

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Düsseldorf > 2018 > 19.12.2018 - Verg 40 / 18

## OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18

(Bieter unterliegt)

### Normen:

§ 103 GWB; § 179 GWB; § 17a GVG

### Vorangegangene Entscheidung:

VK Bund, Beschluss vom 15.05.2018, VK 2 - 30 / 18 (Bieter obsiegt)

### Stichworte:

Verweisung an das Sozialgericht, öffentlicher Auftrag, Rechtsbeschwerde

### Leitsatz (redaktionell):

1. Die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde eines Beigeladenen hängt allein von der materiellen Beschwer ab und nicht davon, ob er im Verfahren vor der Vergabekammer Anträge gestellt hat.
2. Es fehlt an der für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags notwendigen Selektivität und Exklusivität, wenn eine Vereinbarung keine Abnahmeverpflichtung begründet und allein ein bestimmter Preis garantiert wird.
3. Eine Anschlussbeschwerde ist unzulässig, soweit sie über das erstinstanzlich Begehrte hinausgeht.
4. Der Vergabesenat ist nicht daran gehindert, das als sofortige Beschwerde bei ihm anhängige Nachprüfungsverfahren an das örtlich und sachlich zuständige erstinstanzliche Gericht eines anderen Rechtswegs zu verweisen.
5. Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ist im Falle einer solchen Verweisung nicht zu entscheiden, da sie Teil der Kosten sind, die bei dem Gericht erwachsen, an das der Rechtsstreit verwiesen wurde.
6. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage, ob eine Verweisung an das sachlich und örtlich zuständige Sozialgericht zulässig ist, wird die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen.
7. Die Rechtsbeschwerde nach § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG geht der Divergenzvorlage nach § 179 Abs. 2 GWB vor.
8. Der Senat schließt sich nicht der Auffassung an, dass ein Vergabenachprüfungsverfahren allein deswegen statthaft ist, weil der Antragsteller subjektiv der Auffassung ist, es müsse ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt werden. Entscheidend ist allein das Vorliegen objektiver Voraussetzungen.

### Entscheidungstext:

### Tenor:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

Auf die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin zu 1. und der Beigeladenen zu 1. bis 3. wird der Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15.05.2018 (VK 2 - 30/18) im Umfang des Ausspruchs zu 1., zu 2., zu 4. und zu 5. aufgehoben.

Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin wird als unzulässig verworfen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die den Antragsgegnerinnen zu 1. und 2. und den Beigeladenen zu 1. und 4. in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu tragen.

Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist nicht eröffnet. Das Verfahren wird an das Sozialgericht München verwiesen.

Die Kostenentscheidung für das gerichtliche Verfahren bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe

### I.

Zulasten der Antragsgegnerin zu 1., einer gesetzlichen Krankenkasse, verordnen Vertragsärzte Grippeimpfstoffe als Sprechstundenbedarf für sämtliche Versicherte gesetzlicher Krankenkassen in den Bundesländern Berlin, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern. Grippeimpfstoffe sind apothekenpflichtig und werden ausschließlich von Apotheken an die verschreibenden Ärzte zur Verabreichung an die Patienten abgegeben.

Zur Regelung der Abrechnungsmodalitäten für Grippeimpfstoffe in der Impfsaison 2018/19 schloss die Antragsgegnerin zu 1. im Februar 2018 mit den Apothekerverbänden in den Bundesländern Berlin, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern, den Beigeladenen zu 1. bis 3., vertragliche Vereinbarungen (Anlagen BF 3 – BF 8). Darin sind Einzelheiten der Kostenerstattung für die von Apotheken an Vertragsärzte gelieferten Impfstoffdosen geregelt. Für Grippeimpfstoffe, die von den Apotheken ausgewählt werden können, sehen sie einen Vergütungsbetrag von 9,20 € netto je Impfdosis vor, der von der Antragsgegnerin zu 1. an die jeweils liefernde Apotheke zu zahlen ist. Diese Pauschalpreisvergütung ist lediglich für Fälle vorgesehen, in denen Vertragsärzte keinen bestimmten Impfstoff verschreiben, sondern die Apotheke die Auswahl treffen kann. Diese nicht namentliche Verordnung von Impfstoffen wird auch als generische Verordnung oder Wirkstoffverordnung bezeichnet. Für andere, im Regelfall teurere Verordnungen, mit denen ein bestimmter Impfstoff verschrieben wird, ist zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Apothekerverbänden ein gesondertes Erstattungsverfahren vereinbart.

Die Vereinbarungen zur Pauschalpreisvergütung enthalten unter anderem wortgleich folgende Bestimmung:

„Die Antragsgegnerin zu 1. verpflichtet sich, die Kassenärztliche Vereinigung [...] sowie die Vertragsärzte über die Ziele dieser Vereinbarung und die Bestimmungen zur Verordnung von Grippeimpfstoffen zu informieren und deren Umsetzung aktiv zu fördern.“

Den Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Beigeladenen zu 1. bis 3. war eine Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. vom 05./06.02.2018 (Anlage BF 9) vorausgegangen. Die Antragsgegnerin zu 2. ist eine Tochtergesellschaft des Beigeladenen zu 1. und koordiniert für die den Beigeladenen zu 1. bis 3. angehörenden Apotheken den Einkauf von Grippeimpfstoffen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

Die Beigeladene zu 4. ist ein pharmazeutisches Unternehmen, das quadrivalenten Grippeimpfstoff herstellt, wie er in der Impfsaison 2018/19 zum Einsatz kommt. Diesen Impfstoff bieten außer der Beigeladenen zu 4. nur noch die Antragstellerin sowie das Unternehmen T. an, das gegen die zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Beigeladenen zu 1. bis 3. geschlossenen Vereinbarungen um Rechtsschutz vor dem Sozialgericht Frankfurt a.M. und dem Hessischen Landessozialgericht nachgesucht hat. Die Beigeladene zu 4. tritt derzeit als günstigste Anbieterin auf dem Markt für Grippeimpfstoffe auf. In der Vereinbarung mit der Antragsgegnerin zu 2. sichert sie im Falle von Impfstoffbestellungen durch die den Beigeladenen zu 1. bis 3. angehörenden Apotheken einen Herstellerabgabepreis von nicht mehr als 7,55 € netto je Dosis zu. Die Antragstellerin sowie T. verlangen für ihre Impfstoffdosen höhere Preise. In Regionen, in denen die gesetzlichen Krankenkassen den Bedarf an Grippeimpfstoffen auf andere Weise decken als die Antragsgegnerin zu 1., partizipieren die Antragstellerin und T. an der Versorgung der Krankenkassenmitglieder mit Impfstoffen. Dort gelingt es ihnen, ihre Impfstoffe zu einem höheren Preis abzugeben, als er in der Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. vereinbart ist.

Außer einem garantierten Preis von maximal 7,55 € netto je Impfstoffdosis enthält die Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. darüber hinaus unter anderem folgende Regelungen:

„10. Der Abschluss dieser Vereinbarung bewirkt keine Abrufverpflichtung der Antragsgegnerin zu 2. Die BAV-Mitgliedsapotheken und die weiteren teilnehmenden Apotheken können frei entscheiden, ob sie einen Grippeimpfstoff über die Antragsgegnerin zu 2. oder anderweitig bestellen. Die Bestellmöglichkeit über die E. stellt für die BAV-Mitgliedsapotheken und für die weiteren teilnehmenden Apotheken nur ein Angebot dar, das nicht zwingend genutzt werden muss. Die Antragsgegnerin zu 2. ist gegenüber dem Impfstoffanbieter nicht zum Leistungsabruf verpflichtet. Schadensersatzansprüche wegen eines Nichtabrufens einer Leistung sind ausgeschlossen.

11. Die BAV-Mitgliedsapotheken und die weiteren teilnehmenden Apotheken sind zudem frei, unabhängig von dieser Vereinbarung abweichende Konditionen zu vereinbaren.

[...]

13. Der Impfstoffanbieter stellt die gelieferten Impfstoffe direkt den auftraggebenden Apotheken in Rechnung.“

Die Antragsgegnerin zu 2. versuchte auch die Antragstellerin für eine Vereinbarung nach Art der mit der Beigeladenen zu 4. geschlossenen zu gewinnen, war dabei aber nicht erfolgreich. Die Einzelheiten sind zwischen den Verfahrensbeteiligten streitig. Die Antragsgegnerin zu 2. bietet der Antragstellerin weiterhin an, sich auf eine vergleichbare Vereinbarung einzulassen.

Nachdem die genannten Vereinbarungen abgeschlossen waren und auch die Presse hierüber berichtet hatte, hat die Antragstellerin am 13.03.2018 einen Nachprüfungsantrag bei der 2. Vergabekammer des Bundes gestellt. Die Antragstellerin hat die Ansicht vertreten, dass die Vertragsschlüsse ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens unzulässig seien. Die Vereinbarungen stünden in einem engen wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang. Die Festpreis-Liefervereinbarung bilde die Geschäftsgrundlage für die Festpreis-Erstattungsvereinbarungen im Sinne von § 59 Abs. 1 Satz 1 SGB X und umgekehrt. Das gewählte Versorgungsmodell ziele darauf, der Antragsgegnerin zu 1. die Versorgung ihrer Versicherten zu möglichst günstigen Konditionen zu ermöglichen, indem die Preiskonditionen der Beigeladenen zu 4. an die Antragsgegnerin zu 1. durchgereicht würden. Die Antragsgegnerin zu 2. habe quasi als Vergabestelle für die Antragsgegnerin zu 1. bei der Beschaffung von quadrivalentem Grippeimpfstoff agiert. Die Apotheken seien bei diesem Vorgang als reine Intermediäre zu betrachten. Die geschlossenen Vereinbarungen seien zwar isoliert betrachtet möglicherweise kein öffentlicher Auftrag. Geboten sei jedoch eine funktionale Gesamtbetrachtung.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

Danach wirkten die Vereinbarungen wie ein nicht mehr zulässiger Rabattvertrag nach § 132e SGB V a.F. zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und der Beigeladenen zu 4., der ohne Beachtung der vergaberechtlichen Vorgaben geschlossen worden sei. Das Festpreismodell diene einzig und allein der Umgehung der sozialrechtlichen Gesetzeslage sowie, durch Aufgliederung eines funktional einheitlichen Beschaffungsvorgangs, der Umgehung der kartellvergaberechtlichen Ausschreibungspflichten.

Die Antragstellerin hat – sowie hier noch von Bedeutung – beantragt,

1. die Unwirksamkeit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB festzustellen, im Hinblick auf

a) die von der Antragsgegnerin zu 1. mit dem

(I) Beigeladenen zu 1. am 6./13. Februar 2018 abgeschlossene „Vereinbarung über die Versorgung mit Grippeimpfstoffen gem. § 11 Nr. 7 des Arzneimittelversorgungsvertrages Berlin (AVV) für die Saison 2018/2019“ nebst „Vereinbarung zur Regelung von Einzelheiten der Vereinbarung über die Versorgung mit Grippeimpfstoffen gem. § 11 Nr. 7 des Arzneimittelversorgungsvertrages Berlin (AVV) für die Saison 2018/2019“, von der Antragsgegnerin zu 1. mit Schriftsatz vom 21. März 2018 in Kopie vorgelegt als Anlagen AG 3 und AG 4,

(II) Beigeladenen zu 2. am 6./21. Februar 2018 abgeschlossene „Vereinbarung über die Versorgung mit Grippeimpfstoffen gem. Anlage 5 des Arzneilieferungsvertrages für das Land Brandenburg zur Preisvereinbarung für Grippeimpfstoffe im Sprechstundenbedarf für die Saison 2018/2019“ nebst „Vereinbarung zur Regelung von Einzelheiten der Vereinbarung über die Versorgung mit Grippeimpfstoffen gem. Anlage 5 des Arzneilieferungsvertrages für das Land Brandenburg zur Preisvereinbarung für Impfstoffe im Sprechstundenbedarf für die Saison 2018/2019“, von der Antragsgegnerin zu 1. mit Schriftsatz vom 21. März 2018 in Kopie vorgelegt als Anlagen AG 6 und AG 7,

(III) Beigeladenen zu 3. am 7./13. Februar 2018 abgeschlossene „Vereinbarung über die Versorgung mit Grippeimpfstoffen gem. § 5 Abs. 4 (Anlage 1) des Arzneilieferungsvertrages Mecklenburg-Vorpommern (ALV) für die Saison 2018/2019“ nebst „Vereinbarung zur Regelung von Einzelheiten der Vereinbarung über die Versorgung mit Grippeimpfstoffen gem. § 5 Abs. 4 (Anlage 1) des Arzneilieferungsvertrages Mecklenburg-Vorpommern (ALV) für die Saison 2018/2019“, von der Antragsgegnerin zu 1. mit Schriftsatz vom 21. März 2018 in Kopie vorgelegt als Anlage AG 9 und AG 10,

sowie

b) die von der Antragsgegnerin zu 2. mit der Beigeladenen zu 4. am 5./6. Februar 2018 abgeschlossene „Kooperationsvereinbarung“, von der Antragsgegnerin zu 2. mit Schriftsatz datierend vom 26. März 2018 in teilweise geschwärzter Kopie vorgelegt als Anlage AG 1,

2. den Antragsgegnerinnen aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die entsprechenden Rahmenvereinbarungen und Verträge über die Lieferung von Grippeimpfstoffen in den Bundesländern Berlin, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern nach den gesetzlichen Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge auszuschreiben, soweit dies nicht durch andere gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen ist.

Die Antragsgegnerinnen zu 1. und 2. und die Beigeladenen zu 1. und 4. haben beantragt,

den Nachprüfungsantrag abzulehnen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

Die Beigeladenen zu 2. und 3. haben sich dem Vorbringen des Beigeladenen zu 1. lediglich angeschlossen. Eigene Anträge haben sie nicht gestellt.

Die Antragsgegnerinnen und die Beigeladenen zu 1. und 4. haben geltend gemacht, dass der Nachprüfungsantrag nicht statthaft sei. Die geschlossenen Vereinbarungen unterfielen weder isoliert noch in der Gesamtbetrachtung dem Kartellvergaberecht. Es fehle an einem öffentlichen Auftrag und, bezogen auf die Antragsgegnerin zu 2., an der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeberin. Die Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Beigeladenen zu 1. bis 3. beträfen keine Beschaffung, sondern regelten Erstattungsfragen der Impfstoffversorgung durch die Apotheken. Die Antragsgegnerin zu 2. habe nicht in mittelbarer Stellvertretung für die Antragsgegnerin zu 1. gehandelt, sondern sei der Marktgegenseite der Krankenkassen zuzuordnen, den Apotheken. Die zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. geschlossene Vereinbarung habe keinen selektiven und exklusiven Charakter. Die Antragstellerin könne bei Gewährung entsprechender Konditionen daran teilhaben. Das Vergaberecht werde von den an den Vereinbarungen Beteiligten mit den gewählten vertraglichen Konstruktionen nicht umgangen.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 15.05.2018 festgestellt, dass die von der Antragsgegnerin zu 1. mit den Beigeladenen zu 1. bis 3. geschlossenen Verträge unwirksam sind. Sie hat der Antragsgegnerin zu 1. bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen. Im Übrigen hat es den Nachprüfungsantrag verworfen. Zur Begründung hat die Vergabekammer im Wesentlichen ausgeführt, bei den von der Antragsgegnerin zu 1. geschlossenen Vereinbarungen handele es sich um Rahmenvereinbarungen nach § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB. Zwar seien diese formal nicht auf einen Vertragsschluss gerichtet. Entscheidend sei aber eine funktionale Betrachtung. Danach zielten die Vereinbarungen auf entgeltliche Verträge und hätten auch einen mittelbaren Beschaffungsbezug. Die von der Antragsgegnerin zu 1. übernommene aktive Förderpflicht zugunsten der Vereinbarungsumsetzung entfalte eine vergaberechtlich unzulässige Lenkungswirkung zugunsten des Produkts der Beigeladenen zu 4. Wegen der weiteren Einzelheiten des Beschlusses der Vergabekammer wird auf diesen Bezug genommen.

Gegen den ihnen am 15.05.2018 zugestellten Beschluss haben die Antragsgegnerin zu 1. und die Beigeladenen zu 1. bis 3. am 29.05.2018 jeweils sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Sie rügen die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens vor der Vergabekammer als fehlerhaft.

Die Antragsgegnerin zu 1. beantragt,

1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15. Mai 2018 (VK 2-30/18) aufzuheben, soweit darin die Unwirksamkeit der in Ziffer 1 der Entscheidungsformel genannten Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Beigeladenen zu 1. bis 3. festgestellt wird und der Antragsgegnerin zu 1. aufgegeben wird, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,
2. den Nachprüfungsantrag insgesamt zu verwerfen.

Der Beigeladene zu 1. beantragt zuletzt,

1. die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15. Mai 2018 – VK 2 – 30/18 – aufzuheben, soweit darin die Unwirksamkeit der in Ziffer 1 der Entscheidungsformel genannten Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und dem Beigeladenen zu 1. festgestellt wird und der Antragsgegnerin zu 1.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

aufgegeben wird, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,

2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Beigeladene zu 2. beantragt zuletzt,

1. die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15. Mai 2018 – VK 2 – 30/18 – aufzuheben, soweit darin die Unwirksamkeit der in Ziffer 1 der Entscheidungsformel genannten Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und dem Beigeladenen zu 2. festgestellt wird und der Antragsgegnerin zu 1. aufgegeben wird, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,

2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Beigeladene zu 3. beantragt zuletzt,

1. die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15. Mai 2018 – VK 2 – 30/18 – aufzuheben, soweit darin die Unwirksamkeit der in Ziffer 1 der Entscheidungsformel genannten Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und dem Beigeladenen zu 3. festgestellt wird und der Antragsgegnerin zu 1. aufgegeben wird, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,

2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortigen Beschwerden der Beschwerdeführer zu verwerfen bzw. zurückzuweisen.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass in die vertraglichen Vereinbarungen der Antragsgegnerin zu 1. ein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang eingekapselt sei. Es gehe der Antragsgegnerin um eine De-facto-Umsetzung einer Beschaffungsabsicht außerhalb eines geordneten und transparenten Vergabeverfahrens.

Mit ihrem Beschwerdeerwiderungsschriftsatz vom 20.06.2018, eine Beschwerdeerwiderungsfrist war ihr bis zum 13.07.2018 gesetzt worden, erhebt die Antragstellerin zugleich Anschlussbeschwerde. Mit dieser macht sie geltend, sie verfolge die von der Vergabekammer fehlerhaft abgelehnte Unwirksamkeitsfeststellung der Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. nunmehr im Wege der Anschlussbeschwerde gegen die Antragsgegnerin zu 1.

Die Antragstellerin beantragt insoweit,

1. auf die Anschlussbeschwerde unter teilweiser Aufhebung des Beschlusses der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15. Mai 2018 (VK 2-30/18), soweit der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin verworfen worden ist,

a) der Antragsgegnerin zu 1. in jedweder Hinsicht zu untersagen, die von der 2. Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 15. Mai 2018 (VK 2-30/18) für unwirksam erklärten Vereinbarungen sowie die diesen Vereinbarungen zugrunde liegende Kooperationsvereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. vom 5./6. Februar 2018 durchzuführen,

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

hilfsweise

b) gegenüber der Antragsgegnerin zu 1. festzustellen, dass die Durchführung der von der 2. Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 15. Mai 2018 (VK 2-30/18) für unwirksam erklärten Vereinbarungen sowie die diesen Vereinbarungen zugrunde liegende Kooperationsvereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. vom 5./6. Februar 2018 rechtswidrig war,

2. den Antragsgegnerinnen, dem Beigeladenen zu 1. und der Beigeladenen zu 4. die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) sowie die der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerinnen zu 1. und 2. sowie die Beigeladenen zu 1. bis 4. beantragen,

die Anschlussbeschwerde zu verwerfen bzw. zurückzuweisen.

Sie halten die Anschlussbeschwerde bereits für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Verfahrensakte der Vergabekammer verwiesen.

## II.

Die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin zu 1. und der Beigeladenen zu 1. bis 3. sind zulässig und haben insofern Erfolg, als der Beschluss der Vergabekammer in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufgehoben wird.

1. Soweit die Antragstellerin Zulässigkeitsbedenken gegen die sofortigen Beschwerden der Beigeladenen zu 2. und 3. äußert, teilt der Senat diese Bedenken nicht. Zwar haben die Beigeladenen zu 2. und 3. im Verfahren vor der Vergabekammer keine Anträge gestellt. Die Zulässigkeit ihrer sofortigen Beschwerden hängt hiervon jedoch nicht ab. Es reicht aus, dass sie durch die Entscheidung der Vergabekammer materiell beschwert sind. Eine materielle Beschwerde eröffnet einem Beigeladenen nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB stets den Weg in die sofortige Beschwerde, weil er vor der Vergabekammer keine Anträge stellen muss (vgl. OLG München, Beschluss vom 03.11.2011 – Verg 14/11, zitiert nach juris, Tz. 56). Die notwendige materielle Beschwerde der Beigeladenen ist hier zu bejahen. Die Vergabekammerentscheidung ist für die Beigeladenen zu 2. und 3. nachteilig, weil der Beschluss die Unwirksamkeit der zwischen ihnen und der Antragsgegnerin zu 1. geschlossenen Vereinbarungen ausspricht.

Dass sich die Beschwerdeanträge der Beigeladenen zu 1. bis 3. auch dagegen richten, dass die Vergabekammer der Antragsgegnerin zu 1. bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben hat, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen, ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht zu beanstanden. Der betreffende Ausspruch der Vergabekammer beschwert die Beigeladenen ebenfalls. Sie werden durch die Verpflichtung daran gehindert, wie bisher mit der Antragsgegnerin zu 1. zu kontrahieren.

2. Die sofortigen Beschwerden sind auch insofern begründet, als die Vergabekammer die Unwirksamkeit der Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Beigeladenen zu 1. bis 3. nicht feststellen und der Antragsgegnerin zu 1. auch nicht aufgeben durfte, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

ordnungsgemäßes Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.

a) Für eine Überprüfung der in Rede stehenden Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Beigeladenen zu 1. bis 3. ist der Rechtsweg zur Vergabekammer (§§ 160 ff. GWB) und dem erkennenden Vergabesenat (§§ 171 ff. GWB) nicht eröffnet. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nicht statthaft. Das folgt aus §§ 155, 156 Abs. 2 GWB. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich im Sinne einer aufdrängenden Rechtswegzuweisung (vgl. Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 155 GWB Rn. 4) im Zusammenspiel mit weiteren Vorschriften, dass nur bestimmte Vergabevorgänge der Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterliegen. An einem solchen der Kontrolle der Vergabenachprüfungsinstanzen unterliegenden Vergabevorgang fehlt es hier.

aa) Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist gemäß §§ 155, 156 Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 98, 99, 103, 106 GWB eröffnet, wenn ein Unternehmen die Verletzung seiner subjektiven Rechte in einem förmlichen Vergabeverfahren rügt, das ein öffentlicher Auftraggeber zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags durchführt. Dabei muss der Auftragswert die nach dem Gesetz vorgesehenen Schwellenwerte erreichen oder überschreiten.

Nach dieser Fallgruppe, der nach der Erfahrung des Senats der mit Abstand größte Teil aller statthaften Vergabenachprüfungsverfahren zuzuordnen ist, ist der Vergaberechtsweg hier nicht eröffnet. Die Antragsgegnerin zu 1. hat kein förmliches Vergabeverfahren nach den Regeln des GWB und der VgV durchgeführt, in dem subjektive Rechte der Antragstellerin verletzt worden sein können.

bb) Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist auch nicht aufgrund einer unzulässigen De-facto-Vergabe der Antragsgegnerin zu 1. eröffnet.

Wie sich aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ergibt, sind die Vergabenachprüfungsinstanzen gleichermaßen für die Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge zuständig, die von einem öffentlichen Auftraggeber ohne vorausgehendes förmliches Vergabeverfahren vergeben werden. Allerdings ist auch ein Nachprüfungsantrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nur statthaft, wenn der öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag vergeben hat. Daran fehlt es hier. Bei den zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Beigeladenen zu 1. bis 3. getroffenen Vereinbarungen handelt es sich – wie bei der Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. – nicht um öffentliche Aufträge, auch nicht aufgrund einer wertenden Gesamtschau.

Der Begriff des öffentlichen Auftrags wird in § 103 GWB näher bestimmt. Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Ungeschriebenes Merkmal eines öffentlichen Auftrags im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Absicht haben muss, eine Auswahl unter zulässigen Angeboten zu treffen, mithin einen Anbieter auszuwählen, an den der Auftrag mit Ausschließlichkeit vergeben werden soll (Senatsbeschluss vom 31.10.2018 – VII-Verg 37/18; Senatsbeschluss vom 03.08.2011 – VII-Verg 6/11, zitiert nach juris, Tz. 41; vgl. auch EuGH, Urteil vom 01.03.2018 – C-9/17 [Tirkkonen], zitiert nach juris, Tz. 35; Urteil vom 02.06.2016 – C-410/14 [Dr. Falk Pharma GmbH], zitiert nach juris, Tz. 38 f.).

Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Die Vereinbarungen zwischen den Antragsgegnerinnen und den Beigeladenen, die in ihrer Gesamtheit zu betrachten sind (vgl. Senatsbeschluss vom 01.08.2012 – VII-Verg 15/12, zitiert nach juris, Tz. 25; EuGH, Urteil vom 21.12.2016 – C-51/15 [Remondis], zitiert nach juris, Tz. 37), führen zu keiner Selektivität und Exklusivität in dem vom Begriff des öffentlichen Auftrags verlangten Sinn. Der



OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

Senat beurteilt dies nicht anders als das Hessische Landessozialgericht in seinem Beschluss vom 13.06.2018 – L 8 KR 229/18 B ER (Anlage B1), der den Verfahrensbeteiligten bekannt ist.

Die Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. ist nicht nur kein öffentlicher Auftrag, weil die Antragsgegnerin zu 2. und die Apotheken, für welche die Antragsgegnerin zu 2. tätig wird, nach der Rechtsprechung des Senats keine öffentlichen Auftraggeber sind, auch nicht in mittelbarer Stellvertretung (vgl. Senatsbeschluss vom 17.01.2011 – VII-Verg 3/11, zitiert nach juris, Tz. 19 f.). Der Vereinbarung fehlt auch der für einen öffentlichen Auftrag notwendige selektive und exklusive Charakter. Die Vereinbarung begründet keine Abnahmeverpflichtung der den Beigeladenen zu 1. bis 3. angehörenden Apotheken, die die Impfstoffe von den pharmazeutischen Herstellern einkaufen und an die Versicherten abgeben. Die Apotheken werden dadurch nicht an die Beigeladene zu 4. als einzige Impfstofflieferantin gebunden. Die Vereinbarung kennzeichnet allein, dass den Apotheken, die den Beigeladenen zu 1. bis 3. angehören, dadurch ein Preis von 7,55 € netto je Impfstoffdosis garantiert wird. Hierauf zurückzugreifen ist für die Apotheken indes nur solange attraktiv, wie kein günstigeres Angebot auf dem Markt verfügbar ist. Die Antragstellerin wird durch die Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. nicht gehindert, die Apotheken durch Eintritt in einen Preiswettbewerb von ihrem Produkt zu überzeugen. Darüber hinaus steht es der Antragstellerin auch frei, der Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladenen zu 4. beizutreten.

Eine selektive und exklusive Wirkung zugunsten der Beigeladenen zu 4. ergibt sich entgegen der Annahme der Vergabekammer auch nicht in der Zusammenschau aller hier in Rede stehenden Vereinbarungen. Zwar kann im Einzelfall ein öffentlicher Auftrag zu bejahen sein, wenn ein öffentlicher Auftraggeber – hier die Antragsgegnerin zu 1. – als Nachfrager am Markt in Erscheinung tritt und Leistungen vergütet, auch wenn er sie nicht selbst erhält (vgl. Senatsbeschluss vom 03.08.2011 – VII-Verg 6/11, zitiert nach juris, Tz. 41). Zu einer solchen Fallkonstellation weist das hier von der Antragsgegnerin zu 1. gewählte Vergütungsmodell immerhin gewisse Parallelen auf. Ein öffentlicher Auftrag verlangt aber auch in solchen Fällen, dass der öffentliche Auftraggeber eine exklusive Konkurrentenauswahl trifft (vgl. Senatsbeschluss vom 03.08.2011 – VII-Verg 6/11, zitiert nach juris, Tz. 41). Die von der Vergabekammer hierfür als ausreichend angenommene Lenkungswirkung infolge der von der Antragsgegnerin zu 1. übernommenen Förderpflicht („Die B. verpflichtet sich, die Kassenärztliche Vereinigung [...] sowie die Vertragsärzte über die Ziele dieser Vereinbarung und die Bestimmungen zur Verordnung von Grippeimpfstoffen zu informieren und deren Umsetzung aktiv zu fördern.“) genügt dem Senat hierfür jedoch nicht. Es geht der Antragsgegnerin zu 1. mit der Verpflichtung zur Information und Förderung darum, dass sich die Vertragsärzte mit Blick auf das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot möglichst auf sog. Wirkstoffverordnungen beschränken. Eine exklusive Anbietersauswahl ist damit weder beabsichtigt noch faktisch verbunden. Information und Förderung berühren den auf der Ebene der Belieferung der Apotheken weiterhin möglichen Wettbewerb nicht. An diesem kann sich die Antragstellerin mit Aussicht auf Erfolg beteiligen, wenn sie den Apotheken ein gutes Produkt zu einem günstigen Preis anbietet.

cc) Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist schließlich auch nicht deshalb eröffnet, weil das Vorgehen der Antragsgegnerin zu 1. einer vergaberechtswidrigen De-facto-Vergabe gleichzusetzen ist.

Der Senat hat in der Vergangenheit angenommen, dass der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen eröffnet und ein Nachprüfungsantrag statthaft ist, wenn sich der öffentliche Auftraggeber bei der Realisierung eines Beschaffungsvorhabens, obwohl ein öffentlicher Auftrag vergeben werden müsste, einer anderen Handlungs- oder Vertragsform bedient, die nicht dem Kartellvergaberecht unterfällt, aber – in dem betreffenden Fall – rechtlich ausgeschlossen ist (Senatsbeschluss vom 19.10.2011 – VII-Verg 51/11, zitiert nach juris, Tz. 47). Zu der in § 135 GWB im Gesetz ausdrücklich geregelten vergaberechtswidrigen De-facto-Vergabe eines öffentlichen Auftrags besteht in einem solchen Fall nur ein unerheblicher gradueller Unterschied (BGH,

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

Beschluss vom 18.06.2012 – X ZB 9/11, zitiert nach juris, Tz. 13). Die Konstellation kommt einer De-facto-Vergabe sehr nahe, so dass sie dem Vergaberechtsweg zuzuordnen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 18.06.2012 – X ZB 9/11). Die Wahl der nicht dem Kartellvergaberecht unterliegenden unzulässigen Handlungs- oder Vertragsform hat eine mit der unzulässigen De-facto-Vergabe vergleichbare Wirkung. Sie hat zur Folge, dass dem antragstellenden Unternehmen die Chance genommen wird, sich um einen eigentlich in einem förmlichen Vergabeverfahren zu vergebenden öffentlichen Auftrag zu bewerben.

Ein entsprechender Fall liegt hier jedoch nicht vor. Zum einen weicht der vorliegende Sachverhalt von dieser Fallkonstellation schon insofern ab, als die Antragstellerin nicht die Wahl einer dem Kartellvergaberecht nicht unterfallenden Handlungs- oder Vertragsform rügt (siehe demgegenüber Senatsbeschluss vom 19.10.2011 – VII-Verg 51/11, zitiert nach juris, Tz. 47). Vielmehr macht die Antragstellerin geltend, dass die in Rede stehenden Verträge, wenn sie nicht sogar als öffentliche Aufträge anzusehen sind, einem öffentlichen Auftrag in der Wirkung jedenfalls entsprechen. Sie spricht von einer einem Rabattvertrag nach § 132e SGB V a.F. vergleichbaren Wirkung. Zum anderen verbieten hier weder vergaberechtliche noch sonstige Vorschriften der Antragsgegnerin zu 1. ein Vertragsmodell auf Grundlage von § 129 Abs. 5 SGB V. Die Antragsgegnerin zu 1. ist nicht verpflichtet, die Versorgung der Krankenkassenmitglieder mit Grippeimpfstoffen durch die Erteilung öffentlicher Aufträge sicherzustellen. Vorschriften, aus denen sich anderes ergeben könnte, führt die Antragstellerin auch nicht an. Von einer Umgehung kartellvergaberechtlicher Ausschreibungspflichten, wie sie die Antragstellerin zu erkennen meint, kann daher keine Rede sein.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag unstatthaft. Fehlt es an einer Verpflichtung zur Beschaffung im Wege eines öffentlichen Auftrags, so fehlt die notwendige Parallele zur unzulässigen De-facto-Vergabe. Es ist dann nicht gerechtfertigt, den Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen als eröffnet anzusehen.

b) Ob die Antragstellerin in dem von der Antragsgegnerin zu 1. anstelle der Vergabe eines öffentlichen Auftrags gewählten Vertragsmodell in subjektiven Rechten verletzt ist, möglicherweise mit der Folge, dass die Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und den Beigeladenen zu 1. bis 3. für unwirksam zu erklären ist, wie es die Antragstellerin beantragt und wie es – ungeachtet ihres Hinweises, ausschließlich vergaberechtlichen Rechtsschutz nachzusuchen – mit Blick auf ihre wirtschaftlichen Interessen auch durchaus ihrem Begehren entspricht, unterliegt nicht der Kontrolle der Vergabenachprüfungsinstanzen. Diese Frage ist von den Sozialgerichten zu klären, zu denen der Rechtsweg vorliegend eröffnet ist (vgl. Senatsbeschluss vom 31.10.2018 – VII-Verg 37/18; Hessisches LSG, Beschluss vom 13.06.2018 – L 8 KR 229/18 B ER).

### III.

Die gegen die Antragsgegnerin zu 1. gerichtete Anschlussbeschwerde ist fristgerecht vor Ablauf der Beschwerdeerwiderungsfrist eingelegt worden (vgl. BGH, Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17, zitiert nach juris, Tz. 18), aber gleichwohl unzulässig. Dies gilt für den Antrag zu 1.a), den Hilfsantrag zu 1.b) sowie den Antrag zu 2.

Zum einen fehlt der Antragstellerin die für die zulässige Einlegung einer Anschlussbeschwerde notwendige Beschwer. In der Beschwerdeinstanz ist allein ihr Prozessrechtsverhältnis zur Antragsgegnerin zu 1. und zu den Beigeladenen zu 1. bis 3. angefallen. In diesem hat die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer jedoch vollständig obsiegt. Für eine Anschlussbeschwerde gegen die Antragsgegnerin zu 1. ist daher kein Raum.

Zum anderen geht die Anschlussbeschwerde mit ihrem Unterlassungsantrag auch noch über das erstinstanzlich Begehrte hinaus. Das ist nicht zulässig. Eine Anschlussbeschwerde kommt überhaupt nur in

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

dem Umfang in Betracht, in dem das erstinstanzlich Zugesprochene hinter dem Beantragten zurückgeblieben ist.

Soweit die Antragstellerin mit dem Beschwerdeantrag zu 2. der gegen die Antragsgegnerin zu 1. gerichteten Anschlussbeschwerde eine teilweise Korrektur der Kostenentscheidung der Vergabekammer im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 2. und zur Beigeladenen zu 4. begehrt, ist dies schließlich ebenfalls unzulässig. Dieser Teil der Kostenentscheidung der Vergabekammer ist, weil die Antragstellerin insoweit keine sofortige Beschwerde eingelegt hat, bestandskräftig geworden.

#### IV.

Das beim Senat anhängige Verfahren ist gemäß § 17a Abs. 2 GVG an das sachlich und örtlich zuständige Sozialgericht München zu verweisen. Auf die in Betracht kommende Verweisung hat der Senat die Verfahrensbeteiligten – insoweit ist versehentlich nur die Protokollierung unterblieben – im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich hingewiesen und allen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Der Senat ist nicht gehindert, das als sofortige Beschwerde bei ihm anhängige Nachprüfungsverfahren an das örtlich und sachlich zuständige erstinstanzliche Gericht eines anderen Rechtswegs – hier der Sozialgerichtsbarkeit – zu verweisen.

Es entspricht inzwischen – auch in Abkehr von früheren Entscheidungen des Senats (vgl. Senatsbeschluss vom 30.01.2008 – VII-Verg 29/07, zitiert nach juris, Tz. 43) – der herrschenden Rechtsprechung, dass eine Verweisung an das Gericht des zulässigen Rechtswegs gemäß § 17a Abs. 2 GVG auszusprechen ist, wenn ein Unternehmen von einem Beschaffungsvorhaben eines öffentlichen Auftraggebers profitieren möchte und in diesem Zusammenhang die Verletzung eigener Rechte rügt, der zu vergebende Auftrag aber nicht den für die Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder überschreitet (OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 08.05.2012 – 11 Verg 2/12, zitiert nach juris, Tz. 74 f.), oder der öffentliche Auftraggeber nicht die Form eines öffentlichen Auftrags gewählt hat, sondern beispielsweise den Weg von Konzessionen nach § 149 GWB (vgl. in diesem Sinne BGH, Beschluss vom 23.01.2012 – X ZB 5/11, zitiert nach juris, Tz. 24; Senatsbeschlüsse vom 31.10.2018 – VII-Verg 37/18 –, vom 28.03.2012 – VII-Verg 37/11 – und vom 07.03.2012 – VII-Verg 78/11; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.02.2013 – 15 Verg 11/12; OLG Naumburg, Beschluss vom 17.06.2016 – 7 Verg 2/16).

Dass die Verweisung von keinem der Verfahrensbeteiligten beantragt worden ist, sich die Antragsgegnerinnen zu 1. und 2. hierzu in der mündlichen Verhandlung sogar ablehnend geäußert haben, steht einer Verweisung nicht entgegen. Eine Verweisung in den zulässigen Rechtsweg ist auch ohne und sogar gegen den Willen der Verfahrensbeteiligten auszusprechen (vgl. Zimmermann, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl., § 17a GVG Rn. 14; Lückemann, in: Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 17a GVG Rn. 10).

Das Verfahren ist hiernach gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das örtlich und sachlich zuständige Sozialgericht München zu verweisen.

Der Rechtsweg zu den Sozialgerichten ist eröffnet, weil es sich gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG um eine Streitigkeit in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung handelt (ebenso Hessisches LSG, Beschluss vom 13.06.2018 – L 8 KR 229/18 B ER). Ein Fall von § 51 Abs. 3 SGG mit der Folge der Nichteröffnung des Sozialrechtswegs liegt nicht vor, weil das Kartellvergaberecht des GWB – wie ausgeführt – vorliegend keine Anwendung findet.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

Die Antragstellerin hat ihren Sitz im Bezirk des Sozialgerichts München, so dass gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 SGG die Verweisung dorthin auszusprechen ist.

#### V.

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Senat ist nicht zu entscheiden, da sie als Teil der Kosten zu behandeln sind, die bei dem Gericht erwachsen, an das der Rechtsstreit verwiesen wurde, § 17b Abs. 2 Satz 1 GVG. Darin sind aber nicht die Kosten einbezogen, die im Verfahren vor der Vergabekammer entstanden sind, weil es sich insoweit nicht um Kosten aus einem gerichtlichen Verfahren handelt. Die Antragstellerin hat diese Kosten nach dem Rechtsgedanken des § 17b Abs. 2 Satz 2 GVG zu tragen (vgl. BGH, Beschluss vom 23.01.2012 – X ZB 5/11, zitiert nach juris, Tz. 26; Senatsbeschluss vom 31.10.2018 – VII-Verg 37/18; OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.05.2012 – 11 Verg 2/12, zitiert nach juris, Tz. 81), worüber bereits jetzt durch den Senat zusammen mit der Aufhebung der Vergabekammerentscheidung entschieden werden kann.

#### VI.

Der Senat lässt gegen die Verweisungsentscheidung in diesem Verfahren wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfragen, die der Entscheidung zugrunde liegen, gemäß § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zu. Nach bisheriger Rechtsprechung der Vergabesenate geht die Rechtsbeschwerde der Divergenzvorlage nach § 179 Abs. 2 GWB unter Spezialitätsgesichtspunkten vor (Senatsbeschluss vom 19.10.2011 – VII-Verg 51/11, zitiert nach juris, Tz. 49; OLG München, Beschluss vom 30.06.2011 – Verg 5/09, zitiert nach juris, Tz. 43).

Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG. Eine grundsätzliche Bedeutung ist zu bejahen, wenn eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage bisher höchstrichterlich nicht geklärt, klärungsbedürftig und klärungsfähig ist und sie das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, weil sie sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellt (BGH, NJW 2003, 1943, 1944). Diese Voraussetzungen liegen vor.

Aus den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 23.01.2012 – X ZB 5/11 – und vom 18.06.2012 – X ZB 9/11 – ergeben sich vor dem Hintergrund des hier zur Entscheidung gestellten Sachverhalts, der von demjenigen im Verfahren VII-Verg 37/18 des Senats abweicht, sowie vor dem Hintergrund des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfragen, deren Beantwortung für die Frage der Verweisung von Bedeutung ist.

a) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.01.2012 – X ZB 5/11 – konturiert die Voraussetzungen einer Verweisung vom Vergabesenat an die Gerichte anderer Rechtswege nicht näher. Sie lässt insbesondere die Frage offen, ob § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG in Fällen einer Verneinung der Statthaftigkeit eines Vergabenachprüfungsverfahrens ausnahmslos entsprechend anzuwenden ist oder ob Fälle verbleiben können, in denen ein Vergabesenat ungeachtet der verneinten Statthaftigkeit eines Nachprüfungsverfahrens abschließend entscheidet. Diese Frage, die die Antragsgegnerin zu 1. in der mündlichen Verhandlung aufgeworfen hat, lässt sich stellen. Dies gilt zumal in Fällen wie dem vorliegenden, in denen der Nachprüfungsantrag auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gestützt wird. Die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertragsschlusses ist in diesen Fällen für das antragstellende Unternehmen nur ein Zwischenziel auf dem Weg zur förmlichen Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags in Übereinstimmung mit den Regeln des Kartellvergaberechts. In anderen Rechtswegen als dem Vergaberechtsweg ist dieses Endziel jedoch nicht zu erreichen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

Der Senat geht anknüpfend an den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 23.01.2012 – X ZB 5/11 – davon aus, dass die Verneinung der Statthaftigkeit eines Vergabenachprüfungsverfahrens in entsprechender Anwendung von § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG regelmäßig zur Verweisung in einen anderen zuständigen Rechtsweg führt. Die Beantwortung der Statthaftigkeitsfrage entscheidet aus seiner Sicht – ungeachtet der von der Antragsgegnerin zu 1. hiergegen geäußerten Bedenken – in der Regel zugleich über die Rechtswegfrage. Dies gilt auch in Verfahren, in denen der Nachprüfungsantrag auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gestützt wird.

Gründe, die es gebieten würden, von dieser Regel im vorliegenden Fall ausnahmsweise abzuweichen, sieht der Senat nicht. Dafür, dass solche Gründe hier fehlen, spricht aus Sicht des Senats auch, dass die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag auf den gerichtlichen Hinweis zu der in Betracht kommenden Verweisung nicht zurückgenommen hat, um auf diese Weise eine Verweisung zu vermeiden. Sie hat die Voraussetzungen einer Verweisung, anders als die Antragsgegnerinnen, in der mündlichen Verhandlung auch nicht in Frage gestellt.

b) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2012 – X ZB 9/11 – hat in Rechtsprechung und Literatur die Frage aufgeworfen, in welchem Umfang allein der Vortrag eines antragstellenden Unternehmens ausreicht, um die Hürde der Statthaftigkeit eines Vergabenachprüfungsverfahrens zu überwinden und vor den Vergabenachprüfungsinstanzen eine Überprüfung der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu erreichen. Die Antwort auf diese Frage wirkt sich auf die Entscheidung über den zulässigen Rechtsweg aus.

Während sich das Oberlandesgericht Brandenburg in einer Entscheidung (Beschluss vom 28.08.2012 – Verg W 19/11, zitiert nach juris) noch eng an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs orientiert hat, ist das Oberlandesgericht Naumburg mit einem europarechtlichen Begründungsansatz in einer Entscheidung vom 17.01.2014 – 2 Verg 6/13 – (wiedergegeben bei juris) deutlich darüber hinausgegangen und lässt es für die Statthaftigkeit eines Vergabenachprüfungsverfahrens bereits genügen, wenn von dem antragstellenden Unternehmen lediglich gerügt wird, dass ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt werden müsse. Diese Auffassung, die zu einer Begründetheitsprüfung auch dann führt, wenn es sich tatsächlich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags handelt, wird unter Berufung auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2012 – X ZB 9/11 – auch in der Literatur vertreten (vgl. Kus, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 156 Rn. 9; Reidt, VergabeR 2012, 841 f.). Sie hätte, wäre ihr zu folgen, im vorliegenden Fall zur Konsequenz, dass das Verfahren nicht an das Sozialgericht verwiesen werden könnte.

Der Senat folgt dieser letztgenannten Rechtsansicht unter Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. z.B. Senatsbeschluss vom 11.07.2018 – VII-Verg 1/18 – und vom 31.10.2018 – VII-Verg 37/18) nicht. Nach Auffassung des Senats hängt die Statthaftigkeit eines Vergabenachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und dem Vergabesenat vom Vorliegen objektiver Voraussetzungen ab, die nicht der subjektiven Einschätzung der Verfahrensbeteiligten unterliegen. Das sind die Vergabe eines den maßgeblichen Schwellenwert erreichenden oder überschreitenden öffentlichen Auftrags durch einen öffentlichen Auftraggeber oder das Vorliegen der Voraussetzungen der oben unter II. 2. a) cc) dargestellten Fallgruppe.

Die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen divergierenden Auffassungen sowie die Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung zeigen aus Sicht des Senats, dass die vorstehenden Rechtsfragen höchstrichterlicher Klärung bedürfen, um eine einheitliche Handhabung von Rechtswegverweisungen durch die Vergabesenate zu gewährleisten. Die aufgeworfenen Rechtsfragen betreffen auch eine unbestimmte Vielzahl von Fällen. Allein beim angerufenen Senat sind derzeit noch mehrere Verfahren anhängig, in denen sich die Frage der Rechtswegverweisung und ihrer Voraussetzungen stellt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2018, Verg 40 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.3.2019

---

#### Redaktionelle Anmerkung 1

Auf das vorliegende Vergabenachprüfungsverfahren findet nach der Übergangsvorschrift des Art. 1 § 186 Abs. 2 VergRModG nicht altes Vergaberecht, sondern die am 18. April 2016 in Kraft getretene Neuregelung Anwendung.

Redaktionelle Anmerkung 1