

Prof. Dr. Georg Cremer
Generalsekretär
Vorstand für Sozial- und Fachpolitik

Postfach 4 20, 79004 Freiburg
Karlstraße 40, 79104 Freiburg
Telefon-Zentrale 0761 200-0

Ihre Ansprechpartnerin
Caroline von Kries
Telefon-Durchwahl 0761 – 200 - 224
Email: caroline.von.kries@caritas.de

28.06.2017

Position

Vergaberecht in der medizinischen Rehabilitation

Seit im April 2016 das neue Vergaberecht in Kraft getreten ist, gilt ein neues Sonderregime für die Ausschreibung sozialer Dienstleistungen. Leistungserbringer sind verunsichert, ob damit die Ausweitung der Anwendung von Vergaberecht verbunden ist. Für den Bereich der Rehabilitationsleistungen will folgender Artikel eine Klärung dieser Frage herbeiführen.

I. Einleitung

Das neue Vergaberecht, das im April 2016 die europäischen Vergaberichtlinien umgesetzt hat, sieht für die Vergabe von sozialen Dienstleistungen erstmals ein Sonderregime vor. Es reicht, den Auftrag europaweit bekannt zu machen, qualitative Kriterien sind bei Ausschreibungen in Zukunft stärker zu berücksichtigen und das Verfahren wird insgesamt vereinfacht.

Im Bereich der medizinischen Reha finden in der Praxis bisher keine Ausschreibungen nach Vergaberecht statt. Bisher schließen die Sozialversicherungsträger mit allen Reha-Einrichtungen, die die fachlichen Voraussetzungen erfüllen, Leistungsvereinbarungen, ohne eine Auswahl zu treffen. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis wird hier überwiegend als die richtige Form der Leistungserbringung angesehen. Jedoch wird in Ansätzen in der Literatur diskutiert, ob Vergaberecht angewendet werden könnte.¹ Denn das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation wird derzeit maßgeblich von Verträgen nach § 21 SGB IX (ab 1.1.2018: § 38 SGB IX)² geprägt. Der Wortlaut ist nicht eindeutig und bietet Spielraum für Interpretationen. Die Neuregelungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und in der Vergabeordnung (VgV), die durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG)³ in Kraft traten, haben ebenfalls keine abschließende Klärung gebracht (dazu näher unter II.)

¹ dafür Eichenhofer, NZS, 2002,348,350; dagegen Koop, NZS 2017, S. 103 ff; Jousen, SGB 2011, S. 73-79, 75.

² Die durch das Bundesteilhabegesetz neu erlassenen gesetzlichen Regelungen treten sukzessive bis 1.1.2020 in Kraft; der § 38 tritt zum 1.1.2018 in Kraft; die Regelungen bleiben im Wesentlichen gleich. Auf die jeweils neue Regelung wird im Text nur einmal verwiesen, im weiteren Verlauf wird dann weiter die aktuelle Regelung genannt.

³ Geändert wurde das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), BGBl. I S. 203 vom 17. Februar 2016; die Vergabeordnung (BGBl. I S. 624 vom 12. April 2016) ersetzt die Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A EG);

Es soll daher der Frage nachgegangen werden, inwieweit diese Entwicklungen auf der Rechtsetzungsebene für den Bereich der medizinischen Reha relevant werden könnten. Das Papier soll eine interne Arbeits- und Argumentationshilfe zur Vorbereitung auf mögliche Bestrebungen in der Praxis wie auch auf gesetzliche Reformansätze und –überlegungen sein, die darauf zielen, die Anwendung von Sozialvergaberecht möglich zu machen, zu entwickeln und auszugestalten. Ebenso sollen für das eigene Lobbying Nachbesserungsbedarfe im Sozialrecht identifiziert werden, die das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis auslegungssicherer ausgestalten.

II. Rechtsgrundlagen des Vergaberechts

1. Sonderregime für soziale Dienstleistungen

Ist das Vergaberecht auf soziale Dienstleistungen anwendbar, so findet in Zukunft neben den für alle öffentlichen Aufträge geltenden Bestimmungen ein sog. Sonderregime im Ausschreibungsverfahren Anwendung (§§ 130 ff. GWB). Öffentliche Auftraggeber haben erstens nach dem neuen Recht die freie Wahl der Verfahrensarten. So besteht kein Entscheidungsprimat für das offene Verfahren mehr. Über das Verhandlungsverfahren, den wettbewerblichen Dialog oder die Innovationspartnerschaft können nun verstärkt Bieter in die Ausgestaltung der Ausschreibung mit einbezogen werden. Zweitens sollen Qualitätskriterien stärker in der Zuschlagsentscheidung gewichtet werden. Drittens reicht es, dass der Auftraggeber seine Absicht, einen öffentlichen Auftrag zur Erbringung einer sozialen Dienstleistung zu vergeben, europaweit bekanntmacht; eine europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich. Weitere Verfahrenserleichterungen sind in §§ 64-66 VgV geregelt.

2. Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Vergaberecht

a. Schwellenwert

Voraussetzung der Anwendbarkeit von GWB und VgV ist, dass der Auftragswert die Schwelle von 750.000 €⁴ erreicht oder überschreitet.⁵ Die europaweite Bekanntmachung einer Ausschreibung von personenbezogenen Dienstleistungen mit einem unter diesem Schwellenwert liegenden Auftragswert ist nicht erforderlich, weil angenommen wird, dass in diesem Fall kein grenzüberschreitendes Erbringerinteresse besteht. Für Aufträge mit einem Auftragswert unterhalb von 750.000 € gilt die Unterschwellenvergabeordnung⁶, die sich in weiten Teilen an den Normen des GWB und der VgV orientiert.

⁴ § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 Buchst. D) der Richtlinie 2014/24/EU.

⁵ Der Gesamtauftragswert wird geschätzt, § 3 Abs. 1 VgV; der Wert einer Rahmenvereinbarung wird auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwertes aller Einzelaufträge berechnet, die während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung geplant sind.

⁶ Die UVgO wurde am 7.2.2017 im Bundesanzeiger veröffentlicht; sie tritt aber erst durch die Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 der Bundeshaushaltsordnung bzw. für die Länder durch die entsprechenden Landesvergabegesetze in Kraft. In Hamburg liegt mit Datum 09.06.2017 der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes vor, der u.a. auch die Einführung der UVgO vorsieht.

b. Öffentlicher Auftrag

Zweite Voraussetzung der Anwendbarkeit von (ober- und unterschwelligem) Vergaberecht ist, dass ein „öffentlicher Auftrag“ vorliegt, § 103 Abs. 1 GWB. Das ist der Fall, wenn zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer ein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag über die Beschaffung von Leistungen geschlossen wird. Der Auftraggeber muss eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Wirtschaftsteilnehmern treffen. Dieses Tatbestandsmerkmal ist dem Wortlaut des § 103 Abs. 1 GWB zwar nicht zu entnehmen. Es wird aber in der Literatur allgemein vertreten⁷ und in ständiger Rechtsprechung so angewandt.⁸ Wenn also der Auftraggeber ein Zulassungsverfahren ohne Selektivität durchführt, in dem alle interessierten und geeigneten Wirtschaftsteilnehmer einen Anspruch auf den Abschluss eines Vertrages haben, fehlt es an einem öffentlichen Auftrag.

3. Bedeutung für das Leistungserbringungsrecht in den Sozialgesetzen

Das Vergabemodernisierungsgesetz enthält weder eine Negativabgrenzung⁹, noch eine Positivliste zur Bestimmung der vergaberechtsrelevanten Bereiche sozialer Dienstleistungen. Daher ist zur Bestimmung der Abgrenzung des Vergaberechts zum sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis auf die Vergaberichtlinie sowie auf die Begründung des Gesetzgebers zum GWB zurückzugreifen.

Werden soziale Leistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis erbracht, erfüllt der Leistungsträger den Anspruch des Leistungsberechtigten durch einen Dritten, den Leistungserbringer. Die Leistungserbringer haben einen Anspruch auf Zulassung zur Leistungserbringung, wenn sie hierfür geeignet sind. Diese Finanzierungsform wird durch europäisches Vergaberecht nicht tangiert. Die Vergaberichtlinie postuliert, dass es den Mitgliedstaaten auch künftig freisteht, Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist.¹⁰ In den Erwägungsgründen werden ausdrücklich zwei Formen benannt: zum einen die „bloße Finanzierung, insbesondere ... Finanzhilfen von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beiträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen.“, zum anderen „einfache Zulassungssysteme“, „in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität – berechtigt sind“. Damit ist die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis kein öffentlicher Auftrag, da alle geeigneten Leistungserbringer einen Anspruch auf Zulassung haben.

Die Auslegung der Erwägungsgründe wird durch den Gesetzgeber präzisiert. Die Begründung weist unter Zitieren der Richtlinie auf folgendes hin:

⁷ Thorsten Koop, Die (Nicht-)Anwendbarkeit des neuen Vergaberechts auf Verträge nach § 21 SGB IX über die Erbringung von Rehabilitationsleistungen, NZS 2017, S. 103, 104, m.w.N.

⁸ Z.B. in der richtungsweisenden Entscheidung des EuGH zum sog. „Open-House“-Modell bei Arzneimittelrabattverträgen (Urteil v. 2. Juni 2016, Rs.: C-410/14).

⁹ Die BAGFW hatte einen neuen § 130 Absatz 5 GWB vorgeschlagen: „Die nicht entgeltlichen Zulassungsverträge nach Maßgabe des Sozialgesetzbuchs unterfallen nicht diesem Gesetz.“ s. Stellungnahme der BAGFW zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts vom 14.08.2015, S.9.

¹⁰ EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, Erwägungsgründe 4 und 114.

„Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, sollten nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als **einfache Zulassungssysteme** (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen). Daraus lässt sich schließen, dass die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialhilfrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/24/EU unterfällt..“

Damit erklärt der Gesetzgeber das Vergaberecht im sozialhilfrechtlichen Dreiecksverhältnis für nicht anwendbar; einer weitergehenden pauschalen Ausnahmeregelung für das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis hat der Gesetzgeber nicht zugestimmt.

Hier gelten die Aussagen aus einer Protokollnotiz von BMAS/BMWI und einer Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Fraktion Die Linke.¹¹ Darin heißt es:

„Die Anwendung des Vergaberechts auf die Leistungserbringung im sogenannten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis kann ... nicht einheitlich beantwortet werden, sondern hängt von der Ausgestaltung der konkreten Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträger, Leistungserbringer und Leistungsempfänger im jeweils anzuwendenden Leistungserbringungsrecht ab.“

Sind also die Rechtsbeziehungen zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungserbringer dergestalt, dass keine Auswahlentscheidung getroffen wird¹², handelt es sich um ein einfaches Zulassungssystem, das nicht dem Vergaberecht unterliegt.

III. Sicht der medizinischen Rehabilitation

Für die Bereiche der medizinischen Rehabilitation soll herausgearbeitet werden, welche Leistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis erbracht werden. Bisher besteht im **SGB IX** eine jahrelang geübte und bewährte Praxis der Zulassung von Reha-Einrichtungen. Da der Gesetzeswortlaut aber durchaus Interpretationsmöglichkeiten belässt (§§ 19, 21 SGB IX), auch das Vergaberecht anzuwenden¹³, ist es notwendig, sich hier zu positionieren. Da auch das BTHG diese Bestimmungen fast wortidentisch übernimmt (§§ 36, 38 BTHG), trägt das Gesetz nicht zu einer Klärung bei.

1. Rechtsgrundlagen

- a. Geltung des Leistungserbringungsrechts des SGB IX für die Gesetzliche Krankenversicherung und die Gesetzliche Rentenversicherung

Das SGB IX enthält in den §§ 17 bis 21a Vorschriften des Leistungserbringungsrechts, die für alle Rehabilitationsträger gelten, soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen nichts Abweichendes ergibt (§ 7 SGB IX).

¹¹ BT-Drs. 18/6492, S. 3.

¹² S. beispielhaft Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2016 (VII-Verg 56/15) zur Ausschreibung von Leistungen der ambulanten palliativen Versorgung.

¹³ Eichenhofer, NZS, 2002,348,350.

Für die **Rentenversicherungsträger** wird die **Gültigkeit des Leistungserbringungsrechts des SGB IX** durch die Rückverweisung in § 15 Absatz 2 Satz 1 SGB VI explizit bestätigt. Dies gilt in Bezug auf die Vorschriften zum Leistungserbringungsrecht in den §§ 17 bis 21 SGB IX. Gemäß § 15 Absatz 2 Satz 1 SGB VI werden die **stationären Leistungen** zur medizinischen Rehabilitation in Einrichtungen erbracht, die entweder von dem Träger der Rentenversicherung selbst betrieben werden oder mit denen ein **Vertrag nach § 21 SGB IX** besteht.

Während im SGB VI kein eigenes Leistungserbringungsrecht für Leistungen der medizinischen Rehabilitation hinterlegt ist, hält das SGB V eigene Regelungen vor (§ 111 SGB V).

Die **Krankenversicherungsträger** dürfen **stationäre Leistungen** einschließlich der Anschlussheilbehandlung (§ 40 SGB V), ebenso wie medizinische Leistungen zur Vorsorge (§ 23 Abs. 4 SGB V) nur in Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen erbringen lassen, mit denen ein **Versorgungsvertrag** nach § 111 Absatz 2 SGB V besteht. Gleiches gilt für die Erbringung medizinischer Rehabilitations-Leistungen für Mütter / Väter nach § 41 SGB V sowie medizinische Vorsorgeleistungen für Mütter / Väter nach § 24 SGB V. Auch hier sind Versorgungsverträge nach § 111a SGB V die Voraussetzung.

Die Krankenkassen erbringen **ambulante Rehabilitationsleistungen** in Rehabilitationseinrichtungen, für die ein **Versorgungsvertrag** nach § 111c besteht; dies schließt mobile Rehabilitationsleistungen durch wohnortnahe Einrichtungen ein. Diese Leistungen sind auch in stationären Pflegeeinrichtungen nach § 72 Abs. 1 SGB XI zu erbringen. Ein Versorgungsvertrag nach § 111c für ambulante Rehabilitationsleistungen kann mit Einrichtungen geschlossen werden, die über einen Versorgungsvertrag nach § 111 SGB V (s.o.) verfügen und „für eine bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten ... notwendig sind“ (§ 111c Absatz 1 S. 1 Ziffer 1 und 2 SGB V), oder nach § 111c Abs. 2 SGB V mit Einrichtungen, die die gleichen Voraussetzungen erfüllen.

Mit dem Versorgungsvertrag (ambulant/stationär) wird die Einrichtung für die Dauer des Vertrages, mit Kündigungsmöglichkeit, zur Versorgung der Versicherten mit medizinischen Leistungen zur Vorsorge oder Rehabilitation zugelassen. Der Versorgungsvertrag bedarf entsprechend § 109 Absatz 1 S. 1 SGB V der Schriftform. Die Landesverbände der Krankenkassen eines anderen Bundeslandes und die Ersatzkassen können einem nach Satz 1 geschlossenen Versorgungsvertrag beitreten (§ 111 Abs. 2 S. 3 SGB V; § 111c Abs. 2 SGB V).

b. Rechtsanspruch des Leistungsberechtigten auf Leistungen

Die **Rentenversicherung** erbringt gemäß § 9 Absatz 1 SGB VI Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (und andere Leistungen zur Teilhabe), wenn durch eine Maßnahme der medizinischen Rehabilitation Einschränkungen der Erwerbstätigkeit verhindert oder gemindert werden können. Die Leistungen können erbracht werden, wenn die persönlichen und versicherungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 9 Absatz 2 SGB VI). D.h. es besteht ein **individueller Rechtsanspruch** auf Leistungen der medizinischen Rehabilitation, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Mit In-Kraft-Treten des sog. Flexi-Rentengesetzes¹⁴ wurde auch die medizinische Rehabilitation für Kinder und Jugendliche gem. § 15a SGB VI zur Pflichtleistung, auf die bei Vorliegen der Voraussetzungen ein individueller Rechtsanspruch besteht.

¹⁴ in weiten Teilen zum 1.1.2017 in Kraft getreten.

Die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Rahmen der **gesetzlichen Krankenversicherung** sind ebenfalls als **individuelle anspruchsgestützte Pflichtleistungen** geregelt; bei medizinischer Notwendigkeit sind diese zu erbringen (ambulant und mobil § 40 Abs. 1 SGB V; stationär § 40 Abs. 2 SGB V; § 41 Abs. 1 SGB V).

Die Eingliederungshilfe gem. SGB XII umfasst verschiedene Leistungen des Sozialhilfeträgers, die i.d.R. analog der Rehabilitationsmaßnahmen in den SGB V, VI und IX erbracht werden. Ein Anspruch auf Eingliederungshilfe gem. SGB XII besteht nur nachrangig, d.h., die Hilfe wird nur gewährt, wenn kein vorrangig verpflichteter Leistungsträger diese Hilfe leistet.

Das Ermessen der Rehabilitationsträger bezieht sich jeweils lediglich auf das „Wie“ der Leistungserbringung; die Rehabilitationsträger bestimmen nach den medizinischen Erfordernissen des Einzelfalls unter Beachtung des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten nach § 9 (ab 1.1.2018: § 8)¹⁵ SGB IX Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Leistungen sowie die Rehabilitationseinrichtung nach pflichtgemäßem Ermessen.

c. Vertragsrecht des SGB IX (§ 21 SGB IX)

Das Vertragsrecht des SGB IX sieht kollektive und einrichtungsspezifische Verträge vor. Die **Verträge über die Ausführungen von Leistungen durch Rehabilitationsdienste und -einrichtungen**, die nicht in der Trägerschaft eines Rehabilitationsträgers stehen, enthalten insbesondere Regelungen über Qualitätsanforderungen der Leistungen, das beteiligte Personal und Grundsätze der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung von Vergütungen. Die Rehaträger wirken darauf hin, dass die Verträge nach einheitlichen Grundsätzen abgeschlossen werden. Dazu können sie gemeinsame Empfehlungen sowie **Rahmenverträge** mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen vereinbaren (§ 21 Absatz 2 SGB IX). Vertragspartner der Rahmenverträge sind die Rehabilitationsträger bzw. deren Spitzenverbände und die Arbeitsgemeinschaften der Dienste und Einrichtungen (§ 19 Absatz 6 SGB IX; ab 1.1.2018: § 36). Vertragspartner der Versorgungsverträge (§ 21 Absatz 1 SGB IX) sind die Rehabilitationsträger bzw. ihre Spitzenverbände und die einzelnen Dienste und Einrichtungen bzw. deren jeweilige Träger. Mit dem Versorgungsvertrag wird die Geeignetheit der Dienste und Einrichtungen festgestellt; ein Anspruch auf die Inanspruchnahme der Dienste und Einrichtungen kann aus ihm nicht angeleitet werden. Er kann die Qualitäten und Quantitäten der Inanspruchnahme im Einzelfall näher regeln.

Die Versorgungsverträge sollen gemäß § 21 Absatz 1 SGB IX insbesondere Regelungen enthalten über

- Qualitätsanforderungen an die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal und die begleitenden Fachdienste
- Übernahme von Grundsätzen der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung von Vergütungen
- Rechte und Pflichten der Teilnehmer, soweit sich diese nicht bereits aus dem Rechtsverhältnis ergeben, das zwischen ihnen und dem Rehabilitationsträger besteht

¹⁵ Tritt zum 1.1.2018 in Kraft.

- Angemessene Mitwirkungsmöglichkeiten der Teilnehmer an der Ausführung der Leistungen
- Geheimhaltung personenbezogener Daten sowie
- die Beschäftigung eines angemessenen Anteils behinderter, insbesondere schwerbehinderter Frauen.

Nach § 21 Absatz 2 SGB IX **können** die Rehabilitationsträger über den Inhalt der Verträge gemeinsame Empfehlungen nach § 13 (ab 1.1.2018: § 15) SGB IX sowie Rahmenverträge mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen (nach § 19 SGB IX) vereinbaren.

d. Wettbewerb über Geeignetheit und Qualität

Das SGB IX gibt vor: nehmen Rehabilitationsträger zur Ausführung von Leistungen Rehabilitationsdienste oder -einrichtungen in Anspruch, erfolgt die Auswahl¹⁶ danach, welcher Dienst oder welche Einrichtung die Leistung in der am besten geeigneten Form ausführt (§ 19 Absatz 4 SGB IX). Dabei sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, insbesondere angemessene Vergütungssätze anzuwenden. Die Dienste und Einrichtungen müssen in der Lage sein, mit ihren Leistungen die Rehabilitationsziele zu erreichen und die Leistung bedarfsgerecht und wirksam zu erbringen. Sie müssen dazu u.a. ein **Qualitätsmanagement** sicherstellen, das durch zielgerichtete und systematische Verfahren und Maßnahmen die Qualität der Versorgung gewährleistet und kontinuierlich verbessert (§ 20 Absatz 2 SGB IX; ab 1.1.2018: § 37). Stationäre Einrichtungen müssen sich an einem **Zertifizierungsverfahren** beteiligen, das den grundsätzlichen Anforderungen der Spitzenverbände der Rehabilitationsträger entspricht. Stationäre Rehabilitationseinrichtungen, die nach diesen Vorgaben nicht zertifiziert sind, sind ungeeignet und können daher von den Rehabilitationsträgern nicht in Anspruch genommen werden (§ 21 Abs. 3 S. 2 SGB IX; ab 1.1.2018: § 37 Abs. 3 S. 3).

e. Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten

Die berechtigten Wünsche der Leistungsberechtigten sind zu berücksichtigen, insbesondere wenn diese Wünsche durch die persönliche Lebenssituation, das Alter, das Geschlecht, die Familie und die religiösen und weltanschaulichen Bedürfnisse bestimmt sind (§ 9 Absatz 1 Satz 1 SGB IX). Allerdings werden die Wunsch- und Wahlrechte begrenzt durch die Beachtung der Geeignetheit der Einrichtung, deren Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit. Die Leistungen müssen umfassende Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft zügig, wirksam, wirtschaftlich und nachhaltig ermöglichen (§ 10 Absatz 1 Satz 2 SGB IX; ab 1.1.2018: § 9).

f. Gewährleistung des Subsidiaritäts- und Diversifikationsprinzips

Der zuständige Rehabilitationsträger kann Leistungen zur Teilhabe allein oder gemeinsam mit anderen Leistungsträgern, durch andere Leistungsträger, oder unter Inanspruchnahme von geeigneten, insbesondere auch freien und gemeinnützigen oder privaten Rehabilitationsdiensten

¹⁶ Von der Auswahl im Sinne des Rehabilitationsrechts ist die „Auswahl“ im Sinne des Vergaberechts zu unterscheiden, siehe Seite 11.

und Einrichtungen ausführen (§ 17 Absatz 1 und 2 SGB IX; ab 1.1.2018: § 28). Der Rehabilitationsträger bleibt für die Ausführung der Leistungen verantwortlich. Auf Antrag können Leistungen der Teilhabe auch durch ein Persönliches Budget ausgeführt werden. Dabei wird die Vielfalt der Träger von Rehabilitationsdiensten und –einrichtungen gewahrt sowie deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit beachtet (§ 19 Absatz 4 SGB IX).

Das Leistungserbringungsrecht der Rehabilitation und Teilhabe verhält sich damit „neutral“ gegenüber verschiedenen Formen der Leistungserbringung und etabliert keine gesetzliche Vorrangstellung privater, öffentlicher oder freigemeinnütziger Leistungserbringer.

1. Praxis der Gesetzlichen Rentenversicherung

Die Leistung wird grundsätzlich im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis erbracht. Vergaberecht findet in der Praxis bisher keine Anwendung. Mit allen fachlich geeigneten und interessierten Diensten oder Einrichtungen schließt der Rentenversicherungsträger einen Vertrag nach § 21 SGB IX.

Beteiligte an der Leistungserbringung sind die Versicherten, die Leistungsträger (DRV, regionale RV Träger, Sozialhilfeträger) sowie die Leistungserbringer (Fachkliniken, ambulante Dienste).

Voraussetzung für einen Anerkennungs-Vertrag der Leistungserbringer ist grundsätzlich die Erfüllung der Struktur- und Qualitätskriterien an die Behandlung, Konzepte und Ausstattung. Diese sind für verschiedenste Indikationsbereiche in Strukturanforderungen, Rahmenkonzepten oder gemeinsamen Vereinbarungen zwischen DRV und GKV festgelegt (Siehe z.B. Vereinbarung „Abhängigkeitserkrankungen“ der DRV und GKV von 2001).

Stationäre medizinische Rehabilitation: Ein (Anerkennungs-) Vertrag eines Leistungserbringers (Rehafachklinik) mit einem federführenden Leistungsträger (DRV Bund oder regionaler Rentenversicherungsträger) zu den Mindestanforderungen nach § 21 Abs. 1 SGB IX liegt i.d.R. vor. Die Zulassung bzw. Anerkennung der Einrichtung durch den Leistungsträger erfolgt auf Antrag des Leistungserbringers. Entgegen der bisherigen Gepflogenheiten prüft die Rentenversicherung ab sofort nicht mehr das Versorgungserfordernis, sondern lediglich die Zulässigkeit der formalen Anerkennungs Voraussetzungen, wie das Einrichtungs- und Behandlungskonzept etc. Dieses Verfahren steht auch Einrichtungen offen, die bereits eine Anerkennung ihres federführenden Leistungsträgers haben und die Anerkennung eines weiteren Leistungsträgers der Rentenversicherung anstreben (z.B. Vertrag mit regionalem Rentenversicherungsträger und zusätzlich mit der DRV Bund).

Im Vertrag werden lediglich die Rahmenbedingungen der Vergütung festgelegt, nicht jedoch die Höhe der Vergütungssätze. Diese werden i.d.R. jährlich neu zwischen dem Leistungserbringer und dem federführenden Leistungsträger auf Antrag des Leistungserbringers individuell verhandelt. Die übrigen Leistungsträger, die eine Behandlungseinrichtung belegen, schließen sich i.d.R. den getroffenen Vereinbarungen mit dem federführenden Leistungsträger an. Die Kostensätze sind bundesweit uneinheitlich und verhandlungsorientiert.

Für die Belegung einer Einrichtung mit Versicherten gab es bisher kein transparentes nachvollziehbares Verfahren.¹⁷ Im Rahmen eines sogenannten Transparenzprozesses erarbeitet die DRV Bund aber derzeit für alle Rehabilitationsbereiche übergreifende Kriterien, die bei der Entscheidung des Leistungsträgers für die Belegung einer bestimmten Rehabilitationseinrichtung hinterlegt werden.

Ambulante medizinische Rehabilitation: Die Anerkennung der ambulanten Behandlungseinrichtung durch die DRV Bund erfolgt über die DRV Bund auf der Basis der jeweiligen Einrichtungs- und Behandlungskonzepte. Verträge werden im Bereich ambulanter Hilfen eher selten geschlossen. Es besteht weder eine grundsätzliche Belegungsgarantie, noch eine direkte Zuweisung durch den Leistungsträger.

Die Leistung wird seitens des Versicherten beantragt. Im Antrag benennt der Versicherte ggf. eine gewünschte Behandlungseinrichtung im Rahmen seines Wunsch- und Wahlrechtes. Über die Bewilligung der Leistung durch den zuständigen Rehabilitationsträger wird ein Leistungserbringer mit der Umsetzung (Behandlung) beauftragt.

2. Praxis der Gesetzlichen Krankenversicherung

Die Leistung wird grundsätzlich im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis erbracht. Vergaberecht findet in der Praxis bisher keine Anwendung. Mit allen fachlich geeigneten und interessierten Diensten oder Einrichtungen schließt der Krankenversicherungsträger einen Vertrag nach § 21 SGB IX.

Beteiligte an der Leistungserbringung sind die Versicherten, die Leistungsträger (Gesetzliche Krankenversicherung, Sozialhilfeträger) sowie die Leistungserbringer (Kliniken, ambulante Rehabilitationsdienste, mobile Rehabilitationsdienste).

Die Zulassung der Einrichtungen mit Versorgungsvertrag erfolgt auf Antrag der Einrichtung und im Wege von einzelvertraglichen Versorgungsverträgen zwischen der Einrichtung und den Landesverbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen gemeinsam. Diese werden auf Ebene des SGB V (Versorgungsverträge nach § 111 bzw. § 111a bzw. § 111c SGB V), nicht des SGB IX geschlossen.

Voraussetzung ist, dass die Einrichtungen die Anforderungen des § 107 Absatz 2 SGB V erfüllen und „für eine bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten notwendig sind“ (§ 111 Absatz 2 Satz 1 Ziffer 1 und 2 SGB V).

Das bedeutet, dass für die Zulassung objektiv ein Bedarf bestehen muss. Zur Frage der Bedarfsabhängigkeit hat das BSG ein wichtiges Urteil erlassen.¹⁸ Demnach kann ein Versorgungsvertrag nicht verwehrt werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 111 Absatz 2 Satz 1 und 107 SGB V vorliegen: Ansonsten würde es sich um einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit handeln. Sieht die Einrichtung selbst für ihre angestrebte Tätigkeit einen Bedarf, darf ihr

¹⁷ Siehe dazu unten in der Bewertung IV.

¹⁸ BSG Urteil vom 23. 7. 2002 - B 3 KR 63/01 R.

die Zulassung nicht verweigert werden.¹⁹ Mit der Zulassung ist nach dem Tenor des BSG nicht automatisch eine Verpflichtung der Mitgliedskassen der Beklagten zur Belegung der jeweiligen Einrichtung verbunden. Maßstab für die Ausübung des den Krankenkassen auch hinsichtlich der Bestimmung der Rehabilitationseinrichtung eingeräumten Auswahlrechts sind danach die medizinischen Erfordernisse des Einzelfalls (§ 40 Absatz 3 Satz 1 SGB V), wobei angemessene Wünsche der Versicherten im Rahmen der vorhandenen Möglichkeiten zu berücksichtigen sind.

Für den Fortbestand des Versorgungsvertrages relevant sind **Vorgaben zur Qualitätssicherung und zu einem einrichtungsinternen Qualitätsmanagement**, das sich aus § 137d SGB ergibt und für die stationären Reha-Einrichtungen mit einer Zertifizierungsverpflichtung verknüpft ist, die sich aus § 20 SGB IX ergibt.

Die **Vergütungen für die im Versorgungsvertrag vereinbarten Leistungen** werden zwischen den Krankenkassen und den Trägern der zugelassenen Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen gesondert vereinbart (§ 111 Abs. 5 SGB V). Der Abschluss der Vergütungsvereinbarungen erfolgt nicht einheitlich, sondern entweder auf Ebene der Arbeitsgemeinschaft der Krankenkassen im jeweiligen Bundesland, und ergänzend oder ausschließlich durch die Einzel-Krankenkassen.

Mit dem Versorgungsvertrag und der Vergütungsvereinbarung sind keine Belegungsgarantien verbunden.

Die in § 21 Absatz 2 SGB IX vorgesehene Möglichkeit zur Festlegung gemeinsamer und einheitlicher Vertragsinhalte im Wege von gemeinsamen Empfehlungen sowie *Rahmenverträgen* mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen ist in der Praxis bisher nicht umgesetzt.

Die Belegungszusage erfolgt im Rahmen der Einzelfall-Bewilligung auf Grundlage der Bestimmungen der § 40 Absatz 3 Satz 1 SGB V („Die Krankenkasse bestimmt nach den medizinischen Erfordernissen des Einzelfalls unter Beachtung des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten nach § 9 des Neunten Buches Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Leistungen nach den Absätzen 1 und 2 sowie die Rehabilitationseinrichtung nach pflichtgemäßem Ermessen...“); ggf. orientieren sich die Krankenkassen bei ihren Belegungszuweisungen an Listen vorrangig zu belegender Kooperationspartner, die durch unterschiedliche Kriterien generiert sind (Preisranking, Ergebnisse eigener Patientenzufriedenheitsbefragungen, regionale Kriterien, usw.); diese – zumeist internen - Listen sind jedoch nicht abschließend und kommen in mehr oder weniger strikter Anwendung zum Tragen, sofern nicht medizinische Erfordernisse oder spezielle Wünsche der Versicherten für andere Kliniken vorliegen.

Für die ambulante Rehabilitation nach § 40 Absatz 1 SGBV ergibt sich die Geltung des Wunsch- und Wahlrechtes nicht aus dem SGB V selbst, sondern aus dem übergreifenden § 9 SGB IX.

¹⁹ Hänlein in Hänlein/Kruse/Schuler, SGB V, § 111,111a, Rn. 7.

IV. Bewertung

1. Vergaberecht in der medizinischen Reha nicht anwendbar

Das System der Leistungserbringung im SGB IX basiert auf folgenden Rechtsbeziehungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis:

- Der Leistungsberechtigte kann mit Antrag gegenüber dem Rehabilitationsträger auf Grundlage sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften individuelle Leistungsansprüche geltend machen, die Anspruchsgrundlagen sind im jeweiligen Leistungsrecht sowie in den §§ 9 bis 12 SGB IX formuliert. Die Bedarfsfeststellung und die Auswahl des geeigneten Leistungserbringers erfolgt durch den Rehabilitationsträger; dabei sind die individuellen Verhältnisse und die berechtigten Wünsche des Leistungsberechtigten zu berücksichtigen.
- Der Rehabilitationsträger schließt mit dem Leistungserbringer einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäß § 21 Absatz 1 SGB IX bzw. den genannten Regelungen des SGB V; Voraussetzung ist die Geeignetheit des Leistungserbringers. Darüber hinaus ist im SGB IX angelegt (nur teilweise in der Praxis realisiert), die Inhalte von Rahmen- und Einzelverträgen (Qualitätsanforderungen, die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal, vgl. § 21 Absatz 1 Nr. 1 SGB IX) und die Übernahme von Grundsätzen der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung von Vergütungen (§ 21 Absatz 1 Nr. 2 SGB IX) in Abstimmung und damit kooperativ zwischen Rehabilitationsträger und Leistungserbringer zu konkretisieren.
- Der Leistungsberechtigte geht mit dem Leistungserbringer einen privatrechtlichen (Belegungs-) Vertrag ein; er muss den Leistungen zur Teilhabe zustimmen.

Die Rehabilitationsträger sind gesetzlich verpflichtet, Rehabilitationsdienste in ausreichender Anzahl, mit entsprechender Qualität und unter Wahrung der Trägervielfalt zur Verfügung zu stellen (§ 19 Absatz 1 und 4 SGB IX). Der Zulassungsvertrag zwischen Rehabilitationsträger und Leistungserbringer bedingt aber keine Garantie für die Belegung der Einrichtung. Das Belegungsrisiko trägt die Einrichtung.

Durch das System der Zulassung aller geeigneten Einrichtungen und die Steuerung der Belegung über das Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsberechtigten findet ein sozialrechtlich regulierter Wettbewerb um Qualität und Wirtschaftlichkeit statt, der in einen kollektiven Ordnungsrahmen eingebunden ist.

Die Rehabilitationsträger verfügen über eine nur eingeschränkte Selektionsmöglichkeit: durch die grundsätzliche Vorgabe zur Zulassung aller fachlich geeigneten Einrichtungen, handelt sich um ein nicht selektierendes Zulassungsverfahren.²⁰

²⁰ So auch T. Koop, Fn. 7, S. 103.

Zusammenfassend schließt der Rechts- und Vertragsrahmen nach unserer Bewertung eine Leistungsbeschaffung im Wege der Vergabe grundsätzlich aus.

Auch aus fachlichen Erwägungen heraus halten wir eine Einrichtungsauswahl im Wege standardisierter Ausschreibungsverfahren für die Zukunft nicht für sinnvoll. Die medizinische Rehabilitation setzt an individuellen Rehabedarmen und –fähigkeiten an und erfordert eine möglichst hohe Compliance der PatientInnen in den individuell vereinbarten Zielsetzungen. Die Krankheitsbilder der Rehabilitation sind komplex und in hohem Maße individuell gefächert und für Standardisierungen kaum geeignet. Aus fachlichen Gründen sehen wir bei Ausschreibungsverfahren deshalb auch einen Verlust an notwendiger individueller Versorgungsqualität.

2. Anforderungen des § 21 SGB IX mangelhaft umgesetzt

Durch das Leistungserbringungsrecht des SGB IX mit seinem gestuften Verfahren der kollektiven und einrichtungsindividuellen Verträge sollen die wettbewerblichen Prinzipien der Transparenz und Chancengleichheit gewährleistet werden.

Vor dem Hintergrund dieser Wettbewerbsprinzipien sind die Regelungen des SGB IX zur Vertragsgestaltung (§ 21 SGB XI; einheitliche Grundsätze der Rehabilitationsträger zu Qualitätsanforderungen an die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal und die begleitenden Fachdienste, Übernahme von Grundsätzen der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung von Vergütungen.) in der Praxis (des SGB VI) nicht vollständig ausgestaltet und umgesetzt.

Der Reha-Träger hat eine Selektionsmöglichkeit über die zu treffende Einzelfallentscheidung zum „wie“ und „wo“ der Leistungserbringung; er kann nach pflichtgemäßem Ermessen die medizinisch geeignete und zu belegende Rehabilitationseinrichtung bestimmen. Insofern nehmen die Träger Einfluss auf die Auswahl der Leistungserbringer bei der konkreten Zuweisung. In dieser Umsetzung zeigen sich häufig Defizite in Bezug auf die Transparenz von Kriterien und die Gleichbehandlung. Verschiedene Rehabilitationsträger haben einen Kreis vorrangig zu belegender Vertragseinrichtungen oder die vorzugsweise zu belegenden Eigen-Einrichtungen (der RV-Träger) benannt. Die Kriterien für eine solche „Pool-Bildung“ sind für die Leistungserbringer oft nicht transparent. Eine Gleichbehandlung ist häufig nicht ersichtlich. In der Außenkommunikation gegenüber den Versicherten erscheint die Benennung spezieller „Vertragseinrichtungen“ oft auch als „abschließend“. Der Rechtsrahmen hingegen ist klar gesteckt, dass sich eine solche Selektion immer nur auf die gleichermaßen für das Erfordernis des Einzelfalls geeigneten Einrichtungen beziehen kann, bzw. bei anderen individuellen Erfordernissen ihre Grenzen hat.

Auch nicht umgesetzt ist der Anspruch des § 21 SGB IX, dass die Verträge einheitlichen Grundsätzen z.B. an die Qualität der Leistungen entsprechen.

In der Frage der fachlichen Eignung und anzuwendender Qualitätskriterien bestehen Interpretationsspielräume für die einzelnen Landesverbände, da Anforderungsprofile und Qualitätskriterien oft nur als Rahmenempfehlungen ausgestaltet sind (BAR²¹ Rahmenempfehlungen) oder nur hergeleitet gelten (Kriterien im Rahmen der Qualitätssicherung § 137d SGB V).

Damit ist auch für die Ausgestaltung der Vergütungsvereinbarungen keine einheitliche Grundlage und Bemessungsrichtschnur gegeben.

²¹ Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation.

Diese rechtlichen Rahmenseetzungen des SGB IX für ein gestuftes Verfahren der kollektiven und einrichtungsindividuellen Verträge und damit auch Rahmenseetzung für das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis sind gesetzlich noch weiter auszugestalten und zu präzisieren.
Der Deutsche Caritasverband wird diesbezügliche Forderungen in einem gesonderten Papier zusammenfassen.

Freiburg, 28.06.2017
Vorstandsbereich Sozial- und Fachpolitik
Prof. Dr. Georg Cremer
Generalsekretär

Kontakt:

Stefan Bürkle, Geschäftsführer Bundesverband Caritas Suchthilfe e.V.,
Deutscher Caritasverband, Tel. 0761 200 303; stefan.buerkle@caritas.de

Margot Jäger, Referentin Koordination med. Rehabilitation,
Deutscher Caritasverband, Tel. 0761 200 456; margot.jaeger@caritas.de

Caroline von Kries, LL.M., Leiterin Arbeitsstelle Sozialrecht,
Deutscher Caritasverband, Tel. 0761 200 224; caroline.von.kries@caritas.de

Renate Walter-Hamann, Referatsleiterin Gesundheit, Rehabilitation, Sucht,
Deutscher Caritasverband, Tel. 0761 200 369; renate.walter-hamann@caritas.de