

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 3 SF 1/18 R**
Thüringer LSG 17.08.2018 - L 6 KR 708/18 B ER
SG Gotha 18.12.2017 - S 9 KR 3990/17 ER

.....,

Prozessbevollmächtigte:

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

.....,

g e g e n

DAK-Gesundheit,
Nagelsweg 27 - 31, 20097 Hamburg,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat am 6. März 2019 durch den Vorsitzenden Richter Dr. K r e t s c h m e r sowie die Richterin Dr. O p p e r m a n n und den Richter Dr. S c h o l z beschlossen:

Der Rechtsstreit wird an das Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - verwiesen.

Im Übrigen wird die weitere Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Thüringer Landessozialgerichts vom 17. August 2018 als unzulässig verworfen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des weiteren Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird auf 6071,38 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten im Zwischenstreit über den zulässigen Rechtsweg in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren, das zunächst auf Unterlassung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens zur Hilfsmittelversorgung nach § 127 Abs 1 SGB V gerichtet war und nach Zuschlagserteilung auf die Untersagung der Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln entsprechend der Bekanntmachung der Ausschreibung gerichtet ist.

- 2 Bei der Antragstellerin und Beschwerdeführerin handelt es sich um ein Unternehmen in der Rechtsform einer KG, das als Leistungserbringerin nach § 126 SGB V in dem ausgeschriebenen Versorgungsbereich tätig ist. Die Antrags- und Beschwerdegegnerin, eine Krankenkasse, schrieb am 3.11.2017 europaweit einen Lieferauftrag im Wege des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung zur Versorgung ihrer Versicherten nach § 33 iVm § 127 Abs 1 SGB V aus für Stomaartikel der Produktgruppe (PG) 29 und ergänzend für Inkontinenzhilfen der PG 15 des Hilfsmittelverzeichnisses der GKV, einschließlich Zubehör, Reparaturen, Ersatzteilen, notwendigen Wartungen, sicherheitstechnischen Kontrollen und in diesem Zusammenhang zu erbringende Dienst- und Serviceleistungen in Deutschland. Die Ausschreibung richtete sich an qualifizierte Leistungserbringer iS von § 126 Abs 1, 1a SGB V. Die Laufzeit des Vertrags bzw der Rahmenvereinbarung sollte 24 Monate mit Verlängerungsoption betragen. Die Aufträge waren nach Gebietslosen zu vergeben; Angebote waren für alle Lose möglich. Die Angebotsfrist war der 14.12.2017, 12.00 Uhr (*vgl Auftragsbekanntmachung des Lieferauftrags im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 7.11.2017/S 213-442130, berichtigt durch Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 9.11.2017/S 215-446802*). Als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren wurde die Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt in Bonn genannt.

- 3 Mit Schreiben vom 23.11.2017 erhob die Antragstellerin Rügen gegen die Einleitung des Vergabeverfahrens gemäß § 160 Abs 3 S 1 GWB. Am 28.11.2017 stellte sie einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim SG mit dem Inhalt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die og Ausschreibung der Versorgung mit Hilfsmitteln zur Stomaversorgung und Inkontinenzhilfen etc zu unterlassen, hilfsweise für den Fall der Zuschlagserteilung, der Antragsgegnerin zu untersagen, ihre Versicherten entsprechend der Ausschreibung zu versorgen. Bereits aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass die Versorgung der Versicherten einen besonders hohen Anteil an Dienstleistungen erfordere. Die Ausschreibung sei nicht zweckmäßig; sie verstoße gegen § 127 Abs 1 S 1 und S 6 SGB V und sei daher zu unterlassen. Da es ausschließlich um die Prüfung dieser sozialrechtlichen Norm gehe, sei die Vergabekammer nicht zuständig. Die Antragsgegnerin vertrat hingegen die Ansicht, dass Zweckmäßigkeitserwägungen iS

von § 127 SGB V gar nicht anzustellen seien, da die Vorschrift vollständig durch die Europäische Vergaberichtlinie 2014/24/EU überlagert werde.

- 4 Mit Beschluss vom 18.12.2017 hat das SG den beschrittenen Rechtsweg für unzulässig erklärt, den Rechtsstreit an den Vergabesenat des OLG Düsseldorf gemäß § 98 SGG iVm § 17a Abs 2 GVG verwiesen und seinen Beschluss für unanfechtbar erklärt. Der Vorsitzende des Vergabesenats des OLG hat am 29.3.2018 ua darauf hingewiesen, dass der Verweisungsbeschluss noch nicht bindend sei, weil die Beschwerde nach §§ 172, 173 SGG statthaft sei. Mit Schriftsätzen vom 14. und 30.5.2018 hat die Antragstellerin Einwendungen gegen den Verweisungsbeschluss des SG erhoben, die sinngemäß als Beschwerde ausgelegt worden sind.
- 5 Auf die Beschwerde der Antragstellerin hat das Thüringer LSG mit Beschluss vom 17.8.2018 den Beschluss des SG insoweit aufgehoben, als eine Verweisung des Rechtsstreits an das OLG Düsseldorf erfolgt ist. Im Übrigen hat es die Beschwerde zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zum BSG zugelassen: Die nach § 202 SGG iVm § 17a Abs 4 S 3 GVG und §§ 172, 173 SGG zulässige weitere Beschwerde sei insoweit begründet, als die Verweisung des Rechtsstreits an das OLG Düsseldorf rechtsfehlerhaft erfolgt sei. Eine Verweisung nach § 17a Abs 2 GVG an den Vergabesenat des OLG sei nicht möglich. Die Antragstellerin habe das Nachprüfungsverfahren vor der zuständigen Vergabekammer nachzusuchen, bei der es sich aber nicht um ein Gericht handle. Der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit sei nicht eröffnet. Insoweit schließe sich der Senat den Ausführungen im Beschluss des Bayerischen LSG vom 21.3.2018 (*L 5 KR 81/18 B ER - Juris*) an. Nach § 51 Abs 3 SGG sei die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit in Verfahren nach dem GWB, die Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betreffen, ausgenommen. Nach § 69 Abs 3 SGB V seien auf öffentliche Aufträge des SGB V die Vorschriften von Teil 4 des GWB (§§ 97 bis 184 GWB) anzuwenden. Die Antragsgegnerin sei öffentlicher Auftraggeber iS von § 99 Nr 2 GWB (*unter Hinweis auf EuGH Urteil vom 11.6.2009 - C-300/07 - Oymanns - Juris*). Es handle sich um einen öffentlichen Auftrag nach § 103 GWB zur Beschaffung von Hilfsmitteln für die Versorgung von Versicherten. Der maßgebliche Schwellenwert (*von 209 000 Euro*) sei nach § 106 Abs 2 Nr 1 GWB überschritten. Daher gelte die Sonderzuweisung nach § 69 Abs 3 SGB V, wie durch § 127 Abs 1 S 7 SGB V (*idF des Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes <HHVG> vom 4.4.2017, BGBl I 778*) klargestellt worden sei. Die Vergabekammer sei zuständig, selbst wenn die Antragstellerin ihr vorläufiges Unterlassungsbegehren auf § 127 Abs 1 S 1 und 6 SGB V stütze. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs sei die wahre Natur des im Sachvortrag behaupteten Rechtsverhältnisses aus dem der Anspruch hergeleitet werde. Das Begehren sei auf Unterlassung einer bereits erfolgten europaweiten Ausschreibung eines öffentlichen Auftrages nach § 106 GWB und eines laufenden Vergabeverfahrens gerichtet. Mit ihrer Rüge vom 23.11.2017 habe die Antragstellerin den vergaberechtlichen Rechtsschutz nach § 160 GWB eingeleitet. Nach § 97 Abs 6 GWB könnten Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf Vornahme oder Unterlassung einer Handlung im Vergabeverfahren gerichtet seien, nur vor den Vergabe-

kammern bzw vor dem Beschwerdegericht überprüft werden. Dem stehe auch nicht die geänderte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (*Beschluss vom 27.6.2018 - VII-Verg 59/17 - Juris*) entgegen. Das SG habe daher noch über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu entscheiden. Der Senat messe der Frage, ob der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit gegeben sei, grundsätzliche Bedeutung bei, sodass die weitere (Rechtsweg-)Beschwerde nach § 202 S 1 SGG iVm § 17a Abs 4 S 5 GVG an das BSG zugelassen werde.

6 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Sie ist der Ansicht, dass die Überprüfung der Zweckmäßigkeit iS von § 127 Abs 1 SGB V und der inhaltlichen Anforderungen an diesen Begriff in die alleinige Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit falle. Vorüberlegungen zur Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung seien im Vorfeld eines Vergabeverfahrens im Rahmen eines internen Beschaffungsbeschlusses des Versicherungsträgers anzustellen (*Hinweis auf LSG Hamburg Beschluss vom 25.9.2018 - L 1 KR 34/18 KL ER - Juris RdNr 55*). Für diese Überprüfung habe die Sozialgerichtsbarkeit spezifische Kenntnisse über das Versorgungssystem der GKV. Für den Fall, dass sich eine Ausschreibung als unzweckmäßig erweise, seien europarechtskonforme Verhandlungs- und Beitrittsverträge nach § 127 Abs 2, 2a SGB V vorgesehen. § 127 Abs 1 SGB V schütze auch die Interessen der Leistungserbringer.

7 Nachdem die Antragstellerin mit Schreiben des erkennenden Senats vom 8.11.2018 auf die Unzulässigkeit ihrer weiteren Beschwerde (*unter Hinweis auf den Senatsbeschluss vom 24.1.2008 - B 3 SF 1/08 R - BSG SozR 4-1720 § 17a Nr 4*) hingewiesen worden ist, trägt sie vor, dass ein evidenter Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie aus Art 19 Abs 4 GG vorliege. Als Folge der geänderten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (*Beschluss vom 27.6.2018 - VII-Verg 59/17 - Juris*) halte sich keine Gerichtsbarkeit mehr für die Prüfung der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung nach § 127 Abs 1 SGB V in der Sache für zuständig. Während die Sozialgerichte diese Prüfung überwiegend unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (*Beschluss vom 21.12.2016 - VII-Verg 26/16 - Juris*) der Vergabekammer bzw dem Vergabesenat zuwiesen, werde die Zweckmäßigkeit nach der geänderten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf dort nicht mehr geprüft. Der Senatsbeschluss vom 24.1.2008 (*B 3 SF 1/08 R, aaO*) sei unzutreffend. Das BSG sei vielmehr an die vom LSG zugelassene Beschwerde gemäß § 17a Abs 4 S 6 GVG gebunden. Die Vorschrift finde auch im einstweiligen Anordnungsverfahren Anwendung (*Hinweis auf BVerwG Beschluss vom 15.11.2000 - 3 B 10/00 - Juris*). Den Gesetzesmaterialien (*Hinweis auf BT-Drucks 11/7030 S 37 f*) sei zu entnehmen, dass die Norm alle Entscheidungen iS von § 177 SGG erfasse. Das LSG habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass ein negativer Kompetenzkonflikt als Folge der geänderten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (*Beschluss vom 27.6.2018 - VII-Verg 59/17 - Juris*) entstanden sei. Mit Rücksicht auf einen möglichst wirkungsvollen effektiven Rechtsschutz sei es geboten, dass zunächst die Sozialgerichtsbarkeit über die Vorfrage der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung entscheide und anschließend das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren nach dem GWB durchgeführt werde. Daher seien in dem

bereits vor dem OLG von der Antragstellerin wegen dieser streitigen Ausschreibung geführten Rechtsstreit auch lediglich vergaberechtliche Rügen erhoben worden, während die Frage der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung in dem Nachprüfungsverfahren vor dem OLG nicht gerügt worden sei (*vgl OLG Düsseldorf Beschluss vom 3.8.2018 - VII-Verg 29/18 - unveröffentlicht*).

8 Während des vor dem BSG anhängigen Verfahrens sind am 4.1.2019 Zuschläge an die nach der Angebotswertung vorgesehenen Zuschlagsinteressenten erteilt worden.

9 Die Antragstellerin beantragt,
die Beschlüsse des Thüringer Landessozialgerichts vom 17. August 2018 und des Sozialgerichts Gotha vom 18. Dezember 2017 aufzuheben und den Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit für zulässig zu erklären, und ergänzend

der Antragsgegnerin vorläufig - bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache - zu untersagen, ihre Versicherten aufgrund der erfolgten Zuschlagserteilung in der Ausschreibung zur Versorgung mit Hilfsmitteln zur Stomaversorgung der Produktgruppe 29 und den ggf in diesem Zusammenhang erforderlichen Hilfsmitteln zur Inkontinenz der Produktgruppe 15 gemäß § 127 Abs 1 SGB V gemäß der Bekanntmachung der Antragsgegnerin vom 3. November 2017 zu versorgen.

10 Die Antragsgegnerin beantragt,
die Beschwerde und den Antrag der Antragstellerin auf vorläufige Untersagung der Versorgung ihrer Versicherten wie in der Ausschreibung gemäß der Bekanntmachung der Antragsgegnerin vom 3. November 2017 zurückzuweisen.

11 Sie hält den Beschluss des LSG im Ergebnis für zutreffend. Auch nach geänderter Rechtsprechung des OLG Düsseldorf differenziere das Gericht zwischen der Zuständigkeit als Nachprüfungsinstanz und der Unzulässigkeit des gestellten Nachprüfungsantrags. Die Regelung des § 127 Abs 1 SGB V sei bereits europarechtswidrig, sodass Zweckmäßigkeitserwägungen ohnehin unberücksichtigt bleiben müssten. Die Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen sei zu Recht angenommen worden. Dem Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin hätte vor dem OLG Düsseldorf hinreichend Rechnung getragen werden können, wenn sie dort im Nachprüfungsverfahren (*OLG Düsseldorf Beschluss vom 3.8.2018 - VII-Verg 29/18 - unveröffentlicht*) die Unzweckmäßigkeit der Ausschreibung nach § 127 Abs 1 SGB V gerügt hätte. Auch über nicht vergabespezifische Normen könne von den Nachprüfungsinstanzen mitentschieden werden (*Hinweis auf BGH Beschluss vom 18.6.2012 - X ZB 9/11 - Juris; OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.12.2016 - VII-Verg 26/16 - Juris*). Andernfalls sei die Zersplitterung des Rechtswegs zu befürchten (*Hinweis auf LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 29.5.2018 - L 4 KR 173/18 - unveröffentlicht*). § 127 Abs 1 S 6 SGB V vermittele im Übrigen keinen Drittschutz für Leistungserbringer. Die Vorschrift sichere im Interesse der Versicherten die Qualität der Hilfsmitt-

tel und der Beratung sowie eine wohnortnahe Versorgung. Die Rechtmäßigkeit dieser Ausschreibung sei in den durch Konkurrenten durchgeführten Nachprüfungsverfahren vor dem OLG Düsseldorf bestätigt worden (*vgl OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 3.8.2018 - VII-Verg 30/18 und vom 19.9.2018 - VII-Verg 17/18 - beide unveröffentlicht*). Das LSG Hamburg (*Beschluss vom 25.9.2018 - L 1 KR 34/18 KL ER - Juris*) habe hier den Weg für die Zuschlagserteilung geebnet im Streit gegen das Bundesversicherungsamt als Aufsichtsbehörde. Hilfsweise werde angeregt, die Sache dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV vorzulegen.

II

- 12 Der Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes betreffende Rechtsstreit ist nach erfolgter Anhörung der Beteiligten (§ 17a Abs 2 S 1 Halbs 2 GVG) von Amts wegen an den Vergabesenat des OLG Düsseldorf zu verweisen (*dazu unter 2.*). Über den vor dem BSG ergänzend gestellten Antrag auf vorläufige Untersagung der Versorgung der Versicherten der Antragsgegnerin nach Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren ist daher in der Sache nicht zu entscheiden. Die weitere Beschwerde der Antragstellerin zur Klärung des Rechtswegs ist nicht statthaft. Das Rechtsmittel der Antragstellerin ist deshalb als unzulässig zu verwerfen (*dazu sogleich unter 1.*).
- 13 1. Der Senat konnte über das Rechtsmittel der Antragstellerin ohne Zuziehung der ehrenamtlichen Richter durch Beschluss entscheiden (§ 12 Abs 1 S 2, § 153 Abs 1, § 165 SGG). Die weitere Beschwerde an das BSG ist nach § 177 SGG ausgeschlossen. Danach können Entscheidungen des LSG nicht mit der Beschwerde an das BSG angefochten werden. Das von der Antragstellerin eingelegte Rechtsmittel ist auch nicht wegen seiner Zulassung durch das LSG nach § 17a Abs 4 S 4 GVG statthaft. Die Bindungswirkung des BSG als oberster Gerichtshof des Bundes nach § 17a Abs 4 S 6 GVG ist nicht eingetreten. Der Senat hat in seiner Rechtsprechung für den im vorläufigen Rechtsschutzverfahren - wie hier - entstandenen Zwischenstreit über den Rechtsweg nach § 17a GVG die Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde an das BSG zur Klärung des Rechtswegs ausgeschlossen und hält an dieser Rechtsprechung fest (*vgl BSG Beschluss vom 24.1.2008 - B 3 SF 1/08 R - SozR 4-1720 § 17a Nr 4; vgl auch BVerwG Beschluss vom 8.8.2006 - 6 B 65/06 - DVBl 2006, 1249; diese Rspr bestätigend BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 14.2.2016 - 1 BvR 3514/14 - Juris; aA wohl noch BVerwG Beschluss vom 15.11.2000 - 3 B 10/00 - Juris; zur Rechtsbeschwerde nach §§ 574 ff ZPO vgl BGH Beschluss vom 9.11.2006 - I ZB 28/06 - NJW 2007, 1819; ähnlich BAG Beschluss vom 26.9.2002 - 5 AZB 15/02 - NJW 2002, 3725*).
- 14 a) Zu diesem Ergebnis gelangt der Senat unter Berücksichtigung des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte und des Regelungszwecks von § 17a GVG. Die Beschwerdemöglichkeit bei Rechtswegstreitigkeiten (§ 17a Abs 4 S 4 bis 6 GVG iVm § 177 SGG), die durch die Neufassung

der Vorschriften über die Rechtswegverweisung durch das 4. VwGO-Änderungsgesetz (*VwGOÄndG vom 17.12.1990, BGBl I 2809*) zum 1.1.1991 in das GVG eingefügt worden ist, sollte die durch § 17a Abs 5 GVG ausgeschlossene revisionsgerichtliche Kontrolle der Rechtswegfrage in der Hauptsache ersetzen (*vgl Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum 4. VwGOÄndG BT-Drucks 11/7030 S 37 f*). Dieser Zweck der Neuregelung konnte für den einstweiligen Rechtsschutz im sozialgerichtlichen Verfahren von vornherein nicht eintreten, weil Beschlüsse des LSG über Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das BSG nach § 177 SGG nicht überprüft werden können. Der Gesetzgeber hat den Beteiligten im Eilverfahren keine bis dahin gesetzlich nicht vorgesehene, zusätzliche Überprüfungsöglichkeit zum Rechtsweg durch Einräumung der weiteren Beschwerde ermöglicht, wenn die Eilentscheidung des LSG selbst nicht durch das BSG überprüft werden kann. Den Beteiligten sollte für den in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren angefallenen Zwischenstreit über den Rechtsweg kein weitergehender Instanzenzug eröffnet werden als in dem zugrunde liegenden Verfahren selbst (*so BSG Beschluss vom 24.1.2008 - B 3 SF 1/08 R - SozR 4-1720 § 17a Nr 4 RdNr 11, 12; dieser Argumentation folgend BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 14.2.2016 - 1 BvR 3514/14 - Juris RdNr 9*).

- 15 b) Dies gilt auch - wovon das LSG ausgegangen ist -, wenn die Entscheidung über den Rechtsweg im Zusammenhang mit der ursprünglich begehrten Unterlassung der europaweiten Ausschreibung der Rahmenvereinbarung aus Gründen der Zweckmäßigkeit nach § 127 Abs 1 SGB V grundsätzliche Bedeutung zukommen sollte und eine solche Entscheidung nach § 17a Abs 4 S 5 GVG dem BSG als oberstem Gerichtshof des Bundes obliegt. Die Klärung grundsätzlicher Fragen kann nicht im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens erfolgen. Die Klärung der Rechtsfrage käme nämlich einer Entscheidung gleich, die in ihrem Gewicht einer Revisionsentscheidung nahestünde. Die Klärung fallübergreifender, grundsätzlicher Probleme ist nicht Gegenstand des auf vorläufigen Rechtsschutz gerichteten Verfahrens, sondern der zeitgerechte Erlass einer einstweiligen Regelung bis zur Entscheidung in der Hauptsache (*vgl § 86b Abs 2 S 1 und 2 SGG; vgl BSG, aaO*).
- 16 c) Im Ergebnis enthält der angefochtene Beschluss des LSG indessen verfahrensfehlerhaft lediglich eine Entscheidung iS von § 17a Abs 2 S 1 Halbs 1 GVG, mit der der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit unanfechtbar verneint worden ist. Das LSG hat sich überdies gehindert gesehen, den Rechtsstreit "und ... zugleich" an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs nach § 17a Abs 2 S 1 Halbs 2 SGG zu verweisen. Da der Rechtsstreit auch nicht bereits durch die zunächst erfolgte Übersendung der Akten des SG an das OLG Düsseldorf dort anhängig geworden ist - denn zu diesem Zeitpunkt war der Beschluss des SG noch nicht "rechtskräftig" iS von § 17b Abs 1 GVG geworden, sondern mit der Beschwerde nach § 172 SGG angefochten -, liegt nunmehr letztlich gar keine Entscheidung über den zulässigen Rechtsweg in diesem Rechtsstreit vor.

- 17 Das LSG geht in seinem Beschluss offensichtlich davon aus, dass das SG nach Abschluss dieses Zwischenstreits noch über den Antrag im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu entscheiden hätte, dies allerdings, obwohl es die Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit unanfechtbar verneint hat. Nach Ansicht des LSG käme dann wohl lediglich die Verwerfung des Antrags als unzulässig durch das SG in Betracht. Dieser Beschluss wäre dann erneut gemäß § 172 SGG vor dem LSG beschwerdefähig. Bei Inanspruchnahme dieses Rechtsmittels könnte dieser Rechtsstreit erst danach vor der Vergabekammer des Bundes nach § 156 Abs 1 GWB als Nachprüfungsinstanz entschieden werden. Bis dahin wäre aber keine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem einstweiligen Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin erfolgt.
- 18 2. Diese Prozesslage hält der Senat gemessen an der Garantie der Gewährleistung eines effektiven und wirksamen Rechtsschutzes (*Art 19 Abs 4 GG*) für nicht hinnehmbar und sieht sich gehalten, die beim LSG entgegen § 17a Abs 2 S 1 Halbs 2 GVG verfahrensfehlerhaft unterbliebene Rechtswegzuweisung an das Gericht des zulässigen Rechtswegs zur Vermeidung weiterer Verzögerungen selbst zu treffen. Der Senat verweist den Rechtsstreit daher von Amts wegen an den Vergabesenat des OLG Düsseldorf.
- 19 a) Die unter 1.c) skizzierte Verfahrensweise würde demgegenüber zu einer unnötigen und unzumutbaren Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten führen. Zur Gewährleistung eines effektiven und wirksamen Rechtsschutzes (*Art 19 Abs 4 GG*) und der Gewährung rechtlichen Gehörs (*Art 103 Abs 1 GG*) hält der Senat entsprechend dem Gesetzeszweck eine zügige Klärung des Zuständigkeitsstreits auch im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege für geboten. Der Ansicht des LSG, dass eine Verweisung an den Vergabesenat des OLG weder sachgerecht sei noch - nicht näher dargelegten - Vergaberegeln widerspreche, ist daher nicht zu folgen. Insbesondere streitet der in § 167 GWB für das gesamte Nachprüfungsverfahren konkretisierte Beschleunigungsgrundsatz (*vgl BGHZ 190, 89 RdNr 21; 188, 200 RdNr 73*) für eine zügige Verweisung an den Vergabesenat (*aA Sächsisches OVG Beschluss vom 9.2.2016 - 5 B 315/15 B - Juris RdNr 26 ff*), um unnötige Verzögerungen im Vergabeverfahren zu vermeiden. Der Senat übersieht hierbei nicht, dass der Vergabesenat die Funktion des Beschwerdegerichts gegen eine Entscheidung der Vergabekammer hat (*§ 171 Abs 1 und 3 GWB*) und für den Rechtsstreit funktionell nicht zuständig ist, solange eine sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer des Bundes (*§ 156 Abs 1 GWB*) noch nicht ergangen ist (*vgl OLG Düsseldorf Beschluss vom 2.8.2018 - Verg 57/17 - Juris*). Einer direkten Verweisung des Rechtsstreits an die Vergabekammer des Bundes steht aber entgegen, dass die Vergabekammer kein Gericht iS von Art 92 GG iVm § 17a Abs 2 S 1 GVG ist (*vgl BGH Beschluss vom 25.10.2011 - X ZB 5/10 - Juris RdNr 13; BSG Beschluss vom 22.4.2008 - B 1 SF 1/08 R - SozR 4-1500 § 51 Nr 4 RdNr 19, 41*).

- 20 b) Die Abkürzung des Zwischenstreits durch die Verweisung an das Gericht des zulässigen Rechtswegs steht im Einklang mit der Novellierung der §§ 17 und 17a GVG (*durch das 4. VwGOÄndG vom 17.12.1990, BGBl I 2809*). Dadurch sollte gerade vermieden werden, dass das Beschreiten eines unzulässigen Rechtswegs wie bis dahin mit einem - unter Umständen erst im Instanzenzug ergehenden - klageabweisenden Prozessurteil sanktioniert wird. Stattdessen sollte die Grundlage dafür geschaffen werden, dass die Sache im Verfahren nach § 17a Abs 2 bis 4 GVG so schnell wie möglich von Amts wegen in den zulässigen Rechtsweg verwiesen werden kann (*vgl Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum 4. VwGOÄndG, BT-Drucks 11/7030 S 37 f, II. zu Nr 1; vgl auch Kissel, GVG, 9. Aufl 2018, § 17 RdNr 40 mwN*). Mit diesem dem Gedanken der Verfahrensökonomie und des effektiven Rechtsschutzes geschuldeten Prinzip hat es auch der BGH für unvereinbar gehalten, dem Vergabesenat des OLG die Möglichkeit einer entsprechenden Verweisung an ein Verwaltungsgericht abzusprechen (*vgl BGH Beschluss vom 23.1.2012 - X ZB 5/11 - Juris RdNr 24*).
- 21 c) Aus demselben Rechtsgedanken heraus hält es der Senat für unabdingbar, hier eine für alle Gerichte verbindliche Verweisung an das Gericht des zulässigen Rechtswegs zu treffen. Der Senat leitet seine Befugnis aus der Rechtsprechung zur Bereinigung eines negativen, rechtswegübergreifenden Kompetenzkonflikts zwischen Gerichten verschiedener Gerichtsbarkeiten ab und beschränkt sich bei seiner Prüfung entsprechend dem dort zugrunde gelegten reduzierten Überprüfungsmaßstab auf Verstöße gegen elementare Verfahrensgrundsätze oder Willkür (*vgl BSG SozR 4-1500 § 57a Nr 2 RdNr 11; BSG Beschlüsse vom 16.11.2016 - B 4 SF 5/16 R - Juris RdNr 5 und vom 16.9.2009 - B 12 SF 7/09 S - Juris RdNr 5*). Als einen solchen gravierenden Verstoß gegen den elementaren Verfahrensgrundsatz, möglichst raschen und effektiven Rechtsschutz insbesondere im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu gewährleisten, erachtet der Senat die vom LSG beschlossene Verfahrensweise (*so unter 1.c*).
- 22 d) Die bindende Verweisung an den Vergabesenat des OLG Düsseldorf erfolgt auch, weil der Senat anders nicht ausschließen kann, dass eine Prozesslage noch entstehen oder sich verfestigen könnte, in der sich letztlich überhaupt keine Gerichtsbarkeit für den von der Antragstellerin nachgesuchten Rechtsschutz allein wegen der Zweckmäßigkeitüberprüfung nach § 127 Abs 1 S 1 und 6 SGB V für zuständig hielte. Eine Verletzung der aus Art 19 Abs 4 und Art 103 Abs 1 GG abgeleiteten Verfassungsprinzipien kommt aber in Betracht, wenn ein Rechtsschutzsuchender aufgrund gegenläufiger Rechtsprechung verschiedener Gerichtsbarkeiten schlechthin keine Möglichkeit hat, mit seinen Einwendungen vor Gericht gehört zu werden (*vgl BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 7.2.2006 - 1 BvR 2304/05 - Juris RdNr 11 und BVerfG Kammerbeschluss vom 29.11.1996 - 2 BvR 1157/93 - Juris RdNr 23*). Eine solche Situation käme einer verfassungswidrigen Verweigerung von Rechtsschutz gleich.

- 23 e) Der Senat gelangt zu seiner Einschätzung vor dem Hintergrund der in der geänderten, aktuellen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (*Beschluss vom 27.6.2018 - VII-Verg 59/17 - Juris*) geäußerten Zweifel, ob die in der "Sozialgerichtsbarkeit derzeit herrschende Auffassung, bei Angriffen gegen die von einer Krankenkasse bejahte Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung sei der Rechtsweg zu den Sozialgerichten nicht eröffnet, richtig ist" (*aaO, Juris RdNr 75*). Das OLG führt insoweit ua aus: "Die Regelung des § 127 Abs 1 S 1 und 6 SGB V ist, soweit es um die der Ausschreibung vorgelagerten Zweckmäßigkeitserwägungen geht, keine vergaberechtliche Vorschrift. ... § 127 Abs 1 S 1 und 6 SGB V steht als sozialrechtliche Vorschrift außerhalb dieser Regelungen. Die Zweckmäßigkeitserwägungen, die nach § 127 Abs 1 S 1 und 6 SGB V anzustellen sind, gehen einem Vergabeverfahren voraus" (*aaO, Juris RdNr 63*). "Die Zweckmäßigkeitsprüfung nach § 127 Abs 1 S 1 und 6 SGB V spielt sich danach im Vorfeld eines Vergabeverfahrens ab" (*aaO, Juris RdNr 75*). Das Kartellvergaberecht "greift erst ein, wenn der Beschaffungsentschluss des öffentlichen Auftraggebers bereits getroffen ist. Die dem Beschaffungsentschluss vorausgehenden Erwägungen unterliegen ... nicht der Prüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen" (*aaO, Juris RdNr 55*). "§ 156 Abs 2 GWB, der das Beschwerdegericht ausdrücklich erwähnt, schließt als gegenüber § 17 Abs 2 S 1 GVG speziellere Regelung eine Prüfung von etwaigen sozialrechtlichen Ansprüchen der Antragstellerin im Zusammenhang mit § 127 Abs 1 S 1 und 6 SGB V aus" (*aaO, Juris RdNr 69; fortgeführt OLG Düsseldorf Beschluss vom 3.8.2018 - Verg 30/18 - Juris, unter teilweiser Aufgabe der Beschlüsse vom 24.9.2014, Verg 17/14 - Juris und vom 21.12.2016 VI - Verg 26/16 - Juris*).
- 24 f) An dieser Rechtsprechung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf hat sich bundesweit ein Streit über die Frage des zulässigen Rechtswegs entfacht (*vgl dazu Knispel, NZS 2019, 6; ders jurisPR-SozR 25/2018 Anm 2*). Als Ausdruck der entstandenen Rechtsunsicherheit sind Befürchtungen geäußert worden, dass sich nun keine Gerichtsbarkeit mehr für die Klärung der Zweckmäßigkeit eines Ausschreibungsverfahrens nach § 127 Abs 1 S 1 und 6 SGB V oberhalb des Schwellenwertes nach § 106 GWB für zuständig halte (*so Kuhn, GesR 2018, 706, 707; kritisch auch Götz, KrV 2018, 209, 218 f; vgl Flint in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 1. Aufl 2017, § 51 SGG RdNr 118.3 ff zum Streit über die Rechtswegzuweisung mwN*). Im Übrigen sind bundesweit mehrere Verfahren zur Überprüfung der Zweckmäßigkeit der durch Krankenkassen europaweit veranlassten Vergabeverfahren zur Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln zur Stomaversorgung und ergänzenden Inkontinenzhilfen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sowohl vor den Sozialgerichten als auch bei den Vergabekammern des Bundes anhängig gewesen (*vgl Bayerisches LSG Beschluss vom 21.3.2018 - L 5 KR 81/18 B ER - Juris RdNr 4 mwN; vgl LSG Hamburg Beschluss vom 25.9.2018 - L 1 KR 34/18 KL ER - Juris RdNr 70 mwN*).

g) Der von der Antragstellerin auf das Anhörungsschreiben des Senats vom 12.2.2019 erhobene Einwand, für sie bestehe auch bei Verweisung des Rechtsstreits an das OLG Düsseldorf keine Möglichkeit, mit ihren Einwendungen zur Frage der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung von einem Gericht gehört zu werden, geht fehl. Die hier erfolgte Verweisung an ein Gericht des zulässigen Rechtswegs dient gerade der Herstellung von Rechtssicherheit und der Vermeidung des Entstehens eines rechtswegübergreifenden negativen Kompetenzkonflikts in diesem Fall. Denn das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin wird nun im zulässigen Rechtsweg geprüft werden, ohne dass die Sache zurückverwiesen werden darf. Allerdings ist das Gericht an das verwiesen worden ist, nicht gehindert, den Rechtsstreit aus Gründen der funktionellen Zuständigkeit weiter zu verweisen (*vgl Kissel, GVG, 9. Aufl 2018, § 17 RdNr 42 f; vgl auch OLG Düsseldorf Beschluss vom 2.8.2018 - Verg 57/17 - Juris, zur Verweisung an die Vergabekammer des Bundes*). Die Bindungswirkung kommt hierbei nur der Rechtswegentscheidung selbst zu; dh alle anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsbehelfs muss das Gericht, an das verwiesen worden ist, von selbst prüfen (*vgl Kissel, aaO, RdNr 43*).

26 h) Darüber hinaus ist der unanfechtbare Beschluss des LSG keiner Korrektur durch den Senat zugänglich. Der Senat erachtet in der unanfechtbar ausgesprochenen Kompetenzverneinung der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit weder ein willkürliches noch grob verfahrenfehlerhaftes Handeln. Das LSG hat bei seiner Entscheidung das maßgebliche Normkonzept zur Rechtswegkompetenz zugrunde gelegt (*§ 51 Abs 1 Nr 2, Abs 3 SGG, § 69 Abs 1 S 1, Abs 3 SGB V, § 127 Abs 1 S 7 SGB V idF des Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung vom 4.4.2017, BGBl I 778*). Dem ist lediglich hinzuzufügen, dass es für die Rechtswegfrage unerheblich ist, wenn dem Streit möglicherweise das Motiv der Antragstellerin zugrunde liegt, eine etwaige, hier aber nicht den Streitgegenstand des Rechtsstreits bildende Organisationsentscheidung der Antragsgegnerin mit dem Ziel überprüfen lassen zu wollen, namentlich anstelle einer europaweit auszuschreibenden Rahmenvereinbarung nach § 127 Abs 1 SGB V entweder einen Vertragsabschluss ohne Ausschreibung nach § 127 Abs 2 SGB V für die Antragstellerin zu erreichen oder eine individuelle Vereinbarung im Einzelfall nach § 127 Abs 3 SGB V zu treffen. Der Senat bringt dabei nochmals in Erinnerung, dass es sich lediglich um ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes handelt, in dem es für die Antragstellerin in erster Linie darum geht, eine zeitgerechte Entscheidung eines Gerichts über ihr Rechtsschutzbegehren zu erhalten, aber nicht darum, von ihr als grundsätzlich bedeutsam erachtete Fragestellungen über ihren Einzelfall hinaus allgemein durch das BSG klären zu lassen.

27 3. Die im Verfahren über eine Rechtswegbeschwerde erforderliche Kostenentscheidung (*vgl BSG SozR 4-1500 § 51 Nr 13 RdNr 16-18; § 51 Nr 6 RdNr 19 f*) beruht auf § 197a Abs 1 S 1 Teils 3 SGG iVm § 154 Abs 1 und 2 VwGO.

28 4. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 197a Abs 1 S 1 Teils 1 SGG iVm § 52 Abs 1 und § 47 Abs 1 und 3 GKG und ergeht nach Anhörung der Betei-

ligten in Höhe der Streitwertfestsetzung des unanfechtbaren Beschlusses des LSG.