



Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe,  
Institut für angewandte  
Rechts- und Sozialforschung,  
Braunschweig/Wolfenbüttel

# Open House als dominantes Vertragsmodell – am Beispiel der Hilfsmittelversorgung

*Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe*

Die Formulierung „dominantes Vertragsmodell“ ist mit Bedacht gewählt. Mit der Konkretisierung des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs durch die EuGH-Entscheidung vom 2.6.2016, Rs. C-410/14 (Dr. Falk Pharma GmbH/DAK Gesundheit) bleibt nicht mehr viel übrig im Arsenal leistungserbringungsrechtlicher Vertragsformen. Man hat im Oberschwellenbereich nur noch die Wahl zwischen einer vergaberechtlichen Beauftragung „Weniger“ oder einseitigen Open House-Verträgen „mit allen“. Die bislang europarechtlich als einfache Zulassungssysteme angesehenen und als solche dem Vergaberecht entzogenen individuell ausgehandelten Versorgungsverträge haben ausgedient. Zwar darf hier jeder mitmachen. Ihr Problem aber ist, dass sie nicht zu exakt gleichen Bedingungen mit sämtlichen Anbietern geschlossen werden. Eine solche Handhabung ist nach Maßgabe des nationalem Recht übergeordneten EU-Rechts ohne ein förmliches Vergabeverfahren nicht (mehr) zulässig.

## I. Die EuGH-Entscheidung

Die EuGH-Entscheidung sorgt in mehrfacher Hinsicht für Klarheit. Hierfür muss man sich mit dem Gericht zunächst den tieferen Sinn des EU-Wettbewerbsrechts in Erinnerung rufen: Die Gewährleistung von Schutz derjenigen Wirtschaftsteilnehmer, die den in „einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten, so dass der Zweck der Richtlinie 2004/18/EG<sup>1</sup> darin besteht, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter ... bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen.“<sup>2</sup> Daraus folgt die erste Klarstellung: Angesichts dieser Zweckrichtung sei der Begriff des öffentlichen Auftrages untrennbar mit dem Kriterium einer *Auswahlentscheidung* verbunden<sup>3</sup>. Denn nur unter der Bedingung einer Auswahlentscheidung bestehe, so das Gericht, die abzuwendende Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter.

Dies erscheint konsequent. Die Merkmale des öffentlichen Auftrages sind von zentraler wettbewerbsrechtlicher Bedeutung. Mit ihnen wird grundlegend über die Anwendbarkeit des Vergaberechts entschieden. Und erst die Verbindung des Auftragsbegriffs mit dem Selektivitätskriterium bringt den Schutzzweck des EU-Wettbewerbsrechts im Sinne einer diskriminierungsfreien

Behandlung von Wettbewerbern voll zur Geltung. Die nunmehr entschiedene Frage, ob der Auftragsbegriff eine Auswahlentscheidung auf der Rechtsfolgenseite nach sich zieht oder ob diese auf der Tatbestandsseite zu berücksichtigen ist, war gleichwohl lange umstritten<sup>4</sup>. Als Ergebnis lässt sich nunmehr festhalten, dass ohne das Vorliegen einer Auswahlentscheidung, ohne zeitliche Beschränkung der Möglichkeit eines Vertragsbeitritts durch andere Anbieter und vor allem unter Geltung von im Vornherein festgelegten (damit für alle gleichen) Auftragsbedingungen ein öffentlicher Auftrag nicht vorliegen kann.

Gleichwohl, so der EuGH, sei aber auch eine solche Verfahrensweise von den Grundregeln des AEU-Vertrags nicht freigestellt, soweit ihr Gegenstand ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse aufweise. Auch wenn den Mitgliedstaaten hierbei ein „gewisser Gestaltungsspielraum“ bei der konkreten Umsetzung zustehe<sup>5</sup>, so entspreche, wie weiter klargestellt wird, auch ein Open-House-Vertrag den europarechtlichen Anforderungen grundsätzlich nur bei Wahrung der Grundsätze der Nichtdiskrimi-

<sup>1</sup> RL vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134, 114, inzwischen aufgehoben und ersetzt durch die RL 2014/24/EU, ABl. 2014 L 94, 65.

<sup>2</sup> EuGH v. 2.6.2016, Rs. C-410/14 (Dr. Falk Pharma GmbH/DAK Gesundheit), ECLI:EU:C:2016:399, Rn. 35.

<sup>3</sup> Zudem folge dies auch aus Art. 43 I Buchst. e der RL 2004/18/EG (Angabe der Gründe für die Auswahl eines Anbieters) und aus Art. 1 II RL 2014/24/EU (Auftragsvergabe als Auswahl des Wirtschaftsteilnehmers).

<sup>4</sup> Überwiegend für die Verbindung von Auftrag und Selektivität aber die Literatur: z.B. Bieback in Gagel, SGB II/III, Bd. 2 (Stand: März 2013), § 45 SGB III, Rn. 278; Ebens in Berchtold/Huster/Rehborn (Hg.), Gesundheitsrecht, 1. Aufl. 2015, § 69 SGB V, Rn. 38; Neumann in Hauck/Nofz SGB XII (Stand: 5/17), § 75 Rn. 62; von Langsdorf in Sodann (Hg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 39, 46; Rixen, VSSR 2005, 225, 234 f.; Sorost, NZS 2005, 82, 85 f.; Zimmermann, NZBau 2010, 739, 741; Koop, NZS 2017, 103, 105 A.A. jedoch Gaßner/Strömer, NZS 2014, 811, 812 f.; Bernhardt, ZESAR 2008, 128, 137; Weyand, Vergaberecht 4. Aufl. 2013, § 99 GWB, Rn. 87; VK Bund v. 20.2.2014, VK 1-4/14.

<sup>5</sup> Wie eine solche Umsetzung im Einzelnen aussehen könnte diskutieren Portner/Rechten, NZS 2017, 587 ff.

nierung und Transparenz. Deshalb sei insbesondere auf eine ausreichende Bekanntmachung des Auftrages zu achten.

## II. Nicht-Selektivität: Die Unzulässigkeit jeglicher Verhandlungen

Nach allem gilt: Sind vorgenannte Voraussetzungen für eine verabefreie Handhabung nicht erfüllt muss ausgeschrieben werden. Jedweder Vertragsschluss als Ergebnis vorausgehender Verhandlungen wäre als de-facto-Vergabe unzulässig<sup>6</sup>. Denn stets hätte man es mit einer Auswahlentscheidung zu tun, die als öffentlicher Auftrag mit Erreichen der einschlägigen Schwellenwerte das EU-Vergaberecht aktiviert und zwar ganz unabhängig davon, ob die Möglichkeit eines darauf folgenden Vertragsbeitritts allen Anbietern offen steht oder Verträge grundsätzlich mit allen Anbietern individuell abzuschließen sind<sup>7</sup>. Denn es handelt sich hierbei im Unterschied zu Open House-Verträgen nicht um Verhandlungen über Vertragsinhalte zu „im Vorhinein festgelegten“ und (damit) für alle gleichen Bedingungen<sup>8</sup>. Nur diese können im Sinne des EuGH nämlich garantieren, dass es nicht zu einer Bevorzugung einheimischer Bieter bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber kommt. Sobald also Verhandlungen aufgenommen werden, und sei es nur mit einem einzigen Wettbewerber<sup>9</sup>, greift stets Vergaberecht. Auch individuelle Nachverhandlungen sind somit unzulässig. Wesentlich für die Rechtmäßigkeit der an den Ausschluss von Selektivität geknüpften Open House-Verfahren ist mithin, dass kein Wettbewerber auf den Inhalt des Vertrages Einfluss nehmen kann. Auch wenn der EuGH diesen als Vorlagefrage des OLG Düsseldorf<sup>10</sup> aufgeworfenen Aspekt für sich genommen nicht in der wünschenswerten Klarheit behandelt hat, so ergibt sich aus dem der Entscheidung zugrunde liegenden Schutzgedanken zusammen mit den präzise herausgearbeiteten Kriterien für „Nicht-Selektivität“, dass es letztlich um nichts anderes gehen kann als um ein jederzeit nachprüfbares Freihalten des Beschaffungsvorgangs von äußerem Anbitereinfluss in jeder Phase des Beschaffungsvorgangs auf der Grundlage einer einseitigen Vertragsgestaltung durch den staatlichen Auftraggeber.

## III. Einige Sachgründe für Open House

Einseitige Vertragsgestaltungen durch den Staat sind im Blick auf die in Deutschland vorherrschende Praxis, wo zweiseitige Individualverträge ohne Ausschreibung in den unterschiedlichsten Bereichen der kommunalen Sozialverwaltung ebenso wie der Sozialversicherung bis heute als Normalfall angesehen werden, zugegebenermaßen gewöhnungsbedürftig und bedürfen der Illustra-

tion: Die Gewährleistung von Versorgungssicherheit (etwa § 70 SGBV) ist eine besondere Eigenart des Sozialrechts. Nicht selten muss hierbei auch der Vielfalt der Angebote und/oder Anbieter Rechnung getragen werden<sup>11</sup>. Und die Frage ist, was Open House-Verträge, Selektivverträge, aber auch die nunmehr nicht mehr zulässigen Einzelverhandlungsverträge in dieser Hinsicht zu bieten haben.

Es liegt auf der Hand, dass ein breites Angebotsspektrum mit einem großen Anbieterkreis besser erreicht werden kann als mit wenigen auf der Basis von selektiven Vergabeverfahren ausgewählten Anbietern. Wenige Anbieter können in Erwartung größerer Abnahmemengen zwar günstigere Preise anbieten und sind auf manchem Gebiet eine Grundvoraussetzung für eine enge Zusammenarbeit mit den staatlichen Stellen. Jedoch besteht die Gefahr, dass im Beauftragungszeitraum das Anbieterfeld austrocknet und es langfristig zu preistreibenden Oligopolbildungen kommt. Einige positive Erfahrungen mit Open House-Verträgen liegen bereits bei den Arzneimittelrabattverträgen nach § 130a SGBV vor<sup>12</sup>. Insbesondere bei generischen Arzneimitteln ermöglicht Open House ohne Durchführung eines stets zeit- und kostenintensiven Vergabeverfahrens den sofortigen Marktzutritt<sup>13</sup> von Anbietern, ohne aus Gründen der Exklusivität vom Markt verdrängt zu werden. Für die Versicherten bleibt hierbei die gesamte Arzneimittelproduktpalette erhalten, nicht zuletzt mit positiven Effekten für die Compliance der Patienten, denen kontraproduktive Umgewöhnungsprozesse so erspart bleiben<sup>14</sup>. Während das Vergabeverfahren für den Anbieter das Risiko in sich birgt, vollständig vom Markt verdrängt zu werden, aber auch, dass sich etwaige Kosten der Produktentwicklung und Zulassung mangels Marktzugang nie amortisieren, verschafft „Open House“ diesem eine vergleichsweise größere Kalkulationssicherheit und dient insofern auch der Marktentwicklung.

Bei einem weiteren Vergleich einheitlicher Open House-Verträge mit den bisherigen Individualverhandlungsverträgen ist man geneigt, letztere mit einigen Pluspunkten zu bedenken – nicht so sehr hinsichtlich der mengenmäßigen Steuerung des Versorgungsangebots, aber für dessen Feineinstellung. Und auch in puncto Preisgestaltung könnte man auf die Idee kommen, dass Kassen in individuellen Verhandlungen Wirtschaftlichkeitsreserven nutzen könnten, die ihnen im Falle einheitlicher Preisvorgaben versperrt wären. Bei genauerer Betrachtung aber bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Potenziale in der Praxis wirklich zur Entfaltung gelangen können. Denn es gibt unter dem Regime der Verhandlungsverträge ein grundlegendes Problem mit der Gleichbehandlung der Anbieter, weil sich gewissermaßen unter der Hand das Windhundprinzip zur Geltung bringt. De facto nämlich wird derjenige Anbieter prämiert, der als erster in den Verhandlungen zum Zuge gekommen ist, insbesondere dann, wenn das Gesetz anderen die Möglichkeit eines Vertragsbeitritts eröffnet. Zwar besteht auch für nachfolgende Anbieter noch die Möglichkeit eines gesonderten Vertragsschlusses. Allerdings hat die Krankenkasse nur darauf zu achten, dass alle geeigneten Leis-

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf v. 21.12.2016 – VII Verg 26/16; BKartA, Beschl. v. 14.2.2017 – VK 2-4/17.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf v. 11.1.2012 – VII-Verg 57/11, unter 1 b) bb) = NZBau 2012, 315, 317.

<sup>8</sup> So nunmehr auch die Sichtweise des Bundeskartellamts, wonach „Open House“ bedeutet, dass für alle geeigneten Marktteilnehmer die Möglichkeit bestehen muss, „dem Vertrag jederzeit und zu gleichen Bedingungen beizutreten“: BKartA, Beschl. v. 14.2.2017 – VK 2-4/17, ferner BKartA, Beschl. v. 6.2.2017 – VK 2-6/17 und BKartA, Beschl. v. 28.9.2017 – VK 1-93/17; deutlich in dieser Hinsicht auch das LSG Nordrhein-Westfalen v. 14.4.2010 – L 21 KR 69/09 SFB = NZS 2011, 259 als Vorreiter des einschlägigen Vorlagebeschlusses des OLG Düsseldorf v. 13.8.2014 – VII Verg 13/14 zur daraufhin ergangenen Entscheidung des EuGH v. 2.6.2016, Rs. C-410/14 (Dr. Falk Pharma GmbH/DAK Gesundheit), ECLI:EU:C:2016:399.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf v. 11.1.2012 – VII-Verg 57/11, unter 1 b) bb) = NZBau 2012, 315, 317; BKartA, PharmR 2015, 196, 201.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf v. 13.8.2014 – VII Verg 13/14.

<sup>11</sup> Exemplarisch etwa §§ 2 Abs. 3 und 127 Abs. 1 Satz 2 SGBV, 5 Abs. 1 SGB VIII, 36 Abs. 2 SGB IX, 9 Abs. 2 SGB XII.

<sup>12</sup> Hierzu Meyer-Hofmann/Hahn, A&R 2010, 59, 62; Hansen/Heilig, NZS 2017, 290ff.; ferner Schneider in jurisPK-SGBV, 3. Aufl. 2016, § 130a Rn. 49, und im Überblick Luthe in Hauck/Nofz, SGBV (Stand: 2/17), § 130 a Rn. 37 f., 46.

<sup>13</sup> Vor allem in der Phase zwischen Patentablauf und der Etablierung eines generikafähigen Marktes.

<sup>14</sup> So auch OLG Düsseldorf v. 2.11.2016 – VII-Verg 27/16 sowie Hansen/Heilig, NZS 2017, 290, 291.

tungserbringer in diskriminierungsfreier Weise am Marktgeschehen teilnehmen können. Zum letztendlichen Vertragsschluss aber ist sie nicht verpflichtet<sup>15</sup>. Vielmehr kann sie sich aus den Verhandlungen mit dem Argument zurückziehen, dass für den betreffenden Produktbereich bereits brauchbare Verträge geschlossen wurden und nunmehr nur noch die Möglichkeit des Vertragsbeitritts besteht. In dieser Weise wird der gesamte weitere Verhandlungsprozess durch die Erstverhandlungen nicht unerheblich präjudiziert und dies unter Umständen auch auf Kosten der Versorgungsqualität und Wirtschaftlichkeit. Oder anders: maßgeschneiderte Verträge für die Windhunde, unausgewogene Verträge für die anderen. Überdies sollte klar gesehen werden, dass vor allem kleinere Krankenkassen auch gar nicht in der Lage sind, mit der großen Zahl aller in Frage kommender Anbieter (auch aus dem europäischen Ausland) „echte“ Verhandlungen zu führen. So besteht die Gefahr, dass die eigentlichen Verhandlungen vor allem mit gut organisierten marktmächtigen Anbietern geführt werden und kleinere Anbieter allenfalls noch beitreten können. Das beeinträchtigt den Wettbewerb im Grunde viel stärker als wenn die Krankenkassen nach einer Phase der (wohlbemerkt: von Verhandlungen freien) Markterkundung im Open House-Verfahren die Bedingungen vorgeben. Und in denjenigen Fällen, in denen zugunsten weiterer Einsparungen oder Qualitätszuwächse auf Verhandlungen mit einzelnen Anbietern nicht verzichtet werden kann, sind im Übrigen ergänzend zur Open House-Beschaffung laufende Vergabeverfahren in besonderen, nicht von „Open House“ erfassten Dienstleistungs-, Wirkstoff- oder Produktbereichen keineswegs ausgeschlossen.

Für „Open House“ spricht mithin vieles, aber nicht alles. Der tiefere Sinn von „Open House“, vor allem nach dem Wegfall vergaberechtsfreier Verhandlungen, ist die Ermöglichung von Angebotsvielfalt zugunsten der Leistungsempfänger. Jeder Anbieter kann dem staatlichen Vertragsangebot mit seinen Produkten innerhalb vertraglich fixierter Bandbreiten in der Produktbeschreibung beitreten. Der Leistungsempfänger hat so die Auswahl, nicht nur im Anbieter- sondern auch im Produktbereich. Aber eben nicht überall. Das SGB II zum Beispiel kennt ein Wahlrecht des Leistungsempfängers bei den von privaten Anbietern durchgeführten Leistungen zur Eingliederung in Arbeit nicht. Deshalb gibt es zu den hier üblichen Vergabeverfahren abgesehen von Ausnahmen wohl keine praktikable Alternative<sup>16</sup>. Auch kann das Open House-Verfahren für die kommunale Sozialverwaltung im Vergleich zu den bisherigen einzeln verhandelten Verträgen zwar zu vermehrter Objektivität im Umgang mit Anbietern und in dieser Hinsicht ggf. auch zu Kosteneinsparungen beitragen. Neuere Dezentralisierungsstrategien einer Sektor übergreifenden Vernetzung von Staat-Anbietern-Bürgern in den Politiksegmenten gesundheitlicher und sozialer Daseinsvorsorge (Pflege, Jugendhilfe, Behindertenhilfe, Altenhilfe, Krankenversorgung)<sup>17</sup>, bei denen es zunächst einmal darauf ankommt, funktionierende Kooperationsstrukturen im Anbieterdschungel zu entwickeln, wird man jedoch vermutlich eher mit den Mitteln des Vergaberechts zum Erfolg führen können.

#### IV. Sog. einfache Zulassungssysteme

Um einem verbreiteten Missverständnis vorzubeugen muss darauf hingewiesen werden, dass die Kontroverse um die Zulässigkeit von Open House-Verfahren (siehe V.) an sich nichts mit der seit mindestens zwei Jahrzehnten diskutierten Frage zu tun hat, ob sog. einfache Zulassungssysteme, wie wir sie speziell in Deutschland in den gewohnten zweiseitigen Vertragsbeziehungen des Sozialrechts sowie im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen Staat-Bürger-Leistungserbringer vorfinden, ihrem besonderen Charakter als Strukturvorgaben der Marktzulassung und beruflichen Betätigung (Art. 12 GG) nach rechtlich nur in bestimmten Formen der Anbieterfinanzierung unter Ausschluss vor allem des Vergaberechts möglich sind<sup>18</sup>. Solche einfachen Zulassungssysteme sind auf europäischer Ebene offiziell als vergaberechtsfrei anerkannt<sup>19</sup>. Nichtsdestoweniger führt die EuGH-Entscheidung auch hier mit der Verdrängung individueller Vertragsformen zu einer völlig neuen Bewertung überkommener Strukturen. Die gewohnte Argumentationslinie „Einfaches Zulassungssystem/Dreiecksverhältnis – für alle geöffnete Verhandlungen – kein Auftrag – mithin kein Vergaberecht“ trägt nicht mehr<sup>20</sup>, seitdem klar ist, dass diese Vertragsmodelle auf individuell verhandelten, mithin selektiven Verträgen basieren. Auch wenn der Vertragsschluss für alle geeigneten Anbieter offen steht, kommt man am Vergaberecht jedenfalls dann nicht vorbei, wenn weiter verhandelt werden soll (vgl. insofern für vergaberechtliche Verhandlungsverfahren die §§ 14 Abs. 3 und 4, 17 VGV).

Bezogen auf die Systematik des Leistungserbringungsrechts ist es gleichwohl nicht so, dass Open House-Verfahren, wie etwa bei der Anwendung von Vergaberecht von vielen befürchtet, zur Abschaffung einfacher Zulassungssysteme führen und die gesetzlichen Vorgaben des deutschen Leistungserbringungsrechts damit im großen Stil unterwandert würden. Hier muss man differenzieren. „Einfache Zulassungssysteme“ werden durch die in Rede stehende EuGH-Entscheidung im Hinblick auf das Selektivitätskriterium nämlich nicht abgeschafft, sondern nur präzisiert. Dasjenige, was einfache Zulassungssysteme von Vergabeverfahren maßgeblich unterscheidet, nämlich die Tatsache, dass Verträge

<sup>18</sup> Vgl. hierzu exemplarisch Neumann in Hauck/Noftz, SGB XII (Stand: V/17), § 75 Rn. 62 (gegen die Zulässigkeit von Vergaberecht im sozialrechtlichen Dreieck); Luthe, ZfF 2015, 80–86 (pro Vergaberecht), abgedruckt auch bei: www.info-sozial.de/Detailed/2421.html (abgerufen am 15.4.2016).

<sup>19</sup> Gemeint sind nach Erwägungsgrund 4 RL 2014/24 EU sowie nach BT-Drucks. 18/6281, S. 73, 115 sämtliche Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, wie das Dreiecksverhältnis des Sozialrechts sowie weitere zweiseitige Verträge. Solche Verträge gibt es in der Sozialhilfe (SGB XII), Jugendhilfe (SGB VIII), im Behindertenrecht (SGB IX), in der Pflegeversicherung (SGB XI) und Krankenversicherung (SGB V), aber auch bei der Feststellung der fachlichen Eignung im Rahmen der Zulassung besonderer Dienste oder besonderer Einrichtungen, ferner der Eignung für ärztliche Dienstleistungen und für Zulassungen für Arzneimittel.

<sup>20</sup> Dies verkennt etwa Neumann in Hauck/Noftz/Luthe, SGB XII (Stand: V/17), § 75 Rn. 62), bei dem leistungserbringungsrechtliche Dreiecksverhältnisse ohne weiteres mit dem Open House-Verfahren gleichgesetzt werden als maßgeblicher Grund dafür, Dreiecksverhältnisse angeblich mangels vorliegender Selektivität dem Vergaberecht entziehen zu können. Dass nach neuerer EuGH-Rechtsprechung Selektivität auch bei einfachen Zulassungssystemen wie den Einzelverhandlungsverträgen des SGB IX im Spiel ist wird auch von Koop, NZS 2017, 103 überschen. Zutreffend dagegen OLG Düsseldorf v. 21.12.2016 – VII Verg 26/16, juris Rn. 42 (unerheblich für Vergabeverfahren, ob Dreiecksverhältnis ...) und VK Bund v. 23.11.2015 – VK 2-103/15 Rn. 65 ff.

<sup>15</sup> Kein Rechtsanspruch auf Erfolg im Wettbewerb: BVerfG v. 17.12.2002 – 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/95, BVerGE 106, 275.

<sup>16</sup> Anders allenfalls bei den wenigen Gutschein-Leistungen.

<sup>17</sup> Anstatt vieler hierzu Luthe, NDV 2017, 365 ff., verfügbar auch unter [http://www.irs-bs.de/pdf/lu\\_sozialraum.pdf](http://www.irs-bs.de/pdf/lu_sozialraum.pdf).

für alle offen stehen<sup>21</sup>, bleibt jedenfalls im Open House-Verfahren vollauf erhalten. Sind dagegen Verhandlungen mit einzelnen Anbietern im Spiel, die zwangsläufig zu unterschiedlichen Vertragsbedingungen, somit zu Auswahlentscheidungen und somit zu einer unterschiedlichen Behandlung von Anbietern führen, so liegen nach Maßgabe des EuGH bereits keine einfachen Zulassungssysteme mehr vor, sondern ausschreibungspflichtige Aufträge. Einfache, d.h. nicht-selektive Zulassungssysteme sind seit der in Rede stehenden EuGH-Entscheidung per definitionem mithin nur noch als Open House-Verträge zu haben, weil nur diese absolute Gleichheit in den Vertragsbedingungen und damit Nicht-Selektivität garantieren können.

Dies führt innerhalb des nationalen Leistungserbringungsrechts außerhalb des Vergaberechts zwar zu einem Ausschluss von Verhandlungen, nicht aber zum diskriminierenden Ausschluss von Leistungserbringern. Allein darauf kommt es nach vorrangigem EU-Recht für die Unterscheidung zwischen Vergabe und einfacher Zulassung aber an, mag das nationale Gesetzesrecht auch heute noch ausgiebig auf Strukturen individueller Verhandlung beruhen. Da diese höherrangigem Europarecht widersprechen sind sie, wenn und insofern sie, wie etwa unter Umständen die Individualverträge des § 127 Abs. 2 SGBV bei den Hilfsmitteln, eine Ausschreibung nicht zulassen<sup>22</sup>, schlicht unanwendbar.

## V. Das Beschaffungsermessen der öffentlichen Hand und das Verhandlungsprinzip

Unter Abkehr von seiner älteren Spruchpraxis<sup>23</sup> hat das Bundeskartellamt unter Übernahme des neuen Auftragsbegriffs des EuGH im Anschluss an das OLG Düsseldorf<sup>24</sup> in seinen Entscheidungen aus dem Jahr 2017<sup>25</sup> nunmehr zugunsten des öffentlichen Auftraggebers entschieden, es „unterliege allein der ihm zukommenden Bestimmungsfreiheit“, ob er zur Deckung seines Beschaffungsbedarfs ein förmliches Vergabeverfahren durchführt oder vergaberechtsfrei ein sog. Open-House-Verfahren. Insbesondere werde für die Wahl des jeweiligen Vertragsmodells auch keine besondere Ermächtigungsgrundlage benötigt<sup>26</sup>. Dies folge bereits aus allgemeinem Sozialrecht, wonach sich der öffentliche Auftraggeber mit dem hier eigens geregelten öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 53 ff. SGB X) sämtlicher zulässiger Mittel des Verwaltungshandelns bedienen könne, erst recht aber aus dem EU-Vergaberecht.

Das Beschaffungsermessen<sup>27</sup> der öffentlichen Hand ist gewaltenmäßig betrachtet eine Kernkompetenz der Verwaltung<sup>28</sup>. Im Sozialversicherungsrecht verschafft es den Leistungsträgern dasjenige Maß an Flexibilität, ohne die das (neben dem Sozialleistungsrecht) auch im Rahmen der Anbietersteuerung geltende Wirtschaftlichkeitsgebot des Sozialversicherungssystems letztlich nicht hinreichend umgesetzt werden könnte<sup>29</sup>. Speziell bei den pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben der Jugend- und Sozialhilfe folgt sie zudem aus der Organisations-, Planungs-, Personal- und Haushaltsverantwortung des kommunalen Trägers. Und diese wiederum ist Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG)<sup>30</sup>. Das Selbstverwaltungsrecht der Sozialversicherungen ist dagegen einfachgesetzlich legitimiert (§ 29 SGB IV und § 4 SGB V), aber nicht minder geeignet, dem Bestimmungsrecht der Sozialversicherung hinsichtlich der Wahl ihrer Beschaffungsmethoden eine legitime Grundlage zu verschaffen<sup>31</sup>. Kam es bislang für die Möglichkeit, anstatt nicht-selektiver Individualverhandlungen Vergaberecht zur Anwendung zu bringen, maßgeblich darauf an, ob das Gesetz als eindeutig „vergabefeindlich“ anzusehen war, so ist dies seit der nationalem Recht übergeordneten Entscheidung des EuGH obsolet, weil Individualverhandlungen mit den bekannten Folgen jetzt immer als selektiv aufzufassen sind.

Der zur Rettung der Individualverhandlungsverträge im Blick auf das BSG<sup>32</sup> erhobene Einwand<sup>33</sup>, dass den Krankenkassen ein einseitiges Preisbestimmungsrecht nicht zustehen könne und vertragliche Vereinbarungen „im freien Spiel der Kräfte“ (O-Ton BSG) geschlossen werden sollten, verfängt jedoch nicht. Zweifellos ist das Verhandlungsprinzip ein das gesamte Leistungserbringungsrecht insbesondere des SGB V prägender Strukturgesichtspunkt, der seine hervorgehobene Bedeutung vor allem in der Abgrenzung zu vergleichsweise starren Zulassungsregelungen des früheren Leistungserbringungsrechts<sup>34</sup> erlangt hat. Aber es ist nicht von absoluter Rechtsbedeutung und zudem hat es sein Gesicht seit der EuGH-Entscheidung verändert. Schon immer war das Verhandlungsprinzip – auch in der Spruchpraxis des BSG – nur im Zusammenwirken mit den Schutz- und Ordnungsprinzipien<sup>35</sup> des Leistungserbringungs- und Wettbewerbsrechts zu haben (vgl. insofern auch §§ 69 Abs. 1 Satz 3, 70, 71 SGB V). Insofern gilt: die öffentliche Hand darf sich zur Durchsetzung des allgemeinen

<sup>21</sup> So Erwägungsgrund 4 RL 2014/24 EU sowie nach BT-Drucks. 18/6281, S. 73, 115.

<sup>22</sup> Weil für die Ausschreibung explizit der § 127 Abs. 1 SGB V zur Verfügung steht und im gesetzessystematischen Zusammenhang für § 127 Abs. 2 SGB V damit nur die selektiven, gleichwohl hier nicht ausschreibungsfähigen Verhandlungsverträge verbeiben.

<sup>23</sup> So noch 1. VK Bund, Beschl. v. 20.2.2014 – VK 1-4/14.

<sup>24</sup> Vgl. als Vorläufer OLG Düsseldorf v. 21.12.2016 – VII Verg 26/16 und OLG Düsseldorf v. 2.11.2016 – VII-Verg 27/16.

<sup>25</sup> Vor allem vgl. BKartA v. 28.9.2017 – VK 1-93/17, ferner BKartA v. 6.2.2017 – VK 2-6/17.

<sup>26</sup> So überdies auch BSG v. 28.7.2008 – B 1 KR 4/08 R und BSG v. 10.3.2010 – B 3 KR 26/08 R, Rn. 21-24.

<sup>27</sup> Es wird hier offengelassen, ob und wo der betreffende Spielraum maßgeblich auf eine Einschätzungsprärogative des staatlichen Trägers (diskutiert insbesondere im Kontext der Rechtsaufsicht, vgl. § 87 SGB IV) oder auf ein pflichtgemäß auszuübendes Ermessen gestützt werden muss. Zur pflichtgemäßen Ausübung des Beschaffungsermessens unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vgl. etwa BVerfG v. 1.11.2010 – 1 BvR 261/10, Rn. 13.

<sup>28</sup> Zum Kernbereich der Verwaltung, allerdings stets in den Grenzen demokratischer Primärverantwortlichkeit des Gesetzgebers vgl. BVerfGE 67, 100, 139; BVerfGE 68, 1, 87; Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 62 Rn. 18; Maurer, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDSI RL 43 (1984), 137.

<sup>29</sup> So im Ergebnis unter Bezugnahme auf §§ 12, 70 SGB V auch das BKartA v. 28.9.2017 – VK 1-93/17.

<sup>30</sup> Näher Luthe, ZF 2/2015, 1ff.

<sup>31</sup> Insbesondere im Sozialversicherungsrecht leitet sich die Verwaltungskompetenz zudem aus der besonderen Organstellung des Vorstandes des jeweiligen Sozialversicherungsträgers ab: BSG v. 13.10.2013 – B 6 KA 48/12 R, juris Rn. 25, 28.

<sup>32</sup> BSG v. 17.7.2008 – B 3 KR 16/07, juris Rn. 15, insofern zum SGB V.

<sup>33</sup> So etwa die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Zur Zulässigkeit von Open-House-Verträgen mit Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung, 2017, WD 9-3000-025/17, S. 15.

<sup>34</sup> Die etwa bei den Hilfsmitteln noch bis zum 31.3.2004 in Kraft waren.

<sup>35</sup> Bieback, NZS 1997, 393, 397 ff. sowie Luthe, SGb 2010, 620, 622 (zur Überlagerung des Vertragsprinzips durch den staatlichen Kontrollauftrag).

Wirtschaftlichkeitsgebots „aller rechtlich zulässigen Mittel des Verwaltungshandelns bedienen“, wenn sie die Versorgung „nach Maßgabe sachgerechter, vorhersehbarer und transparenter Kriterien“ sicherstellt<sup>36</sup>. Entscheidet sie sich für nicht-selektive Verhandlungen, so hat sie gleichwohl dem „Diskriminierungsverbot“ Rechnung zu tragen. Und darauf kam es und kommt es nach wie vor vorrangig an, – nach Maßgabe des EuGH mit dessen Präzisierung des Auftragsbegriffs überdies mehr denn je. Legt man, wie es der EuGH getan hat, den Schwerpunkt bei der Bewertung von Vertragsmodellen auf den Diskriminierungsschutz und betrachtet das Verhandlungsprinzip in eben diesem Licht, so ist der entscheidende Ansatz heute nicht mehr, dass Verhandlungen stattfinden, sondern dass diese „diskriminierungsfrei“ stattfinden. Und welche Vertragsform könnte dies besser gewährleisten als Open House-Verträge, zumindest in denjenigen Fällen, in denen von förmlichen Vergabeverfahren abgesehen werden soll?

Man mag unter Berufung auf den leistungserbringungsrechtlichen Partnerschaftsgedanken den Wegfall einzelner Verhandlungen beklagen. Aber man erhält gewissermaßen als Gegenleistung einen Zuwachs an Kalkulationssicherheit und Kontinuität. Auch dies hat etwas mit Partnerschaft zu tun. In diesem Zusammenhang sollte im Übrigen deutlich gesehen werden, dass die staatliche Seite an sich kein Interesse daran haben kann, mit zu niedrig angesetzten Preisen Leistungserbringer zu ruinieren, keine Beitritte mehr zu erzielen und so auf Dauer auch die Versorgungssicherheit zu gefährden. Insbesondere im Wettbewerb stehende Krankenkassen wären so früher oder später vom Markt verschwunden. Unter diesem Blickwinkel ist der Partnerschaftsgedanke nicht nur eine in der Gesetzesstruktur des SGB V aufgehobene Eigenart des Leistungserbringungsrechts. Im Sinne einer solchen wechselseitigen „Verlässlichkeit in qualitätswährender Weise“ ist er vielmehr für das Funktionieren der Versorgung der Bürger schlechthin konstitutiv und überlagert schon der Sache nach das „reine“ Verhandlungsprinzip als dominante Strukturvorlage. Und ob angesichts der bislang nicht unüblichen Vorstellung vertraglicher Einzelverhandlungen durch „Musterverträge“ dagegen das „freie Spiel der Kräfte“ (s.o.) in der Praxis im Übrigen tatsächlich den ihm beigemessenen Stellenwert hat, darf bezweifelt werden. Letztendlich sollte aber auch gesehen werden, dass alle relevanten Entscheidungen der Sozialgerichte zum Verhandlungsprinzip noch unter der seinerzeit unbestrittenen Geltung vergaberechtsfreier Individualverträge ergingen. Über eine Auseinandersetzung mit dem Open House-Modell bestand seinerzeit überhaupt keine Veranlassung.

## VI. Hilfsmittelversorgung

Seitdem einige Krankenkassen das Open House-Verfahren neben den Arzneimittelrabatten auch im Hilfsmittelbereich anwenden ist

<sup>36</sup> BSG v. 10.3.2010 – B 3 KR 26/08 R, Rn. 21–24, 29, insofern zur Hilfsmittelversorgung. Trotz eindeutiger Hinweise darauf, dass es leistungserbringungsrechtlich nicht um ein Verhandlungsrecht, sondern nur um den Marktzugang gehen kann, ist diese Entscheidung von den Gegnern des Open House –Verfahrens gründlich missverstanden worden. Das BSG hat hier nur deshalb an einer Stelle von einem Verhandlungsanspruch gesprochen, um einen Vertragsschluss zu „gleichen Bedingungen“ sicherzustellen. Die Entscheidung erging vor Aufnahme eines Beitrittsrechts in § 127 Abs. 2a SGB V. Um gleiche Bedingungen sicherzustellen wird ein Verhandlungsanspruch deshalb heute nicht mehr benötigt. Vgl. im Übrigen die lediglich auf die Teilnahme am Marktgeschehen abstellenden Entscheidungen des BSG v. 24.11.2004 – B 3 KR 10/04 R, SozR 4–2500 § 35 Nr. 2 sowie BSG v. 31.5.2006 – B 6 KA 13/05 R, SozR 4–2500 § 92 Nr. 5; ebenso im Übrigen BKartA v. 28.9.2017 – VK 1–93/17.

eine heftige Kontroverse über die Rechtmäßigkeit von „Open House“ entbrannt, die mittlerweile das Bundesversicherungsamt<sup>37</sup> mit entsprechenden aufsichtsrechtlichen Verfügungen auf den Plan gerufen hat, darüber hinaus auch den Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages<sup>38</sup> beschäftigt und Anbieterverbände sogar zu öffentlichen Kampagnen<sup>39</sup> gegen die betreffenden Krankenkassen veranlasste. Im Folgenden werden wir uns die Position der Open House-Gegner etwas genauer anschauen, nicht zuletzt um abschätzen zu können, was andere erwartet, wenn sie sich auf „Open House“ einlassen. Da die Argumente der beiden Kritikerinstitutionen so gut wie identisch sind spielt es im Übrigen keine Rolle, welches der beiden Positionspapiere wir hierzu aufrufen. Zudem soll nicht unerwähnt bleiben, dass nachfolgende Gedanken Sachverhalte von grenzüberschreitender Bedeutung voraussetzen, so dass das Vergaberechtsregime des 4. Teil des GWB zur Anwendung gelangt, insofern, wovon aber wohl stets ausgegangen werden kann, im Hilfsmittelbereich die EU-Schwellenwerte (§ 106 GWB) erreicht werden. Im Unterschwellenbereich sind Verhandlungsverträge ggf. aber anders zu bewerten. Dies bedarf jedoch einer gesonderten und hier nicht zu leistenden Einzelbetrachtung nach Maßgabe der jeweiligen nationalen Haushaltordnungen und der UVgO.

### 1. Open House nur für Arzneimittelrabattverträge?

Die Annahme, die EuGH-Entscheidung und die ihr folgende Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>40</sup> gelte im Wesentlichen nur für Arzneimittelrabattverträge und jedenfalls nicht für den Hilfsmittelbereich<sup>41</sup>, erscheint ein wenig an den Haaren herbeigezogen. Von einer Beschränkung auf einen bestimmten Leistungsbereich liest man in dem Urteil jedenfalls nichts. Hauptgegenstand war der Auftragsbegriff des EU-Kartellrechts. Das Urteil betrifft also das gesamte nationale Beschaffungswesen, im Falle des Sozialgesetzbuchs also sämtliche Liefer- und Dienstleistungen im Sinne des EU-Vergaberechts und des GWB.

### 2. Immer Verhandlungen?

Beim Bundesversicherungsamt<sup>42</sup> scheint man davon auszugehen, dass jedenfalls im Hilfsmittelbereich nach § 127 Abs. 2 SGBV stets Verhandlungen mit einzelnen Anbietern aufzunehmen sind, wenn auf ein förmliches Vergabeverfahren verzichtet werden soll. Auf die Aufnahme solcher Verhandlungen habe der Leistungserbringer einen Anspruch. Das aber lässt sich der hierzu aufgeführten Rechtsprechung nicht entnehmen. Vielmehr hat die Krankenkasse nur darauf zu achten, dass alle geeigneten Leistungserbringer in diskriminierungsfreier Weise am Marktgeschehen „nach Maßgabe sachgerechter, vorhersehbarer und transparenter Kriterien“ teilnehmen können<sup>43</sup>. Der Schwerpunkt liegt mithin auf einer diskri-

<sup>37</sup> Zunächst wurde an alle Krankenkassen ein entsprechendes Rundschreiben versandt, vgl. insofern BVA v. 20.7.2017 – 211–5417.1–1077/2010.

<sup>38</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zur Zulässigkeit von Open-House-Verträgen mit Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung, 2017, WD 9–3000–025/17, S. 15.

<sup>39</sup> Vgl. <http://www.f-m-p.org>; zudem die Kritik von BVMed v. 9.5.2017 und dem Deutschen Industrieverband für optische, medizinische und mechatronische Technologien e.V. v. 23.5.2017.

<sup>40</sup> OLG Düsseldorf v. 21.12.2016 – VII Verg 26/16.

<sup>41</sup> BVA v. 20.7.2017 – 211–5417.1–1077/2010, S. 3.

<sup>42</sup> BVA v. 20.7.2017 – 211–5417.1–1077/2010, S. 4; auch Wiss. Dienste des Deutschen Bundestages, Zur Zulässigkeit von Open-House-Verträgen mit Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung, 2017, WD 9–3000–025/17, S. 13.

<sup>43</sup> So BSG v. 10.3.2010 – B 3 KR 26/08 R (Hilfsmittelversorgung) – siehe zu dieser Entscheidung auch oben, unter V.

minierungsfreien Handhabung des Marktzugangs<sup>44</sup> – mittels welcher Vertragsform auch immer. Alles andere ist eine Frage des Beschaffungsermessens (siehe V.)<sup>45</sup>. Bereits nach dem Wortlaut des § 127 Abs. 2 SGBV müsste das eigentlich klar sein. Dieser sieht lediglich vor, dass Krankenkassen Versorgungsverträge zu schließen haben. Zu der Frage, wie diese Verträge zustande kommen sollen – ob mit oder ohne Verhandlungen – sagt die Vorschrift nichts aus. Insbesondere das Wort „Verhandlungen“ taucht an keiner Stelle auf.

Insoweit im Übrigen hohen Dienstleistungsanteilen bei der Hilfsmittelversorgung Rechnung getragen werden muss (§ 127 Abs. 1 Satz 6 SGBV), so wird man aber auch hier bei Erreichen der maßgeblichen Schwellenwerte nicht auf Individualverhandlungen außerhalb des Vergaberechts setzen können, – auch wenn der Gesetzgeber Ausschreibungen in diesem Bereich als unzweckmäßig einstuft<sup>46</sup>. Wenn das OLG Düsseldorf<sup>47</sup> selbst bei den SAPV-Verträgen nach § 132d SGBV, deren Dienstleistungsanteil im Vergleich zur Hilfsmittelversorgung viel höher ist, die Ausschreibung fordert, so zeigt dies, dass das Führen individueller Verhandlungen selbst in Bereichen, in denen dies der Sache nach vielleicht sogar gerechtfertigt wäre, gegenüber vorrangigem EU-Recht nicht einmal im Ansatz die Bedeutung hat wie Open House-Gegner sich dies wünschen würden.

### 3. Vergaberechtsfreie Bereichsausnahme?

Unabhängig von der Qualität der auf Wortlaut und Systematik des Gesetzes gestützten Argumente der Open House-Kritiker sollte klar gesehen werden, dass es auf die nationale Rechtslage ohnehin nur ankommen kann, wenn die betreffenden Regelungen der §§ 126, 127 SGBV als zulässige Bereichsausnahme vom Vergaberechtsregime des 4. Teil des GWB angesehen werden können. An sich bestehen hierfür klare Regeln<sup>48</sup>. Das OLG Düsseldorf<sup>49</sup> hat im Bereich der Hilfsmittelversorgung in wünschenswerter Klarheit überdies verdeutlicht, dass es dem nationalen Recht nicht gestattet ist, hiervon weitere Ausnahmen zuzulassen.

Letzteres wurde für die „Ausschreibungsverträge“ nach § 127 Abs. 1 SGBV im Blick auf das in Satz 1 aufgeführte Zweckmäßigkeitsskriterium angenommen: diese Regelung „hat vergaberechtlich unangewendet zu bleiben, soweit dadurch bei der Beschaffung von Hilfsmitteln und damit verbundener Dienstleistungen eine Bereichsausnahme errichtet werden soll, innerhalb derer die gesetzlichen Krankenkassen die Durchführung eines gegebenen Vergabeverfahrens von Zweckmäßigkeitserwägungen, mithin von Ermessenserwägungen, abhängig machen dürfen.“ Anders gesagt: Ob Ausschreibungen durchzuführen sind kann nicht davon abhängen, ob diese zweckmäßig sind. Eine solche Bereichsausnahme widerspricht umgekehrt vielmehr dem Richtlinienrecht der EU, den Vergabevorschriften des GWB sowie auch

§ 69 Abs. 3 SGBV, da die Regelung durch das Unionsrecht und das Vergaberechtsregime des Vierten Teils des GWB nach Auffassung des Gerichts „vollständig überlagert“ wird.

Was für Ausschreibungen nach § 127 Absatz 1 SGBV gilt muss im Übrigen auch für Individualverträge nach dessen Absatz 2 gelten. Auch diese Regelung kommt als Bereichsausnahme nicht in Betracht, wird vielmehr ebenso wie Absatz 1 durch höherrangiges EU-Recht überlagert und muss daher im Lichte der in Rede stehenden EuGH-Entscheidung beurteilt werden, wonach Individualverträge stets als selektiv und daher dem Auftragsbegriff des EU-Vergaberechts unterfallend anzusehen sind. Wer sich darauf versteift<sup>50</sup>, in Absatz 2 des § 127 SGBV ausschließlich eine Ermächtigung für offene Verhandlungsverträge unter Ausschluss von „Open House“ zu sehen, der wird nummehr somit von der Unanwendbarkeit dieser Regelung auszugehen haben.

Rein vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass der Anwendung von Vergaberecht auch nicht die Sondervorschrift des § 69 Abs. 2 Satz 2 SGBV entgegensteht, wenn man diese entgegen § 69 Abs. 3 SGBV so lesen wollte<sup>51</sup>, dass die Geltung von Vergaberecht ausgeschlossen wird, wenn es sich um Verträge handelt, zu deren Abschluss die Krankenkassen verpflichtet sind. Eine solche Verpflichtung zum Vertragsschluss muss direkt und unmissverständlich im SGBV zum Tragen kommen. Das aber ist nicht der Fall, solange der Vertragsschluss unter der Bedingung erfolgt, dass sich der Anbieter im Wettbewerb mit anderen durchsetzt. Dies gilt für den Abschluss von Verträgen ebenso wie für den Beitritt nach § 127 Abs. 2a SGBV. Denn allein die Berechtigung zum Beitritt sagt nichts darüber aus, dass der Anbieter die allein in der Hand der Krankenkassen (und entgegen § 69 Abs. 1 Satz 2 SGBV eben nicht in der Hand des Gesetzgebers) liegenden Beitrittsbedingungen auch erfüllt. Auch die Tatsache, dass, wie in sämtlichen Bereichen der Anbieterfinanzierung, der Schutzbereich der Berufsfreiheit und der Gleichbehandlungsgrundsatz berührt sind, verschafft dem Anbieter kein Recht auf Vertragsschluss im Sinne des § 69 Abs. 2 SGBV, sondern nur die Chance, sich unter Bedingungen eines fairen, nicht diskriminierenden Wettbewerbs am Markt zu behaupten. Das ist etwas anderes als eine rechtlich verbürgte Garantie der Teilhabe an der gesundheitlichen Versorgung von Versicherten. Ohnehin aber kann es nicht sein, dass der nationale Gesetzgeber über eine Norm wie § 69 Abs. 2 Satz 2 SGBV etwa durch Gewährung eines Beitrittsrechts vorrangiges EU-Wettbewerbsrecht aushebt. Die Geltung der Regelung steht daher grundsätzlich unter dem Vorbehalt ihrer Europarechtskonformität und daher auch unter dem Vorbehalt ihrer Übereinstimmung mit dem seit 2016 geltenden Auftragsbegriff des EuGH. In unserem Kontext bedeutet dies, dass auch derjenige, der insofern für die Frage des Ausschlusses von Vergaberecht im Sinne des § 69 Abs. 2 SGBV zu einem anderen Ergebnis kommen mag<sup>52</sup>, damit verständlicherweise keine Aussage trifft zur Frage der Zulässigkeit des Open House-Vertragsmodells.

### 4. Richtlinienkonforme Interpretation

Grundsätzlich aber muss im Vorfeld einer etwaigen Unanwendbarkeit von Regelungen stets die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Interpretation des Gesetzes geprüft werden. In der kriti-

<sup>44</sup> Das Bundeskartellamt spricht insofern zutreffend von einem „allgemeine(n) Marktzugangsrecht“: BKartA v. 28.9.2017 – VK 1-93/17; im Ergebnis ebenso BSG v. 24.11.2004 – B 3 KR 10/04 R sowie BSG v. 31.5.2006 – B 6 KA 13/05 R.

<sup>45</sup> Hinzu kommt: Der frühere Vorrang von Ausschreibungen in § 127 Abs. 1 SGBV ist entfallen. Absatz 1 (Ausschreibung) und Absatz 2 (Versorgungsvertrag) sind nunmehr gleichrangig im Gesetz vorgegeben.

<sup>46</sup> Auch in dieser Hinsicht ist EU-Recht übergeordnet: BKartA v. 7.12.2017 – VK 1 131/17.

<sup>47</sup> OLG Düsseldorf v. 15.6.2016 – VII Verg 56/15; ebenso BKartA v. 23.11.2015 – VK 2 – 103/15.

<sup>48</sup> Vgl. §§ 107 ff., 116, 137 ff., 145, 149, 150 GWB; vormals § 100 Abs. 2 bis 8 GWB a.F.

<sup>49</sup> OLG Düsseldorf v. 21.12.2016 – VII Verg 26/16; zuvor auch OLG Düsseldorf v. 13.8.2014 – VII Verg 13/14.

<sup>50</sup> Wiss. Dienst des Deutschen Bundestages, Zur Zulässigkeit von Open-House-Verträgen mit Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung, 2017, WD 9-3000-025/17, S. 19.

<sup>51</sup> Zur Klarstellung hierzu BSG v. 25.3.2015 – B 6 KA 9/14.

<sup>52</sup> ... und für den in diesem Fall dann nur noch das Open-House-Verfahren bereit stünde.

schen Auseinandersetzung des BVA und des Wiss. Dienstes mit „Open House“ bleibt dieser Aspekt unbehandelt, vor allem wohl deshalb, weil man in § 127 Abs. 2 SGBV eine Bereichsausnahme hineininterpretiert und die über die Arzneimittelrabatte weit hin-ausweisende Reichweite der EuGH-Entscheidung verkannt hat.

Wenn insofern davon ausgegangen wird, dass einzelne Elemente der in § 127 Abs. 2 SGBV geregelten Verträge (bezogen auf Absatz 2 Sätze 3 und 4, Absatz 2 a) allein auf Individualverträge zugeschnitten sind, so schließt das gleichwohl die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Betrachtung<sup>53</sup> bis hin zur Möglichkeit einer nur teilweisen Anwendung der betreffenden Regelungen mithin nicht aus. So wird in der Kritik etwa auf den Tatsache hingewiesen, dass das Gesetz in Absatz 2 von Verträgen im Plural spricht. Zudem werde durch die einseitige Vertragsvorlage aus einem Beitritts-„Recht“ eine Art Beitritts-„Pflicht“. Schließlich sei die gesetzliche Informationspflicht auf „Open House“ erkennbar nicht zugeschnitten.

Dagegen wäre anzuführen, dass dem Open House-Vertragsmodell im Kern nichts so sehr entgegen kommt wie die gesetzliche Beitrittsmöglichkeit. Der Unterschied zwischen Verhandlungs- und Open House-Modell ist gerade in diesem Punkt wohl nicht so groß, als dass im Lichte des EU-Rechts hier nicht auch eine andere Beurteilung in Frage käme. Jedenfalls sollte der Beitritt angesichts der vollständig unangetastet bleibenden Beitrittsfreiheit eines jeden Anbieters nicht zu einem freiheitsrechtlich bedenklichen Zwangsbetritt stilisiert werden. Zudem müssen Anbieter auch bei „Open House“ über das beabsichtigte Verfahren und den späteren Beitrittsvertrag unter den Vorzeichen

<sup>53</sup> Ständige Rechtsprechung, grundlegend EuGH v. 10.4.1984, Rs. C-14/83 (v. Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen), ECLI:EU:C:1984:153; so zur Versorgung mit Verbandmitteln jetzt auch BKartA v. 29.9.2017 – VK 1-93/17: richtlinienkonforme Auslegung von Vergaberecht entgegenstehenden Normen des Sozialrechts.

des wettbewerbsrechtlichen Transparenzgebots ausreichend informiert werden<sup>54</sup>. Für einen Anspruch auf Vertragsverhandlungen gibt die gesetzliche Informationspflicht, wie von den Gegnern behauptet, jedenfalls nichts her (bei etwa 4.000 Anbietern wäre solches auch kaum umsetzbar). Und schließlich wird es nie nur einen einzigen Open House-Vertrag geben, schon weil eine Auswahl an Hilfsmitteln ermöglicht werden und die wohnortnahe Versorgung sichergestellt sein muss (§ 127 Abs. 2 S. 3 SGBV).

## VII. Ausblick

„Open House“ wird sich früher oder später durchsetzen. Die einzig verbleibende Alternative in Gestalt des förmlichen Vergabeverfahrens ist im Vergleich hierzu zeitintensiv und fehleranfällig. Vorerst ist mit Vollzugsdefiziten im großen Stil zu rechnen. Mögliche Prozesse wegen unzulässiger de-facto-Vergabe könnten insofern für Ernüchterung sorgen. Zudem sind die Sozialgerichte gehalten, entsprechende Vorlagefragen an den EuGH zu formulieren, wenn sie vom EU-Recht abweichend entscheiden wollen.

<sup>54</sup> So wird im Open House-Verfahren regelmäßig vor Veröffentlichung des Open-House-Vertrages eine Markterkundung durchgeführt. Hierüber werden alle Marktteilnehmer informiert. Zugegebenermaßen aber verläuft zwischen zulässiger Markterkundung und vergaberechtsrelevanter Verhandlung ein nur schmaler Grat. Zulässig aber dürfte sein, Brancheninformationen und Auskünfte von Wirtschaftsteilnehmern einzuholen über Produkte bzw. Dienstleistungen. Markenspezifische Einengungen sind i.d.R. unzulässig. Allerdings sollten Teilnehmer hierüber auch informiert sein, damit sie ihre Vorstellungen zu Vertragsinhalten, Preisen usw. in das Erkundungsverfahren einbringen können. Mancherorts ergeht zudem der Hinweis, dass sich die Krankenkasse mit allen Angeboten ernsthaft auseinandersetzt (was nachprüfbar sein muss). Anhaltspunkte für die Markterkundung bei Open House liefert § 28 Abs. 1 VgV, auch wenn die Regelung hier nicht unmittelbar gilt.