



## Vergabe von Rabattvereinbarungen im "Open-House-Modell" kann ausschreibungsfrei sein!

Nach dem Beschluss des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf vom 11.01.2012 (Aktenzeichen: VII-Verg 57/11) kann es zulässig sein, Rabattvereinbarungen ohne europaweite Ausschreibung zu vergeben. Voraussetzung dafür ist, dass sie im Rahmen eines sogenannten "Open-House-Modells" vergeben werden.

### I. Einleitung

Rabattvereinbarungen i.S. des § 130a Abs. 8 SGB V sind nach den Vorgaben des (Kartell-)Vergaberechts grundsätzlich ausschreibungspflichtig, soweit der jeweilige Auftragswert den maßgeblichen EU-Schwellenwert überschreitet. Weitere Voraussetzung für diese Ausschreibungspflicht ist nach der landessozialgerichtlichen Rechtsprechung stets gewesen, dass die gesetzliche Krankenkasse (GKK) eine Auswahlentscheidung trifft, mit welchen Unternehmen sie eine Rabattvereinbarung schließt. Fehlt eine solche Auswahlentscheidung und wird Dritten hingegen ein jederzeiti-

ges Beitrittsrecht eingeräumt, besteht demzufolge keine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht. Da seit dem 1. Januar 2011 (wieder) die Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten für die Vergabenachprüfung derartiger Fälle zuständig sind, war zunächst unklar, ob diese sich der Auffassung der Landessozialgerichte anschließen würden. Die erstinstanzlich zuständige Vergabekammer des Bundes (vgl. Beschl. v. 14.06.2011 – VK 3 - 62/11 –) hatte die landessozialgerichtliche Rechtsprechung noch abgelehnt und eine Ausschreibungspflicht für Rabattvereinbarungen, unabhängig vom Bestehen eines jederzeitigen Beitrittsrechts für Dritte, bejaht.

## II. Sachverhalt

Eine gesetzliche Krankenkasse (Bahn BKK) schrieb zahlreiche pharmazeutische Unternehmen an und teilte ihnen mit, dass sie zu einem bestimmten Datum mit möglichst allen pharmazeutischen Unternehmen Rabattvereinbarungen über rund 290 Wirkstoffe abschließen wolle (sog. "Open-House-Modell"). Die Krankenkasse gab je nach Wirkstoff Rabattsätze zwischen 3% und 39,8% vor. Eine europaweite Ausschreibung erfolgte zunächst nicht, wurde dann aber im Laufe des Nachprüfungsverfahrens nachgeholt.

## III. Entscheidung des OLG

Obwohl die Frage der Zulässigkeit des Open-House-Modells, d.h. der Vergabe von Rabattvereinbarungen an alle interessierten Unternehmen ohne europaweite Ausschreibung, im vorliegenden Fall nicht mehr entscheidungserheblich war, hält das OLG Düsseldorf eine solche Vergabe unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig.

Das Open-House-Modell kann danach als bloßes (nicht ausschreibungspflichtiges) "Zulassungsverfahren" eingestuft werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- (1) Hinreichende Publizität dieses "Zulassungsverfahrens";
- (2) klare Regeln über den Vertragsschluss und -beitritt;
- (3) kein Exklusivrecht zugunsten eines Unternehmens über den Vertragsinhalt verhandeln zu können, so dass Dritte nach Vertragsschluss nur die Wahl zwischen dem Vertragsbeitritt zu den von diesem Unternehmen zuvor ausgehandelten Bedingungen oder dem Verzicht auf den Beitritt haben.

Da die Bahn BKK in dem streitbefangenen Fall die o.g. Kriterien nicht erfüllte, hat das OLG Düsseldorf das (Kartell-)Vergaberecht für anwendbar erklärt und eine Ausschreibungspflicht bejaht. Insbesondere fehlte es an einem jederzeitigen und transparenten Beitrittsrecht.

Der Senat hat ferner ausgeführt, dass er für den (zukünftigen) Fall der Entscheidungserheblichkeit die Frage ggf. dem Europäischen Gerichtshof vorlegen werde.

## IV. Praxishinweis

Das OLG Düsseldorf hat die bisherige Auffassung der Landessozialgerichte – im Gegensatz zur Vergabekammer des Bundes – nicht ausdrücklich verworfen. Im Gegenteil: Soweit das o.g. "Zulassungsverfahren" unter Einhaltung der drei Kriterien durchgeführt und somit keine Auswahlentscheidung getroffen wird, soll eine europaweite Ausschreibungspflicht auch nach Auffassung des Senats entfallen.

Die unter Ziffer III. genannten Kriterien bei der Vergabe von Rabattvereinbarungen zu erfüllen, dürfte sich in der Praxis jedoch als schwierig erweisen. Dies betrifft insbesondere die von der GKK zu gewährleistende Publizität des "Zulassungsverfahrens". Denn nach Ansicht des OLG Düsseldorf reicht es nicht aus, dass die GKK sämtliche in der Lauertaxe zu den jeweiligen Wirkstoffen gelistete Unternehmen anschreibt. So würden dabei etwa Unternehmen, deren Präparate erst zu einem späteren Zeitpunkt in die Lauertaxe aufgenommen werden, nicht berücksichtigt. Welche zulässigen Maßnahmen die GKK für die Herstellung einer hinreichenden Publizität des Verfahrens ergreifen kann, etwa die Einrichtung einer internetbasierten Sammelplattform zur Bekanntmachung derartiger Vergaben durch die GKKen, bleibt jedoch zunächst offen.

Ob mit der Entscheidung des OLG Düsseldorf auch die bisherige Rechtsprechung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen (Beschl. 14.04.2010 - L 21 KR 69/09 SFB -) bestätigt worden ist, wonach Hilfsmittelverträge nach § 127 Abs. 2 SGB V nicht dem (Kartell-)Vergaberecht unterfallen, ist hingegen zweifelhaft. Zwar beruht diese Rechtsprechung der Ausschreibungsfreiheit auf der fehlenden Auswahlentscheidung der GKK aufgrund des gesetzlich geregelten Beitrittsrechts nach § 127 Abs. 2a SGB V. Jedoch hat der Beitretende – jedenfalls nach dem Wortlaut des § 127 Abs. 2a SGB V – nur das Recht "zu den gleichen Bedingungen als Vertragspartner" beizutreten. Insoweit ist offen, ob das unter Ziffer III. genannte dritte Kriterium als erfüllt angesehen werden kann. Denn nach Abschluss eines Hilfsmittelvertrages gem. § 127 Abs. 2 SGB V dürfte insoweit nur noch die Wahl zwischen dem Vertragsbeitritt oder dem Verzicht auf den Beitritt bestehen. Wenn somit vor Abschluss des Hilfsmittelvertrags über die Bedingungen mit einem bestimmten Leistungserbringer verhandelt worden ist, könnte dies als ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil eingestuft werden. Es würde sich dann nicht (mehr) um ein ausschreibungsfreies Zulassungsverfahren in dem oben genannten Sinne handeln.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf eröffnet den GKKen einen Spielraum, um sich ggf. von dem Korsett des (Kartell-)Vergaberechts zu lösen. Da das OLG Düsseldorf aber keine abschließende Entscheidung getroffen, sondern nur seine Sichtweise angedeutet hat, besteht zunächst erhebliche Rechtsunsicherheit im Hinblick auf ein potentiell ausschreibungsfreies Open-House-Modell. Es bleibt somit abzuwarten, ob und wie die GKKen diese potentielle Option eines ausschreibungsfreien Zulassungsverfahrens zukünftig nutzen und wie sich die zuständigen Vergabenachprüfungsorgane, ggf. bis hin zum EuGH, dazu positionieren werden.

## Autoren



**Steffen Amelung**

Counsel

E: [steffen.amelung@cliffordchance.com](mailto:steffen.amelung@cliffordchance.com)



**Alik Dörn**

Senior Associate

E: [alick.doern@cliffordchance.com](mailto:alick.doern@cliffordchance.com)

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46, 60325 Frankfurt am Main  
© Clifford Chance 2011

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Weitere Informationen zur Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft – u.a. auch im Hinblick auf die erforderlichen Angaben gem. §§ 2,3 DL-InfoV – finden Sie unter [www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Brüssel ■ Bukarest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hongkong ■ Istanbul ■ Kiew ■ London ■ Luxemburg ■ Madrid ■ Mailand ■ Moskau ■ München ■ New York ■ Paris ■ Peking ■ Perth ■ Prag ■ Riad\* ■ Rom ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapur ■ Sydney ■ Tokio ■ Warschau ■ Washington, D.C.

\*Clifford Chance hat eine Kooperationsvereinbarung mit Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riad.