

– Fachbeitrag E5-2019 –

21.08.2019

Vergaberecht und die „open-house“-Zulassungs- und Belegungspraxis der Deutschen Rentenversicherung¹ **Bericht vom REHA-Rechtstag 2018**

Von René Dittmann (LL.M.), Universität Kassel

Rechtsanwältin **Birgit Lotz** (Düsseldorf) setzte sich auf dem REHA-Rechtstag 2018 damit auseinander, ob das Vergaberecht bei der Inanspruchnahme von Rehabilitationseinrichtungen und der sogenannten Rehabilitandensteuerung durch Rehabilitationsträger anzuwenden sei. Im Fokus stand die „open-house“-Zulassungs- und Belegungspraxis der Deutschen Rentenversicherung (DRV) in der medizinischen Rehabilitation.²

I. Grundlagen des Vergaberechts, das „open-house-Modell“ und die Zulassungspraxis der DRV

Das Vergaberecht wird wesentlich durch europäische Richtlinien bestimmt und ist somit innerhalb der Europäischen Union (EU) harmonisiert. Insbesondere wurde die Richtlinie (RL) 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe genannt, die 2014 verabschiedet wurde und die eine Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) sowie die Einführung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) zur Folge hatte. Nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB werden öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und durch transparente Verfahren vergeben. Ein solches Vergabeverfahren muss dann durchgeführt werden, wenn es sich um einen öffentlichen Auftraggeber (§§ 98, 99 GWB) sowie um einen öffentlichen Auftrag (§ 103 Abs. 1 GWB) handelt, die Schwellenwerte nach § 106 GWB überstiegen werden und kein Ausnahmestatbestand (z. B. § 107 GWB) vorliegt. Die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber sei, so Lotz, bei der gesetzlichen Rentenversicherungsträgern anzunehmen³. Diskutabel sei

¹ Dieser Beitrag wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag E5-2019 in der Kategorie E: Recht der Dienste und Einrichtungen veröffentlicht; Zitiervorschlag: Dittmann: Vergaberecht und die „open-house“-Zulassungs- und Belegungspraxis der Deutschen Rentenversicherung – Bericht vom REHA-Rechtstag 2018; Beitrag E5-2019 unter www.reha-recht.de; 21.08.2019.

² Der Vortrag basierte auf: Meyer-Hofmann, B., Bördner, J., Kruse, O., Die Ausschreibung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, NZS 12/2018, S. 473–481.

³ Vgl. BayObIG, Beschluss vom 21. Oktober 2004 – Verg 17/04.

jedoch, ob die Zulassungs- und Belegungspraxis von Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation durch die DRV ein öffentlicher Auftrag ist.

Ein öffentlicher Auftrag liegt dann vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Unternehmen einen entgeltlichen Vertrag über die Beschaffung von Leistungen abschließt. Bei den Leistungen muss es sich um die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen handeln (§ 103 Abs. 1 GWB). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) habe zudem festgestellt, dass mit der Eigenschaft des öffentlichen Auftrags „[d]ie Auswahl eines Angebots und somit eines Auftragnehmers“⁴ untrennbar verbunden ist. Diese Voraussetzung ist bei dem sogenannten „open-house-Modell“ nicht gegeben. Dabei handelt es sich um „ein Vertragssystem [...], mittels dessen eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Voraus festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen, und ihnen während der gesamten Laufzeit des Systems gestattet, ihm beizutreten“⁵.

Lotz führt aus, dass die DRV Bund in ihrer Verantwortung für Grundsatz- und Querschnittsaufgaben der gesetzlichen Rentenversicherung gem. § 138 Abs. 1 S. 2 Nr. 4a SGB VI in Verbindung mit § 51 Abs. 2 Nr. 4a der Satzung der DRV Bund⁶ für alle Träger der Rentenversicherung verbindlich (§ 138 Abs. 2 S. 1 SGB VI) beschlossen habe⁷, ein dem „open-house-Modell“ des EuGH entsprechendes, auf zwei Ebenen stattfindendes Verfahren für die Auswahl der Leistungserbringer zur medizinischen Rehabilitation durchzuführen. Auf der ersten Ebene werde mit den Leistungserbringern ein Vertrag nach § 38 SGB IX über die Zulassung zur Erbringung von medizinischen Rehabilitationsleistungen abgeschlossen. Laut DRV bedürfe diese Praxis keiner Ausschreibung, weil die Leistungserbringer einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages nach § 38 SGB IX haben, wenn die Rehabilitationseinrichtung gegenüber der DRV ihre Eignung anhand einheitlich definierter Anforderungen nachgewiesen hat. Auf zweiter Ebene findet anhand verschiedener Kriterien die Auswahl der im Einzelfall am besten geeigneten Reha-Einrichtung (§ 36 Abs. 2 S. 1 SGB IX) statt. Zunächst wird ein ggfs. geltend gemachtes Wunsch- und Wahlrecht auf seine Berechtigung geprüft. Neben sozialmedizinischen Kriterien wird die Auswahl ansonsten anhand der Qualität der Einrichtung, der Wartezeit bis zur Aufnahme, der Transportfähigkeit im Hinblick auf die Entfernung zum

⁴ EuGH, Urt. v. 02. Juni 2016 – C-410/14 -, NZS 2016, 542 (543).

⁵ EuGH, Urt. v. 02. Juni 2016 – C-410/14 -, NZS 2016, 542 (543).

⁶ Abrufbar unter: <https://deutsche-rentenversicherung.de/Bund/DE/Ueber-uns/Organisation/satzung.pdf;jsessionid=A7C7C5F83238C8D68813D450D31B0EC8.delivery1-1-replication?blob=publicationFile&v=4>, zuletzt abgerufen am 21.08.2019.

⁷ Durch die vom Bundesvorstand der Deutschen Rentenversicherung Bund getroffenen und seit dem 25.08.2017 in Kraft getretenen verbindlichen Entscheidung „Beschaffungen von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation“, RVaktuell, 5/6/2017 und https://deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Struktur-und-Organisation/Selbstverwaltung/verbindliche-entscheidungen/2017/20170825_leistungen_zur_medizinischen_reha.html, zuletzt abgerufen am 21.08.2019.

Wohnort und des Preises der Einrichtung für die Durchführung der Rehabilitationsmaßnahme getroffen.⁸

II. Das offene Zulassungsverfahren der DRV im Bereich der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation – ein „open-house-Modell“?

Lotz stellte anschließend folgende zwei Fragen zum Zulassungsverfahren der DRV. Handelt es sich beim § 38 SGB IX, der Vertragsinhalte der Rehabilitationsträger mit den Leistungserbringern vorgibt, um eine spezielle Norm, die die Anwendung des Vergaberechts ausschließt und werden die Kriterien des ausschreibungsfreien „open-house-Modells“ von der DRV richtig angewandt?

Die Verdrängung einer allgemeinen Norm (lex generalis) durch eine spezielle Norm (lex specialis) setze voraus, dass sich die beiden konkurrierenden Gesetze widersprechen. Dies sei bei § 38 SGB IX jedoch nicht der Fall. Zwar werden darin ausdrücklich Verträge mit Leistungserbringern geregelt, allerdings keine Aussagen zur (Nicht-)Anwendung des Vergaberechts getroffen.

Zweifelhaft sei die Übertragbarkeit des „open-house-Modells“ auf die dargestellte Zulassungs- und Belegungspraxis der DRV. Problematisch sei nicht die erste, sondern die zweite Ebene, auf der die am besten geeignete Rehabilitationseinrichtung ausgewählt wird – eine Auswahl also stattfindet. Darüber hinaus sei es bei der Auswahl der Rehabilitationseinrichtung kritisch, dass diese nicht anhand einer klaren „Schwarz-Weiß-Abgrenzung“ (z. B. Preis), sondern anhand von Qualitätskriterien erfolge. Eine Übertragung des „open-house-Modells“ auf Reha-Leistungen sei daher schwierig.

Lotz fordert daher vom Gesetzgeber, dass bei sozialen Dienstleistungen offene Zulassungssysteme explizit als weitere Verfahrensart in das Vergaberecht aufgenommen sowie eine gesetzliche Regelung für das „open-house-Verfahren“ geschaffen werden müsse. Zudem seien Regelungen erforderlich, die die Bereitstellung von Rehabilitations- und Teilhabeleistungen im sozialrechtlichen Dreieck in einem offenen Zulassungsverfahren dauerhaft sicherstellen und die Leistungsbeziehung zwischen den gesetzlichen Rehabilitationsträgern und den Leistungsanbietern entsprechend ausgestalten.

In der Diskussion wurde zugestimmt, dass die zweite Ebene der DRV-Zulassungs- und Belegungspraxis mit Blick auf das Vergaberecht problematisch sei. Allerdings wurde der Kritik am Kriterium der Qualität widersprochen, denn es sei eine zweifelsfreie Auswahl nach der Geeignetheit im Einzelfall möglich. Lotz entgegnete, dass letztlich dennoch eine Auswahl durch die DRV getroffen werde, wodurch das Vergaberecht nicht ausge-

⁸ Vgl. https://deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Struktur-und-Organisation/Selbstverwaltung/verbindliche-entscheidungen/2017/20170825_leistungen_zur_medizinischen_reha.html, zuletzt abgerufen am 21.08.2019.

geschlossen werde. Dem wird entgegengebracht, dass bei der Auswahl der Reha-Einrichtung im Einzelfall die Schwellenwerte nach § 106 GWB nicht überschritten werden und somit das Vergaberecht nicht anzuwenden sei.

Gefragt wurde zudem, welche Klagemöglichkeit eine Rehabilitationseinrichtung bei Nicht-Inanspruchnahme („Belegung“) im Einzelfall habe. Möglich sei, so Lotz, ein Antrag auf ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer, gegen dessen Ergebnis ggfs. eine Beschwerde beim zuständigen Oberlandesgericht eingelegt werden kann. Problematisch sei allerdings auch hier, dass die Auswahlentscheidung im Einzelfall regelmäßig nicht die Schwellenwerte übersteigen wird. Da es sich in einem solchen Fall um eine Streitigkeit im sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht handelt, könnte ggfs. auch die Sozialgerichtsbarkeit zuständig sein.

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf www.reha-recht.de.
