

**BVMed-Informationspapier zu dem
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 21.12.2016 (VII-Verg 26/16)**

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat in einem „obiter dictum“ zur o. g. Entscheidung ausgeführt, dass § 127 SGB V vergaberechtlich unangewendet zu bleiben hat, soweit dadurch bei der Beschaffung von Hilfsmitteln und damit verbundenen Dienstleistungen eine Bereichsausnahme errichtet werden soll, innerhalb derer die gesetzlichen Krankenkassen die Durchführung eines geregelten Vergabeverfahrens von Zweckmäßighkeitsüberlegungen, mithin von Ermessenserwägungen, abhängig machen dürfen. Das OLG ist der Meinung, dass Beschaffungen im Wege der öffentlichen Ausschreibung zu vergeben seien, sofern

- > ein öffentlicher Auftraggeber
- > durch einen öffentlichen Auftrag Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen beschaffen will,
- > der Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder übersteigt
- > und kein nach EU-Vergaberecht vorgesehener Ausnahmefall vorliegt.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf bezieht sich dabei allein auf § 127 Abs. 1 SGB V. § 127 Abs. 1 SGB V sei nach den Prinzipien einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts insoweit nicht anzuwenden, als diese die Beschaffung durch Vergabe von Zweckmäßighkeitsüberlegungen abhängig macht. Der Entscheidung des OLG Düsseldorf ist daher nur zu entnehmen, dass nationale Vorschriften wie § 127 Abs. 1 SGB V, die eine Ausschreibung von sozialrechtlichen Kriterien wie der Zweckmäßighkeit abhängig machen, nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs höherrangigen Europarechts unangewendet bleiben.

Was bedeutet dies für die aktuelle Vertragspraxis?

→ Die Entscheidung des OLG Düsseldorf bedeutet nicht, dass Verträge nach § 127 SGB V zukünftig generell ausschreibungspflichtig wären.

Vielmehr kann die Krankenkasse nach wie vor

1. eine europaweite Ausschreibung mit Exklusivvergabe (auch im Mehrpartnermodell) durchführen oder
2. Verhandlungsverträge nach § 127 Abs. 2 SGB V schließen, denen andere Leistungserbringer zu den gleichen Bedingungen beitreten können
3. im Ausnahmefall Einzelverträge nach § 127 Abs. 3 SGB V (Kostenvoranschlagsverfahren) schließen.

Das OLG Düsseldorf sieht eine Ausschreibungspflicht nur dann als gegeben an, wenn die Krankenkasse einen „öffentlichen Auftrag“ vergibt. Ein solcher liegt vor, wenn die Krankenkasse die Anzahl der Vertragspartner auf einen oder wenige exklusive Partner beschränkt.

Lässt die Krankenkasse hingegen alle Leistungserbringer, wie in der Systematik des § 127 Abs. 2, 2a SGB V vorgesehen, nach individuellen Verhandlungen oder aufgrund eines Beitritts als Vertragspartner zu, so liegt kein „öffentlicher Auftrag“ vor mit der Folge, dass das Vergaberecht nicht anwendbar ist und eine Ausschreibungspflicht somit nicht besteht.

Dies hat der *Europäische Gerichtshof (EuGH)* in seiner Entscheidung vom 02.06.2016 (Rs. C-410/14 zum sog. „Open House“-Verfahren im Arzneimittelrabattvertragsbereich) bestätigt.

Damit der Beitrittsvertrag nach den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen EU-rechtskonform ist, muss das Verfahren unter Beachtung der Prinzipien der

- > Gleichbehandlung,
- > Nichtdiskriminierung und des
- > Transparenzgebotes

durchgeführt werden.

Dies bedeutet, dass

- > die Absicht, einen Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V abschließen zu wollen, (europaweit) bekannt gemacht werden muss,
- > die Regeln zu Verhandlungsverträgen nichtdiskriminierend und transparent im Voraus festgelegt werden müssen und
- > kein Leistungserbringer bei der Vertragsgestaltung bevorzugt oder aber ausgeschlossen werden darf.

Werden diese Vorgaben eingehalten, so sind Verhandlungs- und Beitrittsverträge in der verhandelten Form nach wie vor möglich und konform mit der o. g. Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.12.2016. Bei der Entscheidung für das eine oder andere Vertragsmodell (Ausschreibung oder Beitrittsvertrag) hat die Krankenkasse auch Zweckmäßigkeitserwägungen anzustellen. Hält sie eine Ausschreibung – wegen eines hohen Dienstleistungsanteils – nicht für zweckmäßig, dann kann sie sich auch zukünftig für den Abschluss von Verhandlungsverträgen mit Beitrittsmöglichkeit für andere entscheiden.

Hierbei ist es erforderlich, den Leistungserbringern einen Vertragsentwurf zur Verfügung zu stellen, den diese kommentieren und auf dieser Basis sie ein Angebot abgeben können. Die Austauschmöglichkeiten müssen im Vorhinein festgelegt und für alle Leistungserbringer gleich sein.

Die Regelungen des § 127 Abs. 2 SGB V sind damit nicht obsolet, sondern nach wie vor von den gesetzlichen Krankenkassen als geltendes Recht zu beachten. Dies entspricht ebenso der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), dass ein bestehender Katalog an Vertragsformen zu beachten ist (BSG-Urteil vom 10.03.2010, B 3 KR 26/08). Hat der Gesetzgeber wie für den Bereich der Hilfsmittelverträge einen abschließenden Katalog möglicher Versorgungsverträge vorgegeben, dürfen Verträge mit Leistungserbringern nur nach dessen Maßgabe geschlossen werden. Gleichzeitig bejaht das BSG einen Verhandlungsanspruch der Leistungserbringer. Der Abschluss von Verhandlungs- und Beitrittsverträgen hat daher von den Krankenkassen nach wie vor unter dem Regime der §§ 127 Abs. 2 und 2a SGB V zu erfolgen. Sie können sich diesem nicht entziehen, indem sie ein im SGB V nicht geregeltes Verfahren zum Vertragsschluss anwenden, in dem unter Umgehung von § 127 Abs. 2 SGB V nur Beitrittsverträge nach § 127 Abs. 2a SGB V einseitig vorgegeben werden.

Berlin, 9. Mai 2017