S 10 KR 8604/07 ER

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
SG Stuttgart (BWB)
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 10 KR 8604/07 ER
Datum
20.12.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Für Streitigkeiten, bei denen es um die Erteilung von Zuschlägen zu Angeboten zum Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a SGB V](#) geht, ist der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit eröffnet. Dies folgt bereits aus [§ 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2](#) Sätze 1 und [2 SGG](#) und wird bestätigt und bestärkt durch Wortlaut und Entstehungsgeschichte des [§ 69 SGB V](#). Mit Ausnahme der [§§ 19 bis 21 GWB](#) sind die Vorschriften des GWB einschließlich der vergaberechtlichen Vorschriften der [§§ 97 ff GWB](#) nicht anwendbar. Die gegenteilige Auffassung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf und der Vergabekammer des Bundes sowie des OLG Düsseldorf (z.B. Beschlüsse vom 18./19.12.2007 - [VII Verg 44/07](#) - 51/07) ist abzulehnen.

1. Die aufschiebende Wirkung der am 29.11.2007 gegen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15.11.2007 ([VK 2-102/07](#), [VK 2-105/07](#), [VK 2-108/07](#), [VK 2-114/07](#), [VK 2-117/07](#), [VK 2-120/07](#) und [VK 2-123/07](#)) eingereichten Klage wird angeordnet.

2. Den Antragstellerinnen wird gestattet, das Vergabeverfahren zum Abschluss von Rabattverträgen fortzuführen und auf die von ihnen ausgewählten wirtschaftlichsten Angebote bezüglich der Wirkstoffe Allopurinol, Amiodaron, Amisulprid, Amlodipin, Alendronsäure, Azathioprin, Bisoprolol, Bisoprolol und Hydrochlorothiazid, Captopril, Captopril und Hydrochlorothiazid, Carvedilol, Cefaclor, Cefuroxim, Ciprofloxacin, Citalopram, Clarithromycin, Clozapin, Doxazosin, Doxepin, Enalapril, Enalapril und Hydrochlorothiazid, Finasterid, Furosemid, Gabapentin, Glimperid, Hydrochlorothiazid, Itraconazol, Lamotrigin, Levodopa und Decarboxylasehemmer, Lisinopril, Lisinopril und Hydrochlorothiazid, Melperon, Metformin, Metoclopramid, Metoprolol, Mirtazapin, Molsidomin, Moxonidin, Nifedipin, Nitrendipin, Omeprazol, Paroxetin, Ramipril, Ramipril und Hydrochlorothiazid, Ranitidin, Roxithromycin, Sertralin, Simvastatin, Spironolacton, Sumatriptan, Tamsulosin, Torasemid, Tramadol und Trimipramin Zuschläge zu erteilen.

3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen Ziffern 1 bis 5 haben als Gesamtschuldner die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Gründe:

I.

Vorliegend wenden sich die Antragstellerinnen im Wege der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen das ihnen gegenüber von der 2. Vergabekammer des Bundes ausgesprochene Verbot, für verschiedene Wirkstoffe Zuschläge auf Angebote von Pharmaunternehmen zum Abschluss von Rabattverträgen zu erteilen.

Die Antragstellerinnen haben gemeinsam unter Federführung der Antragstellerin Ziffer 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 03.08.2007 aufgefordert, bis zum 03.09.2007, 12.00 Uhr ein entsprechendes - bis 31.12.2007 verbindliches - Angebot für eine Rabattvereinbarung nach [§ 130a Abs. 8](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2009 bei der Antragstellerin Ziffer 1 abzugeben. Eine inhaltsgleiche Veröffentlichung dieses Anschreibens erfolgte im elektronischen Bundesanzeiger am 06.08.2007 mit Korrekturen vom 10. und 28.08.2007. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schreibens vom 03.08.2007 sowie auf die beigefügten Anlagen verwiesen.

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 14.09.2007 informierten die Antragstellerinnen sämtliche ein Angebot abgegebenen Pharmaunternehmen "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 beantragten die Beigeladenen Ziffern 1 - 7 bei der 2. Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 102 und 107 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit der Begründung, die Antragstellerinnen hätten mit ihrem Vorgehen gegen mehrere vergaberechtliche Vorgaben verstoßen.

Die 2. Vergabekammer des Bundes hat in den insgesamt sieben Nachprüfungsverfahren zwischen vier und 47 Pharmaunternehmen beigeladen. Mit ihren Beschlüssen vom 15.11.2007 ([VK 2-102/07](#); 105/07; 108/07; 114/07; 117/07; 120/07; 123/07) untersagte die 2. Vergabekammer des Bundes den hiesigen Antragstellerinnen, hinsichtlich der im Einzelnen bezeichneten Wirkstoffe auf die vorliegenden Angebote Zuschläge zu erteilen. Die Nachprüfungsanträge seien zulässig, eine vorrangige Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit bestehe nicht. Auch ihre örtliche Zuständigkeit sei gegeben. Der für die Vergabe öffentlicher Aufträge maßgebende Schwellenwert von 211.000,00 Euro sei vorliegend überschritten. Die Antragstellerinnen seien 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.

Die Nachprüfungsanträge seien auch begründet. Die - dortigen - Antragstellerinnen seien infolge der Nichteinhaltung eines förmlichen Vergabeverfahrens wegen zu kurzer Angebotsfrist sowie wegen unzureichender Leistungsbeschreibung und Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses in ihren Rechten aus [§ 97 Abs. 7 GWB](#) verletzt. Auf eine Verletzung der Vorschriften über die Bekanntmachung von öffentlichen Ausschreibungen könnten sich die - dortigen - Antragstellerinnen dagegen nicht berufen, da ihnen durch die fehlende europaweite Ausschreibung kein Schaden entstanden sei. Zum genauen Inhalt der Entscheidungen der 2. Vergabekammer des Bundes wird auf den Inhalt der Beschlüsse vom 15.11.2007 verwiesen.

Die Beigeladenen Ziffern 1 und 2 haben gegen die Beschlüsse in den Verfahren [VK 2-117/07](#) bzw. [VK 2-120/07](#) jeweils am 23.11.2007 beim Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf sofortige Beschwerde unter den dortigen Aktenzeichen [VII Verg 45/07](#) bzw. VII Verg 46/07 mit dem Begehren eingelegt, eine noch weitergehende Untersagung zu verfügen. Die Beigeladene Ziffer 4 hat gegen den Beschluss im Verfahren [VK 2-105/07](#) ebenfalls beim OLG Düsseldorf am 28.11.2007 sofortige Beschwerde unter dem dortigen Aktenzeichen [VII Verg 47/07](#) hinsichtlich des Kostenausspruches im Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15.11.2007 eingelegt. Die Antragstellerinnen haben gegen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes ebenfalls beim OLG Düsseldorf am 30.11.2007 sofortige Beschwerde unter den dortigen Aktenzeichen [VII Verg 45/07](#) bis 51/07 eingelegt. In diesen Verfahren hat das OLG Düsseldorf am 18.12.2007 bzw. 19.12.2007 beschlossen, dass es für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf zuständig ist. Ferner wurde das Beschwerdeverfahren bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften über die Vorlage des Senats gemäß Beschluss vom 23.05.2007 ([VII Verg 50/06](#)) ausgesetzt. Hinsichtlich der Einzelheiten dieses Beschlusses wird auf den Inhalt des Beschlusses verwiesen.

Ferner haben die Antragstellerinnen bereits am 29.11.2007 beim Sozialgericht (SG) Stuttgart per Fax Klage gegen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes unter dem Aktenzeichen [S 10 KR 8605/07](#) erhoben, über die ebenfalls noch nicht entschieden wurde.

Gleichzeitig mit der Klagerhebung beantragten die Antragstellerinnen beim SG Stuttgart die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Sie begehren damit zum Einen, die aufschiebende Wirkung ihrer beim SG Stuttgart eingereichten Klage anzuordnen, zum Anderen ihnen zu gestatten, das Vergabeverfahren zum Abschluss von Rabattverträgen fortzuführen und auf die von ihnen ausgewählten Angebote bezüglich der im Einzelnen genannten Wirkstoffe Zuschläge zu erteilen.

Zur Begründung ihres Begehrens führen sie im Wesentlichen aus, ihre Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes seien zulässig und begründet. Hinsichtlich der Zulässigkeit sei der Sozialrechtsweg gegen die Beschlüsse der Vergabekammer eröffnet. Die Zuständigkeit der Sozialgerichte ergebe sich hierbei ausdrücklich und speziell für den Bereich der Rabattvereinbarungen aus [§ 130a Abs. 9 SGB V](#). Auch ohne diese Regelung ergebe sich die Zuständigkeit der Sozialgerichte aus [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG), wonach die Sozialgerichte sowohl für öffentlich-rechtliche als auch für privat-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung zuständig sind, auch soweit dadurch Dritte betroffen werden. 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. Deshalb sei gegen die Beschlüsse 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 den Beschlüssen der Vergabekammer beigefügten Rechtsmittelbelehrungen hätten keine Auswirkungen auf die Eröffnung des Rechtswegs zu den Sozialgerichten, da sie insoweit unrichtig seien. Ebenso wie im Klageverfahren gingen sie auch vorliegend gegen sieben Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes im Wege der objektiven Klagehäufung vor. Die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung (Identität von Antragsteller und Antragsgegner, Zusammenhang zwischen den jeweiligen Ansprüchen sowie Zuständigkeit des selben Gerichts) seien erfüllt.

Ihre Anträge seien auch begründet.

Die Beschlüsse der Vergabekammer seien aus mehreren Gründen offensichtlich rechtswidrig. Da an der Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes kein öffentliches Interesse bestehe, sei ihr Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der von ihnen erhobenen Klage begründet. Entgegen der Ansicht der Vergabekammer seien die vergaberechtlichen Vorschriften hier nicht anwendbar. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus der zum 01.04.2007 erfolgten Neufassung des [§ 69 SGB V](#), wonach allein die [§§ 19](#) bis [21 GWB](#), nicht jedoch andere vergaberechtliche Vorschriften anwendbar seien. Auch ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht bei der hier erfolgten Ausschreibung, insbesondere ein Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 liege nicht vor. Bei den Rabattverträgen handele es sich nicht um ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge. Allenfalls Lieferaufträge unterfielen der EU-Richtlinie. Hierzu gehörten Rabattverträge jedoch nicht. Die Verordnung von Arzneimitteln sei kein öffentlicher Auftrag, zumal ein öffentlicher Auftrag nur bei einer Beschaffungssituation gegeben sei, die hier für sie aber nicht vorliege. Als gesetzliche Krankenkassen würden sie nämlich keine Verfügungsgewalt über die Arzneimittel erlangen. Auch bestehe keine Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. Aus dem Rabattvertrag ergebe sich keine Verpflichtung für sie gegenüber den Pharmaunternehmen. Es handele sich

allenfalls um eine Konzession, die aber nicht in einem EU-weiten Verfahren vergeben werden müsse. Die Anforderungen des primären Gemeinschaftsrechts an die Vergabe einer Konzession (Transparenz, Wettbewerb, Diskriminierungsfreiheit) hätten sie eingehalten. Zudem seien sie als gesetzliche Krankenkassen keine öffentlichen Auftraggeber. Die Regelungen der Richtlinie 2004/18/EG seien damit auf die Rabattverträge nicht anwendbar. Zudem sei die 2. Vergabekammer des Bundes unzuständig. Die örtliche Zuständigkeit falle der Vergabekammer zu, in deren Zuständigkeitsbereich der Hauptauftraggeber seinen Sitz habe. Dies sei die Antragstellerin Ziffer 1, so dass die Vergabekammer Baden-Württemberg beim Regierungspräsidium Karlsruhe zuständig gewesen wäre. Auch eine allgemeine Interessenabwägung spreche für die Begründetheit ihres Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. Ein Abwarten der sozialgerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache sei unzumutbar. Aufgrund der Bindung der ein Angebot abgebenden Pharmaunternehmen nur bis zum 31.12.2007 und dem beabsichtigten Inkrafttreten der Rabattverträge am 01.01.2008 bestehe bei einem Abwarten der sozialgerichtlichen Entscheidung im Hauptsacheverfahren die naheliegende Gefahr, dass das gesamte aufwendige Auswahlverfahren hinfällig werde. Es müsste dann eine neue Ausschreibung durchgeführt werden, die zu einer erheblichen und unzumutbaren Verzögerung der Wahrnehmung des in [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) verankerten gesetzlichen Auftrages führen würde. Zudem entstünden ihnen erhebliche Schäden, wenn sich die Umsetzung der Rabattverträge verzögern würde. Die Einsparpotenziale bewegten sich hier im beitragsatzwirksamen Bereich etwa bei 400 Millionen Euro pro Jahr (Hochrechnung).

Auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei begründet. Die Beschlüsse der Vergabekammer seien offensichtlich rechtswidrig. Die Klage im Hauptsacheverfahren sei daher begründet. Es bestehe aus diesem Grund der für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderliche Anordnungsanspruch. Auch der hierfür notwendige Anordnungsgrund sei gegeben. Ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache sei ihnen nicht zuzumuten, da anderenfalls das Ausschreibungsverfahren erneut durchgeführt werden müsste und ihr erhebliche Schäden entstehen würden.

Die Antragstellerinnen beantragen im Wege der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes,

1. die aufschiebende Wirkung der am 29.11.2007 gegen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15.11.2007 ([VK 2-102/07](#), [VK 2-105/07](#), [VK 2-108/07](#), [VK 2-114/07](#), [VK 2-117/07](#), [VK 2-120/07](#) und [VK 2-123/07](#)), allesamt zugestellt am 16.11.2007, eingereichten Klage anzuordnen,

2. ihnen zu gestatten, das Vergabeverfahren zum Abschluss von Rabattverträgen fortzuführen und auf die von ihnen ausgewählten wirtschaftlichsten Angebote bezüglich der Wirkstoffe Allopurinol, Amiodaron, Amisulprid, Amlodipin, Alendronsäure, Azathioprin, Bisoprolol, Bisoprolol und Hydrochlorothiazid, Captopril, Captopril und Hydrochlorothiazid, Carvedilol, Cefaclor, Cefuroxim, Ciprofloxacin, Citalopram, Clarithromycin, Clozapin, Doxapin, Doxepin, Enalapril, Enalapril und Hydrochlorothiazid, Finasterid, Furosemid, Gabapentin, Glimepirid, Hydrochlorothiazid, Itraconazol, Lamotrigin, Levodopa und Decarboxylasehemmer, Lisinopril, Lisinopril und Hydrochlorothiazid, Melperon, Metformin, Metoclopramid, Metoprolol, Mirtazapin, Molsidomin, Moxonidin, Nifedipin, Nitrendipin, Omeprazol, Paroxetin, Ramipril, Ramipril und Hydrochlorothiazid, Ranitidin, Roxithromycin, Sertralin, Simvastatin, Spironolacton, Sumatriptan, Tamsulosin, Torasemid, Tramadol und Trimipramin Zuschläge zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzulehnen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Anträge seien unzulässig. Die streitgegenständlichen Entscheidungen der 2. Vergabekammer des Bundes seien im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren auf Grundlage des [§ 114 GWB](#) ergangen. Diese Entscheidungen stellten materiell die Ausübung staatlicher Gerichtsbarkeit dar, weswegen schon [§ 17a Abs. 1](#) des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) zumindest in entsprechender Anwendung einem Tätigwerden der Sozialgerichte entgegenstehe. Auch im Übrigen sei die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Vergabekammer allein durch die im Vergaberechtsweg übergeordneten Instanzen zu überprüfen, wobei der Vergabekammer ebenso wenig wie dem Bundeskartellamt, dem sie organisatorisch zugeordnet sei, eine Rolle als Beteiligter zukommen könne. Unabhängig davon seien die Anträge auch wegen der entgegenstehenden Rechtshängigkeit vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren vor dem OLG Düsseldorf unzulässig. Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen seien die vorliegenden Entscheidungen der Vergabekammer des Bundes nicht als Streitigkeiten in Angelegenheiten des [§ 130a Abs. 9 SGB V](#) anzusehen, für die das Sozialgericht erstinstanzlich zuständig wäre. Es handele sich auch nicht allgemein um Streitigkeiten über Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Verwiesen werde hierzu auf den Beschluss des SG Düsseldorf vom 14.11.2007 ([S 9 KR 147/07 ER](#)), in dem in einem Rechtsstreit über einen Hilfsmittelrahmenvertrag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) der Sozialrechtsweg für nicht gegeben erachtet worden sei.

Zudem seien die gestellten Anträge nicht statthaft. Hinsichtlich des Antrages auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der erhobenen Klage handele es sich zwar bei dem von den Antragstellerinnen angeführten Entfall der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nach [§ 118 Abs. 3 GWB](#) um eine bundesgesetzliche Norm. Allerdings erfolge der Entfall der aufschiebenden Wirkung durch eine bundesgesetzliche Norm in einem konkurrierenden Rechtsweg. Ein statthafter Anordnungsgrund nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG](#) liege insoweit nicht vor. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei ebenfalls nicht statthaft. Die behauptete Rechtswirkung des [§ 115 Abs. 1 GWB](#) sei hypothetisch und könne keinen Anordnungsgrund begründen.

Überdies seien die Eilanträge unbegründet, da die Beschlüsse der Vergabekammer des Bundes nicht offensichtlich rechtswidrig seien. Schon aus diesem Grund fehle es nicht pauschal an einem öffentlichen Interesse zur Vollziehung dieser Beschlüsse. Das Kartellvergaberecht finde vorliegend Anwendung. Dass die Sozialversicherung und damit die gesetzlichen Krankenkassen von der Anwendung des Vergaberechts nicht ausgeschlossen seien, sei im Übrigen auch Ansicht der Europäischen Kommission, die Mitte Oktober ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet habe. Das Kartellvergaberecht sei anwendbar, weil die gesetzlichen Krankenkassen öffentlicher Auftraggeber gemäß [§ 98 GWB](#) seien. Zudem seien die Rabattverträge als öffentliche Aufträge i.S.v. [§ 99 GWB](#) anzusehen. Ferner sei die von den Antragstellerinnen suggerierte Eilbedürftigkeit der Entscheidung angesichts des Ablaufs der Bindefrist der Angebote zum 31.12.2007 aus vergaberechtlicher Sicht nicht gegeben. Den Antragstellerinnen stehe nämlich für diesen Fall die Möglichkeit einer Bindefristverlängerung zu. Dies sei in vielen Vergabeverfahren an der Tagesordnung und stelle juristisch kein Hindernis dar, ein Vergabeverfahren fortzusetzen, obwohl die ursprüngliche Binde- und Zuschlagsfrist nicht mehr zu halten sei.

Die Kammer hat mit Beschluss vom 04.12.2007 die Pharmaunternehmen, die die Nachprüfungsverfahren vor der 2. Vergabekammer des Bundes eingeleitet haben, nach [§ 75 Abs. 2 SGG](#) und die dort beigeladenen Pharmaunternehmen gemäß [§ 75 Abs. 1 SGG](#) zum vorliegenden Verfahren beigeladen.

Die Beigeladenen Ziffern 1 bis 5 beantragen ebenfalls,

die Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzulehnen.

Zur Begründung wiederholen sie im Wesentlichen die Ausführungen der Antragsgegnerin. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die umfangreichen Ausführungen der Beigeladenen Ziffern 1 bis 5 in ihren Schriftsätzen Bezug genommen.

Darüber hinaus beantragt die Beigeladene Ziffer 4,

zu bestimmen, dass der Vollzug eines für die Antragstellerinnen günstigen abschließenden Beschlusses des Sozialgerichts Stuttgart im vorliegenden Verfahren im Falle seiner Anfechtung einstweilen auszusetzen ist.

Zur Begründung dieses Antrages führt sie im Wesentlichen aus, die Zulässigkeit ergebe sich unmittelbar aus [§ 175 Satz 3 SGG](#). Es sei nichts dafür ersichtlich, dass diese Bestimmung erst nach Einlegung einer Beschwerde im Rahmen der Erwägung einer Abhilfe vorgenommen werden dürfe. Vielmehr müsse es zur weitestgehenden Vermeidung von Rechtsschutzlücken möglich sein, bereits vor Erlass der anzufechtenden Entscheidung festzulegen, dass ein Rechtsmittel im Falle seiner Einlegung unmittelbar aufschiebende Wirkung entfaltet. Der Antrag sei auch begründet. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass durch den unmittelbar drohenden Vollzug eines für die Antragstellerinnen günstigen abschließenden Beschlusses des SG Stuttgart vollendete Tatsachen geschaffen würden. Sollte den Anträgen vom SG Stuttgart stattgegeben werden, sei nach den bisherigen Erfahrungen im Zusammenhang mit der vorliegenden Ausschreibung zwingend damit zu rechnen, dass der Beschluss unmittelbar in Form der Zuschlagserteilung vollzogen werden würde. Außerdem sei davon auszugehen, dass die berücksichtigten Pharmaunternehmen im Vertrauen auf die vermeintliche Wirksamkeit der Zuschläge unverzüglich mit der Produktion bzw. Lagerbildung beginnen würden. Es würden also in erheblichem Umfang Dispositionen getroffen, die im Falle einer abweichenden Entscheidung des Beschwerdegerichts nur mit sehr großem Aufwand, jedenfalls aber nicht vollumfänglich wieder rückgängig gemacht werden könnten.

Die übrigen Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und keine Stellungnahmen abgegeben.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der von der Antragsgegnerin vorgelegten Verwaltungsakten sowie der Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nach dem Beschluss des Bundessozialgerichtes (BSG) vom 19.12.2007 ([B 12 SF 10/07 S](#)) das SG Stuttgart das örtlich zuständige Gericht für die Anträge aller Antragstellerinnen ist. In diesem Beschluss hat das BSG ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich seine Entscheidung darauf beschränkt, welches Gericht innerhalb der Sozialgerichtsbarkeit für die Rechtsstreite örtlich zuständig ist. Eine Entscheidung darüber, ob der beschrittene Rechtsweg zu den Sozialgerichten zulässig ist und/oder eine andere Gerichtsbarkeit hierüber bereits mit für die Sozialgerichtsbarkeit bindender Wirkung entschieden hat, erfolgte ausdrücklich nicht.

Die Kammer hat daher in eigener Zuständigkeit zunächst darüber zu entscheiden, ob vorliegend der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben ist. Nach [§ 17a Abs. 3 Satz 2](#) des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG), der auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gilt (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz, 8. Auflage 2005, § 86b Rz. 7, § 51 Rz. 71 m.w.N.; Kissel/Mayer, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Auflage 2005, § 17 Rz. 6), hat das Gericht vorab durch Beschluss darüber zu entscheiden, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist, wenn - wie vorliegend - die Zulässigkeit des hier beschrittenen Rechtsweges zu einem Gericht der Sozialgerichtsbarkeit gerügt wird. Allerdings entfällt wegen des sich aus [Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG](#) ergebenden Gebots effektiven Rechtsschutzes im Eilverfahren eine Vorabentscheidung entsprechend [§ 17a Abs. 3 Satz 2 GVG](#), wenn im Einzelfall eine schnelle Entscheidung geboten ist und dem Rechtsschutzsuchenden im Falle des Abwartens der hier einen Monat betragenden Beschwerdefrist ([§ 17a Abs. 4 Satz 3 GVG](#) i.V.m. [§ 173 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)) ein schwerer und nicht wieder gutzumachender Schaden droht (Oberverwaltungsgericht für das Land Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 02.03.2000 - [2 M 105/99](#) - [NVwZ 2001, 446](#) ff unter Hinweis auf Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, § 41 Rn. 47 zu § 17 GWG). Diese Voraussetzungen, von der an sich nach [§ 17a Abs. 3 Satz 2 GVG](#) gegebenen Notwendigkeit, vorab über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges zu entscheiden, sind hier aufgrund der gegebenen Eilbedürftigkeit einer Entscheidung gegeben. Wie später noch ausgeführt wird, würde den Antragstellerinnen bei einer Vorabentscheidung nach [§ 17a Abs. 3 Satz 2 GVG](#) durch das dann erforderliche Abwarten der Beschwerdefrist ein schwerer und nicht wieder gutzumachender Schaden drohen. Zudem führt die hier - entgegen [§ 17a Abs. 3 Satz 2 GVG](#) - inzident erfolgende Entscheidung, ob vorliegend der Sozialrechtsweg eröffnet ist, zu keiner Benachteiligung der Beteiligten (Kissel/Mayer, aaO, § 17 Rz. 28).

Im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geht es darum, ob die 2. Vergabekammer des Bundes den Antragstellerinnen verbieten durfte, Zuschläge auf Angebote von Pharmaunternehmen zum Zwecke des Abschlusses von Rabattverträgen zu erteilen. Der Abschluss derartiger Rabattverträge ist in [§ 130a 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 Arzneimitteln 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 u. a. 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 privat-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden. Die [§§ 87](#) und [96](#)

[GWB](#) finden keine Anwendung ([§ 51 Abs. 2](#) Sätze 1 und [2 SGG](#)). Vorliegend wenden sich die Antragstellerinnen mit ihren gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Anträgen gegen die nach [§ 114 Abs. 3 Satz 1 GWB](#) als Verwaltungsakt ergangenen Entscheidungen der 2. Vergabekammer des Bundes, ihnen die Erteilung von Zuschlägen auf Angebote zum Abschluss von Rabattverträgen zu erteilen. Bereits die Rechtsnatur der von den Antragstellerinnen angegangenen Entscheidungen als Verwaltungsakt zeigt, dass es sich vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Hierfür spricht auch, dass es hier letztendlich um den in [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) vorgesehenen Abschluss von Rabattverträgen zwischen den Antragstellerinnen als Landesverbänden der gesetzlichen Krankenkassen und Pharmaunternehmen 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. Bestätigt und verstärkt wird diese Rechtswegszuweisung an die Sozialgerichte durch Wortlaut und Entstehungsgeschichte des [§ 69 SGB V](#). Während [§ 69 SGB V](#) in seiner ursprünglichen, ab 01.01.1989 geltenden Fassung durch das Gesundheits-Reformgesetz vom 20.12.1988 (Bundesgesetzblatt I 1988, S. 2477) eine reine Ordnungsfunktion ohne materiellen Inhalt hatte, erfuh [§ 69 SGB V](#) durch Art. 1 Nr. 26 des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) vom 22.12.1999 (Bundesgesetzblatt I 1999, S. 2626 ff) eine entscheidende Neufassung und Erweiterung. Nach der danach ab 01.01.2000 geltenden Fassung des [§ 69 Satz 1 SGB V](#) regeln dieses Kapitel sowie die §§ 63 und 64 abschließend die Rechtsbeziehungen u. a. der Krankenkassen und ihrer Verbände zu sonstigen Leistungserbringern. Mit dieser Neufassung des [§ 69 SGB V](#) ordnete der Gesetzgeber die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern neu und wies diese Rechtsbeziehungen ausdrücklich und abschließend dem Sozialversicherungsrecht und damit dem öffentlichen Recht zu. Zugleich mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 wurden Änderungen des SGG und des GWB vorgenommen. [§ 51 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) in der bis zum 31.12.1999 geltenden Fassung wurde durch Satz 2 ("Die [§§ 87](#) und [96](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen finden keine Anwendung") ergänzt. Diese Ergänzung stellte auch im SGG klar, dass für Rechtsstreitigkeiten, die sich aus den in [§ 69 SGB V](#) geregelten Rechtsbeziehungen ergeben, die Sozialgerichte zuständig sind, soweit die in [§ 51 Abs. 2 Halbsatz 1 SGG](#) genannten Streitigkeiten betroffen sind ([Bundestags-Drucksache 14/1977, S. 189](#), zu Art. 10a, zu Buchstabe b). Die Vorschrift des [§ 87 Abs. 1 GWB](#), durch die die Zuständigkeit der Landgerichte in Kartellrechtsstreitigkeiten begründet wird, wurde ergänzt durch den folgenden Satz: "Satz 1 gilt nicht für Rechtsstreitigkeiten aus den in [§ 69](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch genannten Rechtsbeziehungen, auch soweit hierdurch Rechte Dritter betroffen sind". Auch [§ 96 GWB](#), der die Geltung der [§§ 87 ff GWB](#) auch für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich insbesondere aus Vorschriften des EG-Vertrages ergeben, anordnet, wurde ebenfalls ergänzt. Ihm wurde folgender Satz angefügt: "Satz 1 gilt auch für Rechtsstreitigkeiten aus den in [§ 69](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch genannten Rechtsbeziehungen, auch soweit hierdurch Rechte Dritter betroffen sind". Damit galt auch insoweit die Regelung des [§ 87 Abs. 1 Satz 2 GWB](#), nach der die Zuständigkeit der Landgerichte für Kartellrechtsstreitigkeiten nicht für Rechtsstreitigkeiten begründet ist, die sich aus den in [§ 69 SGB V](#) genannten Rechtsbeziehungen ergeben. Zur Begründung wurde in dem Bericht des Bundestags-Ausschusses für Gesundheit insoweit ausgeführt, es handele sich ebenfalls um eine Folgeregelung zu [§ 69 SGB V](#), durch die klargestellt werde, dass für die Rechtsstreitigkeiten, die sich aus den in [§ 69 SGB V](#) genannten Rechtsbeziehungen ergeben, die Sozial- bzw. Verwaltungsgerichte zuständig sind. Die Änderung von [§ 86 GWB](#) stelle zudem klar, dass die Rechtswegzuweisung zu den Sozial- bzw. Verwaltungsgerichten auch für die sich aus den Art. 85 und 86 (nunmehr: Art. 81 und 82) des EG-Vertrages ergebenden Rechtsstreitigkeiten gilt ([Bundestags-Drucksache 14/1977, S. 189](#), zu Art. 10a, zu Nr. 1 und 2). Aus diesen Regelungen hat das BSG in ständiger Spruchpraxis (Urteil vom 31.08.2000 - [B 3 KR 11/98 R - BSGE 87, 95](#), 99; Urteil vom 25.09.2001 - [B 3 KR 3/01 R - BSGE 89, 24](#), 30 ff; Urteil vom 13.05.2004 - [B 3 KR 2/03 R = SozR 4-2500 § 132a Nr. 1](#)) den Schluss gezogen, dass auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern - zu denen auch die Pharmaunternehmen gehören - die Vorschriften des GWB - einschließlich der vergaberechtlichen Vorschriften der [§§ 97 ff GWB](#) - nicht mehr anwendbar sind. Dieser Rechtsauffassung hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) in seinem Urteil vom 23.02.2006 (I ZR 164/03 - [NZS 2006, 647](#)) angeschlossen. Spätestens mit dieser Entscheidung des BGH hatte sich der Rechtsstandpunkt verfestigt, dass [§ 69](#) Sätze 1 und [3 SGB V](#) in der Fassung des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 generell die Anwendbarkeit des GWB auf öffentlich-rechtliche Handlungen der Krankenkassen, die im Verhältnis zu Leistungserbringern in Wahrnehmung ihres Versorgungsauftrages erfolgen, ausschließt. An diesem Ausschluss des GWB einschließlich der vergaberechtlichen Regelungen in den [§§ 97 ff GWB](#) änderte sich durch die zum 01.04.2007 in Kraft getretene Änderung des [§ 69 SGB V](#) nichts. Der Gesetzgeber hat durch Art. 1 Nr. 40a des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz - GKV-WSG - vom 26.03.2007, Bundesgesetzblatt I 2007, S. 378 ff) mit Wirkung vom 01.04.2007 in [§ 69 SGB V](#) einen neuen Satz 2 eingefügt. Danach gelten die [§§ 19 bis 21](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend; dies gilt nicht für Verträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt. Durch die im GKV-WSG vorgesehene Erweiterung der Möglichkeiten für die Krankenkassen, im Leistungserbringungsrecht statt der bisherigen Kollektivverträge in größerem Umfang auch Einzelverträge abzuschließen, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die Rechtsprechung des BSG und des BGH teilweise zu korrigieren. Auch wenn Krankenkassen, soweit sie in den in [§ 69](#) Sätze 1 und [3 SGB V](#) erfassten Rechtsbeziehungen tätig werden, weiterhin nicht als Unternehmen im Sinne des Kartell- und des Wettbewerbsrechts handeln, können dennoch Konfliktlagen in den Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern bei Marktbeherrschung der einen oder anderen Seite entstehen. Diese konnten nach Einschätzung des Gesetzgebers mit dem Instrumentarium, dass aus den grundrechtlichen Gewährleistungen des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) und des [Art. 3 Abs. 1 GG](#) abzuleiten ist, nicht zufriedenstellend gelöst werden, so dass ein Bedürfnis bestand, auf die Grundsätze des Kartellrechts zurückzugreifen (vgl. hierzu Engelmann in jurisPK-SGB V, § 69 Rz. 66, 67, 74 bis 76, jeweils m.w.N.). Diese durch [§ 69 Satz 2 1. Halbsatz SGB V](#) erfolgte Anordnung der entsprechenden Geltung von Vorschriften des GWB ([§§ 19 bis 21](#)) führt jedoch nicht dazu, dass sich die daraus ergebenden Rechtsstreitigkeiten nunmehr dem Zivilrecht zuzuordnen sind. Die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern im ambulanten Bereich sind nach [§ 69 Satz 1 SGB V](#) nach wie vor dem Sozialrecht und damit dem öffentlichen Recht zugeordnet. Hierfür ist über [§ 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2](#) Sätze 1 und [2 SGG](#) der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet. Rechtsschutzmöglichkeiten vor den ordentlichen Gerichten bestehen somit nicht. Hiervon geht auch die Begründung des GKV-WSG zur Neuregelung des [§ 69 SGB V](#) aus. Dort heißt es: "Die Rechtswegzuweisung an die Sozialgerichte gemäß [§ 51 Abs. 1 Nr. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes bleibt von der Änderung unberührt" (vgl. Bericht des Bundestags-Ausschusses für Gesundheit, [Bundestags-Drucksache 16/4247, S. 35](#), zu Nr. 40 - § 69 -). Mit der Zuweisung der in [§ 69 Satz 1 SGB V](#) genannten Rechtsbeziehungen zum Sozialversicherungsrecht und damit zum öffentlichen Recht und dem daraus folgenden Ausschluss der Anwendbarkeit des GWB (mit Ausnahme der [§§ 19 bis 21 GWB](#)) ist auch das in den [§§ 97 ff GWB](#) geregelte Kartellvergaberecht von der Geltung für diese Rechtsbeziehungen ausgeschlossen. Gegen eine Anwendung des Vergaberechts der [§§ 97 ff GWB](#) auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern spricht die Neufassung des [§ 69 SGB V](#) und die mit ihr verbundenen Begleitänderungen durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, bei denen für Rechtsstreitigkeiten aus diesen Rechtsbeziehungen die ausschließliche Zuständigkeit der Sozialgerichte festgeschrieben wurde. Würde man für vergaberechtliche Streitigkeiten aus den Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen

und Leistungserbringern die zivilgerichtliche Sonderzuständigkeit nach den [§§ 116 ff GWB](#) für gegeben erachten, käme es zu einer Rechtswegspaltung, die dem Anliegen des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 entgegen stünde. Auf Seite der Beigeladenen wird die Auffassung vertreten, bei der hier gegebenen Überschreitung des Schwellenwertes von 211.000,00 Euro gemäß § 2 der zum 01.11.2006 in Kraft getretenen Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV - i.d.F. des Gesetzes vom 23.10.2006 - Bundesgesetzblatt I 2006, S. 2334) sei [§ 69 SGB V](#) nicht und damit das Vergaberecht anwendbar. Diese Schwellenwerte orientieren sich an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABL. L 134 vom 30.04.2004, S. 114). Die hierzu vertretene Ansicht, bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte sei [§ 69 SGB V](#) unanwendbar, weil der Gesetzgeber nicht über das Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Richtlinie 2004/18/EG disponieren könne (vgl. OLG Düsseldorf, Vorlagebeschluss vom 23.05.2005 an den EuGH - [VII Verg 50/06](#)) begründet nicht die Eröffnung des Verfahrensweges vor die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen nach [§§ 97 ff GWB](#). Entgegen der von Seite der Beigeladenen vertretenen Auffassung kann der nationale Gesetzgeber durchaus über die Umsetzung des Gemeinschaftsrechtes disponieren. In diesem Fall ist von der zuständigen staatlichen Stelle die unmittelbare Anwendbarkeit des europäischen Rechts zu prüfen, wobei hier nach den dargestellten Gründen die Zuständigkeit bei den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit liegt (Vergabekammer Baden-Württemberg beim Regierungspräsidium Karlsruhe, Beschluss vom 07.11.2007 - [1 VK 47/07](#)). Eine Verkürzung des europarechtlich vorgesehenen Rechtsschutzes ist damit nicht verbunden (Vergabekammer Baden-Württemberg beim Regierungspräsidium Karlsruhe, aaO). Zudem hat der Gesetzgeber gerade für den hier streitigen Abschluss von Rabattverträgen zwischen den Antragstellerinnen und Pharmaunternehmen gemäß [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) ausdrücklich normiert, dass insoweit die Zuständigkeit der Sozialgerichte weiterhin besteht. Hierzu bestimmt [§ 130a Abs. 9 SGB V](#), dass bei Streitigkeiten in Angelegenheiten dieser Vorschrift der Rechtsweg vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben ist. Diese als deklaratorische Regelung anzusehende Vorschrift belegt, dass der Gesetzgeber selbst nicht von einer unmittelbaren Anwendung der Vorschriften des Vergaberechts auf die Ausschreibung von Rabattverträgen durch Krankenkassen ausgeht (vgl. Engelmann, aaO, Rz. 156). Diese Zuständigkeitsregelung bezieht sich nicht nur auf Streitigkeiten aus bereits abgeschlossenen Rabattverträgen mit Pharmaunternehmen, sondern umfasst auch Streitigkeiten, die sich bei Anbahnung entsprechender Rabattverträge ergeben. Dies belegt die Formulierung des [§ 130a Abs. 8 Satz 1 SGB V](#) ("...können ... vereinbaren"). Gegen die unmittelbare Geltung des Kartellvergaberechts der [§§ 97 ff GWB](#) für die Rechtsbeziehungen zwischen den Antragstellerinnen und Pharmaunternehmen spricht überdies der eindeutige Wortlaut des [§ 69 SGB V](#) in der ab 01.04.2007 geltenden Fassung des GKV-WVG. In [§ 69 Satz 2 SGB V](#) hat der Gesetzgeber allein die entsprechende Geltung der [§§ 19 bis 21 GWB](#) für die hier streitgegenständlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Antragstellerinnen und den Beigeladenen angeordnet. Im Umkehrschluss ist daraus abzuleiten, dass weitere Vorschriften des GWB, insbesondere die Vorschriften des Vergaberechts der [§§ 97 ff GWB](#) nicht gelten. Anderenfalls hätte es einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedurft (Engelmann aaO, Rz. 158 m.w.N.). Die gegenteilige Auffassung der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf in ihrem Beschluss vom 31.10.2007, der 2. Vergabekammer des Bundes in ihren Beschlüssen vom 15.11.2007 (vgl. z. B. [VK 2-114/07](#)) sowie des OLG Düsseldorf (Vorlagebeschluss an den EuGH vom 23.05.2007 - [VII-Verg 50/06](#); Beschlüssen vom 18.12.2007 bzw. 19.12.2007 - [VII Verg 44/07](#) - 51/07) ist angesichts des eindeutigen Wortlautes des [§ 69 Satz 2 SGB V](#) und der dargestellten Gesetzesentwicklung ebenso abzulehnen (Engelmann aaO, Rz. 120) wie die Ansicht des SG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 14.11.2007.

In Übereinstimmung mit der von der Vergabekammer Baden-Württemberg beim Regierungspräsidium Karlsruhe (aaO), dem OLG Karlsruhe (Hinweisbeschluss vom 19.11.2007 - [7 Verg 11/07](#) -) und dem Landessozialgericht Baden-Württemberg (Beschluss vom 04.04.2007 - [L 5 KR 518/07 ER-B](#) -) vertretenen Rechtsauffassung sieht die Kammer somit vorliegend den Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit für gegeben an.

Die den Beschlüssen der 2. Vergabekammer des Bundes beigefügten Rechtsmittelbelehrungen, in denen als zulässiges Rechtsmittel die sofortige Beschwerde zum OLG Düsseldorf genannt ist, haben keine Auswirkungen auf die Eröffnung des Rechtswegs zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit. Wie dargelegt sind die Rechtsmittelbelehrungen unrichtig, da allein der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist. Aufgrund dieser unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen sind die Antragstellerinnen nicht daran gehindert, beim zuständigen Gericht der Sozialgerichtsbarkeit um Rechtsschutz nachzusuchen, wie sie dies vorliegend mit den hier streitgegenständlichen Anträgen beim SG Stuttgart getan haben.

Der Umstand, dass das OLG Düsseldorf mit Beschlüssen vom 18.12.2007 und 19.12.2007 - fälschlicherweise - seine Zuständigkeit für die Entscheidung der sofortigen Beschwerden angenommen hat, bindet die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nicht. [§ 17a Abs. 1 GVG](#) bestimmt zwar, dass für den Fall, dass ein Gericht den zu ihm beschrifteten Rechtsweg rechtskräftig für zulässig erklärt hat, andere Gerichte an diese Entscheidung gebunden sind. Diese Bindungswirkung tritt hier jedoch nicht ein, da das OLG Düsseldorf die von ihm getroffene Entscheidung nicht hätte treffen dürfen. Unabhängig davon, dass - wie dargelegt - der Sozialrechtsweg vorliegend eröffnet ist, steht einer Entscheidung des OLG Düsseldorf die "Rechtswegsperre" des [§ 17a Abs. 1 Satz 2 GVG](#) entgegen. Nach dieser Vorschrift kann während der Rechtshängigkeit die Sache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden. Hierbei gilt die Rechtswegsperre für den Streitgegenstand, der maßgebend durch die Beteiligten, den gestellten Antrag, über den eine gerichtliche Entscheidung begehrt wird und die zur Unterstützung dieses Antrags vorgetragenen Tatsachen bestimmt wird (Kissel/Mayer aaO, § 17 Rz. 13). Ob einem weiteren Antrag, einer weiteren Klage oder einer sofortigen Beschwerde eine bereits gegebene Rechtshängigkeit nach [§ 17a Abs. 1 Satz 2 GVG](#) entgegensteht, richtet sich entsprechend dem Grundsatz der Priorität danach, welcher Antrag bzw. welche Klage zuerst rechtshängig wurde. Während die beim SG Stuttgart gestellten Anträge der Antragstellerinnen bereits am 29.11.2007 eingingen und damit rechtshängig wurden, wurde die sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf erst am 30.11.2007, somit später, eingelegt. Soweit das OLG Düsseldorf in seinen Beschlüssen darauf hinweist, entscheidend sei der Zeitpunkt der Beiladungsbeschlüsse des SG Stuttgart vom 04.12.2007, übersieht das OLG Düsseldorf hierbei, dass entscheidend für die Rechtswegsperre der Streitgegenstand ist. Gegenstand sowohl des sofortigen Beschwerdeverfahrens vor dem OLG Düsseldorf als auch der beim SG Stuttgart eingeleiteten Klageverfahren und Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist jeweils das gegenüber den Antragstellerinnen ausgesprochene Verbot, Zuschläge auf Angebote zum Abschluss von Rabattverträgen zu erteilen. Bei identischem Streitgegenstand stand somit der Entscheidung des OLG Düsseldorf die Rechtswegsperre des [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) entgegen. Eine Bindung des SG Stuttgart an diese zu Unrecht ergangenen Beschlüsse des OLG Düsseldorf hinsichtlich des Rechtsweges besteht damit nicht.

In seinen Beschlüssen vom 18.12.2007 hat das OLG Düsseldorf in den Verfahren [VII Verg 45/07](#), [46/07](#) und [47/07](#) seine Zuständigkeit für die Entscheidung über die sofortigen Beschwerden der Beigeladenen Ziffern 1, 2 und 4 gegen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes in den Verfahren [VK 2-117/07](#), [VK 2-120/07](#) und [VK 2-105/07](#) bejaht. Auch dies bindet die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nicht.

Die von den Beigeladenen Ziffern 1 und 2 am 23.11.2007 und von der Beigeladenen Ziffer 4 am 28.11.2007 eingelegte sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf begründet keine Rechtswegsperre, obwohl diese sofortigen Beschwerden vor den am 29.11.2007 beim SG Stuttgart gestellten Anträgen auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bei einem Gericht eingelegt wurden. Wie aus den von den Beigeladenen Ziffern 1 und 2 vorgelegten Beschwerdeschriften zu ersehen ist, wenden sie sich mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15.11.2007 mit der Begründung, das gegenüber den hiesigen Antragstellerinnen ausgesprochene Zuschlagsverbot sei nicht weitgehend genug. Mit ihrer sofortigen Beschwerde wollen die Beigeladenen Ziffern 1 und 2 erreichen, dass gegenüber den Antragstellerinnen eine noch weitergehende Untersagung verfügt wird. Dieses Begehren ist jedoch nicht identisch mit dem Begehren der Antragstellerinnen im vorliegenden Verfahren. Dasselbe gilt für die sofortige Beschwerde der Beigeladenen Ziffer 4 gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes im Verfahren [VK 2-105/07](#). Mit ihrer sofortigen Beschwerde wendet sich die Beigeladene Ziffer 4 dort lediglich gegen den darin enthaltenen Kostenausspruch. Der Kostenausspruch in der Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, so dass es auch insoweit an einer Identität zwischen der beim OLG Düsseldorf eingelegten sofortigen Beschwerde und dem Gegenstand des vorliegenden Verfahrens fehlt. Trotz fehlender Rechtswegsperre ist das SG Stuttgart an die Entscheidung des OLG Düsseldorf, es sei insoweit für die Entscheidung zuständig, nicht gebunden. Eine Bindung eines Gerichts an die Entscheidung eines anderen Gerichts, der zu ihm beschrittene Rechtsweg sei zulässig, besteht nur dann, wenn beiden Rechtsstreitigkeiten derselbe Streitgegenstand zugrunde liegt. Wie dargelegt ist Gegenstand der von den Beigeladenen Ziffern 1, 2 und 4 eingelegten sofortigen Beschwerden ein völlig anderer als derjenige, der den von den Antragstellerinnen eingelegten sofortigen Beschwerden und den vorliegenden Anträgen zugrunde liegt. Aufgrund der Verschiedenheit der Streitgegenstände tritt damit keine Bindungswirkung nach [§ 17a Abs. 1 GVG](#) ein. Auch durch die Beschlüsse des OLG Düsseldorf in den Verfahren [VII Verg 45/07](#) bis 47/07 hinsichtlich der Beigeladenen Ziffern 1, 2 und 4 besteht damit keine Bindung des SG Stuttgart an diese Entscheidung des OLG Düsseldorf hinsichtlich des Rechtsweges.

Rechtsgrundlage für das Begehren der Antragstellerinnen, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes anzuordnen, ist [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. SGG](#), der mit Wirkung vom 02.01.2002 durch Art. 1 Nr. 35 des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 17.08.2001 ([Bundesgesetzblatt I S. 2144](#)) in das Sozialgerichtsgesetz eingeführt worden ist. Danach kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Grundlage für den Antrag Ziffer 2 ist [§ 86b Abs. 2 SGG](#) ebenfalls i.d.F. des Sechsten SGG-Änderungsgesetzes vom 17.08.2001. Danach kann das Gericht der Hauptsache, soweit ein Fall des [§ 86b Abs. 1 SGG](#) nicht vorliegt, auf Antrag, der nach [§ 86b Abs. 3 SGG](#) schon vor Klageerhebung gestellt werden kann, durch Beschluss eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Satz 1, sog. Sicherungsanordnung). Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Satz 2, sog. Regelungsanordnung).

Mit ihren Anträgen auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wenden sich die Antragstellerinnen gegen die oben näher bezeichneten, insgesamt sieben Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15.11.2007. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Die in [§ 56 SGG](#) hierfür geregelten Voraussetzungen, die auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entsprechend gelten, liegen vor (vgl. hierzu Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 56 Rz. 1 ff, jeweils m.w.N.). In den gegen die sieben Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes gerichteten Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes sind jeweils die 16 Landesverbände der AOK Antragstellerinnen. Antragsgegnerin ist jeweils die Bundesrepublik Deutschland. Sämtliche Verfahren betreffen das gegenüber der Antragstellerinnen ausgesprochene Verbot, Zuschläge auf Angebote zum Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) zu erteilen. Nach dem Beschluss des BSG vom 19.12.2007 ist für sämtliche Verfahren das SG Stuttgart örtlich zuständig. Die Tatsache, dass in den verschiedenen Nachprüfungsverfahren vor der 2. Vergabekammer des Bundes unterschiedliche Pharmaunternehmen beteiligt waren, steht der gemeinsamen Verfolgung der Antragsbegehren nicht entgegen (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 56 Rz. 6).

Vorliegend sind die von den Antragstellerinnen gestellten Anträge statthaft. Insbesondere steht der Statthaftigkeit des Antrages Ziffer 2 nicht entgegen, dass die Antragstellerinnen zugleich einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der von ihnen erhobenen Klage nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) gestellt haben. Aufgrund der hier gegebenen Sondersituation, begründet in den dem vorliegenden Verfahren zugrundeliegenden Verfahren vor der 2. Vergabekammer des Bundes findet ausnahmsweise der in [§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#) vorgesehene Ausschluss einer gleichzeitigen Antragstellung nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) und [§ 86b Abs. 2 SGG](#) ("soweit ein Fall des Abs. 1 nicht vorliegt ...") keine Anwendung. Zutreffend weisen die Antragstellerinnen darauf hin, dass allein mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der gegen das Zuschlagsverbot von ihnen erhobenen Anfechtungsklage noch nicht die Wirkung eintritt, dass sie Rabattverträge mit ausgewählten Pharmaunternehmen abschließen dürfen. Dieser Folge steht [§ 115 Abs. 1 GWB](#) entgegen, wonach nach Zustellung eines Antrages auf Nachprüfung an den Auftraggeber (hier: Antragstellerinnen) dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach [§ 117 Abs. 1 GWB](#) den Zuschlag nicht erteilen darf. Nach Anordnung der aufschiebenden Wirkung mit dem Wegfall der in [§ 118 Abs. 3 GWB](#) angeordneten sofortigen Vollziehbarkeit des Zuschlagsverbotes lebt dieses in [§ 115 Abs. 1 GWB](#) vorgesehene Zuschlagsverbot wieder auf. Um effektiven Rechtsschutz erlangen zu können, waren daher die Antragstellerinnen gehalten, im Rahmen der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes einen Antrag sowohl nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) als auch nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) zu stellen. Die Anträge sind somit statthaft.

Sie sind auch zulässig.

Der Zulässigkeit der beiden Anträge steht nicht entgegen, dass sie gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet sind. Zu Unrecht beanstanden die Antragsgegnerin und die Beigeladenen die Beteiligtenfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland am vorliegenden Verfahren nach [§ 70 SGG](#), die auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegeben sein muss (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 86b Rz. 7). Für das sozialgerichtliche Verfahren gilt ebenso wie für die Verwaltungsgerichtsordnung grundsätzlich das Rechtsträgerprinzip, wonach Beteiligter die juristische Person ist, deren Behörde zuständig ist. Nur ausnahmsweise gilt nach [§ 70 Nr. 3 SGG](#) das Behördenprinzip, sofern das Landesrecht dies bestimmt. In der Rechtsprechung des BSG ([BSGE 15, 127, 129](#)) ist anerkannt, dass nur die Bundesrepublik Deutschland, nicht die sie vertretende Behörde beteiligtenfähig ist. Demgemäß haben die Antragstellerinnen hier zu Recht ihre Anträge gegen die Bundesrepublik Deutschland und nicht gegen das Bundeskartellamt oder die 2. Vergabekammer des Bundes gerichtet. Nach [§ 106 Abs. 1 Satz 1 GWB](#) richtet der Bund die erforderliche Anzahl von Vergabekammern beim Bundeskartellamt ein. Einrichtung und

Besetzung der Vergabekammern wie die Geschäftsverteilung bestimmt der Präsident des Bundeskartellamtes ([§ 106 Abs. 1 Satz 2 GWB](#)). Diese Regelungen belegen, dass die Tätigkeit der Vergabekammern des Bundes dem Bund zuzurechnen ist, so dass richtigerweise entsprechend der Rechtsprechung des BSG die Bundesrepublik Deutschland zu Recht hier Antragsgegnerin ist.

Der Zulässigkeit der Anträge steht entgegen der von Antragsgegnerin und Beigeladenen vertretenen Auffassung die "Rechtswegsperre" des auch im Eilverfahren Anwendung findenden [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) (vgl. hierzu Kissel/Mayer, aaO, § 17 Rz. 6) nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift kann während der Rechtshängigkeit die Sache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden. Dies vermeidet Doppelprozesse und divergierende Entscheidungen und ist die Konsequenz aus der Bindung der Gerichte aller Gerichtsbarkeiten an die ergehende Entscheidung des erstangerufenen Gerichts über die Zulässigkeit des Rechtswegs ([§ 17a Abs. 1 GVG](#)). Diese Rechtswegsperre beginnt mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit und dauert bis zu deren Beendigung. Trotz des weit zu fassenden Anwendungsbereiches des [§ 17 GVG](#) (Kissel/Mayer, aaO, § 17 Rz. 6 und 6a) ist Voraussetzung für das Eintreten der Rechtswegsperre, dass gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen wurde. Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens ist hingegen mangels Eintreten der Rechtshängigkeit nicht geeignet, eine Rechtswegsperre i.S.d. [§ 17 GVG](#) auszulösen. Die Einleitung der Nachprüfungsverfahren nach den [§§ 102 ff GWB](#) durch die Beigeladenen Ziffern 1 - 7 konnten daher eine vorgreifliche Zuständigkeit des "Gerichtes des zuerst eingeschlagenen Rechtsweges" hier nicht begründen. Ungeachtet der sich aus [§ 105 GWB](#) ergebenden gerichtsähnlichen Ausgestaltung der Vergabekammern und ihres dortigen Verfahrens handelt es sich bei der Vergabekammer um kein Gericht, sondern um eine Verwaltungsbehörde (Bechthold, Kommentar zum GWB, 4. Auflage 2006, § 105 Rz. 1). Dies belegt nicht zuletzt [§ 114 Abs. 3 Satz 1 GWB](#), wonach die Entscheidung der Vergabekammer durch Verwaltungsakt ergeht. Die Entscheidung durch Verwaltungsakt ist das typische Handlungsinstrument einer Verwaltungsbehörde. Soweit die Beigeladenen Ziffern 1 und 2 am 23.11.2007 und die Beigeladene Ziffer 4 am 28.11.2007 gegen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes in den Verfahren [VK 2-117/07](#), [VK 2-120/07](#) bzw. [VK 2-105/07](#) sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt haben, begründet dies - wie dargestellt - keine Rechtswegsperre, obwohl diese sofortigen Beschwerden vor den am 29.11.2007 beim SG Stuttgart gestellten Anträgen auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bei einem Gericht eingelegt wurden. Auch der Umstand, dass die Antragstellerinnen die Beschlüsse der 2. Vergabekammer des Bundes auch vor dem OLG Düsseldorf angefochten haben, führt nicht dazu, dass das SG Stuttgart wegen anderweitiger Rechtshängigkeit der Sache nicht entscheiden könnte. Ob einem weiteren Antrag oder einer weiteren Klage eine bereits gegebene Rechtshängigkeit nach [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) entgegensteht, richtet sich entsprechend dem Grundsatz der Priorität danach, welcher Antrag bzw. welche Klage zuerst rechtshängig wurde. Wie oben bereits dargelegt wurden die sofortigen Beschwerden beim OLG Düsseldorf erst nach Einreichung der Klage und der Anträge beim SG Stuttgart eingelegt. [§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG](#) steht damit nicht einer Entscheidung des SG Stuttgart, sondern vielmehr einer Entscheidung des OLG Düsseldorf über die dort eingelegten sofortigen Beschwerden entgegen.

Die Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes sind auch begründet.

1. Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der erhobenen Klage

Wie oben bereits dargestellt richtet sich das Begehren der Antragstellerinnen auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der von ihnen erhobenen Klage nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#).

Bei der Neuregelung des vorläufigen Rechtsschutzes mit dem Sechsten Gesetz zur Änderung des SGG ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben ([§ 86a Abs. 1 SGG](#)). Die aufschiebende Wirkung entfällt allerdings in den durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen ([§ 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG](#)). Nach [§ 118 Abs. 3 GWB](#) hat der Zuschlag zu Angeboten zu unterbleiben, solange über die Entscheidung der Vergabekammer keine gerichtliche Entscheidung getroffen worden ist. Damit ist mit dieser bundesgesetzlichen Vorschrift bestimmt, dass eine hiergegen gerichtete Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung hat.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin steht dem Entfall der aufschiebenden Wirkung einer Klage hier nicht entgegen, dass es sich bei [§ 118 Abs. 3 GWB](#) um "eine bundesgesetzliche Norm in einem konkurrierenden Rechtsweg" handelt. Der Wortlaut des [§ 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG](#) gibt nichts dafür her, dass es sich bei den dort erwähnten bundesgesetzlichen Normen nur um solche handeln darf, die sich im Sozialgesetzbuch oder verwandten Gesetzen befinden.

In diesen Fällen kann nach [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) das Gericht der Hauptsache auf Antrag, der nach [§ 86 b Abs. 3 SGG](#) schon vor Klageerhebung zulässigerweise gestellt werden kann, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen.

Welche Kriterien für diese Entscheidung heranzuziehen sind, ist in [§ 86 b SGG](#) nicht geregelt. Da die Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes in den [§§ 86 a](#) und [86 b SGG](#) den Regelungen des [§ 80 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 5](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) nachgebildet sind, besteht kein Anlass, die bisherige Rechtsprechung der erkennenden Kammer zu ändern, die sich an den von den Verwaltungsgerichten zu [§ 80 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 5 VwGO](#) ausgearbeiteten Grundsätzen orientiert hat. Danach kommt es für die Rechtmäßigkeit der aufgrund fehlender aufschiebender Wirkung von Widerspruch und Klage gegebenen Möglichkeit der sofortigen Vollziehung darauf an, ob das Interesse an der Vollziehung schwerer wiegt als das gegenläufige Interesse am Eintritt der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage. Dabei kann entsprechend der Eigenart des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens die Rechtmäßigkeit des zugrunde liegenden Verwaltungsaktes nur summarisch überprüft werden. Die Interessenabwägung fällt grundsätzlich von vornherein zu Gunsten der Vollziehung und zu Lasten der Anordnung der aufschiebenden Wirkung aus, wenn die gegenläufigen Interessen nicht schutzwürdig sind, weil die Klage gegen den Verwaltungsakt aufgrund summarischer Prüfung erkennbar aussichtslos ist; und sie fällt von vornherein gegen die Vollziehung und damit zu Gunsten der Anordnung der aufschiebenden Wirkung aus, wenn das Interesse an der sofortigen Vollziehung deshalb nicht schutzwürdig ist, weil der Verwaltungsakt nach summarischer Prüfung erkennbar rechtswidrig ist ([BSGE 4, 151](#), 155). Ist keiner dieser Fälle der erkennbaren Aussichtslosigkeit der Klage oder erkennbaren Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes gegeben, so sind die beteiligten Interessen anhand sonstiger Umstände im Einzelfall zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen. Hierbei sind die Folgen abzuwägen, die eintreten würden, wenn die Eilentscheidung nicht erginge, die Klage aber später Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte Eilentscheidung erlassen würde, der Klage aber der Erfolg zu versagen wäre (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 86 b Rz. 12 e m. w. N.).

Bei Berücksichtigung der dargelegten Grundsätze hat die beim SG Stuttgart unter dem Aktenzeichen [S 10 KR 8605/07](#) anhängige Klage

Aussicht auf Erfolg. Bei der hier allein möglichen summarischen Prüfung erweisen sich die Entscheidungen der 2. Vergabekammer des Bundes als rechtswidrig und verletzen die Antragstellerinnen in ihren Rechten. Die aufschiebende Wirkung ihrer Klage ist daher anzuordnen.

Wie oben bereits dargelegt belegen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des [§ 69 SGB V](#), dass - mit Ausnahme der [§§ 19 bis 21 GWB](#) - die kartellrechtlichen Vorschriften des GWB keine Anwendung finden. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt die Kammer insoweit auf ihre obigen Ausführungen und die umfangreichen Darlegungen von Engelmann (in jurisPK-SGB V § 69) Bezug, denen sich die Kammer in vollem Umfang anschließt. Ob die Antragstellerinnen als "öffentliche Auftraggeber" im Sinne des nach Maßgabe der Richtlinie 2004/18/EG richtlinienkonform auszulegenden [§ 98 Nr. 2 GWB](#) anzusehen sind, kann somit dahingestellt bleiben. Eine Auseinandersetzung mit den insoweit unterschiedlichen Auffassungen des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 06.07.2005 - [VII Verg 22/05](#) und vom 21.07.2006 - [VII Verg 13/06](#)) und des Bayerischen Obersten Landesgerichts (Beschluss vom 24.05.2004 - [Verg 6/04](#)) bedarf es daher nicht (so auch LSG Baden-Württemberg, aaO).

An diesem Ergebnis vermögen weder das von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 17.10.2007 eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren noch die Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes vom 22.08. und 22.11.2007 etwas zu ändern. Nach Auffassung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften handelt es sich bei den gesetzlichen Krankenkassen zwar um Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die auch als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind. Die Kommission ist der Auffassung, "dass die Bundesrepublik Deutschland durch den Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) durch die gesetzlichen Krankenkassen gegen Art. 32 Abs. 2 i.V.m. Titel II Kapitel V bis VII der Richtlinie 2004/18/EG verstoßen haben könnte". Ungeachtet der von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vertretenen Auffassung bleibt festzuhalten, dass bislang weder eine Stellungnahme der hierzu aufgeforderten Bundesrepublik Deutschland noch eine Entscheidung darüber vorliegt, ob letztendlich tatsächlich ein Vertragsverletzungsverfahren gegeben ist. Das von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren spiegelt bislang lediglich die von ihr vertretene Auffassung wider. Ebenso verhält es sich mit den Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes vom 22.08. und 22.11.2007, in denen die Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber i.S.d. [§ 98 Nr. 2 GWB](#) angesehen werden. Das Bundesversicherungsamt vertritt darin ferner die Auffassung, das EU-Vergaberecht könne nicht durch sozialrechtliche Regelungen des SGB V verdrängt werden, [§ 69 SGB V](#) sei somit nicht ausgeschlossen. Auch hierbei handelt es sich lediglich um die Meinung des Bundesversicherungsamtes, keinesfalls jedoch um eine die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit bindende Entscheidung.

Die Ausschreibung der Antragstellerinnen ist daher allein an den Maßstäben der [§§ 19 bis 21 GWB](#) zu messen. [§ 19 GWB](#) setzt den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung voraus, [§ 20 GWB](#) enthält ein Diskriminierungsverbot und ein Verbot unbilliger Behinderung für marktbeherrschende Unternehmen und [§ 21 GWB](#) verbietet wettbewerbsbeschränkendes Verhalten. Bei der hier allein möglichen summarischen Prüfung sind Verstöße der Antragstellerinnen gegen diese Vorschriften nicht festzustellen.

[§ 19 Abs. 1 GWB](#) bestimmt, dass die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten ist. [§ 19 Abs. 2 GWB](#) definiert, wann ein Unternehmen marktbeherrschend ist. Nach [§ 19 Abs. 3 GWB](#) wird vermutet, dass ein Unternehmen dann marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Abs. 4 des [§ 19 GWB](#) benennt beispielhaft bestimmte Situationen, in denen das Gesetz davon ausgeht, dass ein Missbrauchstatbestand vorliegt. Nach Überzeugung der Kammer kommt den Antragstellerinnen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechend der Vermutung in [§ 19 Abs. 3 Satz 1 GWB](#) aufgrund des hohen Anteils der bei ihr Versicherten durchaus eine marktbeherrschende Stellung zu. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass der Gesetzgeber den Krankenkassen selbst die beherrschende Marktstellung eingeräumt hat. Dessen ungeachtet ist ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegend nicht zu erkennen. Das Ausschreibungsverfahren selbst vermag den Vorwurf des Missbrauchs nicht zu tragen. Die Antragstellerinnen haben sämtliche in- und ausländischen Pharmaunternehmen, die die hier streitigen Wirkstoffe auf dem Markt in Deutschland anbieten, zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Eine inhaltsgleiche Veröffentlichung dieses Anschreibens erfolgte im elektronischen Bundesanzeiger. Damit haben die Antragstellerinnen ein diskriminierungsfreies transparentes Verfahren gewährleistet (vgl. § 2 Nr. 2 VOL-A vom 06.04.2006, BAnz Nr. 100a vom 30.05.2006). Durch das Anschreiben an alle insoweit in Betracht kommenden Pharmaunternehmen und die Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger bekamen alle in- und ausländischen Pharmaunternehmen die Gelegenheit, Angebote auf diese Ausschreibung abzugeben. Von dieser Möglichkeit haben - wie nicht zuletzt die Vielzahl der hier beigeladenen Pharmaunternehmen belegt - angeschriebene Pharmaunternehmen reichlich Gebrauch gemacht. Die Kriterien für die Auswahl der Angebote je Wirkstoff waren transparent und für alle angeschriebenen Pharmaunternehmen gleich. Im Anschreiben wurde deutlich, dass das Ausmaß der Schwellenunterschreitung durch das jeweilige Angebot je Wirkstoff entscheidend ist. Die Kammer teilt die Auffassung der 2. Vergabekammer des Bundes, die Angebotsfrist sei zu kurz bemessen gewesen, nicht. Dies belegt schon die Tatsache, dass trotz dieser - nach Ansicht der 2. Vergabekammer des Bundes zu kurzen - Angebotsfrist die Pharmaunternehmen in der Lage waren, entsprechende Angebote abzugeben. Selbst wenn man sich der Auffassung der Vergabekammer anschließen würde, begründet dies vorliegend keinen Anspruch der Beigeladenen auf Untersagung des Zuschlagsverbots, da die Beigeladenen entsprechende Angebote abgegeben haben. Auch das von der Vergabekammer kritisierte Auswahlkriterium der Produktbreite ist nach Überzeugung der Kammer nicht zu beanstanden. Es handelt sich hierbei um ein transparentes Kriterium, dass von den Pharmaunternehmen ohne Weiteres bei Abgabe des Angebotes beachtet werden konnte. Soweit die Antragstellerinnen von einer europaweiten Ausschreibung abgesehen haben, ist dieses nicht zu beanstanden. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt die Kammer insoweit Bezug auf die entsprechenden Ausführungen in den Beschlüssen der 2. Vergabekammer des Bundes. Auch sonst ist ein missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin nicht zu erkennen. Bei der Auswahl der in Betracht kommenden Angebote haben sich die Antragstellerinnen an ihre eigenen Vorgaben gehalten. Die Tatsache, dass die Antragstellerinnen die Pharmaunternehmen nach erfolgter Auswahl vorab informiert haben, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, zumal hierdurch den Pharmaunternehmen Rechtsschutz vor der Erteilung von Zuschlägen zu den Angeboten auf Rabattverträge ermöglicht wurde.

Anhaltspunkte für eine Diskriminierung oder für eine unbillige Behinderung einzelner Pharmaunternehmen durch die erfolgte Ausschreibung oder durch die Auswahlentscheidung durch die Antragstellerinnen i.S.d. [§ 20 GWB](#) sind ebenso wenig festzustellen, wie sonstige Anhaltspunkte für ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Antragstellerinnen i.S.d. [§ 21 GWB](#).

Die Entscheidungen der - im Übrigen zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nach den oben dargelegten Gründen nicht zuständigen - 2. Vergabekammer des Bundes erweisen sich somit auch in inhaltlicher Hinsicht als rechtswidrig. Die hiergegen gerichtete Klage hat Aussicht auf Erfolg, so dass dem Antrag der Antragstellerinnen auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen diese Beschlüsse stattzugeben ist.

2. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Grundlage dieses Antrages ist - wie oben bereits ebenfalls dargestellt - [§ 86b Abs. 2 SGG](#). Da das Begehren der Antragstellerinnen darauf gerichtet ist, auf die von ihnen ausgewählten wirtschaftlichsten Angebote bezüglich der streitgegenständlichen Wirkstoffe Zuschläge erteilen zu dürfen, ist Ziel der Antragstellerinnen vorliegend der Erlass einer Regelungsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) (vgl. hierzu Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 86b Rz. 25b m.w.N.).

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt grundsätzlich die - summarische - Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung (vgl. Bundesverwaltungsgericht -BVerwG- Buchholz 421.21 Hochschulzulassungsrecht Nr. 37; Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung -VwGO- § 123 Rdnrn. 64, 73 ff., 80 ff.; Puttler in Sodan/Ziekow, [VwGO § 123](#) Rdnrn. 78 ff.). Die Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen ([§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i. V. m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung), wobei die diesbezüglichen Anforderungen jedoch umso niedriger sind, je schwerer die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbundenen Belastungen - insbesondere auch mit Blick auf ihre Grundrechtsrelevanz - wiegen (vgl. Bundesverfassungsgericht -BVerfG- [NJW 1997, 479](#), 480 f.; [NJW 2003, 1236](#) f.; Beschluss vom 12. Mai 2005 - [1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927](#) ff.; Puttler in Sodan/Ziekow, a. a. O., Rdnrn. 12, 95 99 ff.; Funke-Kaiser in Bader u. a.; VwGO, 3. Auflage, § 123 Rdnrn. 15 f., 24 ff.).

Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens ist eine Interessenabwägung erforderlich. Hierbei sind die Folgen abzuwägen, die auf der einen Seite entstehen würden, wenn das Gericht die einstweilige Anordnung nicht erließe, sich jedoch im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass der Anspruch besteht, und auf der anderen Seite entstünden, wenn das Gericht die einstweilige Anordnung erließe, sich aber im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass der Anspruch besteht. (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer a. a. O., § 86 b Rz. 29 und 29 a m. w. N.).

Eine einstweilige Anordnung darf grundsätzlich eine endgültige Entscheidung nicht vorwegnehmen. Von einer solchen Vorwegnahme der Hauptsache kann jedoch nur dann gesprochen werden, wenn die Maßnahme nachträglich nicht mehr für die Vergangenheit korrigierbar ist. Dies ist bei der Verurteilung zur vorläufigen Gewährung von Leistungen nur dann der Fall, wenn eine Rückforderung ausgeschlossen ist. In einem solchen Fall ist das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme in der Hauptsache zu beachten; es kann aber im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes ausnahmsweise erforderlich sein, der Entscheidung in der Hauptsache vorzugreifen, wenn sonst Rechtsschutz nicht erreichbar und dies für den Antragsteller unzumutbar wäre (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 86b Rz. 31 m.w.N.).

Unter Berücksichtigung der dargelegten Grundlagen und Grundsätze ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung begründet, da sowohl der hierfür erforderliche Anordnungsanspruch als auch der hierfür notwendige Anordnungsgrund gegeben sind.

Der Anordnungsanspruch für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung liegt vor, da die Entscheidungen der 2. Vergabekammer des Bundes sich als rechtswidrig erweisen. Einen Verstoß der Antragstellerinnen gegen die hier allein zur Anwendung kommenden [§ 19](#) bis [21 GWB](#) liegt nicht vor. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf obige Ausführungen verwiesen. Die Antragstellerinnen sind damit berechtigt, entsprechend [§ 130a Abs. 8 Satz 1 SGB V](#) Zuschläge auf die von ihnen ausgewählten wirtschaftlichsten Angebote zu erteilen und damit Rabattverträge mit den ausgewählten Pharmaunternehmen zu schließen.

Auch die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderliche Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) ist gegeben. Wie aus der Ausschreibung zu ersehen ist, sollen die Rabattverträge am 01.01.2008 in Kraft treten und bis zum 31.12.2009 gelten. Ferner ergibt sich aus dem Anschreiben der Antragstellerinnen eine Bindung der ein Angebot abgebenden Pharmaunternehmen nur bis zum 31.12.2007. Sollten die Rabattverträge erst nach dem 01.01.2008 in Kraft treten, droht den Antragstellerinnen die Gefahr, dass aufgrund der dann nicht mehr gegebenen Bindungspflicht der Pharmaunternehmen an das von ihnen abgegebene Angebot das gesamte Ausschreibungsverfahren erneut durchgeführt werden muss. Die danach eintretende zeitliche Verzögerung würde dazu führen, dass die Antragstellerinnen entgegen der ihnen in [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) eingeräumten Möglichkeit zum Abschluss von Rabattverträgen sich hieraus ergebende Einsparungen von erheblichem Gewicht, die letztendlich auch den gesetzlich Krankenversicherten zugute kommen, nicht realisieren können. Hieran vermag die Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist vorerst bis 29.02.2008 im Schreiben der Antragstellerin Ziffer 1 vom 13.12.2007 an die Beigeladene Ziffer 1 nichts zu ändern, das es sich hierbei lediglich um eine Reaktion auf das vorliegende Verfahren, gerichtet auf die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes handelt. Dieses Schreiben wird jedoch mit dem Beschluss vom heutigen Tag obsolet, da damit ein Inkrafttreten der Rabattverträge zum 01.01.2008 möglich ist.

Auch das grundsätzlich bestehende Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache steht hier dem Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung nicht entgegen. Wie bereits ausgeführt führt ein verspätetes Inkrafttreten der in Aussicht genommenen Rabattverträge zu erheblichen Einsparverlusten auf Seiten der Antragstellerinnen. Ausgehend von einem jährlichen Einsparvolumen von 400 Millionen Euro führt bereits eine Verzögerung des Vertragsabschlusses von nur einem Monat zu einem Verlust an Einsparungen in Höhe von ca. 33 Millionen Euro. Dieser erhebliche möglicherweise eintretende wirtschaftliche Schaden rechtfertigt es vorliegend, ausnahmsweise die Hauptsache vorwegzunehmen.

Den Antragstellerinnen war somit einstweiliger Rechtsschutz im begehrten Umfang zu gewähren.

Der von der Beigeladenen Ziffer 4 gestellte Antrag, bereits jetzt den Vollzug dieses für die Antragstellerinnen günstigen Beschlusses einstweilen auszusetzen, ist abzulehnen. Grundlage für dieses Begehren ist [§ 175 Satz 3 SGG](#). Danach kann das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, bestimmen, dass der Vollzug der angefochtenen Entscheidung einstweilen auszusetzen ist. Wie aus dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung zu ersehen ist, setzt eine entsprechende Entscheidung eine Anfechtung der ergangenen Entscheidung voraus. Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Die von der Beigeladenen Ziffer 4 begehrte Entscheidung, die hier getroffene Entscheidung bereits vor ihrer Anfechtung in analoger Anwendung des [§ 175 Satz 3 SGG](#) auszusetzen, scheidet aufgrund des Fehlens einer im Wege der Analogie zu schließenden Regelungslücke aus. Sowohl Antragsgegnerin als auch die Beigeladenen haben es selbst in der Hand, unmittelbar nach Zustellung dieses Beschlusses hiergegen Beschwerde einzulegen. Im Rahmen des sich daran anschließenden Abhilfeverfahrens - aber auch erst dann - hat die von Antrag oder von Amts wegen durchzuführende Prüfung und Entscheidung zu erfolgen, ob der Vollzug dieser Entscheidung einstweiligen ausgesetzt wird. Sollte einer etwaigen Beschwerde nicht abgeholfen werden, kann der Vorsitzende des Beschwerdegerichts nach [§ 199 Abs. 2 SGG](#) die Vollstreckung dieser Entscheidung aussetzen.

Sowohl für Antragsgegnerin als auch für die Beigeladenen stehen somit ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung, um die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern. Einer analogen Anwendung des [§ 175 Satz 3 SGG](#) bedarf es daher nicht.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 3, 159 Satz 2](#) der Verwaltungsgerichtsordnung.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-12-28