



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 49/16

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Blöcker auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 2016 am 12. Juli 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

**Gründe:**

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe von [...]. Die Ag hat die Beschaffung der [...] einschließlich der Erbringung damit in Zusammenhang stehender Serviceleistungen zur Versorgung ihrer Versicherten mit [...] in 16 Regionallose aufgeteilt. In jedem der Regionallose sollen Versorgungsverträge mit jeweils drei Leistungserbringern geschlossen werden.

Die Verfahrensbeteiligten streiten (u.a.) über die Zulässigkeit des Mehr-Partner-Modells in Kombination mit der Wahlfreiheit des Versicherten in Bezug auf den Leistungserbringer und die zu liefernden Produkte, die Rechtmäßigkeit der von der Ag geforderten Abdeckungsgrenze von 80 % sowie darüber, ob die den Bietern zur Verfügung gestellten Daten ausreichend für eine ordnungsgemäße kaufmännische Kalkulation sind.

1. Die Bewerbungsbedingungen sehen (u.a.) Folgendes vor:

*„10.2 Zuschlagskriterien / Angebotswertung*

*Je Los wird mit bis zu drei Bietern ein Vertrag nach § 127 Abs. 1 SGB V geschlossen, sofern eine ausreichend große Zahl von Bietern die Eignungskriterien erfüllt und eine ausreichende große Zahl von zulässigen Angeboten die Zuschlagskriterien erfüllt (vgl. § 4 Abs. 4 VOL/A EG) (sog. 3-Partnersystem). (...)*

*Es gelten im Übrigen folgende Regelungen:*

*Ein Zuschlag wird nur erteilt, wenn die Angebotspreise laut Anlage 02. „Preisblätter“ (d.h. jede einzelne Pauschale für sich genommen) die aktuellen Vertragspreise der [...] nach der Vereinbarung gemäß § 127 Abs. 2 SGB V über die Hilfsmittelversorgung der Versicherten mit [...] (...) nicht überschreiten.*

*(...).“*

*„11.2 Mindestanforderung der 80%igen Abdeckung der Nachfrage aus dem Referenz[zeit;]raum [Anm d. Kammer]*

Die weiteren Tabellenblätter zu den Produktuntergruppen in der Anlage 03 „Bezeichnung angebotene Hilfsmittel“ weisen für jeden 7-steller automatisch aus, zu wie viel % das Angebot des Bieters die Nachfrage der [...] -Versicherten aus dem Referenzzeitraum abgedeckt hätte. Die [...] verlangt je 7-steller eine Abdeckung von mindestens 80 %. Demzufolge ist die Gesamtprozentzahl für den jeweiligen 7-steller solange rot markiert, bis der Bieter die 80 % Grenze überschreitet. Wird die Grenze überschritten, ist die Gesamtzahl schwarz markiert.

Das erste Tabellenblatt der Excel-Tabelle beinhaltet eine Übersicht über die verfahrensgegenständlichen 7-steller. In der Spalte D wird die Abdeckung des Gesamtbedarfs der [...] -Versicherten je 7-steller automatisch berechnet. Nach dem Ausfüllen der Tabellenblätter darf in der Übersicht kein Wert mehr niedriger als 80 % sein. In der Zeile „ausreichend“ muss ein „ja“ erscheinen. **Unterschreitet der Bieter in einem einzigen 7-steller den Abdeckungsgrenzwert von 80 % (Ausschlusskriterium), so führt dies zum Ausschluss des Angebots von der weiteren Wertung.**

Die in der Anlage 03: „Bezeichnung angebotene Hilfsmittel“ benannten 10-steller müssen im Falle des Zuschlags mindestens im Produktportfolio des Bieters enthalten sein und nach Maßgabe dieses Vertrages den [...] -Versicherten angeboten werden. Es steht dem Bieter frei, gem. der Anlage 11: „Mustervertrag“ weitere 10-steller zum Gegenstand des Vertrages zu machen. Eine Benennung der zusätzlichen 10-steller mit Angebotsabgabe ist nicht erforderlich.“

[Hervorhebungen jeweils im Original]

Die in Bezug genommene Anlage 03 enthält in Spalte D eine prozentuale Verteilung aller 10-Steller, welche im Referenzjahr 2014 an die Versicherten der Ag abgegeben worden waren. Die Angaben resultieren aus einer Abfrage der Ag bei fünf bundesweit operierenden Leistungserbringern und repräsentieren ca. 60 % der [...] -Versicherten (Seite 4 des Vergabeverkehrs); diese bundesweiten Zahlen wurden den Bietern ohne weitere Unterteilung in die Regionallose mitgeteilt.

Die Leistungsbeschreibung sieht, soweit entscheidungserheblich, folgende Regeln vor:

„2.3      *Bedarfsfeststellung*

(...)

*Die Auswahl des für die Versorgung einzusetzenden Einzelprodukts erfolgt auf der Grundlage der vertragsärztlichen Verordnung. Hat der Arzt ein konkretes Produkt (10-steller) verordnet, welches der Auftragnehmer in der Anlage 03: „Bezeichnung angebotenes Hilfsmittel“ benannt hat, ist der Versicherte mit diesem Produkt zu versorgen.*

*Hat der Arzt kein konkretes Einzelprodukt verordnet, hat der Auftragnehmer dem Versicherten ein freies Wahlrecht zwischen den in der Anlage 03: „Bezeichnung angebotenes Hilfsmittel“ für die erforderliche Produktarten (7-steller) benannten Hilfsmittel (10-steller) einzuräumen. Hat der Versicherte kein konkretes Wunschprodukt, hat der Auftragnehmer mit dem Versicherten ein geeignetes Produkt auszuwählen.*

#### 2.7.2 Lieferfrist

*Kann der Auftragnehmer die vertraglich vereinbarte Lieferfrist, den mit dem Versicherten vereinbarten oder den mit einem Krankenhaus im Rahmen des Entlassmanagements abgestimmten Liefertermin im Einzelfall nicht einhalten, informiert der Auftragnehmer die Auftraggeberin unverzüglich. Die Auftraggeberin ist in diesem Fall berechtigt, die Lieferung (individueller Bedarf des Versicherten für 30 Tage) im freien Wettbewerb zu vergeben bzw. dem Versicherten ein Wahlrecht einzuräumen.“*

Unter dem Punkt „Umfang der Versorgung“ wird unter Ziffer II.3.3 Folgendes ausgeführt:

*„Der Versorgungsumfang hängt von der Inanspruchnahme durch die [Ag]-Versicherten und dem Ordnungsverhalten der Ärzte ab.*

*Als Kalkulationsgrundlage können die Versorgungszahlen gemäß Tabelle: ‚Anzahl versorgte Versicherte des Jahres 2014‘ zugrunde gelegt werden, wo jeweils die Anzahl der von der [Ag] im Zeitraum eines Jahres versorgten Versicherten dargestellt ist.*

*Daneben geht aus der Anlage 02 ‚Preisblätter‘ die etwa zu [erwartende; Anm. d. Kammer] Anzahl an Versorgungspauschalen je [...] hervor. Bei der Ermittlung waren auch hier Zahlen aus dem Referenzjahr 2014 maßgeblich.*

*Eine Abnahmeverpflichtung der [Ag] in dieser Höhe resultiert hieraus jedoch nicht.*

*Der Auftragnehmer hat bei Zuschlagserteilung in dem jeweiligen Regionallos die flächendeckende Versorgung für den Vertragszeitraum zu gewährleisten. Eine Niederlassung im Regionallos, für das der Auftragnehmer ein Angebot abgegeben hat, ist nicht erforderlich.“*

In der in Bezug genommenen Tabelle ‚Anzahl versorgte Versicherte des Jahres 2014‘ wird die zu erwartende Anzahl der zu versorgenden Versicherten mit [...] aufgeteilt nach Regionallosen dargestellt. Ziffer 8 der Leistungsbeschreibung enthält darüber hinaus eine nach [...] vorgenommene Aufschlüsselung der durchschnittlichen Versorgungsdauer im Referenzjahr 2014. Den Vergabeunterlagen ist als Anlage 15 („Richtwerte für den Verbrauch“) zudem eine Tabelle beigefügt, in der für die ausschreibungsgegenständlichen 7-Steller der „Verbrauch in Stück/Monat“ angegeben ist.

§ 5 Abs. 3 des Mustervertrages bestimmt, dass der Auftragnehmer nicht zur Lieferung verpflichtet ist, wenn

*„der Arzt die Versorgung mit einem speziellen Einzelprodukt (...) verordnet, welches der Auftragnehmer nicht durch Benennung in Anlage 03: „Bezeichnung angebotenes Hilfsmittel“ oder durch nachträgliche Aufnahme in sein Produktportfolio verbindlich angeboten hat (...). In diesem Fall besteht jedoch auch kein exklusives Versorgungsrecht. Gleiches gilt, wenn der Versicherte ein Hilfsmittel verlangt, welches nicht im Produktportfolio des Auftragnehmers enthalten ist.*

*Die Auftraggeberin ist in diesen Fällen berechtigt, den Einzelauftrag zur dauerhaften Versorgung im freien Wettbewerb zu vergeben bzw. dem Versicherten ein Wahlrecht einzuräumen.“*

In der Antwort auf Bieterfrage 31 teilt die Ag mit, dass eine derartige Vergabe „im freien Wettbewerb“ Notfällen vorbehalten bleibe; in ihrer Antwort auf die Bieterfrage 88 stellt die Ag weiterhin klar, dass

*„in § 5 Abs. 3 der Anlage 11 „Mustervertrag“ lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, dass in den dort benannten Fällen ein Versorgungsrecht des Anbieters, der das nachgefragte Produkt nicht im Portfolio hat, nicht besteht. Es wird insoweit*

*klargestellt, dass die [Ag] den Versicherten an die übrigen Rahmenvertragspartner verweisen wird.“*

Gemäß § 13 des zwischen der Ag und den zur Versorgung der Versicherten berechtigten Leistungserbringern nach § 127 Abs. 2a SGB V geschlossenen Vertrages, welcher durch die streitgegenständliche Ausschreibung abgelöst werden soll, verpflichten sich die Leistungserbringer,

*„nachstehende Statistikdaten im Rahmen der zu Lasten der [Ag] durchgeführten Versorgungsfälle der [Ag] auf Anforderung zur Verfügung zu stellen. Hierfür stellt und liefert der Leistungserbringer kalenderjährlich bis zum 15. Februar des Folgejahres eine Statistik / Auflistung der bundeweiten Versorgungsfälle an die [Ag] mit folgenden Daten:*

- *Name, Vorname, Geburtsdatum, Versichertennummer*
- *Abrechnungspositionsnummer*
- *Versorgungszeitraum (von/bis)*
- *Liefermenge je 7-stellige Hilfsmittelpositionsnummer“*

§ 10 des streitgegenständlichen Mustervertrages enthält eine Statistikpflicht des Leistungserbringers in Bezug auf die abgegebenen 10-stelligen Hilfsmittelpositionsnummern je Kalenderjahr der zukünftigen Leistungserbringung.

Die ASt rügte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17., 20. und 27. Mai 2016 zahlreiche Verstöße gegen sozial- und vergaberechtliche Normen, darunter auch die mit dem Nachprüfungsverfahren verfolgten Angriffe. Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 24. Mai 2016 und 1. Juni 2016 ab, den Rügen zu entsprechen.

2. Mit einem am 8. Juni 2016 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Kammer hat den Nachprüfungsantrag am 9. Juni 2016 der Ag übermittelt.
  - a) Die ASt trägt vor, dass das von der Ag bekanntgemachte Vergabeverfahren unter schwerwiegenden Mängeln leide und daher aufzuheben sei. Eine ordnungsgemäße Kalkulation sei der ASt nicht möglich gewesen. Die Ag habe den Bietern keine losbezogenen Daten überlassen, obwohl der Wettbewerb jeweils um ein konkretes Los

stattfinde. Der von ihr aufgestellte Abdeckungswert von 80 % bei der zu befriedigenden Nachfrage nach konkreten Hilfsmittelprodukten (10-Stellern ) sei rechtswidrig. Die von der Ag aufgestellte Preisobergrenze für die Zuschlagserteilung belege die fehlende unbedingte Vergabeabsicht und bewirke zudem eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung. Im Einzelnen:

Die Ausgestaltung der streitgegenständlichen Ausschreibung lasse keine ordnungsgemäße kaufmännische Kalkulation zu. Die Ag habe unzulässigerweise ein Drei-Partner-Modell mit einem freien Versichertenwahlrecht kombiniert. Das Wahlrecht der Versicherten bestehe während der gesamten Vertragslaufzeit, sowohl in Bezug auf den Leistungserbringer wie auch in Bezug auf die zu liefernden Produkte. Auch solle der Versicherte frei wählen können, ob er beraten werden wolle oder nicht. Werde ein Produkt vom Versicherten ausgewählt, das der Auftragnehmer nicht in seinem Portfolio angeboten habe oder das er kurzfristig nicht liefern könne, sei die Kontaktaufnahme mit den anderen Rahmenvertragspartnern oder sogar eine Vergabe im freien Wettbewerb von der Ag avisiert; dies behalte sich die Ag auch für Notfälle vor. Vergaberechtlich sei dies eine Ankündigung von De-facto-Verträgen. Da die Ag nur eine vage Klarstellung in der Antwort auf eine entsprechende Bieterfrage hin (Nr. 88) abgegeben, nicht jedoch den Versorgungsvertrag selbst entsprechend abgeändert habe, sei weiterhin eine von den Bietern nicht zu kalkulierende „*Sondervergabe*“ beabsichtigt.

Diese aus dem umfassenden Wahlrecht des Versicherten resultierenden Unwägbarkeiten träten zu der generellen Unsicherheit im Drei-Partner-Modell, ob man als Auftragnehmer überhaupt ausgewählt werde, hinzu. Man könne im Zeitpunkt der Kalkulation weder abschätzen, ob man einen einzigen oder sehr viele Versicherte versorgen werde, gegebenenfalls wie lange und mit welchen Produkten. Dies seien keine typischerweise von den Leistungserbringern zu tragenden Risiken. Die Kumulation von Risiken führe vorliegend dazu, dass die Bieter diese entweder durch wahllos hohe Sicherheitszuschläge kompensieren oder schlicht ignorieren müssten. Beides sei den Bietern nicht zuzumuten und führe letztlich zu nicht vergleichbaren Angeboten, wenn die Bieter unterschiedlich auf diese Situation reagierten.

Das freie Versichertenwahlrecht könne von der Ag auch nicht als Ersatz für die Festlegung von konkreten Kriterien für die Vergabe der Einzelversorgungsverträge zwischen den Rahmenvertragspartnern herangezogen werden. Die Versicherten

richteten ihre Entscheidung gerade nicht – anders als etwa die sozialrechtlich und berufsrechtlich reglementierten Apotheker bei Arzneimittelrabattverträgen – an objektiven Kriterien wie Wirtschaftlichkeit oder anderen objektiven Kriterien aus. Sie könnten sich vielmehr rein subjektiv und damit willkürlich verhalten. Dies gestehe die Ag auch zu: Sie selbst führe an, der einzelne Versicherte werde *„regelhaft qualitätsbezogene Faktoren und andere von seinem Befinden abhängige Gesichtspunkte“* bei seiner Auswahl des Leistungserbringers berücksichtigen. Materiell-wirtschaftlich würden die Versicherten jedoch für die Ag entscheiden, wer den Auftrag erhalten solle. Dass sich die Ag an die Entscheidung ihrer Versicherten gebunden fühle, stelle weder eine transparente Vorgabe dar noch ersetze dies objektive Kriterien für die Auswahl unter den Auftragnehmern.

Da die Ag keine konkreten Kriterien für die Einzelvergabe benannt habe, verstoße sie gegen Bestimmungen über den Rahmenvertrag (§ 4 EG Abs. 5 und 6 VOL/A), das Transparenzgebot und den Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 GWB a.F.). Dem könne die Ag auch nicht die vom EuGH bestätigte Zulässigkeit des Open-House-Modells entgegenhalten. Denn anders als bei diesem treffe die Ag vorliegend gerade eine Auswahl, aus der der Versicherte dann eine weitere Wahl treffen müsse. Ein späterer Beitritt zu der Leistungserbringung sei vorliegend, anders als beim Open-House-Modell, gerade nicht mehr möglich.

Das Vorgehen der Ag werde auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass sie ein für sich betrachtet legitimes Ziel, die Versorgung ihrer Versicherten, verfolge. Denn spätestens seit der Entscheidung des EuGH zum Open-House-Modell stehe der Ag eine Alternative zur Verfügung. Die Ag könne, um ihren Versicherten die Wahlfreiheit zu belassen, Beitrittsverträge mit einer Vielzahl von Leistungserbringern nach § 127 Abs. 2 SGB V schließen, so dass sie über ein eindeutig milderes Mittel verfüge.

Erschwerend komme hinzu, dass die Ag den Bietern kalkulationsrelevante Daten vorenthalte und so die von ihr geschaffenen kalkulatorischen Risiken noch verschärfe. Zusätzlich zu der in Anlage 03 auf bundesweiter Basis angegebenen prozentualen Verteilung der konkreten Produkte (10-Steller) innerhalb der einzelnen Produktuntergruppen (7-Steller) benötige die ASt eine Aufteilung der Angaben auf die Gebietslose, um (noch) schärfer kalkulieren zu können. Ohne die tatsächlichen Verbrauchsmengen der 10-Steller aus der Vergangenheit, differenziert nach den



jeweiligen Losen, sei eine Kalkulation für das einzelne Los unzumutbar. Die Marktsituation sei in den jeweiligen Losen höchst unterschiedlich. Auch unterscheide sich der Umfang der konkret eingesetzten Produkte in den jeweiligen Regionen teils erheblich.

Die Ag könne sich auch nicht darauf zurückziehen, dass diese Daten bei ihr nicht vorlägen. Denn sie habe die ASt aufgefordert, für das Referenzjahr 2014 statistische Daten über die Anzahl der Versicherten pro [...], die Anzahl der Versorgungsmonate pro Versicherten und die Liefermenge je 7-Steller, einschließlich der Auflistung der abgegebenen 10-Steller je Versicherten als Excel-Datei zur Verfügung zu stellen. Dem sei die ASt auch nachgekommen. Dass andere Leistungserbringer diese Daten ohne Versicherten- und damit ohne Regionalbezug geliefert hätten – so die Ag – sei unerheblich. Denn die Ag hätte diese Daten, z.B. mit Postleitzahlenbezug abfragen können, so dass etwaigen sozialdatenschutzrechtlichen Bedenken seitens der Leistungserbringer von vornherein die Grundlage entzogen gewesen wäre. Ohnehin komme es darauf nicht an, weil auch die Datenerhebung zur Durchführung einer Ausschreibung von § 284 Abs. 1 Nr. 8 SGB V – Überwachung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung – gedeckt sei. Da jedenfalls alle Leistungserbringer auf entsprechende Bitte der Ag hin Daten zu den 10-Stellern geliefert hätten, sei auch kein Widerstand von ihrer Seite gegen eine nochmalige Anforderung anonymisierter Daten in Bezug auf die jeweils in den einzelnen Regionen abgegebenen 10-Steller zu erwarten. Auch wenn der laufende Versorgungsvertrag nur eine Informationspflicht der Leistungserbringer in Bezug auf die 7-Steller vorsähe, hätte die Ag für eine ordnungsgemäße Vorbereitung der Ausschreibung diese 10-Steller-Daten von ihren Leistungserbringern beschaffen oder dies jedenfalls probieren müssen. Die Notwendigkeit der Daten für eine ordnungsgemäße Kalkulation sei der Ag seit langem bekannt.

Dass die ASt selbst bundesweit tätig sei und daher – so die Ag – über ein besseres Datengerüst als sie selbst verfüge, sei unerheblich, weil die ASt nicht in allen Regionallosen gleichmäßig vertreten sei. Sie könne zudem nicht selbst Daten heranziehen, die die Gesamtheit der Versicherten der Ag repräsentierten. Diese Daten müsse die Ag selbst beschaffen und den Bietern zur Verfügung stellen.

Der Vortrag der ASt in Bezug auf die Kalkulationsschwierigkeiten sei – entgegen dem Vortrag der Ag – auch nicht deshalb widersprüchlich, weil die ASt das Beitrittsmodell nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V als milderes Mittel angeführt habe. Bei den Beitrittsverträgen gebe es einen umfangreicheren Austausch zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer in Bezug auf Leistung und Preis als bei der streitgegenständlichen Ausschreibung. Dies wirke als Korrektiv gegenüber der durchaus größeren Zahl an denkbaren Leistungserbringern. Während der Vertragsanbahnung könne der Leistungserbringer auch Änderungswünsche anbringen. Diese Situation sei mit der vorliegenden Ausschreibung daher nicht vergleichbar. Auch müsse der Leistungserbringer zu keiner Zeit bindende Preise, die einer eigenen Kalkulation entstammten, anbieten. Ausreichend sei, dass der Leistungserbringer die zwischen der Ag und dem dritten Unternehmen vereinbarten Preise auf ihre Tragbarkeit für sich selbst überprüften. Die Leistungserbringer müssten auch nicht sofort beitreten und könnten jederzeit den Vertrag kündigen, was zu einer höheren Flexibilität führe. Außerdem unterlägen Beitrittsverträge nicht dem Vergaberecht. Kalkulationsschwierigkeiten beim Abschluss eines Beitrittsvertrags könnten daher von vornherein nicht als Verletzung von Bieterrechten im Sinne einer Unzumutbarkeit geltend gemacht werden. Demgegenüber müsse sich die Ag bei Ausschreibungen an der Zumutbarkeit der von ihr zur Verfügung gestellten Daten bzw. der Ausschreibungskonzeption messen lassen.

Die Ag dürfe sich insoweit auch nicht auf die Entscheidungen der ersten Vergabekammer des Bundes und nachfolgend derjenigen des Vergabesenats des OLG Düsseldorf in Bezug auf die Ausschreibung der Ag in Bezug auf [...] zurückziehen. Beide Instanzen hätten sich nicht dezidiert mit der Frage der fehlenden regionallosebezogenen Daten beschäftigt, die Entscheidungen bestätigten daher gerade nicht ausdrücklich die Kalkulationsgrundlagen. Im Übrigen habe es sich bei der damaligen [...] -Ausschreibung der Ag um eine exklusive Vergabe gehandelt, während hier ein Drei-Partner-Modell mit zusätzlichen Risiken vorgesehen sei. Die Konstellationen seien daher, anders als die ASt meine, gerade nicht völlig identisch.

Der von der Ag geforderte Abdeckungswert von 80 % je angebotener 7-Steller sei ebenfalls vergaberechteswidrig. Obwohl die Ag Regionallose gebildet habe, sei der Abdeckungswert auf der Grundlage einer bundesweiten Bedarfsabfrage und somit über alle Regionallose hinweg gebildet worden. Wie bereits ausgeführt, sei die Marktsituation

in den jeweiligen Losen jedoch höchst unterschiedlich. Bei der Wertung der Angebote in Bezug auf das etwaige Verfehlen einer Mindestanforderung drohe u.U. der Ausschluss des Angebots bei Unterschreiten der 80 % - Grenze, obwohl bei regionaler Betrachtung der dortige Bedarf an 10-Stellern vom Bieter gegebenenfalls hätte geliefert werden können. Die Ag dürfe jedoch keine Ausschlussgründe schaffen, die keinen Bezug zum Auftrag – hier für das jeweilige Gebietslos – hätten. Umgekehrt könnten dadurch auch Bieter zum Wettbewerb zugelassen worden sein, die bei genauer ausdifferenzierter Datenlage zu den Gebietslosen den Abdeckungswert gar nicht hätten erreichen können, weil sie die Produkte in den jeweiligen Losen nicht hätten anbieten können.

Zudem habe die Ag unmögliche Anforderungen an die Erfüllung des Abdeckungsgrenzwertes gestellt. Die referenzierten Produkte aus dem Jahr 2014 würden teilweise nicht mehr hergestellt, seien in andere 10-Steller eingegliedert oder ihr Auslaufen für das Jahr 2016 vom Hersteller bereits angekündigt worden. Diese Produkte könnten für die Bieter daher tatsächlich nicht mehr für das Erreichen der 80 %-Grenze herangezogen werden. Tatsächlich fordere die Ag folglich eine höhere als die ausgewiesene 80 % - Grenze. Bieter, die – bei Außerachtlassung der nicht mehr lieferbaren Produkte – eigentlich eine objektiv hinreichende Abdeckung hätten, würden durch diese objektiv unmögliche Forderung ausgeschlossen. Dies verletze den Wettbewerbsgrundsatz. Die Ag dürfe sich auch nicht auf ihre Bestimmungsfreiheit zurückziehen. Denn diese greife nur, soweit die Ag diese aus den tatsächlichen Marktverhältnissen ableiten könne, was bei objektiv unmöglichen Forderungen nicht der Fall sei. Ebenso unerheblich sei, dass die Ag für eine bessere Patientencompliance ihren Versicherten die gewohnten Produkte zur Verfügung stellen möchte, solange einzelne Bieter die Hilfsmittel noch auf Lager hätten. Denn diese „*gewohnten Produkte*“ gebe es nicht mehr. Ihre Aufnahme in das Referenzportfolio für die Leistungserbringung sei mithin willkürlich.

Die Ag setze zudem die streitgegenständliche Ausschreibung lediglich zum Zwecke der Markterkundung ein. Sie habe angekündigt, einen Zuschlag nur dann erteilen zu wollen, wenn der neue Vertrag günstiger als der bestehende Versorgungsvertrag sein werde (Ziffer 10.2 der Bewerbungsbedingungen). Die Vergabeabsicht der Ag sei mithin nur bedingt. Dies stelle einen vergabefremden Zweck dar, weshalb die Ausschreibung nach

ihrer Aufhebung nur unter der Voraussetzung einer unbedingten Vergabeabsicht wiederholt werden dürfe.

Diese Regelung führe zudem zu einer Wettbewerbsverzerrung. Da der geforderte Qualitätsstandard gegenüber dem bestehenden Versorgungsvertrag angehoben, der Angebotspreis indes limitiert worden sei, würden die Bieter faktisch zur Abgabe von Dumpingangeboten gezwungen. Sie könnten weder die tatsächliche Inflation der letzten Jahre noch die gestiegenen Leistungsanforderungen der Ag preislich abbilden. Es sei daher davon auszugehen, dass nur Anbieter, deren Angebote in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stünden, die Ausschreibung gewinnen könnten und dass diese in der Ausführungsphase vertragsbrüchig werden würden.

Die Ag könne der ASt auch nicht erfolgreich die fehlende (Teil-) Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens entgegenhalten. Auch wenn die ASt nunmehr für drei Zuschläge vorgesehen sei, greife sie immer noch die generelle Vergaberechtswidrigkeit des von der Ag verfolgten Ausschreibungsdesigns, die fehlende Festlegung von Kriterien für die Einzelvergabe und die Unzumutbarkeit der Kalkulation an. Gleiches gelte in Bezug auf die von der ASt unterschrittene Preisobergrenze sowie die Rechtswidrigkeit der 80 % - Abdeckungsgrenze. Auch wenn die ASt selbst diese Vorgaben eingehalten habe, habe sie einen Anspruch, ausschließlich vergaberechtskonformen Anforderungen im Wettbewerb ausgesetzt zu werden.

Die ASt beantragt,

1. das Nachprüfungsverfahren aufzuheben und der Ag aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu beschaffen,
2. hilfsweise: der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren auf den Zeitpunkt vor Veröffentlichung im EU-Amtsblatt zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
3. die Vergabeakten beizuziehen und der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten zu gewähren;

4. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der ASt aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 8. Juni 2016 zurückzuweisen;
2. der ASt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.
3. Dem Akteneinsichtsantrag wird nur in dem Rügeumfang stattgegeben.

Die Ag ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis bereits teilweise unzulässig, darüber hinaus unbegründet sei.

In Bezug auf die Regionallose 1, 3 und 4 drohe der ASt kein Schaden, weil sie mit ihrem jeweiligen Angebot eine zuschlagsfähige Position erreicht habe. Ebenso wenig antragsbefugt sei die ASt, soweit sie eine angeblich fehlende unbedingte Vergabeabsicht und die Vorgabe einer Preisobergrenze für den Zuschlag gerügt habe. Die ASt habe Preise unterhalb der bekannt gegebenen Schwelle angeboten und mache geltend, bei noch besserer Kalkulationsgrundlage noch günstiger anbieten zu können, so dass nicht ersichtlich sei, inwiefern sie die Preisobergrenze in ihren Zuschlagschancen beeinträchtigt habe.

Die ASt dringe auch in der Sache nicht mit ihrem Antrag durch.

Das von ihr beanstandete Drei-Partner-Modell habe von der Ag auch unter Berücksichtigung des weiterhin bestehenden freien Versichertenwahlrechts in Bezug auf den Leistungserbringer und die einzusetzenden Produkte gewählt werden dürfen. Diese Sichtweise bestätige der nunmehr vorliegende Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung vom 23. Juni 2016. Darin

seien vom BMG klarstellende Änderungen in §§ 33 Abs. 6, 127 Abs. 1 SGB V vorgesehen, wonach das Mehr-Partner-Modell auch im Bereich von Hilfsmittelausschreibungen bei bestehendem freiem Wahlrecht der Versicherten zulässig sei. Sozialrechtlich bestünden daher keine Zweifel (mehr) an der bereits derzeit gegebenen Zulässigkeit nicht exklusiver Verträge. Aber auch vergaberechtlich gebe es gegen Mehr-Partner-Modelle nichts zu erinnern. Im Einzelnen:

Ein Verstoß gegen § 4 EG Abs. 5 lit. a) VOL/A durch eine freie Versicherten-Wahl im Drei-Partner-Modell sei nicht ersichtlich. Denn die Bedingungen für die Einzelvergabe seien in der Rahmenvereinbarung abschließend festgelegt, so dass es einer weiteren Konkretisierung durch zusätzliche Kriterien nicht bedürftig sei. Es existierten weder in den europarechtlichen Vorgaben noch in deren nationaler Umsetzung Regelungen darüber, nach welchen Kriterien sich die Vergabe von Einzelaufträgen im sozialversicherungsrechtlich geprägten Mehrpartnarsystem auszurichten habe. Zwar sei der öffentliche Auftraggeber nicht vollkommen frei und ungebunden, so dass er Willkür bei der Auswahl der einzelnen Vertragspartner bei der Einzelvergabe walten lassen könnte. Allerdings werde im vorliegenden Fall die spätere Entscheidung über die Inanspruchnahme des Rahmenvertragspartners gerade nicht von der Ag, sondern vom Versicherten selbst getroffen. Diese Entscheidung unterliege keiner vergaberechtlichen Überprüfung; denn diesbezüglich finde schon keine Auswahlentscheidung durch den Auftraggeber statt. Lege eine Krankenkasse die Auswahlentscheidung in die Hände ihrer Versicherten, komme eine Diskriminierung von einzelnen Wirtschaftsteilnehmern durch sie als öffentliche Auftraggeberin von vornherein nicht in Betracht. Diese Sichtweise werde auch durch die aktuelle Entscheidung des EuGH zu den Open-House-Modellen bestätigt. Es wäre widersinnig, dem Vergaberecht entzogene Beitrittsverträge zuzulassen – welche die ASt im Übrigen selbst als milderer Mittel zur Ausschreibung ansehe –, wenn sich die Auswahlentscheidung des Versicherten selbst an vergaberechtlichen Grundsätzen messen lassen müsste. Im Übrigen werde sich auch der Versicherte selbst von sachgerechten Motiven (Qualität der Versorgung, persönliches Befinden, individuelle therapeutische Bedürfnisse, Wohnortnähe) leiten lassen. Die ASt könne nicht verlangen, dass bereits im Vorfeld feststehe, welcher Einzelauftrag welchem Leistungserbringer nach entsprechender Wahl des Versicherten erteilt werden würde. Dies sei etwa bei den etablierten Arzneimittelrabattverträgen hinlänglich anerkannt. Auch dort sei nicht erkennbar, welcher Versicherte welches Arzneimittel erhalte; der Apotheker müsse auch hier das vom Versicherten gewünschte

Medikament abgeben, soweit therapeutisch nichts dagegen spreche; ebenso seien die Umsetzungsquoten in diesem Bereich durch das Ordnungsverhalten der Ärzte und die Verfügbarkeit der Medikamente in der Apotheke schwankend. Dennoch sei das Drei-Partner-Modell bei Arzneimittelrabattverträgen vergaberechtlich zulässig. Soweit sich das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 24. November 2011 (VII-Verg 62/11) umfangreich mit dem Berufsrecht der Apotheker als Regulativ auseinandergesetzt habe, liege dies nur daran, dass der Apotheker „im Lager“ der Krankenkassen stehe und es daher Regelungen bedürfe, die eine Diskriminierung seitens dieses Erfüllungsgehilfen verhinderten. Die Versicherten seien demgegenüber keine Erfüllungsgehilfen der Krankenkassen, so dass es auch keine Vorgaben für die Einzelauftragsvergabe durch sie bedürfe.

§ 4 EG Abs. 5 lit. a) VOL/A enthalte auch keine Verpflichtung der Ag, selbst Auswahlvorgaben für die Einzelaufträge zu machen. Aufgrund der vorliegenden Besonderheiten des Sozialrechts sei dies auch gar nicht möglich. Denn das freie Wahlrecht unter mehreren Leistungserbringern entspreche gerade dem bestehenden System (vgl. § 2 Abs. 3 SGB V). Dieser Versorgungsauftrag der Krankenkassen müsse auch im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren berücksichtigt werden. Soweit die ASt vortrage, dass die Ag vollständig auf eine Ausschreibung zugunsten eines Beitrittsmodells nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V habe verzichten müssen, könne dem nicht gefolgt werden. Die Ag habe unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten eine Auswahl unter den Wirtschaftsteilnehmern durchzuführen, dabei gleichwohl die Vielfalt der Leistungserbringer und das Wahlrecht der Versicherten zu berücksichtigen. In dieser Gemengelage habe sie sich letztlich für das Drei-Partner-Modell entschieden. Dass die Ag theoretisch auch einen exklusiven Rahmenvertrag hätte vergeben können, mache diese Entscheidung nicht vergaberechtswidrig, weil die Ag lediglich die ihr zustehende Bestimmungsfreiheit ausgeübt habe.

Der ASt sei auch eine vernünftige kaufmännische Kalkulation möglich gewesen. Aufgrund der den Bietern zur Verfügung gestellten Daten sei sie – was die zu bezuschlagenden Angebote der ASt auch belegten – in der Lage gewesen, wettbewerbsfähige Pauschalen für die Versorgung zu ermitteln. Im Einzelnen:

Die „Unzumutbarkeit“ einer Kalkulation läge nur dann vor, wenn die Ag typischerweise sie selbst treffende Risiken (z.B. das Verwendungsrisiko) auf die Bieter verlagert hätte.

Einer Rahmenvereinbarung wohne dabei schon aufgrund der Natur der Sache ein Kalkulationsrisiko inne, da das Auftragsvolumen nicht abschließend festgelegt sei. Soweit die ASt aufgrund des freien Versichertenwahlrechts eine unzumutbare Kalkulation anführe, sei dem entgegenzuhalten, dass es sich dabei um ein dem System der Hilfsmittelversorgung immanentes Recht handle, welches die Ag in der Ausschreibung lediglich aufrecht erhalte. Eine unzumutbare Verlagerung von Risiken sei daher schon im Ansatz nicht erkennbar. Gleiches gelte für das freie Produktwahlrecht des Versicherten. Auch hier gingen § 33 Abs. 1 S. 5 SGB V und § 6 Abs. 6 der Hilfsmittelrichtlinie des gemeinsamen Bundesausschusses von dieser Wahlmöglichkeit aus, so dass die Ag in der vorliegenden Ausschreibung nur die bestehende Rechtslage abbilde. Ebenso wenig sei es unzumutbar – so aber die ASt – dass eine Beratung nur auf Wunsch des Versicherten stattfinde. Dies sei marktüblich, der Vortrag der ASt daher schon un schlüssig. Dass ein Auftragnehmer, sollte er das gewünschte Produkt nicht in seinem Portfolio haben oder vereinbarte Liefertermine nicht einhalten können, den Einzelauftrag nicht erhalten bzw. wieder verlieren werde, sei ebenfalls keine kalkulatorische Unzumutbarkeit. Die Bieter selbst hätten den entscheidenden Einfluss auf ihre Sortimentsbreite bzw. Lieferfähigkeit. Die ASt greife sämtlich Vertragsrisiken an, die ohnehin typischerweise von ihr selbst zu tragen seien.

Vollkommen unverständlich sei, weshalb der ASt angeblich die Entscheidung über die Teilnahme an einem Zulassungsverfahren unproblematisch möglich sei, die Teilnahme an der hiesigen Ausschreibung demgegenüber unzumutbar. Würde die Ag für die streitgegenständlichen Leistungen etwa einen Preis vorgeben, der 10 % unterhalb des Preises liege, der vorliegend von der ASt angeboten worden sei, müsste die ASt auch kalkulieren, ob ihr der Beitritt möglich sei. Und dies, obwohl beim Open-House-Modell vollkommen unklar sei, wie viele Marktteilnehmer dem Vertrag beitreten werden. Da ihr die Entscheidung im Drei-Partner-Modell deutlich einfacher fallen sollte, sei der Vortrag der ASt auch in diesem Punkt unplausibel.

Darüber hinaus sei fraglich, ob Beitrittsmodelle nach § 127 Abs. 2, 2a SGBV derzeit überhaupt europarechtskonform möglich seien. Da hiernach zunächst ein (De-facto-) Vertrag mit einem Leistungserbringer geschlossen werden müsste, zu dem die anderen Marktteilnehmer beitreten können sollen, handele es sich gerade nicht um ein transparentes und diskriminierungsfreies Open-House-Modell im Sinne des Vorlagebeschlusses des OLG Düsseldorf und der EuGH-Rechtsprechung. Denn der



neu hinzutretende Bieter habe gerade keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung gehabt, sondern müsse diesen zu den gleichen Bedingungen akzeptieren. Daher habe die Ag die vergaberechtskonforme Variante des § 127 Abs. 1 SGB V gewählt, was die ASt nicht erfolgreich beanstanden könne.

Den Bietern sei auch ein ausreichendes Datengerüst zur Verfügung gestellt worden. Soweit die ASt eine losweise Ausdifferenzierung der 2014 abgegebenen Produkte (10-Steller) verlange, sei dies schon deshalb nicht möglich, weil der Ag keine entsprechenden Daten vorlägen.

Die Ag müsse – worauf die ASt im Ausgangspunkt zutreffend hinweise – für die Angebotserstellung alle verfügbaren Daten zur Verfügung stellen, soweit dies möglich und zumutbar sei. Dies habe die Ag durch die Mitteilung der Anzahl der zu versorgenden Versicherten in den jeweiligen Gebietslosen, der [...], der Zahl der Neuversorgungen, der Anzahl der häuslichen, ambulanten oder stationären Pflegen sowie der abgerechneten Versorgungsmonate je Los und [...] getan. Darüber hinaus habe die Ag in Anlage 03 die prozentuale Verteilung der Stückzahlen der abgegebenen Produkte (10-Steller) bekannt gegeben. Diese Daten resultierten aus einer bundesweiten Erhebung zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Versorgung bei einigen großen Leistungserbringern. Die Ag habe hierfür bundesweit tätige Versorger um Übermittlung der abgegebenen Stückzahlen gebeten. Alle Leistungserbringer hätten daraufhin die abgegebenen Produktangaben übermittelt, die meisten hiervon jedoch ohne Versichertenbezug, so dass eine regionale Zuordnung der Daten nicht möglich gewesen sei.

Eine entsprechende personenbezogene Anforderung bzw. Auswertung, welche eine regionale Zuordnung ermöglichen würde, sei auch rechtlich gar nicht möglich, weil die Ag ansonsten einen Verstoß gegen den Sozialdatenschutz beginge. In § 284 Abs. 1 SGB V sei abschließend geregelt, zu welchem Zweck Sozialdaten erhoben werden dürften. Die Vorbereitung einer (losweisen) Ausschreibung durch die Ag befinde sich nicht darunter. Auch aus der Statistikpflicht des laufenden Versorgungsvertrages ergebe sich keine entsprechende Befugnis, da sich dieser nur auf die Angaben zu den 7-Stellern beziehe, Daten zu den 10-Stellern dürften nicht abgefragt werden. Unerheblich sei daher, dass die ASt nur die anonymisierte Weitergabe an die Bieter

begehre. Da schon die Erhebung und Nutzung der Daten datenschutzrechtlich untersagt sei, komme es auf die anonymisierte Verbreitung der Daten nicht an.

Abgesehen von der rechtlichen Unmöglichkeit der Datenerhebung sei es der Ag auch tatsächlich nicht zuzumuten, die über 4000 versorgten Versicherten zu ermitteln und den Regionallosen zuzuordnen. Diese Daten seien nicht IT-mäßig erfasst, so dass eine Auswertung händisch erfolgen müsste. Darüber verfüge die ASt als marktstarkes Unternehmen über eine weitaus größere Datenbasis als andere Bieter und auch als die Ag selbst.

Letztlich sei das Fehlen regionallosbezogener Daten bei der Ausschreibung der Ag in Bezug auf [...] der ASt selbst schon zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht worden. Weder die Kammer (Beschl. v. 2. April 2014, VK 1 – 14/14) noch der Senat hätten in ihren jeweiligen Entscheidungen die (lediglich) bundesweite Datengrundlage beanstandet, sondern vielmehr die Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Kalkulation ausdrücklich bejaht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. September 2014, VII-Verg 17/14). Die ASt fordere daher eine neue Dimension der Datenerhebung zur Vorbereitung einer Ausschreibung. Angesichts des bei einigen Marktteilnehmern vorhandenen Widerstands schon gegen die Durchführung wettbewerblicher Verfahren im Hilfsmittelbereich an sich sei zu befürchten, dass eine Ermittlung regionallosbezogener Daten ohne entsprechende Rechtsgrundlage in Bezug auf die 10-Steller ebenfalls auf Widerstand stoßen werde. Da im Raum stehe, dass die vorhandenen Marktstrukturen z.T. auf der Grundlage des Straftatbestandes des § 299a StGB (Korruption im Gesundheitswesen) entstanden seien, tendiere die Kooperationsbereitschaft der Marktteilnehmer gegenüber der Ag derzeit gegen Null. In dieser Situation die Ag aufzufordern, „auszuprobieren“ – so die ASt – ohne Rechtsgrundlage Daten in Bezug auf die 10-Steller zu erheben, sei von vornherein zum Scheitern verurteilt.

Die von der ASt monierte Pflicht zur 80 % -igen Abdeckung der 2014 abgefragten Produkte sei ebenfalls vergaberechtskonform. Auch insoweit habe das OLG Düsseldorf im zitierten Beschluss festgestellt, dass die Ag dadurch in zulässiger Weise ihren Beschaffungsbedarf definiert habe. Die Entscheidung werde auch nicht dadurch willkürlich, dass die Ag Regionallose gebildet habe, obwohl sich die Ag nur an einer bundesweiten Nachfragesituation habe orientieren können.

Die Ag habe auch nicht Unmögliches verlangt; weder die ASt noch ein anderer Bieter sei an der 80 % - Hürde gescheitert. Dass einzelne Artikel – so die ASt – aktuell oder künftig nicht mehr hergestellt würden, sei unerheblich. Die Ag habe lediglich die abgegebenen Produkte aus dem Referenzjahr 2014 bekannt gegeben. Es könne zudem sein, dass die Produkte für einzelne Bieter durchaus noch lieferbar seien, so dass der Ausschluss dieser Produkte wiederum diese Marktteilnehmer ohne Grund diskriminieren würde und vergaberechtlich angreifbar wäre. Darüber hinaus wolle die Ag das Versichertenwahlrecht auch in Bezug auf die (noch) lieferbaren Produkte nicht beschränken, um eine verbesserte Patientencompliance zu erreichen.

Die Vorgabe einer Preisobergrenze sei – abgesehen davon, dass die ASt sie ohnehin einhalte und daher keinen Schaden belegen könne – vergaberechtlich zulässig. Die Ag unterliege dem Wirtschaftlichkeitsgebot und reduziere auch bei einem Drei-Partner-Modell die Auswahlmöglichkeiten der Versicherten. Dies lasse sich nur dann ihnen gegenüber rechtfertigen, wenn die derzeitigen Vertragspreise unterschritten würden und somit Einsparungen generiert werden könnten. Die Bekanntgabe diene letztlich der Transparenz zum Schutz der Bieter. Eine bloße Markterkundung könne die ASt der Ag daher nicht vorwerfen. Die ASt werde Zuschläge erteilen.

Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip liege ebenfalls nicht vor; die Angebotsstruktur – wie auch das eigene Angebot der ASt – belegten, dass die Preisgrenze keine Hürde für die Marktteilnehmer gewesen sei. Die ASt könne nicht ernsthaft behaupten, alle Bieter hätten den eigenen Vertragsbruch einkalkuliert. Im Übrigen sei ihr Vortrag insofern widersprüchlich: Einerseits sei danach der (kalkulierte) Vertragsbruch Voraussetzung für das Unterschreiten der Preisobergrenze; andererseits will die ASt bei noch besserer Datenlage ein noch preisgünstigeres Angebot abgeben können, obwohl sie schon die Preisgrenze unterschritten habe.

3. In der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2016 hatten die Beteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Der ASt ist in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt worden. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Da das Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen wurde, ist nach Art. 1, § 186 Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) des am 23. Februar 2016 bekanntgemachten Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (BGBl. I S. 203, 230) nicht nur für das Vergabeverfahren, sondern auch für das sich daran anschließende Nachprüfungsverfahren das Recht anwendbar, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens galt. Anwendbar ist somit das GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 258 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag mit Dienstleistungs- und Lieferelementen bezieht, dessen Auftragswert oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts liegt. Die Vergabekammer des Bundes ist auch gemäß §§ 104 Abs. 1, 106a Abs. 1 Nr. 2 a.F. GWB zuständig, da die Ag als öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 2 a.F. GWB aufgrund der überwiegenden Finanzierung durch den bundesgesetzlich geregelten Gesundheitsfonds dem Bund zuzurechnen sind (vgl. VK Bund, Beschluss vom 16. Juli 2010, VK 1-58/10, m.w.N.).
- b) Die ASt ist auch antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB a.F., soweit sie die Unzumutbarkeit einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Kalkulation beanstandet. Sie hat insbesondere ihr Interesse am Auftrag durch ihre Angebotsabgabe, die Rüge der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße und das Einreichen des Nachprüfungsantrags dokumentiert. Insoweit reicht es aus, dass nach der Darstellung der ASt eine Verletzung eigener Rechte, hier durch die Verhinderung einer aus ihrer Sicht optimalen Kalkulation, denkbar erscheint.

Dass die ASt in drei Regionallosen den Zuschlag erhalten soll, steht der Geltendmachung eines potentiellen Schadens nicht entgegen. Zwar ist grundsätzlich der Zuschlagsempfänger nicht befugt, die Zuschlagserteilung an ihn selbst zu verhindern, weil das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren mit dem in § 107

Abs. 3 GWB a.F. vorgegebenen Schadenserfordernis nur eine Verschlechterung der Zuschlagschancen verhindern soll. Dies ist beim Zuschlagsdestinatär zunächst denklogisch ausgeschlossen. Allerdings ist hier die Besonderheit des Vortrags der ASt in Bezug auf das Ausschreibungsdesign zu berücksichtigen: Die ASt macht vorliegend u.a. geltend, dass das von der Ag vorgesehene Drei-Partner-Modell vergaberechtlich unzulässig ist, weil es den Bietern unzumutbare Kalkulationsrisiken aufbürde. Darüber hinaus habe es die Ag vergaberechtswidrig unterlassen, Kriterien für die Einzelauftragsvergabe aufzustellen. Da die ASt jeweils einen von drei Zuschlägen erhalte, sei nicht geklärt, wie die jeweiligen öffentlichen Aufträge zur Versorgung der [...] unter den drei Rahmenvertragspartnern aufgeteilt werden würden. Durch die aus ihrer Sicht mithin bestehende Intransparenz in Bezug auf die zukünftige Auftragsverteilung kann die ASt gegebenenfalls auch in eigenen Rechten verletzt sein, weil die (beabsichtigte) Zuschlagsentscheidung aus ihrer Sicht – anders als etwa bei einer exklusiven Vertragssituation – nicht zu einer (gesicherten) Auftragsvergabe an sie führen muss.

Gleiches gilt für die Frage, inwieweit der geforderte Abdeckungswert von 80 % vergaberechtskonform ist und ob die gesetzte Preisobergrenze zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt hat oder ob sie eine nur bedingte Vergabeabsicht der Ag belegt. Ob und inwieweit tatsächlich eine Verletzung der ASt in eigenen Rechten durch diese – nach ihrem Vortrag – vergaberechtswidrigen Vergabebedingungen vorliegt, ist im Weiteren eine Frage der Begründetheit (siehe sub 2.).

- c) Rügen wurden von der ASt am 17., 20. und 27. Mai 2016 angebracht.
- d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach den Nichtabhilfemitteilungen der Ag vom 24. Mai 2016 und 1. Juni 2016 eingereicht (§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F.).

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Die Durchführung der streitgegenständlichen Ausschreibung ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden und verletzt die ASt demzufolge auch nicht in ihren Rechten. Den Bietern war eine kaufmännisch ordnungsgemäße Kalkulation möglich (dazu sub a)). Der von den Bietern verlangte Abdeckungswert von 80 % in Bezug auf die zu liefernden Produkte

begegnet ebenfalls keinen durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken (dazu sub b)). Die von der ASt angegriffene Bekanntgabe einer Preisobergrenze für die Zuschlagserteilung belegt weder eine unzulässige Markterkundung bzw. eine nur bedingte Vergabeabsicht der Ag (dazu sub c)) noch liegt in ihrer Mitteilung an die Bieter ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip vor (dazu sub d)).

- a) Soweit die ASt den Vorwurf erhebt, das Ausschreibungsdesign einschließlich der von der Ag überlassenen Daten lasse keine ordnungsgemäße kaufmännische Kalkulation zu und sei daher unzumutbar, dringt sie damit nicht durch. Gegen das von der Ag vorgesehene Drei-Partner-Modell als solches bestehen keine durchgreifenden Bedenken (dazu sub aa)); die den Bietern zur Verfügung gestellte Datengrundlage ist ebenfalls ausreichend für die Kalkulation der Angebotspreise, insbesondere ist eine weitere Differenzierung der in der Vergangenheit abgegebenen Mengen nach den jeweiligen Regionallosen und eine Ermittlungstätigkeit der Ag hierfür nicht erforderlich (dazu sub bb)). Letztlich begründen auch die vertraglichen Regelungen in Bezug auf die von der Ag angekündigte Vergabe „*im Wettbewerb*“ – und damit außerhalb der abzuschließenden Versorgungsverträge durch den Verweis an andere Leistungserbringer – für den Fall fehlender Lieferfähigkeit bzw. bei Verstoß gegen Lieferfristen durch den Auftragnehmer keine Unzumutbarkeit (dazu sub cc)).

Vorausgeschickt lassen sich Regelungen, die vergaberechtlich nach früherem Recht (vgl. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A in der vor dem 20. November 2009 geltenden Fassung) als Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses zu qualifizieren waren, allenfalls unter dem Gesichtspunkt der (Un-)Zumutbarkeit einer für die Bieter kaufmännisch vernünftigen Kalkulation beanstanden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7. November 2012, VII-Verg 24/12 m.w.N.). Generell stellt es keine unzumutbare Risikoverlagerung dar, wenn der Bieter/Auftragnehmer gewisse Preis- und Kalkulationsrisiken tragen soll, die vertragstypischerweise ohnehin ihm obliegen. Darüber hinaus gibt es auch kein gesetzliches Verbot, bestimmte Vertragsrisiken, selbst wenn sie gewichtig sind und etwa nach dem Leitbild des Bürgerlichen Gesetzbuchs - wie das Risiko, die Leistung oder Lieferung überhaupt gebrauchen zu können (Verwendungsrisiko) - prinzipiell vom Auftraggeber zu tragen sind, auf den Auftragnehmer zu verlagern (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14). Ebenso wenig ist es für Bieter unzumutbar, ein solches Risiko zu übernehmen (so BGH, Urt. v. 27. Juni 1996, VII ZR 59/95, Kammerschleuse).

Denkbar sind daher durchaus lediglich einseitig verpflichtende Verträge, die keinerlei Abnahmepflicht des Auftraggebers, sondern lediglich eine Dienstleistungs- oder Lieferverpflichtung des Auftragnehmers vorsehen (zu dieser schuldrechtlichen Perspektive: BGH, Urteil vom 18. Januar 1989 - VIII ZR 311/87 m.w.N.). In vergaberechtlicher Hinsicht ist dies gerade auch in Bezug auf Rahmenvereinbarungen anerkannt worden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14 m.w.N.; BayObLG, Beschl. v. 17. Februar 2005, Verg 27/04; 3. VK Bund, Beschl. v. 28. Januar 2005, VK 3-221/04).

Zwar kann im Einzelfall eine Verlagerung vertragstypischer Risiken dennoch vergaberechtswidrig sein. Allerdings erhöht sich bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen die Zumutbarkeitsschwelle zu Lasten der Bieter. Denn auf Rahmenvereinbarungen ausgerichtete Angebote wohnen – schon in der Natur der Sache liegend aufgrund des in der Regel ungeklärten und nicht abschließend klärbaren zukünftigen Auftragsvolumens – erhebliche Kalkulationsrisiken inne, die typischerweise vom Bieter zu tragen sind. Bei Rahmenvereinbarungen gelten daher die Gebote der Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung auch nur eingeschränkt. Nach § 4 EG Abs. 1 VOL/A ist der in Aussicht genommene Auftragsumfang lediglich „so genau wie möglich zu ermitteln“ (und bekannt zu geben), er braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. März 2012, VII-Verg 90/11).

Angesichts dieser Grundsätze ist bei einer Gesamtschau der vorliegenden Umstände keine Unzumutbarkeit der Kalkulation für die Bieter im Rahmen der streitgegenständlichen Ausschreibung festzustellen. Im Einzelnen:

- aa) Das von der Ag vorgesehene Drei-Partner-Modell verstößt nicht gegen § 8 EG Abs. 1 VOL/A. Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung ist nicht allein deshalb als unzumutbar zu disqualifizieren, weil sie als Rahmenvereinbarung mit mehreren Vertragspartnern (Drei-Partner-Modell) von der Ag ausgestaltet worden ist. Aus vergaberechtlichen Gründen war die Ag nicht verpflichtet, die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen je Los mit nur einem Unternehmen abzuschließen.

Das Drei-Partner-Modell als solches ist – gerade in Bezug auf (auch) sozialrechtlich determinierte Vergabeverfahren – von der obergerichtlichen Rechtsprechung als zulässiges Instrumentarium anerkannt worden (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 3. September 2009, L 21 KR 51/09 SFB, Amitriptylin u.a.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. November 2011, VII-Verg 62/11, Anastrozol). Das Vergaberecht, insbesondere § 4 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A, gibt in Bezug auf die Anzahl der Rahmenvertragspartner nämlich keine Regelungen vor. Vielmehr liegt es im von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbaren Bestimmungsrecht eines öffentlichen Auftraggebers, der einen Rahmenvertrag ausschreibt, ob er seinen Bedarf im Ein- oder Mehrpartnermodell deckt (1. VK Bund, Beschl. v. 19. Januar 2015, VK 1 – 114/14, bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10. Juni 2015, VII-Verg 4/15). Diese Grenzen ihres Bestimmungsrechts hat die Ag vorliegend nicht überschritten. Die Ag hat insofern vorgetragen, dass sie ihren Versicherten eine Vielfalt von Leistungserbringern als potentielle Vertragspartner zur Verfügung stellen wollte und daher – auch im Sinne von § 2 Abs. 3 S. 1 SGB V – von einer exklusiven Vergabe abgesehen habe. Gegen diesen im Interesse der Patienten liegenden und damit auftrags- und sachbezogenen Grund ist nichts zu erinnern.

(1) Die grundsätzliche Vergaberechtskonformität des Drei-Partner-Modells wird auch nicht dadurch beseitigt, dass die Ag ihren Versicherten vorliegend ein freies Wahlrecht unter den drei Rahmenvertragspartnern und ein freies Produktwahlrecht unter den Hilfsmitteln zugesteht. Entgegen der Auffassung der ASt liegt hierin kein Verstoß gegen § 4 EG Abs. 5 lit. a) VOL/A oder gegen die allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien der Transparenz und des Diskriminierungsverbotes. Auch europäisches Richtlinienrecht wird hierdurch nicht tangiert. Für Rahmenverträge, die mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossen werden, gelten die Regelungen des Art. 32 Abs. 4 UA 2, 1. Spiegelstrich RL 2004/18/EG bzw. Art 33 Abs. 4 lit a) RL 2014/24/EU, wonach die Vergabe von Einzelaufträgen nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb erfolgt. Die Auswahl der Wirtschaftsteilnehmer für die Ausführung eines einzelnen Auftrages ist nicht ausdrücklich in den Richtlinien geregelt. Auch die Vorschrift des § 4 Abs. 5 VOL/A-EG enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber, nach welchen Kriterien sich die Vergabe der Einzelaufträge richtet.



Für die Verteilung der Versorgungsaufträge existiert sozialversicherungsrechtlich betrachtet in § 33 Abs. 6 SGB V eine gesetzliche Regelung. Danach können die Versicherten alle Leistungserbringer in Anspruch nehmen, die Vertragspartner ihrer Krankenkasse sind; die Versorgung erfolgt in diesem Fall durch einen Vertragspartner, den der Versicherte aus den ihm zuvor von der Krankenkasse benannten Vertragspartnern ausgewählt hat. Der Versicherte hat somit ein gesetzlich geregeltes Wahlrecht, das sich auf die Vertragspartner der Ag beschränkt. Von diesem gesetzlichen Leitbild durfte die Ag ausgehen und ein Wahlrecht unter den drei Rahmenvertragspartnern vorsehen (so schon 1. VK Bund, Beschl. v. 14. September 2007, VK 1 – 101/07).

Die Ag war auch nicht vergaberechtlich verpflichtet, in diese sozialrechtlich bestehende Wahlfreiheit durch das Aufstellen eigener Verteilungsregeln unter den Auftragnehmern einzugreifen. Denn durch das Wahlrecht des Versicherten wird auch sichergestellt, dass die Ag die Beauftragung aus dem Rahmenvertrag nicht einseitig zugunsten eines Vertragspartners und somit zuungunsten der anderen beeinflussen kann, was letztlich – unbeschadet etwaig bestehender Wettbewerbsvorteile einzelner Leistungserbringer – jedenfalls statistisch betrachtet eine relativ gleichmäßige Verteilung der Aufträge auf die Vertragspartner gewährleistet.

Soweit sich die ASt darauf beruft, dass bei den mit der pharmazeutischen Industrie geschlossenen Rahmenrabattverträgen das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 24. November 2011, VII-Verg 62/11) die Auswahlfreiheit des Apothekers unter den Vertragspartnern durch Vorgaben beschränkt sieht, ist auch dieser Vergleich unbehelflich. Der auf der Grundlage des § 129 Abs. 2 SGB V beruhende Rahmenvertrag vom 1. Februar 2011, welcher die Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln regelt, für die ein Rabattvertrag besteht, bedingt nicht, dass auch vorliegend Vorgaben für die Auswahl seitens der Versicherten gemacht werden müssten. Denn § 4 Abs. 2 dieses Rahmenvertrages sieht letztlich ebenfalls nur vor, dass der Apotheker unter mehreren rabattierten Arzneimitteln frei wählen kann, sofern das Arzneimittel bei ihm verfügbar ist. Dieses allenfalls noch durch berufsrechtliche Vorgaben beschränkte Wahlrecht

hat der Apotheker nach den Ausführungen des OLG Düsseldorf „*sachbezogen auszuüben*“, wofür in erster Linie in der Person des Versicherten liegende Umstände wie Patientencompliance, die Verträglichkeit mit Blick auf Nebenwirkungen bei gleichem Wirkstoff, die eigene Einschätzung bezüglich der therapeutischen Wirksamkeit sowie weitere von dem Befinden des Versicherten abhängende Gesichtspunkte heranzuziehen seien.

Dies unterscheidet sich von der hier zu beurteilenden Situation nur dadurch, dass hier eine weitere Person (Apotheker) dazwischengeschaltet wird, die die in der Person des Versicherten liegende Umstände beurteilt. Vorliegen wird der Versicherte selbst die Auswahlentscheidung treffen, was unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten für die von der Auswahlentscheidungen betroffenen Marktteilnehmer im Zeitpunkt ihrer Kalkulation keinen Unterschied macht. Im Gegenteil unterliegt die pharmazeutische Industrie mit dem Ordnungsverhalten des verordnenden Arztes einer zusätzlichen Unwägbarkeit, welches zu einer mehr oder weniger hohen Umsetzungsquote des Rabattvertrages führt. Trotz dieser zusätzlichen Unsicherheit sind Rahmenrabattverträge in Drei-Partner-Modell vergaberechtlich seit langem anerkannt.

Hinzu kommt, dass sich diese Auswahl-situation durch den Versicherten bei den Hilfsmittellieferungen bzw. –dienstleistungen nicht von der derzeit bestehenden Vertragslage nach § 127 Abs. 2a SGB V unterscheidet. Auch hier trifft derzeit der Versicherte eine freie Entscheidung unter den Vertragspartnern der Ag, so dass die Reduktion auf zukünftig nur drei Rahmenvertragspartner die Sicherheit des Absatzes eher erhöhen dürfte. Auch insofern macht die Ausschreibung die Situation für den Vertragspartner der Ag gerade nicht unzumutbarer.

Diese Sichtweise spiegelt im Übrigen auch der von der Ag eingereichte Referentenentwurf zum Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz vom 23. Juni 2016 (Anlage Ag 8) wider. Gemäß A II.7 der Begründung soll im SGB V klargelegt werden, dass „*Krankenkassen mehreren Leistungserbringern den Zuschlag erteilen [können] (...), zwischen denen sie den Versicherten ein freies Wahlrecht einräumen.*“ Hierfür soll ein neuer § 127 Abs. 1 S. 3 SGB V geschaffen werden, der diese Klarstellung zum Ausdruck bringt. Der

Sozialgesetzgeber selbst geht offenbar schon jetzt von der gegebenen Zulässigkeit der Kombination des Drei-Partner-Modells mit einem freien Versichertenwahlrecht aus. Dies deckt sich – wie oben ausgeführt – mit der vergaberechtlichen Sichtweise.

(2) Die oben unter (1) bezüglich der Auswahl unter den Rahmenvertragspartnern angestellten Überlegungen gelten in gleicher Weise für das freie Produktwahlrecht der Patienten. Dieses ist ebenfalls kein Hinderungsgrund für eine zumutbare Kalkulation des Angebotspreises durch die Bieter. Auch dieses Recht entspricht der geltenden Sozialrechtslage (vgl. § 33 Abs. 1 SGB V und § 6 Abs. 6 der Hilfsmittelrichtlinie des gemeinsamen Bundesausschusses). Im Übrigen hat es die ASt im Hinblick auf das Produktwahlrecht des Versicherten als Handelsunternehmen selbst in der Hand, durch eine entsprechend große Sortimentsbreite die Wahl der Versicherten in ihre Richtung zu lenken, indem sie (im Idealfall) sämtliche nachgefragten Produkte bedient und so die Wahl eines anderen Rahmenvertragspartners allein aufgrund eigener Lieferunfähigkeit vermeidet. Dies betrifft im Kern die Frage, wie sich ein Unternehmen selbst im Markt aufstellt und stellt daher keine Überbürdung vertragstypischerweise von der Ag zu tragender Risiken dar. Hinzu kommt, dass die ASt im Rahmen der Beratung des [...] jedenfalls in Bezug auf die Neuversorgungsfälle steuernd eingreifen und den Bedarf in eine für sie genehme Richtung lenken kann.

(3) Ebenso wenig war die Ag gehalten, vom wettbewerblichen Verfahren abzusehen und das von der ASt als „milderes Mittel“ gegenüber dem Drei-Partner-Modell angesehene Beitrittsmodell nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V zu wählen. Die Ag ist schon als öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 98 Nr. GWB a.F. verpflichtet, öffentliche Aufträge (§ 99 GWB a.F.) im Wettbewerb zu vergeben (§ 97 Abs. 1 GWB a.F.). Dabei ist vorrangig ein offenes Verfahren (§ 101 Abs. 2 GWB a.F.; § 3 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A) durchzuführen, wenn kein begründeter Ausnahmefall vorliegt. Dies gilt auch für die streitgegenständlichen Leistungen, vgl. § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V. Gleiches folgt aus dem europäischen Richtlinienrecht (RL 2004/18/EG und 2014/24/EU). Die Ag war demzufolge vergaberechtlich nicht gehalten, auf das bekannt gemachte offene Verfahren zu verzichten und stattdessen einen Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V mit der ASt

bzw. anderen Hilfsmittelleistungserbringern abzuschließen und (in der Folge) Beitritte hierzu nach § 127 Abs. 2a SGB V zu ermöglichen. Die Wahl des offenen Verfahrens und damit einer Ausschreibung i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 SGB V zur Deckung ihres Beschaffungsbedarfs ist daher schon im Ansatz nicht zu beanstanden (2. VK Bund, Beschl. v. 21. Juni 2016, VK 2 – 45/16).

Die diesbezügliche Argumentation der ASt ist darüber hinaus auch widersprüchlich. Denn in der Sache vermag – bei rechtskonformer Anwendung – das Beitrittsmodell die Unsicherheit der Leistungserbringer, wie viele Abrufe auf sie bei der Leistungsdurchführung entfallen werden, gerade nicht zu verringern. Denn auch in diesem Modell können keine Versorgungsfälle garantiert werden, da das freie Versichertenwahlrecht auch hier besteht – was von der ASt bei diesem Modell auch akzeptiert wird. Die Leistungserbringer haben zudem ein jederzeitiges Beitrittsrecht, so dass vollkommen unklar ist, auf wie viele Marktteilnehmer sich die Versorgungsfälle verteilen werden. Daher stellt – unbeschadet der von der Ag geäußerten vergaberechtlichen Bedenken in Bezug auf die auch in diesem Modell zu gewährende Transparenz und Gleichbehandlung – unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten ein Beitrittsmodell gerade keine Verbesserung der Situation der Leistungserbringer dar. Dem kann die ASt auch nicht erfolgreich entgegenhalten, dass das Beitrittsmodell diese zusätzliche Unsicherheit hinsichtlich des Wettbewerbers durch eine höhere Flexibilität in Bezug auf den Zeitpunkt des Ein- bzw. Austritts bzw. die Vertragsinhalte und Preise kompensiert. Ersteres ist für die Frage, wie viele Aufträge auf den jeweiligen Leistungserbringer entfallen, unmaßgeblich. Letzteres ist schon deshalb nicht der Fall, weil § 127 Abs. 2a SGB V einen Beitritt zu den Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V nur „zu den gleichen Bedingungen“ erlaubt. Verhandlungen über Inhalte oder Preise sind gerade nicht erlaubt. Weshalb es im Übrigen – so die ASt – unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten leichter sein soll, vorgegebene Preise der Ag zu akzeptieren (oder auch abzulehnen) als eigene Preise im vorliegenden Modell kalkulieren zu können, erschließt sich nicht. Auch bei einem vorgegebenen Preis muss der Leistungserbringer überprüfen, ob dieser Preis für ihn tragbar ist und mithin, ob seine Kosten angesichts des (zu erwartenden) Auftragsvolumens gedeckt sind oder nicht und er gegebenenfalls Gewinn erwirtschaften oder Verlust einfahren wird. Dass für die Beitrittsentscheidung

nach dem Vortrag der ASt „*keine echte Angebotskalkulation*“ vorzunehmen ist, erscheint daher unplausibel, denn auch die ASt erkennt die „*Prüfung der im Beitrittsvertrag vereinbarten Preise auf ihre Tragbarkeit hin*“ als notwendig an. Dies ist faktisch nichts anderes als eine Preiskalkulation.

Ebenso wenig verfängt das Argument der ASt, der Beitrittsvertrag sei deswegen zumutbarer als das Drei-Partner-Modell, weil der Nichtbeitritt zum Vertrag keine dauerhaften Nachteile beinhalte, da dies nicht den dauerhaften Ausschluss von der Leistungserbringung nach sich ziehe. Da unternehmerisches Ziel der Erhalt von Aufträgen sein sollte, ist ein Argument untauglich, das einen vermeintlichen Vorteil aus dem bloßen Unterlassen der Leistungserbringung ableitet. Im Übrigen ist der (temporäre) Ausschluss von der Leistungserbringung die regelmäßige Konsequenz eines wettbewerblich geführten Vergabeverfahrens. Diese wirtschaftliche Folge ist daher per se untauglich, einem im wettbewerblichen Vergabeverfahren abgeschlossenen Vertrag nach § 127 Abs. 1 SGB V im Sinne einer angeblichen Unzumutbarkeit entgegengehalten zu werden.

Letztlich kann die ASt auch nichts für ihre Sache daraus ableiten, dass – so ihre Argumentation – für das Beitrittsmodell mangels Auswahlentscheidung Vergaberecht gerade nicht anwendbar sei, so dass sich Zumutbarkeitsfragen ausschließlich bei Verträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V, nicht jedoch bei dessen Abs. 2, 2a stellen. Zum einen sagt dieses rein juristische Argument nichts über die tatsächliche Möglichkeit einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Kalkulation in dem einen oder dem anderen Modell aus; zum anderen bewegt sich auch das Beitrittsmodell nicht im rechtsfreien Raum. Schon aus den primärrechtlich zu gewährenden Grundfreiheiten des AEUV wäre es einem Auftraggeber verwehrt, Unzumutbares von seinen Vertragspartnern zu fordern. Dies würde jedenfalls in ein intransparentes, gegebenenfalls auch gleichheitswidriges Verfahren münden, welches auch außerhalb des Vergaberechts angreifbar wäre. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, weshalb ein System mit geringeren Regularien für den Auftraggeber per se zumutbarer für die Bieter sein sollte.

- bb) Die den Bietern zur Verfügung gestellten Daten lassen eine ordnungsgemäße Kalkulation der Angebotspreise zu. Ohne Erfolg will die ASt die Ag zu einer (bislang unterbliebenen) umfassenden Bedarfsabfrage bei den bisherigen Leistungserbringern in Bezug auf die in 2014 abgegebenen Hilfsmittel (10-Steller) in den jeweiligen Regionallosen verpflichtet wissen.

Im Ausgangspunkt ist der ASt beizupflichten, dass der Wettbewerb angesichts der von der Ag vorgenommenen Aufteilung in Gebietslose im jeweiligen Los stattfindet. Der prognostisch auftretende Bedarf wird daher ein Regionallosbezogener sein. Insofern ist grundsätzlich – soweit möglich – das Ausmaß dieses Bedarfs den potentiellen Leistungserbringern mitzuteilen. Allerdings ist der dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vorbereitung von Ausschreibungen zumutbare Aufwand mit Rücksicht auf den vergaberechtlich bezweckten, möglichst raschen Abschluss des Vergabeverfahrens, aber auch wegen der dem öffentlichen Auftraggeber in nicht unbegrenztem Umfang zur Verfügung stehenden Ressourcen, zu beschränken (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14, Virensoftware; Beschl. v. 2. Dezember 2009, VII-Verg 39/09, Stadtschloss Berlin m.w.N.; Beschl. v. 9. November 2011, VII-Verg 35/11). Die Ag hat den Bietern die ihr in diesem Sinne zur Verfügung stehenden Daten mitgeteilt:

Die Ag hat in den Vergabeunterlagen genau beschrieben, welche konkreten Produktarten (sog. 7-Steller) Gegenstand des abzuschließenden Rahmenvertrags sein sollen und – soweit dies zur sog. Mindestabdeckung von 80% erforderlich ist – darüber hinaus, welche konkreten Produkte (sog. 10-Steller) die potentiellen Bieter zum Gegenstand ihrer Angebote machen sollten. Zudem enthielten die Vergabeunterlagen eine Reihe von Angaben, die die voraussichtliche Vertragsmenge abschätzen lassen. So enthielten sie Angaben zu der konkreten Anzahl der zu versorgenden Versicherten der Ag. Den dort enthaltenen tabellarischen Auflistungen konnten die potentiellen Bieter entnehmen, wie viele der Versicherten der Ag im Referenzzeitraum 2014 in den beschriebenen 16 Regionallosen mit den jeweils konkret bezeichneten 7-Stellern versorgt worden waren. Auch zu den durchschnittlichen monatlichen Verbrauchszahlen jedes konkreten 7-Stellers pro Patient fanden sich in den Vergabeunterlagen Angaben (siehe Anlage 15). Zudem konnten die Bieter der

Anlage 03 entnehmen, wie sich der bundesweite Bedarf der Versicherten auf die konkreten Produkte (10-Steller) im Referenzjahr 2014 verteilte.

Die Ag war darüber hinaus nicht gehalten, eine Ermittlung der von der ASt für erforderlich gehaltenen 10-Steller-Absatzzahlen für jedes Gebietslos bei ihren derzeitigen Vertragspartnern vorzunehmen. Die Ag selbst verfügt nicht über diese Daten, weil sie nur Versorgungspauschalen mit den Leistungserbringern vereinbart hat, so dass nur diese wissen, wie viele Hilfsmittel und auch welche Produkte (10-Steller) von ihnen in der Vergangenheit abgegeben worden waren. Aus dem Umstand, dass die Ag im 1. Quartal 2015 zur Evaluierung der Wirtschaftlichkeit der bestehenden Verträge auch die 10-Steller abgefragt und teilweise eine Rückmeldung mit Versichertenbezug (namentlich von der ASt) erhalten hatte, lässt sich nicht ableiten, dass die Ag verpflichtet gewesen wäre, darüber hinaus detaillierte Daten abzufragen. Die Ag hat nach dem von der ASt selbst vorgelegten § 13 des zwischen der Ag und den Leistungserbringern geschlossenen Versorgungsvertrages nach § 127 Abs. 2a SGB V (Anlage AS 10) auch nur einen Anspruch auf Übermittlung der Liefermenge in Bezug auf die jeweilige 7-stellige Hilfsmittelpositionsnummer. Eine Statistikpflicht in Bezug auf die in Rede stehenden 10-Steller existiert demgegenüber nicht. Eine Verpflichtung der Ag, wie sie die ASt sieht, über diese vertraglich vereinbarten Rechtspositionen hinaus „auszuprobieren“, ob die Leistungserbringer zu einer Lieferung eines Mehr bzw. eines Aliuds an Daten, nämlich auch die Postleitzahlen der Versicherten mit [...]Bedarf, bereit wären, vermag die Kammer nicht zu erkennen. Wie die ASt selbst ausführt, ist die Ag gehalten, tatsächlich bestehende Möglichkeiten der Datenaquise zu nutzen, nicht hingegen, den rechtlichen Rahmen zu überdehnen, in der Hoffnung, dass trotz fehlender vertraglicher Grundlage die Leistungserbringer die von der ASt begehrten Daten liefern werden. Erst die in dem Mustervertrag der streitgegenständlichen Ausschreibung – welche die erste dieser Art bei der Ag ist – vorgesehene Statistikpflicht (vgl. § 10), die im letzten Spiegelstrich auch eine Pflicht zur Auflistung der abgegebenen 10-stelligen Hilfsmittelpositionen enthält, wird die Ag für zukünftige Ausschreibungen in die Lage versetzen, regionallosebezogene Daten zu liefern.

In der insoweit vollkommen identisch ausgestalteten Ausschreibung der Ag in Bezug auf [...] ist diese Sichtweise auch vom OLG Düsseldorf (Beschl. v. 24. September 2014, VII-Verg 17/14) und zuvor von der 1. VK Bund (Beschl. v. 2. April 2014, VK 1 – 14/14) bestätigt worden. Die hiesige ASt hatte auch diese Ausschreibung unter dem Gesichtspunkt einer unzumutbaren Kalkulation aufgrund fehlender regionallosbezogener Daten angegriffen (dortiger Nachprüfungsantrag vom 12. Februar 2014, S. 24ff., Gliederungspunkt Nr. 3.5 (a) (vii) ). Die 1. VK Bund hatte in Kenntnis der dortigen Anlage 03, welche analog zur streitgegenständlichen Anlage 03 ebenfalls bundesweite Bedarfszahlen in Bezug auf die abgegebenen Hilfsmittel (10-Steller) ausgewiesen hatte, festgestellt, dass die den Bietern zur Verfügung gestellten Referenzmengen (dort aus dem Referenzjahr 2012) eine ausreichende Grundlage für die Angebotskalkulation bieten (Beschlussumdruck S. 28). Der Vergabesenat hat in seiner Beschwerdeentscheidung die Ausführungen der angefochtenen Kammerentscheidung ausdrücklich bestätigt (OLG Düsseldorf, ebd. Rn. 61 – zit. n. juris) und trotz des lediglich prognostisch abgebildeten Bedarfs in den zur Verfügung gestellten Daten ebenfalls die Bildung eines kalkulatorischen Gesamtpreises als zumutbar für die Bieter angesehen und gerade keine Ermittlungspflicht der Ag angenommen. Dagegen ist nichts zu erinnern; der vorliegende Sachverhalt ist identisch gelagert.

Ob die von der Ag angeführten sozialdatenschutzrechtlichen Bedenken berechtigt sind oder – wofür Einiges spricht – durch Anonymisierungen ausgeräumt werden könnten, ist nicht angesichts dieses Befundes nicht mehr entscheidungserheblich.

Daraus, dass – wie die ASt moniert – nicht feststeht, welche Versicherten eine Beratung in Anspruch nehmen und welche nicht, lässt sich ebenfalls keine Unzumutbarkeit der Kalkulation ableiten. Dies ist der Grundgedanke einer Rahmenvereinbarung ohne abschließend geklärtem und festgelegtem (hier. Dienstleistungs-) Auftragsvolumen.

- dd) Eine Unzumutbarkeit der Kalkulation lässt sich auch nicht aus den von der ASt angegriffenen vertraglichen Regelungen ableiten. Soweit die ASt moniert, dass die Ag im Fall der Verordnung eines Produkts, welches der Auftragnehmer nicht



verbindlich angeboten hat, ebenso wie bei Verfehlung von Lieferterminen den Einzelauftrag „im freien Wettbewerb“ vergeben oder dem Versicherten ein Wahlrecht einräumen will, werden keine vertragsuntypischen Risiken auf die Bieter verlagert (§ 5 Abs. 3 des Mustervertrages und 2.7.2 der Leistungsbeschreibung).

Kann ein Auftragnehmer die Leistung nicht erbringen, weil das zu liefernde Produkt schon nicht Teil seiner übernommenen Vertragspflichten war, hat er von vornherein keinen Leistungserfüllungsanspruch, so dass die Vergabe an einen Dritten nicht seine Rechte berühren kann. Gleiches gilt für den Fall, dass er nicht mehr leistungsfähig ist und mit seiner Lieferpflicht in Verzug gerät. Eine mangelnde Leistungsfähigkeit betrifft regelmäßig die Risikosphäre des Leistungserbringers, so dass eine Sanktion im Fall des Leistungsverzugs – hier durch die „Ersatzvornahme“ seitens eines Dritten – keine ungewöhnliche Risikoaufbürdung zu seinen Lasten darstellt.

Anzumerken ist noch, dass die Ag in der Antwort auf Bieterfrage 31 zunächst mitgeteilt hat, dass eine Vergabe „im freien Wettbewerb“ Notfällen vorbehalten ist. In der Antwort auf die Bieterfrage 88 stellt die Ag weiterhin klar, dass lediglich zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass in den dort benannten Fällen ein Versorgungsrecht des Leistungserbringers, der das nachgefragte Produkt nicht im Portfolio hat, nicht besteht und dass die Ag daher den Versicherten an die übrigen Rahmenvertragspartner verweisen wird. Auch insoweit die ASt in den vertraglichen Regelungen daher eine Ankündigung von De-facto-Verträgen zugunsten Dritter erkannt haben will, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Weitergabe von Aufträgen wird nach dem erklärten Willen der Ag im bestehenden Drei-Partner-Modell erfolgen. Von dieser Aussage konnten (und mussten) die Bieter bei ihrer Kalkulation ausgehen.

- b) Auch soweit die Ag vorliegend von den Bietern gemäß Ziffer I.11.2 der Vergabeunterlagen i.V.m. Anlage 03 verlangt, dass sie je Produktkategorie (7-Steller) mindestens (insoweit aber auch ausreichend) 80% der nach Einzelprodukten (10-Steller) aufgelisteten Nachfrage aus dem Referenzzeitraum 2014 abdecken müssen, ist die ASt nicht in ihren Rechten verletzt.

- aa) In der Sache stellt sich die Forderung nach einer 80 % –igen Mindestabdeckung der konkret benannten Hilfsmittel (10-Steller) als Leistungsversprechen dar, welche Produkte im Versorgungsfall vom späteren Auftragnehmer lieferbar sein werden. Dieses Modell des Mindestabdeckungsversprechens ist als vergaberechtskonforme Umsetzung der der Ag zustehenden Bestimmungsfreiheit bei der Definition ihres Beschaffungsbedarfs anerkannt und sachgerecht, damit der Rahmenvertrag in seiner praktischen Umsetzung nicht ins Leere läuft (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. September 2014, VII-Verg 17/14; vorhergehend: 1. VK Bund, Beschl. v. 2. April 2014, VK 1 – 14/14). Soweit die ASt in diesem Punkt erneut auf die fehlende Differenzierung der Produktabgaben in den jeweiligen Regionallosen rekurriert, wird auf die obigen Ausführungen unter a) bb) verwiesen.
- bb) Der ordnungsgemäßen Ausübung der Bestimmungsfreiheit steht auch nicht entgegen, dass – so die ASt – einige der aufgezählten 10-Steller schon jetzt oder jedenfalls im Laufe dieses Jahres nicht mehr produziert werden bzw. in anderen 10-Steller-Positionen aufgegangen seien. Zum einen ist schon fraglich, ob dadurch tatsächlich die von der ASt vorgebrachte objektive Unmöglichkeit der Anforderungen besteht. Da vorliegend der Wettbewerb zwischen Handelsunternehmen stattfindet, ist der Vortrag der Ag, man habe bei Unternehmen eventuell bestehende Lagerbestände mitberücksichtigen wollen, nicht als sachwidrige Definition des Auftragsgegenstandes zu qualifizieren. Dass sie ihren Versicherten eine möglichst große Auswahl unter (noch) vorhandenen Hilfsmittel ermöglichen möchte, um anderenfalls notwendige Umstellungen zu vermeiden, ist im Sinne der Patientencompliance nicht zu beanstanden. Es besteht in der Sache auch keine Verpflichtung des einzelnen Bieters, diese ggf. auslaufenden Produkte zwingend anbieten zu müssen.

Ein Produktionsstopp bzw. eine auslaufende Herstellung ist zum anderen auch deshalb nicht von ausschlaggebender Bedeutung, als den Bietern lediglich die tatsächliche Abgabeverteilung aus dem Referenzjahr 2014 mitgeteilt werden sollte. Anlage 03 bringt daher einen vergangenheitsbezogenen Bedarf zum Ausdruck, der auch im Hinblick auf den Leistungsgegenstand durchaus Veränderungen unterworfen sein kann, auf den ein Auftraggeber ebenso wie auf das Ordnungsverhalten der Ärzte keinen Einfluss hat (so auch OLG

Düsseldorf, Beschl. v. 24. September 2014, VII-Verg 17/14). Für die von den Bietern zu treffende prognostische Entscheidung, ob sie ihr Leistungsversprechen abgeben können oder nicht, ist diese Datengrundlage jedoch ausreichend. Hätte die Ag die nicht mehr hergestellten bzw. demnächst auslaufenden Hilfsmittel bereits für die streitgegenständliche Ausschreibung nicht mehr berücksichtigt, hätte dies im Übrigen zu einer prozentualen Überrepräsentanz der verbleibenden Hilfsmittel bzw. zu Lücken geführt, was vergaberechtlich eher bedenklich gewesen wäre.

- cc) Jedenfalls ist nichts dafür ersichtlich, dass der ASt durch die Anforderungen nach einer Mindestabdeckung bei den nachgefragten Produkten ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Da sie mit ihrem Angebot das von der Ag eingeforderte Leistungsversprechen hat abgeben können und somit nicht von den Vorgaben der Ag abgewichen ist, hat sie auch keinen Ausschluss zu befürchten und ist im Gegenteil für drei Zuschläge vorgesehen.

Soweit die ASt vorträgt, dass u.U. erst durch die Aufnahme nicht mehr lieferbarer Produkte und damit „unmöglicher“ Anforderungen Marktteilnehmer die Gelegenheit erhalten hätten, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, ist ebenfalls kein Schaden der ASt belegt. Eine Bevorzugung anderer Bieter scheidet schon deswegen aus, weil sich die streitgegenständliche Ausschreibung an die Handels- und Dienstleistungs-, nicht jedoch an die Herstellerebene wendet. Die Bieter müssen daher nicht eigene Produkte anbieten, sondern lediglich die Lieferung in einer gewissen Sortimentsbreite versprechen. Da die Produkte der Hersteller der Handelsseite unbeschränkt zugänglich sind, ist die Annahme der ASt, dass – sollten einzelne Hilfsmittel aus der Anlage 03 herausfallen – Handelsunternehmen die 80%-Grenze nicht durch das Leistungsversprechen in Bezug auf die übrigen Produkte würden einhalten können, rein spekulativ.

- c) Eine fehlende unbedingte Vergabeabsicht kann der Ag ebenfalls nicht vorgeworfen werden. Eine unzulässige Markterkundung i.S.d. § 2 EG Abs. 3 VOL/A liegt nicht vor.

Allein aus dem Umstand, dass die Ag den Bietern in transparenter Weise eine Preisobergrenze mitgeteilt hatte (Ziffer 10.2 der Bewerbungsbedingungen), ab deren

Überschreiten kein Zuschlag im hiesigen Vergabeverfahren erteilt werden würde, kann nicht geschlussfolgert werden, dass die Ag lediglich die aktuelle Marktlage habe erforschen wollen. Das Instrument einer Kostenobergrenze ist – auch als K.o.-Kriterium – vergaberechtlich anerkannt (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 4. Februar 2014, 1 Verg 7/13; *Wiedemann* in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 3. Aufl. § 16 Rn. 288, VK Lüneburg, Beschl. v. 7. November 2003, 203-VgK-32/2003) und wird nach neuer Rechtslage in § 58 Abs. 2 S. 3 VgV i.d.F. vom 12. April 2016 angedeutet (Vergabe zu Festpreisen bzw. Festkosten). Denn der Auftraggeber legt damit nur offen, wo die Grenze der Machbarkeit der Beschaffung erreicht ist. Die Ag trägt insoweit vor, dass sie aufgrund des sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots (§§ 12, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V) keine neuen Verträge abschließen könne, welche Mehrausgaben im Vergleich zur aktuellen Vertragssituation nach sich ziehen würden. Dies ist nachvollziehbar und vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn ein Auftraggeber seine (marktstarke oder marktbeherrschende) Stellung missbraucht, um eine Ware oder Leistung unter Marktpreis einzukaufen, oder wenn die Kostenobergrenze bei Beschaffungen, auf die der Auftraggeber nicht verzichten kann, so niedrig angesetzt ist, dass ein Großteil der potentiellen Leistungserbringer als Bieter ausscheidet, so dass keine Vergabe „*im Wettbewerb*“ i.S.d. § 97 Abs. 1 GWB a.F. mehr erfolgen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11; arbeitsmarktpolitische Maßnahmen der Bundesagentur für Arbeit). Davon kann hier keine Rede sein. Abgesehen davon, dass die Marktmacht der Ag kaum ausreichen dürfte, um von einer marktstarken oder gar marktbeherrschenden Stellung auszugehen, zeigen die eingereichten Angebote, dass ein breites Bieterfeld existiert, die Bieter unterhalb der angegebenen Preisobergrenze Angebote einreichen konnten, so dass auch faktisch die Preisobergrenze keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung in Bezug auf das Bieterfeld entfaltet hat.

Letztlich ist die ASt, da sie selbst mit ihren Angebotspreisen die Grenze unterschritten hat, auch nicht von einem potentiellen Ausschluss bedroht. Ein Schaden ihrerseits ist mithin nicht feststellbar.

- d) Auch eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne eines – wie die ASt vorträgt – Dumpingwettbewerbs mit sich abzeichnenden Vertragsbrüchen bei der Leistungserbringung ist durch das Setzen einer Preisobergrenze nicht festzustellen. Insoweit ist das Vorbringen der ASt schon nicht mit der eigenen Preispolitik im Vergabeverfahren in Einklang zu bringen. Da sie selbst die Preisobergrenze deutlich unterschritten hat, im Nachprüfungsantrag zudem vorträgt, dass sie bei losweise differenzierter Datengrundlage noch günstiger hätte anbieten können, ist ihr Vortrag, dass Bieter für das Unterschreiten der Preisobergrenze Vertragsbrüche einkalkulieren müssten, nicht stichhaltig.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Ausschreibung der Ag erstmals erfolgt, die bestehenden Versorgungspauschalen der Leistungserbringer daher bislang ohne Wettbewerbsdruck zustande gekommen sind. Auch wenn die Ag höhere qualitative Anforderungen in ihrer Leistungsbeschreibung aufgestellt hat, ist das ursprüngliche Preisniveau daher per se ungeeignet, als Indikator für eine sich abzeichnende vertragswidrige Leistungserfüllung derjenigen Bieter herangezogen zu werden, die die Preisobergrenze im vorliegenden wettbewerblichen Vergabeverfahren unterschritten haben.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB a.F.

Die ASt hat als Unterliegende die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen. Daher hat die ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt,

beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebe-gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer an-gefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Be-weismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerde-frist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Ent-scheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Zeise