

S 1 KR 2858/17 ER

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
SG Reutlingen (BWB)
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 1 KR 2858/17 ER
Datum
28.12.2017
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Der Einwand der fehlenden Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung von Verträgen über die Versorgung mit Hilfsmitteln nach [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#) wird von unionsrechtlichen Vorgaben und dem Vergaberechtsregime des Vierten Teils des GWB (§§ 97 - 184) vollständig überlagert.

Die Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit ist daher nicht gegeben.

Eine Verweisung an die zuständigen Vergabekammern scheidet ebenso aus wie eine Verweisung an das zuständige Oberlandesgericht (Vergabesenat).

1. Der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wird als unzulässig verworfen. 2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Gründe:

I.

Mit ihrem am 28.11.2017 beim Sozialgericht Reutlingen (SG) gestellten Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wendet sich die Antragstellerin (Ast) gegen das von der Antragsgegnerin (Ag) eingeleitete europaweite Vergabeverfahren zur Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln zur Stomaversorgung und ergänzenden Inkontinenzhilfen.

Die Ag, eine gesetzliche Krankenkasse, veranlasste eine europaweite Ausschreibung zum Abschluss von Rahmenverträgen über die Versorgung mit Stomaartikeln der Produktgruppe 29 und den in diesem Zusammenhang notwendigen Inkontinenzhilfen der Produktgruppe 15 des Hilfsmittelverzeichnisses für ihre Versicherten. Diese Ausschreibung wurde am 03.11.2017, aktualisiert am 07.11.2017 unionweit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht. Beginnend mit dem 01.04.2018 war eine Laufzeit der Rahmenvereinbarungen von 24 Monaten mit der Möglichkeit einer zweimaligen, jeweils einjährigen Verlängerung vorgesehen. Wie sich aus der Leistungsbeschreibung der Ag ergibt, sind Leistungsgegenstand dieser Ausschreibung neben der Versorgung ihrer Versicherten mit Stomaartikeln und ergänzend mit Inkontinenzhilfen einschließlich Zubehör samt notwendiger Reparaturen und Ersatzteilen sowie notwendiger Wartungen und sicherheitstechnischer Kontrollen auch die in diesem Zusammenhang zu erbringenden Dienst- und Serviceleistungen.

Die Ast ist seit vielen Jahren als Leistungserbringerin im Gesundheitsbereich tätig und versorgt zur Zeit etwa 35 Versicherte der Ag mit Stomaartikeln. In dem hier ausgeschriebenen Versorgungsbereich ist sie nach den Vorgaben des [§ 126](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) präqualifiziert.

Mit ihrem am 28.11.2017 beim SG eingegangenen Antrag wendet sich die Ast gegen das von der Ag veranlasste Ausschreibungsverfahren. Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen vor, die ausgeschriebene Versorgung mit Stomaartikeln weise einen besonders hohen Dienstleistungsanteil auf, sodass eine Ausschreibung gemäß [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#) nicht zweckmäßig und daher rechtswidrig sei. Da die Begründetheit des vorliegenden Antrages sich ausschließlich danach beurteile, ob die Ausschreibung der Ag im Sinne des [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) als zweckmäßig anzusehen sei, seien hier trotz Vorliegens einer Ausschreibung gerade nicht die vergaberechtlichen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens zu prüfen. Streitgegenstand sei hier ausschließlich eine Vorfrage vor Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens, nämlich die Frage, ob die Ausschreibung der Ag zweckmäßig sei und aufgrund des hohen Dienstleistungsanteils gegen die Regelung des [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#)

verstoße. Da es sich um eine Streitigkeit zwischen einer gesetzlichen Krankenversicherung und einem nichtärztlichen Leistungserbringer handle, sei der Sozialrechtsweg, hier zum örtlich zuständigen SG, gegeben. Zudem sei sie auch antragsbefugt, wofür ausreiche, dass eine Verletzung einer rechtlich anerkannten Position nicht ausgeschlossen werden könne. Die Ag verletze ihr Recht auf Zugang zum Markt der Hilfsmittelversorgung durch die rechtswidrige Ausschreibung. Sei die Ausschreibung der Ag nicht zweckmäßig, stehe dieser kein Ermessen zu und diese sei verpflichtet, Verträge nach [§ 127 Abs. 2](#) und 2a SGB V zu schließen. Auch der für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderliche Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund liege vor. Mit der zum 01.04.2017 durch das Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz erfolgten Änderung des [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#) habe der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass eine Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil nicht mehr ausgeschrieben werden dürfe. Zur Beurteilung, wann eine Zweckmäßigkeit vorliege, habe der GKV-Spitzenverband Empfehlungen zur Zweckmäßigkeit nach [§ 127 Abs. 1a SGB V](#) abgegeben. Die dort genannten Kriterien würden hier zutreffen. Die Versorgung der Versicherten mit Stomaartikeln erfordere vor allem in den ersten sechs Monaten nach der Stomaanlage einen ganz erheblichen Dienstleistungsaufwand. Damit sei eine Ausschreibung von Stomaartikeln nicht zweckmäßig. Es sei der Ag somit nicht möglich, einen Vertrag im Wege der Ausschreibung zu schließen, da ihr insoweit kein Ermessen zustehe. Sollte sie die Ausschreibung nicht gewinnen oder sich nicht an dieser beteiligen, ende unter Umständen ihre Versorgungsberechtigung. Insofern drohe ihr ein unmittelbarer Verlust der Versicherten der Ag sowie ein wesentlicher Umsatzverlust, wenn sie diese nicht mehr versorgen dürfe. Derzeit versorge sie etwa 35 Versicherte der Ag mit Stomaartikeln. Infolge des Kundenverlustes käme es bei ihr zu erheblichen Umsatzeinbußen, wobei derzeit der Umsatz 77.000 EUR betrage. Nach Abschluss eines kaum vor Ablauf von fünf Jahren beendeten Hauptsacheverfahrens seien überdies die Kunden für sie unwiderruflich verloren und könnten auch nach Beendigung des Verfahrens nicht zurückgewonnen werden.

Die Ast beantragt,

im Wege der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes

1. die Ag zu verpflichten, die Ausschreibung der Versorgung mit Hilfsmitteln zur Stomaversorgung der Produktgruppe 29 und den gegebenenfalls in diesem Zusammenhang erforderlichen Inkontinenzhilfen der Produktgruppe 15 gemäß [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) gemäß der Bekanntmachung der Ag vom 03.11.2017 zu unterlassen,
2. hilfsweise für den Fall der Zuschlagserteilung der Ag zu untersagen, ihre Versicherten gemäß der vorgenannten Ausschreibung zu versorgen.

Die Ag beantragt,

1. den Antrag der Ast auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als unzulässig zu verwerfen,
2. hilfsweise den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung an das Oberlandesgericht Düsseldorf – Vergabesenat – zu verweisen
3. hilfsweise den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen,
4. hilfsweise über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht ohne vorherige mündliche Verhandlung zu entscheiden.

Zur Begründung hat sie im wesentlichen vorgetragen, der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes sei bereits aufgrund der fehlenden sozialgerichtlichen Zuständigkeit und der fehlenden Möglichkeit einer Verweisung als unzulässig zu verwerfen. Es handle sich um ein vergaberechtliches Verfahren, für das die Vergabekammern und erst danach die ordentliche Gerichtsbarkeit (Vergabesenat beim Oberlandesgericht) zuständig seien. Eine Verweisung an die Vergabekammer komme aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht, da es sich bei den Vergabekammern nicht um Gerichte, sondern Verwaltungsbehörden handle. Darüber hinaus fehle es der Ast auch an der Antragsbefugnis. Die von ihr zur Begründung einer Rechtsposition herangezogene Norm des [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) enthalte keinerlei Drittschutz zu ihren Gunsten, sondern solle vielmehr als allgemeines Ziel die Qualität der Versorgung und damit die Versicherten schützen. Es fehle auch an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes. Bereits eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache ergebe, dass sie als gesetzliche Krankenkasse aufgrund der zwingenden Vorgaben des Vergaberechts keine andere Möglichkeit gehabt habe, als den hier streitgegenständlichen Beschaffungsgegenstand europaweit auszuschreiben. Rein hilfsweise sei darauf aufmerksam zu machen, dass die Ausschreibung auch zweckmäßig wäre. Einen Anordnungsgrund habe die Ast darüber hinaus nicht ausreichend glaubhaft gemacht. Es sei nicht erkennbar, wie ihr durch die Ausschreibung ein wesentlicher Nachteil entstanden sein solle. Ein solcher fehle zum einen durch die Möglichkeit der Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens, zum anderen durch die unterlassene Glaubhaftmachung eines finanziellen Schadens sowie die Möglichkeit einer Beteiligung an der Ausschreibung. Letztendlich liefe ein Erfolg der Ast mit ihrem Antrag im einstweiligen Rechtsschutzverfahren überdies auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinaus. Dies sei grundsätzlich jedoch nicht zulässig.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der von der Ag vorgelegten Ausschreibungsunterlagen sowie auf den Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) kann das Gericht der Hauptsache, soweit – wie hier – nicht ein Fall des Absatzes 1 vorliegt, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung). Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Regelungsanordnung, Satz 2). Vorliegend kommt nur eine Regelungsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) in Betracht.

Der nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) gestellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist bereits unzulässig. Der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit ist nicht gegeben, das SG somit nicht zuständig. Eine Verweisung scheidet hier aus.

Nach [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten u.a. in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung.

Allerdings sind nach [§ 51 Abs. 3 SGG](#) von der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nach den Absätzen 1 und 2 ausgenommen Streitigkeiten in Verfahren nach dem GWB, die Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#) betreffen.

Nach [§ 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) werden vom Anwendungsbereich dieser Norm abschließend u.a. die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und sonstiger Leistungserbringer, zu denen die Ast gehört, umfasst. In diesem Zusammenhang bestimmt [§ 69 Abs. 3 SGB V](#), dass auf öffentliche Aufträge nach dem SGB V die Vorschriften des Teils 4 des GWB (§§ 97 - 184) anzuwenden sind.

Vorliegend wendet sich die Ast gegen die von der Ag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) veranlasste europaweite Ausschreibung von Rahmenverträgen über die Versorgung mit Stomaartikeln. Nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) können u.a. die Krankenkassen, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist, im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungsleistungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen. Hierbei können nach [§ 127 Abs. 1 Satz 5 SGB V](#) Verträge nach Satz 1 mit mehreren Leistungserbringern abgeschlossen werden. Für Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden, oder Versorgungsleistungen mit hohem Dienstleistungsanteil sind Ausschreibungen nicht zweckmäßig ([§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#)).

Mit vorliegendem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nimmt die Ast konkret Bezug auf die Vorschrift des [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#) und stützt ihr Begehren darauf, dass die von der Ag veranlasste Ausschreibung wegen fehlender Zweckmäßigkeit nicht hätte erfolgen dürfen. Die Ast bezieht sich hierzu weiter auf die auf der Grundlage des [§ 127 Abs. 1a SGB V](#) ergangenen Gemeinsamen Empfehlungen des GKV-Spitzenverbandes und der Spitzenorganisationen und sonstigen Organisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene vom 02.07.2009, in denen u.a. in § 2 Zweckmäßigkeitskriterien aufgeführt sind.

Maßgebend für die Beurteilung, ob das vorliegende Verfahren der Ast, gerichtet auf die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes, von der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit umfasst wird, ist die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der erhobene Anspruch hergeleitet wird, sofern eine ausdrückliche Zuweisung fehlt (vgl. Bundessozialgericht - BSG - Beschlüsse vom 10.12.2015 - [B 12 SF 1/14 R](#) -, vom 30.09.2015 - [B 3 KR 22/15 B](#) - und vom 28.09.2010 - [B 1 SF 1/10 R](#) - alle juris -).

Bei ihrer Auffassung, für vorliegendes Verfahren sei die Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit gegeben, übersieht die Ast, das vorliegende Verfahren nach der eindeutigen Regelung des [§ 51 Abs. 3 SGG](#) ausdrücklich von der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit ausgenommen wird. Auch verkennt die Ast den Regelungsgehalt des [§ 69 Abs. 3 SGB V](#), wonach auf öffentliche Aufträge nach dem SGB V die Vorschriften der [§§ 97 - 184 GWB](#) anzuwenden sind.

Nach diesen Vorschriften des Vierten Teils des GWB sind Beschaffungen im Normalfall in einem geregelten Vergabeverfahren bekanntzumachen und auszuschreiben, sofern

- ein öffentlicher Auftraggeber • durch einen öffentlichen Auftrag Lieferungen, Dienstleistungen, Bauleistungen beschaffen will, • der Auftragswert den maßgebenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet • und ein Ausnahmefall nach [§ 107 GWB](#) nicht gegeben ist.

Entgegen der Auffassung der Ast liegen diese Voraussetzungen hier vor.

Die Antragsgegnerin als gesetzliche Krankenkasse ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des [§ 99 Nr. 2 GWB](#) (vgl. Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 11.06.2009 - [C-300/07](#), Rechtssache Oymanns - juris -). Die Ag will mittels eines öffentlichen Auftrags nach [§ 103 GWB](#) für ihre Versicherten Stomaartikel sowie ergänzende Inkontinenzhilfen als Hilfsmittel beschaffen und damit deren Versorgung sicherstellen. Der Schwellenwert nach [§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB](#) von 209.000 EUR wird vorliegend überschritten, was zwischen den Beteiligten auch nicht streitig ist. Ebenfalls unstrittig ist, dass ein Ausnahmefall nach [§ 107 GWB](#) nicht vorliegt. Damit liegen die Voraussetzungen für die Anwendung des 4. Teils des GWB vor.

Die Ast begründet ihre Auffassung, die von der Ag veranlasste Ausschreibung sei rechtswidrig, mit der Regelung des [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#), also mit einer an sich in den Zuständigkeitsbereich der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit fallenden Norm. Entgegen der von ihr vertretenen Auffassung unterliegt jedoch die Frage, ob [§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V](#), damit also sozialrechtliche Gründe der Ausschreibung entgegenstehen, nicht der Rechtsprechung der Sozialgerichte. Die Kammer folgt insoweit weder der Rechtsprechung der Vergabekammern des Bundes (Beschlüsse vom 02.04.2014 - [VK 1 - 14/14](#) -, vom 17.04.2014 - [VK 1 - 22/14](#) -, vom 21.06.2016 - [VK 2 - 45/16](#) - und vom 27.07.2016 - [VK 2 - 63/16](#)) noch insoweit dem von der Ag vorgelegten Beschluss des Sozialgerichtes Freiburg vom 11.12.2017 (S 15 KR 4490/17 ER). Sowohl die Vergabekammern des Bundes als auch das Sozialgericht Freiburg vertreten in den genannten Entscheidungen die Auffassung, dass in Rechtsstreitigkeiten der vorliegenden Art der Sozialrechtsweg gegeben sei, da die Frage, ob möglicherweise sozialrechtliche Gründe der Ausschreibung entgegenstünden, der Rechtsprechung der Sozialgerichte unterliege.

Diese Auffassung kann vor dem Hintergrund der zum Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 21.06.2016 ([VK 2 - 45/16](#)) ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (OLG) vom 21.12.2016 ([VII-Verg 26/16](#) - juris -) keinen Bestand haben. Das OLG führt in diesem Beschluss zutreffend aus, dass [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) durch das unionsrechtliche und das Vergaberechtsregime des Vierten Teils des GWB vollständig überlagert wird. Dies werde gleichermaßen belegt durch die Regelung des [§ 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V](#) a.F. ([§ 69 Abs. 3 SGB V](#) n.F.), wonach auf öffentliche Aufträge der gesetzlichen Krankenkassen gemäß dem SGB V die Vorschriften des Vierten Teils des GWB anzuwenden seien. Zweckmäßigkeitsüberlegungen hätten bei der Frage einer Ausschreibung von Hilfsmittelbeschaffungen durch gesetzliche Krankenkassen jedenfalls im sogenannten Oberschwellenbereich demnach zu unterbleiben. [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) sei nach den Prinzipien einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, soweit er die Beschaffung von Hilfsmitteln und diesbezüglichen Beratungsleistungen von Zweckmäßigkeitsüberlegungen, welche die gesetzlichen Krankenkassen zuvor anzustellen haben, abhängig mache. Die Frage, ob möglicherweise sozialrechtliche Gründe der Ausschreibung entgegenstünden und diese zu verhindern geeignet seien, sei ausnahmslos von den Vergabenaachprüfungsinstanzen zu überprüfen und zu entscheiden. Infolgedessen

würden auch die Gemeinsamen Empfehlungen der Spitzenorganisationen zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen nach [§ 127 Abs. 1a SGB V](#) nichts für die Entscheidung der gesetzlichen Krankenkasse hergeben, ob ausgeschrieben werden solle oder nicht. Sie seien, soweit es sogenannte Oberschwellenwertvergaben betreffe, im Rechtssinne nicht verbindlich, weil sich die Ausschreibungspflicht allein nach dem gesetzlichen Vergaberechtsregime der Richtlinie 2004/24 und des GWB richte.

In Übereinstimmung mit dem Beschluss des Sozialgerichts für das Saarland vom 11.12.2017 ([S 1 KR 41/17 ER](#)), der ebenfalls von der Ag vorgelegt wurde, ist auch die erkennende Kammer der Überzeugung, dass vorliegender Rechtsstreit allein dem Prüffregime des Vergaberechts nach dem GWB unterfällt, so dass hier zunächst die Vergabekammern des Bundes, dann der Vergabesenat des zuständigen Oberlandesgerichtes Düsseldorf zuständig sind.

Somit ist die Ast darauf verwiesen, das Nachprüfungsverfahren zunächst vor der zuständigen Vergabekammer zu beschreiten. Bei der Vergabekammer handelt es sich nicht um ein Gericht (vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 25.10.2011 - [X ZB 5/10](#) - und BSG, Beschluss vom 22.04.2008 - B 1 S F 1/08 R - beide juris m.w.N.), sodass eine Verweisung des vorliegenden Verfahrens an die zuständige Vergabekammer nach [§ 98 SGG](#) i.V.m. [§ 17a Abs. 2](#) des Gerichtsverfassungsgesetzes aus rechtlichen Gründen nicht erfolgen konnte. Auch eine Verweisung an den Vergabesenat des zuständigen OLG Düsseldorf war - entgegen der vom Sozialgericht Gotha in dem von der Ag vorgelegten Beschluss vom 18.12.2017 ([S 9 KR 3990/17 ER](#)) vertretenen Auffassung - aus Rechtsgründen ausgeschlossen. Die Kammer folgt insoweit der überzeugenden Rechtsauffassung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts in seinem Beschluss vom 09.02.2016 ([5 B 315/15](#)). Zutreffend wird in dieser Entscheidung auf den Beschleunigungsgrundsatz des Vergaberechts verwiesen und hierauf Bezug nehmend eine Verweisung an den Vergabesenat eines Oberlandesgerichts unter Umgehung der Vergabekammer als nicht sachgerecht angesehen. Aufgrund der fehlenden Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit und der fehlenden Verweisungsmöglichkeit erweist sich der Antrag der Ast bereits als unzulässig.

Bei der hier vertretenen Auffassung kann dahinstehen, es der Ast auch an der erforderlichen Antragsbefugnis fehlt. Das Vorliegen der erforderlichen Antragsbefugnis wurde vom Sozialgericht Freiburg in seinem Beschluss verneint. Damit befindet sich das Sozialgericht Freiburg in Übereinstimmung mit den genannten Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes. Allerdings wurde auch insoweit vom OLG in seinem Beschluss vom 21.12.2016 die von den Vergabekammern des Bundes vertretene Auffassung nicht geteilt. Vielmehr sei die Antragsbefugnis im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung als gegeben zu unterstellen und erst im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags auf eine sachliche Rechtfertigung hin zu prüfen. Entgegen der Auffassung des Sozialgerichtes Freiburg dürfte somit einiges dafür sprechen, dass die Antragsbefugnis der Ast hier zu bejahen ist. Eine abschließende Entscheidung erübrigt sich, da bei fehlender Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit und mangels Verweisungsmöglichkeit der Antrag bereits als unzulässig zu verwerfen ist.

Da auch der von der Ast gestellte Hilfsantrag einzig und allein dem Vergaberechtsregime unterfällt und daher auch insoweit die Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit ebenso wie die Möglichkeit zur Verweisung fehlt, ist auch insoweit der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bereits als unzulässig zu verwerfen.

Da der Antrag der Ast auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ohne Erfolg bleibt, erübrigt sich eine Entscheidung über die von der Ag gestellten Hilfsanträge.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) der Verwaltungsgerichtsordnung, da weder Ast noch Ag zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2020-09-24