gewandt hätten. Auch seien die Anträge bereits unzulässig, weil die Beklagte nicht passiv legitimiert sei. Beklagte und Vergabekammer seien organisatorisch und funktional getrennt. Damit seien die Anträge auch unstatthaft. Einziger Rechtsbehelf gegen die Entscheidung der Vergabekammer sei ausschließlich die sofortige Beschwerde zum OLG Düsseldorf. Es werden weiter Ausführungen in der Sache gemacht.

Die Beigeladene Ziff. 9 (b. Ph. GmbH) hat u. a. geltend gemacht, dem Rechtsweg zu den Sozialgerichten stehe überdies der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 18. Dezember 2007 entgegen. An diese Entscheidung sei das SG hinsichtlich der Zulässigkeit des Vergaberechtsweges sowie der Unzulässigkeit des Sozialrechtsweges gebunden.

Mit Beschluss vom 20. Dezember 2007 hat das SG im Klageverfahren vorab über den Rechtsweg entschieden und den Rechtsweg zu den Sozialgerichten für zulässig erklärt. Zur Begründung hat das SG auf den Beschluss vom gleichen Tag im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, im Rahmen dessen das SG direkt über den Rechtsweg mitentschieden hatte, Bezug genommen.

Dort hat es zunächst darauf hingewiesen, dass es nach dem Beschluss des Bundessozialgerichtes (BSG) vom 11. Dezember 2007 ([B 12 SF 9/07 S](#)) das örtlich zuständige Gericht für die Anträge aller Klägerinnen sei. Das BSG habe allerdings in seinem Beschluss ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich seine Entscheidung darauf beschränke, welches Gericht innerhalb der Sozialgerichtsbarkeit für die Rechtsstreite örtlich zuständig sei. Eine Entscheidung darüber, ob der beschrittene Rechtsweg zu den Sozialgerichten zulässig sei und/oder eine andere Gerichtsbarkeit hierüber bereits mit für die Sozialgerichtsbarkeit bindender Wirkung entschieden habe, sei ausdrücklich nicht erfolgt. Daher habe das SG in eigener Zuständigkeit zunächst darüber zu entscheiden, ob vorliegend der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben sei. Dies hat das SG bejaht. Im Einzelnen hat das SG darauf verwiesen, im vorliegenden Verfahren gehe es darum, ob die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf den Klägerinnen habe verbieten dürfen, Zuschläge auf Angebote von Pharmaunternehmen zum Zwecke des Abschlusses von Rabattverträgen zu erteilen. Der Abschluss derartiger Rabattverträge sei in [§ 130 a Abs. 8 SGB V](#) abschließend geregelt, wonach Krankenkassen oder ihre Verbände mit pharmazeutischen Unternehmen zusätzlich zu den Abschlägen nach den Abs. 1 und 2 Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren könnten. Für Streitigkeiten in diesen Angelegenheiten sei der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben. Dies folge bereits aus [§ 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2](#) Sätze 1 und [2 SGG](#). Das SG führt dies im Weiteren unter Darstellung der entsprechenden gesetzlichen Regelungen in [§ 51 Abs. 2 Satz 2 SGG](#), [§§ 87](#) und [96 GWB](#), [§ 69 SGB V](#) i. V. m. den entsprechenden Änderungen unter Darstellung auch der Motive hierzu wie auch der

Rechtsprechung des BSG und des BGH aus, wonach auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern - zu denen auch die Pharma-Unternehmen gehörten - die Vorschriften des GWB - einschließlich der vergaberechtlichen Vorschriften der [§§ 97 ff GWB](#) - nicht mehr anwendbar seien und damit der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben sei.

Der Umstand, dass das OLG Düsseldorf im Beschluss vom 18. Dezember 2007 seine Zuständigkeit für die Entscheidung der sofortigen Beschwerde angenommen habe, binde im Übrigen die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nicht. [§ 17 a Abs. 1 GVG](#) bestimme zwar, dass für den Fall, dass ein Gericht den zu ihm beschrittenen Rechtsweg rechtskräftig für zulässig erklärt habe, andere Gerichte an diese Entscheidung gebunden seien. Diese Bindungswirkung trete hier jedoch nicht ein, da das OLG Düsseldorf die von ihm getroffene Entscheidung nicht hätte treffen dürfen. Unabhängig davon, dass - wie dargelegt - der Sozialrechtsweg nach Auffassung des SG vorliegend eröffnet sei, stehe einer Entscheidung des OLG Düsseldorf die "Rechtswegsperre" des [§ 17 a Abs. 1 Satz 2 GVG](#) (gemeint wohl [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#)) entgegen. Nach dieser Vorschrift könne während der Rechtshängigkeit die Sache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden. Hierbei gelte die Rechtswegsperre für den Streitgegenstand, der maßgebend durch die Beteiligten, den gestellten Antrag, über den eine gerichtliche Entscheidung begehrt werde, und die zur Unterstützung dieses Antrages vorgetragenen Tatsachen bestimmt werde. Ob einem weiteren Antrag, einer weiteren Klage oder einer sofortigen Beschwerde eine bereits gegebene Rechtshängigkeit nach [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) entgegenstehe, richte sich entsprechend dem Grundsatz der Priorität danach, welcher Antrag bzw. welche Klage zuerst anhängig geworden sei. Während die beim SG Stuttgart gestellten Anträge der Klägerinnen bereits am 21. November 2001 eingegangen seien und damit rechtshängig geworden seien, sei die sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf erst am 22. November 2007, somit später, eingelegt worden. Soweit das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss darauf hinweise, entscheidend sei der Zeitpunkt der Beiladungsbeschlüsse des SG Stuttgart vom 4. Dezember 2007, übersehe das OLG hierbei nach Auffassung des SG, dass entscheidend für die Rechtswegsperre der Streitgegenstand sei. Gegenstand sowohl des sofortigen Beschwerdeverfahrens vor dem OLG Düsseldorf als auch der beim SG eingeleiteten Klageverfahren und Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sei jeweils das gegenüber den Klägerinnen ausgesprochene Verbot, Zuschläge auf Angebote zum Abschluss von Rabattverträgen zu erteilen. Bei identischem Streitgegenstand habe somit der Entscheidung des OLG Düsseldorf die Rechtswegsperre des [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) entgegen gestanden. Eine Bindung des SG Stuttgart an diesen zu Unrecht ergangenen Beschluss des OLG Düsseldorf hinsichtlich des darin angenommenen Rechtsweges bestehe deshalb nicht.

Die Beklagte hat gegen den ihren Bevollmächtigten mit Empfangsbekanntnis am 27. Dezember 2007 zugestellten Beschluss am 27. Dezember 2007 (wiederholt am 18. Januar 2008), die Beigeladene Ziff. 1 am 16. Januar 2008 Beschwerde eingelegt, der das SG nicht abgeholfen und diese dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat (Beschluss vom 27. Dezember 2007).

Im Rahmen des parallel anhängigen Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes haben die Beteiligten ihre Position zur Zulässigkeit des Rechtsweges nochmals wiederholt. Der Bevollmächtigte der Beigeladenen Ziff. 22 und Ziff. 23 hat u. a. noch ausgeführt, dass entscheidend für die Zuständigkeitsfrage selbstverständlich das Rechtsmittel sei, das gegen die (womöglich unrichtige) Entscheidung der erkennenden Stelle - vorliegend der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf - gegeben sei. Ausschlaggebend sei, dass der Rechtsweg gegenüber Entscheidungen der Vergabekammern zu den Vergabesenaten in der Oberlandesgerichte gesetzlich in den [§§ 116 ff GWB](#) fixiert sei. Diesen Rechtsweg durch Zulassung des Sozialgerichtswegs auszuhebeln sei eine Entscheidung contra legem und in grösster Weise sachwidrig. Die Entscheidung des SG stelle auch eine verfassungswidrige Entziehung des gesetzlichen Richters gem. [Art. 101 GG](#), [§ 16 GVG](#) dar. In Umsetzung der so genannten Rechtsmittel-Richtlinie 89/665/EWG (geändert durch die Richtlinie 92/13/EWG), die ein wirksames Rechtsschutzsystem zur Überprüfung von Vergabeentscheidungen verlange, habe der deutsche Gesetzgeber in [§§ 107 ff GWB](#) einen vergaberechtlichen Sonderrechtsweg geschaffen. Im Übrigen sei nach der Rechtsprechung des EuGH die Vergabekammer "Gericht" im Sinne des [§ 234 EGV](#), sodass das Verfahren vor der Vergabekammer insgesamt ein justizartiges Verfahren darstelle. Daher würden zwar die Entscheidungen der Vergabekammer äußerlich in der Form von Verwaltungsakten ([§ 114 Abs. 3 Satz 1 GWB](#)) ergehen. Jedoch sehe das Gesetz gegen diese Entscheidungen der Vergabekammer ein spezifisches Rechtsmittel vor, nämlich die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht. Hierdurch werde eine ausschließliche Zuständigkeit begründet, die (selbstverständlich) den ansonsten gegen Verwaltungsakte gegebenen Rechtsschutz - Widerspruch und Anfechtungsklage - verdränge. Hinzukomme, dass das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 8. Dezember 2007 bereits im Wege des Vorabbeschlusses nach [§ 17a Abs. 3 GVG](#) die Zulässigkeit des dort beschriebenen Rechtsweges ausgesprochen habe. Diese Entscheidung binde jedes andere Gericht ([§ 17a Abs. 1 GVG](#)) und zwar unabhängig davon, ob die Entscheidung inhaltlich zutreffend ergangen sei oder nicht. Selbst wenn man unterstelle, dass das Verfahren beim SG Stuttgart zuerst, noch vor dem sofortigen Beschwerdeverfahren zum OLG Düsseldorf, rechtshängig geworden sei, ändere dies an der Beurteilung nichts. Denn [§ 17a Abs. 1 GVG](#) ordne jedenfalls an, dass in dem Fall, dass ein Gericht den zu ihm beschrittenen Rechtsweg rechtskräftig für zulässig erklärt habe, andere Gerichte an diese Entscheidungen gebunden seien. Es solle gerade nicht mehr über die Richtigkeit dieser Rechtswegentscheidung gestritten werden, vielmehr insoweit Rechtsfrieden einkehren (mit Hinweis auf Zöller ZPO 26. Aufl. 2007, [§ 17a GVG](#) Rdnr. 2; Baumbach/Lauterbach ZPO 66. Aufl. 2008, [§ 17a GVG](#) Rdnr. 6). Hier liege der Sonderfall vor, dass ein- und dieselbe Sache bei zwei Gerichten verschiedener Gerichtszweige anhängig gemacht worden sei und von Seiten der angerufenen Gerichte nacheinander jeweils positive Zuständigkeitsentscheidungen getroffen worden seien. Sobald sich eines der Gerichte für zuständig erklärt habe, sei die in dem anderen Rechtsweg erhobene Klage als unzulässig abzuweisen (mit Hinweis auf Kissel/Mayer [GVG § 17](#) Rdnr. 45; Baumbach/Lauterbach [§ 17a GVG](#) Rdnr. 6; Thomas/Putzo [ZPO § 17a GVG](#) Rdnr. 5). Die zeitlich zuerst ergangene rechtskräftig gewordene Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges binde insoweit alle Gerichte aller Gerichtsbarkeiten. Der Bevollmächtigte der Beigeladenen Ziff. 22 und Ziff. 23 hat im Weiteren ausgeführt, der Grundsatz des [§ 17a Abs. 1 GVG](#) (Bindungswirkung) gehe im Konfliktfall dem Prozesshindernis des [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) (Rechtswegsperre) vor. Das bedeute: Sei in einem später rechtshängig gewordenen Verfahren eine den Rechtsweg bejahende rechtskräftige Entscheidung ergangen, so sperre dies den Fortgang des früheren, an sich nach [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) zulässigen Verfahrens (mit Hinweis auf Zöller [§ 17a GVG](#) Rdnr. 3; Baumbach/Lauterbach [§ 17a GVG](#) Rdnr. 6 und Kissel/Mayer [§ 17 GVG](#) Rdnr. 45). Die Entscheidung des OLG Düsseldorf sei auch rechtskräftig, weil es sich um eine sachlich abschließende Entscheidung handele, für die das OLG Düsseldorf die Beschwerde nicht zugelassen habe und diese folglich gem. [§ 17a Abs. 4 Satz 4 GVG](#) auch nicht zulässig sei. Auch die Rücknahme der sofortigen Beschwerde durch die Klägerinnen nehme dem gemäß [§ 17a GVG](#) ergangenen Beschluss des OLG Düsseldorf vom 18. Dezember 2007 keineswegs seine Rechtswirksamkeit. Schließlich komme es auch auf die inhaltliche Richtigkeit der Zuständigkeitsentscheidung des OLG, entgegen dem Beschluss des SG Stuttgart, nicht an. Lediglich Rechtswegentscheidungen, die "nicht mehr verständlich" und "offensichtlich unhaltbar" seien, also einen "extremen Verstoß" darstellten, seien ausnahmsweise der Bindungswirkung enthoben (mit Hinweis auf BGH [FamRZ 2004, 434](#)). Hiervon sei der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 18. Dezember 2007 jedoch denkbar weit entfernt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die SG-Akte (vier Bände) sowie die Senatsakte Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Beklagten und der Beigeladenen Ziff. 1 ist unbegründet.

Der Rechtsweg ist zu den Sozialgerichten gegeben.

A. Maßgebliche Rechtsgrundlagen für das Verfahren zur Bestimmung des Rechtsweges sind hier [§§ 17 Abs. 1, 17a GVG](#). Danach wird die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges durch eine nach Rechtshängigkeit eintretende Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt ([§ 17 Abs. 1 Satz 1 GVG](#)). Während der Rechtshängigkeit kann die Sache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden (Satz 2).

Gem. [§ 17a Abs. 1 GVG](#) sind, sofern ein Gericht den zu ihm beschrittenen Rechtsweg rechtskräftig für zulässig erklärt, andere Gerichte an diese Entscheidung gebunden. Ist der beschrittene Rechtsweg unzulässig, spricht gem. [§ 17a Abs. 2 Satz 1 GVG](#) das Gericht dies nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges. Ist der beschrittene Rechtsweg zulässig, kann das Gericht dies gem. [§ 17a Abs. 3 Satz 1 GVG](#) vorab aussprechen. Es hat vorab zu entscheiden, wenn eine Partei die Zulässigkeit des Rechtsweges rügt ([§ 17a Abs. 3 Satz 2 GVG](#)).

Das SG hat gem. [§ 17a Abs. 3 Satz 2 GVG](#) zunächst im Klageverfahren im Hinblick auf die hier streitige Frage des zulässigen Rechtsweges nur über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges vorab entschieden.

B. Die Entscheidung des SG über die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Sozialgerichten ist nicht zu beanstanden.

1. Im Verfahren hier ist zunächst bereits streitig, ob das Verfahren zuerst beim SG Stuttgart oder beim OLG Düsseldorf rechtshängig geworden ist, und damit weiter, ob das OLG Düsseldorf oder das SG Stuttgart zunächst über die Zulässigkeit des Rechtsweges entscheiden durfte und ob unter Umständen das OLG Düsseldorf nicht schon mit Bindungswirkung gegenüber dem SG Stuttgart über die Zulässigkeit des Rechtsweges entschieden hatte.

Da der Rechtsstreit "zuerst" vor dem SG Stuttgart rechtshängig geworden ist, war dieses auch allein zuständig, über die Zulässigkeit des Rechtsweges zu entscheiden. Eine Rechtshängigkeit i. S. v. [§ 17 GVG](#) bestand beim OLG Düsseldorf nicht, dem stand die bereits bestehende Rechtshängigkeit beim SG Stuttgart entgegen ("Rechtswegsperre" gem. [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#)). Das später angerufene Gericht muss die Klage wegen dieses Prozesshindernisses als unzulässig abweisen ohne Rücksicht darauf, dass der Rechtsweg zu diesem Gericht nicht gegeben ist (siehe Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 65. Auflage 2007 [§ 17 GVG](#) Rdnr. 4 mit Hinweis auf BGH [NJW 1998, 231](#); VGH Mannheim [NJW 1996, 1299](#); OVG Münster [NJW 1998, 1581](#)).

Das OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 18. Dezember 2007 die Auffassung vertreten, dass die Klage beim SG Stuttgart wahrscheinlich bereits am 21. November 2007 durch Einreichung der Klageschrift rechtshängig geworden sei ([§§ 90, 94 Abs. 1 SGG](#)), dieses Verfahren sich jedoch zunächst allein gegen die Behörde gerichtet habe, bei der die Vergabekammer eingerichtet worden sei, diese Behörde sei im Beschwerdeverfahren beim OLG Düsseldorf jedoch nicht Verfahrensbeteiligte. Eine Rechtshängigkeit des sozialgerichtlichen Verfahrens gegenüber den übrigen Beteiligten des Verfahrens vor den Vergabekammern sei frühestens zum Zeitpunkt des Beiladungsbeschlusses des SG Stuttgart vom 4. Dezember 2007 eingetreten, zu diesem Zeitpunkt sei aber das Verfahren bereits vollständig beim Vergabesenat des OLG Düsseldorf durch Erhebung der sofortigen Beschwerde am 22. November 2007 rechtshängig geworden ([§ 117 GWB](#)).

Dieser Auffassung des OLG Düsseldorf kann der erkennende Senat nicht folgen. Er ist vielmehr in Übereinstimmung mit dem SG der Überzeugung, dass das Verfahren bereits "vollumfänglich" am 21. November 2007 beim SG Stuttgart sowohl betreffend die Klage als auch das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes rechtshängig geworden war und damit die Rechtshängigkeit vor der Erhebung der Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingetreten ist.

Das OLG Düsseldorf ist wohl vom Grundsatz des Zivilprozesses, dass nämlich eine Klage erst rechtshängig ist, wenn sie dem Gegner (bzw. den Beteiligten) zugestellt worden ist ([§§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO](#)), ausgegangen und hat deshalb angenommen die Klage bzw. das Eilverfahren bezüglich der Beigeladenen sei erst mit der Zustellung des Beiladungsbeschlusses vom 27. November 2007 rechtshängig geworden (also erst nach dem 27. November 2007), während gem. [§ 119 GWB](#) alle Verfahrensbeteiligte aus dem Verfahren vor der Vergabekammer auch Beteiligte am Verfahren vor dem Beschwerdegericht sind, es insoweit keiner Beiladung durch das OLG bedarf.

Zu berücksichtigen ist aber, dass die Rechtshängigkeit sich nach der jeweiligen Prozessordnung der angerufenen Gerichte bestimmt (siehe hierzu das Urteil des Schleswig-holsteinischen LSG vom 28. Mai 2002 - [L 1 SF 43/01](#) - zum Fall der Einreichung einer Vaterschaftsanfechtungsklage statt beim Familiengericht bewusst vor dem Sozialgericht um eine Rechtshängigkeit unabhängig vom Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift an den Gegner zur Wahrung einer bestimmten Frist herbeizuführen). In sämtlichen Verfahren vor den allgemeinen bzw. besonderen Verwaltungsgerichten (Verwaltungsgerichte, Sozialgerichte, Finanzgerichte) wird aber eine Klage jeweils bereits mit Klageerhebung bei Gericht rechtshängig ([§§ 81 Abs. 1, 90 VwGO, §§ 90, 94 SGG, § 64 Abs. 1, 66 FGO](#)). Allen Regelungen ist hierbei zu entnehmen, dass es für Rechtshängigkeit anders als im Zivilprozess auf die Zustellung der Klageschrift an den Gegner nicht ankommt.

Des weiteren ist das OLG Düsseldorf wohl auf Grund seines zivilprozessualen Ansatzes des durch die "Parteien" bestimmten Streitgegenstandes (s. etwa auch Kissel/Mayer GVG 4. Aufl. 2005 § 17 Rdnr. 13) davon ausgegangen, dass sich der "Umfang der Rechtshängigkeit" durch die auch betroffenen Verfahrensbeteiligten bestimmt, und deshalb nach Auffassung des OLG Düsseldorf erst mit der Beiladung im Verfahren vor dem SG Stuttgart das Verfahren den selben "Streitgegenstand" hatte wie das insoweit dann aus Sicht des OLG Düsseldorf zuvor bereits am 22. November 2007 rechtshängig gewordene Verfahren vor dem Vergabesenat.

Das OLG Düsseldorf dürfte hierbei allerdings folgendes übersehen haben: Nach der im Zivilprozess herrschenden Auffassung ist zwar Streitgegenstand der prozessuale Anspruch. Darunter wird das auf einen bestimmten Sachverhalt gestützte und an das Gericht gerichtete Begehren der im Klageantrag genannten Entscheidung verstanden. Der Streitgegenstand wird damit ganz wesentlich durch die gestellten Anträge sowie die Klagebegründung bestimmt. Im sozialgerichtlichen Verfahren gilt nach ständiger Rechtsprechung des BSG der gleiche Streitgegenstandsbegriff (siehe BSG Urteil vom 10. Dezember 1958 in [BSGE 9, 17](#), 20; siehe auch [BSGE 14, 99](#), 101; [18, 266](#); [35, 6](#), 8; BSG Beschluss vom 18. August 1999 - [B 4 RA 25/99 B](#) - in [SozR 3-1500 § 96 Nr. 9](#) m. w. N.; Eschner in Jansen SGG 2005 [§ 94](#) Rdnr. 13). Von diesem Begriff wird auch im Verwaltungsprozess ausgegangen (vgl. nur Kopp/Schenke [VwGO § 90](#) Rdnr. 7).

Es ist aber folgende weitere Besonderheit zu berücksichtigen: Der Streitgegenstand wird in verwaltungsgerichtlichen Verfahren jedenfalls bei Anfechtungsklagen wie hier durch die objektive Rechtswidrigkeit des streitigen Verwaltungsaktes (hier des Beschlusses der Vergabekammer vom 31. Oktober 2007, bei dem es sich gem. [§ 114 Abs. 3 Satz 1 GWB](#) um einen Verwaltungsakt handelt) und die subjektive Rechtsverletzung des Klägers bestimmt (s. BVerwG Beschluss vom 15. März 1968 - [VII C 183.65](#) - in [BVerwGE 29, 210](#); [BVerwGE 91, 256](#); HK-SGG/Binder 2. Aufl. 2005 [§ 94](#) Rdnr. 2) oder anders formuliert: bei der Anfechtungsklage ist Streitgegenstand die Behauptung des Klägers, er habe einen Anspruch auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes, weil dieser rechtswidrig sei und ihn in seinen Rechten verletze ([BSGE 41, 99](#), 100; Eschner aaO).

Zutreffend hat in dem Zusammenhang bereits das SG darauf hingewiesen, dass Streitgegenstand beider Verfahren, sowohl des Verfahrens vor dem SG Stuttgart als auch vor dem OLG Düsseldorf, der genannte Beschluss der Vergabekammer vom 31. Oktober 2007 mit dem Inhalt der Untersagung für die Klägerinnen zum Abschluss von Rabattverträgen ist.

Konkret handelt es sich darüber hinaus hier um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung. "Dritter" ist jeder, der durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten betroffen und anspruchsberechtigt ist (siehe Steinwedel in Kasseler Kommentar [§ 49 SGB X](#) Rdnr. 4 m. w. N.). Dabei ist unerheblich, ob die Verwaltung einen einheitlichen Bescheid für mehrere Adressaten, jeweils getrennte Bescheide oder nur einen Bescheid gegenüber einem Adressaten (entweder nur dem Begünstigten oder nur dem Beschwerden) erlassen hat. Der Adressat eines Verwaltungsaktes mit Drittwirkung muss im Übrigen von vornherein mit der Einlegung von Rechtsbehelfen anderer Personen rechnen (so die Begründung für die Regelung des [§ 50 VwVfG](#): [BT-Drs. 7/910 S. 73](#) zu [§ 46](#) des Entwurfs; siehe Steinwedel aaO).

Auf die Zustellung des Beiladungsbeschlusses des SG kommt es daher für die Frage des Zeitpunktes der Rechtshängigkeit hier im Sinne von [§ 17 Abs. 1 GVG](#) nicht an.

Die hier allein maßgebliche Streitsache ist ab dem 21. November 2007 beim Sozialgericht Stuttgart rechtshängig. Wenn der in Rede stehende Bescheid mit der Anfechtungsklage angefochten wird, dann sind hiervon zwangsläufig alle betroffen, denen gegenüber dieser Bescheid erging, also alle Beteiligten einschließlich aller hier beigeladenen Unternehmen.

Mit anderen Worten: Streitgegenstand des am 21. November 2007 beim SG Stuttgart rechtshängig gewordenen Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes war der Beschluss der Vergabekammer vom 31. Oktober 2007 mit den dort genannten Beteiligten, der dortigen Antragstellerin (hier der Beigeladenen Ziff. 1), den dortigen Antragsgegnerinnen Ziff. 1 bis 16 (hier den Klägerinnen Ziff. 1 bis 16) und den dortigen Beigeladenen Ziff. 1 bis 31 (hier den Beigeladenen Ziff. 2 bis 32).

Das OLG Düsseldorf war daher schon gar nicht befugt über die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges zu entscheiden, unabhängig davon, ob das OLG im Übrigen überhaupt darüber schon entschieden hat.

2. Soweit von Beklagtenseite und vom Bevollmächtigten der Beigeladenen Ziff. 22 und 23 unter Berufung auf Kommentarliteratur im Hinblick darauf, dass das OLG Düsseldorf am 18. Dezember 2007 schon vor dem SG Stuttgart am 20. Dezember 2007 rechtskräftig (da keine Beschwerde nach [§ 17a Absatz 4 GVG](#) zugelassen worden war) entschieden habe, die Auffassung vertreten wird, damit sei bereits eine Bindungswirkung der Feststellung über die Zulässigkeit des Rechtsweges zum OLG Düsseldorf gem. [§ 17a Abs. 1 GVG](#) eingetreten und die Rechtswegsperre des [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) gelte hier nicht, kann der Senat dem nicht folgen: Obwohl der Beschluss des OLG Düsseldorf bereits am 18.12.2007 erging, liegt insoweit keine rechtskräftige Entscheidung im Sinne von [§ 17a Abs. 1 GVG](#) über den zum OLG Düsseldorf beschrittenen Rechtsweg vor. Zum einen enthält der Beschluss des OLG Düsseldorf keine Entscheidung über den beschrittenen Rechtsweg, zum anderen kann ein unter Verletzung von [§ 17 Abs. 1 GVG](#) ergangener Beschluss keine Bindung des zuerst angerufenen Gerichts zur Folge haben.

Das OLG Düsseldorf hat in dem hier maßgeblichen Beschluss vom 18. Dezember 2007 noch nicht bindend über den Rechtsweg entschieden. Das OLG Düsseldorf beschränkt sich nämlich darauf auszuführen, eine Zuständigkeit ergebe sich aus [§ 116 GWB](#), wonach gegen Entscheidungen der Vergabekammer grundsätzlich die Rechtsbeschwerde zum OLG gegeben sei. Es macht damit als Teil seiner Begründung Ausführungen zu seiner funktionellen Zuständigkeit innerhalb des von den [§§ 102 ff GWB](#) vorgesehenen Instanzenzugs, klärt aber nicht die für den Rechtsweg entscheidende Frage, ob der Rechtsweg zu den Vergabekammern überhaupt eröffnet ist. Dieser hängt gem. [§ 102 GWB](#) davon ab, ob die Klägerinnen öffentliche Auftraggeber sind. Gerade diese Frage hat das OLG (anders als im Beschluss vom 17.1.2008) aber ausdrücklich offen gelassen und gerade wegen dieser offenen Rechtsfrage das Verfahren ausgesetzt und für den Fall einer abweichenden Auffassung eine Verweisung an das zuständige Gericht der Sozialgerichtsbarkeit in Erwägung gezogen.

Damit aber hat das OLG Düsseldorf noch gar keine endgültige Entscheidung über den Rechtsweg getroffen, die in Bindungswirkung erwachsen könnte. Es hat sich offensichtlich lediglich, weil eine Entscheidung einer Vergabekammer vorliegt "vorläufig" als zuständig erachtet, im Übrigen aber das Verfahren zur Klärung einer letztlich für die Entscheidung der Zulässigkeit des Rechtsweges aus seiner Sicht maßgebenden Frage ausgesetzt.

Damit würde insoweit schon die Argumentation der Beklagten bzw. der Beigeladenen Ziff. 22 und 23 ins Leere gehen, da es an einer verbindlichen (bindenden) Entscheidung über den Rechtsweg durch das OLG Düsseldorf gerade fehlt.

Aber auch im Übrigen kann die Argumentation dieser Beteiligten nicht überzeugen.

Im Einzelnen ist hierzu folgendes auszuführen: Zunächst ist schon den gesetzlichen Regelungen selbst in [§ 17 Abs. 1 GVG](#) und [17a Abs. 1 GVG](#) nicht zu entnehmen, dass hinsichtlich der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht auch der Grundsatz der Rechtswegsperre gelten solle mit der weiteren Folge, dass grundsätzlich zunächst das zuerst angegangene Gericht (bei dem also zuerst die Streitsache rechtshängig geworden ist) auch über die Zulässigkeit des Rechtsweges (mit Bindungswirkung für das später angerufene Gericht) entscheidet.

Soweit Zöller (ZPO 26. Auflage 2007, [§ 17a GVG](#) Rdnr. 3) die Auffassung vertritt, zusammen mit § 17 Abs. 1 Satz 2 solle die Regelung zur Bindungswirkung in [§ 17a Abs. 1 GVG](#) nach dem Grundsatz der Priorität verhindern, dass widersprechende Rechtswegentscheidungen ergingen, der Grundsatz des § 17a Abs. 1 gehe aber dem Prozesshindernis des § 17 Abs. 1 Satz 2 vor, sodass, sofern in dem späteren Verfahren eine den Rechtsweg bejahende rechtskräftige Entscheidung ergangen sei, diese den Fortgang des an sich zulässigen (weil früheren) anderen Verfahrens sperre, überzeugt dies nicht. Zum einen kann Zöller schon offenkundig keine Gerichtsentscheidung benennen, die diese Rechtsauffassung stützt. Zum anderen liefert Zöller auch keine Begründung, weshalb der Grundsatz der Priorität hinsichtlich des beschrittenen Rechtsweges i. V. m. der Rechtswegsperre nach [§ 17 Abs. 1 GVG](#) bei der Frage über die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht gelten solle, sondern vielmehr eine Art "Windhundverfahren" stattfindet, also allein entscheidend sein solle, welches von mehreren angegangenen Gerichten am schnellsten entscheidet. Die Regelung zur Rechtswegsperre in [§ 17 Abs. 1 GVG](#) dient der Rechtssicherheit; es soll verhindert werden, dass es zum selben Streitgegenstand verschiedene - divergierende - Entscheidungen gibt. Die von Zöller vertretene Auffassung hinsichtlich einer "Priorität" der schnelleren Entscheidung schafft jedoch gerade keine Rechtssicherheit, dieser "Prioritätsgrundsatz" dient eher dazu, Verwirrung zu stiften. Denn wenn der Rechtsweg streitig ist - wie hier -, dann wird auf jeden Fall auch das zuerst angegangene Gericht entweder im Wege einer Vorabentscheidung gem. [§ 17a Abs. 3 GVG](#) - oder wie im Falle des hier parallel laufenden Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes geschehen - unmittelbar zeitnah im Rahmen der Entscheidung in der Sache über die Frage des Rechtsweges (mit-)entscheiden. Der Forderung nach einer möglichst raschen Klärung bei einem Streit über den richtigen Rechtsweg wird gerade durch die Vorabentscheidung nach [§ 17a Abs. 3 GVG](#) genüge getan. Dafür, dass gegebenenfalls ein anderes, weiter angegangenes Gericht "noch schneller" über die Frage des Rechtsweges entscheidet, besteht überhaupt keine Notwendigkeit. Ein solches "dazwischenfunken" dient nicht der Rechtsklarheit, sondern stiftet Verwirrung hinsichtlich der Verfahrenslage. Es kann nicht richtig sein, dass das später angerufene Gericht, das sich über die Vorschrift in [§ 17 Abs. 1 GVG](#) hinwegsetzt, also einen nicht unerheblichen Verfahrensfehler begeht, das zur Entscheidung berufene zuerst angerufene Gericht bindet und ihm damit einen Teil seiner Entscheidungskompetenz entzieht.

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (ZPO 65. Auflage 2007, [§ 17a GVG](#) Rdnr. 6) ist im Gegensatz zu Zöller (aaO) eine solche Auffassung nicht zu entnehmen und im Übrigen zeigt eine Überprüfung sämtlicher bei Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann genannter Gerichtsentscheidungen (BGH RR 2005, 142; LSG Schleswig - fälschlich als LSG Kiel zitiert - [FamRZ 2003, 47](#); BGH [FamRZ 2004, 434](#); VGH Kassel NJW 1996, 475 und BGH [NJW 2003, 2990](#) - dort fälschlich mit S.2790 zitiert -), dass keine einzige sich mit der hier problematisierten Fragestellung auseinander zu setzen hatte.

Schließlich vertreten auch in Kissel/Mayer (GVG Kommentar 4. Auflage, § 17 Rdnr. 12 und 45) offenkundig die Auffassung, dass die Rechtswegsperre des [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) auch bezüglich der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges zu berücksichtigen ist. So wird dort (in Rdnr. 12) zur Rechtswegsperre ([§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#)) ausgeführt, diese Regelung vermeide Doppelprozesse und divergierende Entscheidungen und sei die Konsequenz aus der Bindung der Gerichte aller Gerichtsbarkeiten an die ergehende Entscheidung des erstangerufenen Gerichts (Hervorhebung durch den Senat) über die Zulässigkeit des Rechtsweges ([§ 17a Abs. 1 GVG](#)). Weiter wird (in Rdnr.45) ausgeführt, die zeitlich zuerst ergehende, rechtskräftig gewordene Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges binde hinsichtlich dieser Zulässigkeit des Rechtsweges alle Gerichte aller Gerichtsbarkeiten, diese Bindungswirkung ([§ 17a Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 GVG](#)) werde vorbereitet und ergänzt durch die mit der Rechtshängigkeit eintretende Rechtswegsperre nach [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#). Wenn hier Kissel/Mayer von einer "Vorbereitung" der Bindungswirkung durch die Rechtswegsperre sprechen, kann man dies in Verbindung mit den obigen Ausführungen (in Rdnr. 12) nur in dem Sinne verstehen, dass "vorbereitend" durch die Rechtswegsperre des [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) bestimmt wird, welches Gericht zunächst über die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges zu entscheiden hat, nämlich das zuerst angegangene Gericht, bei dem zuerst die Streitsache rechtshängig geworden ist.

Auch der Kommentierung von Thomas/Putzo (ZPO 27. Aufl. [§ 17a GVG](#) Rdnr. 4,5) ist zu der hier von der Beklagten und den Beigeladenen Ziff. 22 und 23 vertretenen Rechtsauffassung nichts weiter zu entnehmen, insbesondere nicht in diesem von den Beteiligten vertretenen Sinne.

Zusammenfassend bleibt für den Senat festzuhalten, dass weder in der gesetzlichen Regelung noch in der Rechtsprechung Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass die Rechtswegsperre bei der Frage der "ersten Zuständigkeit" zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht gelten solle. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass wohl auch das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 18. Dezember 2007 davon ausging, dass es nur dann befugt sei über die Zulässigkeit des zu ihm beschrittenen Rechtsweges zu entscheiden, sofern die Streitsache auch zuerst bei ihm anhängig geworden ist. Andernfalls hätte das OLG Düsseldorf auf die Ausführungen zur Frage, wann die Streitsache beim SG Stuttgart beziehungsweise beim OLG Düsseldorf rechtshängig geworden ist, verzichten können.

Eine rechtskräftige Entscheidung im Sinne des [§ 17a Abs. 1 GVG](#), die den Senat binden könnte, liegt nach dem gesagten nicht vor. Auch die später ergangene Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17. Januar 2008 vermag eine solche Bindung nicht hervorzurufen. Ihr stehen zum einen die gleichen rechtlichen Bedenken entgegen, zum anderen handelt es sich lediglich um eine Vollstreckungssache und damit nicht um eine Entscheidung in der Hauptsache und schließlich dürfte dieser Beschluss durch die (wohl) eingelegte Beschwerde zum BGH nicht rechtskräftig geworden sein.

Offen lassen kann der Senat daher hier letztlich die auch noch von der Klägerseite problematisierte Frage, ob nicht durch die Rücknahme der sofortigen Beschwerde zum OLG durch die Klägerinnen auch der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 18. Dezember 2007 wirkungslos geworden sei.

3. Im Klageverfahren geht es darum, ob die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf den Klägerinnen verbieten durfte, Zuschläge auf Angebote von Pharma-Unternehmen zum Zwecke des Abschlusses von Rabattverträgen zu erteilen. Der Abschluss derartiger Rabattverträge ist in [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) abschließend geregelt, wonach Krankenkassen und ihre Verbände mit pharmazeutischen

Unternehmen zusätzlich zu den Abschlägen nach den Absätzen 1 und 2 Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren können.

Für Streitigkeiten in diesen Angelegenheiten ist der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben.

Dies folgt bereits aus [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 Abs. 2 Sätze 1 und 2 SGG](#). Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten unter anderem in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden ([§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#)). Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit entscheiden auch über privatrechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden. Die [§§ 87 und 96 GWB](#) finden keine Anwendung (so [§ 51 Abs. 2 Sätze 1 und 2 SGG](#), wobei [§ 96 GWB](#) zwischenzeitlich seit 1. Juli 2005 durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgehoben wurde und diese Regelungen in [§ 87 GWB](#) in der ab diesem Zeitpunkt maßgeblichen Fassung miterfasst wurden; eine entsprechende Anpassung von [§ 51 Abs. 2 Satz 2 SGG](#) unterblieb allerdings, offensichtlich infolge eines Versehens im Gesetzgebungsverfahren). Vorliegend wenden sich die Klägerinnen mit ihren gegen die Bezirksregierung Düsseldorf gerichteten Anträgen gegen die nach [§ 114 Abs. 3 Satz 1 GWB](#) als Verwaltungsakt ergangene Entscheidung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, wonach ihnen die Erteilung von Zuschlägen auf Angebote zum Abschluss von Rabattverträgen untersagt wurde. Bereits die Rechtsnatur der gegenüber den Klägerinnen ergangenen Entscheidung als Verwaltungsakt zeigt, dass es sich vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Hierfür spricht auch, dass es letztlich um den in [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) vorgesehenen Abschluss von Rabattverträgen zwischen den Klägerinnen als Landesverbänden der gesetzlichen Krankenkassen und Pharma-Unternehmen als Leistungserbringern im System der gesetzlichen Krankenversicherung geht. Streitigkeiten aus diesem Verhältnis zwischen Krankenkassen/Krankenkassenverbänden und Leistungserbringern sind dem öffentlichen Recht zugeordnet und gehören als Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung zur Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit. Außerdem bestimmt [§ 130a Abs. 9 SGB V](#) ausdrücklich, dass bei Streitigkeiten in Angelegenheiten dieser Vorschrift (damit unter anderem betreffend die Rabattverträge nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#)) der Rechtsweg vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben ist. Wenn aber [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) den Krankenkassen bzw. ihren Verbänden die Möglichkeit einräumt, mit pharmazeutischen Unternehmen zusätzliche Rabattverträge abzuschließen, und Abs. 9 bestimmt, dass bei Streitigkeiten in Angelegenheiten dieser Vorschrift der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben ist, müssen damit konsequenterweise nicht nur die Streitigkeiten in der Folge des Abschlusses eines Rabattvertrages erfasst sein, sondern auch schon Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Herbeiführung eines Vertragsabschlusses, also hier auch das Auftragsvergabeverfahren.

Das BSG hat zur Frage des Rechtsweges grundlegend in seinem Urteil vom 25. September 2001 (- [B 3 KR 3/01 R](#) - in [SozR 3-2500 § 69 Nr. 1](#) = [BSGE 89, 24](#); bestätigt auch mit Urteil vom 13. Mai 2004 - [B 3 KR 2/03 R](#) - in [SozR 4-2500 § 132a Nr.1](#)) ausgeführt:

Durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22. Dezember 1999 ([BGBl I 2626](#)) ist [§ 69 SGB V](#) neu gefaßt worden. Nach Satz 1 werden nunmehr die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und deren Verbänden abschließend durch die [§§ 69 bis 140h SGB V](#) und die [§§ 63 und 64 SGB V](#) geregelt. Satz 3 ordnet ergänzend die entsprechende Heranziehung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) an, soweit diese mit den Vorgaben des SGB V vereinbar sind. Nach Satz 4 gelten die Sätze 1 und 3 auch, soweit durch die Rechtsbeziehungen Rechte Dritter berührt werden. Außerdem sind dem [§ 51 Abs 2 SGG](#) und den [§§ 87 Abs 1](#) und 96 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) jeweils Bestimmungen angefügt worden, mit denen die kartellrechtliche Zuständigkeit der Zivilgerichte für den durch [§ 69 SGB V](#) erfaßten Bereich ausdrücklich ausgeschlossen wird (Art 8 Nr 1b, Art 9 Nr 1, 2 GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000). Während im Gesetzentwurf zunächst nur die Neufassung des [§ 69 SGB V](#) vorgesehen war, sind im Zuge der Ausschlußberatungen zusätzlich die prozeßrechtlichen Änderungen beschlossen worden (vgl [BT-Drucks 14/1977 S 131](#) zu Art 10a Nr 1, 2 und [BT-Drucks 14/1245 S 8](#) zu Art 1 Nr 29).

Die Neuregelung diene der Beseitigung einer unklaren Rechtslage, und zwar in prozessualer und materieller Hinsicht gleichermaßen. Seit Jahren war umstritten, ob die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern bzw davon betroffenen Dritten dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sind und dementsprechend die Zuständigkeit der Zivilgerichte oder Sozialgerichte gegeben ist. Mit Ausnahme des Vertragsarztrechts, das unzweifelhaft dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, sowie dem Krankenhausrecht (vgl [BSGE 86, 166](#) = [SozR 3-2500 § 112 Nr 1](#)) wurde überwiegend die zivilrechtliche Natur von Verträgen mit den Leistungserbringern bejaht (BSG [SozR 3-2500 § 125 Nr 5](#), 6). Ferner kam die Zivilrechtsprechung zur Annahme bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten auf Grundlage einer "Doppelnatur" von Handlungen der Krankenkassen ([BGHZ 82, 375, 382](#); GemSOBG [BGHZ 102, 280](#)). Die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der Beziehung der Krankenkassen zu ihren Mitgliedern änderte danach nichts an der Rechtsnatur der davon zu trennenden Wettbewerbsbeziehungen zu den betroffenen Leistungsanbietern, die bürgerlich-rechtlicher Natur seien. Konsequenz dieser "Doppelqualifizierung" war, daß selbst bei eindeutig hoheitlichen Akten wie der Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen ([§§ 35, 36 SGB V](#)) oder dem Erlaß von Richtlinien nach [§ 92 Abs 1 SGB V](#) bürgerlich-rechtliche Wettbewerbsstreitigkeiten angenommen und die Zuständigkeit der Kartellgerichte bejaht wurde (OLG Düsseldorf [NZS 1998, 567](#); OLG München [NZS 2000, 457](#)).

Schon mit dem Gesundheitsreformgesetz (GRG) vom 20. Dezember 1988 ([BGBl I 2477](#)) hatte der Gesetzgeber durch die Neufassung des [§ 51 Abs 2 SGG](#) den Rechtsweg regeln und alle Streitigkeiten aus dem Leistungserbringerrecht den Sozialgerichten zuweisen wollen, auch soweit die Rechte Dritter berührt waren. Die Zivilgerichte vertraten demgegenüber die Auffassung, [§ 87 GWB](#) gehe weiterhin als Spezialregelung vor, so daß für auf kartellrechtliche Ansprüche gestützte Klagen weiterhin ihre Zuständigkeit gegeben sei ([BGHZ 114, 218](#)). Auf der anderen Seite hatte das Bundessozialgericht entschieden, die Sozialgerichte seien auch für auf kartellrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützte Klagen zuständig, wenn vorrangig andere nichtkartellrechtliche Ansprüche geltend gemacht würden; die Zuständigkeit der Kartellgerichte beschränke sich auf ausschließlich auf kartellrechtliche Ansprüche gestützte Klagen (BSG [SozR 3-2500 § 125 Nr 1](#)).

Nicht mehr umstritten sind die Folgen der Rechtswegzuweisung durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000. Nunmehr sind für alle Streitigkeiten aus dem Leistungserbringerrecht (mit Ausnahme bestimmter Fragen des Krankenhausbereichs) ausschließlich die Sozialgerichte zuständig. Unabhängig von dem materiell-rechtlichen Gehalt der Neufassung des [§ 69 SGB V](#) folgt dies schon aus den Klarstellungen in [§ 51 Abs 2 Satz 2 SGG](#) bzw den [§§ 87 Abs 1 Satz 3](#), [96 Satz 2 GWB](#), wonach sich die kartellrechtliche Zuweisung nicht auf die in [§ 69 SGB V](#) genannten Rechtsbeziehungen erstreckt. Dies gilt für alle Kartellrechtsstreitigkeiten unabhängig davon, ob sie auf das deutsche oder das europäische Kartellrecht gestützt werden, und zwar auch dann, wenn Dritte geltend machen, durch die

Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern in ihren Rechten berührt zu sein.

Der Neuregelung des [§ 69 SGB V](#) kommt aber auch auf materiell-rechtlicher Ebene Bedeutung zu. Der Senat hat bereits entschieden, daß seit dem 1. Januar 2000 auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern die Vorschriften des GWB nicht mehr anwendbar sind (Urteil vom 31. August 2000 - [B 3 KR 11/98 R](#) - [BSGE 87, 95](#) = [SozR 3-2500 § 35 Nr 1](#)). Gleiches gilt aber auch für das UWG (so auch Knispel NZS 2001, 466; Neumann WuW 1999, 961; Schwerdtfeger PharmInd 2000, 105, 185; Boecken NZS 2000, 269; aA Engelmann NZS 2000, 213).

Der Wortlaut des Satzes 1, wonach die Vorschriften des Vierten Kapitels und die [§§ 63, 64 SGB V](#) (Modellvorhaben zur Weiterentwicklung der Versorgung) die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern "abschließend" regeln, bedeutet, daß in diesem Bereich jetzt nur öffentliches Recht gilt. Dies ergibt sich ferner aus Satz 3, wonach die Vorschriften des BGB nicht unmittelbar, sondern lediglich "entsprechend" gelten, soweit ihre Anwendung nicht den Bestimmungen des SGB V widerspricht. Bestätigt wird diese Auslegung durch die Gesetzesbegründung ([BT-Drucks 14/1245 S 67](#)): Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern seien notwendiger Bestandteil des Gesamtsystems der GKV, denn die Krankenkassen erfüllen über diese Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag, den Versicherten die im Dritten Kapitel geregelten Leistungen in Natur zur Verfügung zu stellen. Wegen dieser Einbindung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag seien die in Satz 1 genannten Rechtsbeziehungen allein sozialversicherungsrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur. Die Krankenkassen und ihre Verbände handelten deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts. Somit sind abweichend von der bisher überwiegend vertretenen Auffassung alle Leistungsbeschaffungsverträge der Krankenkassen mit den Leistungserbringern als öffentlich-rechtliche Verträge zu qualifizieren. Nach Satz 4 gelten die Sätze 1 und 3 auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter berührt sind. Auch im Verhältnis zwischen Krankenkassen bzw -verbänden und diesen Dritten soll also ausschließlich öffentliches Recht Anwendung finden. Eine "Doppelqualifizierung" von Handlungen der Krankenkassen in diesem Bereich ist damit nicht mehr möglich.

Mit der Anordnung der ausschließlichen Geltung öffentlichen Rechts im Bereich der Leistungsbeschaffung hat der Gesetzgeber verdeutlicht, daß er auch diesen Teil des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung als "mittelbare Staatsverwaltung" (dazu [BSGE 82, 78, 80](#) = [SozR 3-2500 § 4 Nr 1](#)) ansieht, die einem ausschließlich öffentlich-rechtlichen Regime unterliegen soll. Daraus ergibt sich, daß das deutsche Wettbewerbs- und Kartellrecht keine Anwendung mehr finden kann. Sowohl das UWG wie das GWB setzen das Vorliegen bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten voraus, so daß das Wettbewerbs- und Kartellrecht bei öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen nicht eingreift ([BSG SozR 3-4300 § 36 Nr 1](#); [BGHZ 119, 93](#), 98; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl 1999, § 1 RdNr 921). Seit dem 1. Januar 2000 müssen somit alle Handlungen der Krankenkassen und ihrer Verbände, die ihre Beziehungen zu den Leistungserbringern sowie zu hiervon berührten Dritten betreffen, ausschließlich nach öffentlichem Recht beurteilt werden.

Der Senat teilt nicht die Auffassung, die Formulierung in der Gesetzesbegründung, die Krankenkassen und ihre Verbände handelten nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts ([BT-Drucks 14/1245 S 68](#)), beziehe sich nur auf den Rechtsweg (so Engelmann NZS 2000, 213). Diese Feststellung ist nach dem Gesamtzusammenhang nur die Quintessenz der vorangehenden Ausführungen, in denen ausführlich der öffentlich-rechtliche Charakter aller Handlungen und Entscheidungen der Krankenkassen im Zusammenhang mit den Beziehungen zu den Leistungserbringern dargestellt wird. Wenn es zu Satz 4 heißt, auch der sozialversicherungsrechtliche Charakter der sich aus den Leistungsbeziehungen ergebenden Rechte Dritter werde klargestellt, und dabei die Rechtswegzuweisung wegen der Doppelqualifizierung angesprochen wird, bedeutet die Absage an die Doppelqualifizierung zugleich, daß zivilrechtliche und damit wettbewerbsrechtliche Ansprüche Dritter ausgeschlossen sind (so auch Knispel NZS 2001, 466). Dementsprechend sind auch die im Gesetzgebungsverfahren eingefügten Änderungen der [§§ 51 Abs 2 SGG](#), [87 Abs 1](#), [96 GWB](#) ausdrücklich nur als "klarstellende Folgeregelungen" bezeichnet worden. Dem Gesetzgeber würde eine überflüssige Regelung unterstellt, wenn auch der Regelungsgehalt des [§ 69 SGB V](#) nur auf eine Zuweisung des Rechtswegs beschränkt würde. Dann hätte sich der Gesetzgeber nämlich auf die verfahrensrechtlichen Regelungen der [§§ 51 Abs 2 Satz 2 SGG](#), [87 Abs 1 Satz 3](#), [96 Satz 2 GWB](#) beschränken können.

Wenn somit die öffentlich-rechtliche Qualifizierung aller Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den unmittelbar und mittelbar betroffenen Leistungserbringern durch die Neuregelung des [§ 69 SGB V](#) zur Unanwendbarkeit der Vorschriften des GWB ([BSGE 87, 95](#) = [SozR 3-2500 § 35 Nr 1](#)) und des UWG führt, haben die Verbände auch das Recht zur Verbandsklage nach [§ 13 UWG](#) und damit die Kläger ihre Klagebefugnis verloren. Damit weicht der Senat nicht von dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. September 2000 - [I ZR 216/98](#) - ab, in dem [§ 1 UWG](#) auf das Verhältnis zweier Leistungsanbieter (Apotheke und Sanitätshaus) auch nach dem 31. Dezember 1999 angewandt worden ist; die Neufassung des [§ 69 SGB V](#) ist dort offensichtlich übersehen worden.

Diese Rechtsauffassung hat nach Ansicht des erkennenden Senates im Übrigen der BGH in seinem Urteil vom 23. Februar 2006 ([I ZR 164/03](#) in [NZS 2006, 647](#) = [GRUR 2006, 517](#)) bestätigt. Er hat dort u. a. ausgeführt:

b) Entgegen der Ansicht der Revision trifft [§ 69 SGB V](#) eine materiell-rechtliche Regelung. Sie legt fest, nach welchen Bestimmungen die Handlungen der Krankenkassen zu beurteilen sind, durch die sie - mittels ihrer Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern - ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag erfüllen, den Versicherten die im Dritten Kapitel des SGB V geregelten Leistungen in Natur zur Verfügung zu stellen (vgl. [BSGE 89, 24](#), 30 f.; [BSG GesR 2005, 409](#), 411; BGH [GRUR 2004, 247](#), 249 - Krankenkassenzulassung; jeweils unter Bezugnahme auf die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 [GKV-Gesundheitsreform 2000], [BT-Drucks. 14/1245, S. 68](#)).

c) Die Vorschrift des [§ 69 SGB V](#) schließt es aus, Handlungen der Krankenkassen und der von ihnen eingeschalteten Leistungserbringer, die der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags gegenüber den Versicherten dienen sollen, nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu beurteilen (vgl. [BSGE 89, 24](#), 30 ff.; [BSG GesR 2005, 409](#), 411; BGH [GRUR 2004, 247](#), 249 - Krankenkassenzulassung).

Der Wortlaut des [§ 69 SGB V](#) könnte es allerdings nahelegen, diese Bestimmung nur auf die Beurteilung der internen, insbesondere vertraglichen Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern untereinander und - im Hinblick auf [§ 69 Satz 4 SGB V](#) - auf die Auswirkungen dieser Rechtsbeziehungen auf Dritte anzuwenden. Wie aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, sollte mit der

Neufassung des [§ 69 SGB V](#) durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 (GKVRefG 2000) aber gerade auch sichergestellt werden, dass Handlungen der gesetzlichen Krankenkassen und der für sie tätigen Leistungserbringer zur Erfüllung des Versorgungsauftrags gegenüber dem Versicherten nur nach dem öffentlichen Recht beurteilt werden (vgl. [BT-Drucks. 14/1245 S. 68](#); [BSGE 89, 24, 32](#); [BSG GesR 2005, 409, 411](#); BGH [GRUR 2004, 247, 249](#) - Krankenkassenzulassung). Damit sollte der früheren Rechtsprechung (vgl. insbesondere GemS-OGB [BGHZ 102, 280](#)) die Grundlage entzogen werden, dass solche (schlicht-hoheitlichen) Handlungen wegen ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb gegebenenfalls eine Doppelnatur haben können und dementsprechend auch dem Wettbewerbs- oder Kartellrecht unterliegen können. Die Vorschrift des [§ 69 SGB V](#) bezieht sich auch auf die Beziehungen von Leistungserbringern untereinander, soweit es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen geht (vgl. [BSGE 89, 24, 33](#); BGH [GRUR 2004, 247, 249](#) - Krankenkassenzulassung).

Soweit nunmehr der BGH in seinem Beschluss vom 9. November 2006 ([I ZB 28/06](#) in [WRP 2007, 641](#); in juris) für die Rechtswegzuweisung danach zu differenzieren scheint, ob die Maßnahme "unmittelbar der Erfüllung der den Krankenkassen obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben dient", dürfte dies nach Auffassung des Senates (in Übereinstimmung auch mit dem LSG Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2007 - L 16 B 121/07 KR ER -in juris) zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten und weitgehend zufälligen Aufspaltung des Rechtsweges bei Maßnahmen von Krankenkassen führen, je nachdem, wer wettbewerbsrechtlich betroffen ist. Danach spricht auch für den Senat alles dafür, der Rechtsprechung des BSG zu folgen, zumal der BGH selbst in seinem Beschluss auch vom 9. November 2006 Auswirkungen für Streitigkeiten aus denen - wie hier - von [§ 69 SGB V](#) erfassten Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern (und umgekehrt) ausdrücklich verneint und insoweit an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält (BGH Beschl. 9. November 2006, in juris Rdnr.14).

Damit ist festzuhalten, dass der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 18. Dezember 2007 (und im Ergebnis auch der zwischenzeitlich ergangene weitere Beschluss vom 17. Januar 2008), wonach der Rechtsweg vor die Vergabesenate, hier das OLG Düsseldorf, gegeben sei, nach Auffassung des Senates im Widerspruch zur Rechtsprechung des BSG steht. Auch der Rechtsprechung des BGH (wenngleich dieser in dem Urteil vom 23. Februar 2006 ausdrücklich nur zur Anwendung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) entschieden hatte) sind Anhaltspunkte für die vom OLG Düsseldorf vertretene Auffassung, [§ 69 SGB V](#) schließe die Regelungen über das Vergabeverfahren nach den [§§ 97 ff GWB](#) nicht aus, nicht zu entnehmen. Denn offensichtlich zieht der BGH aus den Formulierungen in [§ 69 SGB V](#), obwohl dort das UWG an keiner Stelle ausdrücklich erwähnt ist (anders als die [§§ 19 bis 21](#) des GWB), die Schlussfolgerung, dass das UWG in diesem Bereich nicht anwendbar ist. Für den Senat legt dies den weiteren Schluss nahe, dass der BGH ebenso davon ausgehen würde, dass auch das GWB - mit Ausnahme der entsprechenden Anwendung der [§§ 19 bis 21](#) - im Übrigen nicht anzuwenden ist.

Wenn das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 18. Dezember 2007 u. a. die Auffassung vertritt, aus der Ergänzung in [§ 69 SGB V](#), dass in bestimmtem Rahmen die [§§ 19 bis 21 GWB](#) anzuwenden seien, könne entgegen dem OLG Karlsruhe in seinem Beschluss vom 19. November 2007 ([17 Verg 11/07](#)) nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe damit klargestellt, dass die nicht aufgeführten vergaberechtlichen Vorschriften des GWB für die Vergabetätigkeit der Krankenkassen nicht gelten sollten, kann der Senat dem nicht folgen. Wie vom OLG Düsseldorf dargestellt, ist die Einfügung dieser Vorschrift auf die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf ([BT-Drs. 16/4020](#), Nr. 20 zu Art. 1 Nr. 40a-neu-) zurückzuführen. Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, durch Änderung des [§ 69 SGB V](#) auch die Anwendbarkeit des UWG und des GWB anzuordnen. Die Bundesregierung hatte in ihrer Antwort einer Anwendung des Diskriminierungs- und Missbrauchsverbots des Wettbewerbsrechts ([§§ 19, 20 GWB](#)) auf die Einzelvertragsbeziehungen der Krankenkassen grundsätzlich zugestimmt und erklärt, inwieweit weitere Regelungen des Wettbewerbsrechts angewandt werden könnten, werde geprüft. Hieraus ergibt sich nach Auffassung des Senates aber keineswegs die Schlussfolgerung des OLG Düsseldorf, dass danach also der Gesetzgeber lediglich die Anwendung des GWB wegen Marktmissbrauch durch marktstarke Unternehmen (sowie das UWG) im Auge gehabt habe, nicht aber das Vergaberecht im GWB und dieses auch nicht habe ausschließen wollen. Nach Auffassung des erkennenden Senates ist vielmehr aus der Formulierung im Text des [§ 69 SGB V](#), wonach vom GWB die [§§ 19 bis 21](#) entsprechend anzuwenden sind, im Übrigen aber keine weiteren Aussagen getroffen worden sind, und aus der Tatsache, dass im Verlauf der Gesetzgebung sowohl das GWB als auch das UWG zur Diskussion standen (von der Bundesregierung zwar eine Prüfung, inwieweit weitere Regelungen des Wettbewerbsrechts angewandt werden könnten, angekündigt wurde, tatsächlich aber in dieser Hinsicht nichts weiter offensichtlich geschehen ist), die Schlussfolgerung zu ziehen, dass letztlich der Gesetzgeber mit Ausnahme der entsprechenden Anwendung von [§§ 19 bis 21 GWB](#) weder das UWG noch das GWB auf die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern angewandt haben wollte. Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich erklärt, dass die [§§ 19 bis 21 GWB](#) entsprechende Anwendung finden, dann wäre es folgerichtig gewesen, sofern noch weitere Teile entsprechend oder sogar unmittelbar Anwendung finden sollten, dies ebenfalls ausdrücklich anzuordnen. Wenn dies nicht geschehen ist, muss vor dem Hintergrund des Zweckes dieser gesetzlichen Regelung davon ausgegangen werden, dass gerade im Übrigen diese Regelungen keine Anwendung finden sollten.

Soweit das OLG Düsseldorf die Zulässigkeit des Rechtsweges zu ihm weiter damit begründet, dass eine Entscheidung der Vergabekammer vorliege, gegen die nach dem GWB alleiniges Rechtsmittel die Beschwerde zum OLG sei, und daher jedenfalls zunächst das OLG Düsseldorf konkret zuständig sei und den Rechtsstreit gegebenenfalls, sofern tatsächlich das Vergaberecht hier keine Anwendung finde, an die Sozialgerichte zu verweisen habe, kann der Senat dem nicht folgen. Die genannte Rechtsmittelzuständigkeit gilt nämlich gerade nur für das Vergabeverfahren nach dem GWB. Wenn aber Vergaberecht insgesamt hier nicht anwendbar ist (siehe insbesondere die oben zitierten Ausführungen des BSG), dann kann diese Regelung in [§ 116 GWB](#) zum Rechtsmittel der Beschwerde zum OLG auch keine Zulässigkeit des Rechtsweges begründen. Auch der Einwand, dass auch dann, wenn etwa ein Amtsgericht z. B. über einen Antrag auf Anerkennung als Asylbewerber entschieden habe (an Stelle des eigentlich zuständigen Verwaltungsgerichts), zunächst die Berufung zum Landgericht einzulegen ist und dieses gegebenenfalls zu verweisen hat, greift hier nicht durch. Ein Urteil eines Gerichtes kann nur durch das nach der jeweils maßgeblichen Prozessordnung zuständige Rechtsmittelgericht aufgehoben werden. Bei der Vergabekammer handelt es sich aber nicht um ein (erstinstanzliches) Gericht, sondern um eine "Verwaltungsbehörde", und zwar auch dann, wenn in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VGRÄG -) die Rede davon ist, dass mit der Vergabekammer bereits eine erste "gerichtsähnliche Instanz" vorgeschaltet sei ([BT-Drs. 13/9340 S. 20](#) zu III. Sofortige Beschwerde). An gleicher Stelle ist allerdings auch klargestellt, dass eben erst das hier zuständige OLG die "einzige Gerichtsinstanz" ist, auf die sich hier der Rechtsschutz beschränken müsse. Im Übrigen ist in der Begründung ferner ausdrücklich sogar darauf verwiesen, dass die Vergabekammer kein Gericht sei, ihre Entscheidung daher auch nicht durch Urteil ergehen könne. Um dennoch die EG-rechtlich geforderte Durchsetzbarkeit der Entscheidung sicherzustellen, ergehen sie als vollstreckbarer Verwaltungsakt (siehe [BT-Drs. 13/9340 S. 19](#) zu § 124 zu Abs. 3). Wenn diese "Verwaltungsbehörde" sich aber Rechte

anmaßt, die sie nicht hat, kann der Betroffene sich an die für den Rechtsbereich, in den die Behörde in unzulässiger Weise eingegriffen hat, zuständige Gerichtsbarkeit wenden.

Aus diesen Gründen sind die Beschwerden der Beklagten und der Beigeladenen Ziff. 1 zurückzuweisen.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#). [§ 17b Abs. 2 GVG](#), wonach im Falle der Verweisung des Rechtsstreits an ein anderes Gericht keine selbstständige Kostenentscheidung zu treffen ist, findet - unabhängig vom Inhalt der Entscheidung - auf das Beschwerdeverfahren bei der Vorabentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges keine Anwendung (siehe BSG im Beschluss vom 29. September 1994 in [SozR 3-1500 § 51 Nr. 15](#) mit Verweis auf BGH NJW 1993, Nr. 2041; Baumbach/Lauterbach, ZPO 65. Auflage 2007, [§ 17b GVG](#) Rdnr. 6).

Der Streitwert ist von den Beteiligten mit 33 Millionen EUR benannt worden, nach [§ 52 Abs. 4](#) Gerichtskostengesetz (GKG) ist der Streitwert im Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit nicht über 2,5 Millionen EUR festzusetzen. Hiervon ausgehend war unter Berücksichtigung der hier nur zur Entscheidung stehenden Beschwerde über den Rechtsweg der Streitwert mit einem Fünftel dieses Wertes, also in Höhe von 500.000 EUR, festzusetzen.

Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zum BSG zu. Der Senat hält es hier im Hinblick darauf, dass sich parallel zum SG Stuttgart auch das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 18. Dezember 2007 und nun erneut im Verfahren um die Androhung von Zwangsgeldern mit Beschluss vom 17. Januar 2008 ([VII-Verg 57/07](#)) für zuständig erklärt hat (anders als das OLG Karlsruhe zur gleichen Problematik in seinem Beschluss vom 19. November 2007 - [17 Verg 11/07](#) -), für notwendig mit der gem. [§ 17a Abs. 4](#) Sätze 4 und [5 GVG](#) zugelassenen Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zum BSG eine höchstrichterliche Klarstellung herbeizuführen.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-02-13