

**Das neue System der Beschaffung von Leistungen
zur medizinischen Rehabilitation**

**Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit des
§ 15 SGB VI n.F. und der auf seiner Grundlage getroffenen
hoheitlichen Entscheidungen sowie Reformbedarf**

Rechtsgutachten

im Auftrag des

Bundesverbandes Deutscher Privatkliniken e.V. (BDPK)

und

verschiedener Träger von Rehabilitationseinrichtungen

erstellt von

Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.

Universität Potsdam

unter Mitarbeit von

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

Universität Leipzig

Dezember 2022

Executive Summary

§ 15 SGB VI und die hierauf gestützten Entscheidungen (verbindliche Entscheidungen der DRV Bund, Zulassung, Belegungsvertrag, Belegungsentscheidungen, Vergütungsvertrag) sind wegen Verstoßes gegen das allgemeine Wettbewerbsrecht der Europäischen Union (Art. 106 Abs. 1 AEUV) unwirksam und damit unanwendbar.

Die Rentenversicherungsträger nehmen nicht nur hoheitliche Funktionen gegenüber ihren Versicherten wahr, sondern sind zugleich unternehmerisch mit eigenen Rehabilitationseinrichtungen auf dem Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation tätig. Insbesondere deshalb verlangen das Unionsrecht (Art. 106 Abs. 1 AEUV), das nationale Kartellrecht (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) und das Verfassungsrecht (Art. 12 Abs. 1 GG) eine Trennung von hoheitlichen Befugnissen i.S.d. § 15 SGB VI und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger. Anderenfalls ist die gebotene Gleichbehandlung (Nichtdiskriminierung) der Rehabilitationseinrichtungen anderer Träger mit den Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger bei der Erbringung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nicht gewährleistet. Gegen dieses Gebot der Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger verstoßen § 15 SGB VI und die hierauf gestützten Einzelentscheidungen. § 15 SGB VI und die Einzelentscheidungen enthalten eine Vielzahl von Diskriminierungen von Vertragseinrichtungen. Sie sind deshalb unwirksam und unanwendbar.

Eine strikte organisatorische Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger ist aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 87 Abs. 2 GG) nicht möglich. Um die Gleichbehandlung aller Rehabilitationseinrichtungen auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation sicherzustellen, ist eine gleichberechtigte Teilhabe der Vertragseinrichtungen an den hoheitlichen Entscheidungen nach § 15 SGB VI erforderlich. Die hoheitlichen Entscheidungen müssen einvernehmlich von den Rentenversicherungsträgern (DRV Bund und Regionalträger) und den Vertragseinrichtungen getroffen werden (Konsensgebot).

Inhaltsverzeichnis

A) Einleitung und Untersuchungsgegenstand.....	10
B) Rechtliche Vorgaben für die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation	16
I. Kartellvergaberecht	16
1. Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist keine nichtwirtschaftliche Tätigkeit mit der Folge der Unanwendbarkeit des Vergabe- rechts	19
2. Öffentliche Auftragsvergabe als Gegenstand des Vergaberechts.....	22
3. Zulassung, Belegungsvertrag, Vergütungsvertrag und verbindliche Entscheidungen der DRV Bund sind keine öffentlichen Aufträge	24
4. Belegungsentscheidung der Träger der Rentenver- sicherung gem. § 15 Abs. 6a SGB VI ist öffentlicher Auftrag	30
a) Kein öffentlicher Auftrag, weil die Belegungsent- scheidung nach objektiven sozialmedizinischen Kriterien erfolgen muss?	30
b) Kein öffentlicher Auftrag wegen der Besonderheit des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses?	34
(1) Belegungsentscheidung des Rentenversiche- rungsträgers aufgrund des Vorschlags oder der Auswahl des Versicherten	36

(2) Belegungsentscheidung des Rentenversicherungsträgers bei fehlendem Vorschlag und fehlender Auswahl des Versicherten	42
(3) Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts wegen Schwellenwerten	43
II. Allgemeines EU-Wettbewerbsrecht (Art. 106 Abs. 1 AEUV)	44
1. Rentenversicherungsträger sind bei Beschaffungstätigkeit Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV	45
a) Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes: Sozialversicherungsträger sind bei Beschaffungstätigkeit keine Unternehmen	48
b) Grundsätzliche Kritik an der FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes	52
c) Unanwendbarkeit der FENIN-Rechtsprechung auf die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger	56
(1) Besondere Verantwortung der Rentenversicherungsträger gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen wegen des Struktursicherungsauftrages gem. § 36 Abs. 1 SGB IX.....	57
(2) System der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation beruht auf Wettbewerbsprinzip	59

(3) Ausbeutungs- und Diskriminierungspotenzial wegen Doppelfunktion der Rentenversiche- rungsträger als Leistungsträger und Leis- tungserbringer	61
(4) Missbrauchspotenzial wegen fehlender Tren- nung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger.....	65
d) Fazit	67
2. Rentenversicherungsträger sind öffentliche Unter- nehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV	74
3. Fehlende Trennung von hoheitlichen und unterneh- merischen Funktionen verstößt gegen unionsrechtli- ches Diskriminierungsverbot	75
4. Verpflichtung der öffentlichen Unternehmen zur Wahrung des Diskriminierungsverbotes.....	77
III. Nationales Wettbewerbsrecht (GWB).....	78
IV. Verfassungsrecht	83
1. Verfassungsrechtliches Gebot der Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger.....	83
2. Verfassungsrechtliche Maßgaben für das Federfüh- rerprinzip gem. § 15 SGB VI	86
3. Verfassungsrechtliche Maßgaben für die Vereinheit- lichung des Gesetzesvollzugs durch verbindliche Entscheidungen der DRV Bund (§ 15 Abs. 9 SGB VI).....	96

C) Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit des § 15 SGB VI	100
I. § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV	100
1. Diskriminierungsgefahr im Zulassungsregime	103
2. Diskriminierungsgefahr durch Belegungsvertrag	109
3. Diskriminierungsgefahr durch Belegungsentscheidung	114
a) Belegung nach Ausübung des Vorschlagsrechts des Versicherten	120
b) Belegung mit Ausübung des Auswahlrechts des Versicherten	122
c) Belegung ohne Vorschlag und Auswahl des Ver- sicherten	124
d) Rechtsschutzdefizite	125
4. Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahr durch Vergütungsvertrag	127
5. Diskriminierungsgefahr durch Befugnis der DRV Bund zur Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen	132
6. Fazit	137
II. § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 83 f. GG	137
1. Federführerprinzip gem. § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 83 f. GG	138
2. Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen durch die DRV Bund (§ 15 Abs. 9 SGB VI)	142

a) Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG wegen gesetzlicher Ermächtigung zum Erlass materiell-rechtlicher Regelungen	142
b) Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG wegen gesetzlicher Ermächtigung der DRV Bund zu Verfahrensregelungen?	144
D) Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit der auf der Grundlage von § 15 SGB VI getroffenen hoheitlichen Entscheidungen der Rentenversicherungsträger	147
I. Unwirksamkeit der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund wegen fehlender gesetzlicher Ermächti- gungsgrundlage.....	147
II. Unwirksamkeit der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund wegen ihres Inhalts	149
1. Verbindliche Entscheidung zu den Zulassungsan- forderungen (VE Zulassung)	151
2. Verbindliche Entscheidung zum Vergütungssystem (VE Vergütung)	153
a) Einrichtungsübergreifende Komponente der Ver- gütung.....	157
b) Einrichtungsspezifische Komponente der Ver- gütung.....	162
3. Verbindliche Entscheidung zur Belegung (VE Belegung).....	167

a) Versicherter hat Vorschlagsrecht ausgeübt (§ 15 Abs. 6a Satz 1 bis 3 SGB VI).....	170
b) Versicherter hat Vorschlagsrecht nicht ausgeübt oder dem Vorschlag kann nicht entsprochen wer- den (§ 15 Abs. 6a Satz 4 und 5 SGB VI)	172
III. Unwirksamkeit des Belegungsvertrags.....	178
E) Reformvorschläge	183
I. Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben i.S.d. § 15 SGB VI durch eine unabhängige Regulierungs- behörde außerhalb der Rentenversicherung?	186
II. Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben i.S.d. § 15 SGB VI durch eine unabhängige Stelle innerhalb eines Rentenversicherungsträgers?.....	188
III. Wahrnehmung der hoheitlichen Funktionen i.S.d. § 15 SGB VI durch ein gemeinsames Entscheidungs- gremium aus Rentenversicherungsträgern und Ver- tragseinrichtungen.....	192
1. Gemeinsames Entscheidungsgremium aus DRV Bund, Regionalträgern und Vertragsein- richtungen	193
2. Zuständigkeit des gemeinsamen Entscheidungsgre- miums für verbindliche Entscheidungen, Zulassung, Belegung und Vergütung	197

a) Verbindliche Entscheidungen (§ 15 Abs. 9 SGB VI)	197
b) Zulassung, Belegungsvertrag, Belegung, Vergü- tungsvertrag.....	199
aa) Belegungsvertrag (§ 15 Abs. 6 SGB VI)	199
bb) Einrichtungsübergreifende Vergütung (§ 15 Abs. 8 SGB VI)	200
cc) Zulassung (§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI), Bele- gungsentscheidung (§ 15 Abs. 6a SGB VI) und einrichtungsspezifische Vergütung (§ 15 Abs. 8 SGB VI)	201
F) Ergebnisse	205

A) Einleitung und Untersuchungsgegenstand

Der Bundesgesetzgeber hat durch das Gesetz zur Verbesserung der Transparenz in der Alterssicherung und der Rehabilitation sowie zur Modernisierung der Sozialversicherungswahlen und zur Änderung anderer Gesetze (Gesetz Digitale Rentenübersicht)¹ die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach den §§ 42 bis 47a SGB IX² (s. § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB VI) durch die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung neu geregelt. Mit Wirkung zum 1. Juli 2023 erhält § 15 SGB VI neue Absätze 2 bis 8.³ Bereits seit dem 18. Februar 2021 sind die Absätze 9 und 10 des § 15 SGB VI in Kraft getreten.⁴ Lediglich § 15 Abs. 1 SGB VI gilt unverändert fort.

Anders als bislang gilt § 15 SGB VI in der geänderten Fassung künftig nicht mehr nur für stationäre, sondern für sämtliche – stationäre und ambulante – Rehabilitationsleistungen (s. § 15 Abs. 2 SGB VI: „Leistungen zur medizinischen Rehabilitation [...]“). Der geltende § 15 SGB VI regelt nur die Erbringung stationärer Rehabilitationsleistungen (s. § 15 Abs. 2 und 3 SGB VI i.d.F. bis 30.6.2023). Die Beschaffung der (stationären und ambulanten) Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung erfolgt künftig in folgenden Schritten:

Auf einer ersten Stufe des Beschaffungsverfahrens steht die Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen durch Verwaltungsakt⁵

¹ BGBl. I 2021 S. 154.

² Ausgenommen sind Leistungen nach § 42 Abs. 2 Nr. 2 und § 46 SGB IX.

³ BGBl. I 2021 S. 154 (S. 160 f.: Normtext; S. 167: Inkrafttreten).

⁴ BGBl. I 2021 S. 154 (S. 161: Normtext; S. 167: Inkrafttreten).

⁵ Vgl. BT-Drs. 19/23550, S. 94: „Neu ist die Zulassungsentscheidung durch den Träger der Rentenversicherung.“; s. auch S. 97: „Der Widerruf der Zulassungsentscheidung ist ein belastender Verwaltungsakt.“

(§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI). Leistungen zur medizinischen Rehabilitation werden entweder durch Rehabilitationseinrichtungen erbracht, die von einem Träger der Rentenversicherung selbst betrieben werden, oder von Rehabilitationseinrichtungen, die von anderen betrieben werden (im Folgenden: Vertragseinrichtungen). Während die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger als zugelassen gelten (fiktive Zulassung), müssen von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen zugelassen werden. Unter den gesetzlich bestimmten Zulassungsvoraussetzungen besteht ein Anspruch auf Zulassung. Nach dem ebenfalls zum 1. Juli 2023 in Kraft tretenden § 301 Abs. 4 SGB VI gilt für Rehabilitationseinrichtungen, die bereits vor dem 1. Juli 2023 Leistungen zur medizinischen Rehabilitation aufgrund von Vereinbarungen mit einem Träger der Rentenversicherung erbracht haben, eine Zulassungsentscheidung als erteilt, sofern die Anforderungen nach § 15 Abs. 3 SGB VI erfüllt sind.⁶ Über die Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen entscheidet der federführende Träger der Rentenversicherung, der den Zulassungsprozess in allen Verfahrensschritten steuert und die Entscheidungen mit Wirkung für alle Träger der Rentenversicherung trifft. Sowohl die Zulassungsentscheidung (Vertragseinrichtungen) als auch die fiktive Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger kann widerrufen werden, wenn die Rehabilitationseinrichtung die Zulassungsanforderungen nicht mehr erfüllt.

Auf der zweiten Stufe der Beschaffung steht der Abschluss eines Belegungsvertrags mit der zugelassenen Rehabilitationseinrichtung, der von dem federführenden Träger der Rentenversicherung mit Wirkung für alle Träger der Rentenversicherung abge-

⁶ BGBl. I 2021 S. 162.

geschlossen wird. Der Vertrag begründet keinen Anspruch auf Inanspruchnahme durch Träger der Rentenversicherung (§ 15 Abs. 6 SGB VI).

Die dritte Stufe des Beschaffungsverfahrens ist die Belegung der Rehabilitationseinrichtungen mit Versicherten durch den zuständigen Träger der Rentenversicherung (§ 15 Abs 6a SGB VI). Hierzu kann der Versicherte dem zuständigen Rentenversicherungsträger Rehabilitationseinrichtungen vorschlagen. Der zuständige Rentenversicherungsträger prüft, ob die von dem Versicherten vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen die Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringen. Erfüllen die vom Versicherten vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen die objektiven sozialmedizinischen Kriterien für die Bestimmung einer Rehabilitationseinrichtung, weist der zuständige Rentenversicherungsträger dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zu. Liegt ein Vorschlag des Versicherten nicht vor oder erfüllen die vom Versicherten vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen die objektiven sozialmedizinischen Kriterien für die Bestimmung einer Rehabilitationseinrichtung nicht, hat der zuständige Träger der Rentenversicherung dem Versicherten unter Darlegung der ergebnisrelevanten objektiven Kriterien Rehabilitationseinrichtungen vorzuschlagen. Unter diesen vom Rentenversicherungsträger vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen darf der Versicherte innerhalb von 14 Tagen auswählen.

Die vierte Stufe der Beschaffung betrifft die Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen (§ 15 Abs. 8 SGB VI). Die Rehabilitationseinrichtung hat gegen den jeweiligen Träger der Rentenversicherung einen Anspruch auf Vergütung der gegenüber dem Versicherten erbrachten Leistungen. Der Vergütungssatz wird von dem federführenden Träger der Rentenversicherung mit der

Rehabilitationseinrichtung vereinbart. Zur Ermittlung und Bemessung einer leistungsgerechten Vergütung der Leistungen hat die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV Bund) bis zum 31. Dezember 2025 ein transparentes, nachvollziehbares und diskriminierungsfreies Vergütungssystem zu entwickeln.

Eine weitere – vorgelagerte – Stufe des Beschaffungsverfahrens bilden verbindliche Entscheidungen der DRV Bund. Gem. § 15 Abs. 9 i.V.m. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a SGB VI hat die DRV Bund für alle Rehabilitationseinrichtungen, die entweder vom Träger der Rentenversicherung selbst oder von anderen betrieben werden, bis zum 30. Juni 2023 verbindliche Entscheidungen herbeizuführen. Die verbindlichen Entscheidungen regeln die nähere inhaltliche Ausgestaltung der Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen, das Vergütungssystem, die objektiven sozialmedizinischen Kriterien für die Belegung der Rehabilitationseinrichtungen und die Qualitätssicherung. Die maßgeblichen Vereinigungen der Rehabilitationseinrichtungen und die maßgeblichen Verbände der Rehabilitandinnen und Rehabilitanden erhalten hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Stellungnahme ist nach dem Gesetz bei der Beschlussfassung mit dem Ziel einzubeziehen, eine konsensuale Regelung zu erreichen.

Hintergrund dieser grundlegenden Neugestaltung des Verfahrens der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist die anhaltende Kritik an dem bisherigen Beschaffungssystem, dessen Vereinbarkeit mit Vergaberecht infrage gestellt wird.⁷ Bemängelt wird insbesondere das Fehlen eines transparenten und nachvollziehbaren Vergütungskonzepts für die zu erbringenden Leistungen zur medizinischen Rehabilitation

⁷ BT-Drs. 19/23550, S. 2 und 62.

sowie die Auswahl der Rehabilitationseinrichtung durch den Träger der Rentenversicherung als selektiv.⁸ Mit der Neureglung des § 15 SGB VI verfolgt der Gesetzgeber daher das Ziel, die „Transparenz, Nachvollziehbarkeit, Diskriminierungsfreiheit und Gleichbehandlung bei der Beschaffung medizinischer Rehabilitationsleistungen durch die Träger der Rentenversicherung zu verbessern.“⁹ „Neben dem Wunsch- und Wahlrecht des versicherten Rehabilitanden sollen die Selbstverwaltung der Rentenversicherung und die Interessen der Rehabilitationseinrichtungen gestärkt werden.“¹⁰

Die von der DRV Bund nach § 15 Abs. 9 i.V.m. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a SGB VI zu treffenden verbindlichen Entscheidungen liegen im Entwurf vor (Stand: 27. September 2022) und sind Gegenstand des laufenden Stellungnahmeverfahrens gem. § 15 Abs. 9 Satz 3 und 4 SGB VI.

Dieses neue System der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ersetzt zum 1. Juli 2023 das bisherige Beschaffungssystem. Bislang werden (stationäre) Leistungen zur medizinischen Rehabilitation in Einrichtungen erbracht, die entweder von einem Rentenversicherungsträger selbst betrieben werden oder mit denen ein Vertrag nach § 38 SGB IX besteht (§ 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI a.F.). Dieser nach § 38 SGB IX zu schließende (Versorgungs- und Vergütungs-) Vertrag mit den Rehabilitationseinrichtungen muss insbesondere Regelungen zur Ausführung der Leistungen und zu der vom Rentenversicherungsträger zu zahlenden Vergütung enthalten. Die Anforderungen des § 38 SGB IX gelten nur teilweise auch für von den Rehabilitationsträgern betriebene Rehabilitationseinrichtungen

⁸ BT-Drs. 19/23550, S. 2 und 62.

⁹ BT-Drs. 19/23550, S. 2.

¹⁰ BT-Drs. 19/23550, S. 2.

(s. § 38 Abs. 4 SGB IX). Auf einer weiteren Stufe des derzeitigen Beschaffungsprozesses steht die Inanspruchnahme einer vertraglich zugelassenen Rehabilitationseinrichtung durch den Rentenversicherungsträger nach § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI und § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.¹¹

Der BDPK einerseits sowie verschiedene Träger von Rehabilitationseinrichtungen andererseits haben darum gebeten, rechtsgutachtlich zu untersuchen, ob das neue System der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach § 15 SGB VI mit geltendem Recht in Einklang steht. Konkret ist zu klären, ob § 15 SGB VI mit Unionsrecht und Verfassungsrecht vereinbar ist. Die auf § 15 SGB VI gestützten Entscheidungen werden ebenfalls begutachtet.

Zunächst wird herausgearbeitet, welche unionsrechts- und verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger gelten (s. B)). Anschließend wird dargelegt, dass § 15 SGB VI mit Unionsrecht und Verfassungsrecht mehrfach unvereinbar ist (s. C)). Unions- und verfassungswidrig sind auch die auf § 15 Abs. 9 SGB VI gestützten verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund (Entwurf) sowie der nach § 15 Abs. 6 SGB VI zu schließende und ebenfalls bereits im Entwurf vorliegende Belegungsvertrag (s. D)). Am Ende des Gutachtens stehen Reformvorschläge für eine unions- und verfassungskonforme Ausgestaltung des Systems der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (s. E)) und eine Zusammenfassung der Ergebnisse (s. F)).

¹¹ Vgl. die verbindliche Entscheidung des Bundesvorstands der Deutschen Rentenversicherung Bund, RVaktuell 5/6/2017, 163.

B) Rechtliche Vorgaben für die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation

I. Kartellvergaberecht

Während im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung die Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts und des besonderen Kartellvergaberechts auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern in § 69 SGB V explizit geregelt ist, fehlt für den Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung eine entsprechende Vorschrift. Eine analoge Anwendung des § 69 SGB V auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Trägern der gesetzlichen Rentenversicherung und den Leistungserbringern (hier: Rehabilitationseinrichtungen) scheidet mangels Regelungslücke und wegen fehlender Vergleichbarkeit der Leistungserbringungssysteme aus.¹²

Eine Verpflichtung zur Ausschreibung der von den Rentenversicherungsträgern nach § 15 SGB VI zu beschaffenden Leistungen zur medizinischen Rehabilitation folgt auch nicht aus § 22 Abs. 1 Satz 1 und 2 SVHV. § 22 Abs. 1 SVHV regelt die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Sozialversicherungsträger (Satz 1) und insbesondere eine Ausschreibungspflicht (Satz 2). § 22 Abs. 1 Satz 2 SVHV gilt aber nicht für Verträge, die unmittelbar der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen (§ 22 Abs. 1 Satz 3 SVHV).¹³ Um die Erbringung gesetzlicher Sozialversicherungsleistungen geht es bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach § 15 SGB VI.

¹² Baudis, VergabeR 2022, 1 (7); Ohrtmann, SRa 2020, 212 (212 f.).

¹³ Baudis, VergabeR 2022, 1 (7).

Mit der Neuregelung des § 15 SGB VI unternimmt der Gesetzgeber nicht den Versuch, vergaberechtliche Sondertatbestände, d.h. Ausnahmeregelungen vom geltenden Vergaberecht zu schaffen. Vielmehr ist es das Anliegen des Gesetzgebers, § 15 SGB VI so neu zu fassen, dass die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung nicht mit dem europäischen und nationalen Vergaberecht in Konflikt gerät. In der Gesetzesbegründung heißt es ausdrücklich:

„Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird das von den Trägern der Rentenversicherung bisher auf der Grundlage der »verbindlichen Entscheidung zur Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation« praktizierte »offene Zulassungsverfahren« im SGB VI – in Übereinstimmung mit den Regeln des (europäischen) Vergaberechts unter Beachtung des Rechts der Selbstverwaltung gesetzlich geregelt.“¹⁴
(Hervorhebung durch Verf.)

Dieses Ziel hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 15 SGB VI erreicht. Im Folgenden wird gezeigt, dass § 15 SGB VI nicht mit nationalem und europäischem Kartellvergaberecht kollidiert. Die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung ist allerdings keine nichtwirtschaftliche Tätigkeit mit der Folge einer Unanwendbarkeit des Vergaberechts (s. 1.). Gegenstand des Kartellvergaberechts ist aber ausschließlich die öffentliche Auftragsvergabe (s. 2.). Die Vorschriften des § 15 SGB VI über die Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen (Abs. 2 bis 5), über den Abschluss eines Belegungsvertrags mit den zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen (Abs. 6), über ihre Vergütung (Abs. 8) und zur Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen durch die

¹⁴ BT-Drs. 19/23550, S. 62.

DRV Bund (Abs. 9) betreffen keinen öffentlichen Auftrag und sind deshalb kartellvergaberechtlich nicht relevant (s. 3.). Kartellvergaberechtlich bedeutsam ist allein die von dem zuständigen Rentenversicherungsträger zu treffende (Belegungs-)Entscheidung, welche Rehabilitationseinrichtung dem Versicherten im konkreten Fall zugewiesen wird (§ 15 Abs. 6a SGB VI). An einer Auswahlentscheidung im kartellvergaberechtlichen Sinne fehlt es nicht schon deshalb, weil die Belegung von Rehabilitationseinrichtungen durch die Träger der Rentenversicherung gem. § 15 Abs. 6a SGB VI nach objektiven sozialmedizinischen Kriterien vorzunehmen ist (s. 4. a)). Allerdings wirkt sich das die Leistungserbringung im Sozialversicherungsrecht kennzeichnende sozialrechtliche Dreiecksverhältnis (Sozialversicherungsträger, Versicherte, Leistungserbringer) auf die rechtliche Qualifizierung der Belegungsentscheidung des Rentenversicherungsträgers nach § 15 Abs. 6a SGB VI aus (s. 4. b)). Hierbei ist zu differenzieren: Erfolgt die Belegungsentscheidung aufgrund des Vorschlags (§ 15 Abs. 6a Satz 1 bis 3 SGB VI) oder der Auswahl (§ 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI) des Versicherten, liegt kein öffentlicher Auftrag vor; das Kartellvergaberecht findet dann keine Anwendung (s. 4. b) (1)). Weist hingegen der zuständige Rentenversicherungsträger dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zu, weil der Versicherte keinen Vorschlag unterbreitet hat oder weil die vom Versicherten vorgeschlagenen Einrichtungen die für diese geltenden objektiven sozialmedizinischen Kriterien nicht erfüllen (§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI) und der Versicherte von seinem Auswahlrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI keinen Gebrauch macht, liegt zwar ein öffentlicher Auftrag vor. Da indes in aller Regel der hierfür geltende Schwellenwert von 750.000 Euro je Auftrag nicht erreicht wird, ist das Kartellvergaberecht gleichwohl nicht anwendbar (s. 4. b) (2) und (3)).

1. Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist keine nichtwirtschaftliche Tätigkeit mit der Folge der Unanwendbarkeit des Vergaberechts

Durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17. Februar 2016¹⁵ wurde der 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) „Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen“ neu gefasst. Damit wurde die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG¹⁶ (Richtlinie 2014/24/EU) in nationales Recht transformiert.

Gem. Art. 74 Richtlinie 2014/24/EU gilt die Richtlinie grundsätzlich auch für die Vergabe von Aufträgen für soziale und andere in Anhang XIV der Richtlinie aufgeführte besondere Dienstleistungen. Dazu gehören auch „Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung“ (s. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU). Dementsprechend sieht § 130 GWB vor, dass das Vergaberecht bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU prinzipiell Anwendung findet. Nach der Begründung zum Gesetz Digitale Rentenübersicht zählen hierzu „auch die von den Trägern der Rentenversicherung für ihre Versicherten erbrachten Leistungen zur medizinischen Rehabilitation“.¹⁷

Dass sich die Richtlinie 2014/24/EU auch auf „Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung“ erstreckt, ist

¹⁵ BGBl. I 2016 S. 203.

¹⁶ ABI. L 094 v. 28.03.2014, S. 65.

¹⁷ BT-Drs. 19/23550, S. 61.

deshalb problematisch, weil nach der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union (EuG) und des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) Sozialversicherungsträger keine Unternehmen im Sinne des unionalen Wettbewerbsrechts sind, wenn sie zum Zweck der Erfüllung ihres gesetzlichen Sozialleistungsauftrages bei Dritten Güter- oder Dienstleistungen einkaufen. Eine Differenzierung zwischen der Erfüllung des gesetzlichen Sozialleistungsauftrages und der Einkaufstätigkeit wird ausdrücklich abgelehnt. Dies soll ungeachtet einer ggf. bestehenden Nachfragemacht oder gar eines Nachfragemonopols gelten.¹⁸

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofes wäre die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit, weil sie der Erfüllung der den Rentenversicherungsträgern gegenüber ihren Versicherten obliegenden Aufgaben, d.h. der Erfüllung des gesetzlichen Sozialversicherungsauftrages dient. Solche nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten unterfallen auch der Richtlinie 2014/24/EU nicht. Das folgt bereits aus Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen sollten“. Außerdem heißt es in der Fußnote zum Begriff „Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung“ in Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU:

„Diese Dienstleistungen unterliegen nicht dieser Richtlinie, wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert werden. Es steht den Mitgliedstaaten frei, die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen so-

¹⁸ S. hierzu noch S. 45 ff.

zialen Dienstleistungen oder anderen Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu organisieren.“

Allerdings begegnen der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Union zur Qualifizierung der Beschaffungstätigkeit von Sozialversicherungsträgern in Erfüllung ihres gesetzlichen Sozialauftrages durchgreifende Bedenken.¹⁹ Auch der Bundesgerichtshof (BGH) folgt dieser Rechtsprechung nicht,²⁰ sodass im Rahmen des § 130 GWB eine andere Bewertung denkbar ist. Vor allem aber bestehen bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation Besonderheiten, d.h. besondere Diskriminierungsgefahren, die es erfordern, die Tätigkeit der Rentenversicherungsträger im Verhältnis zu den Leistungserbringern als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren.²¹ Im Ergebnis gilt daher, dass die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht schon deshalb ausscheidet, weil die Rentenversicherungsträger im Verhältnis zu den Leistungserbringern (Rehabilitationseinrichtungen) eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vornehmen, die dem Vergaberecht nicht unterfällt. Die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger ist eine wirtschaftliche Tätigkeit, die als „Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung“ prinzipiell der Richtlinie 2014/24/EU unterfällt.

¹⁹ Hierzu S. 52 ff.

²⁰ S. 52 ff.

²¹ Dazu S. 56 ff.

2. Öffentliche Auftragsvergabe als Gegenstand des Vergaberechts

Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU ist auf die öffentliche Auftragsvergabe bezogen und begrenzt (vgl. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU).

Der Unionsgesetzgeber hat in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU darauf hingewiesen, dass die zunehmende Vielfalt öffentlicher Tätigkeiten es erfordert, den Begriff der Auftragsvergabe klarer zu definieren. Diese Präzisierung soll jedoch den Anwendungsbereich der neuen EU-Vergaberichtlinie im Verhältnis zu dem der aufgehobenen Richtlinie 2004/18/EG nicht erweitern. Die unionsrechtlichen Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe sollen nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrages getätigt werden. Konstellationen, in denen sämtliche 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) (Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU).

Der Begriff der „Auftragsvergabe“ ist in Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU legaldefiniert. Danach ist Auftragsvergabe im Sinne der Richtlinie der im Wege eines öffentlichen Auftrages erfolgende Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftragge-

bern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.

Dementsprechend ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die Auswahl eines Angebotes und damit eines Auftragnehmers, d.h. die Ausschließlichkeit (Selektivität) der Beauftragung eines bestimmten Wirtschaftsteilnehmers, für die öffentliche Auftragsvergabe konstituierend.²² Bestätigt wird dies durch Art. 84 Abs. 1 Satz 1 lit. d) Richtlinie 2014/24/EU, der die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, über jeden vergebenen Auftrag, jede Rahmenvereinbarung oder jede Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems einen Vergabevermerk anzufertigen, der den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebotes umfasst.²³

Aus diesem Grund stellen Zulassungsverfahren für bestimmte Dienstleistungen, die nur der Überprüfung der fachlichen Eignung der Unternehmen dienen, ohne dass damit die Auswahl eines bestimmten Wirtschaftsteilnehmers verbunden ist, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes keinen öffentlichen Auftrag dar²⁴ (s. auch Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU). Solche Zulassungsverfahren sind zulässig, wenn die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) festgelegten Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer*innen sowie des

²² EuGH, NZS 2016, 542 (543 Rn. 36 ff.); EuGH, NZBau 2018, 366 (368 f. Rn. 29 ff.).

²³ EuGH, NZS 2016, 542 (543 Rn. 39).

²⁴ EuGH, NZS 2016, 542 (543 Rn. 42); EuGH, NZBau 2018, 366 (369 Rn. 41).

sich daraus ergebenden Transparenzgebotes, das eine angemessene Bekanntmachung verlangt, beachtet werden.²⁵ Der Europäische Gerichtshof lässt dabei offen, aus welchen konkreten Grundregeln des AEUV diese Verpflichtungen folgen.²⁶

3. Zulassung, Belegungsvertrag, Vergütungsvertrag und verbindliche Entscheidungen der DRV Bund sind keine öffentlichen Aufträge

Die (Neu-)Regelungen des § 15 SGB VI über die Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen (Abs. 2 bis 5), die Inanspruchnahme zugelassener Rehabilitationseinrichtungen durch Vertrag (Belegungsvertrag, Abs. 6), ihre Vergütung (Abs. 8) und zur Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen durch die DRV Bund (Abs. 9) begründen keinen öffentlichen Auftrag und sind deshalb vergaberechtlich nicht relevant.

a) Das gilt zunächst für das auf der ersten Stufe der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durchzuführende Verfahren der Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen, die nicht von einem Träger der Rentenversicherung selbst betrieben werden (§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI). In dem Zulassungsverfahren prüft der federführende Träger der Rentenversicherung (s. § 15 Abs. 5 Satz 1 SGB VI), ob die jeweilige Rehabilitationseinrichtung fachlich geeignet ist (§ 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 und 3 SGB VI) und die weiteren Zulassungsvoraussetzungen des § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bis 5 SGB VI erfüllt. Liegen diese gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen vor, hat die Rehabilitationseinrichtung gem. § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI einen

²⁵ EuGH, NZS 2016, 542 (543 Rn. 43 ff.).

²⁶ S. 44 ff.

Anspruch auf Zulassung. Mit der Zulassungsentscheidung (Verwaltungsakt) wird die Rehabilitationseinrichtung für die Dauer der Zulassung zur Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zugelassen (§ 15 Abs. 4 Satz 1 SGB VI).

Dieses Zulassungsverfahren entfaltet keine Ausschließlichkeitswirkung in dem Sinne, dass nur eine bestimmte zugelassene Rehabilitationseinrichtung Leistungen zur medizinischen Rehabilitation erbringen soll. Es wird kein bestimmter Wirtschaftsteilnehmer selektiv ausgewählt und beauftragt. Vielmehr erfolgt die Zulassung im Rahmen eines kartellvergaberechtlich nicht relevanten, einfachen (offenen) Zulassungssystems, das nur der Überprüfung der fachlichen Eignung der Leistungserbringer dient, ohne dass damit die Auswahl eines bestimmten Wirtschaftsteilnehmers verbunden ist (vgl. Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU). Durch die Zulassung wird an keine Rehabilitationseinrichtung ein öffentlicher Auftrag zur Versorgung von Versicherten mit Rehabilitationsleistungen (mit Ausschließlichkeitswirkung) vergeben.²⁷ Das Zulassungsverfahren ist deshalb vergaberechtlich nicht relevant.

b) Das Gleiche gilt für den Abschluss eines Belegungsvertrags mit den zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen (§ 15 Abs. 6 SGB VI). Gem. § 15 Abs. 6 Satz 1 SGB VI setzt die Inanspruchnahme, d.h. die Belegung²⁸ einer zugelassenen Rehabilitationseinrichtung zur Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation voraus, dass zwischen dieser und dem federführenden Träger der Rentenversicherung ein Vertrag abgeschlos-

²⁷ *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (11); *Steinmeyer*, Gutachten zu Fragen der Ausgestaltung der Reha-Leistungen nach dem SGB VI in der Fassung des Rent-ÜG, 2021, S. 17 ff., 20 ff.

²⁸ BT-Drs. 19/23550, S. 98.

sen wird. In dem (Belegungs-)Vertrag werden die näheren einrichtungsspezifischen Einzelheiten wie insbesondere Inhalt, Umfang und Qualität der von den Rehabilitationseinrichtungen zu erbringenden Leistungen zur medizinischen Rehabilitation geregelt.²⁹ Insbesondere wird geregelt, für welche Indikationen und damit zusammenhängenden Nebenindikationen Leistungen zur medizinischen Rehabilitation jeweils von der Rehabilitationseinrichtung erbracht werden und wie diese inhaltlich auszugestalten sind.³⁰ Geschlossen wird der Vertrag zwischen der zugelassenen Rehabilitationseinrichtung und dem federführenden Träger der Rentenversicherung, der den Vertrag mit Wirkung für alle Träger der Rentenversicherung abschließt (§ 15 Abs. 6 Satz 2 SGB VI). Der federführende Träger der Rentenversicherung ist dabei verpflichtet, mit einer zugelassenen Rehabilitationseinrichtung einen Belegungsvertrag abzuschließen (Kontrahierungszwang).³¹ Mit dem Abschluss des Vertrags erhält die (zugelassene) Rehabilitationseinrichtung die Möglichkeit, für Versicherte der Rentenversicherung Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zu erbringen.³² Der Vertrag begründet für die Rehabilitationseinrichtung also die Möglichkeit, von einem Träger der Rentenversicherung in Anspruch genommen zu werden.³³ § 15 Abs. 6 Satz 3 SGB VI regelt aber ausdrücklich, dass der mit der Rehabilitationseinrichtung abgeschlossene (Belegungs-)Vertrag keinen Anspruch auf Inanspruchnahme (Belegung) durch den Träger der Rentenversicherung begründet.³⁴ Ein solcher An-

²⁹ BT-Drs. 19/23550, S. 98.

³⁰ BT-Drs. 19/23550, S. 98.

³¹ BT-Drs. 19/23550, S. 98; s. auch *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (11).

³² BT-Drs. 19/23550, S. 98.

³³ BT-Drs. 19/23550, S. 98.

³⁴ Vgl. auch BT-Drs. 19/23550, S. 98; *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (11).

spruch auf tatsächliche Inanspruchnahme besteht weder gegenüber dem federführenden Träger noch gegenüber einem anderen Träger der Rentenversicherung.³⁵ Zu einer tatsächlichen Inanspruchnahme kommt es nur, wenn die Rehabilitationseinrichtung entweder vom Versicherten im Rahmen seines Wunsch- und Wahlrechts selbst ausgewählt wird (s. § 15 Abs. 6a Satz 1 bis 3, Satz 5 SGB VI) oder wenn die Rehabilitationseinrichtung dem Versicherten vom zuständigen Träger der Rentenversicherung zugewiesen wird (§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI).³⁶

Demnach begründet auch der Abschluss des Belegungsvertrags zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und der zugelassenen Rehabilitationseinrichtung keine Ausschließlichkeitswirkung in dem Sinne, dass nur diese Einrichtung Leistungen zur medizinischen Rehabilitation erbringen soll. Es wird kein bestimmter Wirtschaftsteilnehmer selektiv ausgewählt und mit der Leistungserbringung beauftragt. Vielmehr erfolgt auch der Belegungsvertrag im Rahmen eines kartellvergaberechtlich nicht relevanten, einfachen (offenen) Zulassungssystems, das nur der Sicherstellung der fachlichen Eignung der Rehabilitationseinrichtungen dient (insbesondere Regelung von Inhalt, Umfang und Qualität der zu erbringenden Rehabilitationsleistungen), ohne dass damit die Auswahl eines bestimmten Wirtschaftsteilnehmers verbunden ist (vgl. Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU). Durch den Belegungsvertrag erfolgt keine Vergabe eines konkreten öffentlichen Auftrages (mit Ausschließlichkeitswirkung) an die Rehabilitationseinrichtung, d.h.,

³⁵ BT-Drs. 19/23550, S. 98.

³⁶ BT-Drs. 19/23550, S. 98.

sie wird nicht mit Versicherten belegt.³⁷ Der Belegungsvertrag ist somit vergaberechtlich nicht relevant.

c) Die in § 15 Abs. 8 SGB VI geregelte Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen ist mangels Auftragsvergabe kartellrechtlich ebenfalls nicht relevant. Der in § 15 Abs. 8 SGB VI geregelte Vergütungsanspruch der Rehabilitationseinrichtungen gegen den jeweiligen Träger der Rentenversicherung gilt für die gegenüber dem Versicherten erbrachten Leistungen (Satz 1). Hierzu vereinbart der federführende Träger der Rentenversicherung mit der Rehabilitationseinrichtung den Vergütungssatz (Satz 2). Der Vergütungsvertrag selbst begründet ebenso wenig wie die Zulassung (§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI) und der Belegungsvertrag (§ 15 Abs. 6 SGB VI) einen Anspruch auf Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation. Es besteht kein Anspruch auf Belegung mit Versicherten. Zu einer tatsächlichen Inanspruchnahme der Rehabilitationseinrichtung kommt es nur unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 6a SGB VI. Auch durch den Vergütungsvertrag wird mithin kein bestimmter Wirtschaftsteilnehmer selektiv ausgewählt und mit der Leistungserbringung beauftragt. Auch er ist mithin vergaberechtlich irrelevant.

d) Ebenfalls keine kartellrechtliche Relevanz haben die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund, die sie nach § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI in Wahrnehmung der ihr nach § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a SGB VI zugewiesenen Aufgaben herbeiführen muss. Die verbindlichen Entscheidungen ergehen nach § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung der Zulassungsanforderungen (Nr. 1), zu einem verbindlichen, transparenten,

³⁷ *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (11); *Steinmeyer*, Gutachten zu Fragen der Ausgestaltung der Reha-Leistungen nach dem SGB VI in der Fassung des Rent-ÜG, 2021, S. 17 ff., 20 ff.

nachvollziehbaren und diskriminierungsfreien Vergütungssystem (Nr. 2), zu den objektiven sozialmedizinischen Kriterien für die Bestimmung einer Rehabilitationseinrichtung im Rahmen einer Inanspruchnahme nach § 15 Abs. 6 SGB VI (wohl eher: Abs. 6a) (Nr. 3) und zum näheren Inhalt und Umfang der Daten der externen Qualitätssicherung bei den zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen (Nr. 4). Sie sind mithin Elemente des Zulassungsverfahrens und des weiteren Verfahrens für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (Belegung, Vergütung und Qualitätssicherung). Die verbindlichen Entscheidungen betreffen sämtliche Rentenversicherungsträger (s. § 138 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB VI) und alle Rehabilitationseinrichtungen (§ 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI) und beinhalten keine Auswahlentscheidung mit Ausschließlichkeitswirkung zugunsten einzelner Rehabilitationseinrichtungen und damit keine öffentlichen Aufträge. Die von der DRV Bund zu treffenden verbindlichen Entscheidungen sind damit kartellvergaberechtlich ebenfalls nicht relevant.

Die Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts bedeutet allerdings nicht, dass die (Neu-)Regelungen des § 15 SGB VI zulässig sind. Die Vorschriften über die Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen (§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI), den Belegungsvertrag (§ 15 Abs. 6 SGB VI), die Belegung (§ 15 Abs. 6a SGB VI), die Vergütung (§ 15 Abs. 8 SGB VI) und die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund (§ 15 Abs. 9 SGB VI) sind vielmehr am Maßstab der allgemeinen EU-Wettbewerbsregeln zu messen.³⁸

³⁸ Im Einzelnen S. 44 ff.

**4. Belegungsentscheidung der
Träger der Rentenversicherung gem.
§ 15 Abs. 6a SGB VI ist öffentlicher Auftrag**

Kartellvergaberechtlich relevant ist die in § 15 Abs. 6a SGB VI geregelte Entscheidung des zuständigen Trägers der Rentenversicherung, welche Rehabilitationseinrichtung im konkreten Fall mit dem Versicherten belegt wird und ihm gegenüber Leistungen zur medizinischen Rehabilitation erbringt.

**a) Kein öffentlicher Auftrag, weil die
Belegungsentscheidung nach objektiven
sozialmedizinischen Kriterien erfolgen muss?**

Das bisherige System der Belegung von Rehabilitationseinrichtungen durch die Träger der Rentenversicherung stand in der Kritik, weil es an Transparenz und Nachvollziehbarkeit sowie ausreichender gesetzlicher Regelung der Belegungskriterien mangelte und die Belegungsentscheidungen der Rentenversicherungsträger als selektiv erachtet wurden.³⁹ Die Belegungskriterien waren lediglich rudimentär geregelt in § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI (Beachtung des Wunsch- und Wahlrechts des Versicherten sowie Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) und in § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (Ausführung der Leistung in der am besten geeigneten Form).

Zentrales Anliegen der Reform des § 15 SGB VI ist, die Kriterien für die Entscheidung über die Belegung von Rehabilitationseinrichtungen zu konkretisieren. Gem. § 15 Abs. 6a SGB VI bestimmt sich die Belegungsentscheidung nach objektiven sozialmedizinischen Kriterien (s. Satz 3 und 4). Sowohl die Vorschlag

³⁹ Vgl. BT-Drs. 19/23550, S. 2 und 62; s. auch *Baudis*, *VergabeR* 2022, 1 (8 ff. m.w.N.).

des Versicherten (§ 15 Abs. 6a Satz 1 bis 3 SGB VI) als auch der Vorschlag des Rentenversicherungsträgers und die diesbezügliche Auswahl des Versicherten (§ 15 Abs. 6a Satz 4 und 5 SGB VI) oder des Rentenversicherungsträgers müssen die für die Rehabilitationseinrichtungen relevanten objektiven sozialmedizinischen Kriterien erfüllen.

Der Begriff der objektiven sozialmedizinischen Kriterien ist in § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 SGB VI näher umschrieben. Nach dieser nicht abschließenden gesetzlichen Regelung gehören zu den objektiven sozialmedizinischen Kriterien, die für die Bestimmung einer Rehabilitationseinrichtung maßgebend sind, insbesondere die Indikation, die Nebenindikation, die unabdingbaren Sonderanforderungen, die Qualität der Rehabilitationseinrichtung, die Entfernung zum Wohnort und die Wartezeit bis zur Aufnahme. Daneben sind – in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtslage – das Wunsch- und Wahlrecht der Versicherten nach § 8 SGB IX sowie der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu berücksichtigen (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI).

Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass eine Auswahlentscheidung im kartellvergaberechtlichen Sinne nicht vorliege, wenn die Belegung von Rehabilitationseinrichtungen durch die Träger der Rentenversicherung nach objektiven sozialmedizinischen Kriterien vorgenommen wird,⁴⁰ wie es der bisherigen Praxis der Deutschen Rentenversicherung entspricht⁴¹ und es der zum 1. Juli 2023 in Kraft tretende § 15 Abs. 6a SGB VI vorschreibt.

⁴⁰ *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (11).

⁴¹ Hierzu *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (2).

Hierbei wird übersehen, dass es für den Begriff der öffentlichen Auftragsvergabe allein darauf ankommt, ob der Auftraggeber bei seiner Auswahlentscheidung über einen Spielraum verfügt. Wie groß die Optionsräume sind, ist für die öffentliche Auftragsvergabe nicht entscheidend. Zwar wächst das vergaberechtliche Risiko nach Maßgabe der eröffneten Bewertungsspielräume an.⁴² Für die Auftragsvergabe ist jedoch allein maßgeblich, ob dem Auftraggeber solche Spielräume eröffnet sind. Auch ist die öffentliche Auftragsvergabe nicht auf die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes begrenzt.⁴³ Ob sich die Spielräume des Auftraggebers auf wirtschaftliche oder andere Aspekte (fachliche Eignung etc.) beziehen, ist für die Auftragsvergabe nicht von Bedeutung. Entscheidend ist allein, dass solche Optionsräume bei der Auswahlentscheidung eröffnet sind.

Die Entscheidung über die Belegung von Rehabilitationseinrichtungen nach § 15 Abs. 6a SGB VI nach Maßgabe der objektiven sozialmedizinischen Kriterien eröffnet den Trägern der Rentenversicherung (erhebliche) Spielräume. Zum einen sind die objektiven sozialmedizinischen Kriterien in § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 SGB VI nicht abschließend geregelt („insbesondere“), sodass die Träger der Rentenversicherung nach Ermessen weitere Kriterien festlegen können. Zum anderen eröffnen die in § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 SGB VI explizit genannten Kriterien den Rentenversicherungsträgern (erhebliche) Bewertungsspielräume. Das gilt etwa für die Konkretisierung der unabdingbaren Sonderanforderungen (lit. c)) und die Bewertung der Qualität der Rehabilitationseinrichtung (lit. d)). Bei der Entfernung der

⁴² Vgl. *Steinmeyer*, Gutachten zu Fragen der Ausgestaltung der Reha-Leistungen nach dem SGB VI in der Fassung des RentÜG, 2021, S. 44: „Je weniger Wertungsmöglichkeiten bestehen, umso geringer ist das vergaberechtliche Risiko.“

⁴³ So aber *Baudis*, *VergabeR* 2022, 1 (11).

Rehabilitationseinrichtung zum Wohnort des Versicherten (lit. e)) sind dessen persönliche und gesundheitliche Umstände zu berücksichtigen.⁴⁴ Das Kriterium ist damit auf die individuelle Situation des Versicherten bezogen und eröffnet somit den Rentenversicherungsträgern erhebliche Bewertungsspielräume. Aber auch weitere Kriterien wie die Wartezeit bis zur Aufnahme (lit. f)) ermöglichen den Trägern der Rentenversicherung eigene Wertungen und räumen ihnen damit beträchtliche Spielräume ein.

Hinzu kommt, dass die in § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 SGB VI genannten objektiven sozialmedizinischen (Belegungs-)Kriterien vom Gesetzgeber grundsätzlich gleichrangig genannt sind. Das gilt auch für ihr Verhältnis zu den weiteren Belegungskriterien des § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI (Wunsch- und Wahlrecht der Versicherten nach § 8 SGB IX sowie Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit). Der Gesetzgeber hat damit auf eine Festlegung von Prioritäten, d.h. von Zielgewichten verzichtet. Zwischen den objektiven sozialmedizinischen Kriterien des § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 und 2 SGB VI können aber Zielkonflikte auftreten, die zu lösen sind. So ist etwa die Entfernung zum Wohnort (lit. e)) und die Wartezeit bis zur Aufnahme (lit. f)) unter Berücksichtigung der Indikation (lit. a)) und ggf. der Nebenindikation (lit. b)) und der unabdingbaren Sonderanforderungen (lit. c)) zu beurteilen. Ebenso kann der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI) mit den sozialmedizinischen Kriterien des § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 SGB VI kollidieren. Auch muss das Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI) ins Verhältnis zu den objektiven sozialmedizinischen Kriterien (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3

⁴⁴ BT-Drs. 19/23550, S. 101.

Halbsatz 1 SGB VI) gesetzt werden, insbesondere zu den Kriterien Entfernung zum Wohnort (lit. e)) und Wartezeit bis zur Aufnahme (lit. f)). Dies erfordert eine Gewichtung der einzelnen konfligierenden Belegungskriterien. All das eröffnet den Trägern der Rentenversicherung (erhebliche) Spielräume bei der Entscheidung über die Belegung von Rehabilitationseinrichtungen.

Wegen dieser Spielräume der Rentenversicherungsträger bei der Belegungsentscheidung nach § 15 Abs. 6a SGB VI liegt eine Auswahlentscheidung im kartellvergaberechtlichen Sinne vor. Dass die Belegung nach Maßgabe objektiver sozialmedizinischer Kriterien vorzunehmen ist, ändert an dem (erheblichen) Spielraum der Rentenversicherungsträger bei der Belegungsentscheidung und dementsprechend an der Auswahlentscheidung im kartellvergaberechtlichen Sinne nichts. Für den Begriff der öffentlichen Auftragsvergabe ist allein maßgeblich, ob der Auftraggeber bei seiner Auswahlentscheidung über einen Spielraum verfügt.

b) Kein öffentlicher Auftrag wegen der Besonderheit des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses?

Die klassische Vergabe öffentlicher Aufträge unterscheidet sich von dem System der sozialrechtlichen Leistungserbringung grundlegend. Bei der klassischen Auftragsvergabe geht es allein um die Rechtsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den an der Vergabe des Auftrages interessierten Wirtschaftssubjekten (Auftragnehmer). Dritte, denen der öffentliche Auftrag ggf. zugutekommt, sind keine Beteiligten des Vergabeverfahrens. Sie sind allenfalls faktisch Destinatäre des öffentlichen Auftrages. Anders liegen die Dinge beim Leistungserbringungsrecht in der Sozialversicherung. Es ist durch eine Drei-

ecksbeziehung aus Sozialleistungsträger, Versicherten und Leistungserbringer gekennzeichnet.⁴⁵ Die Versicherten sind anders als im Bereich klassischer Auftragsvergabe nicht nur faktisch begünstigte Dritte. Vielmehr besteht zwischen den Versicherten und dem Sozialleistungsträger aufgrund des gesetzlichen Versicherungsverhältnisses eine sozialrechtliche Leistungsbeziehung, aufgrund derer der Versicherte einen (einklagbaren) Anspruch auf Leistungen des Versicherungsträgers hat (Grundverhältnis). Zur Erfüllung dieses Leistungsanspruchs tritt der Sozialleistungsträger in rechtliche (i.d.R. vertragliche) Beziehungen zu Leistungserbringern, die Leistungen für den Versicherungsträger gegenüber den Versicherten erbringen (Leistungsbeschaffungsverhältnis). Zwischen dem Leistungserbringer und dem Versicherten besteht ein weiteres (i.d.R. vertragliches) Rechtsverhältnis (Erfüllungsverhältnis).⁴⁶

Akzessorisch verbunden mit dem einklagbaren Leistungsanspruch des Versicherten ist dessen Wunsch- und Wahlrecht, das ihm eine aktive, mitgestaltende Stellung einräumt. Die Entscheidung des Sozialversicherungsträgers über die Auswahl des Leistungserbringers ist durch das Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten begrenzt oder sogar determiniert. Auch das unterscheidet das Leistungserbringungsrecht in der Sozialversicherung von der klassischen Auftragsvergabe, bei der durch den öffentlichen Auftrag ggf. faktisch begünstigte Personen keinen rechtlich gesicherten Einfluss auf die Auftragsvergabe haben.

Mit Blick auf diese Besonderheiten des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses (einklagbarer Leistungsanspruch und hiermit

⁴⁵ Statt aller *Brosius-Gersdorf*, in: Ruland/Becker/Axer, Sozialrechtshandbuch, 7. Aufl. 2022, § 8 Rn. 12; *Schuler-Harms*, VSSR 2005, 135 (138 f.).

⁴⁶ Zum Begriff „Erfüllungsverhältnis“ s. nur *Schuler-Harms*, VSSR 2005, 135 (139).

korrespondierendes Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten) wird es im Schrifttum teilweise als aliud zum vergaberechtlichen Auftrag verstanden.⁴⁷ Ob diese Auffassung zu überzeugen vermag und das Kartellvergaberecht im Bereich der sozialrechtlichen Leistungserbringung wegen der Besonderheiten des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses generell keine Anwendung findet, braucht hier nicht entschieden zu werden. Wenigstens bei der hier zu beurteilenden Belegungsentscheidung der Rentenversicherungsträger gem. § 15 Abs. 6a SGB VI bedarf es einer differenzierenden Bewertung.

(1) Belegungsentscheidung des
Rentenversicherungsträgers aufgrund des
Vorschlags oder der Auswahl des Versicherten

Erfolgt die Belegungsentscheidung aufgrund des Vorschlags (§ 15 Abs. 6a Satz 1 bis 3 SGB VI) oder der Auswahl (§ 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI) des Versicherten, lässt sich vertreten, dass kein öffentlicher Auftrag vorliegt und das Kartellvergaberecht dementsprechend keine Anwendung findet. Zwar wird die verbindliche Belegungsentscheidung auch in diesen Fällen von dem zuständigen Rentenversicherungsträger getroffen (s. nur § 15 Abs. 6a Satz 3 SGB VI: „weist der zuständige Träger der Rentenversicherung dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zu“). Er kommt aber letztlich dem Vorschlag oder der Auswahl des Versicherten nach, sodass sich in der Entscheidung des Rentenversicherungsträgers die (Auswahl-)Entscheidung des Versicherten manifestiert.⁴⁸ Hierin liegt der maßgebliche Unterschied zum System der Auftragsvergabe, bei dem der

⁴⁷ S. nur *Mußgnug*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 130 Rn. 20 ff. m.w.N.; s. auch *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (11).

⁴⁸ Vgl. *Steinmeyer*, Gutachten zu Fragen der Ausgestaltung der Reha-Leistungen nach dem SGB VI in der Fassung des RentÜG, 2021, S. 23, wonach

Auftraggeber autonom zwischen den Auftragsinteressenten auswählt. Entspricht der Rentenversicherungsträger der Entscheidung des Versicherten bei der Auswahl der Rehabilitationseinrichtung, lässt sich ein öffentlicher Auftrag verneinen.⁴⁹

Daran ändert der Umstand nichts, dass der Rentenversicherungsträger auf die Vorschlags- bzw. Auswahlentscheidung des Versicherten einwirken kann, auf sie ggf. sogar bestimmenden Einfluss nehmen kann. Bei der Belegung von Rehabilitationseinrichtungen nach § 15 Abs. 6a SGB VI lässt sich nicht in jedem Fall sicherstellen, dass der Versicherte sein Vorschlags- bzw. Auswahlrecht autonom ausübt, d.h. ohne Einflussnahme des Rentenversicherungsträgers entscheidet. Da die Rentenversicherungsträger zugleich selbst Rehabilitationseinrichtungen betreiben, also auf dem Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation tätig sind, besteht die spezifische Gefahr, dass sie bei der Belegungsentscheidung die eigenen Rehabilitationseinrichtungen bevorzugen und von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen benachteiligen, d.h. diskriminieren. Die Rentenversicherungsträger nehmen mit der Belegungsentscheidung nach § 15 Abs. 6a SGB VI hoheitliche Funktionen wahr. Zugleich erbringen sie selbst Leistungen auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation und üben insoweit wirtschaftliche Tätigkeiten aus. Aufgrund der fehlenden organisatorischen und funktionellen Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Aufgaben im Rahmen des § 15 SGB VI existiert ein nicht zu beherrschendes Ausbeutungs- und Diskriminie-

eine öffentliche Auftragsvergabe nicht vorliegt, wenn die „Letztentscheidung“ dem Versicherten zusteht.

⁴⁹ *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (12); vgl. auch *Steinmeyer*, Gutachten zu Fragen der Ausgestaltung der Reha-Leistungen nach dem SGB VI in der Fassung des RentÜG, 2021, S. 23.

zungspotential zulasten der mit den Eigeneinrichtungen der Rentenversicherungsträger konkurrierenden Rehabilitationseinrichtungen.⁵⁰ Dem entspricht es, dass sich die Rentenversicherungsträger unter Berufung auf den sie bindenden Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI; s. auch § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 69 Abs. 2 SGB IV) für befugt halten, primär ihre eigenen Rehabilitationseinrichtungen zu belegen, bevor sie Vertragseinrichtungen Versicherte zuweisen.⁵¹

Das wegen der fehlenden Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger bestehende Diskriminierungspotenzial wirkt sich auch auf das Verhältnis zwischen Rentenversicherungsträger und Versichertem aus. Zwischen beiden besteht bei der (Aus-)Wahl einer auf die spezifischen medizinischen und sonstigen Bedürfnisse des Versicherten zugeschnittenen Rehabilitationseinrichtung eine Informationsasymmetrie. In aller Regel entzieht es sich der Kenntnis des Versicherten, welche Rehabilitationseinrichtungen in Betracht kommen und welche von ihnen die betreffende Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringt (s. § 15 Abs. 6a Satz 2 SGB VI) und die objektiven sozialmedizinischen Kriterien für die Bestimmung einer Rehabilitationseinrichtung erfüllt (s. § 15 Abs. 6a Satz 3 und 4 SGB VI). Es ist daher naheliegend, dass sich der Versicherte vor Ausübung seines Vorschlagsrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI an den für ihn zuständigen Rentenversicherungsträger wendet und sich von ihm informieren und

⁵⁰ S. im Einzelnen S.75 ff.

⁵¹ Zur Kritik an diesem Argument der Rentenversicherungsträger, weil der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht auf die Träger der Rentenversicherung und ihre Einrichtungen bezogen und begrenzt ist, sondern sich auf das gesamte System der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht, zu dem auch Rehabilitationseinrichtungen Dritter gehören, s. S. 114 f.

beraten lässt. Entsprechende Aufklärungs-, Beratungs- und Auskunftspflichten der Rentenversicherungsträger sehen §§ 13 bis 15 SGB I vor (s. auch § 131 SGB VI). Hiervon ist auch der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 15 SGB VI ausgegangen. In der Gesetzesbegründung zu § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI heißt es wörtlich:

„Dem Wunsch- und Wahlrecht wird im weiteren Verfahren dadurch Rechnung getragen, dass die Versicherten dem zuständigen Träger der Rentenversicherung eine Rehabilitationseinrichtung vorschlagen. Damit sie adäquat von dem ihnen eingeräumten Vorschlagsrecht Gebrauch machen können, hat der zuständige Träger der Rentenversicherung sie hierbei fachlich zu unterstützen.“⁵²

Die Möglichkeit einer Beeinflussung des Versicherten durch den Rentenversicherungsträger besteht aber nicht nur im Rahmen der Ausübung seines Vorschlagsrechts nach § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI, sondern auch bei Ausübung des Auswahlrechts des Versicherten gem. § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI. Auch insoweit wird sich der Versicherte, um seine Auswahl sachgerecht treffen zu können, für Informationen und Beratung regelmäßig an den für ihn zuständigen Rentenversicherungsträger wenden. Hinzu kommt, dass dem Rentenversicherungsträger bereits bei seinem Vorschlag von Rehabilitationseinrichtungen nach § 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI erhebliche (Auswahl-)Spielräume zustehen,⁵³ so dass auch insoweit eine verbindliche (Vor-)Entscheidung des Rentenversicherungsträgers vorliegt. Das Auswahlrecht des Versicherten nach § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI ist auf die Wahl unter den vom Rentenversicherungsträger vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen begrenzt. In der Auswahlentscheidung

⁵² BT-Drs. 19/23550, S. 100 f.

⁵³ S. 30 ff.

des Versicherten manifestiert sich daher nicht (allein) seine Entscheidung, sondern (zugleich) die (Vor-)Entscheidung des Rentenversicherungsträgers.

Diese Informationsasymmetrie wird allerdings dadurch abgeschwächt, dass nach § 15 Abs. 7 SGB VI die Daten der externen Qualitätssicherung von der DRV Bund zu veröffentlichen sind und damit nicht nur den Trägern der Rentenversicherung als Grundlage für die Inanspruchnahme einer Rehabilitationseinrichtung, sondern auch den Versicherten in einer wahrnehmbaren Form zugänglich gemacht werden. Dadurch erhält der Versicherte die Möglichkeit, sich einen Überblick über die vorhandenen Rehabilitationseinrichtungen zu verschaffen, um von seinem Wunsch- und Wahlrecht nach § 15 Abs. 6a SGB VI Gebrauch machen zu können.⁵⁴ Es ist allerdings unklar, wie leistungsfähig (sowie transparent und diskriminierungsfrei) die Informationsplattform der Rentenversicherung für den Versicherten sein wird. Auch setzt die Suche nach einer geeigneten Rehabilitationseinrichtung genaue Kenntnisse über das Reha-Produkt voraus, das sich v.a. ergibt aus der Reha-Indikation, der Form der Durchführung der Rehabilitationsleistung (Reha-Form) und spezifischen rehabilitationsmedizinischen Bedarfen der Rehabilitandinnen und Rehabilitanden. In aller Regel dürfte der Versicherte diese Kenntnisse nicht haben. Aus diesem Grund kann die Informationsplattform der Rentenversicherung die Informationsasymmetrie und die damit verbundene Diskriminierungsgefahr zwar in gewissem Umfang abschwächen, aber nicht beheben.

Mit Blick auf diese Gefahren einer Beeinflussung des Versicherten bei der Ausübung seines Vorschlags- und Auswahlrechts

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 19/23550, S. 98.

nach § 15 Abs. 6a SGB VI durch den zuständigen Rentenversicherungsträger ist nicht in jedem Fall sichergestellt, dass der Versicherte sein Vorschlags- und Auswahlrecht autonom, d.h. ohne Einflussnahme des Rentenversicherungsträgers ausübt. Damit lässt sich auch nicht ausschließen, dass im Einzelfall die Vorschlags- bzw. Auswahlentscheidung des Versicherten auf den Rentenversicherungsträger zurückzuführen ist, d.h., dass letztlich der Rentenversicherungsträger die Entscheidung zugunsten einer bestimmten Rehabilitationseinrichtung trifft. In diesem Fall aber läge eine öffentliche Auftragsvergabe vor.

Allerdings muss sich diese Gefahr der Einflussnahme des Rentenversicherungsträgers auf die Vorschlags- und Auswahlentscheidung des Versicherten nicht in jedem Fall realisieren. Es dürfte kaum belegbar sein, dass die Rentenversicherungsträger regelmäßig im Zuge der Information und Beratung auf Versicherte einwirken und ihre Entscheidung beeinflussen. Daher lässt sich vertreten, dass der Gesetzgeber bei typisierender Betrachtung davon ausgehen durfte, dass die Versicherten ihr Vorschlags- und Auswahlrecht autonom ausüben und ihre Entscheidung nicht typischerweise durch Einwirkung des Rentenversicherungsträgers gesteuert wird. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, bei typisierender Betrachtung die Belegungsentscheidung des Rentenversicherungsträgers, die auf dem Vorschlag (§ 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI) oder der Auswahl (§ 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI) des Versicherten beruht, nicht als öffentlichen Auftrag im Sinne des Kartellvergaberechts anzusehen. Der Rentenversicherungsträger kommt letztlich dem Vorschlag bzw. der Auswahl des Versicherten nach, mögen ihm tatsächlich auch (erhebliche) Einflussnahmemöglichkeiten zustehen.

Selbst wenn man aber eine öffentliche Auftragsvergabe annimmt, findet das Kartellvergaberecht keine Anwendung, weil der

hierfür geltende Schwellenwert von 750.000 Euro in aller Regel nicht erreicht wird.⁵⁵

(2) Belegungsentscheidung des
Rentenversicherungsträgers bei fehlendem
Vorschlag und fehlender Auswahl des Versicherten

In jedem Fall liegt ein öffentlicher Auftrag vor, wenn der zuständige Träger der Rentenversicherung dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zuweist, weil der Versicherte von seinem Vorschlagsrecht keinen Gebrauch gemacht hat oder die von ihm vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen die für sie geltenden objektiven sozialmedizinischen Kriterien nicht erfüllen (§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI) und der Versicherte von seinem Auswahlrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI keinen Gebrauch macht. Der Gesetzeswortlaut des § 15 Abs. 6a SGB VI lässt zwar offen, wie zu verfahren ist, wenn bei Vorschlägen von Rehabilitationseinrichtungen durch den zuständigen Rentenversicherungsträger (§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI) der Versicherte innerhalb der vorgegebenen Frist von 14 Tagen keine Auswahlentscheidung unter den vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen trifft (§ 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI). Aus der Gesetzesbegründung zu § 15 Abs. 6a SGB VI folgt jedoch, dass in diesem Fall der zuständige Träger der Rentenversicherung dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zuweist. In der Gesetzesbegründung heißt es wörtlich:

„Der Versicherte ist berechtigt, unter den vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen innerhalb von 14 Tagen eine Rehabilitationseinrichtung auszuwäh-

⁵⁵ Hierzu S. 43 ff.

len; andernfalls weist der zuständige Träger der Rentenversicherung dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zu.“⁵⁶

Entspricht der Vorschlag des Versicherten nicht den objektiven sozialmedizinischen Kriterien (s. § 15 Abs. 6a Satz 3 SGB VI) oder liegt kein Vorschlag des Versicherten vor und macht er von seinem Recht zur Auswahl unter den vom Rentenversicherungsträger vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen keinen Gebrauch (s. § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI), obliegt mithin dem Rentenversicherungsträger die Auswahl der Rehabilitationseinrichtung und ihre Zuweisung an den Versicherten. Diese Auswahlentscheidung erfüllt die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftrages im Sinne des Kartellvergaberechts.

(3) Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts wegen Schwellenwerten

Gleichwohl ist das Kartellvergaberecht nicht anwendbar, weil Belegungsentscheidungen der Rentenversicherungsträger gem. § 15 Abs. 6a SGB VI den für öffentliche Dienstleistungsaufträge über soziale Dienstleistungen geltenden Schwellenwert in aller Regel nicht überschreiten. Gem. Art. 4 lit. d) Richtlinie 2014/24/EU, Anhang XIV und § 106 Abs. 1 Nr. 1 GWB beträgt der Schwellenwert bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung 750.000 EUR.⁵⁷ Für die Inanspruchnahme einer Rehabilitationseinrichtung zur Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gegenüber einem Versicherten fällt in aller Regel keine Vergütung von mindestens 750.000 EUR je Auftrag an. Damit liegen Belegungsentscheidungen gem. § 15 Abs. 6a

⁵⁶ BT-Drs. 19/24487 (neu), S. 29 f.

⁵⁷ S. nur *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, GWB § 106 Rn. 14.

SGB VI regelmäßig (deutlich) unterhalb des kartellvergaberechtlich relevanten Schwellenwertes. Aus diesem Grund findet das Kartellvergaberecht auf Belegungsentscheidungen gem. § 15 Abs. 6a SGB VI keine Anwendung.⁵⁸

II. Allgemeines EU-Wettbewerbsrecht (Art. 106 Abs. 1 AEUV)

Verstößt § 15 SGB VI mithin nicht gegen (nationales und europäisches) Kartellvergaberecht, weil es auf die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach § 15 SGB VI keine Anwendung findet, bedeutet dies nicht, dass die (Neu-)Regelung des § 15 SGB VI zulässig ist. Wie bereits dargelegt, sind sozialrechtliche Zulassungsregelungen zwar nicht am unionalen Vergaberecht zu messen. Sie müssen aber die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) festgelegten Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie das sich daraus ergebende Transparenzgebot, das eine angemessene Bekanntmachung verlangt, beachten.⁵⁹ Nur unter diesen Voraussetzungen sind sozialrechtliche Zulassungsverfahren zulässig. Der Europäische Gerichtshof lässt dabei offen, aus welchen konkreten Grundregeln des AEUV diese Verpflichtungen folgen.

Im Folgenden wird dargelegt, welche wettbewerbsrechtlichen Vorgaben das Unionsrecht (Art. 106 AEUV) für die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation bereithält und ob § 15 SGB VI ihnen entspricht.

⁵⁸ *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (12 Fn. 38).

⁵⁹ EuGH, NZS 2016, 542 (543 Rn. 43 ff.).

1. Rentenversicherungsträger sind bei Beschaffungstätigkeit Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV

Gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV werden die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Art. 18 und Art. 101 bis 109 AEUV widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten. Ausnahmen gelten nach Art. 106 Abs. 2 AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben. Für sie gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert (Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV).

Der Begriff des Unternehmens i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV durchzieht das gesamte europäische Wettbewerbsrecht. Er stimmt überein mit dem Unternehmensbegriff der Art. 101 und Art. 102 AEUV.⁶⁰ Nach dem das europäische Wettbewerbsrecht prägenden funktionalen Unternehmensbegriff gilt als Unternehmen jede eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform, von dem Vorliegen oder dem Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht und von der Art ihrer Finanzierung.⁶¹ Unternehmerisch ist nach der

⁶⁰ Unstreitig, s. nur *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 1 m.w.N.; *Emmerich/Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 56. EL April 2022, H. II. Rn. 83 m.w.N.

⁶¹ S. nur *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 1 m.w.N.; *Emmerich/Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 56. EL April 2022, H. II. Rn. 83 m.w.N.

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes demnach jede selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit, die darin besteht, „Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.⁶²

In Bezug auf die Unternehmenseigenschaft ist bei der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zwischen den Rechtsbeziehungen der Rentenversicherungsträger zu den Versicherten, der Tätigkeit der Rehabilitationseinrichtungen gegenüber den Versicherten und den Rechtsbeziehungen der Rentenversicherungsträger zu den Rehabilitationseinrichtungen zu unterscheiden.

(1) Die Erfüllung der aus dem Versicherungsverhältnis folgenden Verpflichtungen des Rentenversicherungsträgers gegenüber den Versicherten ist unzweifelhaft keine wirtschaftliche Tätigkeit. Im Verhältnis zu den Versicherten sind die Rentenversicherungsträger daher keine Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nehmen soziale Systeme, die erstens ausschließlich einen sozialen Zweck verfolgen, zweitens der Umsetzung der Solidarität (Umverteilung) dienen und drittens der Aufsicht des Staates unterliegen, keine wirtschaftliche Tätigkeit wahr.⁶³ Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof in einer Vielzahl von Entscheidungen soziale Systeme wie Krankenversicherungen oder berufliche Unfallversicherungen als nichtwirtschaftlich eingestuft. Sie beruhen nicht auf dem reinen Versicherungsprinzip, d.h., ihr

⁶² EuGH, Slg. 2002 I 1577 (1676 Rn. 47); EuGH, Slg. 1987, 2599 (2621 Rn. 7); EuGH, Slg. 1998 I 3851 (3985 f. Rn. 36); EuGH, Slg. 2000 I 6451 (6520 f. Rn. 75); EuGH, Slg. 2002 I 1529 (1676 Rn. 47); st. Rspr.

⁶³ EuGH, Slg. 2011 I 973 Tz. 46; zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 23 ff.; *Mohr*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, 1. Teil Grundlagen Rn. 1303.

Leistungsumfang orientiert sich nicht strikt an der gezahlten Beitragshöhe, sondern basiert (auch) auf solidarischer Umverteilung.⁶⁴

Verglichen mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland mag bei der gesetzlichen Rentenversicherung das Versicherungsprinzip stärker und das Solidarprinzip schwächer ausgeprägt sein. Das ändert aber nichts daran, dass auch das System der gesetzlichen Rentenversicherung erheblich durch Elemente der solidarischen Umverteilung geprägt ist. So gibt es solidarische Umverteilung zwischen Versicherten, z.B. zwischen Kinderlosen und Eltern.⁶⁵ Vor allem aber beruht die gesetzliche Rentenversicherung ebenso wie die gesetzliche Krankenversicherung auf dem intergenerationellen Umverteilungsverfahren, sodass die Renten aus den Beiträgen der nachrückenden Erwerbstätigengeneration gezahlt werden.⁶⁶ Außerdem ist das System zu etwa 30 % aus Steuern finanziert, d.h., ca. ein Drittel der Gesamteinnahmen der gesetzlichen Rentenversicherung stammt aus Steuermitteln.⁶⁷ Dementsprechend ist die Erfüllung der aus dem Versicherungsverhältnis folgenden Leistungspflichten der Rentenversicherungsträger gegenüber den Versicherten keine wirtschaftliche Tätigkeit. Im Verhältnis zu den Versicherten sind die Rentenversicherungsträger daher keine Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AUEV.

⁶⁴ Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 26.; *Mohr*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, 1. Teil Grundlagen Rn. 1303.

⁶⁵ Näher *Ruland*, NJW 2002, 3518 (3519).

⁶⁶ Statt aller zuletzt BVerfG, NZS 2022, 579 (587 f.).

⁶⁷ Quelle: <https://www.bmas.de/DE/Soziales/Rente-und-Altersvorsorge/Fakten-zur-Rente/Gesetzliche-Rentenversicherung/gesetzliche-rentenversicherung.html>.

(2) Dagegen ist die Tätigkeit der Rehabilitationseinrichtungen als unternehmerisch zu qualifizieren. Das gilt nicht nur für Rehabilitationseinrichtungen anderer (privater) Träger, sondern auch für die von den Rentenversicherungsträgern betriebenen (Eigen-)Einrichtungen. Sämtliche Rehabilitationseinrichtungen werden auf dem Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gegen Entgelt tätig. Dass sie sich nicht aus Entgelten der Versicherten finanzieren, sondern aufgrund von Vergütungsvereinbarungen mit dem federführenden Träger der Rentenversicherung eine Vergütung erhalten (vgl. § 15 Abs. 8 SGB VI), ist unerheblich. Entscheidend für den Unternehmensbegriff des Art. 106 Abs. 1 AEUV ist allein, dass die Rehabilitationseinrichtungen auf dem Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation Dienstleistungen gegen Entgelt anbieten.

(3) Im vorliegenden Zusammenhang geht es allerdings weder um die nichtunternehmerische Tätigkeit der Rentenversicherungsträger im Verhältnis zu den Versicherten noch um die unternehmerische Tätigkeit der Rehabilitationseinrichtungen auf dem Rehabilitationsdienstleistungsmarkt. Es geht allein um die rechtlichen Beziehungen zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation.

a) Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes: Sozialversicherungsträger sind bei Beschaffungstätigkeit keine Unternehmen

Zu den Besonderheiten des europäischen Wettbewerbsrechts zählt, dass nach der Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz (seit dem Lissaboner Vertrag von 2009: Gericht der Europäi-

schen Union) und des Europäischen Gerichtshofes die Einkaufstätigkeit von Sozialversicherungsträgern von der späteren Verwendung des Einkaufs nicht zu trennen ist. Vielmehr soll aus dem nichtwirtschaftlichen Charakter der späteren Verwendung (Erfüllung des Sozialauftrages des Sozialversicherungsträgers gegenüber den Versicherten) zugleich die nichtwirtschaftliche Qualität der Beschaffungstätigkeit folgen.

So hat in der Rechtssache FENIN das Gericht Erster Instanz entschieden, dass die Einkaufstätigkeit der Einrichtungen, die das spanische Gesundheitssystem (SNS) verwalten, nicht dem funktionalen Unternehmensbegriff des Unionsrechts (s. Art. 106 Abs. 1 AEUV) unterfällt.⁶⁸ Ob eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, bestimme sich nicht nach der Einkaufstätigkeit als solcher. Kennzeichnend sei vielmehr das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt. Der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses präge daher auch den Charakter der Einkaufstätigkeit. Das Auftreten als Käufer auf einem Markt sei selbst bei Bestehen eines Nachfragemonopols nicht als unternehmerische Tätigkeit anzusehen, wenn die erworbenen Güter und Dienstleistungen nicht für eine wirtschaftliche, sondern für eine soziale Tätigkeit erworben werden. Wörtlich heißt es in dem Urteil des Gerichts Erster Instanz in der Rechtssache FENIN:

„Was dabei den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet, ist nicht die Einkaufstätigkeit als solche, sondern das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1998, I-3851 Rn. 36; EuG, Slg. 2000, II-1807 Rn. 36). Wie die Kommission vorträgt, ist bei

⁶⁸ EuG, EuZW 2003, 283 (283 ff.).

der Beurteilung der Art der Tätigkeit der Kauf des Erzeugnisses somit nicht von dessen späterer Verwendung durch den Käufer zu trennen. Der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimmt daher zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit.“⁶⁹

Sodann führt das Gericht aus:

„Kauft eine Einrichtung ein Erzeugnis – auch in großen Mengen – nicht ein, um Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um es im Rahmen einer anderen, z.B. einer rein sozialen, Tätigkeit zu verwenden, so wird sie demnach nicht schon allein deshalb als Unternehmen tätig, weil sie als Käufer auf einem Markt agiert. Zwar trifft es zu, dass eine solche Einrichtung eine erhebliche Wirtschaftsmacht auszuüben vermag, die gegebenenfalls zu einem Nachfragemonopol führen kann. Das ändert jedoch nichts daran, dass sie, soweit die Tätigkeit, zu deren Ausübung sie Erzeugnisse kauft, nichtwirtschaftlicher Natur ist, nicht als Unternehmen i.S. der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft handelt und daher nicht unter die in Art. 81 I und 82 EG vorgesehenen Verbote fällt.“⁷⁰

In dem zu entscheidenden Fall gelangte das Gericht Erster Instanz zu folgendem Ergebnis: Da die Erbringung der Dienstleistungen des spanischen Gesundheitssystems (SNS) an seine Mitglieder unentgeltlich erfolge, durch Sozialversicherungsbeiträge und staatliche Zuschüsse finanziert werde und somit dem Solidaritätsgrundsatz unterliege, sei das System insoweit kein Unternehmen und handele folglich auch bei der Einkaufstätigkeit

⁶⁹ EuG, EuZW 2003, 283 (285 Rn. 36).

⁷⁰ EuG, EuZW 2003, 283 (285 f. Rn. 37).

nichtunternehmerisch, selbst wenn es dabei ein Nachfragemopol besitze.⁷¹

Dieses Urteil des Gerichts Erster Instanz wurde vom Europäischen Gerichtshof bestätigt. Zur Begründung wies der Europäische Gerichtshof darauf hin, „dass es das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt ist, was den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet“.⁷² Weiter heißt es in dem Urteil:

„Das Gericht (Erster Instanz) hat daraus in Rn. 36 des angefochtenen Urteils zutreffend abgeleitet, dass bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.“⁷³

Der Europäische Gerichtshof gelangte daher zu folgendem Ergebnis:

„Folglich ist der erste Teil des einzigen von der FENIN geltend gemachten Rechtsmittelgrundes, dass die Einkaufstätigkeit der das SNS verwaltenden Einrichtungen als solche eine von späteren Dienstleistungen trennbare wirtschaftliche Tätigkeit sei, unbegründet.“⁷⁴

In einer weiteren Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof seine FENIN-Rechtsprechung bestätigt.⁷⁵

⁷¹ Hierzu insgesamt EuG, EuZW 2003, 283 (283 ff.).

⁷² EuGH, EuZW 2006, 600 (601 Rn. 25).

⁷³ EuGH, EuZW 2006, 600 (601 Rn. 26).

⁷⁴ EuGH, EuZW 2006, 600 (601 Rn. 27).

⁷⁵ EuGH, BeckRS 2009, 70333 Rn. 102.

b) Grundsätzliche Kritik an der FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes

Diese Rechtsprechung steht im Widerspruch zur wettbewerbsrechtlichen Praxis und zur Rechtsprechung in zahlreichen Mitgliedstaaten.⁷⁶ In Deutschland hat der Bundesgerichtshof bereits in seinem Urteil „Gummistrümpfe“ festgestellt, dass die Sozialversicherungsträger in ihrem Nachfrageverhalten als „Unternehmen“ im Sinne des GWB dem Kartellrecht unterfallen.⁷⁷ Der Umstand, dass sie nicht beabsichtigten, die bezogenen Heilmittel gegen Gewinn zu veräußern, stelle sie nicht den Endverbrauchern gleich.⁷⁸ Eine Würdigung des wirtschaftlichen Gesamtvorgangs ergebe, dass sich die Sozialversicherungsträger in ihrer Nachfrage wie typische Unternehmen am Markt beteiligten.⁷⁹ Der Bundesgerichtshof hat diese von der FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes abweichende Rechtsprechung mehrmals bestätigt.⁸⁰ Auch in der (wettbewerbsrechtlichen) Literatur stößt die FENIN-Judikatur durchweg auf Kritik.⁸¹

⁷⁶ S. hierzu *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 33 f. m.w.N.

⁷⁷ BGHZ 36, 91 (101 ff.).

⁷⁸ BGHZ 36, 91 (103 f.).

⁷⁹ BGHZ 36, 91 (101 ff.).

⁸⁰ S. die Nachweise in BGH, NZKart 2014, 31 (32 Rn. 52); offengelassen in BGH, NZKart 2015, 353 (354 f. Rn. 37).

⁸¹ S. nur *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 34; *Mohr*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, 1. Teil Grundlagen Rn. 1314; *Emmerich/Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 56. EL April 2022, H. II. Rn. 83 f.; *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793 (798); *Kersting/Faust*, WuW 2011, 6 (9); *Hänlein/Kruse*, NZS 2000, 165 (168).

Die FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes überzeugt schon im Ausgangspunkt nicht. Nach dem funktionalen Unternehmensbegriff des EU-Wettbewerbsrechts kommt es allein auf den wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit an. Eine wirtschaftliche und damit unternehmerische Betätigung liegt nicht nur dann vor, wenn die Tätigkeit dem Ziel dient, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten (Angebots-)Markt anzubieten. Auch die Nachfragetätigkeit von Wirtschaftssubjekten begründet eine entgeltliche Austauschbeziehung zwischen Nachfrager und Anbieter und damit einen Markt. Wirtschaftliche Betätigung vollzieht sich sowohl auf Angebots- wie auch auf Nachfragemärkten. Nach Maßgabe des funktionalen Unternehmensbegriffs lässt sich der Begriff des Unternehmens daher nicht auf wirtschaftliche Betätigungen auf Angebotsmärkten verkürzen. Vielmehr sind auch wirtschaftliche Austauschbeziehungen auf Nachfragemärkten vom Unternehmensbegriff erfasst.

Ist mithin auch im Rahmen des Art. 106 Abs. 1 AEUV zwischen Angebots- und Nachfragemärkten zu unterscheiden und kann eine wirtschaftliche Betätigung auf beiden Märkten erfolgen, kann aus dem Umstand, dass ein Wirtschaftssubjekt auf dem Angebotsmarkt nichtwirtschaftlich tätig wird, nicht geschlossen werden, dass auch seine Nachfragetätigkeit nichtwirtschaftlich und damit nichtunternehmerisch ist. Ebenso wie bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, zwischen den einzelnen (Angebots- und Nachfrage-)Märkten zu differenzieren ist, ist die wettbewerbsrechtlich relevante Unternehmenseigenschaft nach Maßgabe der Tätigkeit auf bestimmten Märkten festzulegen. Dementsprechend bestimmt entgegen der FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes der nichtwirtschaftliche Charakter der Tätigkeit von Sozialversicherungsträgern im Verhältnis zu ihren

Versicherten nicht „zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit“.⁸² Vielmehr ist nach dem funktionalen Unternehmensbegriff zwischen der Tätigkeit von Sozialversicherungsträgern im Verhältnis zu den Versicherten und ihrer Tätigkeit auf den Nachfragemärkten zu unterscheiden.⁸³

Auch der Blick auf das Europäische Kartellvergaberecht zeigt, dass die Argumentationsführung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes in den FENIN-Urteilen nicht zu tragen vermag. Öffentliche Aufträge, die Gegenstand des Kartellvergaberichts sind, werden in aller Regel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ohne wirtschaftliche Zielsetzungen der öffentlichen Hand vergeben. Vergibt der Staat beispielsweise zur Errichtung von öffentlichen Gebäude Aufträge, verfolgt er mit dem Bau nichtwirtschaftliche Ziele. Öffentlichen Aufträgen ist die Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen prinzipiell immanent. Stellte man auch in solchen Vergabefällen auf die nichtwirtschaftliche Zielsetzung der öffentlichen Hand ab, würde das Kartellvergaberecht entkernt, d.h. (im Wesentlichen) unanwendbar.⁸⁴

Träfe die FENIN-Rechtsprechung zu, fehlte es bei Lichte betrachtet auch an der Kompetenz der Europäischen Union zum Erlass der (Vergabe-)Richtlinie 2014/24/EU, die auf die wirtschaftsbezogenen Kompetenzgrundlagen der Europäischen Union (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) gestützt ist.

⁸² S. nochmals EuG, EuZW 2003, 283 (285 Rn. 36); EuGH, EuZW 2006, 600 (601 Rn. 26).

⁸³ S. nur *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 34.

⁸⁴ S. 19 ff.

Auch lässt sich nicht zwischen der Verwirklichung von Sozialaufträgen (FENIN) und anderen öffentlichen Belangen differenzieren. Für eine bevorzugte Behandlung von Sozialversicherungsträgern gegenüber sonstigen Hoheitsträgern fehlt jeder sachliche Grund. Nicht nur Sozialversicherungsträger, sondern sämtliche Hoheitsträger sind dem Gemeinwohl verpflichtet und verfolgen deshalb in aller Regel nichtwirtschaftliche Ziele.

Überdies ist nicht erkennbar, weshalb die Bindung an die – für jedermann geltenden – EU-Wettbewerbsregeln die Verwirklichung des den Sozialversicherungsträgern obliegenden Sozialauftrages beeinträchtigen oder gar vereiteln sollte. Die FENIN-Rechtsprechung beruht (unausgesprochen) auf der Befürchtung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes, dass ein Sozialversicherungsträger bei der Erfüllung seines gesetzlichen Versorgungsauftrages behindert werden könnte, wenn seine Beschaffungstätigkeit den Wettbewerbsregeln unterläge. Deshalb – so die europäischen Gerichte – soll zwischen beiden Bereichen nicht getrennt werden und bestimmte die spätere Verwendung den Charakter der Einkaufstätigkeit. Diese Befürchtung ist jedoch unbegründet und trägt daher nicht. Auch insoweit gilt, dass der Zweck die Mittel nicht heiligt. Ebenso wie Private selbstverständlich an die EU-Wettbewerbsregeln gebunden sind, muss von einem Sozialversicherungsträger, der dem Gemeinwohl verpflichtet ist, (erst recht) verlangt werden, dass er bei der Erfüllung seines sozialen Auftrages auf den Beschaffungsmärkten die Wettbewerbsregeln beachtet, d.h. Unternehmen der Marktgegenseite nicht diskriminiert oder ausbeutet. Das gilt auch deshalb, weil die Wettbewerbsregeln zugleich grundrechtliche Verpflichtungen der öffentlichen Hand konkretisieren. Der Schutz der privaten Anbieter auf den Nachfragemärkten vor Diskriminierung und Ausbeutung ist grundrechtlichen Gewähr-

leistungen geschuldet, insbesondere dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20 GRCh), der Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh) und der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh).

Die Notwendigkeit eines Schutzes der Unternehmen auf den Nachfragemärkten durch Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln besteht (nicht nur, aber) auch deshalb, weil die Sozialversicherungsträger bei der Beschaffung entsprechender sozialer Dienstleistungen oder Produkte regelmäßig über beträchtliche Marktmacht verfügen. Eine gezielt eingesetzte Nachfragemacht kann zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen auf den Nachfragemärkten führen.⁸⁵ Auch aus diesem Grund ist die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf die Nachfragetätigkeit von Sozialversicherungsträgern unverzichtbar.

c) Unanwendbarkeit der FENIN-Rechtsprechung auf die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger

Ungeachtet dieser generellen Kritik an der FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes findet die Rechtsprechung zumindest auf die hier in Rede stehende Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger keine Anwendung. Der Grund dafür sind die das System der Erbringung von Rehabilitationsleistungen prägenden Besonderheiten, die in dem der FENIN-Rechtsprechung zugrunde liegenden Fall nicht vorlagen. Das System der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation weist gegenüber der reinen Einkaufstätigkeit von Sozialversicherungsträgern, die Gegenstand der

⁸⁵ S. *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 34; *Mohr*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, 1. Teil Grundlagen Rn. 1314; *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793 (798).

FENIN-Rechtsprechung war, zahlreiche Besonderheiten auf. Wegen dieser Besonderheiten ist die FENIN-Rechtsprechung auf die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation der Rentenversicherungsträger durch Rehabilitationseinrichtungen nicht anwendbar.

(1) Besondere Verantwortung der
Rentenversicherungsträger gegenüber
den Rehabilitationseinrichtungen wegen des
Struktursicherungsauftrages gem. § 36 Abs. 1 SGB IX

Anders als in der Rechtssache FENIN geht es bei der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger nicht um schlichte Einkaufstätigkeit von Sozialversicherungsträgern zum Zweck der Erfüllung ihres Sozialversicherungsauftrages. Im Gegensatz zu den betroffenen Unternehmen in der Rechtssache FENIN sind die Rehabilitationseinrichtungen nicht schlichte Anbieterunternehmen auf Beschaffungsmärkten. Vielmehr sind in dem gesetzlichen System der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation die Rehabilitationseinrichtungen neben den Rentenversicherungsträgern integrale Bestandteile des Systems. Die Rentenversicherungsträger erbringen – im Gegensatz zur FENIN-Konstellation – die Rehabilitationsleistungen nicht selbst. Sie bedienen sich hierzu (eigener oder privater) Rehabilitationseinrichtungen, die für die Rentenversicherungsträger den ihnen gegenüber den Versicherten obliegenden Versorgungsauftrag erfüllen (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI). Anders als in dem Fall FENIN haben die Rentenversicherungsträger wegen ihres Struktursicherungsauftrages nach § 36 Abs. 1 SGB IX (s. auch § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB IX, § 17 Abs. 1 SGB I) gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen eine besondere Verantwortung. Gem. § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB IX wirken die Rehabilitationsträger gemeinsam unter

Beteiligung der Bundesregierung und der Landesregierungen darauf hin, dass die fachlich und regional erforderlichen Rehabilitationsdienste und -einrichtungen in ausreichender Anzahl und Qualität zur Verfügung stehen. Sie haben sicherzustellen, dass in quantitativer und qualitativer Hinsicht genügend Dienste und Einrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung mit Rehabilitationsleistungen existieren.

Die Gewährleistung der wirtschaftlichen Voraussetzungen der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen und die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen der Rentenversicherungsträger gegenüber ihren Versicherten stehen nicht im Widerspruch, sondern bedingen einander.⁸⁶ Die Einhaltung der Wettbewerbsregeln durch die Rentenversicherungsträger bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch Rehabilitationsdienste und -einrichtungen gefährdet nicht den den Rentenversicherungsträgern gegenüber ihren Versicherten obliegenden Versorgungsauftrag. Vielmehr dient die Beachtung der Wettbewerbsregeln durch die Rentenversicherungsträger der Gewährleistung eines funktionsfähigen Systems von Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen und damit der Erfüllung ihres Struktursicherungsauftrages aus § 36 Abs. 1 SGB IX gegenüber den Versicherten. Der Schutz der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen vor Ausbeutung und Diskriminierung, der im Zentrum der EU-Wettbewerbsregeln steht, ist wesentliche Voraussetzung dafür, dass quantitativ und qualitativ genügend Rehabilitationsangebote zur Verfügung stehen und somit der Struktursicherungsauftrag des § 36 Abs. 1 SGB IX erfüllt ist. Die Bindung der Rentenversicherungsträger an die Wettbewerbsregeln

⁸⁶ S. hierzu im Einzelnen *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Entgeltregulierung im Sozialversicherungsrecht, 2018, S. 50 f.

des Unionsrechts gefährdet nicht den sozialen Auftrag der Rentenversicherungsträger, sondern trägt im Gegenteil dazu bei, dass sie ihrer besonderen Verantwortung gegenüber den Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen aufgrund des Struktursicherungsauftrages gem. § 36 Abs. 1 SGB IX nachkommen und damit zugleich ihren Versorgungsauftrag gegenüber den Versicherten erfüllen.

(2) System der Erbringung von Leistungen
zur medizinischen Rehabilitation
beruht auf Wettbewerbsprinzip

Das System der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist durch weitere Besonderheiten gekennzeichnet, die es von dem der FENIN-Rechtsprechung zugrunde liegenden Fall unterscheiden.

Wie oben dargelegt, erfüllen die Rentenversicherungsträger ihren Versorgungsauftrag gegenüber den Versicherten nicht selbst, sondern durch von ihnen oder von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI). Die Rehabilitationseinrichtungen der verschiedenen Träger konkurrieren um die Erbringung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation für den Versicherten. Dabei ist der Versicherte in derjenigen Rehabilitationseinrichtung zu versorgen, die die Rehabilitationsleistung in der nachweislich besten Qualität erbringt (vgl. § 15 Abs. 6a, Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI). Unter den zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen, die die objektiven sozialmedizinischen Kriterien erfüllen, weist der zuständige Rentenversicherungsträger dem Versicherten unter Berücksichtigung seines Vorschlags- und Auswahlrechts eine Rehabilitationseinrichtung zu (§ 15 Abs. 6a SGB VI). Der Gesetzgeber setzt damit auf das Prinzip des freien Wettbewerbs auf dem Markt der Erbringung von Rehabilitationsleistungen.

Auch die leistungsgerechte (s. § 15 Abs. 3 Satz 4 SGB VI) Vergütung für die Erbringung der Rehabilitationsleistungen wird zwischen der Rehabilitationseinrichtung und dem federführenden Rentenversicherungsträger im Grundsatz frei vereinbart (§ 15 Abs. 8 Satz 2 SGB VI). Grundlage hierfür ist die nach § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI von der DRV Bund herbeizuführende verbindliche Entscheidung zu einem verbindlichen, transparenten, nachvollziehbaren und diskriminierungsfreien Vergütungssystem für alle zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen nach § 15 Abs. 3 SGB VI.

Beruhet mithin das System der Erbringung von Rehabilitationsleistungen nach der Konzeption des Gesetzgebers auf dem Wettbewerbsprinzip, müssen die Wettbewerbsregeln des Unionsrechts Anwendung finden. Es ist kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, weshalb die EU-Wettbewerbsregeln dort nicht gelten sollten, wo der nationale Gesetzgeber selbst auf das Wettbewerbsprinzip setzt. Es wäre inkonsistent, Rechtsbeziehungen, die der Gesetzgeber selbst als wettbewerblich einstuft, aus dem Anwendungsbereich des EU-Wettbewerbsrechts auszuklammern. Das gilt – wie dargelegt – insbesondere dann, wenn sich der nationale Gesetzgeber zur Verwirklichung des Versorgungsauftrages der Sozialversicherungsträger gegenüber den Versicherten für eine wettbewerbliche Ordnung entscheidet. Ein Dispens von den EU-Wettbewerbsregeln beeinträchtigte nicht nur den Wettbewerb, sondern auch das Rentenversicherungssystem (Erbringung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation) in Deutschland. Das ist nicht die Intention der FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes und auch unter keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen.

(3) Ausbeutungs- und Diskriminierungspotenzial wegen
Doppelfunktion der Rentenversicherungsträger
als Leistungsträger und Leistungserbringer

Ein weiterer maßgeblicher Unterschied zu der Konstellation in der Rechtssache FENIN besteht darin, dass die Rentenversicherungsträger nicht nur als Sozialversicherungsträger (Leistungsträger) in Erscheinung treten, sondern auch zugleich Rehabilitationseinrichtungen betreiben. Die Rentenversicherungsträger sind auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation durch eigene Einrichtungen selbst tätig. Auf sie entfällt ein Marktanteil von etwa 30 %.⁸⁷

Dementsprechend erbringen die Rentenversicherungsträger Leistungen zur medizinischen Rehabilitation für die Versicherten sowohl durch eigene Rehabilitationseinrichtungen als auch durch Rehabilitationseinrichtungen, die von anderen (Privaten) betrieben werden (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI).

Von vertikal integrierten Unternehmen, die auf einem vor- und nachgelagerten Markt tätig sind und auf einem dieser Märkte über beträchtliche Marktmacht verfügen, gehen besondere Gefahren für den Wettbewerb aus. Die Marktmacht lässt sich zur Erzielung von unverhältnismäßigen, marktunüblichen Renditen (Ausbeutungsgefahr) und zur Schlechterbehandlung der Wettbewerber auf dem nach- bzw. vorgelagerten Markt (aus-)nutzen (Diskriminierungsgefahr).⁸⁸

⁸⁷ Die Träger der Rentenversicherung erbringen Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch 90 eigene oder trägernahe Rehabilitationseinrichtungen, s. BT-Drs. 19/23550, S. 94.

⁸⁸ Vgl. nur *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, GWB § 26 Rn. 168 ff.

Das vertikal integrierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt inhärente Ausbeutungs- und Diskriminierungspotenzial besteht auch, wenn die Rentenversicherungsträger, die wegen ihrer Leistungsträgerschaft als Nachfrager von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation über beträchtliche Marktmacht verfügen (Nachfragekartell),⁸⁹ auf dem Markt der Rehabilitationsleistungen durch eigene Einrichtungen tätig sind. Insoweit herrscht nicht nur die übliche Ausbeutungsgefahr, die jedem Nachfragemonopol innewohnt und die nach der Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz in der Rechtssache FENIN nicht ausreichen soll, um die Unternehmenseigenschaft eines Sozialversicherungsträgers bei seiner Einkaufstätigkeit zu begründen.⁹⁰ Vielmehr besteht eine über die übliche Ausbeutungsgefahr hinausgehende – größere – Ausbeutungsgefahr, weil die Rentenversicherungsträger zur Leistungserbringung gegenüber den Versicherten zum Teil auf eigene Rehabilitationseinrichtungen zurückgreifen können (Marktanteil von 30 %). Diese Ausweichmöglichkeit verstärkt ihre aufgrund des

⁸⁹ Vgl. nur *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 175 ff.: Die Rehabilitationsträger „nehmen eine quasi marktbeherrschende Stellung ein“ (S. 175); *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, 284 (286 f.): marktbeherrschende Stellung der Rehabilitationsträger (286) und „Marktform des Monopols oder zumindest des Oligopols“ (287); *Kingreen*, Die Verträge zur Ausführung von medizinischen Rehabilitationsleistungen im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung, Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft Medizinische Rehabilitation SGB IX, Mai 2010, S. 11: „problematische Asymmetrie zwischen Leistungsträger und -erbringern“ im Bereich der medizinischen Rehabilitation; S. 25: Machtasymmetrie zwischen Rentenversicherungsträger und Rehabilitationseinrichtungen; *CRBE/BDO*, Reha-Kliniken in Deutschland. Immobilien- und Investmentmarktbericht, 2015, S. 23, 27: wirtschaftlich starke Abhängigkeit der Reha-Kliniken von den Kostenträgern bzw. asymmetrische Verteilung der Marktmacht zwischen Rehabilitationsträgern und -einrichtungen bzw. Marktmacht der Rehabilitationsträger; *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Entgeltregulierung im Sozialversicherungsrecht, 2018, S. 33 ff.

⁹⁰ S. hierzu nochmal EuG, EuZW 2003, 283 (286 Rn. 37).

Nachfragemonopols ohnehin bestehende prävalente Verhandlungsmacht im Verhältnis zu den Rehabilitationseinrichtungen privater Träger erheblich.

Neben diese Ausbeutungsgefahr tritt ein weiteres besonderes Diskriminierungspotenzial, das im FENIN-Fall ebenfalls nicht vorlag. Wie bei vertikal integrierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt besteht auch bei den Rentenversicherungsträgern die spezifische Gefahr, dass sie zur Erbringung von Rehabilitationsleistungen gegenüber den Versicherten eigene Rehabilitationseinrichtungen bevorzugen und Einrichtungen anderer Träger benachteiligen. Die Rentenversicherungsträger werden geneigt sein, den Versicherten primär eigene Rehabilitationseinrichtungen zuzuweisen und Einrichtungen Dritter nachrangig zu belegen. Ein solches Verhalten der Rentenversicherungsträger prägt die aktuelle Belegungspraxis, zu deren Rechtfertigung sich die Rentenversicherung auf den sie bindenden Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beruft, der ihnen nicht nur gestatte, sondern sogar aufgabe, primär eigene Rehabilitationseinrichtungen auszulasten und nur nachrangig auf Rehabilitationseinrichtungen Dritter zur Versorgung der Versicherten zurückzugreifen.

Dieses Diskriminierungspotenzial wird durch das Vorschlags- und Auswahlrecht der Versicherten bei der Belegung von Rehabilitationseinrichtungen nach § 15 Abs. 6a SGB VI noch verstärkt. Wie bereits dargelegt, besteht in Bezug auf die (Aus-)Wahl einer auf die speziellen medizinischen und sonstigen Bedürfnisse des Versicherten zugeschnittenen Rehabilitationseinrichtung eine Informationsasymmetrie zugunsten der Rentenversicherungsträger. Im Regelfall entzieht es sich der Kenntnis des Versicherten, welcher Rehabilitationsbedarf besteht und welche medizinischen

Anforderungen deshalb die Rehabilitationseinrichtung in personeller und sächlicher Hinsicht erfüllen muss. Es ist daher nahelegend, dass sich der Versicherte mit der Bitte um Information und Beratung an den für ihn zuständigen Rentenversicherungsträger wendet. Damit wird dem Rentenversicherungsträger die Möglichkeit informeller Einflussnahme und mithin einer (mittelbaren) Bevorzugung der eigenen Rehabilitationseinrichtungen eröffnet. Daran ändert die Informationsplattform der Rentenversicherung nichts (§ 15 Abs. 7 SGB VI). Sie vermag zwar die Informationsasymmetrie und die damit verbundene Diskriminierungsgefahr in gewissem Umfang abzuschwächen, aber nicht zu beheben.⁹¹

Doch selbst dann, wenn Rentenversicherungsträger alle (eigenen und fremden) Rehabilitationseinrichtungen gleichbehandeln, kann dies im Einzelfall zur Ausbeutung und Diskriminierung von Einrichtungen Dritter führen. Zahlen beispielsweise Rentenversicherungsträger für die Erbringung von Rehabilitationsleistungen an sämtliche (eigenen und fremden) Rehabilitationseinrichtungen die gleiche nichtleistungsgerechte, nichtauskömmliche Vergütung, liegt zwar formal eine Gleichbehandlung vor. Sie kann aber für die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger (gesamt-)haushälterisch neutral sein („linke Tasche, rechte Tasche“),⁹² während sie für von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen ausbeutend und diskriminierend sein kann.

Überdies ist das skizzierte Ausbeutungs- und Diskriminierungspotenzial struktureller Art. Es beruht auf der Doppelfunktion der

⁹¹ Hierzu insgesamt näher S. 34 ff.

⁹² Vgl. *Niedersächsischer Landtag*, 18 Wahlperiode, 108. Plenarsitzung am 30. April 2021, Protokoll, S. 10322, wonach Verluste der Kliniken der Rentenversicherungsträger aus dem allgemeinen Haushalt der Rentenversicherungsträger ausgeglichen werden.

Rentenversicherungsträger als Leistungsträger und Leistungserbringer auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation. Strukturell bedingte Gefahren für den freien Wettbewerb erfordern eine Regulierung und somit die Anwendung der Wettbewerbsregeln.

Auch insoweit gehen das Wettbewerbsrecht und das Sozialversicherungsrecht Hand in Hand. Der Schutz der Rehabilitationseinrichtungen privater Träger vor Ausbeutung und Diskriminierung ist nicht nur Ziel des EU-Wettbewerbsrechts, sondern auch des Sozialversicherungsrechts. Die Rentenversicherungsträger haben, wie gezeigt, aufgrund ihres Struktursicherungsauftrages gem. § 36 Abs. 1 SGB IX (s. auch § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB IX, § 17 Abs. 1 SGB I) für ein funktionsfähiges System einer ausreichenden Zahl qualitativ leistungsfähiger Rehabilitationsdienste und -einrichtungen zu sorgen. Die mit der Doppelfunktion der Rentenversicherungsträger als Leistungsträger und Leistungserbringer verbundene Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahr gefährdet diesen Struktursicherungsauftrag. Nur durch eine Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln kann der Gefahr für den Wettbewerb und für den sozialversicherungsrechtlichen Struktursicherungsauftrag begegnet werden.

(4) Missbrauchspotenzial wegen fehlender Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger

Ein weiterer grundlegender Unterschied zur Konstellation in der Rechtssache FENIN und ein besonderes Missbrauchspotenzial besteht, weil die Rentenversicherungsträger – neben ihren Funktionen als Leistungsträger und als Leistungserbringer – zugleich hoheitliche Aufgaben wahrnehmen. Die Rentenversicherungsträger üben hoheitliche Funktionen nicht nur im Verhältnis zu den Versicherten aus. Der Gesetzgeber hat ihnen durch § 15 SGB VI

auch hoheitliche Funktionen im Verhältnis zu den Rehabilitationseinrichtungen eingeräumt.

Gem. § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI hat die DRV Bund verbindliche Entscheidungen herbeizuführen erstens zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung der Anforderungen für die Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen (Nr. 1), zweitens zu einem verbindlichen, transparenten, nachvollziehbaren und diskriminierungsfreien Vergütungssystem für die zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen (Nr. 2), drittens zu den objektiven sozialmedizinischen Kriterien für die Belegung von Rehabilitationseinrichtungen durch den zuständigen Rentenversicherungsträger (Nr. 3) und viertens zum näheren Inhalt und Umfang der Daten der externen Qualitätssicherung bei den zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen (Nr. 4).

Zudem obliegt die Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen als Voraussetzung für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation dem federführenden Rentenversicherungsträger (§ 15 Abs. 5 Satz 1 SGB VI). Der (federführende) Rentenversicherungsträger entscheidet auch über den Widerruf der Zulassungsentscheidung (§ 15 Abs. 4 Satz 1 SGB VI) und der fiktiven (gesetzlichen) Zulassung (§ 15 Abs. 4 Satz 2 SGB VI), wenn eine Rehabilitationseinrichtung die Zulassungsanforderungen nach § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI nicht mehr erfüllt (§ 15 Abs. 5 Satz 5 und 6 SGB VI). Soweit es um den Widerruf der fiktiven (gesetzlichen) Zulassung eigener Rehabilitationseinrichtungen geht, entscheidet der (federführende) Rentenversicherungsträger gleichsam in eigener Sache.

Weiter liegt auch der Abschluss des Belegungsvertrags mit den (zugelassenen) Rehabilitationseinrichtungen nach § 15 Abs. 6

SGB VI in den Händen des federführenden Rentenversicherungsträgers, der den Vertrag mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger abschließt.

Schließlich entscheidet der zuständige Rentenversicherungsträger über die Belegung von Rehabilitationseinrichtungen mit Versicherten (§ 15 Abs. 6a SGB VI).

Bei all diesen hoheitlichen⁹³ Funktionen der Rentenversicherungsträger handelt es sich um exklusive, besondere gesetzliche Befugnisse. Diese Befugnisse können den Wettbewerb zwischen den von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen und den von anderen betriebenen Rehabilitationseinrichtungen empfindlich beeinträchtigen. Aus diesem Grund verlangt der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine strikte Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen.⁹⁴ Auch insoweit unterscheidet sich das System der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation von dem der FENIN-Entscheidung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes zugrunde liegenden Fall. Um dem Missbrauchspotenzial wegen der fehlenden Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger wirksam begegnen zu können, ist die Anwendung der Wettbewerbsregelungen des Europäischen Unionsrechts zwingend erforderlich.

d) Fazit

Die FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes, wonach die Einkaufstätigkeit von Sozialversicherungsträgern nicht dem Unternehmensbegriff des

⁹³ Hierzu bezogen auf den Belegungsvertrag und den Vergütungsvertrag näher S. 109 ff. und 127 ff.

⁹⁴ Näher S. 75 ff.

Art. 106 Abs. 1 AEUV unterfällt, weil zwischen Einkauf und nichtwirtschaftlicher Verwendung nicht zu unterscheiden sei und die nichtwirtschaftliche Verwendung den Charakter der Einkaufstätigkeit präge, überzeugt bereits ganz grundsätzlich nicht. Nach dem im Rahmen der EU-Wettbewerbsregeln geltenden funktionalen Unternehmensbegriff liegt ein Unternehmen immer dann vor, wenn es wirtschaftlich tätig ist. Austauschbeziehungen und damit wirtschaftliche Betätigungen können sowohl auf Angebots- als auch Nachfragemärkten existieren. Dementsprechend ist (auch) im Rahmen des Art. 106 Abs. 1 AEUV zwischen Angebots- und Nachfragemärkten zu differenzieren. Die Einkaufstätigkeit von Sozialversicherungsträgern lässt sich deshalb nicht als nichtwirtschaftlich qualifizieren, nur weil sie im Verhältnis zu den Versicherten der Erfüllung eines nichtwirtschaftlichen Zwecks (der Erfüllung des Sozialversicherungsauftrages) dient.

Hierfür spricht auch die Parallele zum Europäischen Kartellvergaberecht. Stellte man in Vergabefällen auf die regelmäßig vorliegende nichtwirtschaftliche Zielsetzung der öffentlichen Hand ab, würde das Kartellvergaberecht leerlaufen, es wäre (im Wesentlichen) unanwendbar.

Auch ist nicht erkennbar, weshalb die Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln Sozialversicherungsträger bei der Erfüllung ihres sozialen Auftrages gegenüber den Versicherten beeinträchtigen soll. Von einem Sozialversicherungsträger, der dem Gemeinwohl verpflichtet ist, muss verlangt werden, dass er bei der Erfüllung seines Sozialauftrages auf den Beschaffungsmärkten die Wettbewerbsregeln beachtet, d.h. Unternehmen der Marktgegenseite nicht diskriminiert oder ausbeutet.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass eine Nichtgeltung der EU-Wettbewerbsregeln für die Sozialversicherungsträger im

Rahmen ihrer Beschaffungstätigkeit zu empfindlichen wettbewerblichen Störungen auf Nachfragemärkten führen kann.

Ungeachtet dieser allgemeinen Kritik an der FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes lässt sich diese Rechtsprechung jedenfalls auf das hier in Rede stehende System der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nicht übertragen. Gegenüber der reinen Einkaufstätigkeit von Sozialversicherungsträgern, die Gegenstand der FENIN-Rechtsprechung ist, weist die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zahlreiche Besonderheiten auf. Wegen dieser Besonderheiten ist die FENIN-Rechtsprechung auf die Erbringung von Rehabilitationsleistungen der Rentenversicherungsträger durch Rehabilitationseinrichtungen nicht anwendbar. Die Besonderheiten sind:

Erstens haben die Rentenversicherungsträger aufgrund ihres Struktursicherungsauftrages gem. § 36 Abs. 1 SGB IX eine besondere Verantwortung für die Rehabilitationseinrichtungen, die für die Rentenversicherungsträger die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gegenüber dem Versicherten erbringen. Die Einhaltung der Wettbewerbsregeln durch die Rentenversicherungsträger bei der Beschaffung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gefährdet ihren Versorgungsauftrag gegenüber den Versicherten nicht. Vielmehr dient die Beachtung der Wettbewerbsregeln durch die Rentenversicherungsträger ihrer Verpflichtung zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Systems an Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen und damit der Erfüllung ihres Versorgungsauftrages gegenüber den Versicherten.

Zweitens beruht das gesetzliche System der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation auf dem Wettbe-

werbsprinzip. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Wettbewerbsregeln dort nicht gelten sollen, wo der nationale Gesetzgeber selbst auf das Wettbewerbsprinzip setzt. Es wäre inkonsistent, Rechtsbeziehungen, die der Gesetzgeber selbst als wettbewerblich einstuft, aus dem Anwendungsbereich des EU-Wettbewerbsrechts auszuklammern.

Drittens: Ein maßgeblicher Unterschied zur Konstellation in der Rechtssache FENIN besteht darin, dass die Rentenversicherungsträger nicht nur als Sozialversicherungsträger (Leistungsträger) in Erscheinung treten, sondern zugleich eigene Rehabilitationseinrichtungen betreiben. Aufgrund dieser Doppelfunktion der Rentenversicherungsträger als Leistungsträger und Leistungserbringer besteht die Gefahr der Ausbeutung und Diskriminierung der von anderen betriebenen, konkurrierenden Rehabilitationseinrichtungen. Um dieser Gefahr wirksam begegnen zu können, ist die Anwendung der Wettbewerbsregeln unabdingbar.

Viertens: Ein grundlegender Unterschied zur Rechtssache FENIN und ein besonderes Missbrauchspotenzial besteht auch deshalb, weil der Gesetzgeber die Sozialversicherungsträger nicht nur im Verhältnis zu den Versicherten, sondern auch im Verhältnis zu den Rehabilitationseinrichtungen mit hoheitlichen Funktionen ausstattet (verbindliche Entscheidungen, Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen, Vergütungsvertrag, Belegungsvertrag, Belegung von Rehabilitationseinrichtungen). Diese Befugnisse können den Wettbewerb zwischen den von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen und den von anderen betriebenen Rehabilitationseinrichtungen empfindlich beeinträchtigen. Aus diesem Grund verlangt der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine strikte Trennung von hoheitlichen und unternehmeri-

schen Funktionen. Um dem Missbrauchspotenzial wegen fehlender Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen wirksam begegnen zu können, ist die Anwendung der EU-Wettbewerbsregelungen unerlässlich.

Im Ergebnis steht damit fest, dass die Rentenversicherungsträger als Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sind, wenn sie sich zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrages gegenüber den Versicherten der Rehabilitationseinrichtungen bedienen. Die Inanspruchnahme von Rehabilitationseinrichtungen zur Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist eine von Art. 106 Abs. 1 AEUV erfasste unternehmerische Tätigkeit der Rentenversicherungsträger.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 24. März 2016 zur Anmeldung einer Defizitfinanzierung für Kreiskrankenhäuser.⁹⁵ Das Urteil betrifft die Frage, ob Kommunen Jahresfehlbeträge öffentlicher Kreiskrankenhäuser ausgleichen dürfen (staatlicher Defizitausgleich), wenn die Krankenhäuser der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung dienen und mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut sind. Voraussetzung hierfür ist nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes eine besondere gesetzliche Aufgabe der öffentlichen Krankenhäuser, die andere (private) Krankenhäuser nicht haben.⁹⁶ Eine solche besondere gesetzliche Aufgabe hat der Bundesgerichtshof darin gesehen, dass die öffentliche Hand nach dem Landeskrankenhausgesetz zum Betrieb der nach dem Landeskrankenhausplan notwendigen Krankenhäuser verpflichtet ist, wenn die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern nicht durch andere Träger

⁹⁵ NJW 2016, 3176.

⁹⁶ NJW 2016, 3176 (3179 Rn. 41).

sichergestellt ist.⁹⁷ In einem solchen Fall der Konkretisierung des gesetzlichen Sicherstellungsauftrags sei die öffentliche Hand, anders als private Krankenhausträger, auch zum Betrieb eines unwirtschaftlichen Krankenhauses verpflichtet.⁹⁸ Diese allein die öffentliche Hand treffende Betriebspflicht rechtfertige einen staatlichen Defizitausgleich zugunsten der nach dem Krankenhausplan mit der Grundversorgung betrauten öffentlichen Krankenhäuser. Die zur Verhinderung einer Versorgungslücke erforderlichen Kapazitäten müssen nach Ansicht des Bundesgerichtshofes nicht erst bei deren Eintritt geschaffen werden, sondern können permanent vorgehalten werden.⁹⁹ Der Sicherstellungsauftrag des Landeskrankenhausgesetzes ermögliche daher einen Verlustausgleich nicht erst bei Eintritt des Sicherungsfalles.¹⁰⁰

Eine solche besondere gesetzliche Grundversorgungsaufgabe kommt den Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger nicht zu. Der Gesetzgeber hat ihnen keine Sonderaufgabe zugewiesen, die Rehabilitationseinrichtungen anderer Träger nicht haben. Der den Rentenversicherungsträgern obliegende Struktursicherungsauftrag des § 36 Abs. 1 SGB IX kann entweder durch Einrichtungen der Rentenversicherungsträger oder durch Einrichtungen anderer Träger erfüllt werden (s. nur § 36 Abs. 1 und 2 SGB IX sowie § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI). Anders als nach den Landeskrankenhausgesetzen besteht mithin keine gesetzliche Betriebspflicht für die Einrichtungen der Rentenversicherungsträger. Im Krankenhausrecht wird der Si-

⁹⁷ NJW 2016, 3176 (3179 Rn. 44).

⁹⁸ NJW 2016, 3176 (3179 f. Rn. 45 ff.).

⁹⁹ NJW 2016, 3176 (3179 Rn. 44).

¹⁰⁰ NJW 2016, 3176 (3179 Rn. 44).

cherstellungsauftrag dadurch erfüllt, dass Krankenhauspläne erstellt werden, in denen die für die medizinische Versorgung der Bevölkerung notwendigen Krankenhäuser festgelegt werden. Für diese Krankenhäuser besteht eine gesetzliche Betriebspflicht. Im Gegensatz dazu kann der gesetzliche Sicherstellungsauftrag des § 36 Abs. 1 SGB IX entweder durch Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger oder durch Rehabilitationseinrichtungen anderer Träger erfüllt werden. § 36 SGB IX sieht keine Sonderaufgabe und entsprechende Sonderstellung der Einrichtungen der Rentenversicherungsträger vor und dementsprechend auch keine Betriebspflicht für die Einrichtungen der Rentenversicherungsträger. Nach der gesetzlichen Konzeption ist der Sicherstellungsauftrag vielmehr durch freien und gleichen Wettbewerb von Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger und Rehabilitationseinrichtungen anderer Träger zu erfüllen. Dementsprechend können die Rehabilitationsträger nach den für sie geltenden Rechtsvorschriften (private) Rehabilitationsdienste oder -einrichtungen fördern, wenn dies zweckmäßig ist und die Arbeit dieser Dienste oder Einrichtungen in anderer Weise nicht sichergestellt werden kann (§ 36 Abs. 3 SGB IX). Auch das zeigt, dass der Sicherstellungsauftrag nicht notwendig und v.a. nicht primär durch Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger erfüllt werden muss. Es besteht keine gesetzliche Betriebspflicht.

Diese gesetzliche Konzeption eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs auf dem Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation liegt auch § 15 SGB VI zugrunde. § 15 SGB VI soll keinerlei Sonderrechte der Kliniken der Rentenversicherungsträger begründen. Vielmehr verfolgt der Gesetzgeber mit der Neureglung des § 15 SGB VI das Ziel, die „Transparenz, Nachvollziehbarkeit, Diskriminierungsfreiheit und Gleichbehand-

lung bei der Beschaffung medizinischer Rehabilitationsleistungen durch die Träger der Rentenversicherung“ sicherzustellen.¹⁰¹

Aus diesen Gründen scheidet vorliegend anders als im Landeskrankenhausrecht ein Dispens (Art. 106 Abs. 2 AEUV) von den europäischen Wettbewerbsregeln (Art. 106 Abs. 1 AEUV) aus.

2. Rentenversicherungsträger sind öffentliche Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV

Die Rentenversicherungsträger sind auch „öffentliche“ Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV. Ein öffentliches Unternehmen besteht, wenn der Mitgliedstaat, d.h. die öffentliche Hand, auf das Unternehmen (unmittelbar oder mittelbar) beherrschenden Einfluss ausüben kann.¹⁰² Ein solcher Einfluss wird nach der einschlägigen Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen¹⁰³ (unwiderlegbar) vermutet, wenn ein Unternehmen im Alleineigentum der öffentlichen Hand steht (vgl. Art. 2 lit. b) i) Richtlinie 2006/111/EG).

Diese Voraussetzung erfüllen die Rentenversicherungsträger. Die DRV Bund ist gem. Art. 87 Abs. 2 Satz 1 GG eine bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Regionalträger der Rentenversicherung sind gem. Art. 87 Abs. 2 Satz 2

¹⁰¹ BT-Drs. 19/23550, S. 2.

¹⁰² S. nur EuGH, Slg. 1982, 2545 (2757 Rn. 12); EuGH, Slg. 1987, 2619 (2621 f.); EuGH, Slg. 1997, I-5768 (5777 f. Rn. 29 ff.); EuGH, Slg. 1997, I-5819 (5832 f. Rn. 36 f.); aus dem Schrifttum statt aller *Emmerich/Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 56. EL April 2022, H. II. Rn. 85 m.w.N.

¹⁰³ Richtlinie 2006/111/EG der Kommission v. 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. v. 17.11.2006 L 318, S. 17.

bzw. gem. Art. 83 GG als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert. Träger der Rentenversicherung sind daher der Bund (DRV Bund als mittelbare Bundesverwaltung) und die Länder (Regionalträger der Rentenversicherung als mittelbare Länderverwaltung).

3. Fehlende Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen verstößt gegen unionsrechtliches Diskriminierungsverbot

Gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV treffen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen keine den Verträgen und insbesondere den Art. 18 und Art. 101 bis 109 AEUV widersprechenden Maßnahmen. Den Mitgliedstaaten ist es untersagt, in Bezug auf öffentliche Unternehmen Regelungen zu erlassen, die mit den Wettbewerbsregeln, insbesondere mit dem Diskriminierungsverbot, unvereinbar sind.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verlangt das Prinzip der Chancengleichheit im Wettbewerb und damit das Diskriminierungsverbot die Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen.¹⁰⁴ Dagegen wird verstoßen, wenn das am Wettbewerb teilnehmende öffentliche Unternehmen mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betraut ist, die Einfluss auf den Wettbewerb haben können.¹⁰⁵ Hierfür ist nicht

¹⁰⁴ Vgl. EuGH, Slg. 1991 I, 1223 (1271 Rn. 51, 52); EuGH, Slg. 1992 I, 5833 (5865 Rn. 22); EuGH, Slg. 1991 I, 5941 (5982 Rn. 28); EuGH, Slg. 1995 I, 3911 (3930 Rn. 22); EuGH, Slg. 2008 I, 4863 (4908 Rn. 51); EuGH, Rs. C-553/12 P v. 17.7.2014 (Rn. 43) (juris).

¹⁰⁵ Vgl. *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 106 Rn. 31 f.; *Gundel*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 106 Rn. 58 f.

erforderlich, dass eine Diskriminierung im konkreten Fall nachgewiesen ist.¹⁰⁶ Vielmehr genügt eine abstrakte Diskriminierungsgefahr.

So hat der Europäische Gerichtshof es für unvereinbar mit Art. 106 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot erklärt, dass eine Stelle eines staatlichen Telekommunikationsunternehmens, das selbst Endgeräte verkauft, auch über die Zulassung von Telekommunikationsendgeräten entscheidet.¹⁰⁷ Ebenso unzulässig ist die Prüfung der technischen Spezifikationen von Endgeräten durch ein Labor, das dem staatlichen Hauptanbieter von Endgeräten angegliedert ist.¹⁰⁸ Entschieden ist auch, dass es Art. 106 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot widerspricht, wenn es keine klare Trennung zwischen der Erteilung einer hoheitlichen Genehmigung für die Veranstaltung von Motorradrennen und der Veranstaltung und kommerziellen Nutzung solcher Rennen gibt.¹⁰⁹

Dementsprechend ist es ein anerkannter Organisationsgrundsatz des sekundären Unionsrechts, dass Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten unabhängig von den in diesem Bereich tätigen Unternehmen sein müssen. Dieser elementare unionsrechtliche Organisationsgrundsatz kennzeichnet das gesamte Richtlinienrecht im sektorspezifischen Regulierungsrecht, insbesondere in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Eisenbahn.¹¹⁰

¹⁰⁶ Vgl. *Gundel*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 106 Rn. 58.

¹⁰⁷ EuGH, Slg. 1991 I 5941 (5980 f. Rn. 24 ff.).

¹⁰⁸ EuGH, Slg. 1995 I, 3911 (3930 Rn. 22).

¹⁰⁹ EuGH, Slg. 2008 I, 4863 (4908 Rn. 51).

¹¹⁰ Hierzu näher statt vieler *Gundel*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 106 Rn. 59 m.w.N.

Eine solche Trennung hoheitlicher und unternehmerischer Aufgabe fehlt vorliegend. Die Rentenversicherungsträger nehmen sowohl hoheitliche Aufgaben gegenüber den Versicherten und den Rehabilitationseinrichtungen wahr als auch unternehmerische Tätigkeiten als Betreiber von Rehabilitationseinrichtungen.¹¹¹

4. Verpflichtung der öffentlichen Unternehmen zur Wahrung des Diskriminierungsverbotes

Art. 106 Abs. 1 AEUV bindet nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die öffentlichen Unternehmen.¹¹² Auch öffentliche Unternehmen müssen die EU-Wettbewerbsregeln beachten, insbesondere das Diskriminierungsverbot wahren. Das geht zwar nicht aus dem Wortlaut des Art. 106 Abs. 1 AEUV hervor („Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen [...]“). Es folgt aber aus dem systematischen Verhältnis des Art. 106 Abs. 1 zu Art. 106 Abs. 2 AEUV. Art. 106 Abs. 2 AEUV sieht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, Ausnahmen von Art. 106 Abs. 1 AEUV vor. Die Bindung der öffentlichen Unternehmen durch Art. 106 Abs. 1 AEUV ergibt sich zudem mittelbar daraus, dass ihnen keine anderen Befugnisse zustehen dürfen als den Mitgliedstaaten selbst, welche unzweifelhaft in den Anwendungsbereich des Art. 106 Abs. 1 AEUV fallen.

¹¹¹ Näher S. 56 ff. und 100 ff.

¹¹² Vgl. *Gundel*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 106 Rn. 55; *Knauff*, Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, AEUV Art. 106 Rn. 22; *Meessen/Kersting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 106 AEUV Rn. 18.

Dementsprechend unterliegen auch die Rentenversicherungsträger dem Art. 106 Abs. 1 AEUV. Den Rentenversicherungsträgern ist nach Art. 106 Abs. 1 AEUV jedwede Diskriminierung von Rehabilitationseinrichtungen verboten.

III. Nationales Wettbewerbsrecht (GWB)

Neben dem europäischen Wettbewerbsrecht kommt auch das nationale Wettbewerbsrecht zur Anwendung. Wie bereits dargelegt, ist die Anwendbarkeit des GWB auf die gesetzliche Rentenversicherung im Sozialgesetzbuch nicht speziell geregelt. § 69 SGB V gilt nicht.¹¹³

Gem. § 185 Abs. 1 GWB finden die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des GWB auch auf Unternehmen Anwendung, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Dies ist bei den Rentenversicherungsträgern der Fall.¹¹⁴

Wie bereits dargelegt, hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil „Gummistrümpfe“ festgestellt, dass die Sozialversicherungsträger in ihrem Nachfrageverhalten als „Unternehmen“ im Sinne des GWB dem Kartellrecht unterfallen.¹¹⁵

Der Bundesgerichtshof hat in jüngster und ständiger Rechtsprechung aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot (s. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) für den Bereich der Gas- und Stromversorgung das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber abgeleitet.¹¹⁶ Ergangen

¹¹³ S. 16.

¹¹⁴ Zum entsprechenden Begriff des öffentlichen Unternehmens i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV S. 74 ff.

¹¹⁵ S. 52.

¹¹⁶ BGH, NZBau 2017, 236 (238 f. Rn. 39 f.); BGH, NZBau 2020, 467 (470 Rn. 33); BGH, NZBau 2021, 625 (629 Rn. 48 ff.); BGH, NZBau 2022, 167 (169 f. Rn. 35).

ist diese Rechtsprechung zu Fällen, in denen Gemeinden über die Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromversorgungsnetze entscheiden und gleichzeitig durch einen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft am Wettbewerb um das kommunale Wegenetz zur leitungsgebundenen Gas- bzw. Stromversorgung teilnehmen. In einer solchen Situation besteht ein Interessenkonflikt, weil die Gemeinde einerseits diskriminierungsfrei über die Konzessionsvergabe entscheiden muss und andererseits ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Übernahme des Gas- bzw. Stromversorgungsnetzes hat. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum Landesbetrieb Berlin Energie heißt es wörtlich:

„Durch die gleichzeitige Stellung als Vergabestelle und Bieter besteht bei der Gemeinde allerdings ein Interessenkonflikt. Sie hat einerseits diskriminierungsfrei über die Konzessionsvergabe zu entscheiden und darf andererseits ihr eigenes Interesse an der Übernahme des Netzbetriebs verfolgen.“¹¹⁷

Hieraus leitet der Bundesgerichtshof ab:

„Daraus folgt das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung der Vergabestelle von dem als Bieter auftretenden Eigenbetrieb. Ohne eine solche Trennung (...) lässt sich die gebotene diskriminierungsfreie Vergabeentscheidung von vornherein nicht gewährleisten.“¹¹⁸

Im Anschluss daran stellt der Bundesgerichtshof fest: Eine solche vollständige Trennung erfordert eine Organisationsstruktur, die sicherstellt, dass

¹¹⁷ BGH, NZBau 2017, 236 (238 f. Rn. 39).

¹¹⁸ BGH, NZBau 2017, 236 (239 Rn. 40); ebenso BGH, NZBau 2020, 467 (470 Rn. 33); BGH, NZBau 2021, 625 (629 Rn. 48); BGH, NZBau 2022, 167 (169 Rn. 34).

„die Bevorzugung des Eigenbetriebs oder der Eigen-
gesellschaft und der »böse Schein« mangelnder Ob-
jektivität (...) der Vergabestelle vermieden wird.“¹¹⁹

Der Bundesgerichtshof verweist dabei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der es zu den elementaren Verfahrensgrundsätzen gehört, dass die Neutralität und Distanz der zur Entscheidung berufenen staatlichen Stellen gewährleistet ist. Auch nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts muss bereits der „böse Schein“ mangelnder Objektivität vermieden werden, der in der Außenwahrnehmung das Vertrauen in die Amtsführung beeinträchtigt.¹²⁰

Bestätigt hat das Bundesverfassungsgericht dies jüngst erneut in seiner Entscheidung zum Internationalen Sportschiedsgerichtshof in Lausanne (Court of Arbitration for Sports – CAS). Danach gehört es „zum Wesen der richterlichen Tätigkeit, dass sie von einem nichtbeteiligten Dritten ausgeübt wird; dies erfordert Neutralität und Distanz gegenüber allen Verfahrensbeteiligten.“¹²¹

Wird dem Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber nicht Rechnung getragen, liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vor. Entsprechende Verträge sind gem. § 134 BGB nichtig.¹²²

¹¹⁹ BGH, NZBau 2022, 167 (170 Rn. 35).

¹²⁰ Bezogen auf die staatliche Gerichtsbarkeit BVerfGE 148, 69 (97 Rn. 70 m.w.N.).

¹²¹ BVerfG, NJW 2022, 2677 (2680 Rn. 53).

¹²² BGH, NZBau 2017, 236 (239 Rn. 40); BGH, NZBau 2020, 467 (469 Rn. 30); BGH, NZBau 2022, 167 (169 Rn. 32).

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber im Bereich der Gas- und Stromnetze deckt sich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen bei öffentlichen Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV. Das Diskriminierungsverbot des Unionsrechts verlangt eine Organisationsstruktur, die Interessenkonflikte bei der Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen ausschließt. Das setzt eine Trennung hoheitlicher und unternehmerischer Aufgaben voraus. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes gehen mithin Hand in Hand.

Eine solche das Trennungsgebot auf den Plan rufende Situation liegt bei dem System der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation vor. Die Rentenversicherungsträger befinden sich wegen ihrer Doppelfunktion als Hoheitsträger und Unternehmer in einem Interessenkonflikt. Sie müssen einerseits die ihnen obliegenden hoheitlichen Befugnisse (Zulassung, Belegungsvertrag, Belegungsentscheidung, Vergütungsvertrag und verbindliche Entscheidungen, s. § 15 SGB VI) diskriminierungsfrei ausüben und verfolgen andererseits als Träger von Rehabilitationseinrichtungen eigene wirtschaftliche Interessen. Ihnen fehlt deshalb die zur Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen notwendige Neutralität und Distanz. Wenige Beispiele mögen genügen: Sofern die Rentenversicherungsträger etwa über den Widerruf der fiktiven (gesetzlichen) Zulassung ihrer eigenen Rehabilitationseinrichtungen zu befinden haben (vgl. § 15 Abs. 5 Satz 6 SGB VI), entscheiden sie in eigener Sache. Das widerspricht dem elementaren Verfahrensgrundsatz unparteiischer Amtsführung. Und: Bei der Belegungsentscheidung gem. § 15 Abs. 6a SGB VI geht es – ebenso wie bei Vergabeentscheidung im Bereich von Gas- und Stromversorgungsnetzen – um eine

Auswahlentscheidung unter mehreren Anbietern. Da die Rentenversicherungsträger selbst Rehabilitationseinrichtungen betreiben, die mit den Rehabilitationseinrichtungen privater Träger im Wettbewerb stehen, fehlt es ihnen auch insoweit an der notwendigen Neutralität und Distanz bei der Belegung. Ihr eigenes wirtschaftliches Interesse an einer Belegung der von ihnen betriebenen Rehabilitationseinrichtungen steht in einem unauflösbaren Zielkonflikt mit der Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Belegungsentscheidung und Auswahl unter allen (fachlich geeigneten) Rehabilitationseinrichtungen. Und weiter: Entsprechende Interessenkonflikte bestehen in Bezug auf den Abschluss von Belegungs- und Vergütungsverträgen gem. § 15 Abs. 6 und 8 SGB VI sowie bei dem Erlass der verbindlichen Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 SGB VI. Auch diese hoheitlichen Befugnisse der Rentenversicherungsträger betreffen nicht nur die von anderen betriebenen Rehabilitationseinrichtungen, sondern zugleich die eigenen Rehabilitationseinrichtungen. Die Rentenversicherungsträger verfügen deshalb nicht über die notwendige Neutralität und Distanz, um ihre hoheitlichen Aufgaben diskriminierungsfrei wahrnehmen zu können.

Um solchen Interessenkonfliktsituationen entgegenzuwirken und diskriminierungsfreie (Vergabe- bzw. Auswahl-)Entscheidungen zu gewährleisten, verlangt das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB eine organisatorische und personelle Trennung zwischen der Wahrnehmung von hoheitlichen Befugnissen einerseits und der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (unternehmerische Funktionen) andererseits. Die Organisationsstruktur muss sicherstellen, dass die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse betraute Stelle nicht zugleich eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt. Nur dann ist eine diskriminierungsfreie Behandlung aller Rehabilitationseinrichtungen bei der Zulassung, Belegung und Vergütung gewährleistet. Das

setzt eine organisatorische und personelle Trennung beider Funktionsbereiche, des hoheitlichen und des unternehmerischen Bereichs, voraus. Bei Verstößen gegen diese Vorgaben sind entsprechende Verträge zwischen den Trägern der Rentenversicherung und ihren (öffentlichen) Rehabilitationseinrichtungen – ungeachtet ihrer Unanwendbarkeit wegen Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot – gem. § 134 BGB in Verbindung mit § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nichtig.

IV. Verfassungsrecht

1. Verfassungsrechtliches Gebot der Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger

Die dargelegte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerbern bei der Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromversorgungsnetze konkretisiert verfassungsrechtliche Vorgaben. Deshalb stimmt auch die gleichsinnige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Aufgaben von öffentlichen Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV mit den Direktiven des Grundgesetzes überein.

Auch aus Verfassungsrecht folgt das Gebot organisatorischer, sachlicher und personeller Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung.

Der Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist durch eine Situation gestörter Vertragsparität gekennzeichnet. Zwischen den Sozialleistungsträgern wie den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen besteht ein strukturelles Ungleichgewicht.¹²³ Das Bundessozialgericht geht von einem „Nachfragekartell“ aus, wenn die Leistungsträger – kraft gesetzlicher Ermächtigung – gemeinsam und einheitlich auftreten und Vergütungsvereinbarungen kollektiv mit einzelnen Leistungserbringern schließen.¹²⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Staat in solchen Fällen strukturell bedingter gestörter Vertragsparität aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten (insbesondere Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) zu korrigierenden, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellenden Maßnahmen verpflichtet.¹²⁵ Diese grundrechtliche Schutzpflicht bezieht sich auf den (grundrechtsgebundenen) Staat als Ganzes, d.h. auf den Gesetzgeber, die vollziehende Gewalt und die rechtsprechende Gewalt.¹²⁶

Dieses strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Rentenversicherungsträgern und den (privaten) Trägern von Rehabilitationseinrichtungen wird dadurch verstärkt, dass der Gesetzgeber den

¹²³ S. hierzu im Einzelnen *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Entgeltregulierung im Sozialversicherungsrecht, 2018, S. 33 ff.

¹²⁴ BSGE 87, 199 (203).

¹²⁵ Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); 84, 212 (229); 85, 191 (213); 89, 214 (232); 92, 365 (395); 97, 169 (176 f.); 98, 365 (395); 103, 89 (100 f.); 114, 1 (34 f.); 114, 73 (90); 126, 286 (300 f.); 134, 204 (225 f. Rn. 74 ff.); 142, 268 (285 f. Rn. 63 f.); BVerfG, NZA 2018, 774 (776 Rn. 42); vgl. auch BVerfG, BeckRS 2017, 102380 Rn. 13; ebenso zur Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG vgl. BVerfGE 146, 71 (121 Rn. 149).

¹²⁶ Zur entsprechenden Schutzpflicht des Gesetzgebers vgl. nur BVerfGE 114, 1 (33 ff.); 134, 204 (225 ff.); zur Schutzpflicht der Gerichte vgl. nur BVerfGE 81, 242 (253 ff.); 89, 214 (230 ff.); 103, 89 (100 ff.); BVerfG, MMR 2007, 93 ff.; BVerfG, NJW 2013, 3086 (3087 f.); BVerfG, BeckRS 2017, 102380 Rn. 13.

Rentenversicherungsträgern, die zugleich durch eigene Rehabilitationseinrichtungen auf dem Markt der Erbringung von Rehabilitationsleistungen tätig sind, hoheitliche Befugnisse einräumt (Zulassung, Belegungsvertrag, Belegungsentscheidung, Vergütungsvertrag und verbindliche Entscheidungen, s. § 15 SGB VI). Diese Hoheitsbefugnisse erstrecken sich auf sämtliche Rehabilitationseinrichtungen. Da die Rentenversicherungsträger eigene Rehabilitationseinrichtungen betreiben, besteht – wie bereits dargelegt – die Gefahr der Diskriminierung, d.h. der Benachteiligung von Einrichtungen Dritter bzw. der Bevorzugung eigener Einrichtungen bei der Ausübung der hoheitlichen Befugnisse. Diese Diskriminierungsgefahr liegt in der fehlenden Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger begründet.

Aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) folgt zwar für die privaten Träger von Rehabilitationseinrichtungen weder ein Anspruch auf eine erfolgreiche Teilnahme am Wettbewerb noch auf künftige Erwerbsmöglichkeiten. Wettbewerbspositionen und damit auch die erzielbaren Erträge unterliegen dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und bestehen damit nur nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.¹²⁷ Die Berufs- und Wettbewerbsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG schützt jedoch davor, dass die Wettbewerbsstellung des Einzelnen durch staatliche Interventionen beeinträchtigt wird.¹²⁸ Eine solche Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt in der gesetzlichen Zuweisung hoheitlicher Befugnisse an die Rentenversicherungsträger gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen

¹²⁷ S. nur BVerfGE 148, 40 (50 Rn. 27); 158, 1 (29 Rn. 51) – st. Rspr.

¹²⁸ BVerfGE 86, 28 (37); 115, 205 (230); 137, 185 (243 f. Rn. 154); 158, 1 (29 Rn. 51); st. Rspr.

(s. § 15 SGB VI), weil ihnen dadurch die Bevorzugung eigener Einrichtungen (erst) ermöglicht wird.

2. Verfassungsrechtliche Maßgaben für das Federführerprinzip gem. § 15 SGB VI

§ 15 SGB VI dient der Vereinheitlichung des Gesetzesvollzugs bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation. Hierzu wird zum einen die DRV Bund zur Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen verpflichtet (§ 15 Abs. 9 SGB VI). Zum anderen schreibt § 15 SGB VI bei der Zulassung, dem Abschluss des Belegungsvertrags und der Vereinbarung des Vergütungssatzes ein Handeln des federführenden Trägers der Rentenversicherung mit Wirkung für alle anderen Rentenversicherungsträger vor. Der federführende Träger der Rentenversicherung entscheidet über die Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen und über den Widerruf der Zulassungsentscheidung mit Wirkung für alle Träger der Rentenversicherung (§ 15 Abs. 5 SGB VI). Das Federführerprinzip gilt außerdem für den Abschluss des Belegungsvertrags mit den (zugelassenen) Rehabilitationseinrichtungen (§ 15 Abs. 6 SGB VI) und für den Abschluss der Vergütungsverträge (§ 15 Abs. 8 SGB VI) mit den Einrichtungen. Federführend ist der Träger der Rentenversicherung, der durch die beteiligten Träger der Rentenversicherung vereinbart wird (s. § 15 Abs. 5 Satz 2 SGB VI).

Der Gesetzgeber hat damit das von den Rentenversicherungsträgern seit langem freiwillig praktizierte Federführerprinzip verbindlich vorgeschrieben. Das Federführerprinzip führt dazu, dass ein Rentenversicherungsträger (Federführer) Entscheidungen mit Wirkung für alle anderen Rentenversicherungsträger trifft. Es führt zu einer Konzentration der Behördenzuständigkeit für die

Zulassung, den Abschluss des Belegungsvertrags und des Vergütungsvertrags. Der Gesetzgeber verpflichtet dadurch die Rentenversicherungsträger, sich zu verständigen, welcher Träger mit Wirkung für alle anderen Rentenversicherungsträger die Zuständigkeit ausübt, d.h., wer Federführer ist. Damit verbunden ist ein – gesetzlich erzwungener – Verzicht der nicht federführenden Rentenversicherungsträger auf ihre Zuständigkeit für den Vollzug des § 15 SGB VI.

Das ist verfassungsrechtlich problematisch, weil sich der Gesetzgeber im Rahmen des ihm nach Art. 87 Abs. 2 GG eröffneten Gestaltungsspielraums für ein duales System aus einem bundesunmittelbaren Rentenversicherungsträger (DRV Bund) und landesunmittelbaren Rentenversicherungsträgern (Regionalträger) entschieden hat.

Die nach Art. 87 Abs. 2 Satz 2 GG als landesunmittelbare Körperschaften zu führenden Sozialversicherungsträger gehören zur mittelbaren Landesverwaltung. Sie vollziehen die Sozialversicherungsgesetze des Bundes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) als eigene Angelegenheit der Länder gem. Art. 83 f. GG. Das Gleiche gilt für Sozialversicherungsträger, deren Zuständigkeit auf ein Bundesland beschränkt ist und die deshalb nicht von Art. 87 Abs. 2 GG erfasst sind, sondern von dem betreffenden Bundesland gem. Art. 83 GG errichtet werden.¹²⁹ Auch sie sind Bestandteil der Landesverwaltung i.S.d. Art. 83 f. GG. Die nach Art. 87 Abs. 2 Satz 1 GG als bundesunmittelbare Körperschaften zu füh-

¹²⁹ Vgl. *Burgi*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 66; *Brosius-Gersdorf*, SGB 2019, 509 (510); vgl. auch *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 87 Rn. 160.

renden Sozialversicherungsträger gehören dagegen zur mittelbaren Bundesverwaltung. Sie vollziehen das Sozialgesetzbuch nach Art. 86 GG.¹³⁰

Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Vorschriften zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach den Art. 83 ff. GG eine wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 GG) darstellen. Sie dienen dazu, „die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen“.¹³¹ Führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus (Art. 83 GG), regeln nach Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich die Länder die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Allerdings darf der Bund zur Sicherstellung der Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG durch Bundesgesetz etwas anderes bestimmen, d.h., die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren selbst regeln. Mit der „Einrichtung der Behörden“ i.S.d. Art. 84 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG ist der Aufbau der Verwaltung eines Landes gemeint,¹³² wobei die gesamte Behördenorganisation der unmittelbaren und mittelbaren Landesverwaltung¹³³ erfasst ist. Umfasst ist die Errichtung und Ein-

¹³⁰ Vgl. BVerfGE 63, 1 (36); *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 87 Rn. 160 f.; *Burgi*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 56; *Frohn*, SGB 2007, 129 (130).

¹³¹ BVerfGE 119, 331 (364) unter Hinweis auf BVerfGE 108, 169 (181 f.).

¹³² *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 84 Rn. 57.

¹³³ Vgl. BVerfGE 39, 96 (109); 114, 196 (223 f.) – st. Rspr.; *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 10; *Suerbaum*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 3. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 23; *Winkler*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 7.

richtung von Behörden sowie die Festlegung ihres Aufgabenkreises.¹³⁴ Eingeschlossen ist insbesondere die Regelung der Zuständigkeit innerhalb des jeweiligen Landes für den Vollzug des Bundesgesetzes, also die Festlegung, welche Stelle („wer“) im Land das Bundesgesetz vollzieht.¹³⁵ Auch Regelungen zur Hierarchie innerhalb der Landesstaatsorganisation können getroffen werden.¹³⁶ Der weitere verfassungsrechtliche Begriff des „Verwaltungsverfahrens“ betrifft dagegen „die Regelung des Ablaufs der verwaltungsmäßigen Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder“,¹³⁷ also die Art und Weise (das „Wie“) des Vollzugs des Bundesgesetzes.

Die Abweichungskompetenz des Bundes in Bezug auf die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren bezieht sich dabei gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG auf die nach außen und innen wirkende Tätigkeit der Länder.¹³⁸ Sie erstreckt sich aber nur auf das jeweilige Bundesland. Der Bund kann die Zuständigkeit für den Vollzug des von ihm erlassenen Bundesgesetzes nur innerhalb des jeweiligen Bundeslandes festlegen.

¹³⁴ Statt aller *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 84 Rn. 6; *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 35; *Groß*, in: Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 4, Stand: Juni 2020, Art. 84 Rn. 18 – jeweils m.w.N.

¹³⁵ *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 84 Rn. 57; *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 35.

¹³⁶ *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 84 Rn. 103; vgl. *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 35; *Groß*, in: Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 4, Stand: Juni 2020, Art. 84 Rn. 18; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, 15. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 17.

¹³⁷ *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 84 Rn. 57.

¹³⁸ Vgl. *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 84 Rn. 7; *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 15; *Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Grundgesetz, 5. Aufl. 2022, Art. 84 Rn. 3; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, 15. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 19.

Das heißt, der Bundesgesetzgeber darf regeln, welche Stelle innerhalb der Länder für den Vollzug des Bundesgesetzes zuständig ist.

Dagegen darf der Bundesgesetzgeber nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG – selbstredend – weder eine eigene (unmittelbare oder mittelbare Bundesverwaltung) Zuständigkeit für den Gesetzesvollzug begründen noch festlegen, dass ein Bundesland für die Gesetzesausführung in einem anderen Bundesland zuständig ist. Dies folgt daraus, dass es sich bei der Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit der Länder gem. Art. 83 f. GG um Länderverwaltung handelt. Da die Länder bei der Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG (und auch nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GG) die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren selbstredend nur bezogen und begrenzt auf ihr eigenes Hoheitsgebiet regeln können,¹³⁹ kann sich auch die Abweichungskompetenz des Bundes nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG ebenfalls nur auf das Gebiet des jeweiligen Bundeslandes beziehen. Dementsprechend besteht auch im Schrifttum Einigkeit darüber, dass Regelungen der Einrichtung der Behörden nach Art. 84 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG auf den Hoheitsbereich des einzelnen Landes bezogen und begrenzt sind.¹⁴⁰ Der Bund ist nach Art. 84 GG auf eine Binnensteuerung der Verwaltung der

¹³⁹ Vgl. BVerwGE 142, 195 (200): Die „Hoheitsbefugnisse der einzelnen Bundesländer (sind) grundsätzlich auf das Gebiet innerhalb ihrer jeweiligen Landesgrenzen beschränkt“; ebenso *Gröpl*, in: *Gröpl/Windthorst/v. Coelln*, Grundgesetz, 5. Aufl. 2022, Art. 84 Rn. 3: Gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG „regelt jedes Land für seinen Bereich autonom und in eigener Verantwortung die Einrichtung der Behörden (...) und das Verwaltungsverfahren“.

¹⁴⁰ Vgl. BVerfGE 39, 96 (109); *Groß*, in: *Höfling*, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 4, Stand: Juni 2020, Art. 84 Rn. 19; *Trute*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 10: „Erforderlich ist (...) stets eine hinreichend enge Anbindung an das Land, so dass es sich um Behörden des Landes handelt.“

Länder beschränkt.¹⁴¹ Deshalb darf nach Art. 84 Abs. 1 GG weder die Zuständigkeit einer Bundesbehörde¹⁴² noch die Zuständigkeit einer Landesbehörde eines anderen Bundeslandes begründet werden. Eine „Wahrnehmungskompetenz (...) an Stelle des Landes“ darf der Bund weder für sich¹⁴³ noch für andere Länder begründen. Legt der Bund beim Vollzug eines Bundesgesetzes durch die Länder als eigene Angelegenheit eine eigene Vollzugszuständigkeit oder die Zuständigkeit eines Bundeslandes zur Ausführung des Gesetzes in einem anderen Bundesland fest, ist das nicht von Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt und verstößt der Bund daher gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG. Der Bund verletzt die Autonomie der Länder nach Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG, der die föderale Grundsatzbestimmung des Art. 30 GG („Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt“) speziell ausformt.

Eine Hochzonung von Verwaltungsaufgaben der Länder auf die Zentralebene des Bundes ist nur zulässig, wenn das Grundgesetz es erlaubt und damit eine Ausnahme von Art. 83 f. GG vorsieht. Eine solche (explizite) Erlaubnisvorschrift ist beispielsweise der im Jahr 2017 in das Grundgesetz eingefügte Art. 91c Abs. 5 GG. Nach dieser Bestimmung regelt der Bund mit Zustimmung des Bundesrates den übergreifenden informationstechnischen Zugang zu den Verwaltungsleistungen nicht nur des Bundes, sondern auch der Länder. Dieser verfassungsrechtlichen Regelungsverpflichtung ist der Bund durch Erlass des Onlinezugangsgesetzes (OZG) nachgekommen, welches den Bund und

¹⁴¹ F. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 84 Rn. 10.

¹⁴² Broß/Mayer, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 11.

¹⁴³ F. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 84 Rn. 10.

die Länder künftig verpflichtet, ihre Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten (§ 1 Abs. 1 OZG). Der dadurch bewirkte Einbruch in die Länderstaatlichkeit ist allerdings mit Blick auf die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, welche die föderale Ordnung dreifach sichert (durch die Garantie der „Gliederung des Bundes in Länder“, die Garantie der „grundsätzliche(n) Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung“ und die Garantie der in Art. 20 GG „niedergelegten Grundsätze“), nur ausnahmsweise, in eng begrenzten Sachbereichen zulässig. In jedem Fall bedarf es für einen solchen Einbruch in die Länderstaatlichkeit einer verfassungsrechtlichen Grundlage, wie sie sich in Art. 91c Abs. 5 GG findet. Ein weiteres Beispiel für eine solche verfassungsexplizite Ausnahme von Art. 83 ff. GG ist Art. 91e Abs. 1 GG, der Bund und Länder bzw. die Gemeinden und Gemeindeverbände bei der Ausführung von Bundesgesetzen auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitssuchende in der Regel zum Zusammenwirken in gemeinsamen Einrichtungen verpflichtet. Für eine Hochzonung von Aufgaben landesunmittelbarer Sozialversicherungsträger auf einen bundesunmittelbaren Sozialversicherungsträger fehlt eine entsprechende – erforderliche – verfassungsrechtliche Grundlage, d.h. eine Ausnahmeregelung von Art. 83 f. GG.

Über diese verfassungsexpliziten Ausnahmen von Art. 83 ff. GG hinaus können sich Ausnahmen aber auch aus dem ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Prinzip der Bundestreue (Art. 20 Abs. 1 GG) und aus den Grundrechten der privaten Rehabilitationseinrichtungen ergeben. Das Prinzip der Bundestreue gilt im vertikalen Verhältnis zwischen landes- und bundesunmittelbaren Körperschaften ebenso wie im horizontalen Verhältnis zwischen landesunmittelbaren Regionalträgern¹⁴⁴ und verpflichtet den

¹⁴⁴ Vgl. nur BVerfGE 73, 118 (197).

Bund und die Länder, bei der Ausübung ihrer Kompetenzen aufeinander Rücksicht zu nehmen.¹⁴⁵

Das Federführerprinzip mag (auch) dem Ziel dienen, die wirtschaftliche Betätigung von Vertragseinrichtungen zu vereinfachen und damit zur Verwirklichung des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) beizutragen. Ob diese Erleichterung grundrechtlicher Freiheitsausübung allerdings Beschränkungen der Zuständigkeit der Regionalträger und damit der Länder legitimiert, die mit der gesetzlichen Verpflichtung zum Federführerprinzip verbunden sind, erscheint fraglich.

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar aus dem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Bundestreue die Verpflichtung der Länder abgeleitet, bundesweit verbreiteten Rundfunk bundeseinheitlich (d.h. durch Staatsvertrag aller Länder) zu regeln. Wörtlich heißt es in der 4. Rundfunkentscheidung des Bundesverfassungsgerichts:

„Veranstalter oder auch Produzenten überregionaler Programme können sich nur schwer nach einem ganzen Bündel unterschiedlicher landesrechtlicher Normierungen richten; in besonderem Maße gilt das für die Werbung. Ein funktionierendes System der Verbreitung hängt vielmehr von einer Koordination der landesgesetzlichen Regelungen und damit von einer Kooperation der Länder ab. Anders als bei der Nutzung von Satellitenkapazitäten, bei welcher die Verfügung über die Ausstrahlung von in allen Ländern direkt empfangbaren Rundfunkprogrammen nur allen Ländern gemeinsam zukommen kann (vgl. dazu Bullinger, AfP 1985, S. 1 [8]), ergibt sich die Notwendigkeit einer solchen Kooperation bei der Regelung der

¹⁴⁵ Vgl. nur BVerfGE 104, 249 (270); *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 20 Rn. 138; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 24.

Verbreitung nicht bereits aus der Eigenart der Aufgabe und den für deren Wahrnehmung maßgebenden Grundsätzen; sie folgt aber, soweit das für ein funktionierendes System erforderlich ist, jedenfalls aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens, der auch die Länder untereinander zu gegenseitiger Abstimmung, Rücksichtnahme und Zusammenarbeit verpflichtet.“¹⁴⁶

Diese Rechtsprechung ist auf das Federführerprinzip nach § 15 SGB VI aber nicht übertragbar, weil es nicht um die Vereinheitlichung von materiellem Recht geht. Die Rechtsvereinheitlichung ist bereits durch die bundesgesetzlichen Regelungen zur Zulassung, Belegung und Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen sichergestellt. Das Federführerprinzip betrifft den Vollzug des § 15 SGB VI und damit die Frage, ob unter dem Gesichtspunkt der Bundestreue eine Konzentration der Zuständigkeit bei dem Vollzug von Bundesgesetzen verfassungsrechtlich legitimiert oder sogar geboten ist. Die Ableitung einer solchen Koordinierungs- oder Konzentrationsbefugnis aus den Grundrechten erscheint problematisch, weil die Grundrechte nur im Rahmen und nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung gelten, diese aber nicht verändern können. Nach Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit, also eigenverantwortlich aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Diese Verwaltungskompetenz der Länder würde ihnen entzogen, wenn der Gesetzgeber die Länder wie durch das Federführerprinzip verpflichtete, das Bundesgesetz nur durch ein Land mit Wirkung für alle anderen Länder zu vollziehen. Sähe man dies anders, würde der Grundsatz der Bundestreue in Verbindung mit den Grundrechten regelmäßig bei dem Vollzug von Bundesgesetzen durch die Länder eine Behördenkonzentration legitimieren, weil diese Art des „One-Stop-

¹⁴⁶ BVerfGE 73, 118 (196 f.).

Shopping“ der beruflichen Betätigung von bundesweit tätigen Unternehmen dient. Das erscheint mit Art. 83 GG unvereinbar.

Etwas anderes dürfte auch nicht aus Art. 87 Abs. 2 GG folgen. Zwar wird aus dieser Norm in der Literatur teilweise die Zulässigkeit einer „Verbundverwaltung“ abgeleitet.¹⁴⁷ Durch Art. 87 Abs. 2 GG legitimiert und somit verfassungsrechtlich zulässig soll die Wahrnehmung von „Verbundaufgaben“ durch eine „Verbundverwaltung“ aus Regionalträgern und DRV Bund sein.¹⁴⁸ Ob diese Argumentation trägt, sei dahingestellt. Jedenfalls betrifft Art. 87 Abs. 2 GG ausschließlich die Organisation der Sozialversicherung, nicht aber den Vollzug des Sozialgesetzbuchs. Der Vollzug des Sozialgesetzbuchs richtet sich nach Art. 83 f. GG (und Art. 86 GG). Art. 87 Abs. 2 GG stellt deshalb keine Sondervorschrift zu Art. 83 f. GG dar, sodass das Sozialgesetzbuch in Parallelverwaltung von den Regionalträgern (und der DRV Bund) zu vollziehen ist. Art. 87 Abs. 2 GG legitimiert mithin keinen Einbruch in die Länderzuständigkeit beim Vollzug des Sozialgesetzbuchs, wie er mit dem Federführerprinzip einhergeht.

¹⁴⁷ *Axer*, Verfassungsrechtliche Fragen einer Organisationsreform in der Rentenversicherung. Zu den Voraussetzungen und Grenzen verbindlicher Entscheidungen durch eine Bundkörperschaft, Rechtsgutachten erstattet der Landesversicherungsanstalt Westfalen, DRV-Schriften Bd. 24, 2000, S. 50 f.; *Axer*, Soziale Versicherungsträger als Thema der grundgesetzlichen Kompetenzordnung. Verfassungsrechtliche Fragen der Errichtung und Organisation sozialer Versicherungsträger, in: Wallerath, *Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft*, Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag, 2006, S. 79 (92 f.); *Axer*, VSSR 2010, 1 (19 f.); *Krebs*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Organisationsreform der Deutschen Rentenversicherung, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger, DRV-Schriften Bd. 14, 1999, S. 11 f., 13 f.; s. auch *Burgi*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 68, wonach „Art. 87 Abs. 2 S. 1 ein Eindringen der bundesunmittelbaren Körperschaften in den Verwaltungsraum der Länder, konkret im Wege von Verbundlösungen, wie sie zum 1.10.2005 für die gesetzliche Rentenversicherung vollzogen werden, nicht von vornherein“ ausschließen soll; s. ferner *Rolfs/Röleke*, *Deutsche Rentenversicherung* 2016, 93 (102).

¹⁴⁸ Nachweise in Fn. 147.

3. Verfassungsrechtliche Maßgaben für die Vereinheitlichung des Gesetzesvollzugs durch verbindliche Entscheidungen der DRV Bund (§ 15 Abs. 9 SGB VI)

Verfassungsrechtliche Probleme wirft § 15 SGB VI unter einem weiteren Gesichtspunkt auf. Problematisch ist auch die Befugnis der DRV Bund zum Erlass verbindlicher Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 i.V.m. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a SGB VI. Da sich die Bundesvertreterversammlung und der Bundesvorstand der DRV Bund sowohl aus Vertretern des Bundes als auch aus Vertretern der landesunmittelbaren Regionalträger zusammensetzen (§ 138 Abs. 2 SGB VI i.V.m. § 64 Abs. 4 SGB IV), stellt sich die Frage, ob in dieser Verbundverwaltung eine mit dem Grundgesetz unvereinbare Mischverwaltung liegt. Diese Frage wurde bereits an anderer Stelle begutachtet.¹⁴⁹

Die Befugnis der DRV Bund zum Erlass von verbindlichen Entscheidungen gem. § 15 Abs. 9 i.V.m. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a SGB VI ist aber auch deshalb verfassungsrechtlich zweifelhaft, weil sie der Regelung grundsätzlicher Fach- und Rechtsfragen zur Sicherung der einheitlichen Rechtsanwendung aus den Bereichen Rehabilitation und Teilhabe für alle Rentenversicherungsträger dient.¹⁵⁰

¹⁴⁹ *Brosius-Gersdorf*, Zuständigkeit für das Internetportal www.ihre-vorsorge.de. Eine sozialversicherungsrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung zu den Kompetenzen der Regionalträger der Deutschen Rentenversicherung sowie der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See in Abgrenzung zu den Kompetenzen der Deutschen Rentenversicherung Bund im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit. Rechtsgutachten im Auftrag der Regionalträger der gesetzlichen Rentenversicherung und der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See, 2020.

¹⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 19/23550, S. 99.

Die Sicherstellung der Einheitlichkeit des SGB VI ist in Art. 84 und Art. 86 GG abschließend geregelt. Während Art. 84 GG den Vollzug des SGB VI durch die Regionalträger betrifft, findet Art. 86 GG für den Vollzug des SGB VI durch die DRV Bund Anwendung. Art. 84 und Art. 86 GG sehen verschiedene Möglichkeiten des Bundes vor, für die Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs durch die Länder zu sorgen.

Zum einen kann der Bund die Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs durch die Länder durch gesetzliche Regelungen der Einrichtung der Behörden und des Verfahrens sicherstellen (Art. 84 Abs. 1 GG). Gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG regeln zwar grundsätzlich die Länder die Einrichtung der Behörden und das Verfahren bei dem Vollzug von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit. Der Bund kann jedoch durch Gesetz etwas anderes bestimmen (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG). Solange die Länder hiervon keine abweichenden Regelungen treffen (s. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG), gelten die bundesgesetzlichen Behörden- und Verfahrensregelungen. Regelungen des Bundes zur Behördeneinrichtung und zum Verfahren bedürfen nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG einer (bundes-)gesetzlichen Regelung.

Höchstrichterlich geklärt ist, dass der Bund die Behördeneinrichtung und das Verfahren gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG nicht selbst durch formelles Parlamentsgesetz regeln muss. Er darf die Regelung auf einen Verordnungsgeber i.S.d. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG delegieren (kein Delegationsverbot).¹⁵¹ Gem. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt sein. Es ist aber nicht

¹⁵¹ S. nur BVerfGE 106, 1 (22); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 84 Rn. 5; *Suerbaum*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 3. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 21.

geklärt, ob Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG den Bund berechtigt, Regelungsbefugnisse auf andere Exekutivstellen als die in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genannten Stellen (Bundesregierung, Bundesminister, Landesregierungen) zu übertragen (hier: DRV Bund).¹⁵²

Wenn eine Delegation des Bundes auf andere Exekutivstellen als die in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genannten Stellen verfassungsrechtlich unzulässig wäre, wäre § 15 SGB VI (und § 138 SGB VI) nicht durch Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt und somit wegen Verstoßes gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungswidrig. Die Ermächtigung der DRV Bund, verbindliche Entscheidungen zu treffen, wäre mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar. Wenn dagegen der Gesetzgeber der DRV Bund gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG Regelungsbefugnisse übertragen dürfte, müsste die Delegation im Bundesgesetz dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot entsprechen. Das Bundesgesetz müsste genau erkennen lassen, welche (Behörden- und Verfahrens-)Regelungen der exekutive Delegatar treffen darf. Der Gesetzgeber hätte hinreichend klar zu regeln, welche Behörden- und Verfahrensregelungen der exekutive Delegatar treffen darf.

Zum anderen kann zur Sicherstellung der Einheitlichkeit des Gesetzesvollzug die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen (Art. 84 Abs. 2 GG). Dabei regelt Art. 84 Abs. 2 GG abschließend, wer

¹⁵² Hiervon zu unterscheiden ist die im Schrifttum umstrittene Frage, welcher rechtliche Charakter den Entscheidungen der DRV Bund nach § 138 Abs. 2 Satz 1 SGB VI zukommt und ob nach dem Grundgesetz die exekutive Normsetzung auf einen abschließenden Katalog bestimmter Handlungsformen beschränkt ist (verneinend BVerfGE 100, 249 [258]), s. zu diesem Streit m.w.N. etwa *Ruland/Dünn*, NZS 2005, 113 (119 ff.); *Binne/Dünn*, Deutsche Rentenversicherung 1/2005, 50 (64 f.).

zum Erlass von Verwaltungsvorschriften berechtigt ist. Berechtig ist ausschließlich die Bundesregierung als Kollegialorgan.¹⁵³ Andere Stellen dürfen (normkonkretisierende) Verwaltungsvorschriften nicht erlassen.¹⁵⁴ Das gilt auch für den Bundesgesetzgeber, der selbst mit Zustimmung des Bundesrates nicht einen anderen Ermächtigungsadressaten als die Bundesregierung auswählen darf (Delegationsverbot).¹⁵⁵ Bei dem Vollzug des SGB VI durch die DRV Bund kann dagegen nicht nur die Bundesregierung allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen, um die Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Anders als bei Art. 84 Abs. 2 GG ist der Gesetzgeber nach Art. 86 GG ermächtigt, die Befugnis zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften einer anderen Bundesstelle als der Bundesregierung einzuräumen („[...]“) so erlässt die Bundesregierung, soweit nicht das Gesetz Besonderes vorschreibt [...]“).

Diese Vorgaben des Art. 84 und Art. 86 GG werden nicht durch Art. 87 Abs. 2 GG verdrängt.¹⁵⁶ Art. 87 Abs. 2 GG regelt nur, in welchem grundgesetzlichen Verwaltungstypus Sozialversicherungsträger geführt werden (bundesunmittelbare oder landesunmittelbare Körperschaft). Wer zur Einrichtung der Behörden und zur Regelung des Verfahrens zuständig ist, ergibt sich dagegen nicht aus Art. 87 Abs. 2 GG, sondern aus den für den jeweiligen Verwaltungstyp geltenden organisationsrechtli-

¹⁵³ Vgl. BVerfGE 26, 338 (396 f.); 100, 249 (261); 132, 1 (21); aus dem Schrifttum statt aller *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 84 Rn. 198 m.w.N.

¹⁵⁴ S. nur *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 84 Rn. 198.

¹⁵⁵ Vgl. nur BVerfGE 100, 249 (261); 132, 1 (21).

¹⁵⁶ So aber wohl *Axer*, Verfassungsrechtliche Fragen einer Organisationsreform in der Rentenversicherung, 2000, S. 50 f. m.w.N. für seine Ansicht.

chen Grundgesetzbestimmungen, hier also aus Art. 86 GG (bundesunmittelbare Sozialversicherungsträger) und aus Art. 83 f. GG (landesunmittelbare Sozialversicherungsträger).

Eine weitere Möglichkeit zur Konkretisierung von Bundesgesetzen eröffnet Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG. Danach können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Der Kreis der Delegatäre ist in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG abschließend geregelt.¹⁵⁷ Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG erlaubt die Weiterübertragung der erteilten Rechtsverordnungsermächtigung durch Rechtsverordnung. Voraussetzung hierfür ist, dass der Gesetzgeber eine solche Subdelegation zugelassen hat. Dabei grenzt Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG den Kreis derer, die Delegatäre einer Subdelegation sein können, nicht weiter ein.¹⁵⁸

C) Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit des § 15 SGB VI

I. § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV

§ 15 SGB VI ist mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar. Diskriminierungsgefahren beruhen vor allem auf der fehlenden Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger bei der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation. Zudem behandelt der Gesetzgeber in § 15 SGB VI die von Privaten betriebenen Rehabilitationseinrichtungen teilweise anders als die von Rentenversicherungs-

¹⁵⁷ Statt aller *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 80 Rn. 6.

¹⁵⁸ BVerfGE 150, 1 (103 Rn. 207).

trägern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen. Der Gesetzgeber diskriminiert damit selbst Vertragseinrichtungen. § 15 SGB VI ist wegen des Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV unanwendbar. Im Einzelnen:

Gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV treffen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen keine den Verträgen und insbesondere den Art. 18 und Art. 101 bis 109 AEUV widersprechenden Maßnahmen. Den Mitgliedstaaten ist es untersagt, in Bezug auf öffentliche Unternehmen Regelungen zu erlassen, die mit den Wettbewerbsregeln, insbesondere mit dem Diskriminierungsverbot des Unionsrechts, unvereinbar sind.

Wie gezeigt, folgt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aus dem Prinzip der Chancengleichheit im Wettbewerb und damit aus dem Diskriminierungsverbot ein Gebot der Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen. Dagegen wird verstoßen, wenn das am Wettbewerb teilnehmende öffentliche Unternehmen mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betraut ist, die Einfluss auf den Wettbewerb haben können. Hierfür ist nicht erforderlich, dass eine Diskriminierung im konkreten Fall tatsächlich nachgewiesen ist. Es genügt eine abstrakte Diskriminierungsgefahr.¹⁵⁹

Dementsprechend ist es ein anerkannter Organisationsgrundsatz des sekundären Unionsrechts, dass die Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten unabhängig von den in diesem Bereich tätigen Unternehmen sein müssen. Dieser elementare unionsrechtliche Organisationsgrundsatz kennzeichnet das gesamte

¹⁵⁹ S. 75 f.

Richtlinienrecht im sektorspezifischen Regulierungsrecht, insbesondere in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Eisenbahn.¹⁶⁰

Gegen dieses aus Art. 106 Abs. 1 AEUV folgende Gebot der Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen verstößt § 15 SGB VI. Die Rentenversicherungsträger nehmen nicht nur hoheitliche Funktionen wahr, sondern werden zugleich auf dem Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation tätig. Rehabilitationsleistungen für Versicherte werden nicht nur von (zugelassenen) Vertragseinrichtungen, sondern auch von (fiktiv zugelassenen) Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger erbracht (§ 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI). Neben diesen unternehmerischen Aufgaben nehmen die Rentenversicherungsträger auch hoheitliche Funktionen wahr. Die Rentenversicherungsträger üben hoheitliche Befugnisse nicht nur im Verhältnis zu den Versicherten aus. Vielmehr überträgt der Gesetzgeber ihnen durch § 15 SGB VI mehrfach hoheitliche Funktionen auch im Verhältnis zu den Rehabilitationseinrichtungen.

§ 15 SGB VI begründet auf sämtlichen Stufen des Beschaffungsverfahrens eine erhebliche Diskriminierungs- und Ausbeutungsgefahr. Das gilt unabhängig davon, in welcher Rechtsform die Rentenversicherungsträger ihre Rehabilitationseinrichtungen betreiben (z.B. Regiebetrieb, Eigenbetrieb, GmbH, gGmbH). Da die Rentenversicherungsträger die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation auch durch selbst betriebene Rehabilitationseinrichtungen erbringen (s. § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI), werden sie sie ungeachtet der Rechtsform der Einrichtungen gegenüber den von anderen betriebenen Rehabilitationseinrichtungen

¹⁶⁰ S. 75 f.

bevorzugen. Im Übrigen müssen die Rentenversicherungsträger ihre Rehabilitationseinrichtungen ungeachtet ihrer Rechtsform lenken und kontrollieren, weil sie nur dadurch ihrer Verpflichtung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI nachkommen können. Hierfür müssen sie über hinreichende Einwirkungsmöglichkeiten auf die von ihnen betriebenen Rehabilitationseinrichtungen verfügen.

1. Diskriminierungsgefahr im Zulassungsregime

Hoheitliche Befugnisse kommen den Rentenversicherungsträgern auf der ersten Stufe des Beschaffungsverfahrens, der Zulassung von Vertragseinrichtungen zu (§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI). Der federführende Träger der Rentenversicherung prüft, ob die jeweilige Rehabilitationseinrichtung fachlich geeignet ist (§ 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 und 3 SGB VI) und die weiteren Zulassungsvoraussetzungen des § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bis 5 SGB VI erfüllt. Liegen diese Zulassungsvoraussetzungen vor, hat die Rehabilitationseinrichtung gem. § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI einen Anspruch auf Zulassung.

Für einen Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV genügt eine abstrakte Diskriminierungsgefahr. Erforderlich ist nicht, dass eine Diskriminierung im konkreten Fall nachgewiesen ist. Um einer abstrakten Diskriminierungsgefahr wirksam zu begegnen, dürfen unternehmerisch tätige öffentliche Unternehmen nicht zugleich mit hoheitlichen Funktionen betraut sein. Das ist aber der Fall, wenn Rentenversicherungsträger, die auf dem Markt der Erbringung von Rehabilitationsleistungen durch eigene Rehabilitationseinrichtungen tätig sind, über die Zulassung konkurrierender Rehabilitationseinrichtungen privater Träger entscheiden. Dies eröffnet eine abstrakte Diskriminierungsgefahr, die mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar ist.

Die Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen des § 15 Abs. 3 SGB VI mag eher wenig Raum für Diskriminierungen eröffnen. Auch haben die Rehabilitationseinrichtungen bei Vorliegen der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Zulassung. Aus diesen Gründen könnte man die Gefahr der Diskriminierung bei der Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen als begrenzt ansehen. Jedoch eröffnet § 15 SGB VI dem federführenden Träger der Rentenversicherung durchaus Spielräume bei der Zulassungsprüfung. Ob eine Rehabilitationseinrichtung fachlich geeignet ist (§ 15 Abs 3 Satz 1 Nr. 1 SGB VI), ist auf eine bestimmte Rehabilitationseinrichtung bezogen, die mit eigenen Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger im Wettbewerb steht. Bereits hieraus resultiert ein gewisses Diskriminierungspotenzial. Das gilt umso mehr, als die Prüfung der fachlichen Eignung Einschätzungs- und Wertungsspielräume mit sich bringt, die zur Benachteiligung einer Rehabilitationseinrichtung genutzt werden können.

Auch diskriminiert der Gesetzgeber von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen dadurch, dass sie – bzw. nach der im Entwurf vorliegenden verbindlichen Entscheidung zur Zulassung sogar ihre jeweiligen Fachabteilungen – einer Zulassung bedürfen, um Rehabilitationsleistungen erbringen zu können, während die von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen als zugelassen gelten (s. § 15 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 SGB VI). Der Gesetzgeber darf zwar Rehabilitationseinrichtungen, die bereits am Markt tätig sind und – im Fall privater Träger – bereits ein Zulassungsverfahren durchlaufen haben, ohne erneutes Zulassungsverfahren als fachlich geeignet ansehen. Eine solche fiktive Zulassung wegen bereits gezeigter Eignung darf aber nicht auf die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherung beschränkt werden, sondern muss auch für von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen gelten. Für

eine Schlechterbehandlung privater Einrichtungsträger gegenüber den Rentenversicherungsträgern, wie sie der Gesetzgeber in § 15 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 4 SGB VI vornimmt, fehlt jeder sachlich rechtfertigende Grund.

Diese Diskriminierung wird durch den zum 1. Juli 2023 in Kraft tretenden § 301 Abs. 4 SGB VI nicht behoben. Nach dieser Norm gilt: „Mit Rehabilitationseinrichtungen, die vor dem 1. Juli 2023 Leistungen zur medizinischen Rehabilitation aufgrund von Vereinbarungen mit einem Träger der Rentenversicherung erbracht haben, gilt eine Zulassungsentscheidung als erteilt, sofern die Anforderungen nach § 15 Absatz 3 erfüllt sind.“¹⁶¹ Danach gilt eine fiktive Zulassung für Vertragseinrichtungen nur, „sofern die Anforderungen nach § 15 Absatz 3 erfüllt sind“, während für Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger die Zulassung ohne Weiteres als erteilt gilt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 SGB VI). Die Zulassungsprüfung entfällt also für Vertragseinrichtungen anders als für die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger nicht vollständig. Außerdem gilt für Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger die Zulassung auch dann als erteilt, wenn sie erst künftig in Betrieb genommen werden (§ 15 Abs. 4 Satz 2 SGB VI). Auch hierin liegt eine Diskriminierung von (künftigen) Vertragseinrichtungen, für die keine entsprechende fiktive Zulassung gilt.

Hoheitliche Funktionen nehmen die Rentenversicherungsträger überdies bei dem Widerruf der Zulassung von Vertragseinrichtungen und der fiktiven (gesetzlichen) Zulassung eigener Rehabilitationseinrichtungen wahr, wenn die Einrichtung die Zulassungsanforderungen nach § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI nicht mehr erfüllt (§ 15 Abs. 5 Satz 6 SGB VI). Die Entscheidung über den

¹⁶¹ BGBl. I 2021, S. 162.

Widerruf obliegt dem federführenden Träger der Rentenversicherung (vgl. § 15 Abs. 5 SGB VI). Soweit es um den Widerruf der fiktiven (gesetzlichen) Zulassung eigener Rehabilitationseinrichtungen geht, entscheidet der (federführende) Rentenversicherungsträger gleichsam in eigener Sache. Dem Rentenversicherungsträger fehlt es insoweit an der notwendigen Distanz und Neutralität, die Voraussetzung für eine sub specie des Art. 106 Abs. 1 AEUV erforderliche Gleichbehandlung sämtlicher Rehabilitationseinrichtungen ist.

Eine weitere Diskriminierung liegt in den Zulassungsvoraussetzungen des § 15 Abs. 3 SGB VI begründet. Nach § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI haben Rehabilitationseinrichtungen einen Anspruch auf Zulassung nur, wenn sie sich verpflichten, an den externen Qualitätssicherungsverfahren der DRV Bund teilzunehmen (Nr. 2) und das Vergütungssystem der DRV Bund anzuerkennen (Nr. 3). Diese gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen sind allerdings nicht bereits deshalb diskriminierend, weil sie einseitig für die zuzulassenden Vertragseinrichtungen gelten. Hierfür könnte bezogen auf das anzuerkennende Vergütungssystem sprechen, dass dieses von der DRV Bund nach § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI durch verbindliche Entscheidung festzulegen ist. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI gilt die verbindliche Entscheidung zum Vergütungssystem nur „für alle zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen nach Absatz 3“. Zwar sind „zugelassene Rehabilitationseinrichtungen“ in § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI legaldefiniert als Rehabilitationseinrichtungen, die „nach Absatz 4 zugelassen sind oder als zugelassen gelten“. Das sind sämtliche Rehabilitationseinrichtungen sowohl der Rentenversicherung als auch Dritter. Allerdings spricht § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI von „alle zugelassene(n) Rehabilitationseinrichtungen nach Absatz 3“. Diese Bezugnahme auf § 15

Abs. 3 SGB VI könnte implizieren, dass die verbindliche Entscheidung zum Vergütungssystem nur für nicht von Rentenversicherungsträgern betriebene Rehabilitationseinrichtungen gilt, die einer Zulassung nach § 15 Abs. 3 SGB VI bedürfen. Denn § 15 Abs. 3 SGB VI regelt den Anspruch auf Zulassung der nicht von Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen. Gegen diese Interpretation spricht aber, dass nach § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund „für alle Rehabilitationseinrichtungen, die entweder vom Träger der Rentenversicherung selbst oder von anderen betrieben werden“, gelten. Hieraus erhellt, dass nicht nur die Einrichtungen privater Träger das Vergütungssystem der DRV Bund anerkennen müssen (s. § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB V), sondern dass das Vergütungssystem auch für die eigenen Einrichtungen der Rentenversicherungsträger gilt. Auch aus § 15 Abs. 5 Satz 6 SGB VI ergibt sich die Bindung der Eigeneinrichtungen der Rentenversicherung an die Zulassungsvoraussetzungen des § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI. Denn nach § 15 Abs. 5 Satz 6 SGB VI kann (auch) die fiktive Zulassung nach § 15 Abs. 4 Satz 2 SGB VI widerrufen werden, wenn die Rehabilitationseinrichtungen die Anforderungen nach § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI nicht mehr erfüllen. Hieraus ergibt sich, dass die Zulassungsvoraussetzungen des § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI nicht nur für die durch Entscheidung (Verwaltungsakt) zuzulassenden Vertrags-einrichtungen gelten, sondern auch für die fiktiv zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger.

Eine Diskriminierung besteht aber darin, dass sowohl die Qualitätsanforderungen (§ 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB VI) als auch das Vergütungssystem (§ 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VI) einseitig von der DRV Bund durch verbindliche Entscheidungen festgelegt werden (s. § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 und 4 SGB VI). An den

verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund sind zwar die Regionalträger beteiligt, aber nicht die Leistungserbringer. Die verbindlichen Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 i.V.m. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a SGB VI werden von der Bundesvertreterversammlung bzw. dem Bundesvorstand der DRV Bund getroffen, die sich aus Vertretern des Bundes und Vertretern der landesunmittelbaren Regionalträger zusammensetzen (§ 138 Abs. 2 SGB VI i.V.m. § 64 Abs. 4 SGB IV). Leistungserbringer sind in der Bundesvertreterversammlung und dem Bundesvorstand der DRV Bund nicht vertreten. Diese einseitige Entscheidungsbefugnis der DRV Bund birgt erhebliches Ausbeutungs- und Diskriminierungspotenzial.¹⁶²

Die Ausbeutungsgefahr besteht darin, dass die von der DRV Bund nach § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI herbeigeführte (im Entwurf vorliegende) verbindliche Entscheidung zum Vergütungssystem nicht vorsieht, dass die Vergütung nach Maßgabe eines zweistufigen Verfahrens zu ermitteln ist. Das Vergütungssystem gewährleistet keine leistungsgerechte, auskömmliche Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen.¹⁶³ Überdies führt die einseitige Festsetzungsbefugnis der DRV Bund zur Diskriminierung der Vertragseinrichtungen gegenüber den Eigeneinrichtungen der Rentenversicherungsträger. Zwar gilt das Vergütungssystem für alle Rehabilitationseinrichtungen. Sie werden formal gleichbehandelt. Eine nichtauskömmliche Vergütung ist aber für die eigenen Rehabilitationseinrichtungen (gesamt-)haushälterisch neutral („linke Tasche, rechte Tasche“), während sie für von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen ausbeutend und diskriminierend ist. Eine Unterfinanzierung der Re-

¹⁶² Näher S. 132 ff. und 149 ff.

¹⁶³ Hierzu S. 153 ff.

habilitationseinrichtungen durch unzureichende Vergütungssätze der Rentenversicherungsträger wird aus deren Gesamthaushalt ausgeglichen. Einen solchen Defizitenausgleich können von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen nicht vornehmen.

2. Diskriminierungsgefahr durch Belegungsvertrag

Gem. § 15 Abs. 6 Satz 1 SGB VI erfolgt die Inanspruchnahme einer zugelassenen Rehabilitationseinrichtung durch einen Vertrag. Der Vertrag mit der zugelassenen Rehabilitationseinrichtung wird von dem federführenden Träger der Rentenversicherung mit Wirkung für alle Träger der Rentenversicherung abgeschlossen (§ 15 Abs. 6 Satz 2 SGB VI). Der Vertrag begründet keinen Anspruch auf Inanspruchnahme durch den Träger der Rentenversicherung (§ 15 Abs. 6 Satz 3 SGB VI).

Zunächst sei bemerkt, dass sich nicht erschließt, welchen Zweck der Belegungsvertrag erfüllen soll. Nach der Gesetzesbegründung sollen in ihm „die näheren einrichtungsspezifischen Einzelheiten (wie) insbes. Inhalt, Umfang und Qualität der (...) zu erbringenden Leistungen zur medizinischen Rehabilitation geregelt werden.“¹⁶⁴ Mit dem Abschluss des Belegungsvertrags erhalte die Rehabilitationseinrichtung „die Möglichkeit, für Versicherte der Rentenversicherung Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zu erbringen“, d. h., die Möglichkeit, von einem Träger der Rentenversicherung in Anspruch genommen zu werden.¹⁶⁵ Die Gesetzesbegründung übersieht, dass das Recht zur Leistungserbringung bereits aus der Zulassung folgt (s. § 15 Abs. 4 Satz 1

¹⁶⁴ BT-Drs. 19/23550, S. 98.

¹⁶⁵ BT-Drs. 19/23550, S. 98.

SGB VI). Der Belegungsvertrag erfüllt auch nicht den Zweck, einen Belegungsanspruch der Rehabilitationseinrichtungen zu begründen, weil der Vertrag einen solchen Anspruch gerade nicht begründet (§ 15 Abs. 6 Satz 3 SGB VI). Ein Belegungsvertrag ist überdies nicht notwendig, um die sozialmedizinischen Kriterien für die Auswahl der Rehakliniken zu bestimmen, weil diese Kriterien die DRV Bund festlegt (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI).

Im gegebenen Zusammenhang ist fraglich, ob der nach § 15 Abs. 6 SGB VI zu schließende Belegungsvertrag Ausdruck der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse der Rentenversicherungsträger ist. Anders als bei der Zulassung nach § 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI, die erkennbar einseitig-hoheitlich erfolgt (Verwaltungsakt), liegt dies nicht auf der Hand.

Hoheitliche Befugnisse sind der Rentenversicherung dadurch eingeräumt, dass der federführende Träger der Rentenversicherung den Belegungsvertrag mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger abschließt (§ 15 Abs. 6 Satz 2 SGB VI). Allerdings ist der federführende Rentenversicherungsträger nicht gesetzlich bestimmt, sondern er wird durch die beteiligten Träger der Rentenversicherung vereinbart (vgl. § 15 Abs. 5 Satz 2 SGB VI). Gleichwohl ist die Konzentrationswirkung in § 15 Abs. 6 Satz 2 SGB VI gesetzlich angeordnet. Diese Konzentrationswirkung führt allerdings auf Seiten der Rentenversicherung nicht zu Diskriminierungen ihrer Rehabilitationseinrichtungen, weil der Federführer durch die beteiligten Träger der Rentenversicherung vereinbart wird.

Gänzlich anders ist die Situation für die Vertragseinrichtungen. Trotz der vom Gesetzgeber gewählten Form des „Vertrags“ stellt sich für die Rehabilitationseinrichtungen das Federführerprinzip und die damit verbundene Konzentrationswirkung als hoheitlich dar. Das folgt zwar nicht aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 6

SGB VI, aber aus dem Sinn und Zweck der Norm, der durch die Praxis bestätigt wird. Durch den Belegungsvertrag sollen die Belegungsbedingungen einseitig vom federführenden Rentenversicherungsträger mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger und auch für alle Rehabilitationseinrichtungen festgelegt werden. Es soll mit allen Rehabilitationseinrichtungen derselbe Belegungsvertrag geschlossen werden.

Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 6 SGB VI wird der Vertrag zwar zwischen dem federführenden Träger der Rentenversicherung und der zugelassenen Rehabilitationseinrichtung geschlossen. Ein Vertrag setzt für gewöhnlich Verhandlungen der Vertragspartner voraus. Da auf Seiten der Rehabilitationseinrichtungen keine gesetzliche Konzentrationswirkung angeordnet ist, könnten theoretisch eine Vielzahl verschiedener Belegungsverträge zwischen den einzelnen Rehabilitationseinrichtungen und dem federführenden Rentenversicherungsträger geschlossen werden. Damit würde aber das mit der Konzentrationswirkung auf Seiten der Rentenversicherung verfolgte Ziel nicht erreicht werden. Es machte kaum Sinn, dass der federführende Rentenversicherungsträger mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger den Belegungsvertrag abschließt, wenn auf Seiten der Rehabilitationseinrichtungen eine Vielzahl verschiedener Belegungsverträge geschlossen werden könnte. Der Gesetzgeber geht erkennbar davon aus, dass ein einheitlicher Belegungsvertrag für alle Rentenversicherungsträger und Rehabilitationseinrichtungen geschlossen wird. Dies entspricht auch der bisherigen Praxis im Bereich der Versorgungs- und Vergütungsverträge. Da ohne Belegungsvertrag die Inanspruchnahme einer zugelassenen Rehabilitationseinrichtung ausgeschlossen ist (vgl. § 15

Abs. 6 Satz 1 SGB VI),¹⁶⁶ sind die Einrichtungen faktisch gezwungen, den vom Federführer „angebotenen“ Vertrag abzuschließen. Dies vermittelt dem federführenden Rentenversicherungsträger die Möglichkeit, die Vertragsbedingungen einseitig festzusetzen.

Dementsprechend wurde den Rehabilitationseinrichtungen von der DRV Bund auch bereits der Entwurf eines Belegungsvertrags (Stand: 2022) übermittelt, dessen Inhalt einseitig von der Rentenversicherung festgesetzt wurde und der gleiche Vertragsbedingungen für alle Rehabilitationseinrichtungen vorsieht. Vertragliche Verhandlungsspielräume bestehen für die Rehabilitationseinrichtungen nicht. Entgegen dem Gesetzeswortlaut (§ 15 Abs. 6 SGB VI: „Vertrag“) stellt sich der Belegungsvertrag somit letztlich als Ausübung einseitig hoheitlicher Befugnisse der Rentenversicherung dar. Der Sache nach handelt es sich bei dem Vertrag um einen subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X, der wegen des einseitigen Bestimmungsrechts der Rentenversicherung funktional einem Verwaltungsakt bzw. den einseitig-hoheitlichen verbindlichen Entscheidungen i.S.d. § 15 Abs. 9 SGB VI entspricht, die ebenfalls einseitig von einem Träger hoheitlicher Gewalt (DRV Bund) getroffen werden.

Aus diesem Grund ist es irreführend, wenn in der verbindlichen Entscheidung zur Zulassung (Entwurf, Seite 5) davon die Rede ist, dass der Federführer den Rehabilitationseinrichtungen unmittelbar nach Zulassung „Verhandlungen“ zum Abschluss eines

¹⁶⁶ S. auch BT-Drs. 19/23550, S. 98: „Die Inanspruchnahme (Belegung) zugelassener Rehabilitationseinrichtungen durch die Träger der Rentenversicherung setzt voraus, dass zwischen diesen und dem jeweils federführenden Träger der Rentenversicherung ein Vertrag abgeschlossen wird (...).“

Belegungsvertrags nach § 15 Abs. 6 SGB VI anbietet. Verhandlungen setzen ein Aushandeln des Vertrags und damit Einflussnahmemöglichkeiten beider Vertragsparteien auf den Vertragsinhalt voraus. Da der Belegungsvertrag von der Rentenversicherung einseitig vorgegeben wird, gilt das Prinzip „friss oder stirb“, so dass von echten Vertragsverhandlungen keine Rede sein kann.

Mit diesen hoheitlichen Befugnissen der Rentenversicherungsträger geht für die Rehabilitationseinrichtungen privater Träger eine Diskriminierungsgefahr einher. Allerdings liegt die Diskriminierungsgefahr nicht schon darin, dass der Belegungsvertrag nur für Vertragseinrichtungen gilt. Er gilt vielmehr auch für die von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen. „Zugelassene Rehabilitationseinrichtungen“ i.S.v. § 15 Abs. 6 SGB VI sind nach der Legaldefinition des § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI alle tatsächlich oder fiktiv zugelassenen Einrichtungen. Der Belegungsvertrag nach § 15 Abs. 6 SGB VI betrifft somit sowohl die von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen als auch die von anderen betriebenen Rehabilitationseinrichtungen. Insofern liegt keine Diskriminierung vor.

Auch ist das Instrument des Belegungsvertrags prinzipiell geeignet, der Gefahr von Diskriminierungen vorzubeugen. Dafür sorgt die gleiche Bindung aller Rehabilitationseinrichtungen und Rentenversicherungsträger an den Vertrag. Für sie gelten standardisiert dieselben Belegungsgrundsätze. Das Diskriminierungspotenzial ist damit geringer, als wenn die Belegungsbedingungen in jedem Einzelfall zwischen dem zuständigen Rentenversicherungsträger und der zu belegenden Rehabilitationseinrichtung ausgehandelt werden.

Eine Diskriminierung liegt aber darin, dass der Belegungsvertrag nach § 15 Abs. 6 Satz 2 SGB VI vom federführenden Träger der

Rentenversicherung mit der zugelassenen Rehabilitationseinrichtung mit Wirkung für alle Träger der Rentenversicherung und für alle Rehabilitationseinrichtungen inhaltlich vorgegeben und abgeschlossen wird. Diese einseitig hoheitlichen Befugnisse des Federführers begründen die Diskriminierungsgefahr zulasten der Vertragseinrichtungen.

3. Diskriminierungsgefahr durch Belegungsentscheidung

Ein besonders hohes Diskriminierungspotenzial weist die Belegungsentscheidung nach § 15 Abs. 6a SGB VI auf, d.h. die Auswahl der Rehabilitationseinrichtung zur Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gegenüber dem Versicherten im Einzelfall. Getroffen wird die Entscheidung von dem jeweils zuständigen Rentenversicherungsträger, wobei dem Versicherten ein Vorschlagsrecht zusteht (Wunsch- und Wahlrecht, § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI).

Die Zuweisung einer Rehabilitationseinrichtung an den Versicherten durch den zuständigen Rentenversicherungsträger ist eine hoheitliche Entscheidung. Wie bei vertikal integrierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt besteht bei den Rentenversicherungsträgern die spezifische Gefahr, dass sie zur Erbringung von Rehabilitationsleistungen gegenüber den Versicherten eigene Rehabilitationseinrichtungen bevorzugen und Einrichtungen anderer Träger benachteiligen. Die Rentenversicherungsträger können geneigt sein, den Versicherten primär eigene Rehabilitationseinrichtungen zuzuweisen und Einrichtungen Dritter nachrangig zu belegen. Der Grund hierfür ist, dass die Rentenversicherungsträger nicht nur hoheitliche Funktionen wahrnehmen gegenüber den Versicherten, sondern zugleich mit eigenen Rehabilitationseinrichtungen unternehmerisch auf dem Markt der Leistungen

zur medizinischen Rehabilitation tätig sind (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI). Die hoheitliche Belegungsentscheidung des zuständigen Rentenversicherungsträgers stellt sich daher regelmäßig als Auswahl zwischen eigenen Einrichtungen und Einrichtungen Dritter dar. Wegen dieser Doppelfunktion fehlt dem zuständigen Rentenversicherungsträger die erforderliche Distanz und Neutralität, um die hoheitliche Belegungsaufgabe diskriminierungsfrei erfüllen zu können. Das wirtschaftliche Interesse der Rentenversicherungsträger an einer Belegung ihrer eigenen Rehabilitationseinrichtungen steht in einem unauflösbaren Zielkonflikt mit ihrer Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Belegungsentscheidung und Auswahl unter allen (fachlich geeigneten) Rehabilitationseinrichtungen.

Diese Diskriminierungsgefahr ist deshalb noch verstärkt, weil die Rentenversicherungsträger zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet sind (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI; s. auch § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 69 Abs. 2 SGB IV). Unter Berufung auf diesen sie bindenden Grundsatz sehen sich die Rentenversicherungsträger dazu berufen, primär ihre eigenen Rehabilitationseinrichtungen zu belegen, bevor sie Vertragseinrichtungen Versicherte zuweisen. Dass diese Gefahr nicht nur abstrakt besteht, sondern real ist, zeigt die Belegungspraxis der Rentenversicherungsträger, die sich in der verbindlichen Entscheidung der DRV Bund zur Belegung (Entwurf) widerspiegelt.¹⁶⁷ Diese Argumentation der Rentenversicherungsträger trägt allerdings deshalb nicht, weil der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht auf die Träger der Rentenversicherung und ihre Einrichtungen bezogen und begrenzt ist, sondern sich auf das gesamte System der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht, zu dem auch Rehabilitationseinrichtungen

¹⁶⁷ S. 167 ff.

Dritter gehören. Für die Belegungsentscheidung nach § 15 Abs. 6a SGB VI ist in erster Linie maßgeblich, welche Rehabilitationseinrichtung die Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringt, d.h., die objektiven sozialmedizinischen Kriterien bestmöglich erfüllt (§ 15 Abs. 6a i.V.m. Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI). Nur bei gleicher Eignung von Rehabilitationseinrichtungen zur Erbringung der betreffenden Rehabilitationsleistung ist (neben dem Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten) der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu berücksichtigen (s. auch § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI). Dies dient dem Schutz der Wirtschaftlichkeit des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung, nicht der Wirtschaftlichkeit der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger. Um dem Gebot der Wirtschaftlichkeit des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung Rechnung zu tragen, darf die Entscheidung über die Belegung der Rehabilitationseinrichtungen im Einzelfall nicht in den Händen der Rentenversicherungsträger liegen, sondern muss von einer neutralen Stelle getroffen werden.

Dagegen lässt sich nicht anführen, dass die objektiven sozialmedizinischen Kriterien, die für die Belegungsentscheidung maßgebend sind, den Rentenversicherungsträgern keine Spielräume belassen. Wenn solche Spielräume nicht existierten, folgte die Belegungsentscheidung gleichsam aus dem Gesetz, sodass eine Diskriminierung durch den für die Belegung zuständigen Rentenversicherungsträger nicht zu besorgen wäre.

Die Belegungsentscheidung folgt aber nicht aus dem Gesetz, sondern die nach § 15 Abs. 6a SGB VI maßgeblichen objektiven sozialmedizinischen Kriterien belassen dem zuständigen Rentenversicherungsträger erhebliche Spielräume bei der Auswahl der Rehabilitationseinrichtung für den Versicherten. Das folgt

schon daraus, dass § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI die objektiven sozialmedizinischen Kriterien nicht abschließend bestimmt, sondern nur einzelne Kriterien nennt („insbesondere“). Die Träger der Rentenversicherung können daher nach Ermessen weitere Kriterien festlegen. Außerdem eröffnen die in § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI explizit genannten Kriterien den Rentenversicherungsträgern (erhebliche) Bewertungsspielräume. Das gilt etwa für die Bewertung der Qualität der Rehabilitationseinrichtung (lit. d)). Bei der Entfernung der Rehabilitationseinrichtung zum Wohnort des Versicherten (lit. e)) sind dessen persönliche und gesundheitliche Umstände zu berücksichtigen.¹⁶⁸ Das Kriterium ist damit auf die individuelle Situation des Versicherten bezogen und eröffnet somit den Rentenversicherungsträgern erhebliche Bewertungsspielräume. Aber auch weitere Kriterien wie die Wartezeit bis zur Aufnahme (lit. f)) ermöglichen den Trägern der Rentenversicherung eigene Wertungen und räumen ihnen damit beträchtliche Spielräume ein.

Hinzu kommt, dass die in § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 SGB VI genannten objektiven sozialmedizinischen (Belegungs-)Kriterien vom Gesetzgeber grundsätzlich gleichrangig genannt sind. Das gilt auch für ihr Verhältnis zu den weiteren Belegungskriterien des § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI (Wunsch- und Wahlrecht der Versicherten nach § 8 SGB IX sowie Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit). Der Gesetzgeber hat damit auf eine Festlegung von Prioritäten, d.h. von Zielgewichten verzichtet. Zwischen den objektiven sozialmedizinischen Kriterien des § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 und 2 SGB VI können aber Zielkonflikte auftreten, die zu lösen sind. So ist etwa die Entfernung zum Wohnort (lit. e)) und die Wartezeit bis zur Aufnahme (lit. f)) unter Berücksichtigung der Indikation

¹⁶⁸ BT-Drs. 19/23550, S. 101.

(lit. a)) und ggf. der Nebenindikation (lit. b)) und der unabdingbaren Sonderanforderungen (lit. c)) zu beurteilen. Ebenso kann der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI) mit den sozialmedizinischen Kriterien des § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 SGB VI kollidieren. Auch muss das Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB VI) in Verhältnis zu den objektiven sozialmedizinischen Kriterien (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 SGB VI) gesetzt werden, insbesondere zu den Kriterien Entfernung zum Wohnort (lit. e)) und Wartezeit bis zur Aufnahme (lit. f)). Dies erfordert eine Gewichtung der einzelnen konfligierenden Belegungskriterien. All das eröffnet den Trägern der Rentenversicherung (erhebliche) Spielräume bei der Entscheidung über die Belegung von Rehabilitationseinrichtungen. Diese gesetzlich eröffneten Spielräume bei der Entscheidung über die Belegung bieten dem zuständigen Rentenversicherungsträger die Möglichkeit, eigene Rehabilitationseinrichtungen zu bevorzugen und Rehabilitationseinrichtungen Dritter zu diskriminieren.

Die Spielräume werden auch nicht dadurch beseitigt, dass die Träger der Rentenversicherung für die Auswahl einer geeigneten Rehabilitationseinrichtung das technische Verfahren rvSMD nutzen (vgl. auch verbindliche Entscheidung zur Belegung, Seite 4).¹⁶⁹ Zwar sind algorithmenbasierte Entscheidungen grundsätzlich geeignet, Diskriminierungen im Einzelfall entgegenzuwirken. Eine technische Standardisierung der Entscheidungsparameter dient der gleichmäßigen Anwendung der Auswahlkriterien und sichert somit die Chancengleichheit bei der Belegung. Das gilt allerdings nur, wenn die Programmierung, d.h. die Festlegung der Algorithmen selbst diskriminierungsfrei ist.

¹⁶⁹ Näher *Baudis*, VergabeR 2022, 1 (2).

Diese Voraussetzung ist aber nicht sicher erfüllt, wenn die Rentenversicherung Herr des Programmierungsverfahrens ist. § 15 Abs. 6a SGB VI sieht eine Beteiligung privater Träger von Rehabilitationseinrichtungen an der Programmierung und Kontrolle algorithmengestützter Belegungssysteme nicht vor. Solange IT-basierte Belegungssysteme nicht unter Beteiligung der privaten Träger von Rehabilitationseinrichtungen entwickelt und betrieben werden, ist die Diskriminierungsfreiheit der Systeme und der hierauf beruhenden Auswahlentscheidungen nicht sichergestellt. Ohne Beteiligung der Vertreter*innen von Vertragseinrichtungen an dem Aufbau und dem Betrieb eines IT-Systems stellt es sich für sie als Blackbox dar. Ob unter diesen Bedingungen ein IT-gestütztes System wie das rvSMD gegenüber einer händischen Belegungsentscheidung überhaupt Vorteile aufweist, kann dahinstehen. In jedem Fall schließt es Diskriminierungen von Vertragseinrichtungen bei der Belegung nicht aus.

Ungeachtet dessen vermag das rvSMD Diskriminierungen bei der Belegung von Rehabilitationseinrichtungen auch deswegen nicht auszuschließen, weil dem Vorschlags- und Auswahlrecht des Versicherten nach § 15 Abs. 6a SGB VI erhebliche Bedeutung zukommt. Dieses Vorschlags- und Auswahlrecht des Versicherten ist, wie sogleich gezeigt wird, anfällig für Einflussnahmen des zuständigen Rentenversicherungsträgers und damit für Diskriminierungen von Vertragseinrichtungen.

Im Übrigen fehlt eine Verpflichtung des zuständigen Rentenversicherungsträgers, seine Belegungsentscheidung zu begründen. Das gilt sowohl für den Fall, dass er Vorschlägen des Versicherten (§ 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI) nicht nachkommt, als auch für den Fall, dass der Versicherte keine Vorschläge unterbreitet. Nur aus der Gesetzesbegründung zu § 15 Abs. 6a SGB VI folgt, dass

der Rentenversicherungsträger die Ablehnung von Vorschlägen des Versicherten begründen muss.¹⁷⁰

a) Belegung nach Ausübung des Vorschlagsrechts des Versicherten

Dieses Diskriminierungspotenzial, das der Belegungsentscheidung des zuständigen Rentenversicherungsträgers innewohnt, wird durch das Vorschlags- und Auswahlrecht des Versicherten nach § 15 Abs. 6a SGB VI nicht gemildert, sondern im Gegenteil verstärkt.

Das gilt zunächst für den Fall, dass der Versicherte sein Vorschlagsrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI ausübt. Um sein Vorschlagsrecht ausüben zu können, ist der Versicherte regelmäßig auf Informationen der Rentenversicherungsträger angewiesen. Es existiert typischerweise eine Informationsasymmetrie zugunsten der Rentenversicherungsträger, weil es sich im Regelfall der Kenntnis des Versicherten entzieht, welche Einrichtungen für ihn in Betracht kommen und welche von ihnen die konkret erforderlichen Leistungen in der nachweislich besten Qualität erbringt (s. § 15 Abs. 6a Satz 2 SGB VI). Es ist daher naheliegend, dass sich der Versicherte mit der Bitte um Information und Beratung an den für ihn zuständigen Rentenversicherungsträger wendet. Damit wird dem Rentenversicherungsträger die Möglichkeit informeller Einflussnahme und somit einer (mittelbaren) Bevorzugung der eigenen Rehabilitationseinrichtungen eröffnet.¹⁷¹ Hiervon ist auch der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 15 SGB VI ausgegangen. In der Gesetzesbegründung zu § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI heißt es wörtlich:

¹⁷⁰ BT-Drs. 19/24487 (neu), S. 29.

¹⁷¹ S. bereits S. 36 ff.

„Dem Wunsch- und Wahlrecht wird im weiteren Verfahren dadurch Rechnung getragen, dass die Versicherten dem zuständigen Träger der Rentenversicherung eine Rehabilitationseinrichtung vorschlagen. Damit sie adäquat von dem ihnen eingeräumten Vorschlagsrecht Gebrauch machen können, hat der zuständige Träger der Rentenversicherung sie hierbei fachlich zu unterstützen.“¹⁷²

Diese Informationsasymmetrie wird allerdings dadurch abgeschwächt, dass nach § 15 Abs. 7 SGB VI die Daten der externen Qualitätssicherung von der DRV Bund zu veröffentlichen und damit nicht nur den Trägern der Rentenversicherung als Grundlage für die Inanspruchnahme einer Rehabilitationseinrichtung, sondern auch den Versicherten in einer wahrnehmbaren Form zugänglich gemacht werden. Dadurch erhält der Versicherte die Möglichkeit, sich einen Überblick über die vorhandenen Rehabilitationseinrichtungen zu verschaffen, um von seinem Wunsch- und Wahlrecht nach § 15 Abs. 6a SGB VI Gebrauch machen zu können.¹⁷³ Es ist aber unklar, wie leistungsfähig (sowie transparent und diskriminierungsfrei) die Informationsplattform der Rentenversicherung für den Versicherten sein wird. Auch setzt die Suche nach einer geeigneten Rehabilitationseinrichtung genaue Kenntnisse über die Erkrankung, den bestehenden Rehabilitationsbedarf und die hieraus folgenden medizinischen Anforderungen an die Rehabilitationseinrichtung in personeller und ausstattungsbezogener Hinsicht voraus. Diese Kenntnisse dürfte der Versicherte in aller Regel nicht haben. Aus diesem Grund kann die Informationsplattform der Rentenversicherung die Informati-

¹⁷² BT-Drs. 19/23550, S. 100 f.

¹⁷³ Vgl. BT-Drs. 19/23550, S. 98.

onsasymmetrie und die damit verbundene Diskriminierungsgefahr zwar in gewissem Umfang abschwächen, aber nicht beheben.

Es liegt auf der Hand, dass der Rentenversicherungsträger im Rahmen seiner Beratung des Versicherten eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt. Weil die Rentenversicherungsträger Leistungen zur medizinischen Rehabilitation auch durch eigene Einrichtungen erbringen, liegt es nahe, dass sie dem Versicherten diese Eigeneinrichtungen empfehlen.

Bei der Prüfung, ob die vom Versicherten vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen den objektiven sozialmedizinischen Kriterien genügen (s. § 15 Abs. 6a Satz 3 SGB V), besteht erneut die Gefahr, dass der Rentenversicherungsträger die Prüfung zugunsten eigener Einrichtungen vornimmt. Sind mehrere vom Versicherten vorgeschlagene Rehabilitationseinrichtungen zur Leistungserbringung geeignet, muss der zuständige Rentenversicherungsträger eine Auswahlentscheidung treffen (§ 15 Abs. 6a Satz 3 SGB VI), was Spielräume eröffnet und damit Diskriminierungspotenzial birgt.

b) Belegung mit Ausübung des Auswahlrechts des Versicherten

Die Möglichkeit einer Beeinflussung des Versicherten durch den jeweiligen Rentenversicherungsträger besteht aber nicht nur im Rahmen der Ausübung seines Vorschlagsrechts nach § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI, sondern auch, wenn der Versicherte keine oder keine geeigneten Vorschläge macht. Auch in diesem Fall bestehen erhebliche Diskriminierungsgefahren zulasten der nicht von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen.

Diskriminierungspotenzial besteht bereits, wenn der Rentenversicherungsträger dem Versicherten Rehabilitationseinrichtungen vorschlägt (§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI). Da der Rentenversicherungsträger die Vorschläge nach Maßgabe der objektiven sozialmedizinischen Kriterien unterbreiten muss, stehen ihm dabei dieselben Spielräume zu wie bei der Zuweisung einer Rehabilitationseinrichtung nach § 15 Abs. 6a Satz 2 und 3 SGB VI. Diese Spielräume eröffnen erhebliche Diskriminierungsmöglichkeiten.¹⁷⁴ Schlägt der Rentenversicherungsträger dem Versicherten mehrere Rehabilitationseinrichtungen vor, steht ihm nach dem Gesetz auch im Hinblick auf die Anzahl und die Reihung der Einrichtungen Ermessen zu. Nach der Gesetzesbegründung hat der zuständige Träger der Rentenversicherung dem Versicherten „vorzugsweise mindestens drei Rehabilitationseinrichtungen vorzuschlagen.“¹⁷⁵ Bei dieser Auswahlentscheidung, welche Rehabilitationseinrichtungen auf der Vorschlagsliste stehen und in welcher Reihenfolge sie platziert sind, besitzt der Rentenversicherungsträger erhebliche Spielräume, die es ihm ermöglichen, eigene Rehabilitationseinrichtungen zu bevorzugen und andere zu benachteiligen.

Macht der Versicherte von seinem Recht zur Auswahl unter den Vorschlägen des Rentenversicherungsträgers Gebrauch (§ 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI), bestehen vergleichbare Diskriminierungsgefahren wie bei der Unterbreitung eigener Vorschläge des Versicherten nach § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI. Auch insoweit wird sich der Versicherte, um seine Auswahl sachgerecht treffen zu können, für Informationen und Beratung regelmäßig an den für ihn zuständigen Rentenversicherungsträger wenden. Auch an dieser Stelle kann der Rentenversicherungsträger Einfluss

¹⁷⁴ S. auch S. 30 ff.

¹⁷⁵ BT-Drs. 19/244887 (neu), S. 29.

auf den Versicherten zugunsten der Auswahl eigener Rehabilitationseinrichtungen nehmen.

c) Belegung ohne Vorschlag und Auswahl des Versicherten

Der Gesetzeswortlaut des § 15 Abs. 6a SGB VI lässt offen, wie zu verfahren ist, wenn bei Vorschlägen von Rehabilitationseinrichtungen durch den zuständigen Rentenversicherungsträger (§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI) der Versicherte innerhalb der vorgegebenen Frist von 14 Tagen keine Auswahlentscheidung unter den vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen trifft (§ 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI). Aus der Gesetzesbegründung zu § 15 Abs. 6a SGB VI folgt jedoch, dass in diesem Fall der zuständige Träger der Rentenversicherung dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zuweist. In der Gesetzesbegründung heißt es wörtlich:

„Der Versicherte ist berechtigt, unter den vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen innerhalb von 14 Tagen eine Rehabilitationseinrichtung auszuwählen; andernfalls weist der zuständige Träger der Rentenversicherung dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zu.“¹⁷⁶

Entspricht der Vorschlag des Versicherten nicht den objektiven sozialmedizinischen Kriterien oder liegt kein Vorschlag des Versicherten vor (s. § 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI) und macht er von seinem Recht zur Auswahl unter den vom Rentenversicherungsträger vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen keinen Gebrauch (s. § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI), obliegt mithin dem Rentenversicherungsträger die Auswahl der Rehabilitationseinrich-

¹⁷⁶ BT-Drs. 19/24487 (neu), S. 29 f.

tung und ihre Zuweisung an den Versicherten. Bei dieser Auswahl- und Zuweisungsentscheidung kann der Rentenversicherungsträger nach pflichtgemäßem Ermessen unter den von ihm vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen wählen. Auch insoweit besteht die erhebliche Gefahr, dass der Rentenversicherungsträger eigene Rehabilitationseinrichtungen auswählt und nicht Rehabilitationseinrichtungen Dritter.

d) Rechtsschutzdefizite

Diese Diskriminierungsgefahren wiegen umso schwerer, als sich die Träger von Vertragseinrichtungen hiergegen faktisch kaum mit Erfolg gerichtlich zur Wehr setzen können. Zwar besteht prinzipiell die Möglichkeit, gegen Belegungsentscheidungen der Rentenversicherungsträger vor den staatlichen Fachgerichten zu klagen. Jedoch erhalten Rehabilitationseinrichtungen von den Belegungsentscheidungen und ihren Gründen regelmäßig keine Kenntnis. Wenn sie nicht selbst belegt werden, wissen sie nicht, welche Rehabilitationseinrichtungen von den Rentenversicherungsträgern in welchem Umfang mit Versicherten belegt werden. Die Rentenversicherungsträger müssen ihre Belegungsentscheidungen nach § 15 Abs. 6a SGB VI gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen weder offenlegen noch begründen. Allein gegenüber dem Versicherten, der eine Rehabilitationsleistung beantragt, sind die Rentenversicherungsträger verpflichtet, die Ablehnung von Vorschlägen des Versicherten zu begründen¹⁷⁷ und für eigene Vorschläge die ergebnisrelevanten objektiven sozialmedizinischen Kriterien darzulegen (§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI). Da die Rehabilitationseinrichtungen von den Belegungsentscheidungen der Rentenversicherungsträger regelmäßig keine

¹⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 19/24487 (neu), S. 29.

Kenntnis erhalten, bleiben ihnen auch etwaige Diskriminierungen verschlossen, sodass Rechtsschutz hiergegen leerläuft.

Es kommt hinzu, dass die Rentenversicherungsträger wegen ihrer Leistungsträgerschaft bei der Nachfrage von Rehabilitationsleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Sie haben ein Nachfragemonopol (Nachfragekartell).¹⁷⁸ Gingen Vertragseinrichtungen gegen Belegungsentscheidungen der Rentenversicherungsträger vor, liefen sie Gefahr, künftig nicht mehr belegt zu werden. Die Neigung, gegen einen Nachfragemonopolisten gerichtlich ins Feld ziehen, ist allgemein eher gering. Das gilt insbesondere für Anbieter, die in einer Dauerbeziehung zu dem Monopolisten stehen, d.h., die fortwährend von seinen wiederholt (und zum Teil nur für kurze Zeit geltenden) getroffenen Vergabeentscheidungen abhängig sind. Anders als bei einer langfristigen Konzessionsvergabe (z.B. im Energiewirtschafts- oder Eisenbahnrecht) laufen die Rehabilitationseinrichtungen daher Gefahr, bei einer Klage gegen die Vergabeentscheidungen von den Rentenversicherungsträgern nicht mehr belegt zu werden. Zudem müssten sie gegen jede sie diskriminierende (Vergütungs- und) Belegungsentscheidung und damit womöglich gegen eine Vielzahl von Verwaltungsakten klagen, was die Hemmschwelle eines Gangs zum Gericht zusätzlich erhöht.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, für Konflikte zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen Schiedsstellenverfahren vorzusehen.

¹⁷⁸ Nachweise in Fn. 89.

4. Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahr durch Vergütungsvertrag

Der konkrete Vergütungssatz für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation wird gem. § 15 Abs. 8 Satz SGB VI zwischen dem federführenden Träger der Rentenversicherung und der Rehabilitationseinrichtung vereinbart. Grundlage hierfür ist das einheitlich für alle Rehabilitationseinrichtungen geltende Vergütungssystem, welches von der DRV Bund einseitig hoheitlich durch verbindliche Entscheidung nach § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI festgelegt wird. Nach dem Gesetz sind dabei insbesondere leistungsspezifische Besonderheiten, Innovationen, neue Konzepte, Methoden, der regionale Faktor und tariflich vereinbarte Vergütungen sowie entsprechende Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen zu beachten (§ 15 Abs. 3 Satz 5 und Abs. 8 Satz 2 SGB VI). Dementsprechend sieht die verbindliche Entscheidung der DRV Bund zum Vergütungssystem (Entwurf) ein produktbezogenes Vergütungssystem vor, bei dem sich der Vergütungssatz aus einer einrichtungsübergreifenden und einer einrichtungsspezifischen Komponente zusammensetzt. Während die einrichtungsübergreifende Komponente für alle Rehabilitationseinrichtungen gilt, wird die einrichtungsspezifische Komponente vom Federführender mit der Rehabilitationseinrichtung nach Maßgabe des Vergütungssystems der DRV Bund vereinbart (vgl. § 15 Abs. 8 Satz 2 SGB VI).

Hoheitliche Befugnisse sind der Rentenversicherung dadurch eingeräumt, dass der federführende Träger der Rentenversicherung den Vergütungsvertrag mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger vereinbart (vgl. § 15 Abs. 5 Satz 3 SGB V: Konzentrationswirkung).

Hoheitlich handelt die Rentenversicherung aber auch gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen insoweit, als die einrichtungsübergreifende Vergütungskomponente von der DRV Bund einseitig festgesetzt ist. Denn ebenso wie beim Belegungsvertrag (§ 15 Abs. 6 SGB VI) geht der Gesetzgeber auch beim Vergütungsvertrag davon aus, dass mit allen Rehabilitationseinrichtungen in Bezug auf die einrichtungsübergreifende Komponente ein und derselbe Vergütungsvertrag geschlossen wird. Das ergibt sich schon daraus, dass Grundlage des Vergütungsvertrags das einheitlich für alle Rehabilitationseinrichtungen geltende Vergütungssystem ist, welches von der DRV Bund einseitig hoheitlich durch verbindliche Entscheidung nach § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI festgelegt wird. Die einrichtungsübergreifende Komponente gilt für alle Rehabilitationseinrichtungen gleichermaßen. Sie ist nicht verhandelbar. Ein Verhandlungsspielraum des Federführers und der Rehabilitationseinrichtung besteht hierbei nicht. Von einer „Vereinbarung“ des Vergütungssatzes, wie es in § 15 Abs. 8 Satz 2 SGB VI heißt, kann daher nicht die Rede sein.

Da der einrichtungsübergreifende Vergütungssatz nicht ausgehandelt, sondern einseitig von der Rentenversicherung festgesetzt wird, besteht eine Diskriminierungsgefahr zulasten der Vertragseinrichtungen.

Bei der Festlegung der einrichtungsspezifischen Komponente handelt der federführende Rentenversicherungsträger dagegen nicht einseitig hoheitlich. Dem Federführer und der betreffenden Rehabilitationseinrichtung steht bei der einrichtungsspezifischen Komponente des Vergütungssatzes ein begrenzter Verhandlungsspielraum zu, der sich im Wesentlichen auf die in § 15 Abs. 8 Satz 2 SGB VI genannten leistungsspezifischen Besonderheiten, regionale Faktoren und Tarifvergütungen bezieht.

Hiervon geht auch der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung aus:

§ 15 Abs. 8 Satz 2 SGB VI „räumt den Verhandlungsparteien (...) einen begrenzten Verhandlungsspielraum bei der Festsetzung der Höhe der im konkreten Einzelfall zu zahlenden Vergütung ein. Dies eröffnet ihnen die Möglichkeit, über die auf der Grundlage des Absatzes 9 Satz 1 Nummer 2 ermittelte Vergütung hinaus für ausdrücklich benannte Tatbestände eine Vergütung zu vereinbaren, die über das produktbezogene Vergütungssystem nicht abgedeckt werden kann.“¹⁷⁹

Wegen dieses – wenn auch begrenzten – Verhandlungsspielraums bei der Vereinbarung der einrichtungsspezifischen Vergütungskomponente übt der Rentenversicherungsträger keine hoheitlichen Befugnisse aus. Vielmehr wird der Vergütungssatz insoweit nach (begrenzten) Verhandlungen vertraglich vereinbart.

Da ohne Vergütungsvertrag eine Vergütung von Rehabilitationseinrichtungen ausgeschlossen ist, sind die Einrichtungen faktisch gezwungen, den Vergütungsvertrag abzuschließen. Ein echter Verhandlungsspielraum besteht für sie daher weder in Bezug auf die einrichtungsübergreifende Vergütungskomponente noch bei der einrichtungsspezifischen Komponente.

Damit verbunden ist die Gefahr, dass die Vergütung nicht auskömmlich, d.h. nicht leistungsgerecht (vgl. § 15 Abs. 3 Satz 4 SGB VI) ist. Es besteht eine Ausbeutungsgefahr, weil den Rentenversicherungsträgern bei der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ein Nachfragemonopol zukommt. Kraft dessen können sie den Vergütungssatz im Wesentlichen einseitig bestimmen. Ein gleichberechtigtes Aushandeln des

¹⁷⁹ BT-Drs. 19/23550, S. 99.

Vergütungssatzes „auf Augenhöhe“ (level playing field) ist damit ausgeschlossen.

Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass die Rentenversicherungsträger selbst auf dem Markt der medizinischen Rehabilitationsleistungen, also unternehmerisch tätig sind. Wie bei vertikal integrierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt besteht bei den Rentenversicherungsträgern die spezifische Gefahr, dass sie ihren eigenen Rehabilitationseinrichtungen eine höhere Vergütung gewähren als Rehabilitationseinrichtungen Dritter. Der federführende Rentenversicherungsträger handelt den Vergütungssatz bezogen auf die eigenen Rehabilitationseinrichtungen gleichsam mit sich selbst aus. Er schließt sozusagen einen Vertrag mit sich selbst. Das gilt insbesondere für die einrichtungsspezifische Komponente. Der Federführer kann bei der Bestimmung des einrichtungsspezifischen Teils des Vergütungssatzes den renteneigenen Rehabilitationseinrichtungen Vorteile verschaffen, die er Einrichtungen Dritter nicht gewährt. Das ist mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbar. § 15 Abs. 8 SGB VI verstößt daher auch insoweit gegen die Wettbewerbsregeln und damit gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV.

Das gilt auch dann, wenn die Rentenversicherungsträger für alle (eigenen und fremden) Rehabilitationseinrichtungen gleiche (nicht auskömmliche) Vergütungssätze vorsehen, d.h., gleiche einrichtungsübergreifende und einrichtungsspezifische Komponenten „vereinbaren“. Es liegt dann formal eine Gleichbehandlung vor, die aber für die eigenen Rehabilitationseinrichtungen

(gesamt-)haushälterisch neutral ist („linke Tasche, rechte Tasche“), während sie für von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen ausbeutend und diskriminierend ist.¹⁸⁰

Hinzu kommt, dass ebenso wie bei der Belegung nach § 15 Abs. 6a SGB VI auch bei der Vereinbarung der Vergütung nach § 15 Abs. 8 SGB VI keine Transparenz besteht im Hinblick auf die zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und den Rehabilitationseinrichtungen vereinbarten Vergütungssätze. Dies gilt zwar nicht für die einrichtungsübergreifende Vergütungskomponente, weil sie durch das Vergütungssystem der DRV Bund einheitlich für alle Rehabilitationseinrichtungen festgelegt wird. Diese Komponente ist daher allen bekannt. Nicht bekannt ist dagegen die einrichtungsspezifische Vergütungskomponente, die zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und der jeweiligen Rehabilitationseinrichtung individuell vereinbart wird. Diese Komponente wird zwar von dem Federführer jeweils mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger vereinbart. Bezogen auf die einzelnen Rehabilitationseinrichtungen werden aber jeweils verschiedene einrichtungsspezifische Komponenten vereinbart und entsprechend unterschiedliche Verträge abgeschlossen. Zwar dürfte den Rehabilitationseinrichtungen gegen den federführenden Rentenversicherungsträger nach den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder in der Regel ein Anspruch auf Offenlegung der Vergütungsverträge zustehen.¹⁸¹ Gleichwohl ist es mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot nicht vereinbar, dass § 15

¹⁸⁰ Näher bei und in Fn. 92.

¹⁸¹ Vgl. BSG, BeckRS 2022, 8053 Rn. 28; Hess. VGH, 6 A 1732/17.Z v. 11.9.2019, Rn. 5 ff. (juris); OVG Lüneburg, 2 LC 437/18 v. 18.11.2020, Rn. 36 ff. (juris).

SGB VI entsprechende Auskunftsansprüche der Rehabilitationseinrichtungen bzw. Transparenzgebote für die Rentenversicherungsträger nicht selbst vorsieht.

Da die zwischen dem Federführer und den Rehabilitationseinrichtungen vereinbarten einrichtungsspezifischen Vergütungskomponenten nicht transparent sind, bleiben den Rehabilitationseinrichtungen etwaige Diskriminierungen regelmäßig verschlossen. Das gilt insbesondere für die einrichtungsspezifische Vergütungskomponente, die die Rentenversicherungsträger ihren eigenen Rehabilitationseinrichtungen zugestehen. Etwaiger Rechtsschutz hiergegen läuft daher regelmäßig leer.

Damit ist festzuhalten, dass auch § 15 Abs. 8 SGB VI keinerlei Vorkehrungen zum Schutz vor einer Ausbeutung und Diskriminierung von Vertragseinrichtungen vorsieht. Dies ist mit den EU-Wettbewerbsregelungen und damit mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar.

5. Diskriminierungsgefahr durch Befugnis der DRV Bund zur Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen

Schließlich begründet auch § 15 Abs. 9 SGB VI erhebliche Diskriminierungsgefahren zulasten der Träger von Vertragseinrichtungen. Nach § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI hat die DRV Bund in Wahrnehmung der ihr nach § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a SGB VI zugewiesenen Aufgaben für alle Rehabilitationseinrichtungen verbindliche Entscheidungen herbeizuführen. Diese verbindlichen Entscheidungen ergehen gem. § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung der Zulassungsanforderungen (Nr. 1), zu einem verbindlichen, transparenten, nachvollziehbaren und diskriminierungsfreien Vergütungssystem (Nr. 2),

zu den objektiven sozialmedizinischen Kriterien für die Bestimmung einer Rehabilitationseinrichtung im Rahmen einer Inanspruchnahme nach § 15 Abs. 6 SGB VI (wohl eher: Abs. 6a) (Nr. 3) und zum näheren Inhalt und Umfang der Daten der externen Qualitätssicherung bei den zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen (Nr. 4).

Welche Rechtsnatur verbindliche Entscheidungen der DRV Bund haben, braucht hier nicht entschieden zu werden.¹⁸² In jedem Fall nimmt die DRV Bund bei dem Erlass der verbindlichen Entscheidungen einseitig hoheitliche Befugnisse wahr. Damit ist eine Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahr für Vertragseinrichtungen verbunden. Ob eine solche Gefahr auch für Rehabilitationseinrichtungen der Regionalträger gilt, ist zweifelhaft. Die Regionalträger sind in der Bundesvertreterversammlung bzw. dem Bundesvorstand der DRV Bund vertreten (s. § 138 Abs. 2 SGB VI i.V.m. § 64 Abs. 4 SGB IV), sodass sie dort ihre Interessen wahrnehmen können. Ob diese Beteiligung genügt, um eine Diskriminierung der Rehabilitationseinrichtungen der Regionalträger auszuschließen, muss dahinstehen. Es steht jedenfalls fest, dass Träger von Vertragseinrichtungen in der Bundesvertreterversammlung bzw. dem Bundesvorstand der DRV Bund nicht vertreten sind. Damit haben sie, anders als die Regionalträger, kein organschaftliches Mitwirkungsrecht bei den verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund. Nach § 15 Abs. 9 Satz 3 SGB VI haben die für die Wahrnehmung der Interessen

¹⁸² Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich um „untergesetzliche exekutive Rechtsnormen“, BT-Drs. 19/23550, S. 99; s. auch BT-Drs. 15/3654, S. 70, wonach verbindliche Entscheidungen der DRV Bund „die Qualität untergesetzlicher Normen eigener Art“ haben. Eingehend zum Problem der rechtlichen Qualität der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund *Axer*, Verfassungsrechtliche Fragen einer Organisationsreform in der Rentenversicherung, 2000, S. 21 ff.; *Dünn*, in: *Ruland/Dünn*, Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch, SGB VI, Stand: 249. Lfg./Juni 2020, § 138 Rn. 122 ff.; *Rolfs/Röleke*, Deutsche Rentenversicherung 2/2016, 93 (95 ff.) – alle m.w.N.

der Rehabilitationseinrichtungen maßgeblichen Vereinigungen der Rehabilitationseinrichtungen (und die für die Wahrnehmung der Interessen der Rehabilitandinnen und Rehabilitanden maßgeblichen Verbände) lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu den verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund. Die Stellungnahmen sind bei der Beschlussfassung durch eine geeignete Organisationsform mit dem Ziel einzubeziehen, eine konsensuale Regelung zu erreichen (§ 15 Abs. 9 Satz 4 SGB VI). In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Soweit eine konsensuale Regelung nicht erreicht wird, sind die hierfür maßgeblichen Gründe zu dokumentieren. Die Ergebnisse des Prozesses der Einbeziehung werden dem für die verbindliche Entscheidung zuständigen Beschlussgremium zusammen mit dem Vorschlag der verbindlichen Entscheidung vorgelegt.“¹⁸³

Aus dem Gesetz und der Gesetzesbegründung folgt, dass zwar eine konsensuale Regelung anzustreben ist. Eine Konsenspflicht besteht aber nicht. Kann ein Konsens nicht erreicht werden, müssen lediglich die hierfür maßgeblichen Gründe dokumentiert werden und dem für die verbindliche Entscheidung zuständigen Beschlussgremium der DRV Bund vorgelegt werden. Die DRV Bund muss die Stellungnahmen der Verbände somit nach dem Gesetz zwar berücksichtigen. Die verbindlichen Entscheidungen werden aber letztlich von ihr einseitig (hoheitlich) getroffen.

Dementsprechend wurde im Gesetzgebungsverfahren zu Recht kritisiert, dass namentlich das Vergütungssystem einseitig von der DRV Bund entwickelt werden soll und die Verbände der Rehabilitationseinrichtungen nur ein Stellungnahmerecht haben:

¹⁸³ BT-Drs. 19/23550, S. 102.

„Das Vergütungssystem soll gem. § 15 Abs. 3 Satz 3 SGB VI einseitig von der Deutschen Rentenversicherung Bund entwickelt werden. Den für die Wahrnehmung der Interessen der Rehabilitationseinrichtungen zuständigen Verbänden soll gem. § 15 Abs. 9 Satz 2 SGB VI lediglich die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Der Gesetzesentwurf schränkt somit die Mitwirkung der Rehabilitationseinrichtungen und ihrer Verbände erheblich ein und stärkt damit entgegen seines erklärten Ziels die Interessen der Rehabilitationseinrichtungen nicht.“¹⁸⁴

Aufgrund dieses einseitigen Entscheidungsrechts besteht die Gefahr, dass die DRV Bund in den verbindlichen Entscheidungen die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherung bevorzugt gegenüber den Vertragseinrichtungen. Eine gleiche Behandlung aller Rehabilitationseinrichtungen ist nicht zu erwarten. § 15 Abs. 9 SGB VI ist deshalb mit dem wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbot und somit mit Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht vereinbar.

Allerdings ist die Diskriminierungsgefahr nicht bei allen verbindlichen Entscheidungen gleichermaßen stark ausgeprägt. Sie mag bei der verbindlichen Entscheidung zur Zulassung (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 SGB VI) und zur Qualitätssicherung (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 4 SGB VI) schwächer sein. Allein aus der Zulassung und der (erfolgreichen) Teilnahme am Qualitätssicherungsverfahren ergibt sich weder ein Anspruch auf Belegung mit Versicherten noch ein Vergütungsanspruch. Allerdings fällt bei den gesetzlichen Vorgaben für die verbindliche Entscheidung zur Qualitätssicherung auf, dass Vorgaben zur Aktualisierung der Daten fehlen. Eine ständige Datenaktualisierung ist aber erforderlich, weil sich die Belegungsentscheidung danach bestimmt,

¹⁸⁴ BT-Drs. 19/24487 (neu), S. 23.

welche Einrichtung die Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringt (s. § 15 Abs. 6a Satz 2 SGB VI). Das Qualitätssicherungssystem muss so beschaffen sein, dass wenigstens die in § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 lit. a) bis f) SGB VI genannten objektiven sozialmedizinischen Kriterien stetig auf dem aktuellen Stand sind. Hierfür fehlen gesetzliche Vorkehrungen in § 15 SGB VI. Daraus resultiert die Gefahr, dass Rehabilitationseinrichtungen trotz qualitativer Verbesserungen bei der Belegung mit Versicherten nicht berücksichtigt werden.

Besonders große Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren haften dagegen den verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund zur Vergütung (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI) und zur Belegung (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI) an. Wie oben dargelegt, belässt der Gesetzgeber der DRV Bund bei ihrer verbindlichen Entscheidung zur Belegung erhebliche Spielräume, die eine Benachteiligung von Vertragseinrichtungen nahelegen.¹⁸⁵

Dasselbe gilt für die verbindliche Entscheidung der DRV Bund zum Vergütungssystem. Der Gesetzgeber hat nicht dafür Sorge getragen, dass die Vergütung nach Maßgabe eines zweistufigen Verfahrens ermittelt wird. § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI stellt nicht sicher, dass das Vergütungssystem eine leistungsgerechte, d.h. auskömmliche Vergütung der zuzulassenden Rehabilitationseinrichtungen garantiert.¹⁸⁶ Auch besteht wegen der einseitigen Entscheidungsmacht der DRV Bund die Gefahr, dass sie Vertragseinrichtungen gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherung bei der Vergütung benachteiligt.

¹⁸⁵ Näher S. 30 ff. und 114 ff.

¹⁸⁶ S. bereits S. 127 ff. und noch S. 153 ff.

6. Fazit

Im Ergebnis steht fest, dass § 15 SGB VI wegen der fehlenden Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger eine Gleichbehandlung aller Rehabilitationseinrichtungen bei der Beschaffung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nicht gewährleistet. Es bestehen erhebliche Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren zu Lasten der Vertragseinrichtungen. Dies verstößt gegen die EU-Wettbewerbsregeln und ist deshalb mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar. § 15 SGB VI ist wegen dieses Verstoßes gegen Europäisches Unionsrecht unanwendbar.

Wie gezeigt, geht das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot Hand in Hand mit Verfassungsrecht. Auch aus dem Grundgesetz folgt ein Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger. § 15 SGB VI verstößt daher auch gegen Verfassungsrecht (Art. 12 Abs. 1 GG).

II. § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 83 f. GG

§ 15 SGB VI ist auch deshalb verfassungswidrig, weil er Art. 84 GG verletzt. Zum einen ist das in § 15 SGB VI geregelte Federführerprinzip verfassungsrechtlich unzulässig (s. 1.). Zum anderen verstößt die Verpflichtung der DRV Bund zur Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen (§ 15 Abs. 9 SGB VI) gegen das Grundgesetz (s. 2.).

1. Federführerprinzip gem. § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 83 f. GG

Der Gesetzgeber hat in § 15 SGB VI zur Vereinheitlichung des Gesetzesvollzugs bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation das Federführerprinzip vorgeschrieben. Sowohl die Entscheidung über die Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen zur Leistungserbringung als auch der Abschluss des Belegungsvertrags und die Vereinbarung des Vergütungssatzes liegen in der Hand eines federführenden Trägers der Rentenversicherung, der mit Wirkung für alle anderen Rentenversicherungsträger handelt.

Das Federführerprinzip führt dazu, dass ein Rentenversicherungsträger (Federführer) Entscheidungen mit verbindlicher Wirkung für alle anderen Rentenversicherungsträger trifft (s. nur § 15 Abs. 5 Satz 3 SGB VI).

Dieses gesetzlich vorgeschriebene Federführerprinzip ist mit Art. 83 f. GG unvereinbar. Es führt zu einem Entzug der Länderkompetenz nach Art. 83 f. GG, für die eine sachliche Rechtfertigung fehlt. Wie bereits dargelegt, ist der Vollzug des Sozialgesetzbuchs nach Art. 83 f. GG Aufgabe der Länder. Art. 83 f. GG begründen eine Verwaltungskompetenz der Länder. Zwar darf der Bund durch Gesetz gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG zur Vereinheitlichung des Vollzugs des Sozialgesetzbuchs durch die Länder (Regionalträger) die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln. Der Bund ist berechtigt, die Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs mit Wirkung (nicht nur für bundesunmittelbare Körperschaften, s. Art. 86 GG, sondern auch) für landesunmittelbare Körperschaften sicherzustellen. Hierzu kann er sich der ihm nach dem Grundgesetz eingeräumten Steuerungsinstrumente bedienen (vgl. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 und 5,

Abs. 2 GG). Diese Steuerungsbefugnisse des Bundes lassen aber die Zuständigkeit der landesunmittelbaren Körperschaften für den Gesetzesvollzug unberührt. Die Regelungskompetenzen des Bundes nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 und 5, Abs. 2 GG, insbesondere seine Befugnis zur Regelung der „Einrichtung der Behörden“ gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG, sind bezogen und beschränkt auf die Verwaltung des jeweiligen Bundeslandes. Der Bund darf die Zuständigkeit für den Vollzug des von ihm erlassenen Bundesgesetzes nur innerhalb des jeweiligen Bundeslandes festlegen. Er darf nur regeln, welche Stelle innerhalb der Länder für den Vollzug des Bundesgesetzes zuständig ist. Dagegen darf der Bundesgesetzgeber nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG weder eine eigene (unmittelbare oder mittelbare Bundesverwaltung) Zuständigkeit für den Gesetzesvollzug begründen noch festlegen, dass ein Bundesland für die Gesetzesausführung in einem anderen Bundesland zuständig ist. Legt der Bund beim Vollzug eines Bundesgesetzes durch die Länder als eigene Angelegenheit eine eigene Vollzugszuständigkeit (unmittelbare oder mittelbare Bundesverwaltung) oder die Zuständigkeit eines Bundeslandes zur Ausführung des Bundesgesetzes in einem anderen Bundesland fest, verstößt er gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG.¹⁸⁷

Der Bund darf daher nicht Verwaltungsaufgaben auf den Bund hochzonen, für die nach dem Grundgesetz landesunmittelbare Körperschaften zuständig sind. Es ist mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar, wenn der Bund durch Gesetz Aufgaben, die nach dem Grundgesetz von landesunmittelbaren Sozialversicherungsträgern wahrzunehmen sind, auf einen bundesunmittelbaren Sozialversicherungsträger überträgt, d.h. auf ihn hochzont. Der Gesetzesvollzug von Bundesgesetzen durch die Länder als

¹⁸⁷ S. 83 ff.

eigene Angelegenheit nach Art. 83 f. GG ist eine Verwaltungsaufgabe der Länder. Art. 83 f. GG untersagen es dem Bund, in diesen Verwaltungsraum der Länder einzudringen und den Ländern die ihnen nach dem Grundgesetz obliegenden Aufgaben zu entziehen.¹⁸⁸ Eine Hochzonung von Verwaltungsaufgaben auf den Bund, für die nach dem Grundgesetz landesunmittelbare Körperschaften zuständig sind, bricht mit dem föderalen Prinzip des Grundgesetzes und ist wegen Verstoßes gegen Art. 83 f. GG verfassungswidrig.

Ebenso wenig darf der Bundesgesetzgeber Aufgaben von Regionalträgern auf andere Regionalträger übertragen. Der Gesetzgeber darf auch nicht Aufgaben der DRV Bund den Regionalträger zuweisen. Sowohl die Regionalträger als auch die DRV Bund müssen ihre Aufgaben jeweils eigenverantwortlich wahrnehmen. Die Steuerbefugnisse des Bundes nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG lassen die Zuständigkeit der landesunmittelbaren Körperschaften für den Gesetzesvollzug unberührt. Die Regelungskompetenzen des Bundes nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG sind bezogen und beschränkt auf die Verwaltung des jeweiligen Bundeslandes. Der Bund darf die Zuständigkeit für den Vollzug des von ihm erlassenen Bundesgesetzes nur innerhalb des jeweiligen Bundeslandes festlegen. Er darf nur regeln, welche Stelle innerhalb der Länder für den Vollzug des Bundesgesetzes zuständig ist. Dagegen darf der Bundesgesetzgeber nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG – selbstredend – weder eine eigene (unmittelbare oder mittelbare Bundesverwaltung) Zuständigkeit für den Gesetzesvollzug begründen noch festlegen, dass ein Bundesland für die Gesetzesausführung in einem anderen Bundesland zuständig ist. Legt der Bund beim Vollzug eines Bundesgesetzes

¹⁸⁸ S. auch *Schnapp*, VSSR 2007, 243 (260).

durch die Länder als eigene Angelegenheit eine eigene Vollzugszuständigkeit (unmittelbare oder mittelbare Bundesverwaltung) oder die Zuständigkeit eines Bundeslandes zur Ausführung des Bundesgesetzes in einem anderen Bundesland fest, verstößt er gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG.

Mit diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben erscheint das gesetzliche Federführerprinzip des § 15 SGB VI nicht vereinbar. Der Gesetzgeber begründet damit die Verpflichtung der Rentenversicherungsträger, den Vollzug des SGB VI auf einen Rentenversicherungsträger – den Federführer – zu übertragen. Mit dieser Aufgabenkonzentration geht ein Zuständigkeitsverlust bei allen nicht federführenden Rentenversicherungsträgern einher. Die durch § 15 Abs. 5 Satz 2 begründete Verpflichtung der Träger der Rentenversicherung, einen federführenden Rentenversicherungsträger zu vereinbaren, führt zu einem Entzug der Länderkompetenz nach Art. 83 f. GG. Denn der federführende Träger der Rentenversicherung steuert das Zulassungsverfahren, bestimmt den Inhalt des Belegungsvertrags und setzt den Vergütungssatz mit Wirkung für alle Träger der Rentenversicherung verbindlich fest (vgl. § 15 Abs. 5 Satz 3 SGB VI).

Allenfalls könnte eine Rechtfertigung des gesetzlichen Federführerprinzips aus dem Verfassungsgrundsatz der Bundestreue in Verbindung mit den Grundrechten der privaten Träger von Rehabilitationseinrichtungen folgen. Dagegen spricht aber, dass die Grundrechte nur im Rahmen und nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung gelten und diese nicht verändern können.¹⁸⁹

¹⁸⁹ S. 83 ff.

Dass der Gesetzgeber in § 15 SGB VI den Federführer nicht selbst bestimmt, sondern den beteiligten Rentenversicherungsträgern die Bestimmung des federführenden Rentenversicherungsträgers überlässt (vgl. § 15 Abs. 5 Satz 2 SGB VI), ändert an dem Verfassungsverstoß nichts. Maßgeblich ist, dass § 15 SGB VI die Rentenversicherungsträger zur Bestimmung eines Federführers und damit zu einer Aufgabenkonzentration gesetzlich verpflichtet. Die Rentenversicherungsträger haben kein Wahlrecht, ob sie einen Federführer bestimmen oder das Gesetz selbst vollziehen. § 15 SGB VI entzieht durch die Verpflichtung zur Aufgabenkonzentration (vgl. § 15 Abs. 5 Satz 3 SGB VI) den beteiligten Rentenversicherungsträgern die Aufgabe des Gesetzesvollzugs. Das ist mit Art. 83 f. GG unvereinbar.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Die durch § 15 Abs. 5 Satz 2 begründete Verpflichtung der Träger der Rentenversicherung, einen federführenden Rentenversicherungsträger zu vereinbaren, führt zu einem Entzug der Länderkompetenz nach Art. 83 f. GG. Sub specie des Prinzips der Bundestreue dürfte dieser Eingriff in Art. 83 f. GG nicht zu rechtfertigen sein. Unberührt bleibt die (verfassungsrechtlich zulässige) Möglichkeit einer freiwilligen Verständigung der Rentenversicherungsträger auf einen Federführer.

2. Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen durch die DRV Bund (§ 15 Abs. 9 SGB VI)

a) Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG wegen gesetzlicher Ermächtigung zum Erlass materiell-rechtlicher Regelungen

Die Befugnis der DRV Bund nach § 15 Abs. 9 SGB VI, durch Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen den Vollzug des

§ 15 SGB VI in materieller Hinsicht zu vereinheitlichen, ist mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG unvereinbar.

Wie oben dargelegt, hat der Bund gem. Art. 84 und Art. 86 GG verschiedene Möglichkeiten zur Steuerung der Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs. Nach Art. 84 Abs. 2 GG kann zur Sicherstellung der Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs in materieller Hinsicht die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen (Art. 84 Abs. 2 GG). Allerdings regelt Art. 84 Abs. 2 GG abschließend, wer zum Erlass von Verwaltungsvorschriften berechtigt ist. Berechtigt ist ausschließlich die Bundesregierung als Kollegialorgan. Andere Stellen dürfen (normkonkretisierende) Verwaltungsvorschriften nicht erlassen. Anders als bei Art. 84 Abs. 2 GG ist der Gesetzgeber nach Art. 86 GG ermächtigt, die Befugnis zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften einer anderen Bundesstelle als der Bundesregierung einzuräumen („so erlässt die Bundesregierung, soweit nicht das Gesetz Besonderes vorschreibt“). Diese Möglichkeit ist aber auf den Vollzug des Bundesgesetzes durch Behörden der unmittelbaren oder mittelbaren Bundesverwaltung beschränkt.¹⁹⁰

Diesen Vorgaben genügt § 15 Abs. 9 SGB VI nicht. Es kann dahingestellt bleiben, ob die von der DRV Bund herbeizuführenden verbindlichen Entscheidungen Verwaltungsvorschriften i.S.d. Art. 84 Abs. 2 und Art. 86 GG sind. Unzweifelhaft handelt aber nicht die Bundesregierung. Außerdem sind die verbindlichen Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 SGB VI nicht an eine Zustimmung des Bundesrates geknüpft (vgl. aber Art. 84 Abs. 2 GG).

¹⁹⁰ Hierzu insgesamt S. 83 ff.

Dass in der Bundesvertreterversammlung und dem Bundesvorstand der DRV Bund auch die Regionalträger vertreten sind, ändert daran nichts.

§ 15 Abs. 9 SGB VI lässt sich verfassungsrechtlich auch nicht durch Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG legitimieren. Auch insoweit kann dahingestellt bleiben, ob verbindlichen Entscheidungen i.S.d. § 15 Abs. 9 SGB VI die rechtliche Qualität einer Rechtsverordnung nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG zukommt.¹⁹¹ Gem. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG können jedenfalls nur die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Der Kreis der Delegatäre ist in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG abschließend geregelt.¹⁹² Die DRV Bund ist kein in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genannter Delegatar.

Die Steuerungsmöglichkeiten des Bundes gem. Art. 84 GG sowie Art. 80 GG werden auch nicht durch Art. 87 Abs. 2 GG erweitert.¹⁹³ Dementsprechend verstößt § 15 Abs. 9 SGB VI gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG und ist somit verfassungswidrig.

b) Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG wegen gesetzlicher Ermächtigung der DRV Bund zu Verfahrensregelungen?

Ob und inwieweit § 15 Abs. 9 SGB VI die DRV Bund auch zur Regelung von Fragen des Verwaltungsverfahrens ermächtigt, ist weniger eindeutig. Die von der DRV Bund im Entwurf vorgelegten verbindlichen Entscheidungen enthalten solche Verfahrens-

¹⁹¹ Zur rechtlichen Qualität der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund bei und in Fn. 182.

¹⁹² S. 83 ff.

¹⁹³ S. 83 ff.

regelungen. Sie sehen insbesondere vor, dass die Rentenversicherungsträger im Rahmen der Zulassung, Vergütung, Belegung und Qualitätssicherung ein einheitliches IT-gestütztes System einsetzen (s. verbindliche Entscheidungen, Prolog; verbindliche Entscheidung zur Belegung, Seite 4).

Bei dem Vollzug des Sozialgesetzbuchs durch die Länder darf der Bund das Verwaltungsverfahren gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG abweichend von Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG regeln, um die Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs durch die Länder in formeller Hinsicht sicherzustellen. Wie oben gezeigt, muss der Bund zwar solche Verfahrensregelungen nicht selbst durch formelles Parlamentsgesetz vorsehen. Er darf die Regelung des Verwaltungsverfahrens auch auf einen Verordnungsgeber i.S.d. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG delegieren (kein Delegationsverbot). Es ist aber nicht geklärt, ob Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG den Bund berechtigt, Regelungsbefugnisse auf andere Exekutivstellen als die in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genannten Stellen – wie die DRV Bund – zu übertragen. In jedem Fall müsste eine solche gesetzliche Delegationsregelung dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügen.¹⁹⁴

§ 15 Abs. 9 SGB VI lässt nicht mit der hinreichenden Bestimmtheit erkennen, ob die DRV Bund Regelungen zum Verwaltungsverfahren erlassen darf. Vor allem aber enthält § 15 Abs. 9 SGB VI keine ausdrückliche Ermächtigung der DRV Bund, für die gesamte Rentenversicherung einschließlich der Regionalträger die Verwendung eines einheitlichen IT-gestützten Systems vorzusehen. Eine solche Regelungsermächtigung lässt sich § 15 Abs. 9 SGB VI auch nicht implizit entnehmen. Eine entspre-

¹⁹⁴ S. 83 ff.

chende Interpretation des § 15 Abs. 9 SGB VI würde dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot, das für den Gesetzgeber gilt, wenn er Regelungsbefugnisse auf Exekutivstellen überträgt, nicht gerecht.

Auch § 138 Abs. 1 Nr. 4a SGB VI lässt sich keine Befugnis der DRV Bund zur Festlegung eines einheitlichen IT-Verfahrens für alle Rentenversicherungsträger entnehmen. Auch insoweit fehlt es an hinreichend bestimmten gesetzlichen Anhaltspunkten für eine solche Ermächtigung der DRV Bund. Nach § 138 Abs. 1 Nr. 4a SGB VI darf die DRV Bund verbindliche Entscheidungen nur erlassen „zur Klärung von grundsätzlichen Fach- und Rechtsfragen zur Sicherung der einheitlichen Rechtsanwendung aus den Bereichen Rehabilitation und Teilhabe“. Abgesehen davon dürfte § 15 Abs. 9 SGB VI für den Bereich der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation *lex specialis* gegenüber § 138 SGB VI sein.

Auch Art. 91c Abs. 5 GG dürfte ausscheiden zur Legitimation des § 15 Abs. 9 SGB VI. Art. 91c Abs. 5 GG ermächtigt den Bund zur Regelung des übergreifenden informationstechnischen Zugangs zu den Verwaltungsleistungen von Bund und Ländern, wobei die Regelung durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates zu treffen ist. Der hierin liegende Einbruch in die Länderstaatlichkeit (s. Art. 84 Abs. 1 Satz 1 bis 3 GG) ist auf sog. Front Offices der Verwaltung begrenzt.¹⁹⁵ Wegen des Begriffs „Zugang zu den Verwaltungsleistungen“ ist der Bund nach Art. 91c Abs. 5 GG nur befugt zur gesetzlichen Regelung des informationstechnischen Zugangs zum Front Office der Verwaltung.

¹⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 18/11135, S. 91.

Darum geht es nicht bei dem Erlass verbindlicher Entscheidungen der DRV Bund zur Regelung der Zulassung, Vergütung, Belegung und Qualitätssicherung der Rehabilitationseinrichtungen gem. § 15 Abs. 9 SGB VI. Sie betreffen nicht das (Verwaltungsleistungs-)Verhältnis zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Versicherten, sondern das (Leistungserbringungs-)Verhältnis zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen. Im Übrigen dürfte der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht nach Art. 91c Abs. 5 GG durch den Erlass des Onlinezugangsgesetzes (OZG) abschließend Gebrauch gemacht haben.

D) Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit der auf der Grundlage von § 15 SGB VI getroffenen hoheitlichen Entscheidungen der Rentenversicherungsträger

Ebenso wie § 15 SGB VI sind auch die auf seiner Grundlage getroffenen Maßnahmen der Rentenversicherungsträger unionsrechts- und verfassungswidrig. Das gilt insbesondere für die nach § 15 Abs. 9 SGB VI zu treffenden, im Entwurf vorliegenden verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund. Sie sind unwirksam (s. I. und II.). Das Gleiche gilt für den nach § 15 Abs. 6 SGB VI zu schließenden, ebenfalls bereits im Entwurf vorliegenden Belegungsvertrag (s. III.).

I. Unwirksamkeit der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund wegen fehlender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage

1. Die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund sind bereits mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage unwirksam, weil § 15 SGB VI gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV verstößt und deshalb

unanwendbar ist. Es ist mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar, dass § 15 SGB VI wegen der fehlenden Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger eine Gleichbehandlung aller Rehabilitationseinrichtungen bei der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nicht gewährleistet. Es bestehen erhebliche Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren zulasten der Vertrags-einrichtungen. Dies verstößt gegen die EU-Wettbewerbsregeln und ist deshalb mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar. § 15 SGB VI ist wegen dieses Verstoßes gegen Europäisches Unionsrecht unanwendbar. Da ein Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger nicht nur unionsrechtlich, sondern auch verfassungsrechtlich fundiert ist (Art. 12 Abs. 1 GG),¹⁹⁶ ist § 15 SGB VI auch unvereinbar mit Verfassungsrecht.

Für die auf § 15 Abs. 9 SGB VI gestützten verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund fehlt somit eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Sie sind schon deshalb unwirksam.

2. Die Unwirksamkeit der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund folgt überdies daraus, dass § 15 SGB VI unter weiteren Gesichtspunkten gegen Verfassungsrecht verstößt. Zum einen ist das in § 15 SGB VI gesetzlich vorgeschriebene Federführerprinzip unvereinbar mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG.¹⁹⁷ Zum anderen ist die gesetzliche Verpflichtung der DRV Bund zur Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen gem. § 15 Abs. 9

¹⁹⁶ Hierzu insgesamt S. 83 ff.

¹⁹⁷ S. 138 ff.

SGB VI unvereinbar mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG.¹⁹⁸ Anders als bei einem Verstoß gegen Europäisches Unionsrecht führt der Verstoß gegen das nationale Verfassungsrecht allerdings nicht zur Unanwendbarkeit des § 15 SGB VI. Vielmehr bleibt § 15 SGB VI bis zu einer Aufhebung durch den Gesetzgeber oder durch das Bundesverfassungsgericht wirksam. (Erst) Nach Aufhebung der Norm sind die auf ihrer Grundlage getroffenen verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund (ebenfalls) unwirksam.

II. Unwirksamkeit der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund wegen ihres Inhalts

Im Übrigen sind die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund auch deswegen unwirksam, weil sie wegen ihres Inhalts selbst mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar sind. Wie gezeigt, bindet Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die öffentlichen Unternehmen wie die Rentenversicherungsträger.¹⁹⁹ Die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund verstoßen inhaltlich mehrfach gegen das Diskriminierungsverbot des Unionsrechts.

Gem. § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI hat die DRV Bund in Wahrnehmung der ihr nach § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a SGB VI zugewiesenen Aufgaben für alle Rehabilitationseinrichtungen, die von einem Rentenversicherungsträger oder von anderen betrieben werden, verbindliche Entscheidungen herbeizuführen. Die verbindlichen Entscheidungen ergehen nach § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung der Zulassungsanforderungen (Nr. 1), zu einem verbindlichen, transparenten,

¹⁹⁸ S. 142 ff.

¹⁹⁹ S. 77 ff.

nachvollziehbaren und diskriminierungsfreien Vergütungssystem (Nr. 2), zu den objektiven sozialmedizinischen Kriterien für die Bestimmung einer Rehabilitationseinrichtung im Rahmen einer Inanspruchnahme nach § 15 Abs. 6 SGB VI (wohl eher: Abs. 6a) (Nr. 3) und zum näheren Inhalt und Umfang der Daten der externen Qualitätssicherung bei den zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen (Nr. 4).

Obwohl die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund gleichermaßen für alle (öffentlichen und privaten) Rehabilitationseinrichtungen gelten (s. § 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI), beinhalten sie zahlreiche mit Unions- und Verfassungsrecht unvereinbare Diskriminierungen von Rehabilitationseinrichtungen, die nicht von den Rentenversicherungsträgern betrieben werden. Alle vier verbindlichen Entscheidungen wiederholen zum Teil die gesetzlichen Regelungen des § 15 SGB VI oder nehmen auf sie Bezug. Soweit diese gesetzlichen Regelungen des § 15 SGB VI aufgrund der mit ihnen verbundenen Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren wegen Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV unanwendbar (und verfassungswidrig) sind, sind auch die verbindlichen Entscheidungen unanwendbar. Der § 15 SGB VI anhaftende Verstoß gegen Unionsrecht „schlägt“ auf die Ebene der verbindlichen Entscheidungen „durch“.

Außerdem verstoßen sämtliche verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund gegen Art. 83 f. GG. Wie oben gezeigt, ist das Federführerprinzip im Rahmen der Zulassung, des Belegungsvertrags und der Vergütung (s. § 15 Abs. 5, 6 und 8 SGB VI unvereinbar mit dem Verwaltungsorganisationsrecht des Grundgesetzes.²⁰⁰ Diese Verfassungsverstöße haften gleichermaßen

²⁰⁰ S. 138 ff.

den verbindlichen Entscheidungen an, soweit sie in Übereinstimmung mit § 15 SGB VI das Federführerprinzip regeln.

Überdies sind die verbindlichen Entscheidungen auch insoweit unvereinbar mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG, als sie die Rentenversicherungsträger verpflichten, ein einheitliches IT-gestütztes System einzusetzen (verbindliche Entscheidungen, Prolog; verbindliche Entscheidung zur Belegung, Seite 4). Wie oben dargelegt, ist nicht geklärt, ob der Bundesgesetzgeber seine Befugnis zur Regelung von verfahrensrechtlichen Fragen auf die DRV Bund delegieren darf.²⁰¹ In jedem Fall bedürfte es hierfür einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigung. Eine solche hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage enthält § 15 Abs. 9 SGB VI nicht.²⁰² In Ermangelung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage sind die Regelungen zum Einsatz eines einheitlichen IT-gestützten Systems in den verbindlichen Entscheidungen verfassungswidrig.

Über diese Verstöße gegen Unions- und Verfassungsrecht hinaus weisen die einzelnen verbindlichen Entscheidungen weitere Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren auf. Sie verstoßen auch insoweit gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV und das Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes. Sie sind auch deshalb unanwendbar (Vorrang des Unionsrechts).

1. Verbindliche Entscheidung zu den Zulassungsanforderungen (VE Zulassung)

Gem. § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 SGB VI führt die DRV Bund eine verbindliche Entscheidung herbei zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung der Anforderungen nach § 15 Abs. 3 SGB VI für die

²⁰¹ S. 83 ff.

²⁰² S. 142 ff.

Zulassung einer Rehabilitationseinrichtung für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation.

Zur Umsetzung dieser gesetzlichen Verpflichtung hat die DRV Bund die „Verbindliche Entscheidung des Bundesvorstandes der Deutschen Rentenversicherung Bund zu den Zulassungsanforderungen gemäß § 15 Absatz 9 Satz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 15 Absatz 3 SGB VI“ (VE Zulassung) im Entwurf vorgelegt.

Die VE Zulassung ist, wie gesagt, bereits deshalb unionsrechts- und verfassungswidrig, weil sie gesetzliche Regelungen des § 15 SGB VI aufgreift, die ihrerseits gegen Unions- und Verfassungsrecht verstoßen. Das gilt insbesondere für die in Konkretisierung des § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VI in der VE Zulassung (Seite 7) vorgesehene Verpflichtung der Rehabilitationseinrichtungen zur Anerkennung des Vergütungssystems der DRV Bund. Diese Verpflichtung ist nur erfüllt, wenn der Federführer der jeweiligen Rehabilitationseinrichtung die verbindliche Entscheidung nach § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI (VE Vergütung) zur Verfügung gestellt sowie die Berechnungsgrundlagen der einrichtungsübergreifenden und der einrichtungsspezifischen Vergütungskomponenten auf Wunsch transparent gemacht und erläutert hat und die Rehabilitationseinrichtung daraufhin dem Federführer schriftlich bestätigt, dass sie das Vergütungssystem der DRV Bund mit allen Inhalten als maßgeblich anerkennt für die Vergütung ihrer für die Träger der Deutschen Rentenversicherung erbrachten Rehabilitationsleistungen nach den §§ 15, 15a und 31 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI.

Wie noch gezeigt wird, ist die VE Vergütung in hohem Maße intransparent. Dass nach der VE Zulassung (Seite 7) der Federführer der Rentenversicherung der jeweiligen Rehabilitationsein-

richtung auf deren Wunsch die Berechnungsgrundlagen der einrichtungsübergreifenden und der einrichtungsspezifischen Vergütungskomponenten transparent machen und erläutern muss, ändert daran nichts. Die verbindliche Entscheidung muss die Vergütung selbst hinreichend transparent ermitteln und erläutern. Die Rehabilitationseinrichtungen müssen aus der VE Vergütung ersehen können, welche (auskömmliche) Vergütung sie für ihre Leistungen erhalten. Dies ist aus der VE Vergütung aber nicht erkennbar.²⁰³

Außerdem weist die VE Vergütung in verschiedener Hinsicht Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren zulasten von Rehabilitationseinrichtungen auf, die nicht von Rentenversicherungsträgern betrieben werden. Die VE Vergütung stellt nicht sicher, dass die Rehabilitationseinrichtungen eine auskömmliche Vergütung für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation erhalten.²⁰⁴

Aus diesen Gründen ist die (in § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB VI und) in der VE Zulassung geregelte Verpflichtung der Rehabilitationseinrichtungen, das (intransparente, ausbeutende und diskriminierende) Vergütungssystem der DRV Bund anzuerkennen, unzulässig. Sie verstößt gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV und gegen Verfassungsrecht.

2. Verbindliche Entscheidung zum Vergütungssystem (VE Vergütung)

Eine weitere verbindliche Entscheidung führt die DRV Bund gem. § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI herbei zu einem verbindlichen, transparenten, nachvollziehbaren und diskriminierungsfreien

²⁰³ S. 153 ff.

²⁰⁴ S. 153 ff.

Vergütungssystem für alle zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen nach § 15 Abs. 3 SGB VI. Dabei sind insbesondere die Indikation, die Form der Leistungserbringung, spezifische konzeptuelle Aspekte und besondere medizinische Bedarfe, ein geeignetes Konzept der Bewertungsrelationen zur Gewichtung der Rehabilitationsleistungen und eine geeignete Datengrundlage für die Kalkulation der Bewertungsrelationen zu berücksichtigen.

Zur Umsetzung dieser gesetzlichen Regelung hat die DRV Bund die „Verbindliche Entscheidung des Bundesvorstandes der Deutschen Rentenversicherung Bund zu dem Vergütungssystem für alle zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen“ (VE Vergütung) im Entwurf vorgelegt.

Die VE Vergütung sieht ein produktbezogenes Vergütungssystem vor, bei dem sich der Vergütungssatz aus einer einrichtungsübergreifenden und einer einrichtungsspezifischen Komponente zusammensetzt. Während die einrichtungsübergreifende Komponente für alle Rehabilitationseinrichtungen gilt, wird die einrichtungsspezifische Komponente vom Federführer mit der Rehabilitationseinrichtung nach Maßgabe des Vergütungssystems der DRV Bund vereinbart.

Kernelement der einrichtungsübergreifenden Komponente der Vergütung sind die Reha-Produkte, die sich aus der medizinischen Reha-Indikation, der Reha-Form und dem vergütungsrelevanten Behandlungskonzept ergeben. Jedes Reha-Produkt wird einrichtungsübergreifend anhand einheitlicher Kriterien monetär bewertet.

Für die einrichtungsübergreifende Vergütungskomponente für eine Rehabilitationsleistung ohne einrichtungsspezifische und konzeptionelle Besonderheiten wird ein indikationsübergreifender Basissatz festgelegt. Durch Bewertungsrelationen werden

die einzelnen Bestandteile der Reha-Produkte in ein festes Verhältnis zum indikationsübergreifenden Basissatz und in der Folge zueinander gesetzt. Die Bewertungsrelation von 1,0 entspricht dem indikationsübergreifenden Basissatz.

Grundlage für den Basissatz und die Bewertungsrelationen sind die Vergütungsdaten aus dem Jahr 2024, die durch Einbeziehung weiterer Datenquellen wie z.B. Vergütungsdaten aus den Vorjahren validiert werden. Der Basissatz wird über den Richtwert der Deutschen Rentenversicherung jährlich an die allgemeine Preis- und Kostenentwicklung angepasst. Anpassungen des Basissatzes außerhalb der allgemeinen Preis- und Kostenentwicklung sind möglich, wenn sich vergütungsrelevante Sachverhalte (z.B. Vergütungsordnungen für einzelne Berufsgruppen) verändert haben. Die Bewertungsrelationen werden angepasst, wenn sich vergütungsrelevante Sachverhalte geändert haben. Über Veränderungen des Basissatzes und der Bewertungsrelationen entscheiden die zuständigen Gremien der DRV Bund.

Für die einrichtungsspezifische Vergütungskomponente sieht das Vergütungssystem der DRV Bund „einen grundsätzlich begrenzten Verhandlungsspielraum“ vor. In der einrichtungsspezifischen Komponente werden die besonderen Bedingungen jeder Rehabilitationseinrichtung bei der Erbringung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation berücksichtigt, die nicht über die einrichtungsübergreifende Komponente abgedeckt werden. Vor allem folgende einrichtungsspezifische Komponenten bzw. Sachverhalte können zu außergewöhnlichen Aufwendungen führen: Tarifkomponente, Strukturkomponente (besondere regionale Strukturen, besondere bauliche oder grundstücksbezogene Strukturen, besondere personelle oder ausstattungsbezogene Strukturen, leistungsspezifische Besonderheiten), Innovations-

und Nachhaltigkeitskomponente sowie Zuschläge für erstattungsfähige Sachverhalte (z. B. Kurtaxe; Telematik-Infrastruktur).

Für berücksichtigungsfähige Sachverhalte „kann“ nach der VE Vergütung zwischen einer zugelassenen Rehabilitationseinrichtung und dem federführenden Träger der Rentenversicherung eine Vergütung vereinbart werden, die über die einrichtungsübergreifende Komponente hinausgeht. Die zugrunde liegenden Sachverhalte und die Ergebnisse der Verhandlung zwischen dem federführenden Träger der Rentenversicherung und der Rehabilitationseinrichtung werden nachvollziehbar und transparent dokumentiert.

Auch die einrichtungsspezifische Komponente ist an geänderte Sachverhalte anzupassen.

Zur Ermittlung des Vergütungssatzes werden im Rahmen der Bewilligung einer Rehabilitationsleistung die Reha-Indikation, die Reha-Form und das vergütungsrelevante Behandlungskonzept durch den Träger der Rentenversicherung festgestellt. Zur Bestimmung der Höhe der einrichtungsübergreifenden Komponente werden der indikationsübergreifende Basissatz, die Bewertungsrelation der Reha-Indikation und der Reha-Form miteinander multipliziert. Für vergütungsrelevante Behandlungskonzepte wird auf Grundlage der entsprechenden Bewertungsrelationen ein Zuschlag gezahlt. Für die einrichtungsspezifische Komponente wird der indikationsübergreifende Basissatz mit der einrichtungsspezifischen Bewertungsrelation multipliziert. Die Summe der einrichtungsübergreifenden Komponente und der einrichtungsspezifischen Komponente ergibt den Vergütungssatz.

Die Vergütung der Rehabilitationsleistungen der Deutschen Rentenversicherung in den von ihr belegten Rehabilitationseinrichtungen erfolgt mit vollpauschalieren, tagesgleichen Vergütungssätzen auf Grundlage des produktbezogenen Vergütungssystems. Die Rehabilitationseinrichtung erhält für jeden Tag des Aufenthalts einer Rehabilitandin bzw. eines Rehabilitanden einen festen Betrag, der sich aus den Komponenten des Vergütungssystems ergibt. Mit dem Vergütungssatz sind alle Leistungen abgegolten, die die Rehabilitationseinrichtung im Rahmen der Rehabilitationsleistung erbringt.

a) Einrichtungsübergreifende Komponente der Vergütung

Die VE Vergütung leidet daran, dass die darin genannten Maßstäbe für die Ermittlung der beiden Komponenten des Vergütungssatzes unzureichend sind und die Rehabilitationseinrichtungen nicht erkennen können, welche Vergütung sie für welche bestimmte Leistung erhalten.

Aus der VE Vergütung muss hinreichend bestimmt hervorgehen, welcher Vergütungssatz für welche konkrete Leistung zur medizinischen Rehabilitation gezahlt wird. Ebenso wie in anderen Leistungserbringungsbereichen wie z.B. bei Krankenhausleistungen muss anhand eines Entgeltkatalogs ersichtlich sein, bei welcher jeweiligen Indikation welche bestimmte (Behandlungs-)Leistung zu erbringen ist und welche Kosten hiermit verbunden sind bzw. sein dürfen. Die Ist-Kosten der jeweiligen Leistung (Reha-Produkt) müssen in einem zweistufigen Verfahren von den Rentenversicherungsträgern ermittelt werden. Das ist erforderlich, weil der Marktpreis als Grundlage für den Vergütungssatz ausscheidet, da er wegen des Nachfragekartells der Rentenversicherungsträger auf dem Markt der medizinischen

Rehabilitation nicht unter den Bedingungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs entstanden ist. Aufgrund des Nachfragekartells der Rentenversicherungsträger besteht auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation kein funktionsfähiger Wettbewerb. Wegen des Fehlens eines funktionsfähigen Wettbewerbs fehlt ein Wettbewerbspreis, sodass der *wettbewerbsanaloge Preis* für die von den Rehabilitationseinrichtungen erbrachten Leistungen ermittelt werden muss.²⁰⁵

Zur Ermittlung der wettbewerbsanalogen Vergütung ist das vom Bundessozialgericht entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren anzuwenden. Dieses Verfahren ist eine das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahme, die vom Bundesverfassungsgericht in Situationen gestörter Vertragsautonomie verlangt wird.²⁰⁶

Bei der Anwendung des Zwei-Stufen-Verfahrens sind in einem ersten Prüfungsschritt die (voraussichtlichen) Ist-Kosten für die von der jeweiligen Rehabilitationseinrichtung erbrachten Leistungen darzulegen. Der Rentenversicherungsträger muss eine auf die konkrete Einrichtung bezogene Kostenprüfung vornehmen. Die Gestehungskosten setzen sich aus unterschiedlichen Faktoren zusammen. Zu ihnen gehören sämtliche Aufwendungen, die dem Einrichtungsträger für die Beschaffung und Bezahlung der zu erbringenden Leistung entstehen, insbesondere Personal- und Sachkosten sowie Betriebs- und Investitionskosten (Bau-, Miet- oder Pachtkosten, Ausstattungskosten, Investitionskosten

²⁰⁵ Hierzu und zum Folgenden m.w.N. eingehend *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Entgeltregulierung im Sozialversicherungsrecht, 2018, S. 66 ff.

²⁰⁶ Hierzu und zum Folgenden m.w.N. eingehend *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Entgeltregulierung im Sozialversicherungsrecht, 2018, S. 66 ff. und 85 ff.

für Digitalisierung der Kliniken, Renovierungsarbeiten etc.). Diese kalkulierten Kosten sind von dem Leistungsträger auf Schlüssigkeit und Plausibilität zu prüfen.

Auch im Rahmen der Kostenprüfung auf der ersten Stufe ist dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu entsprechen. Nur dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechende Kosten sind berücksichtigungsfähig.

Im Rahmen der ersten Stufe sind die Gestehungskosten aller oder repräsentativer Leistungserbringer zu ermitteln.

Zu den Gestehungskosten gehört die kalkulierte Verzinsung des eingesetzten Kapitals unter Berücksichtigung des Unternehmerrisikos.

Die auf der ersten Stufe ermittelten Ist-Kosten einschließlich kalkuliertem Gewinn sind in einem zweiten Prüfungsschritt einem externen Vergleich mit Vergütungen anderer Einrichtungen zu unterziehen. Der Vergütungsvergleich soll sicherstellen, dass der Leistungserbringer nur die (erforderlichen) Kosten in Rechnung stellt, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung anfallen.

Auf der zweiten Stufe ist ein externer Vergleich der Kosten der jeweiligen Leistungserbringer geboten.

Für den Vergütungsvergleich ist in erster Linie das Vergütungsniveau in der gesetzlichen Rentenversicherung maßgeblich. Da Rentenversicherungsträger nicht nur auf dem Nachfragemarkt tätig sind, sondern selbst Rehabilitationseinrichtungen betreiben, bilden die Vergütungssätze, die die Rentenversicherungsträger ihren eigenen Rehabilitationseinrichtungen zugestehen einen geeigneten Vergleichsmaßstab. Das gilt allerdings nur, wenn in

dem Vergütungssatz der Kliniken der Rentenversicherungsträger sämtliche mit der Leistungserbringung verbundenen Kosten enthalten sind.²⁰⁷ In diesem Fall sind unterschiedliche Vergütungssätze für Rehabilitationszentren der Deutschen Rentenversicherung und für Vertragseinrichtungen bei gleicher Leistungserbringung unzulässig.

Dieses Zwei-Stufen-Verfahren dient also der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises für das konkrete Reha-Produkt. Im Ergebnis muss feststehen und für die Rehabilitationseinrichtungen klar erkennbar sein, bei welcher Indikation welche Behandlungsleistung zu erbringen ist und welcher Vergütungssatz hierfür gezahlt wird. Der Vergütungssatz ist, wie dargelegt, im Wege des Zwei-Stufen-Verfahrens zu ermitteln.

Diesen Anforderungen genügt die VE Vergütung nicht. Für die einrichtungsübergreifende Komponente wird im Wesentlichen der Basissatz aus dem Jahr 2024 zugrunde gelegt. Wörtlich heißt es in der VE Vergütung (Seite 5):

„Der Basissatz und die Bewertungsrelationen werden auf Grundlage der Vergütungsdaten aus dem Jahr 2024 festgelegt. Sie werden durch die Einbeziehung weiterer Datenquellen, wie z.B. Vergütungsdaten aus den Vorjahren, validiert. Der Basissatz wird über den Richtwert der Deutschen Rentenversicherung jährlich an die allgemeine Preis- und Kostenentwicklung angepasst. Anpassungen des Basissatzes außerhalb der allgemeinen Preis- und Kostenentwicklung sind möglich, wenn sich vergütungsrelevante Sachverhalte (z.B. Vergütungsordnungen für einzelne Berufsgruppen) verändert haben.“

Durch die Möglichkeit von Anpassungen des Basissatzes außerhalb der allgemeinen Preis- und Kostenentwicklung bei einer

²⁰⁷ Anderenfalls sind diese „versteckten“ Kosten zusätzlich zu berücksichtigen.

Veränderung vergütungsrelevanter Sachverhalte ist sichergestellt, dass die Entstehung neuer Kosten wie Aufwendungen für energetische Sanierung, Baukosten für ein Schwimmbad oder wegen erhöhter Strukturanforderungen der Rentenversicherung gestiegene Kosten von den Rentenversicherungsträgern finanziert werden. Entgegen dem Wortlaut der VE Vergütung („sind möglich“) müssen aber solche neu entstandenen notwendigen Kosten von den Rentenversicherungsträgern durch Anpassungen des Basissatzes außerhalb der allgemeinen Preis- und Kostenentwicklung finanziert werden.

Eine jährliche Anpassung des Vergütungssatzes an die allgemeine Preis- und Kostenentwicklung durch Veränderungsraten entspricht grundsätzlich dem geltenden Recht (vgl. § 71 Abs. 3 SGB V). Eine jährliche Anpassung setzt aber voraus, dass der Basissatz ordnungsgemäß ermittelt ist. Nach der VE Vergütung fungiert als Basissatz letztlich ein Mittelwert des historisch gewachsenen, tatsächlichen Marktpreises im Jahr 2024, d.h. der Durchschnitt der im Jahr 2024 von den Rentenversicherungsträgern gezahlten Vergütungssätze, ggf. validiert durch die Einbeziehung weiterer Marktpreise aus den Vorjahren. Wie dargelegt, scheidet der Marktpreis als Grundlage für die einrichtungsübergreifende Vergütungskomponente aber aus, weil er sich nicht unter den Bedingungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs herausgebildet hat. Aufgrund des Nachfragekartells der Rentenversicherungsträger besteht auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation kein funktionsfähiger Wettbewerb. Wegen des Fehlens eines funktionsfähigen Wettbewerbs fehlt ein Wettbewerbspreis, sodass der wettbewerbsanaloge Preis für die von den Rehabilitationseinrichtungen erbrachten Leistungen ermittelt werden muss.

Zur Ermittlung der wettbewerbsanalogen Vergütung ist das soeben beschriebene Zwei-Stufen-Verfahren anzuwenden. Die VE Vergütung sieht aber kein Zwei-Stufen-Verfahren zur Ermittlung des Vergütungssatzes vor. Aus der VE Vergütung muss hervorgehen, für welche Indikation welche Behandlungsleistung zu erbringen ist und welcher – anhand des Zwei-Stufen-Verfahrens ermittelte – Vergütungssatz hierfür gezahlt wird. Das ist erforderlich, um eine leistungsgerechte, auskömmliche und diskriminierungsfreie Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen sicherzustellen. Da die VE Vergütung diesen Anforderungen nicht (einmal ansatzweise) genügt, ist sie unvereinbar mit Art. 106 Abs. 1 AEUV und Verfassungsrecht.

b) Einrichtungsspezifische Komponente der Vergütung

Anders als die einrichtungsübergreifende Komponente des Vergütungssatzes, die für alle Rehabilitationseinrichtungen einheitlich festgesetzt ist, wird die einrichtungsspezifische Vergütungskomponente zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und der jeweiligen Rehabilitationseinrichtung vereinbart (§ 15 Abs. 8 Satz 2 SGB V). In der einrichtungsspezifischen Komponente werden die besonderen Bedingungen von Rehabilitationseinrichtungen bei der Erbringung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation berücksichtigt, die nicht durch die einrichtungsübergreifende Komponente abgedeckt sind.

Nach der VE Vergütung (Seite 6) enthält das Vergütungssystem der Deutschen Rentenversicherung „einen grundsätzlich begrenzten Verhandlungsspielraum“ für eine einrichtungsspezifische Vergütungskomponente.²⁰⁸ Diese Formulierung darf nicht

²⁰⁸ S. auch BT-Drs. 19/23550, S. 99.

so verstanden werden, dass eine fixe Begrenzung des Vergütungssatzes „nach oben“ eingeführt wird. Eine solche fixe Begrenzung des Vergütungssatzes wäre rechtlich unzulässig. Ebenso wie im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 SGB V sind auch in der gesetzlichen Rentenversicherung Abweichungen von einem Budget nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, wenn anderenfalls die notwendige medizinische Versorgung der Versicherten nicht zu gewährleisten ist, d.h., wenn der Struktursicherungsauftrag des § 36 Abs. 1 SGB IX auf andere Weise nicht verwirklicht werden kann. Es muss sichergestellt sein, dass Rehabilitationseinrichtungen in ausreichender Anzahl und Qualität zur Verfügung stehen, um die Versorgung der Versicherten mit Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sicherzustellen. Hierfür ist eine leistungsgerechte, auskömmliche Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen unerlässlich. Die dafür notwendigen finanziellen Mittel muss die Rentenversicherung bereitstellen. Hiermit verträgt sich ein fixer, nicht atmender Finanzdeckel für die (einrichtungsspezifische) Vergütungskomponente nicht. Entsprechend ist auch der Deckel des Reha-Budgets im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 220 SGB VI anzuheben, wenn dies zur Sicherstellung der Versorgung mit Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (insbesondere Sicherung des medizinischen Existenzminimums der Versicherten, Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) geboten ist. Die Rentenversicherungsträger sind in diesem Fall verfassungsrechtlich berechtigt und verpflichtet, den Reha-Deckel des § 220 SGB VI anzuheben. Der Gesetzgeber hat es versäumt, in § 220 SGB VI eine § 71 Abs. 1

Satz 1 Halbsatz 2 SGB V entsprechende Regelung vorzusehen.²⁰⁹

Die in der VE Vergütung (Seite 6) genannten einrichtungsspezifischen Komponenten bzw. Sachverhalte gehen kaum über die Regelung im Gesetz hinaus (§ 15 Abs. 8 Satz 2 SGB VI) und bleiben sogar hinter der deutlich detaillierteren Gesetzesbegründung zurück. Das gilt insbesondere für die „Tarifkomponente“. Gem. § 15 Abs. 3 Satz 5 und Abs. 8 Satz 2 SGB VI sind tariflich vereinbarte Vergütungen sowie entsprechende Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen zu beachten, d.h., sie sind im Rahmen der Vergütung durch die Rentenversicherungsträger zu finanzieren. Auch gem. § 38 Abs. 2 SGB IX, der im Rahmen des § 15 SGB VI gilt,²¹⁰ kann die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Der regionale Faktor umfasst nach der Gesetzesbegründung neben den regionalen Besonderheiten wie beispielsweise Standortfaktoren auch strukturelle, wirtschaftliche Unterschiede zwischen den Regionen, zum Beispiel unterschiedliche Tarifstrukturen. Wörtlich heißt es:

„Damit werden sowohl die deutschlandweit unterschiedlichen Preis- und Lohngefüge berücksichtigt (...) sowie ein erhöhter Aufwand bei der Personalgewinnung; dies gilt insbesondere für Leistungserbringer, deren Standort in einer strukturschwachen Region liegt. Arbeitsentgelte – insbesondere die von Pflegekräften – bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen und entsprechende Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen sind von

²⁰⁹ Näher *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Entgeltregulierung im Sozialversicherungsrecht, 2018, S. 14 ff. und 23 ff.

²¹⁰ BT-Drs. 19/23550, S. 98 und 100.

den Rentenversicherungsträgern als wirtschaftlich anzuerkennen und damit zu refinanzieren (§ 38 Absatz 2 SGB IX; Nummer 3).“²¹¹

Hieraus ergibt sich unmissverständlich, dass zum einen Tariflöhne stets als wirtschaftlich gelten und deshalb von den Rentenversicherungsträgern zu finanzieren sind. Zum anderen sind (erst recht) niedrigere Löhne als Tariflöhne als wirtschaftlich anzusehen. Bei einem regionalbedingt erhöhten Aufwand bei der Personalgewinnung ist aber auch ein höheres Lohngefüge gerechtfertigt.²¹² Die Tariflöhne bilden also keine Obergrenze für die Finanzierung von Lohnkosten. Sie sind vielmehr eine Untergrenze zur Verhinderung von Lohndumping. Regionale Besonderheiten können höhere, übertarifliche Löhne und entsprechend eine höhere Vergütung rechtfertigen. § 15 Abs. 8 Satz 2 Nr. 3 SGB VI (tariflich vereinbarte Vergütung) ist hinsichtlich der Lohnkosten nicht abschließend, sondern über den regionalen Faktor nach § 15 Abs. 8 Nr. 2 SGB VI können höhere Lohnkosten gerechtfertigt und kann ein entsprechend höherer Vergütungssatz geboten sein. Wenn daher z.B. für die Anstellung eines Chefarztes / einer Chefarztin in einer ländlich gelegenen Rehabilitationseinrichtung wegen des demografisch bedingten Fachkräftemangels und des Standortnachteils (Unattraktivität der Region) ein übertariflicher Lohn notwendig ist, müssen die Rentenversicherungsträger diesen übertariflichen Lohn finanzieren.

§ 15 Abs. 8 Satz 2 Nr. 3 SGB VI ist auch insoweit nicht abschließend, als danach zwar Tariflöhne stets als wirtschaftlich gelten und somit zu finanzieren sind. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass Rehabilitationseinrichtungen keinem Tarifverband angehören und deshalb für sie keine Tarifverträge gelten. Bereits

²¹¹ BT-Drs. 19/23550, S. 99.

²¹² Ebenso BSG, SRa 2013, 251 (254).

aus der negativen Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG folgt, dass Rehabilitationseinrichtungen z.B. Löhne im Wege von Betriebsvereinbarungen festsetzen dürfen. Auch solche nicht tariflichen Löhne sind – bei Wirtschaftlichkeit – selbstverständlich in entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 8 Satz 2 Nr. 3 SGB VI zu finanzieren.²¹³

Aber auch die sog. „Strukturkomponente“ ist denkbar vage und pauschal geregelt in der VE Vergütung (Seite 6 f.). Vergütungsrelevant sind weniger „besondere regionale Strukturen“, sondern vielmehr die deutschlandweit unterschiedlichen Preisgefüge, aus denen sich ein erhöhter Aufwand bei der Personalgewinnung ergeben kann.²¹⁴ Zudem können besondere bauliche Aufwendungen erforderlich sein, die sich in einem Vergütungszuschlag abbilden müssen. Im Übrigen erschließt sich nicht, in welchem Verhältnis die in der VE Vergütung genannte Strukturkomponente zu den gesetzlichen einrichtungsspezifischen Komponenten des § 15 Abs. 8 Satz 2 SGB VI steht. Handelt es sich um eine zusätzliche Komponente oder um eine Konkretisierung der gesetzlichen Faktoren?

Auch die weitere einrichtungsspezifische Komponente, die leistungsspezifischen Besonderheiten, sind in der VE Vergütung (Seite 7) nicht hinreichend bestimmt geregelt. Die VE Vergütung gibt insoweit nur den Gesetzeswortlaut wieder (s. § 15 Abs. 8 Satz 2 Nr. 1 SGB VI). Es ist nicht hinreichend klar erkennbar, welche – typischen – leistungsspezifischen Besonderheiten wie z.B. MBOR, die Versorgung von Long-Covid-Patient*innen, der Einsatz sehr teurer Arzneimittel oder behinderungsbedingter

²¹³ Vgl. BSG, SRa 2013, 251 (254).

²¹⁴ Vgl. BT-Drs. 19/23550, S. 99.

Mehraufwand berücksichtigungsfähig sind, sodass hierfür ein Vergütungszuschlag zu zahlen ist.

Ferner ist zu beanstanden, dass über die zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und der Rehabilitationseinrichtung vereinbarten einrichtungsspezifischen Vergütungskomponenten keine Transparenz besteht. Zwar dürfte den Rehabilitationseinrichtungen gegen den federführenden Rentenversicherungsträger nach den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder regelmäßig ein Anspruch auf Offenlegung der Vergütungsverträge zustehen.²¹⁵ Gleichwohl ist es mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot nicht vereinbar, dass § 15 SGB VI entsprechende Auskunftsansprüche der Rehabilitationseinrichtungen bzw. Transparenzgebote für die Rentenversicherungsträger nicht selbst vorsieht. Und auch die VE Vergütung regelt nur, dass „die zugrundeliegenden Sachverhalte und die Ergebnisse der Verhandlung zwischen dem federführenden Träger der Rentenversicherung und der Rehabilitationseinrichtung (...) nachvollziehbar und transparent dokumentiert“ werden (Seite 7). Das beinhaltet keine (eindeutige) Verpflichtung, diese Dokumentation zu veröffentlichen und damit allen Rehabilitationseinrichtungen gegenüber transparent zu machen.

3. Verbindliche Entscheidung zur Belegung (VE Belegung)

Eine weitere verbindliche Entscheidung hat die DRV Bund zu den objektiven sozialmedizinischen Kriterien herbeizuführen, die für die Bestimmung einer Rehabilitationseinrichtung im Rahmen einer Inanspruchnahme nach § 15 Abs. 6 SGB VI (wohl eher: Abs. 6a) maßgebend sind, um die Leistung für den Versicherten

²¹⁵ S. bereits bei und in Fn. 181.

in der nachweislich besten Qualität zu erbringen (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI). Dabei sind insbesondere die Indikation, die Nebenindikation, die unabdingbaren Sonderanforderungen, die Qualität der Rehabilitationseinrichtung, die Entfernung zum Wohnort und die Wartezeit bis zur Aufnahme sowie das Wunsch- und Wahlrecht der Versicherten nach § 8 SGB IX und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu berücksichtigen.

Um dieser gesetzlichen Verpflichtung zu genügen, liegt die „verbindliche Entscheidung des Bundesvorstandes der Deutschen Rentenversicherung Bund zu der Bestimmung der Rehabilitationseinrichtung im Einzelfall gemäß § 15 Absatz 9 Satz 1 Nummer 3 in Verbindung mit § 15 Absatz 6a SGB VI“ (VE Belegung) im Entwurf vor.

Die gesetzlichen Vorgaben für die Belegung ergeben sich aus § 15 Abs. 6a SGB VI. Der Konkretisierung dieser gesetzlichen Kriterien dient die auf der Grundlage des § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI zu erlassende VE Belegung. Die VE Belegung (Seite 5) nennt als maßgebliche Vorschrift für die Belegungsentscheidung § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI ist aber nicht anwendbar, weil die Belegungskriterien in § 15 Abs. 6a SGB VI abschließend speziell geregelt sind.²¹⁶ Dementsprechend verweist § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI nicht auf § 13 SGB VI, sondern ausschließlich auf § 15 Abs. 6 SGB VI (heißen muss es allerdings „Absatz 6a“, Redaktionsversehen des Gesetzgebers). Diese fehlerhafte Bezugnahme der VE Belegung auf § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI ist deshalb schädlich, weil die Belegungskriterien dieser Norm nicht deckungsgleich sind mit den Belegungskriterien des § 15 Abs. 6a SGB VI. Gem. § 15 Abs. 6a SGB VI bestimmt sich die Belegung anders als nach

²¹⁶ Vgl. BT-Drs. 19/23550, S. 98 bezogen auf das Verhältnis zwischen § 15 Abs. 6 SGB VI und § 38 SGB IX.

§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI nicht allein nach dem Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Vielmehr ist nach § 15 Abs. 6a SGB VI unter Beachtung des Vorschlags- und Auswahlrechts des Versicherten maßgeblich, welche Rehabilitationseinrichtung die Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringt, d.h., die objektiven sozialmedizinischen Kriterien i.S.d. § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 lit. a) bis f) SGB VI bestmöglich erfüllt.

Für die Bestimmung einer geeigneten Rehabilitationseinrichtung nutzen die Träger der Rentenversicherung nach der VE Belegung (Prolog und Seite 5) ein einheitliches IT-Verfahren, in dem insbesondere die zur Bestimmung der Rehabilitationseinrichtung maßgeblichen Kriterien programmtechnisch abgebildet sind. Wie bereits dargelegt, verstößt die Verpflichtung der Rentenversicherungsträger zur Nutzung eines einheitlichen IT-gestützten Systems gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG.

Positiv ist allerdings hervorzuheben, dass nach der VE Belegung (Seite 5 f.) die für die Bestimmung der Rehabilitationseinrichtung maßgeblichen Daten regelmäßig und anlassbezogen auf Initiative der Rehabilitationseinrichtung überprüft und bei Änderungen unverzüglich aktualisiert werden. Außerdem gibt der Federführer der Rehabilitationseinrichtung dazu auf deren Verlangen Einsicht über alle über sie gespeicherten Daten. Mit dieser Verpflichtung der Rentenversicherung zur Aktualisierung der Qualitätssicherungsdaten sowie dem Recht zur Einsicht der Rehabilitationseinrichtungen in die über sie gespeicherten Daten. Damit hat die DRV Bund die gesetzliche Regelungslücke in § 15 SGB VI kompensiert, der solche Verpflichtungen nicht vorsieht. Eine ständige Datenaktualisierung ist zwingend erforderlich, weil sich die Belegungsentscheidung danach bestimmt, welche Einrichtung die

Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringt (s. § 15 Abs. 6a Satz 2 SGB VI).

**a) Versicherter hat Vorschlagsrecht ausgeübt
(§ 15 Abs. 6a Satz 1 bis 3 SGB VI)**

Macht der Versicherte von seinem Vorschlagsrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI Gebrauch und schlägt dem zuständigen Rentenversicherungsträger Rehabilitationseinrichtungen vor, wird nach der VE Belegung (Seite 6) geprüft, ob die (Fachabteilung der) Rehabilitationseinrichtung die objektiven sozialmedizinischen Kriterien (Hauptdiagnose, Nebendiagnosen sowie die unabdingbaren Sonderanforderungen) erfüllt. Sofern diese erfüllt sind und keine dem Vorschlag sonst entgegenstehenden Gründe vorliegen, wird dem Vorschlag entsprochen.

Schlägt der Versicherte nur eine Rehabilitationseinrichtung vor, weist ihm der Rentenversicherungsträger diese bei Eignung zu. Allerdings ist unklar und damit intransparent, welche „Sonderanforderungen“ die Rehabilitationseinrichtung ggf. erfüllen muss (z.B. Leistungen im Bereich der beruflichen Rehabilitation, Leistungen bei Pflegebedürftigkeit, Leistungen bei Multimorbidität, Leistungen für Menschen mit Behinderung, Leistungen bei Begleitpersonen wie Familienangehörigen). Die VE Belegung bleibt insoweit sogar hinter der Gesetzesbegründung zurück, nach der zu den bei der Auswahl der Rehabilitationseinrichtung zu berücksichtigenden unabdingbaren Sonderanforderungen z.B. die Mitaufnahme einer erforderlichen Begleitperson, die Verwendung der Gebärdensprache oder von Fremdsprachen, besondere Therapiemöglichkeiten wie die Rollstuhltherapie, die Möglichkeit zur Durchführung einer Dialyse oder die Substitution im Rahmen

einer Suchtbehandlung zählen.²¹⁷ Auch ist nicht näher geregelt, aus welchen „dem Vorschlag sonst entgegenstehenden Gründen“ der Vorschlag des Versicherten abgelehnt werden darf (höhere Gewalt?). All dies ist intransparent und konkretisierungsbedürftig.

Wenn der Versicherte dagegen mehrere Rehabilitationseinrichtungen ohne Reihung vorschlägt, wozu er nach dem Gesetz berechtigt ist, muss die VE Belegung regeln, nach welchen Kriterien die Auswahl vom Rentenversicherungsträger zu treffen ist. Hierzu äußert sich die VE Belegung aber nicht. Belegungskriterien nennt die VE Belegung nur für die Konstellation, dass der Versicherte sein Vorschlagsrecht nicht ausgeübt hat oder dem Vorschlag des Versicherten nicht entsprochen werden kann. Da die VE Belegung keinerlei Auswahlkriterien für die Konstellation nennt, in der der Versicherte mehrere Rehabilitationseinrichtungen ohne Reihung vorschlägt, wird die nach § 15 Abs. 6a SGB VI ohnehin bestehende Diskriminierungsgefahr zulasten von Vertragseinrichtungen zusätzlich erhöht. Das ist mit Art. 106 Abs. 1 AEUV und mit Verfassungsrecht unvereinbar.

Das Gleiche gilt, wenn sich der Vorschlag des Versicherten nicht auf konkrete Rehabilitationseinrichtungen, sondern nur auf bestimmte Eigenschaften von Rehabilitationseinrichtungen bezieht (z.B. „Klinik am Meer“) (s. VE Belegung, Seite 6). Auch für diesen Fall geht aus der VE Belegung nicht hervor, welche konkrete Rehabilitationseinrichtung der Rentenversicherungsträger dem Versicherten zuweist. Letztlich wird der Rentenversicherungsträger eine eigene Vorschlagsliste mit Rehabilitationseinrichtungen erstellen, die die vom Versicherten gewünschten Eigenschaften aufweisen. Die Erstellung dieser Vorschlagsliste richtet sich nach

²¹⁷ BT-Drs. 19/23550, S. 101.

§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI. Die VE Belegung behandelt diese Konstellation, dass der Versicherte nicht konkrete Rehabilitationseinrichtungen, sondern nur bestimmte Eigenschaften von Rehabilitationseinrichtungen nennt, deshalb unzutreffend als Fall des § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI statt als Fall des § 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI. Allerdings sei eingeräumt, dass insoweit bereits auf der Ebene des Gesetzes eine gewisse Unschärfe besteht, weil § 15 Abs. 6a SGB VI den Fall, dass der Versicherte nur Eigenschaften von Rehabilitationseinrichtungen nennt, nicht ausdrücklich behandelt.

b) Versicherter hat Vorschlagsrecht nicht ausgeübt oder dem Vorschlag kann nicht entsprochen werden (§ 15 Abs. 6a Satz 4 und 5 SGB VI)

Wird das Vorschlagsrecht vom Versicherten nicht ausgeübt oder kann dem Vorschlag nicht entsprochen werden, hat der zuständige Träger der Rentenversicherung nach der VE Belegung (Seite 6 f.) entsprechend § 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI dem Versicherten unter Darlegung der ergebnisrelevanten objektiven Kriterien geeignete Rehabilitationseinrichtungen vorzuschlagen. Vorgeschlagen werden dem Versicherten nach der VE Belegung sowohl von den Trägern der Rentenversicherung selbst betriebene Rehabilitationseinrichtungen als auch Vertragseinrichtungen (2+2-Regelung). Dabei werden Rehabilitationseinrichtungen berücksichtigt, welche die objektiven sozialmedizinischen Kriterien (Hauptdiagnose, Nebendiagnosen sowie unabdingbare Sonderanforderungen) erfüllen. Über das IT-Verfahren wird für den Versicherten eine Vorschlagsliste erstellt, die jeweils zwei geeignete Rehabilitationseinrichtungen benennt. Die Bestimmung der Einrichtungen, die in die Vorschlagsliste aufgenommen werden, erfolgt anhand der Kriterien Qualität der Rehabili-

tationseinrichtungen, Wartezeit bis zur Aufnahme und Entfernung zum Wohnort des Rehabilitanden. Die Kriterien werden im IT-Verfahren der Rentenversicherung bundeseinheitlich gewichtet. Die im Verfahren ausgewählten Rehabilitationseinrichtungen werden dem Rehabilitanden vom zuständigen Träger der Rentenversicherung unter Darlegung der ergebnisrelevanten objektiven Kriterien als Entscheidungsgrundlage zur Verfügung gestellt. Trifft der Rehabilitand innerhalb der in § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI geregelten Frist von 14 Tagen keine Auswahl, wird vom Träger der Rentenversicherung die dem Rehabilitanden an erster Stelle vorgeschlagene Rehabilitationseinrichtung ausgewählt.

Diese Regelungen der VE Belegung weisen besonders eklatante Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 106 Abs. 1 AEUV auf. Die VE Belegung sieht für die Erstellung der Vorschlagsliste des Rentenversicherungsträger zwei Schritte vor. Zunächst wird die Liste in die zwei Blöcke Rehabilitationseinrichtungen von Rentenversicherungsträgern und Rehabilitationseinrichtungen Dritter unterteilt. Dem Versicherten werden also stets zwei von den Rentenversicherungsträgern betriebene Rehabilitationseinrichtungen und zwei von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen vorgeschlagen (2+2-Regelung). Nur innerhalb dieser beiden Blöcke werden die vorzuschlagenden Rehabilitationseinrichtungen nach den objektiven sozialmedizinischen Kriterien Qualität der Rehabilitationseinrichtungen, Wartezeit bis zur Aufnahme und Entfernung zum Wohnort des Rehabilitanden bestimmt (VE Belegung, Seite 6 f.).

aa) Beide Schritte beinhalten erhebliche Diskriminierungen. Offensichtlich diskriminierend ist die Aufteilung der Vorschlagsliste auf Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger

und Rehabilitationseinrichtungen Dritter. Eine solche Blockbildung ist schon mit den Vorgaben des § 15 Abs. 6a SGB VI unvereinbar, weil danach die Belegung nach der nachweislich besten Qualität der Rehabilitationseinrichtungen vorzunehmen ist (s. auch § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI). Nur solche Rehabilitationseinrichtungen dürfen auf der Vorschlagsliste des Rentenversicherungsträgers stehen. Qualitativ am besten geeignet können im Einzelfall Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger oder Rehabilitationseinrichtungen Dritter sein. Welche Einrichtung die Leistung in der bestmöglichen Qualität erbringt, ist aber im konkreten Fall bezogen auf den jeweiligen Versicherten zu prüfen und darf nicht durch Vorabaufteilung der Vorschlagsliste festgelegt werden.

Ungeachtet dessen liegt eine die Vertragseinrichtungen diskriminierende Bevorzugung der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger auch bereits darin, dass nach der VE Belegung die Einrichtungen der Rentenversicherungsträger zu 50% bedacht werden. Der Marktanteil der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger liegt nur bei etwa 30%. Eine Kontingentierung der Vorschlagsliste dürfte daher Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger allenfalls nach Maßgabe ihres Marktanteils berücksichtigen, also zu einem Drittel. Die hierüber hinausgehende Berücksichtigung der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger (zu 50%) bewirkt eine Diskriminierung der Rehabilitationseinrichtungen Dritter. Letztlich kommt es hierauf aber nicht entscheidend an, weil die Vorabaufteilung der Vorschlagsliste als solche bereits diskriminierend und damit unzulässig ist. Sie lässt unberücksichtigt, dass in jedem Einzelfall geprüft werden muss, welche Rehabilitationseinrichtungen (der Rentenversicherungsträger oder Dritter) die Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringen.

In der VE Belegung manifestiert sich damit die aus der fehlenden Trennung hoheitlicher und unternehmerischer Funktionen resultierende Diskriminierungsgefahr. Die Träger der Rentenversicherung bevorzugen mit der 2+2-Regelung ihre eigenen Rehabilitationseinrichtungen und benachteiligen die Rehabilitationseinrichtungen Dritter. Die Rentenversicherungsträger nutzen ihre hoheitlichen Befugnisse zum Erlass verbindlicher Entscheidungen, um sich Vorteile bei der Belegung zu verschaffen. Dies veranschaulicht deutlich, wie wichtig die Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen ist. Die Einräumung hoheitlicher Befugnisse darf nicht dazu führen, sich Vorteile auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation verschaffen zu können. Zur Verhinderung von Diskriminierung ist eine organisatorische Trennung hoheitlicher und unternehmerischer Funktionen deshalb unerlässlich.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Rentenversicherungsträger nach den vergaberechtlichen Regelungen des GWB (s. § 130 GWB), welche die Richtlinie 2014/24/EU umsetzen, prinzipiell auch zu einer In-House-Vergabe der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation an ihre eigenen Rehabilitationseinrichtungen berechtigt sein könnten. In diesem Fall müssten sie nur den Bedarf, der in ihren eigenen Rehabilitationseinrichtungen nicht abgedeckt werden kann, durch Beauftragung von Rehabilitationseinrichtungen Dritter decken. Eine solche Vorabbelegung eigener Rehabilitationseinrichtungen sieht das Sozialgesetzbuch aber gerade nicht vor. Nach § 15 Abs. 6a SGB VI darf bei Belegung von Rehabilitationseinrichtungen nicht zwischen Einrichtungen der Rentenversicherungsträger und Einrichtungen Dritter differenziert werden. § 15 Abs. 6a SGB VI kommt nicht erst zum Zuge, wenn die Kapazitäten der von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen erschöpft sind.

Ebenso kann die 2+2-Regelung nicht unter Berufung auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit legitimiert werden. Wie bereits dargelegt, bezieht sich der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht auf die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger, sondern auf das gesamte System der gesetzlichen Rentenversicherung, zu dem auch die Rehabilitationseinrichtungen Dritter gehören. Im Übrigen kommt dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gem. § 15 Abs. 6a SGB VI gegenüber dem Struktursicherungsauftrag des § 36 Abs. 1 SGB IX eine untergeordnete Bedeutung zu.

bb) Der in der VE Belegung zur Erstellung der Vorschlagsliste vorgesehene zweite Schritt genügt dem Gebot einer diskriminierungsfreien Auswahlentscheidung ebenfalls nicht. In der VE Belegung werden als Kriterien für die Bestimmung der Einrichtungen, die in die Vorschlagsliste jeweils aufzunehmen sind, genannt: Qualität der Rehabilitationseinrichtungen, Wartezeit bis zur Aufnahme, Entfernung zum Wohnort des Rehabilitanden. Wie diese Kriterien zueinander ins Verhältnis zu setzen, also zu gewichten sind, ist nicht geregelt. In der VE Belegung (Seite 6) heißt es lediglich, dass die Kriterien im IT-Verfahren der Rentenversicherung bundeseinheitlich gewichtet werden. Welches Gewicht ihnen zukommt, ist aber offen. Offen ist damit letztlich der Auswahlalgorithmus. Diese Offenheit der Zielgewichtung lässt die Parameter für die Bestimmung der Einrichtungen für die Vorschlagsliste im Dunkeln. Die bereits nach § 15 Abs. 6a SGB VI bestehende Diskriminierungsgefahr zulasten von Vertragseinrichtungen wird damit durch die VE Belegung perpetuiert.

Aus Begleitdokumenten der Rentenversicherungsträger geht allerdings hervor, dass in der Gewichtung der Kriterien die Qualität mit 50 %, die Wartezeit mit 40 % und die Entfernung mit 10 %

berücksichtigt wird. Abgesehen davon, dass die Gewichtung in der VE Belegung geregelt werden muss, ist sie zu beziehen auf die einzelnen Indikationen, Nebenindikationen und unabdingbaren Sonderanforderungen. Die Wartezeit beeinflusst die Qualität der Leistungserbringung für den Versicherten nicht stets gleichermaßen, sondern das hängt davon ab, ob und inwieweit bei einem Zuwarten eine Perpetuierung oder Verschlechterung des Zustands des Versicherten droht. Dies hängt von der jeweiligen Indikation, Nebenindikation und den Sonderanforderungen im konkreten Fall ab. Eine indikationsunabhängige, pauschale Gewichtung der Wartezeit mit 40 % erscheint daher problematisch. Ebenso wirkt sich die Entfernung der Rehabilitationseinrichtung zum Wohnort des Versicherten nicht stets gleich aus auf die Qualität der Leistungserbringung, sondern auch hierfür sind die persönlichen und gesundheitlichen Umstände des Versicherten maßgeblich.²¹⁸

Die Erforderlichkeit einer Regelung der (zutreffenden) Gewichtung der Belegungskriterien in der VE Belegung ist nicht nur für die Bestimmung der auf die Vorschlagsliste aufzunehmenden Rehabilitationseinrichtungen essenziell, sondern auch für die Reihung auf der Liste. Nach der VE Belegung weist der Rentenversicherungsträger dem Versicherten die an erster Stelle der Liste vorgeschlagene Rehabilitationseinrichtung zu, wenn der Versicherte von seinem Auswahlrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI nicht (innerhalb der 14-Tage-Frist) Gebrauch macht. Die Parameter für die Belegung der Plätze 1 bis 4 auf der Vorschlagsliste müssen daher feststehen. Im Übrigen wird auch der Versicherte, wenn er von seinem Auswahlrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI Gebrauch macht, regelmäßig die auf Platz 1 gelistete Klinik wählen. Offensichtlich unzulässig wäre es,

²¹⁸ BT-Drs. 19/23550, S. 101.

stets eine von den Rentenversicherungsträgern betriebene Rehabilitationsklinik an erster Stelle zu nennen. Auf Platz 1 der Vorschlagsliste muss die Rehabilitationseinrichtung stehen, die bei Anwendung sämtlicher relevanten Belegungskriterien und des Auswahlalgorithmus die beste Gesamtqualität hat.

III. Unwirksamkeit des Belegungsvertrags

Der Belegungsvertrag, der den Rehabilitationseinrichtungen bereits im Entwurf von der DRV Bund übersandt wurde, weist ebenfalls mehrfach Diskriminierungen auf und ist deshalb wegen Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV unwirksam.

Wie gezeigt, verdient der Belegungsvertrag die Bezeichnung „Vertrag“ nicht, weil von einem Aushandeln seines Inhalts nicht die Rede sein kann. Vielmehr geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass der federführende Rentenversicherungsträger den Vertragsinhalt einseitig festsetzt. Anderenfalls wäre das Ziel des Gesetzgebers nicht zu erreichen, dass ein einheitlicher Vertrag zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und allen Rehabilitationseinrichtungen geschlossen wird.²¹⁹

Ausdruck dieser einseitigen Festsetzungsbefugnis des Federführers der Rentenversicherung ist auch die VE Zulassung der DRV Bund, in der es heißt: „Der Federführer bietet den Fachabteilungen unmittelbar nach Zulassung Verhandlungen zum Abschluss des Belegungsvertrages nach § 15 Absatz 6 SGB VI an.“ (Seite 5). Solche Verhandlungen dürften nur auf dem Papier stehen, weil der Entwurf des Behandlungsvertrags den Rehabilitationseinrichtungen schon von der DRV Bund übersandt wurde, sein Inhalt mithin bereits einseitig vorformuliert wurde.

²¹⁹ Näher S. 109 ff.

Diskriminierungen der Vertragseinrichtungen durch den Belegungsvertrag sind insbesondere:

1. Gem. § 3 Abs. 4 Belegungsvertrag teilt die Rehabilitationseinrichtung dem Federführer andere Kostensätze (Leistungspakete) einschließlich Verträge nach § 140a SGB V mit.

Es erschließt sich nicht, welchem Ziel diese Regelung dient. Die im Krankenversicherungsbereich zwischen den Trägern von Vertragseinrichtungen und den gesetzlichen Krankenkassen vereinbarten Vergütungssätze leiden – ebenso wie die Vergütungssätze im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung – an dem strukturellen Defizit, dass die leistungsgerechte Vergütung nicht in einem Zwei-Stufen-Verfahren ermittelt wurde. Zudem sind die zu beringenden Leistungen nicht unmittelbar vergleichbar. Die Vergütungsverträge mit den Krankenkassen bilden daher für die Rentenversicherungsträger keine taugliche Vergleichsgrundlage.

Außerdem begünstigt § 3 Abs. 4 Belegungsvertrag einseitig die Rentenversicherungsträger. Ein entsprechendes Auskunftsrecht der Träger von Vertragseinrichtungen gegenüber den Rentenversicherungsträgern in Bezug auf die (v.a. einrichtungsspezifischen) Vergütungssätze, die von den Rentenversicherungsträgern mit ihren eigenen oder dritten Rehabilitationseinrichtungen vereinbart werden, fehlt im Belegungsvertrag. § 3 Abs. 4 Belegungsvertrag bewirkt damit eine unzulässige Diskriminierung der Vertragseinrichtungen.

2. § 4 Abs. 2 Belegungsvertrag sieht vor, dass das Angebot von über die in § 4 Abs. 1 Belegungsvertrag genannten, hinausgehenden und gesondert zu zahlenden Leistungen – zum Beispiel Behandlung durch die leitende Ärztin (Chefärztin, Ärztliche Direktorin) oder den leitenden Arzt (Chefarzt/ Ärztlicher Direktor),

weitergehende Therapiemaßnahmen oder spezielle diagnostische Angebote – nicht zulässig ist. Ebenso unzulässig ist das Angebot einer sogenannten Komfortzimmerunterbringung.

Diese Vertragsbestimmung ist unvereinbar mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der privaten Träger von Rehabilitationseinrichtungen sowie mit den Grundrechten der Versicherten (v.a. Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 GG). Aus den Grundrechten der privaten Träger von Vertragseinrichtungen und der Versicherten folgt das Recht, im Zusammenhang mit der Erbringung bzw. Inanspruchnahme von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation Zusatzleistungen zu vereinbaren, welche die Versicherten selbst zahlen. § 4 Abs. 2 Belegungsvertrag verwehrt dem Versicherten die Inanspruchnahme von selbst zu zahlenden Zusatzleistungen der Rehabilitationseinrichtungen. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, dem Versicherten die Buchung von gesondert zu zahlenden Leistungen wie z.B. Komfortzimmerunterbringung zu untersagen. Ebenso wenig ist es gerechtfertigt, den Vertragseinrichtungen das Angebot solcher Leistungen zu verbieten. Dabei ist es unerheblich, ob die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger ebenfalls in der Lage sind, solche Zusatzleistungen anzubieten.

3. Eine weitere Diskriminierung begründet § 8 Abs. 4 Belegungsvertrag. Danach räumt die Rehabilitationseinrichtung dem Federführer das Recht zur jederzeitigen Kontrolle und Inspektion hinsichtlich der getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen ein. Eine Inspektion wird grundsätzlich rechtzeitig im Voraus angekündigt.

Nach § 12 Belegungsvertrag kündigt der Federführer Visitationen in der Regel bei der Rehabilitationseinrichtung an. Abgese-

hen davon ist der Federführer berechtigt, die Rehabilitationseinrichtung ohne vorherige Anmeldung jederzeit zu überprüfen. Insbesondere sind Vertreter oder Vertreterinnen des Federführers befugt, öffentlich zugängliche Räume allein zu besichtigen und sich alle anderen Räume zeigen zu lassen. Bei Gesprächen mit Mitarbeitenden der Rehabilitationseinrichtung können ein Vertreter oder eine Vertreterin der Rehabilitationseinrichtung anwesend sein.

Für Betretungs- und Besichtigungsrechte der Rentenversicherungsträger bei Vertragseinrichtungen fehlt eine gesetzliche Rechtsgrundlage (Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes). Dieser Gesetzesvorbehalt darf nicht dadurch ausgehebelt werden, dass sich die Träger der Rentenversicherung einseitig, d.h. durch den von ihnen festgesetzten Belegungsvertrag ein (zudem nicht anlassbezogenes) Zugangsrecht bei den Rehabilitationseinrichtungen verschaffen. Ohne gesetzliche Grundlage sind Zugangsrechte nur zulässig, wenn die betroffene Rehabilitationseinrichtung freiwillig zustimmt. Das setzt Autonomie voraus, woran es wegen des strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen fehlt. Von einer selbstbestimmten, autonomen Einwilligung der Rehabilitationseinrichtungen kann nicht die Rede sein.

4. Unwirksam ist auch § 11 Abs. 4 Belegungsvertrag, wonach die Belegung durch andere Rehabilitationsträger, die nicht Träger der Deutschen Rentenversicherung sind, sowie die dafür zur Verfügung stehende personelle Ausstattung der jeweiligen Fachabteilung mitzuteilen ist.

Ebenso wie § 3 Abs. 4 Belegungsvertrag (Mitteilung der Kostenätze anderer Rehabilitationsträger) beinhaltet § 11 Abs. 4 Belegungsvertrag eine einseitig die Rentenversicherungsträger begünstigende Regelung. Eine entsprechende Mitteilungspflicht

der Rentenversicherungsträger gegenüber den Vertragseinrichtungen in Bezug auf die Belegung ihrer Rehabilitationseinrichtungen sowie die dafür zur Verfügung stehende personelle Ausstattung der jeweiligen Fachabteilung fehlt im Vertrag. Auch insoweit bewirkt der Belegungsvertrag eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung der Vertragseinrichtungen.

5. Nicht zuletzt ist § 11 Abs. 5 Belegungsvertrag wegen offenkundiger Diskriminierung unwirksam. Diese Vertragsbestimmung sieht vor, dass die Besetzung der jeweiligen Stelle der leitenden Ärztin (Chefärztin, Ärztlichen Direktorin) oder des leitenden Arztes (Chefarztes, Ärztlichen Direktors) und deren/dessen Vertretung in der/den zugelassenen Abteilung(en) im Benehmen mit dem Federführer erfolgt. Soweit in einer zugelassenen Fachabteilung Leistungen zur medizinischen Rehabilitation bei Abhängigkeitserkrankungen erbracht werden, muss die Fachabteilung den Federführer auch über die Neubesetzung der Psycholog*innen-, Suchttherapeut*innen-, Sozialarbeiter*innen und weiteren Therapeutenstellen informieren und auf Verlangen des Federführers vor Einstellung die Qualifikationsunterlagen zur Prüfung übersenden.

Diese Regelungen sind schon deshalb diskriminierend, weil sie einseitig und ausschließlich die Vertragseinrichtungen belasten. Über die Besetzung des medizinischen Personals der eigenen Rehabilitationseinrichtungen entscheidet ebenfalls (allein) der Rentenversicherungsträger.

Überdies würde der vom Gesetzgeber intendierte Wettbewerb auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation um die qualitativ besten und zugleich wirtschaftlichsten Kliniken gestört, wenn Vertragseinrichtungen medizinisches Personal nur im Benehmen mit dem Federführer der gesetzlichen Rentenversicherung

einstellen dürften. Dieser Wettbewerb setzt voraus, dass die Vertragseinrichtungen autonom über das bei ihnen beschäftigte Personal entscheiden. Diese Autonomie wird aufgehoben, wenn sie für Personaleinstellungen die Zustimmung des Federführers der Rentenversicherung benötigen. Den legitimen Interessen der Träger der Rentenversicherung ist durch das Zulassungsverfahren, das Qualitätssicherungsverfahren und die Entscheidung über die Belegung der Rehabilitationseinrichtungen nach Maßgabe der nachweislich besten Qualität der Leistungserbringung (s. § 15 SGB VI) hinreichend Rechnung getragen. Ein Eingriff in die Personalhoheit der Vertragseinrichtungen ist zur Wahrung der Interessen der Rentenversicherungsträger nicht erforderlich und deshalb unzulässig.

Die Rentenversicherungsträger können sich durch das Benehmenfordernis außerdem Wettbewerbsvorteile verschaffen, indem sie beispielsweise ihr Benehmen verweigern, um gutes Personal bei den Rehabilitationseinrichtungen zu verhindern. Auch aus diesem Grund ist § 11 Abs. 5 Belegungsvertrag wegen Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV unwirksam.

E) Reformvorschläge

Wie dargelegt, ist § 15 SGB VI mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verlangt das Prinzip der Chancengleichheit im Wettbewerb und damit das Diskriminierungsverbot die Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen. Am Wettbewerb teilnehmende öffentliche Unternehmen dürfen mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben nicht betraut werden, die Einfluss auf den Wettbewerb haben können. Hierfür ist nicht erforderlich, dass eine Diskriminierung im konkreten Fall nachgewiesen ist. Vielmehr genügt eine abstrakte Diskriminierungsgefahr.

Diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen bei öffentlichen Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV deckt sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber im Bereich der Gas- und Stromnetze. Wenn eine Gemeinde mit einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft am Wettbewerb um das kommunale Wegenetz zur leitungsgebundenen Gas- bzw. Stromversorgung teilnimmt, darf sie mit der Konzessionsvergabe nicht betraut werden, weil anderenfalls eine diskriminierungsfreie Vergabeentscheidung nicht gewährleistet ist. Um Interessenkonflikte zu verhindern und die Diskriminierungsfreiheit bei der Vergabeentscheidung sicherzustellen, verlangt der Bundesgerichtshof eine organisatorische und personelle Trennung von Vergabestelle und Bewerber im Bereich der Gas- und Stromnetze. Ohne eine solche Trennung lässt sich die gebotene diskriminierungsfreie Vergabeentscheidung von vornherein nicht gewährleisten.

Schließlich folgt auch aus Verfassungsrecht die Notwendigkeit einer Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung. Der Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist durch eine Situation gestörter Vertragsparität gekennzeichnet. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind in solchen Fällen strukturell bedingter gestörter Vertragsparität aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates korrigierende, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen erforderlich. Ungeachtet dieser Notwendigkeit ist es dem Gesetzgeber untersagt, die ohnehin bereits bestehende strukturelle Ungleichheit noch dadurch zu verstärken, dass er den Rentenversicherungsträgern hoheitliche Befugnisse

einräumt. Da die Rentenversicherungsträger eigene Rehabilitationseinrichtungen betreiben, besteht die Gefahr der Diskriminierung, d.h. der Benachteiligung von Einrichtungen Dritter bzw. der Bevorzugung eigener Einrichtungen bei der Ausübung der hoheitlichen Befugnisse. Zur Vermeidung solcher Diskriminierungen ist eine Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger von Verfassungs wegen geboten.

Ist nach alledem sub specie des Unionsrechts (Art. 106 Abs. 1 AEUV), des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) und des Verfassungsrechts eine Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger erforderlich, um eine diskriminierungsfreie Behandlung aller Rehabilitationseinrichtungen auf dem Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zu gewährleisten, bereitet die Umsetzung dieses Trennungsgebots wegen der organisationsrechtlichen Vorgaben des Art. 87 Abs. 2 GG Schwierigkeiten.

Im Folgenden werden Reformvorschläge ausgelotet, um eine diskriminierungsfreie Behandlung aller Rehabilitationseinrichtungen bei der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zu gewährleisten. Erforderlich ist eine Organisation des Beschaffungssystems, die Diskriminierungen ausschließt und dem Organisationsrecht des Grundgesetzes, insbesondere Art. 87 Abs. 2 GG, entspricht. Die Grundlinien einer solchen unionsrechts- und verfassungskonformen Organisation werden nachstehend für den Gesetzgeber skizziert. Da § 15 SGB VI wegen Unvereinbarkeit mit Unionsrecht unwirksam ist, darf das darin geregelte System der Beschaffung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ohne die nachstehend skizzierten Änderungen nicht in Kraft treten und nicht angewendet werden.

Zunächst werden Organisationsmodelle angesprochen, die aus verfassungsrechtlichen Gründen ausscheiden (s. I. und II.). Anschließend wird ein verfassungskonformes Organisationsmodell entwickelt (s. III.).

**I. Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben
i.S.d. § 15 SGB VI durch eine unabhängige
Regulierungsbehörde außerhalb der Rentenversicherung?**

Es ließe sich in Erwägung ziehen, die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse nach § 15 SGB VI aus der Zuständigkeit der Rentenversicherungsträger herauszunehmen und auf einen unabhängigen Verwaltungsträger zu übertragen. In diesem Fall wären hoheitliche und unternehmerische Funktionen getrennt und die gebotene Diskriminierungsfreiheit sichergestellt. Eine solche organisatorische Trennung ist im sektorspezifischen Regulierungsrecht vorgesehen. Dort übt eine unabhängige Regulierungsbehörde die hoheitlichen Regulierungsaufgaben aus. Diese Unabhängigkeit bezieht sich sowohl auf die zu regulierenden Unternehmen als auch auf die Regierung. Die organisatorische Trennung von hoheitlichen Regulierungsaufgaben und unternehmerischen Funktionen dient der diskriminierungsfreien Behandlung aller regulierten Unternehmen. In Deutschland fungiert die Bundesnetzagentur als zentrale Regulierungsbehörde. Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen ist eine selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) mit Sitz in Bonn. Sie nimmt in den Bereichen Energie, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen die zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs erforderlichen Regulierungsaufgaben wahr.

Auf den Bereich der Sozialversicherung lässt sich eine solche Organisationsstruktur nicht übertragen. Sie wäre mit Art. 87 Abs. 2 GG unvereinbar und damit verfassungsrechtlich unzulässig. Nach Art. 87 Abs. 2 GG werden Sozialversicherungsträger in Form bundesunmittelbarer (mittelbare Bundesverwaltung) bzw. landesunmittelbarer (mittelbare Landesverwaltung) Körperschaften des öffentlichen Rechts geführt. Das Führen eines Sozialversicherungsträgers setzt die Erfüllung von Aufgaben der Sozialversicherung voraus. Das ist die Begründung eines Sozialversicherungsverhältnisses, die Erhebung von Beiträgen und die Erbringung von Versicherungsleistungen.²²⁰ Es mag zweifelhaft sein, ob bereits die Zulassung und der Widerruf von Rehabilitationseinrichtungen (vgl. § 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI) dem Begriff der Sozialversicherung i.S.d. Art. 87 Abs. 2 GG und deshalb dessen organisationsrechtlichen Vorgaben unterfallen. Wenigstens ist dies in Bezug auf den Belegungsvertrag (§ 15 Abs. 6 SGB VI), die Belegungsentscheidung (§ 15 Abs. 6a SGB VI) und den Vergütungsvertrag (§ 15 Abs. 8 SGB VI) der Fall. Alle diese Entscheidungen regeln die inhaltlichen und finanziellen Bedingungen für die Erbringung von Versicherungsleistungen gegenüber den Versicherten. Sie betreffen damit den Kern des Führens eines Sozialversicherungsträgers gem. Art. 87 Abs. 2 GG. Das Gleiche gilt für die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund gem. § 15 Abs. 9 SGB VI, weil sie materielle, prozedurale und organisatorische Vorgaben u.a. für die Entscheidungen nach § 15 Abs. 6, 6a und 8 SGB VI machen.

Betrifft demnach § 15 SGB VI das Führen eines Sozialversicherungsträgers, wäre es daher verfassungswidrig, die Wahrneh-

²²⁰ S. nur *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 87 Rn. 180.

mung hoheitlicher Befugnisse i.S.d. § 15 SGB VI auf einen Träger unmittelbarer Bundes- oder Landesverwaltung zu übertragen. Ein Organisationsmodell, nach dem wie bei der Bundesnetzagentur ein Träger unmittelbarer Bundesverwaltung die Aufgaben hoheitlicher Regulierung wahrnimmt, wäre mit der organisationsrechtlichen Vorgabe des Art. 87 Abs. 2 GG unvereinbar, dass Sozialversicherungsträger in mittelbarer Bundes- bzw. Landesverwaltung zu führen sind. Deshalb dürfte auch die Rechtsaufsicht über die Rentenversicherungsträger mit der Ausübung der hoheitlichen Befugnisse nach § 15 SGB VI nicht betraut werden. Doch auch die Bildung einer Regulierungsbehörde in mittelbarer Bundes- bzw. Landesverwaltung scheidet aus. Da die nach § 15 SGB VI zu treffenden Entscheidungen nicht schlichte Regulierungsaufgaben sind, sondern den Kern des Führens eines Sozialversicherungsträgers bilden, sind sie sub specie des Art. 87 Abs. 2 GG von einem Sozialversicherungsträger zu treffen. Die hoheitlichen Befugnisse nach § 15 SGB VI sind Aufgaben der Sozialversicherung und daher von Trägern der Sozialversicherung i.S.d. Art. 87 Abs. 2 GG wahrzunehmen.

II. Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben i.S.d. § 15 SGB VI durch eine unabhängige Stelle innerhalb eines Rentenversicherungsträgers?

Scheidet nach Art. 87 Abs. 2 GG eine Übertragung der hoheitlichen Befugnisse nach § 15 SGB VI auf einen Nicht-Sozialversicherungsträger (der unmittelbaren oder mittelbaren Bundes- und Landesverwaltung) aus, sind also diese hoheitlichen Aufgaben gem. Art. 87 Abs. 2 GG von einem Sozialversicherungsträger wahrzunehmen, bedarf es besonderer Vorkehrungen, um das Ziel einer nichtdiskriminierenden Behandlung aller Rehabilitationseinrichtungen im Rahmen von hoheitlichen Entscheidungen

nach § 15 SGB VI zu verwirklichen. Es ist zu verhindern, dass die Rentenversicherungsträger, die zugleich mit eigenen Rehabilitationseinrichtungen auf dem Markt der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation tätig sind, sich in Wahrnehmung hoheitlicher Entscheidungen gem. § 15 SGB VI Vorteile verschaffen und Rehabilitationseinrichtungen Dritter benachteiligen.

In Betracht kommt, mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse i.S.d. § 15 SGB VI eine Stelle innerhalb eines Rentenversicherungsträgers zu betrauen, die nicht nur organisatorisch von den Rehabilitationseinrichtungen, sondern auch gegenüber dem betreffenden Rentenversicherungsträger in sachlicher und personeller Hinsicht über die notwendige Unabhängigkeit verfügt. Ein solches Modell besteht im Bereich der Eisenbahnregulierung bei der Zuweisung von Zugtrassen. Auch insoweit wird die Zuweisungsentscheidung nicht von der Bundesnetzagentur (Regulierungsbehörde), sondern von dem Betreiber der Schienenwege vorgenommen. Hierbei bestehen indes – wie im Rahmen des § 15 SGB VI – erhebliche Diskriminierungsgefahren, weil der Schienenwegebetreiber (DB Netz AG) ebenso wie die Verkehrsunternehmen (DB Fernverkehr AG und DB Regio AG) zum (integrierten) DB-Konzern gehört und deshalb geneigt sein könnte, bei der Trassenvergabe seine Schwesterunternehmen gegenüber den privaten Verkehrsunternehmern zu bevorzugen. In Umsetzung des Art. 7 Richtlinie 2012/34/EU²²¹ stellen deshalb §§ 8 f. ERegG für die Unabhängigkeit der Schienenwegebetreiber besondere Anforderungen auf. Um die gebotene Unabhängigkeit der die Zugtrassen zuweisenden Stelle von Verkehrsunternehmen zu gewährleisten (vgl. § 8 Abs. 1, § 8a Abs. 1

²²¹ Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.11.2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, ABl. L Nr. 343 v. 14.12.2012, S. 32.

ERegG), ist die Trassenzuweisung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Die die Trassen zuweisende Stelle muss rechtlich, organisatorisch, personell und sachlich-inhaltlich, d.h. in seinen Entscheidungen unabhängig von Eisenbahnverkehrsunternehmen und mit ihnen verbundenen Unternehmen (wie der DB AG) sein (vgl. §§ 8 f. ERegG).

Dieses im Eisenbahnsektor praktizierte Modell einer unabhängigen Stelle innerhalb des Infrastrukturbetreibers lässt sich auf den Bereich der Rentenversicherung nicht übertragen; es wäre mit Art. 87 Abs. 2 GG unvereinbar und daher verfassungswidrig.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass im Eisenbahnbereich dem integrierten DB-Konzern trotz der Unabhängigkeit der die Zugtrassen zuweisenden Stelle ein erhöhtes Diskriminierungspotenzial attestiert wird. Deshalb fordert etwa die Monopolkommission seit langem die eigentumsrechtliche Entflechtung der Bereiche Infrastruktur und Verkehr.²²² Bereits aus diesem Grund erscheint Zurückhaltung geboten, das Modell einer unabhängigen Stelle auf den Bereich der Rentenversicherung zu übertragen. Das gilt vor allem auch deshalb, weil die Diskriminierungspotenziale im Eisenbahnsektor geringer sind als im Markt der Erbringung von Rehabilitationsleistungen. Zum einen wird die Eisenbahninfrastruktur überwiegend durch Baukostenzuschüsse der öffentlichen Hand (etwa 75%) und nur zu einem geringen Teil durch die von den Verkehrsunternehmen zu entrichtenden Wegeentgelte (etwa 25%) finanziert. Zum anderen fließen die im Eisenbahninfrastrukturbereich erzielten Gewinne aufgrund des seit Jahren praktizierten Systems „Finanzierungskreislauf Schiene“ in den

²²² Zuletzt *Monopolkommission*, 7. Sektorgutachten Bahn Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene, Sektorgutachten der Monopolkommission gemäß § 78 ERegG, 2019, Rn. 26 ff.; zur Diskussion s. *Gersdorf*, Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor. Bestandsaufnahme und systemgerechte Fortentwicklung, 2015, S. 144 ff.

Bereich der Eisenbahninfrastruktur zurück, sodass eine Begünstigung der Verkehrstöchter des DB-Konzerns von vornherein ausgeschlossen ist.²²³

Ungeachtet dessen erscheint problematisch, ob die Einrichtung einer unabhängigen Stelle bei einem Rentenversicherungsträger mit Art. 87 Abs. 2 GG vereinbar ist. Konstituierend für das Führen eines Sozialversicherungsträgers i.S.d. Art. 87 Abs. 2 GG ist das Erbringen von Sozialversicherungsleistungen gegenüber den Versicherten. Ob diese Anforderung gewahrt ist, erscheint zweifelhaft, wenn eine unabhängige Stelle innerhalb eines Rentenversicherungsträgers hoheitliche Funktionen nach § 15 SGB VI mit Wirkung für die gesamte Rentenversicherung und damit für sämtliche Versicherte ausübt. Art. 87 Abs. 2 GG erfordert eine spezifische Zuständigkeits- und Verantwortlichkeitsbeziehung zwischen dem jeweiligen Rentenversicherungsträger und seinem Versicherten. Die Verantwortung für die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen gegenüber den Versicherten muss bei dem jeweils zuständigen Rentenversicherungsträger liegen. Die in § 15 SGB VI geregelten hoheitlichen Entscheidungen, welcher Versicherte bei welcher Rehabilitationseinrichtung welche medizinischen Rehabilitationsleistungen in welcher Qualität erhält, ist die Erfüllung der dem Rentenversicherungsträger gegenüber dem Versicherten obliegenden Verpflichtung. Diese Entscheidungen muss deshalb der zuständige Rentenversicherungsträger treffen. Diese Verantwortung wird jedoch aufgelöst, wenn eine unabhängige Stelle innerhalb der Rentenversicherung mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger und alle Versicherten Entscheidungen trifft. Die Sozialversicherungsleistungen

²²³ S. hierzu im Einzelnen *Gersdorf*, Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor. Bestandsaufnahme und systemgerechte Fortentwicklung, 2015, S. 155 ff., insbesondere 157 f.

müssen von dem jeweils zuständigen Rentenversicherungsträger für seine Versicherten erbracht werden. Die Einrichtung einer unabhängigen Stelle innerhalb der Rentenversicherung, die die hoheitlichen Funktionen nach § 15 SGB VI ausübt, erscheint daher mit den Vorgaben des Art. 87 Abs. 2 GG nicht vereinbar.

Überdies dürfte die Einrichtung einer unabhängigen Stelle innerhalb der Rentenversicherung auch unter Kompetenzgesichtspunkten unzulässig sein. Wie im Einzelnen im Zusammenhang mit dem Federführerprinzip dargelegt, liegt der Vollzug des SGB VI sowohl in den Händen der DRV Bund als auch in den Händen der Regionalträger. Eine unabhängige Stelle bei der DRV Bund entzöge den Regionalträgern die Zuständigkeit für den Vollzug des SGB VI und wäre deshalb mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar und mithin verfassungswidrig.

Im Ergebnis erscheint daher die Übertragung der hoheitlichen Funktionen nach § 15 SGB VI auf eine unabhängige Stelle innerhalb eines Rentenversicherungsträgers (z.B. DRV Bund) mit Art. 87 Abs. 2 und Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar.

III. Wahrnehmung der hoheitlichen Funktionen i.S.d. § 15 SGB VI durch ein gemeinsames Entscheidungsgremium aus Rentenversicherungsträgern und Vertragseinrichtungen

Lässt sich die gebotene Gleichbehandlung aller Rehabilitationseinrichtungen im Rahmen der Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen nach § 15 SGB VI aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere sub specie des Art. 87 Abs. 2 GG, nicht durch Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen erreichen, müssen zur Sicherstellung des Diskriminierungsverbots andere Wege beschritten werden. Überlegenswert ist, ein

gemeinsames Entscheidungsgremium aus Vertretern der Rentenversicherungsträger und der Vertragseinrichtungen zu schaffen, das mit der Wahrnehmung der hoheitlichen Funktionen i.S.d. § 15 SGB VI betraut wird. Durch eine gleichberechtigte Teilhabe der Vertragseinrichtungen bzw. ihrer Verbände an hoheitlichen Entscheidungen nach § 15 SGB VI (Konsensgebot) wäre die gebotene Gleichbehandlung aller Rehabilitationseinrichtungen gewährleistet. Es wäre sichergestellt, dass die nach § 15 SGB VI zu treffenden hoheitlichen Entscheidungen nicht zu einer Privilegierung der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherung und damit zu einer Diskriminierung der Rehabilitationseinrichtungen Dritter führen.

1. Gemeinsames Entscheidungsgremium aus DRV Bund, Regionalträgern und Vertragseinrichtungen

Ein gemeinsames Entscheidungsgremium aus Rentenversicherungsträgern und Vertragseinrichtungen ließe sich „minimalinvasiv“ dadurch etablieren, dass der Gesetzgeber die Bundesvertreterversammlung bzw. den Bundesvorstand der DRV Bund um Vertreter der Verbände der Rehabilitationseinrichtungen erweitert (Änderung des § 138 Abs. 2 SGB VI i.V.m. § 64 Abs. 4 SGB IV). Durch eine solche pluralistische Organisationsverfassung, die den Interessen sowohl der Rentenversicherungsträger als auch der Vertragseinrichtungen Rechnung trägt, wäre die diskriminierungsfreie Behandlung aller Rehabilitationseinrichtungen auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation sichergestellt.

Allerdings begegnen einem solchen Organisationsmodell unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Verbots der Mischverwaltung Bedenken. Die Bundesvertreterversammlung und der Bundesvorstand der DRV Bund, die sich aus Vertretern

des Bundes und der landesunmittelbaren Regionalträger zusammensetzen (§ 138 Abs. 2 SGB VI i.V.m. § 64 Abs. 4 SGB IV), stellt eine mit dem Grundgesetz unvereinbare Mischverwaltung dar.²²⁴ Der Grund hierfür ist weniger das Zusammenwirken der DRV Bund und der Regionalträger in einem gemeinsamen Entscheidungsgremium (Bundesvertreterversammlung bzw. Bundesvorstand). Die verfassungsrechtliche Problematik liegt vielmehr darin, dass der Bundesgesetzgeber das gemeinsame Entscheidungsgremium von Bund und Ländern einseitig vorgibt. Damit wird in die Organisationshoheit der Länder eingegriffen (Art. 87 Abs. 2, Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG). Das Grundgesetz schließt ein kooperatives Zusammenwirken der DRV Bund und der Regionalträger bei dem Vollzug des SGB VI zwar nicht gänzlich aus. Vielmehr erfordert das in Art. 87 Abs. 2 GG festgeschriebene duale System aus bundesunmittelbaren und landesunmittelbaren Sozialversicherungsträgern bei dem Vollzug des Sozialgesetzbuchs eine Kooperation und Abstimmung der beteiligten Sozialversicherungsträger. Art. 87 Abs. 2 GG gebietet „kein beziehungsloses Verwalten auf zwei Ebenen, sondern schon aus Gründen eines auch verfassungsrechtlich gebotenen effektiven und gleichmäßigen Vollzugs wesensnotwendig ein Miteinander“²²⁵ in Form eines Zusammenwirkens landes- und bundesunmittelbarer Versicherungsträger. Das Grundgesetz erlaubt nicht

²²⁴ *Brosius-Gersdorf*, Zuständigkeit für das Internetportal www.ihre-vorsorge.de. Eine sozialversicherungsrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung zu den Kompetenzen der Regionalträger der Deutschen Rentenversicherung sowie der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See in Abgrenzung zu den Kompetenzen der Deutschen Rentenversicherung Bund im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit. Rechtsgutachten im Auftrag der Regionalträger der gesetzlichen Rentenversicherung und der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See, 2020.

²²⁵ *Axer*, VSSR 2010, 1 (19); *Axer*, GesR 2007, 193 (200); *Axer*, Soziale Versicherungsträger als Thema der grundgesetzlichen Kompetenzordnung. Verfassungsrechtliche Fragen der Errichtung und Organisation sozialer Versiche-

nur, sondern gebietet sogar die Kooperation der DRV Bund und der Regionalträger bei dem Vollzug des SGB VI. Eine solche Verbundverwaltung darf aber der Bundesgesetzgeber nicht dergestalt vorgeben, dass bei der DRV Bund als Sozialversicherungsträger des Bundes ein Entscheidungsgremium bestehend aus Vertretern der DRV Bund und der Regionalträger errichtet wird. Ein solches Gremium ist aber die Bundesvertreterversammlung bzw. der Bundesvorstand der DRV Bund. Verfassungsrechtlich zulässig ist allerdings eine bundesgesetzliche Verpflichtung der DRV Bund zur Herstellung von Einvernehmen mit den Regionalträgern bei den hoheitlichen Entscheidungen zur Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation. Ein solches Benehmensefordernis ist als Instrument allgemein anerkannt, um dem Koordinierungsbedarf bei der Wahrnehmung von Bundes- und Länderkompetenzen im föderalen System Rechnung zu tragen. Ein solche Benehmensregelung beinhaltet etwa § 78 Abs. 2 Satz 2 VwVfG für den Bereich von Planfeststellungsvorhaben.

Zulässig ist also eine bundesgesetzliche Verpflichtung der DRV Bund zur Kooperation mit den Regionalträgern, nicht aber die bundesgesetzliche Errichtung eines gemeinsamen Entscheidungsgremiums bestehend aus Vertretern der DRV Bund und der Regionalträger bei der DRV Bund. Zur Verwirklichung des Benehmensefordernisses können die DRV Bund und die Regionalträger somit ein gemeinsames Entscheidungsgremium bilden. Einzelheiten müssen noch geklärt werden.

—
nungsträger, in: Wallerath, *Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft*, Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag, 2006, S. 79 (92 f.); ebenso *Kumm*, *Die Bedeutung von Art. 87 Abs. 2 GG für die Organisation der Sozialversicherung der Bundesrepublik Deutschland*, 2006, S. 97 f.

An diesem gemeinsamen Entscheidungsgremium aus Vertretern der DRV Bund und der Regionalträger müssen die Vertragseinrichtungen bzw. Vertreter ihrer Verbände beteiligt sein, damit sie ihre Interessen gleichberechtigt zur Geltung bringen können und um Diskriminierungen bei der Beschaffung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation auszuschließen. Um die Gleichbehandlung aller Rehabilitationseinrichtungen auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation sicherzustellen, ist eine gleichberechtigte Teilhabe der Vertragseinrichtungen an den hoheitlichen Entscheidungen nach § 15 SGB VI erforderlich. Das setzt voraus, dass sie an dem gemeinsamen Entscheidungsgremium aus Vertretern der DRV Bund und der Regionalträger gleichberechtigt beteiligt sind. Notwendig ist eine Ausgestaltung des gemeinsamen Entscheidungsgremiums, die eine Diskriminierung der Vertragseinrichtungen ausschließt. Im Ergebnis muss sichergestellt sein, dass keine Entscheidung gegen den Willen der Vertragseinrichtungen getroffen wird. Die hoheitlichen Entscheidungen müssen einvernehmlich von den Rentenversicherungsträgern (DRV Bund und Regionalträger) und den Trägern der Vertragseinrichtungen zustande kommen (Konsensgebot).

Nicht ausreichend ist eine Beteiligung der Vertragseinrichtungen an den Entscheidungen nach § 15 SGB VI „unterhalb“ einer Zustimmungspflicht. Insbesondere genügt ein Stimmrecht der maßgeblichen Vereinigungen der Rehabilitationseinrichtungen nicht (s. aber § 15 Abs. 9 Satz 3 und 4 SGB VI).²²⁶ Ein „Beiratsmodell“, in dem Vertreter der Rehabilitationseinrichtungen lediglich die Möglichkeit der Stellungnahme besitzen, welche die Rentenversicherungsträger nur berücksichtigen müssen, genügt nicht. Es eröffnet den Vertretern der Vertragseinrichtungen kein

²²⁶ S. auch BT-Drs. 19/23550, S. 94, wonach § 15 Abs. 9 Satz 4 SGB VI keinen Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Vereinigungen und Verbände begründet.

echtes Vetorecht und vermag Diskriminierungen nicht wirksam auszuschließen.

2. Zuständigkeit des gemeinsamen Entscheidungsgremiums für verbindliche Entscheidungen, Zulassung, Belegung und Vergütung

Allerdings ist fraglich, ob dieses Organisationsmodell eines gemeinsamen Entscheidungsgremiums aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Verbände der Rehabilitationseinrichtungen für sämtliche Entscheidungsstufen des § 15 SGB VI taugt.

Unzweifelhaft geeignet ist es zur Herbeiführung der verbindlichen Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 SGB VI (s. a)). Auf den anderen Entscheidungsebenen (Zulassung, Belegungsvertrag, Belegung, Vergütungsvertrag) lässt sich das gemeinsame Entscheidungsgremium wegen der in § 15 SGB VI vorgesehenen Zuständigkeit des federführenden Rentenversicherungsträgers bzw. des zuständigen Rentenversicherungsträgers als Wanderorgan ausgestalten. Soweit dies aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität untunlich erscheint, bedarf der federführende Rentenversicherungsträger der Kontrolle durch das gemeinsame (Entscheidungs-)Gremium. Das gemeinsame (Entscheidungs-)Gremium fungiert insoweit als Beschwerde- und Kontrollinstanz (s. b)).

a) Verbindliche Entscheidungen (§ 15 Abs. 9 SGB VI)

Ein gemeinsames Entscheidungsgremium aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Vertragseinrichtungen lässt sich zweifelsfrei zur Herbeiführung der verbindlichen Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 SGB VI einsetzen. Verwaltungsorganisationsrechtliche Hinderungsgründe existieren nicht. Die

verbindlichen Entscheidungen ergehen zentral mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger (§ 138 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB VI) und für sämtliche Rehabilitationseinrichtungen (§ 15 Abs. 9 Satz 1 SGB VI). Sie haben abstrakt-generelle Wirkung und können deshalb von einem zentralen Entscheidungsgremium getroffen werden. Dementsprechend hat der Gesetzgeber die Zuständigkeit zur Herbeiführung der verbindlichen Entscheidung auch zentral bei der DRV Bund angesiedelt (s. § 15 Abs. 9 Satz 1 i.V.m. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4a, Abs. 2 SGB VI und § 64 Abs. 4 SGB IV).

Um Diskriminierungsgefahren zulasten der Vertragseinrichtungen auf den weiteren Entscheidungsstufen des § 15 SGB VI wirksam auszuschließen, insbesondere bei der Belegungsentscheidung nach § 15 Abs. 6a SGB VI und dem Vergütungsvertrag nach § 15 Abs. 8 SGB VI hinsichtlich der einrichtungsübergreifenden Komponente, müssen die verbindlichen Entscheidungen inhaltlich so konkret gefasst werden, dass auf den (nachfolgenden) Stufen der Einzelentscheidungen durch den federführenden oder zuständigen Rentenversicherungsträger möglichst geringe Entscheidungsspielräume bestehen. Wenn die konkrete Einzelfallentscheidung gleichsam automatenhaft aus der jeweiligen verbindlichen Entscheidung folgt (Konditionalprogramm), sodass bei der Einzelfallentscheidung kaum mehr Optionsspielräume bestehen, sind Diskriminierungen gebannt. Durch Beteiligung der Vertragseinrichtungen an der Herbeiführung der verbindlichen Entscheidungen sind Diskriminierungen ausgeschlossen.

b) Zulassung, Belegungsvertrag, Belegung, Vergütungsvertrag

Ein gemeinsames Entscheidungsgremium aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Vertragseinrichtungen kann aber auch auf anderen Entscheidungsstufen des § 15 SGB VI etabliert werden.

aa) Belegungsvertrag (§ 15 Abs. 6 SGB VI)

Das gilt unproblematisch für den Belegungsvertrag i.S.d. § 15 Abs. 6 SGB VI, weil der Gesetzgeber, wie gezeigt, von einem einheitlichen Vertrag für sämtliche Rentenversicherungsträger und Rehabilitationseinrichtungen ausgeht. Dementsprechend existiert auch bereits ein einheitlicher Entwurf des Belegungsvertrags, der den Rehabilitationseinrichtungen von der DRV Bund übersandt wurde.²²⁷ Konzeptionell handelt es sich bei dem Belegungsvertrag um eine verkappte verbindliche Entscheidung der DRV Bund. Hält der Gesetzgeber gleichwohl an der Form des Belegungsvertrags fest (s. § 15 Abs. 6 SGB VI), kann sein Inhalt – ebenso wie der Inhalt der verbindlichen Entscheidungen – einheitlich mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger und Rehabilitationseinrichtungen von einem gemeinsamen Entscheidungsgremium aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Vertragseinrichtungen festgesetzt werden. Das gemeinsame Entscheidungsgremium agiert insoweit als Wanderorgan²²⁸ des Federführers der gesetzlichen Rentenversicherung, der den Belegungsvertrag gem. § 15 Abs. 6 SGB VI mit Wirkung

²²⁷ S. 109 ff.

²²⁸ Das Modell des Wanderorgans ist z.B. im Landesmedienrecht etabliert, wonach zentrale Kommissionen der Landesmedienanstalten als Organe der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt fungieren. Die jeweilige Landesmedienanstalt vollzieht die Entscheidung der zentralen Kommission nur nach außen, s. §§ 104 f. Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (MStV).

für alle Rentenversicherungsträger mit der jeweiligen zugelassenen Rehabilitationseinrichtung schließt. Das gemeinsame Entscheidungsgremium bestimmt den Inhalt des Belegungsvertrags „nach innen“ einheitlich für alle Rentenversicherungsträger und Rehabilitationseinrichtungen. „Nach außen“ schließt der Federführer als zuständiger Vertragspartner der jeweiligen Rehabilitationseinrichtung den Belegungsvertrag ab. Dem Federführer kommt dabei dann inhaltlich keinerlei Verhandlungsspielraum zu.

bb) Einrichtungsübergreifende Vergütung
(§ 15 Abs. 8 SGB VI)

Dieses Wanderorgan-Modell ist teilweise auch geeignet für den nach § 15 Abs. 8 SGB VI zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und der einzelnen Rehabilitationseinrichtung zu schließenden Vergütungsvertrag. Hierbei ist zu differenzieren zwischen der einrichtungsübergreifenden und der einrichtungsspezifischen Komponente des Vergütungssatzes. Sofern die einrichtungsübergreifende Komponente in der VE Vergütung so detailliert bestimmt ist, dass sich der diesbezügliche Inhalt des Vergütungsvertrags gleichsam aus der VE Vergütung ergibt, sodass für den federführenden Rentenversicherungsträger bei dem Abschluss des Vergütungsvertrags kein Entscheidungsspielraum verbleibt, sind Diskriminierungen bereits dadurch wirksam ausgeschlossen. In diesem Fall besteht kein Bedarf dafür, das gemeinsame Entscheidungsgremium aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Vertragseinrichtungen an dem Abschluss des Vergütungsvertrags zu beteiligen.

Sofern hingegen beim Abschluss des Vergütungsvertrags hinsichtlich der einrichtungsübergreifenden Komponente trotz Vorstrukturierung in der VE Vergütung noch Spielräume für den federführenden Rentenversicherungsträger bestehen, muss der

Inhalt des Vergütungsvertrags durch das gemeinsame Entscheidungsgremium aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Rehabilitationseinrichtungen festgelegt werden. Ebenso wie beim Belegungsvertrag würde der Federführer der Rentenversicherung den Vergütungsvertrag nur noch nach außen abschließen, ohne selbst Verhandlungsspielräume zu haben.

Bei der einrichtungsspezifischen Komponente dürften hingegen, selbst wenn die VE Vergütung detaillierter gefasst würde als bislang, wegen der Notwendigkeit der Berücksichtigung der Besonderheiten der einzelnen Rehabilitationseinrichtung bei dem Abschluss des Vergütungsvertrags erhebliche Verhandlungsspielräume bestehen. Wegen dieser Spielräume müsste eigentlich das gemeinsame Entscheidungsgremium als Wanderorgan den Inhalt des Vergütungsvertrags festsetzen. Aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität kann das gemeinsame Entscheidungsgremium aber auch als Beschwerde- und Kontrollinstanz fungieren (s. sogleich).

cc) Zulassung (§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI),
Belegungsentscheidung (§ 15 Abs. 6a SGB VI) und
einrichtungsspezifische Vergütung (§ 15 Abs. 8 SGB VI)

Bei der Zulassung der nicht von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen (§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI), bei der Vereinbarung der einrichtungsübergreifenden Komponente des Vergütungssatzes (§ 15 Abs. 8 SGB VI) und v.a. bei der Entscheidung über die Belegung der Rehabilitationseinrichtungen mit Versicherten (§ 15 Abs. 6a SGB VI) bestehen regelmäßig erhebliche Entscheidungsspielräume für den hiermit gesetzlich betrauten federführenden Rentenversicherungsträger bzw. den zuständigen Rentenversicherungsträger. Mit diesen Entscheidungsspielräumen sind, wie dargelegt, beträchtliche

Diskriminierungsgefahren für die Vertragseinrichtungen verbunden. Das gilt insbesondere für die Belegungsentscheidung und die Vereinbarung der einrichtungsspezifischen Vergütungskomponente; die Diskriminierungsgefahr bei der Zulassung ist geringer. Bei der Entscheidung über die Belegung der Rehabilitationseinrichtungen ist die Diskriminierungsgefahr besonders groß, weil dem Versicherten ein Wunsch- und Wahlrecht zukommt, das dem zuständigen Rentenversicherungsträger die Möglichkeit der Einflussnahme bei Rückfragen des Versicherten und seiner Beratung zukommt.²²⁹ Diese informelle Einflussnahmemöglichkeit des zuständigen Rentenversicherungsträgers lässt sich auch durch einen detaillierten Inhalt der VE Belegung nicht verhindern.

Die Betrauung des gemeinsamen Entscheidungsgremiums aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Vertragseinrichtungen mit der Zulassung, der Belegung und dem Abschluss des Vergütungsvertrags würde die Diskriminierungsgefahren zwar weitgehend beheben. Insbesondere wäre sichergestellt, dass für Beratungswünsche des Versicherten zur Ausübung seines Wunsch- und Wahlrechts nicht der zuständige Rentenversicherungsträger, sondern das gemeinsame Entscheidungsgremium zuständig wäre.

Hiergegen könnten aber Gründe der Verwaltungspraktikabilität sprechen, weil der federführende bzw. der zuständige Rentenversicherungsträger mit den Verhältnissen „seines“ Versicherten besonders betraut ist und ihn deshalb angemessen beraten kann. Auch mag der Umstand, dass der Federführer bzw. der zuständige Rentenversicherungsträger mit den Besonderheiten der in seiner Region ansässigen Vertragseinrichtungen gut vertraut ist, für seine Entscheidungszuständigkeit sprechen. Wenn

²²⁹ S. 36 ff. und 114 ff.

man aus diesen Gründen die Zuständigkeit für die Zulassung, den Abschluss des Vergütungsvertrags und die Belegungsentscheidung in den Händen des federführenden bzw. zuständigen Rentenversicherungsträgers belassen will, müssen die damit verbundenen Diskriminierungsgefahren zulasten der Vertragseinrichtungen auf andere Weise ausgeräumt werden. Das gemeinsame (Entscheidungs-)Gremium aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Vertragseinrichtungen müsste als Beschwerde- und Kontrollgremium fungieren, das die Zulassungs-, Vergütungs- und Belegungsentscheidung des federführenden bzw. zuständigen Rentenversicherungsträgers auf Diskriminierungen überprüft. Insbesondere bei der Belegungsentscheidung nach § 15 Abs. 6a SGB VI dürfte eine solche Kontrolle durch das gemeinsame (Entscheidungs-)Gremium die Diskriminierungsgefahr zulasten der Vertragseinrichtungen nicht wirksam ausschließen. Denn von einer informellen Einflussnahme des zuständigen Rentenversicherungsträgers im Rahmen von Beratungen des Versicherten zur Ausübung seines Wunsch- und Wahlrechts erhalten die Rehabilitationseinrichtungen und damit auch das gemeinsame Entscheidungsgremium als Kontrolleinrichtung regelmäßig keine Kenntnis.²³⁰ Letztlich dürften daher Diskriminierungen der Vertragseinrichtungen bei der Belegungsentscheidung nur durch eine Zuständigkeit eines gemeinsamen Entscheidungsgremiums aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Rehabilitationseinrichtungen ausgeschlossen werden können.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass zwar bei der Zulassungsentscheidung (§ 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI) und dem Abschluss des Vergütungsvertrags hinsichtlich der einrichtungsspezifischen Komponente (§ 15 Abs. 8 SGB VI) die gesetzlich vorgesehene

²³⁰ S. 125 ff.

Zuständigkeit des federführenden Trägers der Rentenversicherung erhalten bleiben kann. Zur Verhinderung von Diskriminierungen der Vertragseinrichtungen bedürfen diese Entscheidungen aber einer Kontrolle durch ein gemeinsames (Entscheidungs-)Gremium aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Rehabilitationseinrichtungen. Auch ist den Rehabilitationseinrichtungen ein Beschwerderecht einzuräumen. Dagegen genügt bei der Belegungsentscheidung (§ 15 Abs. 6a SGB VI) eine solche Kontrolle durch das gemeinsame Gremium nicht. Um eine diskriminierungsfreie Belegung der Rehabilitationseinrichtungen sicherzustellen, erscheint es erforderlich, die Belegungsentscheidung in die Hände eines gemeinsamen Entscheidungsgremiums aus Vertretern der DRV Bund, der Regionalträger und der Vertragseinrichtungen zu legen.

F) Ergebnisse

I. Gegenstand der Untersuchung

(1) Gegenstand der Untersuchung ist, ob der neu gefasste § 15 SGB VI und die hierauf gestützten Entscheidungen mit geltendem Recht in Einklang stehen und wirksam sind.²³¹

II. Rechtliche Vorgaben für die Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation

1. Kartellvergaberecht

(2) § 15 SGB VI kollidiert nicht mit nationalem und europäischem Kartellvergaberecht. Die Vorschriften des § 15 SGB VI über die Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen (Abs. 2 bis 5), den Abschluss eines Belegungsvertrags mit zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen (Abs. 6), ihre Vergütung (Abs. 8) und zu verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund (Abs. 9) begründen wegen fehlender Ausschließlichkeitwirkung keinen öffentlichen Auftrag und sind deshalb kartellvergaberechtlich nicht relevant. Kartellvergaberechtlich bedeutsam ist die vom zuständigen Rentenversicherungsträger zu treffende Belegungsentscheidung nach § 15 Abs. 6a SGB VI. Hierbei ist zu differenzieren: Erfolgt die Belegungsentscheidung aufgrund des Vorschlags (§ 15 Abs. 6a Satz 1 bis 3 SGB VI) oder der Auswahl (§ 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI) des Versicherten, liegt kein öffentlicher Auftrag vor; das Kartellvergaberecht findet keine Anwendung. Weist hingegen der zuständige Rentenversicherungsträger dem Versicherten eine Rehabilitationseinrichtung zu, weil der Versi-

²³¹ S. 10 ff.

cherte keinen Vorschlag unterbreitet hat oder die von ihm vorgeschlagenen Einrichtungen die objektiven sozialmedizinischen Kriterien nicht erfüllen (§ 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI) und der Versicherte von seinem Auswahlrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI keinen Gebrauch gemacht hat, liegt zwar ein öffentlicher Auftrag vor. Jedoch wird in aller Regel der hierfür geltende Schwellenwert von 750.000 Euro nicht erreicht, sodass das Kartellvergaberecht deshalb nicht anwendbar ist.²³²

2. Allgemeines EU-Wettbewerbsrecht (Art. 106 Abs. 1 AEUV)

(3) § 15 SGB VI ist an Art. 106 Abs. 1 AEUV zu messen. Rentenversicherungsträger sind Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV, wenn sie Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gegenüber den Versicherten durch Rehabilitationseinrichtungen erbringen. Zwar gilt nach der FENIN-Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofes, dass die Einkaufstätigkeit von Sozialversicherungsträgern nicht dem Unternehmensbegriff des Art. 106 Abs. 1 AEUV unterfällt, weil zwischen Einkauf und nichtwirtschaftlicher Verwendung nicht zu unterscheiden sei und die nichtwirtschaftliche Verwendung den Charakter der Einkaufstätigkeit präge. Das überzeugt jedoch bereits grundsätzlich nicht. Ungeachtet dessen lässt sich die FENIN-Rechtsprechung jedenfalls auf das System der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherungsträger nicht übertragen. Gegenüber der reinen Einkaufstätigkeit von Sozialversicherungsträgern, die Gegenstand der FENIN-Rechtsprechung ist, weist die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zahlreiche Besonderheiten auf. Erstens haben die Rentenversicherungsträger

²³² S. 16 ff.

wegen ihres Struktursicherungsauftrages gem. § 36 Abs. 1 SGB IX eine besondere Verantwortung für die Rehabilitationseinrichtungen, die für die Rentenversicherung die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gegenüber den Versicherten erbringen. Die Einhaltung der Wettbewerbsregeln durch die Rentenversicherungsträger bei der Beschaffung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gefährdet ihren Versorgungsauftrag gegenüber den Versicherten nicht. Vielmehr dient die Beachtung der Wettbewerbsregeln durch die Rentenversicherungsträger ihrer Verpflichtung zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Systems an Rehabilitationdiensten und -einrichtungen und damit der Erfüllung ihres Versorgungsauftrages gegenüber den Versicherten. Zweitens beruht das gesetzliche System der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation auf dem Wettbewerbsprinzip. Die Wettbewerbsregeln müssen dort gelten, wo der nationale Gesetzgeber selbst auf das Wettbewerbsprinzip setzt. Drittens treten anders als in der Rechtssache FENIN die Rentenversicherungsträger nicht nur als Sozialversicherungsträger (Leistungsträger) auf, sondern betreiben zugleich eigene Rehabilitationseinrichtungen. Aufgrund dieser Doppelfunktion der Rentenversicherungsträger als Leistungsträger und Leistungserbringer besteht die Gefahr der Ausbeutung und Diskriminierung der von anderen betriebenen, konkurrierenden Rehabilitationseinrichtungen. Um dieser Gefahr wirksam begegnen zu können, ist die Anwendung der Wettbewerbsregeln unabdingbar. Viertens besteht ein grundlegender Unterschied zur Rechtssache FENIN und ein besonderes Missbrauchspotenzial auch deshalb, weil der Gesetzgeber die Rentenversicherungsträger nicht nur im Verhältnis zu den Versicherten, sondern auch im Verhältnis zu den Rehabilitationseinrichtungen mit hoheitlichen Funktionen ausstattet (Zulassung, Belegungsvertrag,

Belegungsentscheidung, Vergütungsvertrag, verbindliche Entscheidungen, s. § 15 SGB VI). Diese Befugnisse können den Wettbewerb zwischen den von Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen und den von anderen betriebenen Rehabilitationseinrichtungen empfindlich beeinträchtigen. Aus diesem Grund verlangt der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine strikte Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen. Um dem Missbrauchspotenzial wegen fehlender Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen wirksam begegnen zu können, ist die Anwendung der EU-Wettbewerbsregelungen unerlässlich.²³³

(4) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verlangt das Prinzip der Chancengleichheit im Wettbewerb und damit das Diskriminierungsverbot die Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen. Dagegen wird verstoßen, wenn das am Wettbewerb teilnehmende öffentliche Unternehmen mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betraut ist, die Einfluss auf den Wettbewerb haben können. Hierfür ist nicht erforderlich, dass eine Diskriminierung im konkreten Fall nachgewiesen ist. Es genügt eine abstrakte Diskriminierungsgefahr.²³⁴

(5) Art. 106 Abs. 1 AEUV bindet nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die öffentlichen Unternehmen. Dementsprechend ist den Rentenversicherungsträgern gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV jedwede Diskriminierung von Rehabilitationseinrichtungen untersagt.²³⁵

²³³ S. 44 ff.

²³⁴ S. 75 ff.

²³⁵ S. 77 ff.

3. Nationales Wettbewerbsrecht (GWB)

(6) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen bei öffentlichen Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV deckt sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber im Bereich der Gas- und Stromnetze. Wenn eine Gemeinde mit einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft am Wettbewerb um das kommunale Wegenetz zur leitungsgebundenen Gas- bzw. Stromversorgung teilnimmt, darf sie mit der Konzessionsvergabe nicht betraut werden, weil anderenfalls eine diskriminierungsfreie Vergabeentscheidung i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht gewährleistet ist. Um Interessenkonflikte zu verhindern und die Diskriminierungsfreiheit bei der Vergabeentscheidung sicherzustellen, verlangt der Bundesgerichtshof eine organisatorische und personelle Trennung von Vergabestelle und Bewerber im Bereich der Gas- und Stromnetze.²³⁶

4. Verfassungsrecht

(7) Die Notwendigkeit einer Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen bei der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung folgt auch aus Verfassungsrecht. Der Markt der Erbringung von Rehabilitationsleistungen ist durch eine Situation gestörter Vertragsparität gekennzeichnet. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind in Fällen strukturell bedingter gestörter Vertragsparität wegen der grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates (Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1

²³⁶ S. 78 ff.

GG) korrigierende, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen erforderlich. Der Gesetzgeber darf die strukturelle Ungleichheit zudem nicht noch dadurch verstärken, dass er den Rentenversicherungsträgern hoheitliche Befugnisse einräumt. Da die Rentenversicherungsträger eigene Rehabilitationseinrichtungen betreiben, besteht die Gefahr der Diskriminierung, d.h. der Benachteiligung von Einrichtungen Dritter und der Bevorzugung eigener Einrichtungen bei der Ausübung der hoheitlichen Befugnisse. Zur Vermeidung solcher Diskriminierungen ist eine Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger verfassungsrechtlich geboten.²³⁷

(8) § 15 SGB VI schreibt zur Vereinheitlichung des Gesetzesvollzugs bei der Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen, dem Abschluss des Belegungsvertrags und der Vereinbarung des Vergütungssatzes das Federführerprinzip für die Rentenversicherungsträger vor. Das Federführerprinzip führt dazu, dass ein Rentenversicherungsträger (Federführer) Entscheidungen mit Wirkung für alle anderen Rentenversicherungsträger trifft. Gem. Art. 83 f. führen die Regionalträger das SGB VI (Art. 87 Abs. 2 GG) indes als eigene Angelegenheit aus. Deshalb regeln grundsätzlich sie die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG). Allerdings darf der Bund zur Sicherstellung der Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG durch Bundesgesetz etwas anderes bestimmen, d.h. die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren selbst regeln. Nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG darf der Bund aber weder eine eigene (unmittelbare oder mittelbare Bundesverwaltung) Zuständigkeit für den Gesetzesvollzug

²³⁷ S. 83 ff.

begründen noch festlegen, dass ein Bundesland für die Gesetzesausführung in einem anderen Bundesland zuständig ist. Ausnahmen hiervon können sich aus dem Prinzip der Bundestreue (Art. 20 Abs. 1 GG) ergeben.²³⁸

(9) Die Befugnis der DRV Bund zum Erlass verbindlicher Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 SGB VI zielt ebenfalls auf die Vereinheitlichung des Gesetzesvollzugs. Hierzu eröffnet die Verfassung dem Bund unterschiedliche Möglichkeiten. Zum einen kann er abweichend von Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren durch Bundesgesetz regeln (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG) und auf diese Weise in formeller und organisatorischer Hinsicht für eine Vereinheitlichung des Gesetzesvollzugs sorgen. Zum anderen kann der Bund in materieller Hinsicht eine Vereinheitlichung des Gesetzesvollzugs erreichen, indem er allgemeine Verwaltungsvorschriften erlässt. Führen die Länder Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus (Art. 83 f. GG), ist zum Erlass von Verwaltungsvorschriften gem. Art. 84 Abs. 2 GG nur die Bundesregierung befugt; überdies ist die Zustimmung des Bundesrates erforderlich.²³⁹

III. Unvereinbarkeit des § 15 SGB VI mit Unions- und Verfassungsrecht

1. § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV

(10) § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV, weil er nicht zwischen hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger trennt. Wegen der fehlenden Trennung ist eine Gleichbehandlung aller Rehabilitationseinrichtungen bei der Beschaffung der Leistungen zur medizinischen

²³⁸ S. 86 ff.

²³⁹ S. 96 ff.

Rehabilitation nicht gewährleistet. Es bestehen erhebliche Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren zulasten von Vertragseinrichtungen. Zudem diskriminiert der Gesetzgeber Vertragseinrichtungen, weil er sie in § 15 SGB VI teilweise anders behandelt als Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger. § 15 SGB VI ist wegen des Verstoßes gegen Europäisches Unionsrecht unanwendbar.²⁴⁰

a) Diskriminierungsgefahr im Zulassungsregime

(11) Das Zulassungsregime des § 15 Abs. 2 bis 5 SGB VI diskriminiert Vertragseinrichtungen, weil sie der Zulassung durch Verwaltungsakt bedürfen, während die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger als zugelassen gelten (fiktive Zulassung). § 301 Abs. 4 SGB VI ändert daran nichts. Ebenso verstößt es gegen das Diskriminierungsverbot, dass die Rentenversicherungsträger über den Widerruf ihrer eigenen Rehabilitationseinrichtungen entscheiden. Den Rentenversicherungsträgern fehlt insoweit die notwendige Distanz und Neutralität, die Voraussetzung für eine nach Art. 106 Abs. 1 AEUV erforderliche Gleichbehandlung sämtlicher Rehabilitationseinrichtungen ist. Eine weitere Diskriminierung liegt darin, dass Rehabilitationseinrichtungen einen Anspruch auf Zulassung nur haben, wenn sie sich verpflichten, an den externen Qualitätssicherungsverfahren der DRV Bund teilzunehmen und das Vergütungssystem der DRV Bund anzuerkennen. Die Diskriminierung besteht darin, dass die Qualitätsanforderungen (§ 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB VI) und das Vergütungssystem (§ 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB VI) einseitig von der DRV Bund durch verbindliche Entscheidungen festgelegt werden (s. § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 und 4 SGB VI).²⁴¹

²⁴⁰ S. 100 ff.

²⁴¹ S. 103 ff.

b) Diskriminierungsgefahr durch Belegungsvertrag

(12) Der nach § 15 Abs. 6 SGB VI zwischen dem federführenden Träger der Rentenversicherung und der zugelassenen Rehabilitationseinrichtung zu schließende Belegungsvertrag wird vom Federführer mit Wirkung für alle Rentenversicherungsträger und alle Rehabilitationseinrichtungen abgeschlossen und inhaltlich vorgegeben. Diese einseitig hoheitlichen Befugnisse des Federführers begründen eine Diskriminierungsgefahr zulasten von Vertragseinrichtungen.²⁴²

c) Diskriminierungsgefahr durch Belegungsentscheidung

(13) Die Zuweisung einer Rehabilitationseinrichtung an den Versicherten durch den zuständigen Rentenversicherungsträger (§ 15 Abs. 6a SGB V) ist eine hoheitliche Entscheidung. Wie bei vertikal integrierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt besteht bei den Rentenversicherungsträgern die spezifische Gefahr, dass sie zur Erbringung von Rehabilitationsleistungen gegenüber den Versicherten eigene Rehabilitationseinrichtungen bevorzugen und Einrichtungen anderer Träger benachteiligen. Das wirtschaftliche Interesse der Rentenversicherungsträger an einer Belegung ihrer eigenen Rehabilitationseinrichtungen steht in einem unauflösbaren Zielkonflikt mit ihrer Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Belegungsentscheidung.²⁴³

(14) Diese Diskriminierungsgefahr ist noch verstärkt, weil die Rentenversicherungsträger zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet sind. Unter Berufung auf diesen sie bindenden

²⁴² S. 109 ff.

²⁴³ S. 114 ff.

Grundsatz sehen sich die Rentenversicherungsträger dazu berufen, primär ihre eigenen Rehabilitationseinrichtungen zu belegen. Das führt zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Diskriminierung der Vertragseinrichtungen, weil der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auf das gesamte System der gesetzlichen Rentenversicherung bezogen ist, zu dem auch die Vertragseinrichtungen gehören.²⁴⁴

(15) Dagegen lässt sich nicht anführen, dass die objektiven sozialmedizinischen Kriterien, die für die Belegungsentscheidung maßgebend sind, den Rentenversicherungsträgern keine Spielräume belassen. Vielmehr sind dem zuständigen Rentenversicherungsträger bei der Auswahlentscheidung erhebliche Spielräume eröffnet, die sich zu einer bevorzugten Behandlung eigener Rehabilitationseinrichtungen und zu einer Benachteiligung von Rehabilitationseinrichtungen Dritter nutzen lassen. Diese Diskriminierungsgefahr wird nicht dadurch beseitigt, dass die Träger der Rentenversicherung für die Auswahl einer geeigneten Rehabilitationseinrichtung das technische Verfahren rvSMD nutzen. Solange IT-basierte Belegungssysteme nicht unter Beteiligung der Träger von Vertragseinrichtungen entwickelt und betrieben werden, ist die Diskriminierungsfreiheit der Systeme und der hierauf beruhenden Auswahlentscheidungen nicht sichergestellt.²⁴⁵

(16) Das Diskriminierungspotenzial wird durch das Vorschlags- und Auswahlrecht des Versicherten nach § 15 Abs. 6a SGB VI nicht gemildert, sondern im Gegenteil verstärkt. Bei der (Aus-)Wahl einer auf die spezifischen medizinischen und sonstigen Bedürfnisse des Versicherten zugeschnittenen Rehabilitati-

²⁴⁴ S. 114 ff.

²⁴⁵ S. 114 ff.

onseinrichtung besteht eine Informationsasymmetrie. In aller Regel entzieht es sich der Kenntnis des Versicherten, welche Rehabilitationseinrichtungen in Betracht kommen und welche von ihnen die betreffende Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringt (s. § 15 Abs. 6a Satz 2 SGB VI) und die objektiven sozialmedizinischen Kriterien erfüllt (s. § 15 Abs. 6a Satz 3 und 4 SGB VI). Es liegt daher nahe, dass sich der Versicherte vor der Ausübung seines Vorschlagsrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI und seines Auswahlrechts gem. § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI an den zuständigen Versicherungsträger wendet. Dieser informelle Kontakt lässt sich zur Bevorzugung der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger nutzen. Es liegt auf der Hand, dass der Rentenversicherungsträger im Rahmen der Beratung des Versicherten eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt. Weil die Rentenversicherungsträger Leistungen zur medizinischen Rehabilitation auch durch eigene Einrichtungen erbringen, werden sie dem Versicherten diese Eigeneinrichtungen empfehlen. Das Vorschlags- und Auswahlrecht des Versicherten verstärkt daher das Diskriminierungspotenzial.²⁴⁶

d) Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahr durch Vergütungsvertrag

(17) Bei der Festlegung der einrichtungsübergreifenden Komponente des Vergütungssatzes handelt der federführende Rentenversicherungsträger hoheitlich, weil diese Komponente für alle Rentenversicherungsträger und alle Rehabilitationseinrichtungen einheitlich gilt. Da die einrichtungsübergreifende Kompo-

²⁴⁶ S. 114 ff.

nente des Vergütungsvertrags nicht ausgehandelt, sondern einseitig von der Rentenversicherung festgesetzt wird, besteht eine Diskriminierungsgefahr zulasten der Vertragseinrichtungen.²⁴⁷

(18) Dagegen handelt der federführende Rentenversicherungsträger bei der Festlegung der einrichtungsspezifischen Komponente des Vergütungssatzes nicht einseitig hoheitlich. Gleichwohl besteht auch insoweit kein echter Verhandlungsspielraum zugunsten der Rehabilitationseinrichtung. Ein gleichberechtigtes Aushandeln des Vergütungssatzes „auf Augenhöhe“ (level playing field) ist wegen des Nachfragemonopols der Rentenversicherung ausgeschlossen. Damit verbunden ist eine Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahr zulasten der Vertragseinrichtungen. Hinzu kommt, dass ebenso wie bei der Belegung nach § 15 Abs. 6a SGB VI auch bei der Vereinbarung der Vergütung nach § 15 Abs. 8 SGB VI keine Transparenz besteht im Hinblick auf die zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und den Rehabilitationseinrichtungen vereinbarten Vergütungssätze. Deshalb bleiben den Rehabilitationseinrichtungen etwaige Diskriminierungen regelmäßig verschlossen.²⁴⁸

e) Diskriminierungsgefahr durch Befugnis der DRV Bund zur Herbeiführung verbindlicher Entscheidungen

(19) Auch § 15 Abs. 9 SGB VI begründet erhebliche Diskriminierungsgefahren zulasten von Vertragseinrichtungen. Aufgrund des einseitigen Entscheidungsrechts der DRV Bund besteht die Gefahr, dass sie in den verbindlichen Entscheidungen die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherung bevorzugt gegenüber Vertragseinrichtungen. Eine gleiche Behandlung aller

²⁴⁷ S. 127 ff.

²⁴⁸ S. 127 ff.

Rehabilitationseinrichtungen ist nicht gewährleistet. § 15 Abs. 9 SGB VI ist deshalb mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar.²⁴⁹

(20) Allerdings ist die Diskriminierungsgefahr nicht bei allen verbindlichen Entscheidungen gleichermaßen stark ausgeprägt. Besonders große Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren haften den verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund zur Vergütung (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI) und zur Belegung (§ 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI) an. Der Gesetzgeber belässt der DRV Bund bei ihrer verbindlichen Entscheidung zur Belegung erhebliche Spielräume, die eine Benachteiligung von Vertragseinrichtungen nahelegen. Dasselbe gilt für die verbindliche Entscheidung der DRV Bund zum Vergütungssystem. Der Gesetzgeber hat nicht dafür Sorge getragen, dass die Vergütung nach Maßgabe eines zweistufigen Verfahrens ermittelt wird und damit eine Ausbeutung von Vertragseinrichtungen verhindert. Auch besteht wegen der einseitigen Entscheidungsmacht der DRV Bund die Gefahr, dass sie die Vertragseinrichtungen gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherung bei der Vergütung benachteiligt.²⁵⁰

2. § 15 SGB VI verstößt gegen Art. 83 f. GG

(21) Die durch § 15 Abs. 5 Satz 2 SGB VI begründete Verpflichtung der Träger der Rentenversicherung, einen federführenden Rentenversicherungsträger zu vereinbaren, führt zu einem Entzug der Länderkompetenz nach Art. 83 f. GG. Dieser Eingriff in Art. 83 f. GG dürfte sub specie des Prinzips der Bundestreue nicht gerechtfertigt sein. Das Federführerprinzip des § 15 Abs. 5 Satz 2 SGB VI verletzt daher Art. 83 f. GG. Unberührt bleibt die

²⁴⁹ S. 132 ff.

²⁵⁰ S. 132 ff.

Möglichkeit einer freiwilligen Verständigung der Rentenversicherungsträger auf einen Federführer.²⁵¹

(22) Die Befugnis der DRV Bund nach § 15 Abs. 9 SGB VI, durch verbindliche Entscheidungen den Vollzug des § 15 SGB VI in materieller Hinsicht zu vereinheitlichen, ist mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG unvereinbar. Es kann dahingestellt bleiben, ob die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund Verwaltungsvorschriften i.S.d. Art. 84 Abs. 2 GG sind. Unzweifelhaft handelt aber nicht die Bundesregierung. Außerdem sind die verbindlichen Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 SGB VI nicht an eine Zustimmung des Bundesrates geknüpft (vgl. aber Art. 84 Abs. 2 GG). Dass in der Bundesvertreterversammlung und dem Bundesvorstand der DRV Bund auch die Regionalträger vertreten sind, ändert daran nichts.²⁵²

IV. Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit der auf der Grundlage von § 15 SGB VI getroffenen hoheitlichen Entscheidungen der Rentenversicherungsträger

1. Unwirksamkeit der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund wegen fehlender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage

(23) Die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund sind bereits mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage unwirksam, weil § 15 SGB VI gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV verstößt und somit unanwendbar ist.²⁵³

²⁵¹ S. 138 ff.

²⁵² S. 142 ff.

²⁵³ S. 147 ff.

2. Unwirksamkeit der verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund wegen ihres Inhalts

(24) Die verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund sind auch deshalb unwirksam, weil sie wegen ihres Inhalts mit Art. 106 Abs. 1 AEUV unvereinbar sind. Sie verstoßen inhaltlich mehrfach gegen das Diskriminierungsverbot des Unionsrechts.²⁵⁴

(25) Soweit die verbindlichen Entscheidungen die gesetzlichen Bestimmungen des § 15 SGB VI wiederholen oder auf sie Bezug nehmen, „schlägt“ der § 15 SGB VI anhaftende Verstoß gegen Unionsrecht auf die verbindlichen Entscheidungen „durch“.²⁵⁵

(26) Außerdem verstoßen sämtliche verbindlichen Entscheidungen der DRV Bund gegen Art. 83 f. GG (Federführerprinzip). Überdies sind die verbindlichen Entscheidungen unvereinbar mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG, weil sie die Rentenversicherungsträger verpflichten, ein einheitliches IT-gestütztes System einzusetzen.²⁵⁶

(27) Über diese Verstöße gegen Unions- und Verfassungsrecht hinaus weisen die einzelnen verbindlichen Entscheidungen weitere Ausbeutungs- und Diskriminierungsgefahren auf. Sie verstoßen auch insoweit gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV und das Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes. Sie sind auch deshalb unanwendbar. Im Einzelnen:²⁵⁷

²⁵⁴ S. 149 ff.

²⁵⁵ S. 149 ff.

²⁵⁶ S. 149 ff.

²⁵⁷ S. 149 ff.

a) VE Zulassung

(28) Die auf § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 SGB VI gestützte VE Zulassung (Entwurf) ist unionsrechts- und verfassungswidrig, weil sie gesetzliche Regelungen des § 15 SGB VI aufgreift, die ihrerseits gegen Unions- und Verfassungsrecht verstoßen. Das gilt insbesondere für die Verpflichtung der Rehabilitationseinrichtungen zur Anerkennung des Vergütungssystems der DRV Bund, weil die VE Vergütung in hohem Maße intransparent ist und keine leistungsgerechte, auskömmliche Vergütung vorsieht. Die in der VE Zulassung geregelte Verpflichtung der Rehabilitationseinrichtungen, das Vergütungssystem der DRV Bund anzuerkennen, verstößt daher gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV und gegen Verfassungsrecht.²⁵⁸

b) VE Vergütung

aa) Einrichtungsübergreifende Komponente

(29) Die auf § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 SGB VI gestützte VE Vergütung (Entwurf) ist wegen Ausbeutung und Diskriminierung der Vertragseinrichtungen unwirksam, weil sie nicht erkennen lässt, welche Vergütung für welche konkrete Leistung zur medizinischen Rehabilitation gezahlt wird. Es fehlt ein Entgeltkatalog, aus dem ersichtlich ist, bei welcher jeweiligen Indikation welche bestimmte (Behandlungs-)Leistung zu erbringen ist und welcher Vergütungssatz hierfür gilt.²⁵⁹

(30) Die VE Vergütung genügt zudem nicht (einmal ansatzweise) den Anforderungen an eine leistungsgerechte, auskömmliche Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen. Als Grundlage für

²⁵⁸ S. 151 ff.

157²⁵⁹ S. 157 ff.

den Vergütungssatz scheidet der Marktpreis aus, weil er wegen des Nachfragekartells der Rentenversicherungsträger auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation nicht unter den Bedingungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs entstanden ist. Mangels funktionsfähiges Wettbewerbs fehlt ein Wettbewerbspreis, sodass der wettbewerbsanaloge Preis für die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ermittelt werden muss. Zur Ermittlung der wettbewerbsanalogen Vergütung ist das vom Bundessozialgericht entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren anzuwenden. Hierzu sind in einem ersten Schritt die (voraussichtlichen) Ist-Kosten für die jeweiligen Rehabilitationsleistungen zu ermitteln. Dazu gehören sämtliche Aufwendungen, die den Rehabilitationseinrichtungen für die Erbringung der Leistung entstehen, insbesondere Personal-, Sach-, Betriebs- und Investitionskosten einschließlich Unternehmergewinn. In einem zweiten Schritt sind die Ist-Kosten einem externen Vergleich mit Vergütungen anderer Einrichtungen zu unterziehen, damit die Leistungserbringer nur die Kosten erhalten, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung anfallen. Für den Vergütungsvergleich sind in erster Linie die von den Rentenversicherungsträgern an ihre eigenen Rehabilitationseinrichtungen gezahlten Vergütungssätze maßgebend.²⁶⁰

(31) Diesen Anforderungen genügt die VE Vergütung nicht, die für die einrichtungsübergreifende Komponente im Wesentlichen auf den Marktpreis im Jahr 2024 abhebt (Basissatz). Die in der VE Vergütung vorgesehene jährliche Anpassung des Basissatzes an die allgemeine Preis- und Kostenentwicklung setzt voraus, dass der Basissatz ordnungsgemäß ermittelt ist, woran es fehlt. Der in der VE Vergütung als Basissatz vorgesehene Marktpreis scheidet als Grundlage für die einrichtungsübergreifende

²⁶⁰ S. 157 ff.

Vergütungskomponente aus, weil er sich nicht unter den Bedingungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs herausgebildet hat. Die VE Vergütung leidet daran, dass sie zur Ermittlung des Vergütungssatzes nicht das Zwei-Stufen-Verfahren anwendet. Zudem müssen entgegen dem Wortlaut der VE Vergütung („sind möglich“) neu entstehende notwendige Kosten von den Rentenversicherungsträgern durch Anpassungen des Basissatzes außerhalb der allgemeinen Preis- und Kostenentwicklung finanziert werden. Da die VE Vergütung den Anforderungen an eine leistungsgerechte, auskömmliche Vergütung nicht genügt, ist sie unvereinbar mit Art. 106 Abs. 1 AEUV und Verfassungsrecht.²⁶¹

bb) Einrichtungsspezifische Komponente

(32) Für die zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und der einzelnen Rehabilitationseinrichtung zu vereinbarende (s. § 15 Abs. 8 Satz 2 SGB V) einrichtungsspezifische Vergütungskomponente besteht nach der VE Vergütung „ein grundsätzlich begrenzter Verhandlungsspielraum“. Hierdurch darf aber keine fixe Begrenzung des Vergütungssatzes „nach oben“ eingeführt werden. Eine fixe Begrenzung des Vergütungssatzes wäre rechtlich unzulässig. Abweichungen von einem Budget sind nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, wenn anderenfalls die notwendige medizinische Versorgung der Versicherten nicht zu gewährleisten ist, d.h., wenn der Strukturierungsauftrag des § 36 Abs. 1 SGB IX auf andere Weise nicht verwirklicht werden kann. Es muss sichergestellt sein, dass Rehabilitationseinrichtungen in ausreichender Anzahl und Qualität zur Verfügung stehen, um die Versorgung der Versicherten mit Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sicherzustellen. Hierfür ist eine leistungsgerechte, auskömmliche Vergütung der

²⁶¹ S. 157 ff.

Rehabilitationseinrichtungen unerlässlich. Die dafür notwendigen finanziellen Mittel muss die Rentenversicherung bereitstellen. Hiermit verträgt sich ein fixer, nicht atmender Finanzdeckel für die (einrichtungsspezifische) Vergütungskomponente nicht.²⁶²

(33) Die in der VE Vergütung genannten einrichtungsspezifischen Komponenten bzw. Sachverhalte genügen dem Bestimmtheitsgebot nicht. Sie gehen kaum über die Regelung im Gesetz hinaus (§ 15 Abs. 8 Satz 2 SGB VI) und bleiben sogar hinter der Gesetzesbegründung zurück. Das gilt insbesondere für die „Tarifkomponente“. Die Rentenversicherungsträger müssen Tariflöhne stets finanzieren (s. § 15 Abs. 3 Satz 5, Abs. 8 Satz 2 SGB VI, § 38 Abs. 2 SGB IX). Erst recht sind niedrigere Löhne als Tariflöhne als wirtschaftlich anzusehen. Bei einem regionalbedingt erhöhten Aufwand bei der Personalgewinnung ist aber auch ein höheres Lohngefüge gerechtfertigt. Die Tariflöhne bilden keine Obergrenze für die Finanzierung von Lohnkosten. Regionale Besonderheiten können höhere, übertarifliche Löhne und entsprechend eine höhere Vergütung rechtfertigen. Bereits aus der negativen Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG folgt schließlich, dass auch nicht tarifliche Löhne (z.B. Betriebsvereinbarungen) bei Wirtschaftlichkeit von den Rentenversicherungsträgern zu finanzieren sind.²⁶³

(34) Die VE Vergütung regelt auch nicht hinreichend bestimmt, welche leistungsspezifischen Besonderheiten (s. § 15 Abs. 8 Satz 2 Nr. 1 SGB VI) die einrichtungsspezifische Vergütungskomponente erfasst. Typische leistungsspezifische Besonderheiten wie MBOR, die Versorgung von Long-Covid-Patient*in-

²⁶² S. 162 ff.

²⁶³ S. 162 ff.

nen, der Einsatz sehr teurer Arzneimittel oder behinderungsbedingter Mehraufwand müssen in der VE Vergütung als berücksichtigungsfähig geregelt sein, sodass hierfür ein Vergütungszuschlag zu zahlen ist.²⁶⁴

(35) Mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot ist es zudem unvereinbar, dass die VE Vergütung ebenso wie § 15 SGB VI keine Auskunftsansprüche der Rehabilitationseinrichtungen bzw. Transparenzgebote für die Rentenversicherungsträger hinsichtlich der zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und der Rehabilitationseinrichtung vereinbarten einrichtungsspezifischen Vergütungskomponenten vorsieht. Es fehlt eine Regelung, die die Rentenversicherungsträger verpflichtet, die vereinbarten einrichtungsspezifischen Vergütungskomponenten allen Rehabilitationseinrichtungen gegenüber transparent zu machen.²⁶⁵

c) VE Belegung

(36) Die nach § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI herbeizuführende VE Belegung (Entwurf) weist besonders offenkundige Diskriminierungen von Vertragseinrichtungen auf und verstößt deshalb gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV und Verfassungsrecht.²⁶⁶

(37) Die Verpflichtung der Rentenversicherungsträger zur Nutzung eines einheitlichen IT-Verfahrens für die Bestimmung der Rehabilitationseinrichtung zur Versorgung des Versicherten verstößt gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG.²⁶⁷

²⁶⁴ S. 162 ff.

²⁶⁵ S. 162 ff.

²⁶⁶ S. 167 ff.

²⁶⁷ S. 167 ff.

aa) Versicherter hat Vorschlagsrecht ausgeübt

(38) Macht der Versicherte von seinem Vorschlagsrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI Gebrauch und schlägt dem zuständigen Rentenversicherungsträger eine Rehabilitationseinrichtung vor, wird nach der VE Belegung geprüft, ob die (Fachabteilung der) Rehabilitationseinrichtung die objektiven sozialmedizinischen Kriterien (Hauptdiagnose, Nebendiagnosen, unabdingbare Sonderanforderungen) erfüllt. Sofern diese erfüllt sind und keine dem Vorschlag sonst entgegenstehenden Gründe vorliegen, wird dem Vorschlag entsprochen. Allerdings ist unklar, welche „Sonderanforderungen“ die Rehabilitationseinrichtung ggf. erfüllen muss. Auch ist nicht näher geregelt, aus welchen „dem Vorschlag sonst entgegenstehenden Gründen“ der Vorschlag des Versicherten abgelehnt werden darf. All dies ist intransparent und konkretisierungsbedürftig.²⁶⁸

(39) Für den Fall, dass der Versicherte mehrere Rehabilitationseinrichtungen ohne Reihung vorschlägt, fehlt in der VE Belegung eine Regelung, nach welchen Kriterien die Auswahl vom Rentenversicherungsträger zu treffen ist. Hierdurch wird die nach § 15 Abs. 6a SGB VI ohnehin bestehende Diskriminierungsgefahr zu Lasten von Vertragseinrichtungen zusätzlich erhöht. Das ist mit Art. 106 Abs. 1 AEUV und mit Verfassungsrecht unvereinbar.²⁶⁹

(40) Das Gleiche gilt, wenn sich der Vorschlag des Versicherten nicht auf konkrete Rehabilitationseinrichtungen, sondern nur auf bestimmte Eigenschaften von Rehabilitationseinrichtungen bezieht (z.B. „Klinik am Meer“). Auch für diesen Fall geht aus der VE Belegung nicht hervor, welche konkrete Rehabilitationsein-

²⁶⁸ S. 170 ff.

²⁶⁹ S. 170 ff.

richtung der Rentenversicherungsträger dem Versicherten zuweist. Letztlich wird der Rentenversicherungsträger eine eigene Vorschlagsliste mit Rehabilitationseinrichtungen erstellen, die die vom Versicherten gewünschten Eigenschaften aufweisen. Die Erstellung dieser Vorschlagsliste richtet sich nach § 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI. Die VE Belegung behandelt diese Konstellation unzutreffend als Fall des § 15 Abs. 6a Satz 1 SGB VI statt als Fall des § 15 Abs. 6a Satz 4 SGB VI.²⁷⁰

bb) Versicherter hat Vorschlagsrecht nicht ausgeübt oder seinem Vorschlag kann nicht entsprochen werden

(41) Unterbreitet der Versicherte keinen Vorschlag oder kann seinem Vorschlag nicht entsprochen werden, erstellt nach der VE Belegung der zuständige Rentenversicherungsträger eine Vorschlagsliste, die jeweils zwei von den Trägern der Rentenversicherung betriebene Rehabilitationseinrichtungen und zwei von anderen betriebene Rehabilitationseinrichtungen nennt (2+2-Regelung). Nur innerhalb dieser beiden Blöcke werden die vorzuschlagenden Rehabilitationseinrichtungen nach den Kriterien Qualität der Rehabilitationseinrichtungen, Wartezeit bis zur Aufnahme und Entfernung zum Wohnort des Rehabilitanden bestimmt. Trifft der Rehabilitand innerhalb der in § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI geregelten Frist von 14 Tagen keine Auswahl unter den vom Rentenversicherungsträger vorgeschlagenen Rehabilitationseinrichtungen, wählt der Rentenversicherungsträger die dem Rehabilitanden an erster Stelle vorgeschlagene Rehabilitationseinrichtung aus.²⁷¹

(42) Die 2+2-Regelung ist verstößt in eklatanter Weise gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 106 Abs. 1 AEUV. Insoweit

²⁷⁰ S. 170 ff.

²⁷¹ S. 172 ff.

manifestiert sich in der VE Belegung die aus der fehlenden Trennung hoheitlicher und unternehmerischer Funktionen resultierende Diskriminierungsgefahr. Offensichtlich diskriminierend ist bereits der in der VE Belegung geregelte erste Schritt der Aufteilung der Vorschlagsliste auf Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger und Rehabilitationseinrichtungen Dritter. Eine solche Blockbildung ist schon mit den Vorgaben des § 15 Abs. 6a SGB VI unvereinbar, weil danach die Belegung nach der nachweislich besten Qualität der Rehabilitationseinrichtungen vorzunehmen ist (s. auch § 15 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 SGB VI). Nur solche Rehabilitationseinrichtungen dürfen auf der Vorschlagsliste des Rentenversicherungsträgers stehen. Qualitativ am besten geeignet können im Einzelfall Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger oder Rehabilitationseinrichtungen Dritter sein. Welche Einrichtung die Leistung in der bestmöglichen Qualität erbringt, ist aber im konkreten Fall bezogen auf den jeweiligen Versicherten zu prüfen und darf nicht durch Vorabaufteilung der Vorschlagsliste festgelegt werden.²⁷²

(43) Ungeachtet dessen liegt eine die Vertragseinrichtungen diskriminierende Bevorzugung der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger auch darin, dass nach der VE Belegung die Einrichtungen der Rentenversicherungsträger zu 50% bedacht werden, obwohl ihr Marktanteil nur bei ca. 30% liegt. Eine Kontingentierung der Vorschlagsliste dürfte daher Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger allenfalls nach Maßgabe ihres Marktanteils berücksichtigen, also zu einem Drittel. Letztlich kommt es hierauf aber nicht an, weil die Vorabaufteilung der Vorschlagsliste als solche diskriminierend und damit unzulässig ist. Sie lässt unberücksichtigt, dass in je-

²⁷² S. 172 ff.

dem Einzelfall geprüft werden muss, welche Rehabilitationseinrichtungen (der Rentenversicherungsträger oder Dritter) die Leistung in der nachweislich besten Qualität erbringen.²⁷³

(44) Die 2+2-Regelung lässt sich auch nicht dadurch rechtfertigen, dass die Rentenversicherungsträger nach den vergaberechtlichen Regelungen des GWB (s. § 130 GWB), welche die Richtlinie 2014/24/EU umsetzen, prinzipiell auch zu einer In-House-Vergabe der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation an ihre eigenen Rehabilitationseinrichtungen berechtigt sein könnten. In diesem Fall müssten sie nur den Bedarf, der in ihren eigenen Rehabilitationseinrichtungen nicht abgedeckt werden kann, durch Beauftragung von Rehabilitationseinrichtungen Dritter decken. Eine solche Vorabbelegung eigener Rehabilitationseinrichtungen sieht das Sozialgesetzbuch aber gerade nicht vor. Nach § 15 Abs. 6a SGB VI darf bei der Belegung von Rehabilitationseinrichtungen nicht zwischen Einrichtungen der Rentenversicherungsträger und Einrichtungen Dritter differenziert werden. § 15 Abs. 6a SGB VI kommt nicht erst zum Zuge, wenn die Kapazitäten der von den Rentenversicherungsträgern betriebenen Rehabilitationseinrichtungen erschöpft sind.²⁷⁴

(45) Ebenso kann die 2+2-Regelung nicht unter Berufung auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit legitimiert werden, weil er sich nicht auf die Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger bezieht, sondern auf das gesamte System der gesetzlichen Rentenversicherung, zu dem auch die Rehabilitationseinrichtungen Dritter gehören.²⁷⁵

²⁷³ S. 172 ff.

²⁷⁴ S. 172 ff.

²⁷⁵ S. 172 ff.

(46) Gegen das Diskriminierungsverbot verstößt auch der in der VE Belegung zur Erstellung der Vorschlagsliste vorgesehene zweite Schritt. Es fehlt eine Gewichtung der Kriterien Qualität der Rehabilitationseinrichtungen, Wartezeit bis zur Aufnahme und Entfernung zum Wohnort des Rehabilitanden, die für die Bestimmung der in die Vorschlagsliste aufzunehmenden Einrichtungen maßgeblich sind. Die VE Belegung lässt den Auswahlalgorithmus offen und perpetuiert damit die bereits nach § 15 Abs. 6a SGB VI bestehende Diskriminierungsgefahr zulasten von Vertragseinrichtungen.²⁷⁶

(47) Die (lediglich) aus Begleitdokumenten der Rentenversicherungsträger hervorgehende Gewichtung der Kriterien der Qualität mit 50 %, der Wartezeit mit 40 % und der Entfernung mit 10 % leidet daran, dass sie nicht auf die einzelnen Indikationen, Nebenindikationen und unabdingbaren Sonderanforderungen bezogen ist. Eine indikationsunabhängige, pauschale Gewichtung der Wartezeit mit 40 % erscheint ebenso problematisch wie die Außerachtlassung der persönlichen und gesundheitlichen Umstände des Versicherten beim Entfernungskriterium.²⁷⁷

(48) Die fehlende Gewichtung der Belegungskriterien in der VE Belegung ist nicht nur für die Bestimmung der in die Vorschlagsliste aufzunehmenden Rehabilitationseinrichtungen essenziell, sondern auch für die Reihung auf der Liste. Nach der VE Belegung weist der Rentenversicherungsträger dem Versicherten die an erster Stelle der Liste vorgeschlagene Rehabilitationseinrichtung zu, wenn der Versicherte von seinem Auswahlrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI nicht (innerhalb der 14-Tage-Frist) Gebrauch macht. Die Parameter für die Belegung der Plätze 1 bis 4 auf der Vorschlagsliste müssen daher feststehen.

²⁷⁶ S. 172 ff.

²⁷⁷ S. 172 ff.

Im Übrigen wird auch der Versicherte, wenn er von seinem Auswahlrecht nach § 15 Abs. 6a Satz 5 SGB VI Gebrauch macht, regelmäßig die auf Platz 1 stehende Klinik wählen. Offensichtlich unzulässig wäre es, stets eine von den Rentenversicherungsträgern betriebene Rehabilitationsklinik an erster Stelle zu nennen. Auf Platz 1 der Vorschlagsliste muss die Rehabilitationseinrichtung stehen, die bei Anwendung sämtlicher relevanten Belegungskriterien und des Auswahlalgorithmus die beste Gesamtqualität hat.²⁷⁸

3. Unwirksamkeit des Belegungsvertrags

(49) Der nach § 15 Abs. 6 SGB VI zwischen dem federführenden Rentenversicherungsträger und der zugelassenen Rehabilitationseinrichtung zu schließende Belegungsvertrag (Entwurf) verstößt wegen mehrfacher Diskriminierungen gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV und ist deshalb unwirksam. Insbesondere.²⁷⁹

- § 3 Abs. 4 Belegungsvertrag: Die Rehabilitationseinrichtung teilt dem Federführer andere Kostensätze (Leistungspakete) einschließlich Verträge nach § 140a SGB V mit.

Es handelt sich um eine einseitig die Rentenversicherungsträger begünstigende und die Vertragseinrichtungen diskriminierende Regelung.

- § 4 Abs. 2 Belegungsvertrag: Das Angebot von über die in § 4 Abs. 1 Belegungsvertrag genannten, hinausgehenden und gesondert zu zahlenden Leistungen – zum Beispiel Behandlung durch die leitende Ärztin (Chefärztin, Ärztliche Direktorin) oder den leitenden Arzt (Chefarzt/ Ärztlicher Direktor), weiterge-

²⁷⁸ S. 172 ff.

²⁷⁹ Hierzu und zum Folgenden S. 178 ff.

hende Therapiemaßnahmen oder spezielle diagnostische Angebote – ist nicht zulässig. Ebenso unzulässig ist das Angebot einer sog. Komfortzimmerunterbringung.

Diese Vertragsbestimmung ist unvereinbar mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit der privaten Träger von Rehabilitationseinrichtungen (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie mit den Grundrechten der Versicherten (v.a. Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 GG).

- § 8 Abs. 4 und § 12 Belegungsvertrag: Die Rehabilitationseinrichtung räumt dem Federführer das Recht zur jederzeitigen Kontrolle und Inspektion ein. Der Federführer ist berechtigt, die Rehabilitationseinrichtung ohne vorherige Anmeldung jederzeit zu überprüfen.

Für Betretungs- und Besichtigungsrechte der Rentenversicherungsträger bei Vertragseinrichtungen fehlt eine gesetzliche Rechtsgrundlage (Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes). Der Gesetzesvorbehalt darf nicht dadurch ausgehebelt werden, dass sich die Träger der Rentenversicherung einseitig, d.h. durch den von ihnen festgesetzten Belegungsvertrag ein (zudem nicht anlassbezogenes) Zugangsrecht bei den Rehabilitationseinrichtungen verschaffen.

- § 11 Abs. 4 Belegungsvertrag: Die Belegung durch andere Rehabilitationsträger sowie die dafür zur Verfügung stehende personelle Ausstattung der jeweiligen Fachabteilung ist mitzuteilen.

Es handelt sich um eine einseitig die Rentenversicherungsträger begünstigende und die Vertragseinrichtungen diskriminierende Regelung.

- § 11 Abs. 5 Belegungsvertrag: Die Besetzung der jeweiligen Stelle der leitenden Ärztin (Chefärztin, Ärztlichen Direktorin) oder des leitenden Arztes (Chefarztes, Ärztlichen Direktors) und deren/dessen Vertretung in der/den zugelassenen Abteilung(en) erfolgt im Benehmen mit dem Federführer. Soweit in einer zugelassenen Fachabteilung Leistungen zur medizinischen Rehabilitation bei Abhängigkeitserkrankungen erbracht werden, muss die Fachabteilung den Federführer auch über die Neubesetzung der Psycholog*innen-, Suchttherapeut*innen-, Sozialarbeiter*innen und weiteren Therapeutenstellen informieren und auf Verlangen des Federführers vor Einstellung die Qualifikationsunterlagen zur Prüfung übersenden.

Diese Vertragsbestimmung ist wegen offenkundiger Diskriminierung der Vertragseinrichtungen unwirksam. Überdies würde der vom Gesetzgeber intendierte Wettbewerb auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation um die qualitativ besten und zugleich wirtschaftlichsten Kliniken gestört, wenn Vertragseinrichtungen medizinisches Personal nur im Benehmen mit dem Federführer der gesetzlichen Rentenversicherung einstellen dürften. Dieser Wettbewerb setzt voraus, dass die Vertragseinrichtungen autonom über das bei ihnen beschäftigte Personal entscheiden. Die Rentenversicherungsträger können sich durch das Benehmenserfordernis außerdem Wettbewerbsvorteile verschaffen, indem sie z.B. ihr Benehmen verweigern, um gutes Personal bei den Rehabilitationseinrichtungen zu verhindern. Auch aus diesem Grund ist § 11 Abs. 5 Belegungsvertrag wegen Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV unwirksam.

V. Reformvorschläge

(50) Die Umsetzung des aus Unionsrecht (Art. 106 Abs. 1 AEUV), allgemeinem Wettbewerbsrecht (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) und Verfassungsrecht folgenden Gebots der Trennung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der Rentenversicherungsträger bereitet wegen der organisationsrechtlichen Vorgaben des Art. 87 Abs. 2 GG Schwierigkeiten. Die Wahrnehmung der hoheitlichen Funktionen des § 15 SGB VI ist das Führen eines Sozialversicherungsträgers i.S.d. Art. 87 Abs. 2 GG. Deshalb dürfen die Befugnisse nicht auf einen Träger der unmittelbaren Bundes- oder Landesverwaltung (wie die Rechtsaufsicht über die Rentenversicherungsträger) übertragen werden. Die hoheitlichen Befugnisse nach § 15 SGB VI sind Aufgaben der Sozialversicherung und daher von Trägern der Sozialversicherung i.S.d. Art. 87 Abs. 2 GG wahrzunehmen.²⁸⁰

(51) Ebenso wenig darf mit der Wahrnehmung der hoheitlichen Funktionen nach § 15 SGB VI eine unabhängige Stelle innerhalb eines Rentenversicherungsträgers (z.B. DRV Bund) betraut werden, die organisatorisch, personell und sachlich-inhaltlich unabhängig vom Rentenversicherungsträger ist. Eine solche Aufgabenübertragung auf eine unabhängige Stelle innerhalb eines Rentenversicherungsträgers wäre mit Art. 87 Abs. 2 und Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar.²⁸¹

(52) Dem Diskriminierungsverbot lässt sich durch Bildung eines gemeinsamen Entscheidungsgremiums aus Vertretern der Rentenversicherungsträger und der Vertragseinrichtungen Rechnung tragen, das mit der Wahrnehmung der hoheitlichen Funkti-

²⁸⁰ S. 186 ff.

²⁸¹ S. 188 ff.

onen i.S.d. § 15 SGB VI betraut wird. Durch eine gleichberechtigte Teilhabe der Vertragseinrichtungen bzw. ihrer Verbände an hoheitlichen Entscheidungen nach § 15 SGB VI (Konsensgebot) wäre die gebotene Gleichbehandlung aller Rehabilitationseinrichtungen gewährleistet. Es wäre sichergestellt, dass die nach § 15 SGB VI zu treffenden hoheitlichen Entscheidungen nicht zu einer Privilegierung der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherung und damit zu einer Diskriminierung der Rehabilitationseinrichtungen Dritter führen.²⁸²

(53) Eine Beteiligung von Vertretern der Vertragseinrichtungen an der Bundesvertreterversammlung bzw. dem Bundesvorstand der DRV Bund (Änderung des § 138 Abs. 2 SGB VI i.V.m. § 64 Abs. 4 SGB IV) kommt sub specie des verfassungsrechtlichen Verbots der Mischverwaltung nicht in Betracht. Zulässig ist nur eine bundesgesetzliche Verpflichtung der DRV Bund zur Kooperation mit den Regionalträgern (Benehmensefordernis), nicht aber die bundesgesetzliche Errichtung eines gemeinsamen Entscheidungsgremiums bestehend aus Vertretern der DRV Bund und der Regionalträger bei der DRV Bund.²⁸³

(54) Zur Verwirklichung des Benehmensefordernisses können die DRV Bund und die Regionalträger ein gemeinsames Entscheidungsgremium bilden. An diesem gemeinsamen Entscheidungsgremium aus Vertretern der DRV Bund und der Regionalträger müssen die Vertragseinrichtungen bzw. Vertreter ihrer Verbände beteiligt sein, um ihre Interessen gleichberechtigt zur Geltung bringen zu können und Diskriminierungen bei der Beschaffung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation auszuschließen. Um die Gleichbehandlung aller Rehabilitationsein-

²⁸² S. 193 ff.

²⁸³ S. 193 ff.

richtungen auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation sicherzustellen, ist eine gleichberechtigte Teilhabe der Vertragseinrichtungen an den hoheitlichen Entscheidungen nach § 15 SGB VI erforderlich. Es muss sichergestellt sein, dass keine Entscheidung gegen den Willen der Vertragseinrichtungen getroffen wird. Die hoheitlichen Entscheidungen müssen einvernehmlich von den Rentenversicherungsträgern (DRV Bund und Regionalträger) und den Trägern der Vertragseinrichtungen zustande kommen (Konsensgebot).²⁸⁴

(55) Dieses auf dem Konsensgebot beruhende gemeinsame Entscheidungsgremium ist zur Herbeiführung der verbindlichen Entscheidungen nach § 15 Abs. 9 SGB VI geeignet. Auf den anderen Entscheidungsebenen (Zulassung, Belegungsvertrag, Belegung, Vergütungsvertrag) lässt sich das gemeinsame Entscheidungsgremium wegen der in § 15 SGB VI vorgesehenen Zuständigkeit des federführenden Rentenversicherungsträgers bzw. des zuständigen Rentenversicherungsträgers als Wanderorgan ausgestalten. Wenn ein Wanderorgan aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität untunlich erscheint, bedarf der federführende Rentenversicherungsträger der Kontrolle durch das gemeinsame (Entscheidungs-)Gremium. Das gemeinsame (Entscheidungs-)Gremium fungiert insoweit als Beschwerde- und Kontrollinstanz.²⁸⁵

²⁸⁴ S. 193 ff.

²⁸⁵ S. 197 ff.