

**Angemessene Vergütung gem. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1
Satz 2 Nr. 4 SGB IX für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation
Abhängigkeitskranker im Zuständigkeitsbereich der
Deutschen Rentenversicherung Braunschweig-Hannover**

Rechtsgutachten

im Auftrag der

Deutschen Rentenversicherung Braunschweig-Hannover,
des Bundesverbands für stationäre Suchtkrankenhilfe e.V.,
des Fachverbands Drogen- und Suchthilfe e.V.
und des Fachverbands Sucht e.V.

von

Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.
Leibniz Universität Hannover

unter Mitarbeit von

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf
Universität Leipzig

Vorläufige Endfassung*

Stand: Dezember 2017

* Die vorläufige Endfassung des Rechtsgutachtens basiert auf dem SGB IX i.d.F. vom 31.12.2017.

Inhaltsverzeichnis

A.	Gutachtenauftrag und Untersuchungsgang	8
B.	Dreistufiges Verfahren der Erbringung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch Träger der gesetzlichen Rentenversicherung in Vertragseinrichtungen i.S.d. § 21 SGB IX	11
I.	Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen zur Ausführung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch Versorgungsvertrag gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI, § 21 SGB IX (1. Stufe)	12
1.	Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf Zulassung (Kontrahierungszwang)	12
a)	Gesetzlicher und verfassungsrechtlicher Kontrahierungszwang	12
b)	Keine Durchbrechung des Kontrahierungszwangs durch das Reha-Budget gem. § 220 SGB VI.....	15
2.	Inhalt des Versorgungsvertrags	18
3.	Vertragspartner des Versorgungsvertrags	22
4.	Rechtswirkung des Versorgungsvertrags	24
II.	Inanspruchnahme der Rehabilitationseinrichtungen durch die Rentenversicherungsträger (3. Stufe).....	25
1.	Kriterien der Ermessensauswahl	25
2.	Bedeutung des Reha-Budgets gem. § 220 SGB VI für den Leistungsumfang	28

C.	Vergütungsvereinbarung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (2. Stufe)	34
I.	Erforderlichkeit eines Vergütungsvertrags oder einseitig hoheitliche Festsetzung der Vergütung durch Rentenversicherungsträger?	36
1.	Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 21 SGB IX	36
2.	Parallele zu anderen Leistungsgesetzen	38
3.	Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes	39
4.	Strukturelles Ungleichgewicht zwischen Rentenversicherungsträgern und Rehabilitationseinrichtungen im Markt der medizinischen Rehabilitation	40
II.	Separate Vergütungsvereinbarung neben Versorgungsvertrag	51
III.	(Einseitiger) Kontrahierungszwang zum Abschluss der Vergütungsvereinbarung	53
IV.	Vertragspartner der Vergütungsvereinbarung: Individual- oder Kollektivvertrag?	56
V.	Schriftlichkeit der Vergütungsvereinbarung	61
D.	Vergütungshöhe: Ausführung der Leistung nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, insbesondere zu angemessenen Vergütungssätzen (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX)	61
I.	Angemessene Vergütungssätze	62
II.	Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	66
III.	Bedeutung des Reha-Budgets gem. § 220 VI für die Vergütungshöhe	67

IV. Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Angemessenheit der Vergütung von Leistungserbringern im Pflege- und Krankenversicherungsbereich.....	68
1. Frühere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Ermittlung leistungsgerechter Pflegesätze i.S.d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI (Urteile vom 14. Dezember 2000)	69
2. Kritik im Schrifttum an der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts	70
3. Neue Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: Zwei-Stufen-Verfahren zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung.....	71
a) Ermittlung der angemessenen Vergütung durch Kostenprüfung und Vergütungsvergleich.....	72
aa) Erste Stufe: Kostenprüfung des einzelnen Leistungserbringers	72
bb) Zweite Stufe: Externer Vergütungsvergleich	74
b) Übertragung des für den stationären Pflegebereich entwickelten Zwei-Stufen-Verfahrens auf die Vergütung ambulanter Pflegeleistungen und weitere Bereiche des Sozialversicherungsrechts ...	78
c) Bundessozialgericht: Differenzierung zwischen Einzel- und Kollektivverträgen auf der Leistungserbringerseite.....	79
4. Analyse der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: Gründe für das Zwei-Stufen-Verfahren.....	81
a) Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 13. Mai 2015: Erforderlichkeit des Zwei-Stufen-	

Verfahrens zur Verwirklichung sozialversicherungsrechtlicher Ziele	81
b) Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 29. Januar 2009: Fehlen funktionsfähigen Wettbewerbs in Leistungserbringermärkten; Gründe hierfür bleiben im Dunkeln	83
V. Verfassungs- und kartellrechtliche Einordnung des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung	86
1. Verfassungsrecht: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staats bei gestörter Vertragsautonomie.....	86
a) Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu gestörter Vertragsparität	86
b) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anspruch auf angemessene Vergütung im Urheberrecht.....	88
2. Kartellrecht: Ermittlung wettbewerbsanaloger Preise bei Fehlen funktionsfähigen Wettbewerbs	90
a) Ausbeutungsmissbrauch durch erhöhte Verkaufspreise marktbeherrschender Anbieter (Angebotsmärkte)	92
b) Ausbeutungsmissbrauch durch niedrige Einkaufspreise marktbeherrschender Nachfrager (Nachfragemärkte).....	95
VI. Übertragbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts auf die angemessene Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX	99

1. Übertragbarkeit aufgrund von Parallelen zwischen § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX und § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI in Normtext und -struktur	99
2. Übertragbarkeit aus verfassungsrechtlichen Gründen: Zwei-Stufen-Verfahren als Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten infolge gestörter Vertragsautonomie.....	103
3. Keine Einwände gegen die Übertragbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens	107
a) Doppelfunktion der Kostenprüfung: Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Leistungserbringer und des Versorgungsauftrags der Leistungsträger	107
b) Keine Übertragbarkeit aufgrund Wettbewerbsprinzips im Bereich medizinischer Rehabilitation Abhängigkeitskranker?	109
c) Keine Übertragbarkeit aufgrund fehlenden Kontrahierungszwangs?	109
4. Fazit	110
E. Ermittlung der angemessenen Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts ...	111
I. Konkrete Leistungsbeschreibung ist Voraussetzung für Kostenprüfung und Vergütungsvergleich	113
1. Gesetzliche Anforderungen an die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation	113
2. Vertragliche Anforderungen an die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation	116

II. Erste Stufe: Kostenprüfung	122
1. Gestehungskosten	122
2. Hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung als Grundlage und Voraussetzung für Kostenprüfung	124
3. Wirtschaftlichkeitsprüfung bei der Bestimmung not- wendiger Ist-Kosten	124
4. Notwendigkeit der Ermittlung der Gestehungskosten aller Leistungserbringer	125
5. Berücksichtigungsfähigkeit des Risikos der Nicht- Belegung.....	126
6. Kapitalverzinsung.....	128
III. Zweite Stufe: Externer Vergütungs- bzw. Kostenver- gleich.....	130
1. Gegenstand des Vergleichs: Kosten, nicht Vergü- tungen.....	130
2. Hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung als Grundlage und Voraussetzung für externen Kosten- vergleich	132
3. Drittel-Modell des Bundessozialgerichts	132
4. Räumlich relevanter Markt	133
5. Vergütungsniveau der Kliniken der gesetzlichen Ren- tenversicherung als Referenzmaßstab	134
IV. Notwendigkeit der Durchführung eines Zwei-Stufen-Ver- fahrens vor jährlichen Vergütungsanpassungen	137
F. Zusammenfassung der Ergebnisse	139

A. Gutachtenauftrag und Untersuchungsgang

Der Deutschen Rentenversicherung Braunschweig-Hannover obliegt als Trägerin der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 125 Abs. 1 SGB VI) in ihrem Zuständigkeitsbereich (§§ 126 ff. SGB VI) die gesetzliche Aufgabe der medizinischen Rehabilitation (s. §§ 9 Abs. 1, 13 Abs. 1, 15 f. SGB VI; §§ 5 Nr. 1, § 6 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1, §§ 26 bis 31 SGB IX), welche die Rehabilitation Abhängigkeitskranker umfasst. Ebenso wie die übrigen Rehabilitationsträger (s. § 6 Abs. 1 SGB IX) kann die Deutsche Rentenversicherung Braunschweig-Hannover die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation grundsätzlich entweder allein oder gemeinsam mit anderen Leistungsträgern oder durch andere Leistungsträger oder unter Inanspruchnahme von geeigneten, insbesondere auch freien und gemeinnützigen oder privaten Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen ausführen (§§ 17 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 SGB IX). Stationäre Leistungen zur medizinischen Rehabilitation werden einschließlich der erforderlichen Unterkunft und Verpflegung in Einrichtungen erbracht, die unter ständiger ärztlicher Verantwortung (Ausnahme: § 15 Abs. 2 Satz 2 SGB VI) und unter Mitwirkung von besonders geschultem Personal entweder von der Deutschen Rentenversicherung Hannover selbst betrieben werden oder mit denen ein Vertrag nach § 21 SGB IX besteht (§ 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI).

Nimmt die Deutsche Rentenversicherung Braunschweig-Hannover zur Ausführung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation besondere (Rehabilitationsdienste oder) Rehabilitationseinrichtungen in Anspruch, d.h. solche, mit denen ein Vertrag nach § 21 SGB IX besteht (§ 19 Abs. 4 Satz 1 SGB IX)¹, müssen die (Dienste bzw.) Einrichtungen gem. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX die Leistung nach den Grundsätzen

¹ Zu dieser Auslegung des § 19 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX vgl. mit weiteren Nachweisen *Majerski-Pahlen*, in: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen (Hrsg.), SGB IX, 12. Aufl. 2010, § 19 Rn. 2, wonach in die Auswahlentscheidung nach § 19 Abs. 4 SGB IX nur Einrichtungen einzubeziehen sind, mit denen der Rehabilitationsträger einen Versorgungsvertrag gem. § 21 SGB IX abgeschlossen hat.

der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, insbesondere zu angemessenen Vergütungssätzen, ausführen.

Gegenstand des Rechtsgutachtens ist die Frage, was unter „angemessenen Vergütungssätzen“ i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker zu verstehen ist. Dieses Gutachten wird im Folgenden erstattet. Die Untersuchung erfolgt am Beispiel der stationären Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, die die Deutsche Rentenversicherung Braunschweig-Hannover in Einrichtungen erbringt, mit denen ein Vertrag nach § 21 SGB IX besteht (s. § 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI).

Zunächst wird ein kurzer Überblick über das dreistufige Verfahren der Erbringung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung in Vertragseinrichtungen nach § 21 SGB IX gegeben (B.). Anschließend wird geklärt, ob die angemessene Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX durch Vereinbarung zu regeln ist (oder einseitig hoheitlich festgesetzt werden darf), wer die Vertragspartner einer solchen Vergütungsvereinbarung sind und in welcher Form die Vereinbarung zu treffen ist (C.). Kern der Untersuchung ist die Beschäftigung mit dem Regelungsinhalt der Verpflichtung zur Vereinbarung wirtschaftlicher und sparsamer, insbesondere angemessener Vergütungssätze i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX. Hierzu werden die normativen Vorgaben des § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX beleuchtet und das vom Bundessozialgericht für die Ermittlung einer angemessenen Vergütung von Leistungserbringern in anderen Bereichen des Sozialversicherungsrechts entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren entfaltet sowie verfassungs- und kartellrechtlich eingeordnet. Es wird gezeigt, dass das Zwei-Stufen-Verfahren des Bundessozialgerichts insbesondere aus verfassungsrechtlichen Gründen auf die Ermittlung angemessener Vergütungssätze nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu übertragen ist (D.). Wie die angemessene Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX von den Rentenversicherungsträgern nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts ermittelt werden muss, wird in Abschnitt E. erläutert. Am

Ende des Rechtsgutachtens steht eine Zusammenfassung der Ergebnisse (F.).

Vorab sei bemerkt, dass das Rechtsgutachten nach Maßgabe des geltenden Rechts erstattet wird. Das ab 1. Januar 2018 (stufenweise) in Kraft tretende² Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG)³– bleibt außer Betracht. Allerdings beinhaltet der ab 1. Januar 2018 gültige Artikel 1 Teil 1 des Bundesteilhabegesetzes im Wesentlichen gleichlautende Vorgaben für die angemessene Vergütung der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch Rehabilitationseinrichtungen und -dienste. An die Stelle von § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX treten die wortgleichen Vorschriften des § 36 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BTHG. Auch im Übrigen bleiben die im Rahmen dieses Rechtsgutachtens relevanten Bestimmungen des SGB IX im Wesentlichen unverändert. Insbesondere entsprechen den §§ 17 Abs. 1, 19 Abs. 1 und 4, 21 Abs. 1 und 4 SGB IX die §§ 28 Abs. 1, 36 Abs. 1 und 2, 38 Abs. 1 und 4 SGB IX i.d.F. ab 1. Januar 2018; an die Stelle der §§ 26 bis 31 SGB IX treten §§ 42 bis 47 SGB IX i.d.F. ab 1. Januar 2018. Gesetzliche Änderungen ergeben sich im Hinblick auf § 21 Abs. 2 und 3 SGB IX. § 21 Abs. 2 SGB IX entspricht zwar § 38 Abs. 3 Sätze 1, 3 bis 5 SGB IX SGB IX i.d.F. ab 1. Januar 2018; ergänzend bestimmt aber § 38 Abs. 3 Satz 2 SGB IX i.d.F. ab 1. Januar 2018, dass „dabei ... einheitliche Grundsätze der Wirksamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigen“ sind. § 21 Abs. 3 SGB IX entfällt zum 1. Januar 2018. Inhaltlich neu ist auch § 38 Abs. 2 SGB IX, wonach „die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen ... bei Verträgen auf der Grundlage dieses Buches nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden (kann). Auf Verlangen des Rehabilitationsträgers ist die Zahlung von Vergütungen nach Satz 1 nachzuweisen.“

² Zu den Zeitpunkten des Inkrafttretens der verschiedenen Artikel des Bundesteilhabegesetzes s. Art. 26 Abs. 1 BTHG.

³ BGBl. I/2016, S. 2324.

B. Dreistufiges Verfahren der Erbringung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch Träger der gesetzlichen Rentenversicherung in Vertragseinrichtungen i.S.d. § 21 SGB IX

Das Verfahren zur Erbringung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung in Einrichtungen, die sie nicht selbst betreiben, sondern mit denen ein Vertrag nach § 21 SGB IX besteht (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI)⁴, gestaltet sich insgesamt dreistufig⁵. Zunächst müssen die Rentenversicherungsträger mit den Rehabilitationseinrichtungen einen Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX schließen (1. Stufe); anschließend ist eine angemessene Vergütung für die Erbringungen der Leistungen nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu vereinbaren (2. Stufe); auf einer dritten Stufe steht die Inanspruchnahme einer vertraglich zugelassenen Rehabilitationseinrichtung durch den Rentenversicherungsträger (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 Satz 1 SGB IX). Die erste und die dritte Stufe werden im Folgenden kurz geschildert. Die Ermittlung der angemessenen Vergütung (2. Stufe) ist Gegenstand der Abschnitte C. bis E.

⁴ Ob und unter welchen Voraussetzungen die Träger der Rentenversicherung stationäre Leistungen zur medizinischen Rehabilitation in Vertragseinrichtungen i.S.d. § 21 SGB IX erbringen müssen (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI) oder vorrangig selbst betriebene Rehabilitationseinrichtungen in Anspruch nehmen dürfen (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 SGB VI), ist nicht Gegenstand des Rechtsgutachtens.

⁵ Für ein zweistufiges Verfahren der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation bestehend aus der Zulassung der Rehabilitationseinrichtung zur Leistungserbringung durch Abschluss eines Versorgungsvertrags gem. § 21 SGB IX und der Auswahl einer Rehabilitationseinrichtung im Einzelfall dagegen die Verbindliche Entscheidung des Bundesvorstandes der Deutschen Rentenversicherung Bund, RVaktuell 5/6/2017, 163.

- I. **Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen zur Ausführung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch Versorgungsvertrag gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI, § 21 SGB IX (1. Stufe)**
 1. **Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf Zulassung (Kontrahierungszwang)**
 - a) **Gesetzlicher und verfassungsrechtlicher Kontrahierungszwang**

Die Träger der Rentenversicherung dürfen stationäre Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, die sie nicht in selbst betriebenen Einrichtungen ausführen, nur in Rehabilitationseinrichtungen erbringen, mit denen ein Vertrag nach § 21 SGB IX besteht (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI). Zum Abschluss eines Versorgungsvertrags i.S.d. § 21 SGB IX sind die Träger der Rentenversicherung gegenüber jeder Rehabilitationseinrichtung verpflichtet, die die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung zur Versorgung der Versicherten mit Leistungen zur medizinischen Rehabilitation erfüllt. Es besteht ein (einseitiger) Kontrahierungszwang⁶. Zu diesen Zulassungsvoraussetzungen gehört gem. § 21 Abs. 3 SGB IX insbesondere, dass die Einrichtung zur Leistungserbringung fachlich geeignet und nach § 20 Abs. 2 Satz 2 SGB IX zertifiziert ist. Dem objektiv-rechtlichen Kontra-

⁶ Im Ergebnis ebenso *Koop*, NZS 2017, 103; *Welti*, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti (Hrsg.), HK-SGB IX, Handkommentar, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 1, 35b; *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 96 f.; *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. 6 ff.; bezogen auf Versorgungsverträge i.S.d. § 21 SGB IX generell *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 31.7.2014, § 21 Rn. 8 f.; *Welti*, SGB 2009, 330 (333 f.). Gegen eine Verpflichtung der Rehabilitationsträger zum Abschluss von Verträgen nach § 21 SGB IX LSG Baden-Württemberg, L 5 AL 4767/03 vom 22.2.2006, Rn. 46 (juris); *Günniker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB VI, Kommentar, 1. Band, Lfg. 2/14 – IV/14, § 15 Rn. 76; *Verhorst*, in: Ruland/Dünn (Hrsg.), GK-SGB VI, Gemeinschaftskommentar, Stand: April 2010, § 15 Rn. 160; *Schneider*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, 16. EL VIII/07, § 21 Rn. 14; *von der Heide*, in: Kossens/von der Heide/Maaß (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 21 Rn. 4.

hierungszwang der Rentenversicherungsträger korrespondiert ein subjektiver Anspruch der Einrichtungsträger auf Zulassung zur Versorgung durch Abschluss eines Vertrags nach § 21 SGB IX⁷.

Dieser Kontrahierungszwang zulasten der Träger der Rentenversicherung ergibt sich einfachgesetzlich bereits aus § 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI sowie aus § 21 Abs. 1 und 2 SGB IX, die die Verpflichtung der Renten- bzw. Rehabilitationsträger (s. § 6 Abs. 1 SGB IX) zum Abschluss von Versorgungsverträgen implizieren⁸. Dementsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 21 Abs. 1 und 2 SGB IX, dass mit Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen, die den sich aus § 20 SGB IX ergebenden Qualitätsanforderungen genügen, – soweit sie nicht Eigeneinrichtungen der Rehabilitationsträger sind – Verträge abzuschließen „sind“⁹. Ebenso folgt aus dem Umkehrschluss zu § 21 Abs. 3 Satz 1 SGB IX, wonach Verträge mit fachlich nicht geeigneten Diensten oder Einrichtungen gekündigt werden, dass fachlich geeignete Dienste und Einrichtungen ein Recht auf Abschluss und Fortbestand eines Versorgungsvertrags haben¹⁰. Der Abschluss von Versorgungsverträgen ist überdies erforderlich, damit die Rentenversicherungsträger ihren Sicherstellungsauftrag aus § 19 Abs. 1 SGB IX erfüllen können¹¹. Nur sofern die Rentenversicherungsträger flä-

⁷ *Koop*, NZS 2017, 103; *O`Sullivan*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), SGB IX, Juris-Praxiskommentar, 2. Aufl. 2015, § 21 Rn. 22 ff.; *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 ff.; ebenso Verbindliche Entscheidung des Bundesvorstandes der Deutschen Rentenversicherung Bund, RVaktuell 5/6/2017, 163. Gegen einen Anspruch der Einrichtungsträger auf Abschluss eines Vertrags i.S.d. § 21 SGB IX LSG Baden-Württemberg, L 5 AL 4767/03 vom 22.2.2006, Rn. 46 (juris); *Günniker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB VI, Kommentar, 1. Band, Lfg. 2/14 – IV/14, § 15 Rn. 76; *Joussen*, in: Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), SGB IX, Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 21 Rn. 4; *von der Heide*, in: Kossens/von der Heide/Maaß (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 21 Rn. 4.

⁸ Anderer Ansicht *Kater*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB VI, 95. EL Juli 2017, § 15 Rn. 47.

⁹ BT-Drs. 14/5074, S. 104 f.

¹⁰ *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 96.

¹¹ *Fuchs*, in: Fuchs/Hirsch/Ritz (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 4: Erfüllung der Aufträge aus § 17 Abs. 1 Nr. 3 und § 19 Abs. 1 SGB IX; bezogen auf § 19

chendeckend mit sämtlichen geeigneten Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen Versorgungsverträge i.S.d. § 21 SGB IX schließen, ist gewährleistet, dass die fachlich und regional erforderlichen Rehabilitationsdienste und -einrichtungen in ausreichender Zahl und Qualität zur Verfügung stehen (s. § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Dadurch wird zugleich der grundrechtlich durch Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gesicherte Anspruch der Versicherten auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums gewahrt¹².

Schließlich ist es den Trägern der Rentenversicherung auch mit Blick auf die Grundrechte der (privaten) Einrichtungsträger aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichheitssatz), an die die Rentenversicherungsträger als Teil der öffentlichen Gewalt gebunden sind (Art. 1 Abs. 3 GG)¹³, verwehrt, den Abschluss eines Versorgungsvertrags von gesetzlich nicht in § 21 Abs. 3 SGB IX genannten Voraussetzungen wie einem Versorgungsbedarf abhängig zu machen¹⁴. Den Einrichtungsträgern steht gegen die Rentenversicherungsträger aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ein Anspruch auf (gleiche) Zulassung zur Versorgung der Versicherten zu. Für eine Begrenzung der Zulassung abhängig von einem Versorgungsbedarf fehlt eine gesetzliche Regelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG¹⁵. Für eine solche gesetzliche Regelung existierte jedoch kein rechtfertigender Grund, zumal objektive Berufszulassungsregelungen

Abs. 1 SGB IX ebenso *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. 10, 27.

¹² Zum Anspruch Versicherter aus Art. 1 Abs. 1 GG gegen den Staat auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums mit Nachweisen näher bei und in Fn. 72.

¹³ Statt aller *O`Sullivan*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), SGB IX, Juris-Praxiskommentar, 2. Aufl. 2015, § 21 Rn. 10, 12.

¹⁴ Vgl. *O`Sullivan*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), SGB IX, Juris-Praxiskommentar, 2. Aufl. 2015, § 21 Rn. 12 f.; *Koop*, NZS 2017, 103; *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 115 f.; *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 ff.

¹⁵ Ebenso *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 115 f.

wie eine Bedürfnisprüfung nur zum Schutz überragender Gemeinschaftsgüter zulässig sind¹⁶. Mit der Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen ist keine Belegungsgarantie verbunden, sondern die Rentenversicherungsträger bestimmen im Einzelfall unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Rehabilitationsleistungen sowie die Rehabilitationseinrichtung (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 Satz 1 SGB IX)¹⁷. Aus diesem Grund kann die Zulassung einer Vielzahl Rehabilitationseinrichtungen weder zu übermäßigen Ausgaben im Bereich der Rentenversicherung führen¹⁸ noch infolge eines Überangebots an Rehabilitationseinrichtungen und entsprechendem Wettbewerb um Versicherte die Versorgungssicherheit gefährden.

Dementsprechend ist auch in anderen Leistungsbereichen anerkannt, dass die Rehabilitationsträger wie namentlich die gesetzlichen Krankenkassen zum Abschluss von Versorgungsverträgen verpflichtet sind, wenn die Rehabilitationsdienste bzw. -einrichtungen die fachlichen Anforderungen an die Leistungserbringung erfüllen¹⁹.

b) Keine Durchbrechung des Kontrahierungszwangs durch das Reha-Budget gem. § 220 SGB VI

An diesem gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Kontrahierungszwang ändert § 220 Abs. 1 SGB VI nichts, der die Aufwendungen der Rentenversicherungsträger für Teilhabeleistungen (§§ 9 ff. SGB VI, § 6 Abs. 1

¹⁶ BVerfGE 21, 245 (250 f.); 102, 197 (214); BVerfG, ZfBR 2009, 301 – std. Rspr.

¹⁷ Näher unter B. I. 4. und B. II 1.

¹⁸ Vgl. bezogen auf den Krankenversicherungsbereich BSGE 89, 294 (302 ff.). S. auch noch bei Fn. 33.

¹⁹ Bezogen auf Versorgungsverträge zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam mit Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen über die Durchführung stationärer medizinischer Leistungen zur Vorsorge oder zur medizinischen Rehabilitation gem. § 111 Abs. 1 bis 4 SGB V s. nur BSGE 87, 14 (23 f.); 89, 294 (298 ff.); *Hannes*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB V, Kommentar, 4. Band, Stand: Erg.-Lfg. VII/13, § 111 Rn. 49; *Joussen*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), *Gesamtes Medizinrecht, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 111 SGB V Rn. 6; *Trefz/Flachsbarth*, *Pflege- und Krankenhausrecht* 2012, 70 (70 f.); *Penner*, *Gesundheit und Pflege* 2012, 14 (15); *Brosius-Gersdorf*, *NZS* 2016, 367.

Nr. 4 Alt. 1 i.V.m. § 5 Nr. 1 bis 3 sowie §§ 26 ff., 33 ff. und 44 ff. SGB IX) der Höhe nach begrenzt. Gem. § 220 Abs. 1 Satz 1 SGB VI werden die jährlichen Ausgaben im Bereich der allgemeinen Rentenversicherung (und der knappschaftlichen Rentenversicherung) für Teilhabeleistungen entsprechend der voraussichtlichen Entwicklung der Bruttolöhne und -gehälter je Arbeitnehmer (§ 68 Abs. 2 Satz 1 SGB VI) festgesetzt. Eine Überschreitung der Ausgaben des für das jeweilige Kalenderjahr bestimmten Betrags ist zwar zulässig; in diesem Fall wird aber das Budget in dem darauffolgenden Kalenderjahr um den Überschreibungsbetrag vermindert (§ 220 Abs. 1 Satz 2 SGB VI). Eine Ausnahme gilt für Ausgaben im Bereich der Werkstätten für behinderte Menschen (s. § 220 Abs. 1 Satz 3 SGB VI)²⁰. Ergänzt und konkretisiert wird § 220 SGB VI durch § 287b SGB VI, der bei der Anwendung des § 220 Abs. 1 SGB VI die getrennte Feststellung der Veränderung der Bruttolöhne und -gehälter für die Bundesrepublik Deutschland ohne und für das Beitrittsgebiet vorsieht (Abs. 1), Sonderregelungen für einzelne Jahre enthält (Abs. 2) und die Berücksichtigung einer Demografiekomponente vorschreibt (Abs. 3).

Mit diesem sog. Reha-Budget hat der Gesetzgeber bezogen auf einen Zweijahreszeitraum verbindlich²¹ eine absolute Obergrenze²² für die Ausgaben der Rentenversicherungsträger für Teilhabeleistungen normiert. § 220 Abs. 1 SGB VI definiert die „Maximalkosten des Systems“ der Teilhabeleistungen²³. Eine Überschreitung i.S.d. § 220 Abs. 1 Satz 2 SGB VI liegt vor,

²⁰ Zu der historischen Entwicklung und dem Regelungsinhalt des § 220 SGB VI näher *Buschmann-Steinhage*, *Rehabilitation* 2012, 81 (81 ff.); *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, *Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche*, Gutachten 2014, S. 78 ff.

²¹ Vgl. nur *Kühn*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch, SGB VI, Kommentar*, 3. Band, Lfg. 2/15 – IV/15, § 220 Rn. 2 („bindende[r] Charakter) und Rn. 9, 11 („Mussvorschrift“); *Kater*, in: *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB VI*, 95. EL Juli 2017, § 220 Rn. 2: „Mussvorschrift“.

²² Vgl. *Scharf*, in: *Ruland/Dünn (Hrsg.), GK-SGB VI, Gemeinschaftskommentar*, Stand: Juli 2017, § 220 Rn. 25: „Grenzbetrag“; vgl. auch *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, *Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche*, Gutachten 2014, S. 78: „Obergrenze“.

²³ *Köster*, *Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation*, 2013, S. 167; *Welti/Fuchs/Köster*, *Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern* (§ 21 SGB IX), *Rechtsgutachten*, 2007, S. 53.

wenn die jährlichen Aufwendungen sämtlicher Rentenversicherungsträger zusammen den gesetzlich festgelegten Gesamtbetrag übersteigen (vgl. § 220 Abs. 2 Satz 1 SGB VI)²⁴.

Zur Einhaltung dieses gesetzlichen Ausgabendeckels können die Rentenversicherungsträger zwar verpflichtet sein, ihr Ermessen bei der Festlegung von Art, Dauer, Umfang und Beginn der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI) leistungsbegrenzend auszuüben (3. Stufe des Verfahrens zur Erbringung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation); eine absolute Ermessensgrenze ergibt sich aus dem von Verfassung wegen (Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sicherzustellenden medizinischen Existenzminimum²⁵. § 220 SGB VI ermächtigt die Rentenversicherungsträger aber nicht, die Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen zur Versorgung der Versicherten zu begrenzen²⁶. Die Träger der Rentenversicherung dürfen den Abschluss eines Versorgungsvertrags nach § 21 SGB IX mit Einrichtungen, die die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung erfüllen²⁷, nicht wegen einer drohenden Überschreitung des Reha-Budgets nach § 220 SGB VI verweigern. Dies ergibt sich bereits daraus, dass eine Begrenzung der Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen zur Reduzierung der Ausgaben für Teilhabeleistungen in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der (privaten) Einrichtungsträger eingriffe, was nur auf der Grundlage einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Regelung erlaubt ist. Eine solche gesetzliche Regelung zur Begrenzung der Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen

²⁴ Statt vieler *Buschmann-Steinhage*, Rehabilitation 2012, 81 (82); *Kühn*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB VI, Kommentar, 3. Band, Lfg. 2/15 – IV/15, § 220 Rn. 17; *Kater*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB VI, 95. EL Juli 2017, § 220 Rn. 8; *Baumeister/Mulzer*, in: Jahn (Hrsg.), SGB VI, Kommentar, Bearbeitungsstand: 15.8.2010, § 220 Rn. 11 ff.; *Scharf*, in: Ruland/Dünn (Hrsg.), GK-SGB VI, Gemeinschaftskommentar, Stand: Juli 2017, § 220 Rn. 33.

²⁵ Näher bei und in Fn. 72.

²⁶ Im Ergebnis ebenso *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 170 f.; *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationssträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 56 f.

²⁷ Zu diesen Voraussetzungen s. unter B. I. 1. a).

stellt § 220 SGB VI nicht dar²⁸. Im Übrigen bedürfte eine gesetzliche Zulassungsbegrenzung als objektive Berufszulassungsregelung²⁹ der Rechtfertigung durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter³⁰, woran es fehlt, weil die Zulassung der Rehabilitationseinrichtungen nach § 21 SGB IX keinen Anspruch auf Inanspruchnahme durch die Rentenversicherungsträger begründet (keine Belegungsgarantie)³¹. Die Rentenversicherungsträger bestimmen vielmehr im Einzelfall unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Rehabilitationsleistungen sowie die Rehabilitationseinrichtung (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 SGB IX)³². Die Zulassung einer Vielzahl an Rehabilitationseinrichtungen kann daher nicht zu übermäßigen Ausgaben im Bereich der Rentenversicherung³³ und mithin nicht zu einer Überschreitung des Reha-Budgets nach § 220 SGB VI führen.

2. Inhalt des Versorgungsvertrags

Der Inhalt des Versorgungsvertrags ergibt sich aus § 21 Abs. 1 SGB IX, wonach die Verträge über die Ausführung von Leistungen durch Rehabilitationsdienste und -einrichtungen, die nicht in der Trägerschaft eines Rehabilitationsträgers stehen, insbesondere Regelungen enthalten über Qualitätsanforderungen an die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal und die begleitenden Fachdienste (Nr. 1) sowie die Übernahme von Grundsätzen der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung von Vergütungen (Nr. 2) (weitere Inhalte in Nr. 3 bis 7). Zu den zu vereinbarenden Qualitäts-

²⁸ Vgl. *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 170 f.; *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 56 f.

²⁹ Ebenso *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 170; *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 56.

³⁰ Nachweise in Fn. 16.

³¹ Näher unter B. I. 4.

³² Näher unter B. II. 1.

³³ Vgl. bezogen auf den Krankenversicherungsbereich BSGE 89, 294 (302 ff.).

und Vergütungsgrundsätzen gehört u.a. eine genaue Beschreibung der Rehabilitationsleistungen, deren Kosten die Vergütung decken muss³⁴, sowie die Bestimmung der Eckpunkte (z.B. Vereinbarung der Vergütung als Fallpauschale, Tagessatz oder Einzelleistungspreis)³⁵ und Methoden zur Ermittlung der angemessenen Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX³⁶. Dabei müssen die Rehabilitationsträger nach § 21 Abs. 2 Satz 1 SGB IX darauf hinwirken, dass die Verträge nach einheitlichen Grundsätzen geschlossen werden; hierzu können sie über den Inhalt der Verträge gemeinsame Empfehlungen nach § 13 SGB IX sowie Rahmenverträge mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen vereinbaren.

Dieser gesetzlichen (Soll-)Verpflichtung des § 21 Abs. 1 Nr. 1 und 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 SGB IX zur Vereinbarung einheitlicher Qualitäts- und Vergütungsgrundsätze aller Rehabilitationsträger gemeinsam liegt das Ziel zugrunde, die Einheitlichkeit der Versorgung der Versicherten mit Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zu gewährleisten (s. §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 10 Abs. 1 Satz 3, 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX)³⁷. Da für Rehabilitationsleistungen eine Vielzahl verschiedener Rehabilitationsträger zuständig ist (s. § 6 Abs. 1 SGB IX) und die Leistungen von verschiedenen Diensten und Einrichtungen erbracht werden, besteht die Gefahr, dass die Verträge namentlich im Hinblick auf die Leistungsqualität und die Vergütungshöhe unterschiedlich gestaltet werden. § 21 SGB IX sucht der Gefahr einer uneinheitlichen Versorgungsqualität durch die Verpflichtung der Rehabilitationsträger zur Verein-

³⁴ *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 31.7.2014, § 21 Rn. 18 mit näherer Konkretisierung des versorgungsvertraglich zu regelnden Leistungspakets. S. auch noch eingehend unter E. I.

³⁵ Näher *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 179.

³⁶ Vgl. *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 31.7.2014, § 21 Rn. 18.

³⁷ *Schneider*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, Stand: 16. Erg.-Lfg. VIII/07, § 21 Rn. 15; *Fuchs*, in: Cramer/Fuchs/Hirsch u.a. (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 5; *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 162; *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 48 f.

barung einheitlicher Grundsätze für die Qualität und die Vergütung der Rehabilitationsleistungen entgegenzuwirken und so die Leistungserbringung „wie aus einer Hand“ sicherzustellen³⁸. § 21 SGB IX soll verhindern, dass unterschiedliche Qualitäts- und Vergütungssysteme die Einheitlichkeit der Versorgung mit Rehabilitationsleistungen beeinträchtigen³⁹. § 21 SGB IX dient damit der Koordinierung und Vereinheitlichung der Rehabilitationspraxis⁴⁰ sowohl im Interesse der Versicherten als auch der trägerübergreifenden Gleichbehandlung (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) der Leistungserbringer⁴¹.

Allerdings existieren solche gemeinsamen Empfehlungen oder Rahmenverträge i.S.d. § 21 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bislang nicht⁴². Dementsprechend weisen auch die Versorgungsverträge zwischen den Rehabilitationsträgern und den Rehabilitationsdiensten sowie -einrichtungen regelmäßig weder einheitliche Qualitätsanforderungen an die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal und die begleitenden Fachdienste noch einheitliche Vergütungsgrundsätze der Rehabilitationsträger i.S.d. § 21 Abs. 1 Nr. 1 und 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 SGB IX auf⁴³. Im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung existiert lediglich ein „Basisvertrag der Deutschen Rentenversi-

³⁸ Näher *Jabben/Kreikebohm/Rodewald*, NZS 2012, 727 (729).

³⁹ Vgl. *Welti*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 111 Rn. 7.

⁴⁰ *Schneider*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, Stand: 16. Erg.-Lfg. VIII/07, § 21 Rn. 15.

⁴¹ *Fuchs*, in: *Cramer/Fuchs/Hirsch u.a.* (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 5, 36; vgl. auch *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn/Welti* (Hrsg.), HK-SGB IX, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 1, 2.

⁴² S. nur *Fuchs*, in: *Fuchs/Hirsch/Ritz* (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 32 und 37; *Verhorst*, in: *Ruland/Dünn* (Hrsg.), GK-SGB VI, Gemeinschaftskommentar, Stand: April 2010, § 15 Rn. 155; *Köster*, *Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation*, 2013, S. 162, 163, auch dazu, dass das Federführungsprinzip im Bereich der Rentenversicherung die gemeinsamen Empfehlungen bzw. Rahmenverträge der Rehabilitationsträger nach § 21 Abs. 2 SGB IX nicht ersetzt (S. 146 f.); *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, 5. Sitzung am 10.12.2014, Arbeitspapier zu TOP 3 „Leistungserbringungsrecht/Vertragsrecht in SGB XII und SGB IX“, Stand: 20.1.2015, S. 3, 7.

⁴³ Vgl. *Fuchs*, in: *Cramer/Fuchs/Hirsch u.a.* (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 32.

cherung zur Ausführung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation⁴⁴, an dem als Mustervertrag sich die Versorgungsverträge der Rentenversicherungsträger orientieren⁴⁵. Dieser Basisvertrag nennt zwar gewisse Qualitäts- und Leistungsanforderungen (s. §§ 2 und 4 Basisvertrag) sowie einzelne allgemeine Vergütungsgrundsätze wie z.B., dass die Vergütung nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Leistungsgerechtigkeit vereinbart wird (§ 3 Abs. 1 Basisvertrag). Der Basisvertrag geht damit aber nicht über die gesetzlichen Vorgaben für die Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX hinaus⁴⁶. Mittels welcher Methoden die angemessene Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu ermitteln ist, für welche konkreten, differenziert zu erfassenden Leistungen⁴⁷ sie zu vereinbaren ist und welche einzelnen Kostenbestandteile durch die Vergütung zu decken sind, ist im Basisvertrag nicht geregelt. Auch die gemeinsamen Empfehlungen der Rehabilitationsträger nach § 35 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 13 und § 20 SGB IX⁴⁸ enthalten keine Grundsätze für die Vereinbarung der Vergütung für die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation.

Welche rechtlichen Folgen sich aus der Missachtung des § 21 SGB IX durch die Rehabilitationsträger für den (Versorgungs- und) Vergütungsvertrag mit den Leistungserbringern ergeben, kann hier nicht untersucht werden. Der rechtliche Mangel könnte auf die Vergütungsvereinbarung „durchschlagen“, sodass auch die Vergütungsvereinbarung rechtswidrig – und

⁴⁴ Abrufbar unter https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/2_Rente_Reha/02_reha/05_fachinformationen/infos_fuer_reha_anbieter/_downloads/basisvertrag_pdf.html

⁴⁵ Vgl. *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 31.7.2014, § 21 Rn. 27.

⁴⁶ Zu diesen gesetzlichen Vorgaben näher unter D. I. und II. Kritisch gegenüber den rudimentären Vergütungsregelungen des Basisvertrags der Deutschen Rentenversicherung auch *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. 30 f.

⁴⁷ Zur Notwendigkeit einer detaillierten Leistungsbeschreibung seitens der Rehabilitationsträger s. noch E. I. 2.

⁴⁸ Abrufbar unter: https://www.bar-frankfurt.de/fileadmin/dateiliste/publikationen/gemeinsame-empfehlungen/downloads/Gemeinsame_Empfehlungen_71.pdf; zu diesen Empfehlungen auch *Jabben/Kreikebohm/Rodewald*, NZS 2012, 727 (729).

ggf. nichtig (s. § 61 Satz 2 SGB X i.V.m. § 134 BGB) – ist⁴⁹. Alternativ könnte eine Rechtswidrigkeit des Versorgungsvertrags auf der Ebene der Vergütungsvereinbarung „geheilt“ werden, wofür Voraussetzung sein dürfte, dass die Vergütungsverträge tatsächlich den Vorgaben des § 21 SGB IX entsprechen, also die vereinbarten Vergütungen einheitlichen Vergütungsgrundsätzen aller Rehabilitationsträger folgen. Eine Möglichkeit, um dies in Zukunft sicherzustellen, könnte die Anwendung des vom Bundessozialgericht entwickelten Zwei-Stufen-Verfahrens sein⁵⁰; die im Wege dieses Verfahrens von einem Rentenversicherungsträger für eine Rehabilitationseinrichtung ermittelte Vergütung könnte – entsprechend dem in der Rentenversicherung praktizierten Federführungsprinzip – von sämtlichen Rehabilitationsträgern übernommen werden. Eine (Berechtigung bei fehlender Zustimmung des Einrichtungsträgers und) Verpflichtung hierzu setzt allerdings die Schaffung einer entsprechenden gesetzlichen oder (rahmen-)vertraglichen Regelung voraus.

3. Vertragspartner des Versorgungsvertrags

Ob die Versorgungsverträge i.S.d. § 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 SGB VI, § 21 SGB IX als Individualverträge zwischen den einzelnen Trägern der Rentenversicherung und den einzelnen Rehabilitationseinrichtungen zu schließen sind oder als Kollektivverträge zwischen sämtlichen Trägern der Rentenversicherung und den Verbänden der Einrichtungen bzw. Dienste zustande kommen, ist gesetzlich nicht explizit geregelt. Dies unterscheidet den Bereich der Rentenversicherung von anderen Sozialversicherungsbereichen wie der Krankenversicherung; für Versorgungsverträge zwischen Krankenkassen und Rehabilitationseinrichtungen (§§ 111 Abs. 2 bis 4, 111c Abs. 1

⁴⁹ In die Richtung der Rechtswidrigkeit der Vergütungsverträge deutet *Fuchs*, in: Cramer/Fuchs/Hirsch u.a. (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 32, 37, der die Praxis der Rehabilitationsträger, keine gemeinsamen Empfehlungen oder Rahmenverträge nach § 21 Abs. 2 SGB IX zu schließen, als rechtswidrig bezeichnet, sodass „es an allen Grundlagen für eine dem geltenden Recht entsprechende Vereinbarung der Vergütungen“ fehle; vgl. auch *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. 29 mit den Worten, dass der Versorgungsvertrag gerade die Funktion habe, die Grundlagen für eine angemessene Vergütung zu legen.

⁵⁰ Hierzu unter D. IV. bis VI. und E.

und 2 SGB V) und für Versorgungsverträge zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern (§ 109 Abs. 1 Satz 1 SGB V) sind die Vertragspartner gesetzlich bestimmt.

Fest steht nur, dass die Versorgungsverträge nicht von sämtlichen Rehabilitationsträgern i.S.d. § 6 Abs. 1 SGB IX gemeinsam geschlossen werden (sondern allenfalls gemeinsam von den Rehabilitationsträgern einer Gruppe des § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 SGB IX). Dies folgt bereits aus § 21 Abs. 1 und 2 Satz 1 SGB IX, weil es der Vereinbarung einheitlicher Grundsätze über die in § 21 Abs. 1 SGB IX genannten Vertragsinhalte zwischen den Rehabilitationsträgern durch gemeinsame Empfehlungen oder Rahmenverträge (§ 21 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) nicht bedürfte, wenn sämtliche Rehabilitationsträger i.S.d. § 6 Abs. 1 SGB IX die Versorgungsverträge gemeinsam schließen. Auch dürfte die „gesetzgeberisch gewollte Konvergenz“⁵¹ der Versorgungsverträge auch bei getrennten Vertragsschlüssen durch die verschiedenen Gruppen der Rehabilitationsträger i.S.d. § 6 Abs. 1 SGB IX zu erreichen sein, wenn sich die Rehabilitationsträger – wie von § 21 Abs. 1 und 2 SGB IX gewollt – vorher auf einheitliche Grundsätze für den Vertragsabschluss verständigen. Aus demselben Grund lässt sich aus der Konvergenzverpflichtung des § 21 Abs. 1 und 2 SGB IX nicht ableiten, dass die Versorgungsverträge von sämtlichen Rehabilitationsträgern einer Gruppe des § 6 Abs. 1 SGB IX gemeinsam zu schließen sind. Außerdem ist in einzelnen Leistungsbereichen wie der Kranken- und Pflegeversicherung explizit geregelt, dass die Versorgungsverträge (nur) von Rehabilitationsträgern einer Gruppe des § 6 Abs. 1 SGB IX geschlossen werden (s. §§ 111 Abs. 2 Satz 1, 111c Abs. 1 SGB V: Abschluss des Versorgungsvertrags von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam; s. § 72 Abs. 2 Satz 1 SGB IX: Abschluss des Versorgungsvertrags zwischen dem Träger der Pflegeeinrichtung oder einer vertretungsberechtigten Vereinigung gleicher Träger und den Landesverbänden der Pflegekassen im Einvernehmen mit den [über-]örtlichen Trägern der Sozialhilfe im Land).

⁵¹ Formulierung von Köster, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 196.

Letztlich dürfte die Vertragspartnerschaft sowohl auf Seiten der Träger der Rentenversicherung als auch auf Seiten der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen angesichts des Fehlens gesetzlicher Regelungen in der Vertragsautonomie der Beteiligten liegen⁵². Der (im Fall der Nichteinigung gerichtlich durchsetzbare) gesetzliche und verfassungsrechtliche Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf Abschluss eines Versorgungsvertrags bei Vorliegen der Eignungsanforderungen des § 21 Abs. 3 SGB IX besteht gegen jeden einzelnen Träger der Rentenversicherung, der im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs für die Versorgung des Versicherten verantwortlich ist.

4. Rechtswirkung des Versorgungsvertrags

Mit dem Zustandekommen des Versorgungsvertrags wird die Rehabilitationseinrichtung für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zugelassen⁵³. Der Abschluss des Vertrags dokumentiert, dass die Rehabilitationseinrichtung geeignet ist, Leistungen zur medizinischen

⁵² Vgl. hierzu näher die Ausführungen zu den Vergütungsverträgen unter C. IV. Nach Ansicht von *Schneider*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, 16. EL VIII/07, § 21 Rn. 15 werden Versorgungsverträge i.S.d. § 21 SGB IX jeweils von den einzelnen Rehabilitationsträgern mit den einzelnen Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen geschlossen; *Fuchs*, in: Fuchs/Hirsch/Ritz (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 25 f. benennt als Vertragspartner die jeweiligen Rehabilitationsdienste und -einrichtungen oder von ihnen ermächtigte Verbände auf der einen Seite und den Rehabilitationsträger auf der anderen Seite; nach Ansicht von *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 144 ff. sind Versorgungsverträge i.S.d. § 21 SGB IX individuelle Statusverträge, die zwischen dem Rehabilitationsdienst oder der -einrichtung auf der einen Seite und „mindestens einem Rehabilitationsträger, sinnvollerweise und gesetzlich so vorgesehen mit allen Rehabilitationsträgern“ geschlossen werden (S. 145); s. auch S. 194: „Die Versorgungsverträge sind individuelle Verträge zwischen den Rehabilitationsträgern (gemeinsam) und jedem Rehabilitationsdienst und jeder Rehabilitationseinrichtung“; s. ferner S. 195 f.; nach *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 31.7.2014, § 21 Rn. 10 sind abschlussberechtigt auf Seiten der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen der jeweilige Träger der Rehabilitationseinrichtung oder des -diensts oder ein ermächtigter Verband.

⁵³ *Schneider*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, 16. EL VIII/07, § 21 Rn. 7; vgl. auch die Verbindliche Entscheidung des Bundesvorstandes der Deutschen Rentenversicherung Bund, RVaktuell 5/6/2017, 163.

Rehabilitation für Versicherte des Rentenversicherungsträgers zu erbringen⁵⁴. Diese Zulassung hat zwar keinen Anspruch der Einrichtung auf Belegung mit Versicherten zur Folge (keine Belegungsgarantie)⁵⁵. Die Grundrechte der Rehabilitationseinrichtungen aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichheitssatz) verpflichten die Rentenversicherungsträger aber, sämtliche zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen bei der Belegung mit Versicherten chancengleich nach Maßgabe der gesetzlichen Auswahlkriterien (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 SGB IX) zu berücksichtigen⁵⁶.

II. Inanspruchnahme der Rehabilitationseinrichtungen durch die Rentenversicherungsträger (3. Stufe)

1. Kriterien der Ermessensauswahl

Die dritte Stufe des Verfahrens zur Erbringung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung in Einrichtungen, die sie nicht selbst betreiben (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI), bildet die Inanspruchnahme der Rehabilitationseinrichtungen durch den Träger der Rentenversicherung. Der Rentenversicherungsträger

⁵⁴ Vgl. nur *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 145; *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 20, 89.

⁵⁵ Statt aller LSG Thüringen, L 6 RJ 914/03 ER vom 30.1.2004, Rn. 39 ff. (juris); *Schneider*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, 23. EL III/12, § 19 Rn. 13; *Fuchs*, in: Fuchs/Hirsch/Ritz (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 6; *Welti*, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti (Hrsg.), HK-SGB IX, Handkommentar, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 35b; *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. 6. Bezogen auf Versorgungsverträge mit Krankenkassen gem. § 111 SGB V auch BSGE 89, 294 (298, 303); *Bold*, NZS 2014, 129 (131); *Welti*, SGb 2009, 330 (334).

⁵⁶ Im Ergebnis ebenso *Fuchs*, in: Fuchs/Hirsch/Ritz (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 6: Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Auswahl der Rehabilitationseinrichtungen und -dienste; *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 153 f.; *Welti*, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti (Hrsg.), HK-SGB IX, Handkommentar, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 35b; *Welti/Fuchs*, Rehabilitation 2007, 111 (113); *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (367 ff.).

hat unter den durch Versorgungsvertrag zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI) auszuwählen, welche Einrichtung die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation für den jeweiligen Rehabilitanden erbringt.

Diese Auswahlentscheidung des Rentenversicherungsträgers hat danach zu erfolgen, welcher Dienst oder welche Einrichtung die Leistung in der am besten geeigneten Form ausführt (§ 19 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX)⁵⁷; dabei sind Dienste und Einrichtungen freier oder gemeinnütziger Träger entsprechend ihrer Bedeutung für die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen zu berücksichtigen und ist die Vielfalt der Träger von Rehabilitationsdiensten oder -einrichtungen zu wahren sowie deren Selbstständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu beachten (§ 19 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB IX). Außerdem muss die Auswahlentscheidung die Grundsätze der Wirksamkeit (§ 10 Abs. 1 Satz 3 SGB IX)⁵⁸, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachten (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI; § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX; s. auch §§ 10 Abs. 1 Satz 3, 17 Abs. 1 Satz 3 SGB IX) und insbesondere sicherstellen, dass die Rehabilitationseinrichtung die Leistung zu angemessenen Vergütungssätzen ausführt (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX). Berechtigten Wünschen der Leistungsberechtigten ist zu entsprechen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX; § 33 Satz 2 SGB I), wobei auf ihre in § 9 SGB IX und in § 33 Satz 1 SGB I genannten persönlichen Lebensumstände und Verhältnisse Rücksicht zu nehmen ist. Aus den Grundrechten der Rehabilitationseinrichtungen (Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG) folgt dabei die Verpflichtung des Rentenversicherungsträgers, sämtliche versorgungsvertraglich zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen chancengleich nach Maßgabe

⁵⁷ Insoweit ist namentlich das jeweilige Therapiekonzept der Rehabilitationseinrichtungen maßgeblich.

⁵⁸ Zur Wirksamkeit der Leistungserbringung zur Erreichung der Ziele der medizinischen Rehabilitation als Kriterium für die Auswahl zwischen ambulanten, teilstationären oder betrieblichen Formen der Leistungserbringung einerseits und stationärer Leistungserbringung andererseits s. auch § 19 Abs. 2 SGB IX; zur Wirksamkeit der Leistungserbringung als Kriterium für die Entscheidung des Rehabilitationsträgers, ob er Teilhabeleistungen allein oder gemeinsam mit anderen Leistungsträgern, durch andere Leistungsträger oder unter Inanspruchnahme von geeigneten Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen ausführt, s. § 17 Abs. 1 Satz 3 SGB IX.

der gesetzlichen Auswahlkriterien bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen; dem korrespondiert ein Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf diskriminierungsfreie Auswahl⁵⁹.

Wie diese gesetzlichen Auswahlkriterien im Einzelnen zu verstehen sind, ist bislang kaum untersucht. Insbesondere ist offen, ob gesetzlich nicht explizit genannte Faktoren wie die (allgemeine) Rehabilitandenzufriedenheit mit der Leistungserbringung der Rehabilitationseinrichtungen, die (durchschnittliche) Behandlungsdauer, Behandlungsempfehlungen des Zuweisers (Krankenhaus, Arzt), die Entfernung der Einrichtung zum Wohnort des Versicherten, die Wartezeit bis zur Aufnahme in die Einrichtung (als Ausdruck der Qualität oder Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung) oder der Erfolg bei der Wiedereingliederung ins Erwerbsleben (Wiedereingliederungsquote) eine Rolle spielen dürfen. Auch ist weitgehend ungeklärt, in welchem Verhältnis die gesetzlichen Auswahlkriterien stehen. Erörterungsbedürftig erscheint insofern vor allem die Frage, wie die Auswahl der Rehabilitationseinrichtung nach Maßgabe der Leistungserbringung „in der am besten geeigneten Form“ (§ 19 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX) sich zur Auswahlentscheidung nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI; § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX; s. auch §§ 10 Abs. 1 Satz 3, 17 Abs. 1 Satz 3 SGB IX), insbesondere zur Leistungserbringung zu angemessenen Vergütungssätzen (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX), verhält. Auch die Bedeutung des Wunsch- und Wahlrechts des Versicherten (§ 9 SGB IX; § 33 Satz 2 SGB I) in dem Auswahlprozess ist bislang nicht genügend untersucht. Letztlich dürften die gesetzlichen Auswahlkriterien in einem Spannungsverhältnis stehen, das der zuständige Rentenversicherungsträger durch (näher zu bestimmende) operationalisierbare Kriterien auflösen muss⁶⁰. Die Rentenversicherungsträger dürften gehalten sein, die

⁵⁹ S. bereits unter B. I. 4.

⁶⁰ Für die Herstellung von „Ausgleich und Konkordanz“ zwischen den Geboten der Trägervielfalt, der Wirtschaftlichkeit und der Geeignetheit auch *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 31.

gesetzlichen Auswahlkriterien durch einen in jedem Einzelfall, d.h. für sämtliche Rehabilitationseinrichtungen und Versicherungsfälle geltenden, vor der Auswahlentscheidung festzulegenden, transparenten Schlüssel (Punktesystem o.ä.) zu gewichten und die Auswahl der Rehabilitationseinrichtung im Einzelfall nach Maßgabe dieses Systems (transparent) zu treffen. Wie eine solche Gewichtung der gesetzlichen Auswahlkriterien von Gesetzes und Verfassung wegen zu erfolgen hat, d.h., mit welchem Gewicht die einzelnen Kriterien in die Auswahlentscheidung einzustellen sind und wer für die Festlegung der Gewichtung – unter verfassungs-, sozialversicherungs- und kartellrechtlichen Aspekten – zuständig ist (jeder Rentenversicherungsträger einzeln, alle Rentenversicherungsträger gemeinsam oder die Deutsche Rentenversicherung Bund gem. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 a], Abs. 2 Satz 1 SGB VI), muss hier dahinstehen.

2. Bedeutung des Reha-Budgets gem. § 220 SGB VI für den Leistungsumfang

Ebenfalls nicht geklärt ist, ob und inwieweit die gesetzliche Begrenzung der Höhe der (zwei-)jährlichen Ausgaben der Rentenversicherungsträger für Teilhabeleistungen gem. 220 SGB VI⁶¹ den Leistungsumfang, d.h., Art, Dauer, Umfang und Beginn der Rehabilitationsleistungen begrenzen kann. Diese Frage ist nicht nur theoretischer Natur, sondern mit Blick auf den hohen Grad der Ausschöpfung des Reha-Budgets in den letzten Jahren⁶² und den demografiebedingt zu erwartenden Anstieg an Rehabilitationsbedarf in den kommenden Jahren⁶³ von erheblicher praktischer Bedeutung.

Die Klärung dieser Frage ist nicht Gegenstand des Rechtsgutachtens. Einige wenige Gedanken hierzu müssen genügen: § 220 SGB VI beinhaltet

⁶¹ Zum Regelungsinhalt des § 220 SGB VI s. bereits unter B. I. 1. b).

⁶² Näher *Buschmann-Steinhage*, Rehabilitation 2012, 81 (82); *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Gutachten 2014, S. 79; *CRBE/BDO*, Reha-Kliniken in Deutschland. Immobilien- und Investmentmarktbericht, 2015, S. 16; *Schaub*, Deutsche Rentenversicherung 1999, 181 (193 f.).

⁶³ Näher *Jabben/Kreikebohm/Rodewald*, NZS 2012, 681 (868); *Buschmann-Steinhage*, Rehabilitation 2012, 81 (82 f.); *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen

eine verbindliche gesetzliche Begrenzung der Ausgaben der Rentenversicherungsträger für Teilhabeleistungen⁶⁴ und konkretisiert damit nicht nur das gesetzliche Wirtschaftlichkeitsprinzips (s. nur § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI; § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX; s. auch §§ 10 Abs. 1 Satz 3, 17 Abs. 1 Satz 3 SGB IX)⁶⁵ im Sinne eines Maximalprinzips für sämtliche Teilhabeleistungen⁶⁶, sondern zugleich das verfassungsrechtliche Postulat der finanziellen Stabilität und Funktionsfähigkeit der Rentenversicherung (Art. 20 Abs. 1 GG)⁶⁷. Die Rentenversicherungsträger sind an § 220 SGB VI unmittelbar gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG) und dürfen daher Leistungen zur medizinischen Rehabilitation grundsätzlich nur im Rahmen und nach Maßgabe des Reha-Budgets erbringen, wobei im Verhältnis der Versicherten zueinander der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu wahren ist⁶⁸ (s. auch § 220 Abs. 2 Satz 2 SGB VI, der die Einheitlichkeit der Teilhabeleistungen sicherzustellen sucht)⁶⁹. Ein Konflikt mit den leistungsrechtlichen Vorschriften der §§ 9 ff. SGB VI sowie §§ 26 ff. SGB IX besteht nicht, weil die Rentenversicherungsträger zwar hinsichtlich des „Ob“ der Gewährung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation

und ausgewählte Leistungsbereiche, Gutachten 2014, S. 79 f.; *Schaub*, Deutsche Rentenversicherung 1999, 181 (183 ff.).

⁶⁴ S. bereits unter B. I. 1. b).

⁶⁵ Für § 220 SGB VI als Spezifizierung des Grundsatzes der Sparsamkeit *Pitschas*, VSSR 1998, 163 (165).

⁶⁶ Nach *Pitschas*, VSSR 1998, 163 (165 f.) entfaltet sich das Wirtschaftlichkeitsprinzip daneben fallbezogen als Minimalprinzip.

⁶⁷ Zum Verfassungspostulat der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme *Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, S.

⁶⁸ Die Gefahr „rechtlich nicht haltbare(r) Ungleichbehandlungen der Leistungsberechtigten“ bei einer Begrenzung der Teilhabeleistungen durch das Reha-Budget gem. § 220 SGB VI befürchtet *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 168; nach BSGE 67, 279 (284) folgt aus dem Pflichtcharakter einer Aufgabe, dass die Inanspruchnahme der Leistung durch den begünstigten Personenkreis ständig möglich sein muss, sodass insbesondere eine Mittelvergabe nach dem „Windhundprinzip“ ausscheidet; zur Unzulässigkeit des „Windhundprinzips“ auch *Langenheim*, Deutsche Rentenversicherung 1998, 870 (874).

⁶⁹ Näher *Stock*, in: Reinhardt (Hrsg.), SGB VI, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2014, § 220 Rn. 9: Die Verpflichtung zu einheitlicher Leistungserbringung aller Rentenversicherungsträger gem. § 220 Abs. 2 Satz 2 SGB VI bewirkt eine Gleichstellung der Versicherten innerhalb der Rentenversicherung; *Reimann/Rische/Ruland*, SGB VI, Kommentar, Stand: 82. Erg.-Lfg. September 2014, § 220 Rn. 5; *Scharf*, in: Ruland/Dünn (Hrsg.), GK-SGB VI, Gemeinschaftskommentar, Stand: Juli 2017, § 220 Rn. 40.

bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in der Person des Versicherten kein Ermessen haben, sondern zur Leistungsbewilligung verpflichtet sind⁷⁰. Ihnen steht aber bei der Bestimmung von Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Leistungen Ermessen zu (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI), dessen Ausübung § 220 SGB VI im Interesse der finanziellen Stabilität der Rentenversicherung begrenzt⁷¹. Die Verantwortung für diese Ausgaben- und Leistungsbegrenzung trägt der Gesetzgeber. § 220 SGB VI ist Ausdruck eines Systems unterschiedlicher Zuständigkeitsverteilung im Sozialversicherungsrecht. Während der Gesetzgeber durch Zuweisung des Reha-Budgets den finanziellen Rahmen für die Erbringung von Rehabilitationsleistungen setzt und hierfür die Verantwortung trägt, sind die Renten-

⁷⁰ Statt aller *Kühn*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB VI, Kommentar, 3. Band, Lfg. 2/15 – IV/15, § 220 Rn. 10; *Scharf*, in: Ruland/Dünn (Hrsg.), GK-SGB VI, Gemeinschaftskommentar, Stand: Juli 2017, § 220 Rn. 3.

⁷¹ Im Ergebnis ebenso *Kater*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB VI, 95. EL Juli 2017, § 220 Rn. 7, demzufolge die Umsetzung des Reha-Budgets im Rahmen des Bestimmungsrechts der Rentenversicherungsträger nach § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI erfolgt; vgl. auch *Baumeister/Mulzer*, in: Jahn (Hrsg.), SGB VI, Kommentar, Bearbeitungsstand: 15.8.2010, § 220 Rn. 6, wonach sich die Teilhabeleistungen als Ermessensleistungen nicht nur am gesetzlich vorgegebenen Bedarf, sondern auch an den vorhandenen Mitteln orientieren; *Kühn*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB VI, Kommentar, 3. Band, Lfg. 2/15 – IV/15, § 220 Rn. 9 mit den Worten, § 220 SGB VI liege zugrunde, dass die Rentenversicherungsträger die Ausgaben für Teilhabeleistungen durch Ermessensentscheidungen beeinflussen können; *Scharf*, in: Ruland/Dünn (Hrsg.), GK-SGB VI, Gemeinschaftskommentar, Stand: Juli 2017, § 220 Rn. 3, demzufolge § 220 SGB VI Ausgaben der Ermessensverwaltung erfasst, die der Steuerung zugänglich sind; auch nach *Pitschas*, VSSR 1998, 163 (165, 172) legitimiert und erfordert § 220 SGB VI Einschränkungen von Rehabilitationsleistungen. Beispiele für Leistungsbegrenzungen nennt BT-Drs. 13/4610, S. 25, wonach die Rentenversicherungsträger § 220 SGB VI u.a. „durch flexiblere Gestaltung der Leistungsdauer“ entsprechen können; zu der Verkürzung von Behandlungszeiten als Mittel zur Wahrung des Reha-Budgets gem. § 220 SGB V auch *Fachverband Sucht e.V.*, 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags: Eckpunkte für eine qualitativ hochwertige medizinische (Sucht-)Rehabilitation und eine sektorenübergreifende Vernetzung in Deutschland, ohne Datum, S. 8 f.; weitere Möglichkeiten der Leistungskürzung bei *Buschmann-Steinhage*, Rehabilitation 2012, 81 (85); vgl. auch – bezogen auf Überbrückungsgeld nach § 55a AFG a.F. Leistungen nach dem – BSGE 67, 279 (281 ff.), wonach nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Verwaltung bei der Gewährung von Sozialleistungen wie u.a. Leistungen zur Rehabilitation, soweit der Einzelne auf sie keinen Rechtsanspruch hat, die Leistungsfähigkeit des Staats berücksichtigen dürfe. Insbesondere dürfe die Verwaltung den Zugang zu solchen Leistungen nach sachgerechten Kriterien erschweren sowie Leistungen von kürzerer Dauer und geringerer Höhe gewähren. Anderer Ansicht wohl *Naumann*, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB VI, Kommentar, 2014, § 220 Rn. 5, demzufolge das Reha-Budget nicht dazu führen kann, dass Teilhabeleistungen nicht oder nur eingeschränkt gewährt werden; in der Tendenz ebenso *Langenheim*, Deutsche Rentenversicherung 1998, 870 (870 ff.).

versicherungsträger für die konkrete Ausgestaltung des Systems der Rehabilitation im Rahmen des Reha-Budgets verantwortlich. Die Rentenversicherungsträger trifft eine Verantwortung für die Sicherstellung der medizinischen Rehabilitation (s. § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB IX) nur im Rahmen des Reha-Budgets. Reicht das Budget zur Verwirklichung einer angemessenen Rehabilitationsversorgung nicht aus, trifft die Verantwortlichkeit hierfür nicht die Träger der Rentenversicherung, sondern (allein) den Gesetzgeber.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur, soweit die Gewährung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zur Sicherung des medizinischen Existenzminimums geboten ist. Die Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums ist den Rentenversicherungsträgern von Verfassung wegen (Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verbindlich vorgegeben⁷². Finanzielle Erwägungen, wie sie § 220 SGB VI zugrunde liegen, vermögen den verfassungsrechtlichen Anspruch der Versicherten auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums und die korrespondierende Verpflichtung der Rentenversicherungsträger nicht zu relativieren⁷³. Soweit es zur Sicherung des Existenzminimums im Bereich der Rehabilitationsleistungen erforderlich ist, sind die Rentenversicherungsträger daher gem. Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur berechtigt, sondern auch

⁷² Zum Anspruch Versicherter aus Art. 1 Abs. 1 GG gegen den Staat auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums BVerfGE 125, 175 (Leitsatz 1); *Neumann*, NZS 2006, 393 (393 f.) mit weiteren Nachweisen; *Held*, Das Alter als zulässiges Rationierungskriterium in der Gesetzlichen Krankenversicherung?, 2011, S. 87 ff.

⁷³ In diesem Sinne auch BT-Drs. 13/4610, S. 24, wonach die Rentenversicherungsträger trotz § 220 SGB V „Leistungen zur Rehabilitation den Berechtigten auch künftig in dem erforderlichen Umfang“ bewilligen können; ebenso letztlich *Schaub*, Deutsche Rentenversicherung 1999, 181 (193 ff.), demzufolge die Einhaltung des Reha-Budgets seine „Grenze im Kernbereich des gesetzlichen Rehabilitationsauftrages der Rentenversicherung“ findet und „die Inanspruchnahme unabweisbar notwendiger Reha-Leistungen stets auch dann noch möglich ... (bleiben muss), wenn entsprechende Mittel im Rahmen des Reha-Budgets nicht mehr zur Verfügung stehen“ (194 f.); ebenso *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 168; s. auch S. 169: Budgetierungen können „notwendige ... Leistungen zur Teilhabe nicht beschränken.“; s. ferner *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 54, denen zufolge eine Einschränkung von Teilhabeleistungen zur Einhaltung eines Budgets „ihre Grenze im Kernbereich des gesetzlichen Rehabilitationsauftrages“ findet und „die Inanspruchnahme unabweisbar notwendiger Rehabilitationsleistung ... stets möglich bleiben (muss), auch wenn entsprechende Mittel im Rahmen des Rehabilitationsbudgets nicht mehr zur Verfügung stehen.“; restriktiver allerdings S. 54: „Die Budgets entfalten mithin auf der leistungsrechtlichen Ebene keine Wirkung.“

verpflichtet, den Reha-Deckel des § 220 SGB VI anzuheben und die notwendigen Leistungen zu erbringen. § 220 SGB VI ist in diesem Fall – zur Vermeidung von Verfassungswidrigkeit – verfassungskonform im Lichte des Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auszulegen.

Der Gesetzgeber hat es insofern versäumt, in § 220 SGB VI eine § 71 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 SGB V entsprechende Regelung aufzunehmen. Während § 220 SGB VI das zur Verfügung stehende Reha-Budget als absolute Grenze für die Erfüllung des Versorgungsauftrags der Rentenversicherungsträger normiert, ist § 71 SGB V offen ausgestaltet und bietet im Interesse der Versorgungsqualität Raum für Ausnahmen vom Grundsatz der Beitragssatzstabilität. Zwar sieht § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB V vor, dass die Krankenkassen und Leistungserbringer Vereinbarungen über die Vergütungen so gestalten müssen, dass Beitragserhöhungen ausgeschlossen sind. Sie sind deshalb grundsätzlich an die ministeriell gem. § 71 Abs. 3 SGB V festgesetzten Änderungsraten gebunden. Von diesem Grundsatz der Beitragssatzstabilität kann jedoch gem. § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB V abgewichen werden („es sei denn“), wenn anderenfalls die notwendige medizinische Versorgung auch nach Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven nicht zu gewährleisten ist. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität unterliegt daher einem Vorbehalt.⁷⁴ Krankenkassen und Leistungserbringer können von der ministeriell festgelegten Änderungsrate abweichen, wenn die medizinisch notwendige Versorgung anderenfalls nicht sicherzustellen ist. Diese Regelung des § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB V dient unmittelbar der Sicherstellung des verfassungsrechtlich gebotenen medizinischen Existenzminimums. Demgegenüber sieht § 220 SGB VI einen solchen Vorbehalt nicht vor. Das Reha-Budget gilt nach dem Wortlaut der Norm absolut und steht nicht zur Disposition der Rentenversicherungsträger und der Leistungserbringer. § 220 SGB VI muss daher entsprechend verfassungskonform ausgelegt werden.

⁷⁴ Vgl. statt vieler *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 55.

Eine grundsätzlich andere Interpretation des § 220 SGB VI ließe sich nur vertreten, wenn man die Norm als *Gebot nachhaltiger Kostenersparnis* deutete. Bei der Beurteilung, ob Leistungen zur medizinischen Rehabilitation wirtschaftlich sind, könnten nicht nur die kurzfristigen Wirkungen der Maßnahmen, sondern auch ihre mittel- und langfristigen Folgen zu berücksichtigen sein. Leistungen zur medizinischen Rehabilitation verursachen zwar kurzfristig Ausgaben der Rentenversicherungsträger (und weiteren Rehabilitationsträger). Mittel- und langfristig werden durch sie aber wegen der Verhinderung von Folgekrankheiten und der Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit erheblich höhere Kosten erspart, die die kurzfristigen Kosten für die Rehabilitationsleistungen um ein Vielfaches übersteigen. Nach einer Studie des Prognos-Instituts erspart jeder in medizinische Rehabilitation investierte Euro der Gesellschaft das Fünffache an Kosten⁷⁵. Maßnahmen, die zwar kurzfristig Kosten einsparen, mittel- und langfristig hingegen mehr Kosten verursachen als kurzfristig erspart werden, erscheinen nicht wirtschaftlich. Nur eine Interpretation des sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzips und entsprechend des § 220 SGB VI als Gebot nachhaltiger Kostenersparnis dürfte seiner ratio, die finanziellen Grundlagen der Rentenversicherung zu schonen, und zugleich dem verfassungsrechtlichen Postulat der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rentenversicherung gerecht werden. Berücksichtigte man nur die kurzfristigen Folgen der Leistungen der Rentenversicherung und ließe man die mittel- und langfristigen Folgen außer Betracht, würden die finanziellen Grundlagen der Rentenversicherung nicht nachhaltig, sondern nur kurzfristig gesichert. Ein solches Verständnis des Wirtschaftlichkeitsprinzips stabilisierte die Rentenversicherung nicht, sondern gefährdete ihre Funktionsfähigkeit und ihren Fortbestand. In der Konsequenz könnten daher das Wirtschaftlichkeitsgebot und § 220 SGB VI Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, die zwar kurzfristig zu einer Überschreitung des gesetzlichen Maximalbetrags führen,

⁷⁵ Prognos, Die medizinische Rehabilitation Erwerbstätiger – Sicherung von Produktivität und Wachstum, Kurzfassung, 2009, S. 1; s. auch Kater, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB VI, 95. EL Juli 2017, § 220 Rn. 3; Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Gutachten 2014, S. 80.

aber mittel- und langfristig Kosten einsparen, zulassen. Verbindlich kann diese Frage hier aber nicht geklärt werden.

C. Vergütungsvereinbarung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (2. Stufe)

Gem. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX müssen die Rehabilitationsdienste und -einrichtungen, die nicht von dem Träger der Rentenversicherung selbst betrieben werden (s. § 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI), die (stationären) Leistungen zur medizinischen Rehabilitation „nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, insbesondere zu angemessenen Vergütungssätzen, ausführen“. Hieraus folgt implizit, dass angemessene Vergütungssätze für die Erbringung der Rehabilitationsleistungen festgelegt werden müssen.

Ob die Vergütung durch Vereinbarung zu regeln ist, wer die Vertragspartner einer solchen Vergütungsvereinbarung sind und in welcher Form die Vereinbarung zu treffen ist, ist jedoch gesetzlich ebenso wenig geregelt wie die Methoden zur Ermittlung der angemessenen Vergütung. Dies unterscheidet die gesetzliche Rentenversicherung von anderen Sozialversicherungszweigen, die im Leistungserbringungsrecht zum Teil detaillierte Regelungen über den Abschluss von Vergütungsverträgen⁷⁶, die beteiligten

⁷⁶ Für die gesetzliche Krankenversicherung s. §§ 111 Abs. 5 Satz 1, 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V: Verpflichtung zum Abschluss von Vergütungsverträgen für (stationäre bzw. ambulante) Leistungen zur medizinischen Rehabilitation. Ab 1.1.2018 s. für die Eingliederungshilfe §§ 125 ff. BTHG (Verpflichtung zum Abschluss von Vergütungsverträgen für Leistungen der Eingliederungshilfe) und § 123 Abs. 6 BTHG (Anspruch des Leistungserbringers gegen den Träger der Eingliederungshilfe auf Vergütung der erbrachten Leistungen der Eingliederungshilfe).

Vertragspartner⁷⁷, die Vertragsform⁷⁸, die Vereinbarungsdauer⁷⁹ und die Konfliktlösung durch Schiedsstellen bei Streitigkeiten⁸⁰ kennen.

Im Folgenden wird daher zunächst untersucht, ob die angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX) vertraglich zwischen den Rehabilitationseinrichtungen und den Rentenversicherungsträgern zu vereinbaren ist; alternativ könnte die Vergütungshöhe von den Rentenversicherungsträgern einseitig hoheitlich festzusetzen sein (I.). Sofern Vergütungsverträge erforderlich sind, stellt sich die Frage, ob es einer eigenständigen Vergütungsvereinbarung neben dem Versorgungsvertrag bedarf oder die Vergütung als Teil des Versorgungsvertrags vereinbart werden darf (II.). Klärungsbedürftig erscheint zudem, ob die Rentenversicherungsträger zum Abschluss von Vergütungsverträgen verpflichtet sind (Kontrahierungszwang) und den Einrichtungsträgern ein Anspruch auf Vertragsabschluss zusteht (III.). Die Frage, wer als Vertragspartner Vergütungsverträge zu schließen hat, wird unter IV. beantwortet. Außerdem werden Formerfordernisse für den Vergütungsvertrag in den Blick genommen (V.). Erst im Anschluss daran wird untersucht, nach welchen Methoden die angemessene Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu ermitteln ist (D. und E.).

Vorab sei bemerkt, dass die am 25. August 2017 veröffentlichte Verbindliche Entscheidung des Bundesvorstands der Deutschen Rentenversicherung Bund vom 16. März 2017 die Erforderlichkeit eines Vergütungsvertrags

⁷⁷ Für die gesetzliche Krankenversicherung s. §§ 111 Abs. 5 Satz 1, 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V: Abschluss der Vergütungsverträge für (stationäre bzw. ambulante) Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zwischen den einzelnen Krankenkassen und den Trägern der zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen. Ab 1.1.2018 s. für die Eingliederungshilfe § 125 Abs. 1 Satz 1 BTHG: Abschluss der Vergütungsvereinbarung zwischen dem Träger der Eingliederungshilfe und dem Leistungserbringer.

⁷⁸ Ab 1.1.2018 s. für die Eingliederungshilfe § 125 Abs. 1 Satz 1 BTHG: Schriftlichkeit der Vergütungsvereinbarung.

⁷⁹ Ab 1.1.2018 s. für die Eingliederungshilfe §§ 127, 130 BTHG.

⁸⁰ Für die gesetzliche Krankenversicherung s. § 111 Abs. 5 Satz 2 und § 111c Abs. 3 Satz 2 und 3 i.V.m. § 111b SGB V: Bei Nichtzustandekommen einer Vergütungsvereinbarung wird ihr Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei durch die Landesschiedsstelle festgesetzt. Ab 1.1.2018 s. für die Eingliederungshilfe §§ 126 Abs. 2, 3, 133 BTHG.

nicht erwähnt. Sie geht vielmehr von einem zweistufigen Verfahren der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation bestehend aus der Zulassung der Rehabilitationseinrichtung zur Leistungserbringung durch Abschluss eines Versorgungsvertrags gem. § 21 SGB IX und der Auswahl einer Rehabilitationseinrichtung im Einzelfall (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 SGB IX) aus⁸¹.

I. Erforderlichkeit eines Vergütungsvertrags oder einseitig hoheitliche Festsetzung der Vergütung durch Rentenversicherungsträger?

Weder in § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX noch in anderen Bestimmungen des SGB IX oder SGB VI ist geregelt, ob die Vergütung zwischen den Rehabilitationseinrichtungen und den Rentenversicherungsträgern vertraglich zu vereinbaren ist oder von den Rentenversicherungsträgern einseitig hoheitlich festgesetzt werden darf. Diese Frage ist daher durch Auslegung zu ermitteln.

1. Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 21 SGB IX

Für das Erfordernis einer vertraglichen Vereinbarung der Vergütung zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen spricht bereits der Wortlaut des § 21 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX, wonach die Versorgungsverträge mit den nicht in der Trägerschaft eines Rehabilitationsträgers stehenden Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen Regelungen über die Übernahme von Grundsätzen der Rehabilitationsträger *zur Vereinbarung* von Vergütungen enthalten müssen. Der Gesetzgeber geht mithin davon aus, dass die Vergütungen für Teilhabeleistungen wie die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (s. § 5 Nr. 1 SGB IX) auf der Grundlage der in den Versorgungsverträgen festgelegten Grundsätze frei

⁸¹ RVaktuell 5/6/2017, 163 f.

vereinbart und nicht einseitig von dem Rehabilitationsträger festgesetzt werden.

Hierfür spricht auch der Zweck der Vorschrift des § 21 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX. Die Aufnahme von Regelungen zur Übernahme von Vergütungsgrundsätzen der Rehabilitationsträger in die Versorgungsverträge dient dem Zweck sicherzustellen, dass die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation einheitlich vergütet (s. auch § 21 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) und erbracht werden. Die Versicherten sollen die im Einzelfall erforderlichen Leistungen nach Gegenstand, Umfang und Ausführung einheitlich erhalten (vgl. §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 10 Abs. 1 Satz 3, 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX)⁸². § 21 SGB IX liegt das Ziel zugrunde, die Einheitlichkeit der Versorgung der Versicherten mit Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zu gewährleisten⁸³. Da für Rehabilitationsleistungen eine Vielzahl verschiedener Rehabilitationsträger zuständig ist (s. § 6 Abs. 1 SGB IX) und die Leistungen von verschiedenen Diensten und Einrichtungen erbracht werden, besteht die Gefahr, dass die Verträge namentlich im Hinblick auf die Vergütungshöhe unterschiedlich gestaltet sind. Die Qualität der Versorgung mit rehabilitativen Leistungen hängt aber auch und gerade von der Höhe der Vergütung der Leistungen ab; die Vergütungshöhe dirigiert die Versorgungsqualität⁸⁴. § 21 SGB IX soll verhindern, dass unterschiedliche Vergütungssysteme und Vergütungsni-

⁸² Vgl. *Schneider*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, 16. Erg.-Lfg. VIII/07, § 21 Rn. 15, wonach § 21 Abs. 2 SGB IX dem Zweck dient, die Einheitlichkeit der Leistungserbringung zu sichern, um zu verhindern, dass sich der Inhalt der Verträge je nach zuständigem Rehabilitationsträger und Leistungserbringer unterscheidet; gleichsinnig *Fuchs*, in: Fuchs/Hirsch/Ritz (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 5.

⁸³ *Schneider*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, Stand: 16. Erg.-Lfg. VIII/07, § 21 Rn. 15; *Fuchs*, in: Cramer/Fuchs/Hirsch u.a. (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 5; *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 162.

⁸⁴ *Penner*, Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht, Forum D, Diskussionsbeitrag Nr. 16/2013, 1 (2); s. auch *Borges/Zimolong/Radtke/Werner*, Gutachten zur aktuellen und perspektivischen Situation der Einrichtungen im Bereich der medizinischen Rehabilitation, Neuauflage 2017, S. 34, denen zufolge sich die im Bereich der medizinischen Rehabilitation zu beobachtenden Kostensteigerungen direkt auf die Leistungserbringung in den Kliniken auswirken, sodass sie sich auch in den Steigerungen der Vergütungssätze wiederfinden müssen.

veaus die Einheitlichkeit der Versorgung mit Rehabilitationsleistungen beeinträchtigen⁸⁵. Einer solchen versorgungsvertraglichen Regulierung der Vergütung bedürfte es nicht, wenn die Vergütung nicht zwischen den Rehabilitationsträgern und den Einrichtungen vereinbart würde, sondern sie die Rehabilitationsträger einseitig hoheitlich festsetzten⁸⁶. Denn in diesem Fall hätten die Rehabilitationseinrichtungen auf die Vergütungshöhe keinen Einfluss, sodass die Aufnahme von Vergütungsgrundsätzen in die Versorgungsverträge überflüssig wäre. Es genügte, wenn sich die Rehabilitationsträger untereinander auf einheitliche Vergütungsgrundsätze verständigten und auf dieser Grundlage anschließend die Vergütung innerhalb der jeweiligen Trägergruppe (s. § 6 Abs. 1 SGB IX) einseitig hoheitlich festsetzten. Die Aufnahme einheitlicher Vergütungsgrundsätze der Rehabilitationsträger in den Versorgungsvertrag dient gerade dazu sicherzustellen, dass die Vergütung der Rehabilitationsleistungen zwischen den Rehabilitationsträgern und den Einrichtungen trotz individualvertraglicher Vereinbarung einheitlichen Grundsätzen folgt.

2. Parallele zu anderen Leistungsgesetzen

Dass die Vergütung vertraglich zu vereinbaren und nicht von den Trägern der Rentenversicherung einseitig hoheitlich festzusetzen ist, legt auch die Parallele zu den Leistungsgesetzen für andere Rehabilitationsträger nahe, die die Notwendigkeit eines Vergütungsvertrags teilweise ausdrücklich vorsehen. Namentlich die gesetzlichen Krankenkassen müssen die Vergütung für die (stationären und ambulanten) Leistungen zur medizinischen Rehabilitation mit den Trägern der Rehabilitationseinrichtungen vertraglich vereinbaren (s. §§ 111 Abs. 5 Satz 1, 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V). Die Vergütungen für die Rehabilitationsleistungen iSd § 111 Abs. 1 SGB V werden

⁸⁵ *Welti*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 111 Rn. 7.

⁸⁶ Vgl. *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 31.7.2014, § 21 Rn. 19 mit dem Hinweis, dass § 21 Abs. 2 SGB IX dem Ziel dient, die Rehabilitationseinrichtungen nicht mit gegensätzlichen Anforderungen der Rehabilitationsträger zu konfrontieren.

nach dem Willen des Gesetzgebers im Wettbewerb „ohne staatliche Einwirkungsmöglichkeit frei vereinbart“⁸⁷. Eine einseitig hoheitliche Festsetzung der Vergütung durch die Krankenkassen ist ausgeschlossen.

Dass im Rentenversicherungsrecht anders als in anderen Leistungsbe-
reichen eine gesetzliche Regelung des Vergütungsvertrags fehlt und für den
Fall des Scheiterns der Vergütungsverhandlungen keine Möglichkeit der
Konfliktlösung durch Schiedsstellen vorgesehen ist (s. aber § 111 Abs. 5
Satz 2 und § 111c Abs. 3 Satz 2 und 3 i.V.m. § 111b SGB V), lässt sich
nicht als Argument gegen die Notwendigkeit eines Vergütungsvertrags in
Stellung bringen. Einer gesetzlichen Grundlage für den Abschluss von Ver-
gütungsverträgen bedarf es im SGB VI nicht, weil die Vertragsfreiheit der
Rehabilitationseinrichtungen grundrechtlich fundiert ist (Art. 12 Abs. 1 GG)
und auch die Rentenversicherungsträger zum Abschluss von Verträgen be-
fugt sind. Das Fehlen eines Schiedsstellenverfahrens für den Fall des
Scheiterns von Vergütungsverhandlungen mag rechtspolitisch zu bean-
standen sein; es berührt aber nicht die Notwendigkeit von Vergütungsver-
trägen, zumal die Vertragsparteien bei einem Scheitern der Verhandlungen
oder bei Streitigkeiten über die vereinbarte Vergütung die staatlichen Ge-
richte anrufen können.

3. Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes

Eine einseitig hoheitliche Festsetzung der Vergütung durch die Renten-
versicherungsträger verstieße zudem gegen den verfassungsrechtlichen
Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes⁸⁸. Die Festlegung der Vergütung
durch die Träger der Rentenversicherung mit verbindlicher Wirkung für die

⁸⁷ BT-Drs. 17/5178, S. 21.

⁸⁸ Vgl. *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. 28 f., der mangels gesetzlicher Grundlage zum hierarchischen Handeln der Sozialversicherungsträger namentlich durch Erlass von Verwaltungsakten den Vertrag als allein zulässige Handlungsform der Sozialversicherungsträger ansieht; vgl. auch *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 49, denen zufolge Vergütungssysteme, die erheblich auf die Art und Weise der Berufsausübung rückwirken, einer gesetzlichen Regelung bedürfen.

Rehabilitationseinrichtungen bewirkt einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit (privater) Einrichtungen aus Art. 12 Abs. 1 GG, das das Recht beinhaltet, die Vergütung für eigene (Rehabilitations-)Leistungen vertraglich festzulegen (Vertragsfreiheit). „Die Freiheit, den Inhalt der Vergütungsvereinbarungen ... aushandeln zu können, ist ein wesentlicher Bestandteil der Berufsausübung“, weil dadurch der wirtschaftliche Erfolg und damit „die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte, der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit“ mitbestimmt wird⁸⁹. Die „Vereinbarung des geschuldeten Preises für eine Leistung (gehört) zum Kern der Privatautonomie und wird in der Regel dem Marktmechanismus überlassen.“⁹⁰ Eingriffe in diese grundrechtlich geschützte Vertragsautonomie sind nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung zulässig. Eine solche gesetzliche Regelung ist im SGB VI und SGB IX – anders als in anderen Sozialgesetzen (s. z.B. § 17d KHG⁹¹) – nicht vorgesehen. Ob sie angesichts der Marktmacht der Rentenversicherungsträger gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen⁹² unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geschaffen werden dürfte, soll hier dahinstehen.

4. Strukturelles Ungleichgewicht zwischen Rentenversicherungsträgern und Rehabilitationseinrichtungen im Markt der medizinischen Rehabilitation

Schließlich folgt die Notwendigkeit einer vertraglichen Vereinbarung der angemessenen Vergütung auch aus dem strukturellen Ungleichgewicht zwischen den Trägern der Rentenversicherung und den Rehabilitationseinrichtungen im Bereich der medizinischen Rehabilitation. Die Rehabilitationsträger, in Sonderheit die Rentenversicherungsträger, und die Rehabili-

⁸⁹ Zuletzt BVerfGE 134, 204 (230); 126, 112 (138 f.); 117, 163 (181).

⁹⁰ Zuletzt BVerfGE 134, 204 (230).

⁹¹ Gem. § 17d KHG ist für die Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen von Fachkrankenhäusern und selbstständigen, gebietsärztlich geleiteten Abteilungen an somatischen Krankenhäusern für die Fachgebiete Psychiatrie und Psychotherapie, Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie sowie Psychosomatische Medizin und Psychotherapie ein bundeseinheitliches, leistungsorientiertes und pauschalierendes Vergütungssystem einzuführen.

⁹² S. sogleich unter C. I. 4.

tationseinrichtungen stehen sich nicht gleichberechtigt „auf Augenhöhe“ gegenüber, sondern den Rentenversicherungsträgern kommt typischerweise ein erhebliches strukturelles Übergewicht zu. Sie besitzen als Nachfrager für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation eine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Leistungserbringern (Nachfragekartell), die sich typischerweise in einer wirtschaftlich unterlegenen Verhandlungsposition befinden⁹³.

Diese marktbeherrschende Stellung der Rentenversicherungsträger resultiert bereits daraus, dass den Rehabilitationseinrichtungen aus dem Versorgungsvertrag (§ 21 SGB IX) kein Anspruch auf Belegung mit Versicherten zusteht (keine Belegungsgarantie)⁹⁴. Die Rentenversicherungsträger entscheiden als Nachfrager der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nicht nur über Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, sondern bestimmen auch die Rehabilitationseinrichtung nach (pflichtgemäßem) Ermessen (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 Satz 1 SGB IX – 3. Stufe des Verfahrens der Leistungserbringung). Anders als in anderen Leistungsbereichen wie z.B. im Vertragsarzt- und Krankenhausbereich entscheiden nicht die Versicherten, sondern die Rehabilitationsträger, welche Rehabilitationseinrichtungen

⁹³ Im Ergebnis ebenso O`Sullivan, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), SGB IX, Juris-Praxiskommentar, 2. Aufl. 2015, § 21 Rn. 9: Die Rehabilitationsträger haben jeweils eine marktbeherrschende Stellung als Nachfrager von Rehabilitationsleistungen; 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) / „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 / asymmetrische Verteilung der Marktmacht zwischen Rehabilitationsträgern und -einrichtungen / Marktmacht der Rehabilitationsträger; Koch/Wessel, Ein Gespenst geht um in Deutschland, 19.10.2016, S. 5: „»Nachfrage-Oligopol« auf Seiten der Leistungserbringer der medizinischen Reha“ (abrufbar unter: <https://www.konturen.de/titelthema/titelthema-2-2016-suchtrehabilitation/ein-gespenst-geht-um-in-deutschland/>).

⁹⁴ S. unter B. I. 4.

die Rehabilitationsleistungen erbringen⁹⁵. Die Versicherten haben auf die Inanspruchnahme der Rehabilitationseinrichtung nur im Rahmen des gesetzlichen Wunsch- und Wahlrechts (§ 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, § 33 Satz 2 SGB I) Einfluss. Dieses Auswahlermessen der Rehabilitationsträger verleiht ihnen ein wirtschaftliches Übergewicht und den Rehabilitationseinrichtungen eine wirtschaftliche Abhängigkeit sowie eine entsprechende Unterlegenheit.

Dies gilt umso mehr, als sich die Rehabilitationseinrichtungen nahezu ausschließlich durch Vergütungen für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation finanzieren (monistische Finanzierung)⁹⁶, sodass sie auf eine Inanspruchnahme durch die Rehabilitationsträger existenziell angewiesen und mithin wirtschaftlich von ihnen abhängig sind. Die Rentenversicherungsträger sind als Nachfrager der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation keinem (wesentlichen) Wettbewerb ausgesetzt⁹⁷. Leistungs- und Kostenträger für medizinische Rehabilitation namentlich für Abhängigkeitskranke sind neben der Rentenversicherung im Wesentlichen nur noch die gesetzlichen Krankenkassen (s. § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 5 Nr. 1 SGB IX)⁹⁸, die wegen

⁹⁵ Vgl. *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. 26.

⁹⁶ Näher *Rahlf/s/Schmidt*, in: Timmreck (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions im Krankenhaussektor. Privatisierung und Konsolidierung*, 2016, S. 429 (433); *Koch/Wessel*, Ein Gespenst geht um in Deutschland, 19.10.2016, S. 5: „»Nachfrage-Oligopol« auf Seiten der Leistungserbringer der medizinischen Reha“ (abrufbar unter: <https://www.konturen.de/titelthema/titelthema-2-2016-suchtrehabilitation/ein-gespenst-geht-um-in-deutschland/>); *Borges/Zimolong*, Investitionsbedarf in der medizinischen Rehabilitation – Ergebnisse einer Befragung 2016 –, 2016, S. 4, 26; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Gutachten 2014, S. 82.

⁹⁷ *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, 284 (286).

⁹⁸ Vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Gutachten 2014, S. 73, wonach die gesetzliche Renten- und Krankenversicherung zusammen über zwei Drittel der Ausgaben für medizinische Rehabilitation tragen; vgl. auch *Rahlf/s/Schmidt*, in: Timmreck (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions im Krankenhaussektor. Privatisierung und Konsolidierung*, 2016, S. 429 (433 f.); *Borges/Zimolong/Moorées*, Was kostet die Rehabilitationsleistung? Kostenberechnung auf Basis der strukturellen Anforderungen, 2012, S. 6; *CRBE/BDO*, Reha-Kliniken in Deutschland. Immobilien- und Investmentmarktbericht, 2015, S. 12 ff. Nach *Kingreen*, Die Verträge zur Ausführung von medizinischen Rehabilitationsleistungen im Bereich der gesetzlichen Ren-

der gesetzlichen Zuständigkeitsabgrenzungen und -zuweisungen nicht in Konkurrenz stehen⁹⁹; andere Rehabilitationsträger wie die gesetzlichen Unfallversicherungsträger (s. § 6 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 5 Nr. 1 SGB IX) spielen eine untergeordnete Rolle. Entsprechend verfügen die Rehabilitationseinrichtungen über keine oder allenfalls geringe „Ausweichmöglichkeiten“ auf andere Finanzierungsquellen¹⁰⁰. Diese existenzielle Abhängigkeit der Rehabilitationseinrichtungen von der Inanspruchnahme durch die Rehabilitationsträger besteht umso mehr, als im Markt der privat betriebenen Rehabilitationseinrichtungen, die überkapazitätsbedingt nur teilweise ausgelastet sind¹⁰¹, starker Wettbewerb um den Zugang zu Rehabilitationsleistungen herrscht¹⁰².

Diese Abhängigkeit der Rehabilitationseinrichtungen von den Rehabilitationsträgern wirkt sich im Wege der Vorwirkung negativ auf die Festlegung

tenversicherung, Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft Medizinische Rehabilitation SGB IX, Mai 2010, S. 26 sind die Rentenversicherungsträger die wichtigsten Vertragspartner der Rehabilitationseinrichtungen, weil die Einrichtungen mehr als 50% der Leistungen zulasten der Rentenversicherung erbringen; s. auch *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Gutachten 2014, S. 79, wonach im Jahr 2012 ca. 65% der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Bereich der Rentenversicherung bewilligt wurden. Nach *Fachverband Sucht e.V.*, 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags: Eckpunkte für eine qualitativ hochwertige medizinische (Sucht-)Rehabilitation und eine sektorenübergreifende Vernetzung in Deutschland, ohne Datum, S. 9 f. beträgt der Anteil von GKV-Patienten in der stationären Suchtrehabilitation ca. 15%, während über 80% der Suchtrehabilitationsleistungen von der Rentenversicherung getragen werden.

⁹⁹ *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, 284 (287). Zur Abgrenzung der Zuständigkeit von Rentenversicherungsträgern und Krankenkassen für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Allgemeinen und speziell für Rehabilitationsleistungen für Abhängigkeitskranke *Quaas*, in: *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 27 Rn. 39 f.; *Wagner*, in: *Krauskopf* (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, SGB V, 96. EL August 2017, § 40 Rn. 34 f.; zur Zuständigkeit von Renten- und Krankenversicherung bei Suchtkrankheit auch *Kater*, in: *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, SGB VI, 95. EL Juli 2017, § 15 Rn. 14.

¹⁰⁰ *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, 284 (287).

¹⁰¹ Vgl. *Bundesrechnungshof*, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2009, S. 131, wonach die privaten Rehabilitationskliniken im Jahr 2007 durchschnittlich zu weniger als 80% ausgelastet waren, während die Reha-Zentren der Deutschen Rentenversicherung Bund durchschnittlich zu 97,5% ausgelastet waren; vgl. auch *Rahlf/Schmidt*, in: *Timmreck* (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions im Krankenhaussektor. Privatisierung und Konsolidierung*, 2016, S. 429.

¹⁰² *CRBE/BDO*, Reha-Kliniken in Deutschland. Immobilien- und Investmentmarktbericht, 2015, S. 26.

der Vergütung für die Rehabilitationsleistungen aus. Da die Rehabilitationseinrichtungen befürchten müssen, auf der dritten Stufe des Verfahrens der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation von den Rentenversicherungsträgern nicht belegt zu werden, sind sie faktisch auf den vorhergehenden Verfahrensstufen, namentlich bei den Vergütungsverhandlungen, gehemmt, ihre berechtigten Interessen durchzusetzen¹⁰³. Infolgedessen können die Träger der Rentenversicherung die Vergütungsvertragsbedingungen faktisch einseitig diktieren, ohne dass die Rehabilitationseinrichtungen ihre Interessen und Belange angemessen geltend machen können. Anschaulich belegt wird diese „Wohlverhaltenserwartung“¹⁰⁴ der Rehabilitationsträger dadurch, dass in der Praxis die zwischen ihnen und den Rehabilitationseinrichtungen vereinbarten Vergütungssätze für medizinische Rehabilitation oftmals hinter den tatsächlichen Kosten der

¹⁰³ Vgl. *CRBE/BDO*, Reha-Kliniken in Deutschland. Immobilien- und Investmentmarktbericht, 2015, S. 23; *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. 26: für die Auswahlentscheidung der Rehabilitationsträger kann ein vertragliches Wohlverhalten der Rehabilitationseinrichtungen eine Rolle spielen. *Kingreen* weist auch darauf hin, dass die Rehabilitationseinrichtungen wegen der Befürchtung, nicht mehr belegt zu werden, keinen Rechtsschutz in Anspruch nehmen (S. 26).

¹⁰⁴ Vgl. zur Formulierung *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. 26.

Einrichtungen und hinter den Kosten trügereigener Einrichtungen der Rentenversicherungsträger¹⁰⁵ zurückbleiben. Gleichwohl nehmen die Einrichtungen regelmäßig keinen Rechtsschutz in Anspruch¹⁰⁶, zumal ein Schiedsstellenverfahren bei Vergütungskonflikten nicht vorgesehen ist.

Dieses strukturelle Kräfte-Ungleichgewicht besteht umso mehr, als die Rentenversicherungsträger anders als zum Beispiel die gesetzlichen Krankenkassen über eigene Rehabilitationseinrichtungen verfügen, die sie selbst betreiben (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 SGB VI). Die Deutsche Rentenversicherung hat insgesamt 88 eigene Kliniken mit ca. 17.000 Betten¹⁰⁷; vier Rehabilitationseinrichtungen befinden sich in der Trägerschaft der Deutschen Rentenversicherung Braunschweig-Hannover¹⁰⁸.

Diese Eigeneinrichtungen decken einen großen Teil des Versorgungsbedarfs ab¹⁰⁹. Die Rentenversicherungsträger sind daher auf die Inanspruchnahme nicht selbst betriebener Rehabilitationseinrichtungen (vgl. § 15

¹⁰⁵ *Bundesrechnungshof*, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2009, S. 131; *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. 42; *CRBE/BDO*, Reha-Kliniken in Deutschland. Immobilien- und Investmentmarktbericht, 2015, S. 15. S. auch bei und in Fn. 389.

¹⁰⁶ *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. 26.

¹⁰⁷ *Rahlf/s/Schmidt*, in: Timmreck (Hrsg.), Mergers & Acquisitions im Krankenhaussektor. Privatisierung und Konsolidierung, 2016, S. 429 (437); bezogen auf 2012 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Gutachten 2014, S. 94: 78 Eigeneinrichtungen der Rehabilitationsträger mit über 200 Betten je Einrichtung und damit gemessen an der Bettenzahl mit einem Marktanteil von 10% der verfügbaren Reha-Kapazitäten; bezogen auf 2007 *Bundesrechnungshof*, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2009, S. 131: 95 trügereigene Rehabilitationskliniken der Rentenversicherungsträger mit mehr als 18000 Betten.

¹⁰⁸ http://www.deutsche-rentenversicherung.de/BraunschweigHannover/de/Navigation/2_Rente_Reha/02_Reha/04_reha_einrichtungen/kliniken_index_node.html

¹⁰⁹ Nach *Bundesrechnungshof*, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2009, S. 131 lassen die Rentenversicherungsträger ein Drittel aller medizinischen Rehabilitationsmaßnahmen in eigenen Rehabilitationskliniken und zwei Drittel in privaten Rehabilitationskliniken (Vertragskliniken) erbringen; s. auch *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. 25.

Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 SGB VI) in deutlich geringerem Maße angewiesen als andere Rehabilitationsträger, die – wie die Krankenkassen – keine eigenen Kliniken betreiben. Das Verhältnis zwischen den Rentenversicherungsträgern und Rehabilitationseinrichtungen ist in deutlich geringerem Maße von gegenseitiger Abhängigkeit geprägt als das Verhältnis zwischen den Krankenkassen und Rehabilitationseinrichtungen¹¹⁰.

Die Abhängigkeit der Rehabilitationseinrichtungen von den Rentenversicherungsträgern und ihre entsprechende strukturelle Unterlegenheit wird noch dadurch verstärkt, dass die zu erbringenden Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gesetzlich nur rahmenartig definiert sind. Weder §§ 13 und 15 SGB VI noch §§ 19, 21 oder 26 ff. SGB IX noch andere gesetzliche Vorschriften sehen eine konkrete Leistungsbeschreibung vor¹¹¹. Hinzu kommt, dass die Rehabilitationsträger ihrer gesetzlichen Verpflichtung nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 SGB IX zur gemeinsamen Festlegung einheitlicher Qualitätsanforderungen an die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal und die begleitenden Fachdienste sowie einheitlicher Vergütungsgrundsätze nicht nachgekommen sind¹¹². Abgerundet und vertieft wird dieses Marktungleichgewicht zugunsten der Rentenversicherungsträger durch die mangelnde Transparenz ihrer Vergütungs- und Belegungspraxis.

Es tritt hinzu, dass die Rentenversicherungsträger nach dem Gesetz die Möglichkeit haben, die (Versorgungs- und) Vergütungsverträge mit den Leistungserbringern kollektiv abzuschließen¹¹³. Auch in der Praxis vereinbaren die Rentenversicherungsträger die Vergütungen mit den einzelnen Leis-

¹¹⁰ Vgl. *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. 25 bezogen auf das Verhältnis zwischen den Rentenversicherungsträgern und nicht selbst betriebenen Rehabilitationseinrichtungen einerseits sowie das Verhältnis zwischen den Krankenkassen und Vertragsärzten und Krankenhäusern andererseits.

¹¹¹ Näher unter E. I.

¹¹² Näher bei Fn. 42.

¹¹³ S. unter B. I. 3. und C. IV.

tungserbringern für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach dem Federführungsprinzip¹¹⁴. Das Bundessozialgericht nimmt ein „Nachfragekartell“ von Sozialversicherungsträgern gegenüber Leistungserbringern insbesondere dann an, wenn die Sozialversicherungsträger kraft gesetzlicher Ermächtigung Vergütungsvereinbarungen gemeinsam und einheitlich mit einzelnen Leistungserbringern schließen¹¹⁵. Der Leistungserbringer ist bei der Vereinbarung der Vergütung für Rehabilitationsleistungen im Verhältnis zum „Nachfragekartell“ der gemeinschaftlich auftretenden Sozialversicherungsträger strukturell unterlegen.

All dies begründet eine erhebliche Verhandlungsasymmetrie zugunsten der Rentenversicherungsträger und zulasten der Rehabilitationseinrichtungen (Verhältnis gestörter Vertragsparität), die dazu führt, dass die Rentenversicherungsträger die Höhe der Vergütung und die weiteren Vergütungsbedingungen für die Erbringung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation in der Praxis regelmäßig faktisch einseitig bestimmen können. Ein funktionsfähiger Wettbewerb mit freiem Austausch von Angebot und Nachfrage existiert im Markt der medizinischen Rehabilitation nicht¹¹⁶.

Würde bei einem solchen Ungleichgewicht die strukturell überlegene Partei (hier: die Rentenversicherungsträger) die Vergütung einseitig festsetzen, bestünde die Gefahr einer einseitigen Interessendurchsetzung, was die Angemessenheit der Vergütung gefährdete. Könnten die Rentenversicherungsträger die Vergütung einseitig diktieren, ohne auf die berechtigten Interessen der Rehabilitationseinrichtungen in Vertragsverhandlungen Rücksicht nehmen zu müssen, drohte eine einseitige Ausrichtung der Vergütung an den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; andere gesetzliche Vergütungskriterien wie die Leistungsbezogenheit und -gerechtigkeit der Vergütung könnten außer Acht bleiben. Eine angemessene, leistungsbezogene und -gerechte Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen ist aber zwingend erforderlich, um eine qualitativ und quantitativ ausreichende

¹¹⁴ Näher nach Fn. 141.

¹¹⁵ S. bezogen auf Pflegesatzvereinbarungen nach § 85 Abs. 1 und 2 SGB XI BSGE 87, 199 (203).

¹¹⁶ *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 175 ff.; *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, 284 (286 f.).

sowie einheitliche Versorgung der Versicherten mit Rehabilitationsleistungen sicherzustellen. Die Quantität und Qualität der Versorgung mit medizinischen Leistungen hängt auch und gerade von der Höhe der Vergütung der Leistungen ab; die Vergütungshöhe dirigiert die Versorgungsqualität¹¹⁷. Die Festsetzung einer angemessenen Vergütung gem. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ist zwingend notwendig, damit die fachlich und regional erforderlichen Rehabilitationsdienste und -einrichtungen in ausreichender Zahl und Qualität zur Verfügung stehen und der Sicherstellungsauftrag des § 19 Abs. 1 SGB IX erfüllt werden kann. Nur dann, wenn die Rentenversicherungsträger den Rehabilitationseinrichtungen eine angemessene, leistungsgerechte Vergütung zahlen, ist gewährleistet, dass solche Einrichtungen in ausreichender Zahl und Qualität bestehen und die Versicherten die im Einzelfall erforderlichen Leistungen nach Gegenstand, Umfang und Ausführung einheitlich erhalten (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX). Nur sofern die Vergütung zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen vertraglich verhandelt und vereinbart wird, sodass die Interessen der Rehabilitationseinrichtungen angemessen berücksichtigt werden, ist die Gewähr für eine angemessen hohe, leistungsgerechte Vergütung gegeben und kann der Sicherstellungsauftrag des § 19 Abs. 1 SGB IX erfüllt werden. Es bedarf Vertragsverhandlungen und der freien vertraglichen Vereinbarung der Vergütung, um eine wirtschaftliche und leistungsgerechte Vergütung zu gewährleisten¹¹⁸.

Dass wegen des strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Vertragsparteien die Rentenversicherungsträger auch den Inhalt des Vergütungsvertrags, d.h. die Vergütungshöhe faktisch weitgehend einseitig diktieren

¹¹⁷ Nachweise in Fn. 84.

¹¹⁸ Im Ergebnis ebenso *Trefz/Flachsbarth*, Pflege- und Krankenhausrecht 2012, 70 (71); vgl. auch *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 177, der die Unzulässigkeit eines einseitig von den Rehabilitationsträgern diktierten Preises aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit der Rehabilitationseinrichtungen (Art. 12 Abs. 1 GG) ableitet, das existenzbedrohend niedrige Vergütungen untersage; ebenso *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 65; ebenso wohl *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. 28 ff., insbesondere 31.

können, spricht nicht gegen die Erforderlichkeit eines Vergütungsvertrags. Vielmehr ist dieses vertragliche Übergewicht der Rentenversicherungsträger der Grund dafür, dass die Vergütungshöhe nicht zwischen den Vertragsparteien im Wettbewerb ohne staatliche Einwirkungsmöglichkeit frei vereinbart werden darf (kein Wettbewerbspreis), sondern durch Anwendung des vom Bundessozialgericht für andere Leistungsbereiche entwickelten Zwei-Stufen-Verfahrens für einen gerechten Ausgleich zwischen den Vertragsparteien Sorge zu tragen ist. Es bedarf spezieller Schutzmechanismen zugunsten der unterlegenen Rehabilitationseinrichtungen, die dem wirtschaftlichen Ungleichgewicht in den Vertragsverhandlungen entgegenwirken und eine Ausnutzung der Verhandlungsstärke der Rentenversicherungsträger durch Vereinbarung einer unangemessen niedrigen Vergütung ausschließt. Die erhebliche wirtschaftliche Überlegenheit der Rentenversicherungsträger und entsprechende Unterlegenheit der Rehabilitationseinrichtungen ist der Grund dafür, dass es eines Vergütungsvertrags bedarf und die Vergütungsvereinbarung durch Schutzmechanismen zu flankieren ist, die die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung sicherstellen. Der formale Abschluss eines Vergütungsvertrags, dessen Inhalt ein Vertragspartner faktisch diktieren kann, würde dem gesetzlichen Gebot einer angemessenen Vergütung (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX) und den Grundrechten der (privaten) Rehabilitationseinrichtungen (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht gerecht¹¹⁹. Hierauf wird an anderer Stelle zurückgekommen¹²⁰.

Das Verdikt der Unzulässigkeit einer einseitigen Festsetzung der Vergütung der Rehabilitationsleistungen durch die Rentenversicherungsträger gilt umso mehr, wenn die Vergütung innerhalb der Rentenversicherung von einem Träger einheitlich hoheitlich mit Wirkung für sämtliche Rentenversicherungsträger und alle Rehabilitationseinrichtungen festgelegt würde. Eine

¹¹⁹ Vgl. *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. 43, der nicht verhandelbare Vertragsentwürfe der Sozialversicherungsträger als verbotene „maskierte Verwaltungsakte“ bezeichnet.

¹²⁰ S. unter D. IV bis VI. und E.

einheitliche, abgestimmte Vorgehensweise innerhalb der Rentenversicherung (durch gemeinsame Festsetzung der Vergütung oder verbindliche Entscheidung eines Trägers mit Wirkung für die anderen Träger) bei der Festsetzung der Vergütung ist erst recht unzulässig. Denn hierdurch würden die Marktmacht der Rentenversicherung und die strukturelle Unterlegenheit der Rehabilitationseinrichtungen, die bereits einer einseitigen Vergütungsfestsetzung durch die einzelnen Rentenversicherungsträger entgegenstehen, noch verstärkt. Gesetzlich erlaubt und geboten ist ein Zusammenwirken der Rentenversicherungsträger (mit den übrigen Rehabilitationsträgern) in Vergütungsfragen nur insofern, als sie einheitliche Vergütungsgrundsätze zur Übernahme in den Versorgungsvertrag vereinbaren sollen (§ 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 SGB IX), die die Grundlage für anschließende Vergütungsverhandlungen mit den Rehabilitationseinrichtungen bilden.

Im Übrigen wäre eine einseitig hoheitliche Festsetzung der Vergütung durch die Rentenversicherungsträger ein „Pyrrhussieg“. Setzten die Träger der Rentenversicherung die Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX einseitig fest, wäre diese Festsetzung für die Rehabilitationseinrichtungen gem. § 315 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 BGB nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht die Vergütung nicht der Billigkeit, wird sie von dem zuständigen Zivilgericht durch Urteil bestimmt (§ 315 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BGB). Dies gälte unabhängig davon, ob man die Vergütungsverträge als privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verträge einordnete¹²¹; im ersten Fall gälte § 315 BGB unmittelbar, im zweiten Fall käme er gem. § 61 Satz 2 SGB X zur Anwendung. § 315 BGB ist ein regulatorisches Instrument zur Bewältigung von Situationen gestörter Vertragsparität wegen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte einer Partei, das Ausdruck verfassungsrechtlicher Schutzpflichten des Staats

¹²¹ Für die Einordnung aller Verträge nach dem SGB VI und SGB IX (Versorgungs- und Vergütungsverträge) als öffentlich-rechtliche Verträge *Fuchs*, in: *Fuchs/Hirsch/Ritz* (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 21; ebenso *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn/Welti* (Hrsg.), *HK-SGB IX, Handkommentar*, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 13, 17.

für die Grundrechte der nicht bestimmungsberechtigten, unterlegenen Vertragspartei ist¹²².

II. Separate Vergütungsvereinbarung neben Versorgungsvertrag

Ob die zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen zu vereinbarenden Vergütung Gegenstand eines separaten Vertrags sein muss, der neben dem Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX tritt oder Teil des Versorgungsvertrags sein darf, ist gesetzlich (ebenfalls) nicht geregelt.

Für die Notwendigkeit einer separaten Vergütungsvereinbarung, die dem Versorgungsvertrag zeitlich nachfolgt, spricht der Zweck des § 21 SGB IX. Die Verpflichtung der Rehabilitationsträger zur Aufnahme einheitlicher Qualitäts- und Vergütungsgrundsätze in die Versorgungsverträge dient dazu sicherzustellen, dass die Vergütungsverträge homogenen Grundsätzen folgen und auf diese Weise eine nach Gegenstand, Umfang und Ausführung einheitliche Versorgung der Versicherten gewährleistet ist (vgl. §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 10 Abs. 1 Satz 3, 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX)¹²³. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen die Rehabilitationseinrichtungen den Inhalt des Versorgungsvertrags kennen, bevor sie in Vergütungsverhandlungen mit den Rehabilitationsträgern eintreten. Hierzu muss der Vergütungsvertrag dem Versorgungsvertrag typischerweise zeitlich nachfolgen. Der Zweck des § 21 SGB IX liefe leer, wenn die Verhandlungen über den Versorgungs- und den Vergütungsvertrag zusammenfielen und die Vereinbarung über die Ausführung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sowie die Vergütungsvereinbarung in einem einheitlichen Vertragswerk getroffen würden. Nähmen die Parteien die Vergütungsregelung in den Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX auf, liefe der Zweck des § 21 SGB IX, Vergütungsverträge auf der Grundlage und nach Maßgabe der einheitlichen Qualitäts- und Vergütungsgrundsätze des Versorgungsvertrags zu schließen, leer. Wäre die

¹²² Zu den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Staats in Situationen gestörter Vertragsparität näher unter D. V. 1.

¹²³ S. bereits unter B. I. 2.

Vergütungsvereinbarung Teil des Versorgungsvertrags, machte die Aufnahme von Vergütungsgrundsätzen der Rehabilitationsträger in den Versorgungsvertrag (§ 21 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 SGB IX) kaum Sinn.

Eine gemeinsame Verhandlung von Versorgungs- und Vergütungsfragen und die Regelung der Vergütung im Versorgungsvertrag birgt zudem die Gefahr, dass der Versorgungsvertrag scheitert, wenn sich die Parteien über die Vergütung nicht verständigen. Der Abschluss des Versorgungsvertrags darf nicht von einer Einigung über die Vergütung abhängig gemacht werden. Die Rehabilitationsträger unterliegen bei dem Abschluss des Versorgungsvertrags (ebenso wie bei dem Abschluss des Vergütungsvertrags¹²⁴) einem Kontrahierungszwang¹²⁵, der unabhängig von der Einigung über die Vergütung besteht. Ob und in welcher Höhe sich die Rehabilitationsträger mit den Rehabilitationseinrichtungen über eine Vergütung für die Erbringung der Rehabilitationsleistungen verständigen, ist für den Versorgungsvertrag ohne Belang¹²⁶. Die Vergütung ist nicht Teil der Zulassungsentscheidung der Rehabilitationsträger¹²⁷. Um diese Trennung von Versorgungsvertrag und Vergütungsfragen sicherzustellen, sind verschiedene Vertragswerke notwendig. Wäre die Vergütung Gegenstand des Versorgungsvertrags, bestünde die Gefahr, dass Konflikte bei den Vergütungsverhandlungen den Abschluss des Versorgungsvertrags verhindern oder zumindest zeitlich verzögern. Dadurch würde nicht nur der gesetzlich und verfassungsrechtlich garantierte Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf Zulassung durch Versorgungsvertrag¹²⁸ vereitelt. Es würde auch der Sicherstellungsauftrag des § 19 Abs. 1 SGB IX gefährdet, dem die Unabhängigkeit des Versorgungsvertrags von Vergütungsfragen und der Kontrahierungszwang der Rehabilitationsträger bei dem Abschluss des Versorgungsvertrags¹²⁹ dient.

¹²⁴ S. noch unter C. III.

¹²⁵ S. unter B. I. 1.

¹²⁶ Vgl. *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (367 ff.).

¹²⁷ Bezogen auf die Krankenkassen BSGE 89, 294 (305); *Quaas*, NZS 1996, 102 (104); *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (367 ff.).

¹²⁸ S. unter B. I. 1.

¹²⁹ S. unter B. I. 1. a).

Dem entspricht es, dass der Versorgungs- und der Vergütungsvertrag auch in anderen Leistungsbereichen wie der gesetzlichen Krankenversicherung getrennte Vertragswerke sind (s. § 111 Abs. 1 bis 4 und § 111c Abs. 1 und 2 SGB V einerseits sowie § 111 Abs. 5 und § 111c Abs. 3 SGB V andererseits). Die Vergütung ist erst nach Abschluss des Versorgungsvertrags zu verhandeln und Gegenstand eines eigenständigen (Vergütungs-)Vertrags¹³⁰.

Eine Regelung der Vergütung im Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX mag allenfalls in Betracht kommen, wenn die Rehabilitationsträger sich über einheitliche Grundsätze für den (Mindest-)Inhalt der Versorgungsverträge (s. § 21 Abs. 1 SGB IX) durch Rahmenverträge mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen oder gemeinsame Empfehlungen (s. § 21 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) verständigt haben und das Zustandekommen des Versorgungsvertrags nicht von einer Verständigung über die Vergütung abhängig machen. Unter diesen Voraussetzungen mag eine vertragliche Regelung der Vergütung in einem Paragraphen des Versorgungsvertrags oder als Anlage hierzu zulässig sein.

III. (Einseitiger) Kontrahierungszwang zum Abschluss der Vergütungsvereinbarung

Ebenso wie für den Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX¹³¹ gilt auch für die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ein (einseitiger) Kontrahierungszwang zulasten der Rentenversicherungsträger. Die Träger der Rentenversicherung sind auf Wunsch einer Rehabilitationseinrichtung, die durch Vertrag nach § 21 SGB IX zur Versorgung mit Rehabilitationsleistungen zugelassen ist, verpflichtet, einen Vergütungsvertrag mit ihr zu schließen. Dem objektiv-rechtlichen Kontrahierungszwang der Rentenversicherungsträger

¹³⁰ Bezogen auf die Krankenkassen BSGE 89, 294 (305); *Quaas*, NZS 1996, 102 (104); *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (370); anderer Ansicht *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 31.7.2014, § 21 Rn. 18, demzufolge der Vergütungssatz Bestandteil des Versorgungsvertrags sein muss, wobei er als Anlage zum Vertrag vereinbart werden könne.

¹³¹ S. unter B. I. 1.

korrespondiert ein subjektiver Anspruch der Einrichtungsträger auf vertragliche Vereinbarung einer angemessenen Vergütung¹³².

Dieser Kontrahierungszwang der Rentenversicherungsträger und korrespondierende Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf Vereinbarung einer angemessenen Vergütung ist zwar gesetzlich nicht geregelt. Er wird aber bereits durch den Wortlaut und den Zweck des § 21 SGB IX nahegelegt. Die Verpflichtung der Rehabilitationsträger gem. § 21 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 SGB IX, in den Versorgungsverträgen einheitliche Grundsätze zur Vereinbarung von Vergütungen zu regeln, deutet grammatikalisch darauf hin, dass Vergütungen zu vereinbaren sind. Und auch teleologisch macht die Verpflichtung zur Aufnahme von Regelungen in den Versorgungsvertrag über die Übernahme einheitlicher Grundsätze der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung von Vergütungen keinen Sinn, wenn die Vereinbarung solcher Vergütungen im Belieben der Vertragspartner stünde. Könnte der Abschluss von Vergütungsvereinbarungen verweigert werden, liefe § 21 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 SGB IX leer.

Die Verpflichtung der Rehabilitationsträger zum Abschluss von Vergütungsverträgen ergibt sich zudem daraus, dass die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags des § 19 Abs. 1 SGB IX notwendig ist. Die Rentenversicherungsträger müssen nicht nur flächendeckend mit sämtlichen geeigneten Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen Versorgungsverträge i.S.d. § 21 SGB IX schließen, sondern

¹³² Ebenso *Schneider*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar, 1. Band, 16. EL VIII/07, § 21 Rn. 10; *Fuchs*, in: Fuchs/Hirsch/Ritz (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 31; *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. 29 f.; im Ergebnis wohl auch *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 50: Die Rehabilitationsdienste und -einrichtungen haben „ein Recht auf angemessene Vergütung.“; bezogen auf das gesetzliche Gebot der angemessenen Vergütung ärztlicher Leistungen gem. § 72 Abs. 2 SGB V auch *Isensee*, VSSR 1995, 321 (346 f.): Das Gebot der angemessenen Vergütung hat nicht nur den Charakter objektiven Rechts, sondern aus ihm leitet sich auch ein subjektives Recht des einzelnen Einrichtungsträger auf angemessene Vergütung ab.

auch angemessene Vergütungssätze für die Leistungserbringung vereinbaren, um sicherzustellen, dass die fachlich und regional erforderlichen Rehabilitationsdienste und -einrichtungen in ausreichender Zahl und Qualität zur Verfügung stehen (s. § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Fachlich zur Leistungserbringung geeignete Rehabilitationseinrichtungen stehen flächendeckend nur dann bereit, wenn durch eine angemessene, auskömmliche Vergütung der Rehabilitationsleistungen ihre Existenz sichergestellt ist. Die Vereinbarung angemessener Vergütungen ist notwendige Vorbedingung für die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags gem. § 19 Abs. 1 SGB IX. Zugleich wird dadurch der grundrechtlich durch Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gesicherter Anspruch der Versicherten auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums gewahrt. Insoweit gelten dieselben Erwägungen, die den Kontrahierungszwang beim Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX begründen¹³³.

Überdies sind die Träger der Rentenversicherung auch mit Blick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit der (privaten) Einrichtungsträger (Art. 12 Abs. 1 GG) zum Abschluss von Vergütungsverträgen mit den Rehabilitationseinrichtungen verpflichtet. Entsprechend steht den Rehabilitationseinrichtungen aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch gegen die Rentenversicherungsträger auf Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zu¹³⁴. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet jedermann die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung und bietet insofern Schutz vor Vergütungsregelungen, die die wirtschaftliche Existenz gefährden¹³⁵. Das Grundrecht der Berufsfreiheit untersagt den Versicherungsträgern den Abschluss von Vergütungsverträgen, die den Leistungserbringern eine wirtschaftliche Existenz nicht ermöglichen¹³⁶. Dabei ist die Auskömmlichkeit der Leistungserbringer allerdings nur so weit gewährleistet, als es zur Erfüllung des Versorgungsauftrags der Leistungsträger

¹³³ Hierzu unter B. I. 1.

¹³⁴ Ebenso *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. 29 f.

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 101, 331 (347, 351).

¹³⁶ Vgl. BVerfGE 101, 331 (351, 354); BSG, B 3 KR 25/07 R vom 20.11.2008, Rn. 58 (juris); vgl. auch *Trefz/Flachsbarth*, Pflege- und Krankenhausrecht 2012, 70 (71).

erforderlich ist¹³⁷. Art. 12 Abs. 1 GG sichert die Teilhabe am Wettbewerb nur nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen¹³⁸. Insofern begründet Art. 12 Abs. 1 GG eine Art Untermaßverbot für die Vergütung durch grundrechtsgebundene Körperschaften des öffentlichen Rechts wie die Rentenversicherungsträger¹³⁹. Entsprechend leitet sich aus Art. 12 Abs. 1 GG das Recht her, die angemessene Vergütung vertraglich zu regeln.

Demgemäß ist auch in anderen Leistungsbereichen anerkannt, dass die Rehabilitationsträger zum Abschluss von Vergütungsverträgen mit versorgungsvertraglich zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen verpflichtet sind. So sind z.B. die Krankenkassen gesetzlich verpflichtet, Vergütungsverträge mit den zur Leistungserbringung zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen zu schließen (s. § 111 Abs. 5 Satz 1 und § 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V: „Die Vergütungen ... werden zwischen den Krankenkassen und den Trägern der zugelassenen Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen vereinbart.“). Den Rehabilitationseinrichtungen steht aus § 111 Abs. 5 Satz 1 bzw. § 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V i.V.m. dem Versorgungsvertrag ein Anspruch auf Vereinbarung einer (angemessenen) Vergütung gegen die Krankenkassen zu¹⁴⁰.

IV. Vertragspartner der Vergütungsvereinbarung: Individual- oder Kollektivvertrag?

Ebenso wie beim Versorgungsvertrag¹⁴¹ stellt sich beim Vergütungsvertrag die Frage, ob er als Individualvertrag zwischen den einzelnen Trägern der Rentenversicherung und den einzelnen Rehabilitationseinrichtungen zu schließen ist oder als Kollektivvertrag zwischen allen Rentenversicherungsträgern gemeinsam und den Verbänden der Einrichtungen zustande

¹³⁷ Näher vor Fn. 363.

¹³⁸ Näher bei Fn. 310.

¹³⁹ Vgl. BSG, B 3 KR 25/07 R vom 20.11.2008, Rn. 35 (juris); *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (370 f.)

¹⁴⁰ Vgl. *Knittel*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar*, 2. Band, Stand: August 2017, § 111 SGB V Rn. 13; *Quaas*, NZS 1996, 102 (106); *Dalichau*, *SGB V, Kommentar*, 2. Band, Stand: November 2017, § 111 S. 20; *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (373).

¹⁴¹ Vgl. unter B. I. 3.

kommt. Diese Frage ist gesetzlich (ebenfalls) nicht geregelt. In der Praxis werden die Vergütungsverträge regelmäßig zwischen den einzelnen Rehabilitationseinrichtungen und einem federführenden Träger der Rentenversicherung geschlossen. Der Rentenversicherungsträger vereinbart als Federführer die Vergütung eigenverantwortlich (im Namen und) mit Wirkung auch für die anderen Rentenversicherungsträger, sodass die vom Federführer ausgehandelten Vergütungssätze mit deren Einverständnis für sämtliche Rentenversicherungsträger gelten, die die betreffende Rehabilitationseinrichtung (im Zuständigkeitsbereich des Federführers) in Anspruch nehmen¹⁴².

Wie für den Versorgungsvertrag steht auch für den Vergütungsvertrag fest, dass er nicht von sämtlichen Rehabilitationsträgern i.S.d. § 6 Abs. 1 SGB IX gemeinsam geschlossen wird¹⁴³. Dies ergibt sich aus § 21 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 SGB IX, weil es der Regelung einheitlicher Vergütungsgrundsätze der Rehabilitationsträger im Versorgungsvertrag nicht bedürfte, wenn die Rehabilitationsträger die Vergütungsverträge gemeinsam schlössen¹⁴⁴. Auch dürfte die „gesetzgeberisch gewollte Konvergenz“¹⁴⁵ der Vergütungsverträge bei getrennten Vertragsschlüssen durch die verschiedenen Gruppen der Rehabilitationsträger i.S.d. § 6 Abs. 1 SGB IX zu erreichen sein, wenn sich die Rehabilitationsträger – wie von § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 SGB IX gewollt – vorher auf einheitliche Vergütungsgrundsätze verständigen. Aus demselben Grund lässt sich aus der Konvergenzverpflichtung des § 21 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 SGB IX

¹⁴² Zum Federführungsprinzip näher *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 31.7.2014, § 21 Rn. 13 f.; *Reimann/Rische/Ruland*, SGB IX, Kommentar, Stand: 64. Erg.-Lfg. Oktober 2008, § 21 Rn. 2; *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 146; s. auch die Informationen auf der Webseite der Deutschen Rentenversicherung Braunschweig-Hannover (http://www.deutsche-rentenversicherung.de/BraunschweigHannover/de/Navigation/2_Rente_Reha/02_Reha/05_Fachinformationen/03_Infos_Reha_Einrichtungen/Mindestvoraussetzungen_I_node.html).

¹⁴³ Anderer Ansicht wohl *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 27 Rn. 124 mit der Feststellung, dass Vergütungsverträge auch von den Krankenkassen und den Rentenversicherungsträgern gemeinsam geschlossen werden können; zulässig sei es auch, dass „die Krankenkassen die abgeschlossene Vergütung des Hauptbelegers (z.B. Rentenversicherung) übernehmen“.

¹⁴⁴ S. näher unter B. I. 3.

¹⁴⁵ Formulierung von *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 196.

nicht darauf schließen, dass die Versorgungsverträge von sämtlichen Rehabilitationsträgern einer Gruppe des § 6 Abs. 1 SGB IX – hier: von allen Rentenversicherungsträgern i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 SGB IX – gemeinsam zu schließen sind.

Ob die Vergütungsverträge individualvertraglich zwischen den einzelnen Rehabilitationseinrichtungen und den einzelnen Rentenversicherungsträgern zu schließen sind oder auch der Abschluss von Kollektivverträgen zwischen den Verbänden der Leistungserbringer und allen oder einigen Rentenversicherungsträgern gemeinsam zulässig ist, ist nicht vergleichbar einfach zu beantworten. In anderen Leistungsbereichen ist teils ausdrücklich geregelt, dass die Vergütungsverträge gesondert zwischen den einzelnen Leistungserbringern und den einzelnen Leistungsträgern zu schließen sind. Gem. § 111 Abs. 5 Satz 1 und § 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V werden die Vergütungen für die (stationären und ambulanten) Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zwischen den einzelnen Krankenkassen und den einzelnen Trägern der zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen vereinbart¹⁴⁶. Dies schließt zwar möglicherweise den Abschluss von Vergütungsverträgen durch mehrere Krankenkassen gemeinsam oder ihre Verbände nicht aus¹⁴⁷; ein solcher Kollektivvertrag auf Seiten der Krankenkassen setzt aber zumindest das Einverständnis des Einrichtungsträgers voraus.

¹⁴⁶ Bezogen auf § 111 Abs. 5 SGB V s. BT-Drs. 17/5178, S. 3: „zweiseitige... Vergütungsverträge... zwischen Krankenkassen und Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen“; S. 21: „vertragliche... Beziehungen eines Trägers einer stationären Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung mit einer Krankenkasse nach § 111 Absatz 5 (zweiseitige Vergütungsverträge)“; S. 21: „Die Vergütungen zwischen den (einzelnen) Krankenkassen und den Trägern der zugelassenen Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen werden ohne staatliche Einwirkungsmöglichkeit frei vereinbart.“; bezogen auf § 111b Abs. 4 SGB V s. BT-Drs. 17/7274, S. 32: Vergütungsvereinbarungen nach § 111 Abs. 5 SGB V sind „Einzelverträge“.

¹⁴⁷ Im Schrifttum ist diese Frage umstritten. Nach Ansicht von *Kuhla/Bedau*, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 25 Rn. 208 werden die „Vergütungen der Leistungen ... nicht mit den Verbänden, sondern jeweils mit den einzelnen Krankenkassen in einem gesonderten Vergütungsvertrag vereinbart“; ebenso *Joussen*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 111 SGB V Rn. 12; *Hannes*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB V, Kommentar, 4. Band, Stand: Erg.-Lfg. VII/13, § 111 Rn. 94; *Trefz/Flachsbarth*, Pflege- und Krankenhausrecht 2012, 70 (71): Die Vergütung wird „zwischen dem Träger der zugelassenen Einrichtung und den einzelnen Krankenkassen“ vereinbart, „nicht zwischen dem Einrichtungsträger und einer Auswahl von Krankenkassen (»Hauptbelegern«)

Im Bereich der Rentenversicherung dürfte die Vertragspartnerschaft sowohl auf Seiten der Träger der Rentenversicherung als auch auf Seiten der Rehabilitationseinrichtungen angesichts des Fehlens gesetzlicher Regelungen in der Vertragsautonomie der Beteiligten liegen. Wenn die Leistungsträger und die Leistungserbringer mit der Ausgestaltung des Vergütungsvertrags als Kollektivvertrag einverstanden sind, dürfte dem nichts im Wege stehen. Sofern dagegen eine Seite oder beide Seiten einen Vertragsschluss zwischen dem einzelnen Einrichtungsträger und/oder dem einzelnen Rentenversicherungsträger wünschen, muss der Vergütungsvertrag als Selektivvertrag geschlossen werden. Der gesetzliche und verfassungsrechtliche Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf Vereinbarung einer angemessenen Vergütung (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX)¹⁴⁸ besteht letztlich gegen den als Leistungs- und Kostenträger im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs für die Versorgung des Versicherten verantwortlichen einzelnen Träger der Rentenversicherung. Eine Verpflichtung zum Abschluss eines Kollektivvertrags mit sämtlichen Rentenversicherungsträgern gemeinsam (oder mit einem federführenden Rentenversicherungsträger, der im Namen und mit Wirkung für die anderen Rentenversicherungsträger handelt¹⁴⁹) bestünde für die Rehabilitationseinrichtungen nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung. Das Recht der Rehabilitationseinrichtungen, den Vertragspartner bei der Vereinbarung der Vergütung für die Erbringung von Rehabilitationsleistungen autonom zu bestimmen, genießt den Schutz des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Die Freiheit, den Vertragspartner autonom zu wählen, ist ein

mit Wirkung für alle Kostenträger vereinbart.“ Nach *Grigoleit*, Die Ersatzkasse 1989, 135 (137) können Vergütungsvereinbarungen von der einzelnen Krankenkasse oder von Krankenkassen gemeinsam, nicht hingegen von den Landesverbänden der Krankenkassen geschlossen werden. Für die Vertragsabschlusskompetenz sowohl der einzelnen Krankenkasse als auch der Landesverbände der Krankenkassen wohl *Penner*, Gesundheit und Pflege 2012, 14 (15); nach *Hänlein*, in: Hänlein/Schuler (Hrsg.), SGB V, Lehr- und Praxis-Kommentar, 5. Aufl. 2016, §§ 111, 111a Rn. 16 ist zwar in § 111 Abs. 5 SGB V eine Vereinbarungskompetenz der Landesverbände nicht vorgesehen, die Landesverbände könnten aber rechtsgeschäftlich zum Vertragsschluss bevollmächtigt werden. Für eine Vertragsabschlusskompetenz nur der Landesverbände der Krankenkassen *Szabados*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 111 Rn. 1. Die Frage wurde offen gelassen von LSG Berlin-Brandenburg, 5.11.2009, L 9 KR 115/04, Rn. 111.

¹⁴⁸ S. unter C. III.

¹⁴⁹ Zu dieser Praxis bei Fn. 142.

wesentlicher Bestandteil der Berufsfreiheit¹⁵⁰. Die Verpflichtung zum Abschluss eines Kollektivvertrags mit sämtlichen Rentenversicherungsträgern gemeinsam beeinträchtigt diese Berufsfreiheit und wäre daher nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung zulässig. Eine solche gesetzliche Regelung – wie sie z.B. ab 1. Januar 2018 für die Eingliederungshilfe nach § 123 Abs. 1 und 2 Satz 1 BTHG besteht¹⁵¹ – fehlt im SGB VI und SGB IX.

Ob ein Kollektivvertrag auf Seiten der Rentenversicherungsträger (vorübergehend) deshalb geboten ist, weil (und solange) die Rehabilitations-träger es versäumt haben, einheitliche Grundsätze für den (Mindest-)Inhalt der Versorgungsverträge (s. § 21 Abs. 1 SGB IX) durch Rahmenverträge mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen oder gemeinsame Empfehlungen (s. § 21 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) aufzustellen, soll dahinstehen. Aus diesem Versäumnis könnte die Verpflichtung der Rentenversicherungsträger folgen, die Vergütungsvereinbarungen kollektiv abzuschließen, um sicherzustellen, dass (zumindest) für alle Rentenversicherungsträger und Rehabilitationseinrichtungen einheitliche Vergütungsgrundsätze i.S.d. § 21 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 SGB IX gelten. Ein kollektiver Abschluss der Vergütungsvereinbarung auf Seiten der Leistungsträger könnte erforderlich sein, um die Einheitlichkeit der Vergütung gem. § 21 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 SGB IX und damit letztlich auch die nach §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 10 Abs. 1 Satz 3, 12 Abs. 1 Nr. 1 und § 19 Abs. 1 SGB IX gebotene Einheitlichkeit der Versorgung sicherzustellen. Diese Frage muss ggf. gesondert erörtert werden.

¹⁵⁰ Zu dem grundrechtlichen Schutz der Vertragsautonomie s. eingehend unter D. V. 1.

¹⁵¹ Gem. § 123 Abs. 1 Satz 1 BTHG darf der Träger der Eingliederungshilfe Leistungen der Eingliederungshilfe durch Dritte (Leistungserbringer) nur bewilligen, soweit eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem Träger des Leistungserbringers und dem für den Ort der Leistungserbringung zuständigen Träger der Eingliederungshilfe besteht. Die Vereinbarung kann auch zwischen dem Träger der Eingliederungshilfe und dem Verband, dem der Leistungserbringer angehört, geschlossen werden, soweit der Verband eine entsprechende Vollmacht nachweist (§ 123 Abs. 1 Satz 2 BTHG). Die Vereinbarungen sind für alle übrigen Träger der Eingliederungshilfe bindend (§ 123 Abs. 2 BTHG).

V. Schriftlichkeit der Vergütungsvereinbarung

Die Vereinbarung der angemessenen Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX muss gem. § 56 SGB X schriftlich erfolgen¹⁵², wenn man die auf der Grundlage des SGB VI und SGB IX geschlossenen Vergütungsverträge mit der wohl überwiegenden Ansicht als öffentlich-rechtliche Verträge qualifiziert¹⁵³. Ordnet man die Vergütungsvereinbarungen dagegen als privatrechtliche Verträge ein, kommt ein Schriftformerfordernis nicht zum Tragen (vgl. § 126 Abs. 1 BGB).

D. Vergütungshöhe: Ausführung der Leistung nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, insbesondere zu angemessenen Vergütungssätzen (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX)

Gem. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX sind die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation „nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, insbesondere zu angemessenen Vergütungssätzen“ auszuführen. Was unter angemessenen Vergütungssätzen zu verstehen ist, geht zwar aus dem Gesetzestext nicht hervor, folgt aber aus der Gesetzesbegründung und den Zwecken der Normen (I.). Der Regelungsinhalt der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist in der Rechtsprechung und Literatur weitgehend geklärt (II.). Eine über das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX hinausgehende Begrenzung der Vergütungshöhe für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ergibt sich nicht aus § 220 SGB VI (III.). Zur Ermittlung der angemessenen Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ist das vom Bundessozialgericht für die Vergütung stationärer und ambulanter Pflegeleistungen (§§ 84 Abs. 2 Satz 1, § 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI), für die Vergütung von Leistungen der

¹⁵² So im Ergebnis *Fuchs*, in: Fuchs/Hirsch/Ritz (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 21 f.; ebenso *Welti*, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti (Hrsg.), HK-SGB IX, Handkommentar, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 19.

¹⁵³ S. bereits bei und in Fn. 121.

häuslichen Krankenpflege (§§ 37, 132a SGB V) und für die Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen (§ 120 Abs. 2 SGB V) entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren anzuwenden (IV. bis VI.).

I. Angemessene Vergütungssätze

Anhaltspunkte dafür, was unter „angemessenen Vergütungssätzen“ i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu verstehen sind, ergeben sich aus der Gesetzesbegründung zu § 21 Abs. 2 SGB IX. Danach ist bei der „Übernahme von Grundsätzen der Rehabilitationsträger zur Festlegung der Vergütungen ... ein leistungsbezogenes Vergütungssystem anzustreben.“¹⁵⁴ Außerdem bestimmt sich die Auswahl zwischen einzelnen Leistungserbringern durch Rehabilitationsträger gem. § 19 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX danach, welcher Dienst oder welche Einrichtung die Leistung „in der am besten geeigneten Form“ ausübt; hieraus folgt, dass das Kriterium der Leistungsgerechtigkeit den zentralen Maßstab für die Auswahlentscheidung nach § 19 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX bildet.

Entsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 111 Abs. 5 Satz 1 SGB V, der die Vereinbarung der Vergütungen für die stationären Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zwischen den Krankenkassen und Rehabilitationseinrichtungen regelt, dass die Rehabilitationseinrichtungen „einen Anspruch auf leistungsgerechte Vergütung“ haben¹⁵⁵; die Vergütung der Rehabilitationsleistungen muss „medizinisch leistungsgerecht sein und es der Einrichtung bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, die Leistungen dauerhaft zu erbringen. Bei der Bemessung der Vergütung sind die notwendigen Investitionskosten zu berücksichtigen.“¹⁵⁶ Demgemäß hat die Schiedsstelle nach § 111 Abs. 5 Satz 2 und 3 SGB V die Aufgabe, „bei Konflikten der Vertragspartner über die Höhe der Vergütung und die Kosten stationärer medizinischer Rehabilitation“ „die Durchsetzung einer leistungsgerechten und angemessenen Vergütung“ zu ermöglichen¹⁵⁷. Maßstab für

¹⁵⁴ BT-Drs. 14/5074, S. 105.

¹⁵⁵ BT-Drs. 17/5708, S. 13.

¹⁵⁶ BT-Drs. 17/5708, S. 13.

¹⁵⁷ BT-Drs. 17/5178, S. 21.

die Vereinbarung der Vergütung zwischen den Krankenkassen und den Trägern der Rehabilitationseinrichtungen „ist eine an den Leistungen orientierte Preisgestaltung“¹⁵⁸. Mit dieser Festlegung auf eine leistungsbezogene und leistungsgerechte Vergütung wird das gesetzliche Merkmal der „angemessenen“ Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX konkretisiert¹⁵⁹.

Diesem Erfordernis angemessener, d.h. leistungsbezogener und leistungsgerechter Vergütungssätze liegen verschiedene (Schutz-)Zwecke zugrunde. Es dient zunächst dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Rehabilitationseinrichtungen. Der Gesetzgeber trägt mit der Verpflichtung zur Vereinbarung angemessener Vergütungen dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der (privaten) Rehabilitationseinrichtungen

¹⁵⁸ BT-Drs. 17/5178, S. 21. Für eine „entsprechende Heranziehung“ der gesetzlich näher geregelten Vergütungsmaßstäbe aus anderen Bereichen des Leistungserbringungsrechts *Trefz/Flachsbarth*, *Pflege- und Krankenhausrecht* 2012, 70 (71), die u.a. auf § 120 Abs. 2 Satz 3 SGB V verweisen, wonach die Vergütung die Leistungsfähigkeit der Leistungserbringer bei wirtschaftlicher Betriebsführung gewährleisten muss; *Penner*, *Gesundheit und Pflege* 2012, 14 (18) verweist auf das gesetzliche Gebot der Leistungsgerechtigkeit der Pflegevergütung nach dem SGB XI (s. §§ 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 84 Abs. 2 Satz 1, 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI); für eine „Übertragung“ u.a. der Vergütungsmaßstäbe des § 72 Abs. 2 SGB V (S. 58) und des § 32 UrhG (S. 61 ff.) auf die angemessenen Vergütungssätze i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX *Welti/Fuchs/Köster*, *Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern* (§ 21 SGB IX), *Rechtsgutachten*, 2007; *Köster*, *Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation*, 2013, S. 172 ff. entnimmt den Leistungsbezug der Vergütung i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX u.a. der Entstehungsgeschichte des § 41 Abs. 3 Satz 1 SGB IX sowie § 72 Abs. 2 SGB V, § 82 Abs. 1 SGB XI und § 32 UrhG; für eine Orientierung an § 17 Abs. 1 KHG *Quaas*, in: *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2014, § 27 Rn. 127; gegen Analogieschlüsse zum Pflegeversicherungsrecht *Fuchs*, in: *Fuchs/Hirsch/Ritz* (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 31.

¹⁵⁹ Vgl. *Fuchs*, *Vorgaben des SGB IX für die Gestaltung der Pflegesätze*, *Kurzvortrag auf dem Gesundheitskongress des Westens*, 2015, S. 6: „Der Gesetzgeber setzt ... die Angemessenheit in einen Bezug zur Leistung“; ebenso *Welti/Fuchs/Köster*, *Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern* (§ 21 SGB IX), *Rechtsgutachten*, 2007, S. 58; im Ergebnis ebenfalls für den Maßstab einer angemessenen, d.h. leistungsgerechten Vergütung *Kunze/Kreikebohm*, *SGB* 2006, 284 (286); *Fuchs*, *Soziale Sicherheit* 2011, 205 (210); *Penner*, *Gesundheit und Pflege* 2012, 14 (18); *Welti*, *SGB* 2009, 330 (335); *Luik*, in: *Schlegel/Voelzke* (Hrsg.), *SGB IX, Juris-Praxiskommentar*, 2. Aufl. 2015, § 35 Rn. 58; *von der Heide*, in: *Kossens/von der Heide/Maaß* (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar*, 4. Aufl. 2015, § 21 Rn. 6; *Joussen*, in: *Dau/Düwell/Joussen* (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar*, 4. Aufl. 2014, § 21 Rn. 7; *Knittel*, *SGB IX, Kommentar*, 10. Aufl. 2017, § 21 Rn. 1, 8; *Fuchs*, in: *Cramer/Fuchs/Hirsch* u.a. (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 31.

Rechnung¹⁶⁰, das eine Art Untermaßverbot für die Vergütung durch grundrechtsgebundene Körperschaften des öffentlichen Rechts wie die Rentenversicherungsträger enthält¹⁶¹. Art. 12 Abs. 1 GG untersagt den Rentenversicherungsträgern den Abschluss von Vergütungsverträgen, die den Leistungserbringern eine wirtschaftliche Existenz nicht ermöglichen¹⁶². Die Verpflichtung zur Vereinbarung angemessener Vergütungssätze zielt insofern auf die Gewährleistung des verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutzes der Leistungserbringer¹⁶³. Der Gesetzgeber ist mit der Verpflichtung der Leistungsträger und dem korrespondierenden Anspruch der Leistungserbringer auf angemessene Vergütung in § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX seiner Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG nachgekommen¹⁶⁴.

Hierin erschöpft sich jedoch die Funktion der Vereinbarung „angemessener Vergütungssätze“ nicht. Die gesetzliche Verpflichtung zur Vereinbarung angemessener, d.h. leistungsbezogener und -gerechter Vergütungen nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX dient zugleich der Erfüllung des gesetzlichen Sicherstellungs- und Versorgungsauftrags der Rehabilitationsträger aus § 19 Abs. 1 SGB IX. Der Sicherstellungsauftrag der Rehabilitationsträger nach § 19 Abs. 1 SGB IX ist als Rechtspflicht ausgestaltet, er steht nicht zu ihrer Disposition¹⁶⁵. Die Verantwortlichkeit für die

¹⁶⁰ Köster, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 173; Welti/Fuchs/Köster, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 59; vgl. auch Trefz/Flachsbarth, Pflege- und Krankenhausrecht 2012, 70 (71).

¹⁶¹ Vgl. BSG, B 3 KR 25/07 R vom 20.11.2008, Rn. 35 (juris); LSG Berlin-Brandenburg, L 9 KR 115/04 vom 5.11.2009, Rn. 120 (juris).

¹⁶² BVerfGE 101, 331 (350 f.); s. auch BSG, B 3 KR 25/07 R vom 20.11.2008, Rn. 58; vgl. auch Isensee, VSSR 1995, 321 (342); ferner Trefz/Flachsbarth, Pflege- und Krankenhausrecht 2012, 70 (71); Penner, Gesundheit und Pflege 2012, 14 (19).

¹⁶³ Vgl. nur BVerfG, NJW 1999, 1621 (1622); BSG, NZS, 704 (706); Köster, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 173; Welti/Fuchs/Köster, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 59.

¹⁶⁴ Hierzu noch im Einzelnen unter D. V. 1.

¹⁶⁵ S. BT-Drs. 14/5074, S. 104: „müssen“.

Erfüllung des Sicherstellungsauftrags tragen die Rehabilitationsträger¹⁶⁶. Die Vergütung für die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation muss angemessen sein, damit die fachlich und regional erforderlichen Rehabilitationsdienste und -einrichtungen in ausreichender Zahl und Qualität zur Verfügung stehen¹⁶⁷. Die Festsetzung einer leistungsbezogenen und -gerechten Vergütung ist zwingend notwendig, damit die Rehabilitationsträger ihren Sicherstellungsauftrag nach § 19 Abs. 1 SGB IX erfüllen können¹⁶⁸. Gleichzeitig gefährdete eine unangemessen niedrige, nicht leistungsbezogene und -gerechte Vergütung die Einheitlichkeit der Versorgung der Versicherten, die nach §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 10 Abs. 1 Satz 3, 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX zu gewährleisten ist. Nur sofern die Rentenversicherungsträger sämtlichen Diensten und Einrichtungen für die Erbringung von Rehabilitationsleistungen eine angemessene, leistungsgerechte Vergütung zahlen, ist gewährleistet, dass solche Einrichtungen in ausreichender Zahl und Qualität bestehen und die Versicherten die im Einzelfall erforderlichen Leistungen nach Gegenstand, Umfang und Ausführung einheitlich erhalten. Zugleich werden dadurch die grundrechtlich fundierten (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) Ansprüche der Versicherten auf Versorgung mit medizinischen Rehabilitationsleistungen erfüllt.

Die gesetzliche Verpflichtung zu angemessener Vergütung gem. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX besteht daher nicht nur im Interesse der Leistungserbringer, sondern auch der Rehabilitationsträger, die zur Verwirklichung ihres Sicherstellungs- und Versorgungsauftrags die Existenz und Funktionsfähigkeit der Leistungserbringer gewährleisten müssen. Ist die Auskömmlichkeit der Leistungserbringer nicht sichergestellt, ist eine ausreichende Zahl an Rehabilitationseinrichtungen und

¹⁶⁶ Deutlich BT-Drs. 14/5074, S. 104: „hierfür grundsätzlich die Rehabilitationsträger verantwortlich sind“.

¹⁶⁷ Ebenso Köster, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 175.

¹⁶⁸ Vgl. Welti/Fuchs/Köster, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 64.

eine angemessene Qualität der Rehabilitationsleistungen nicht gewährleistet. Der Schutz der wirtschaftlichen Grundlagen der Leistungserbringer dient nicht nur diesen, sondern zugleich unmittelbar den Interessen der Rehabilitationsträger, die Adressaten des Sicherstellungsauftrags aus § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB IX sind. Bei Lichte betrachtet besteht daher zwischen den Belangen der Leistungserbringer und der Rehabilitationsträger kein rechtlicher Konflikt. Der Anspruch auf angemessene Vergütung zielt sowohl auf den grundrechtlich gebotenen Schutz der Leistungserbringer als auch auf die Gewährleistung des Versorgungsauftrags, der den Rehabilitationsträgern obliegt. Ein „Spannungsverhältnis“ existiert allein zwischen der Qualität der Rehabilitationsversorgung und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Schließlich konkretisiert das Erfordernis „angemessener Vergütung“ das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, was sich bereits aus dem Wortlaut („insbesondere“) des § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ergibt. Vergütungssätze, die dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit widersprechen, sind nicht „angemessen“ (s. sogleich).

II. Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als weitere Vorgaben für die Bestimmung der angemessenen Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX stellen allgemeine haushaltsrechtliche Rechtsgebote dar, die sämtliche öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträger einschließlich der Sozialversicherungsträger (s. § 69 Abs. 2 SGB IV) binden¹⁶⁹ und dem öffentlichen Interesse an einer rationellen Mittelverwendung dienen. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ebenso wie § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI und §§ 10 Abs. 1 Satz 3, 17 Abs. 1 Satz 3 SGB IX enthalten spezielle Regelungen zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Bereich der Rentenversicherung.

¹⁶⁹ BSGE 31, 247 (257); 37, 272 (277); 47, 21 (22); 56, 197 (198) – std. Rspr.

Inhaltlich gebietet der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, entweder mit gegebenen Mitteln den größtmöglichen Nutzen (Maximalprinzip) oder einen bestimmten Nutzen mit geringstmöglichen Mitteln (Minimalprinzip) zu erreichen¹⁷⁰. Im Kontext der Vereinbarung „angemessener Vergütungssätze“ i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX, deren Ziel die kostengünstigste Lösung für vergleichbare Leistungen sein muss, geht es um die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots (nur) als Minimalprinzip¹⁷¹. In seiner Ausprägung als Minimalprinzip gebietet das Wirtschaftlichkeitsgebot, die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation mit geringstmöglichen Mitteln zu erbringen¹⁷².

Dem Begriff der Sparsamkeit kommt daneben keine eigenständige Bedeutung zu¹⁷³. Das Sparsamkeitsgebot sucht die Anerkennung unnötiger Kosten zu verhindern und verlangt, unter gleich geeigneten Mitteln das kostengünstigste auszuwählen¹⁷⁴. Es deckt sich inhaltlich mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip als Minimalprinzip¹⁷⁵.

III. Bedeutung des Reha-Budgets gem. § 220 VI für die Vergütungshöhe

Eine über das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX hinausgehende Begrenzung der Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ergibt sich nicht aus § 220

¹⁷⁰ Vgl. BSGE 55, 277 (279); BSG, NJOZ 2016, 1417 (1420).

¹⁷¹ *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 50 f.; *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (371). Ebenso in Bezug auf Vergütungen nach § 75 Abs. 3 SGB XII BSG, NJOZ 2016, 1417 (1420).

¹⁷² Zur Geltung des Wirtschaftlichkeitsprinzips als Minimalprinzip im Leistungserbringungsrecht und dessen inhaltlichem Verständnis statt vieler *Köster*, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 164 f.; *Neumann*, SGB 2001, 405 (408); zum Wirtschaftlichkeitsprinzip als Minimalprinzip allgemein BSGE 56, 197 (198 f.).

¹⁷³ Vgl. BSGE 56, 197 (199); BSG, NJOZ 2016, 1417 (1420); *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 51.

¹⁷⁴ Vgl. bereits BVerwGE 108, 56 (69).

¹⁷⁵ BSG, NJOZ 2016, 1417 (1420); vgl. auch BSG, BeckRS 2016, 67270.

SGB VI¹⁷⁶, der die (zwei-)jährlichen Ausgaben der Rentenversicherungsträger für Teilhabeleistungen der Höhe nach limitiert¹⁷⁷. Der Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf eine auskömmliche Vergütung für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist nicht nur durch Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gesichert¹⁷⁸. Eine auskömmliche Vergütung ist auch zwingend erforderlich, damit die Rentenversicherungsträger ihrem Sicherstellungsauftrag nachkommen können. Ohne eine angemessene, leistungsbezogene und -gerechte Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen wäre eine quantitativ und qualitativ ausreichende (s. § 19 Abs. 1 SGB IX) sowie einheitliche (s. §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 10 Abs. 1 Satz 3, 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX) Versorgung der Versicherten gefährdet¹⁷⁹.

IV. Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Angemessenheit der Vergütung von Leistungserbringern im Pflege- und Krankenversicherungsbereich

Weder im SGB VI noch im SGB IX ist geregelt, wie, d.h. mittels welcher Methoden die angemessene Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu ermitteln ist. Das Bundessozialgericht hat aber bezogen auf einzelne Bereiche der Pflegeversicherung und der Krankenversicherung in einer Reihe jüngerer Entscheidungen Maßstäbe für die Angemessenheit der Vergütung von Leistungserbringern aufgestellt. Zunächst hat das Bundessozialgericht die leistungsgerechte Vergütung i.S.d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI im Wege eines externen Vergleichs des für vergleichbare Leistungen verlangten Marktpreises ermittelt (s. 1.). Diese Rechtsprechung hat das Bundessozialgericht nach beständiger Kritik des Schrifttums (s. 2.) aufgegeben. Stattdessen ermittelt es nunmehr die „leis-

¹⁷⁶ Im Ergebnis ebenso Köster, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 169: Budgetierungen vermögen das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht zu beschränken; Welti/Fuchs/Köster, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 54.

¹⁷⁷ Zum Regelungsinhalt des § 220 SGB VI s. bereits unter B. I. 1. b).

¹⁷⁸ Näher bei und nach Fn. 134.

¹⁷⁹ Näher unter D. I.

tungsgerechte Vergütung“ in einem Zwei-Stufen-Verfahren (s. 3. a]). Dieses für den stationären Pflegebereich entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren hat das Bundessozialgericht später auf die Vergütung ambulanter Pflegeleistungen (§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI) und häuslicher Krankenpflege (§§ 37, 132a SGB V) sowie weitere Leistungsbereiche übertragen (s. 3. b]). Dabei differenziert das Bundessozialgericht danach, ob aufseiten (auch) der Leistungserbringer Individual- oder Kollektivverträge mit den Leistungsträgern geschlossen werden (s. 3. c]). Die Analyse der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zeigt, dass das Zwei-Stufen-Verfahren auf den nicht erfüllten Erwartungen des Gesetzgebers an ein wettbewerbsorientiertes Leistungserbringungsrecht beruht. Die strukturellen Gründe hierfür bleiben indes im Dunkeln. Die strukturelle Disparität der Vertragsparteien, die ein faires, chancengleiches Aushandeln der Vergütungen für die erbrachten Leistungen nicht erwarten lässt, wird nicht hinreichend berücksichtigt. In Ermangelung eines funktionsfähigen Wettbewerbs scheidet der Wettbewerbspreis als Maßstab aus. Es bedarf der Bestimmung eines wettbewerbsanalogen Preises, der im Wege des Zwei-Stufen-Verfahrens zu ermitteln ist (s. 4.).

1. Frühere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Ermittlung leistungsgerechter Pflegesätze i.S.d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI (Urteile vom 14. Dezember 2000)

Mit Urteilen vom 14. Dezember 2000¹⁸⁰ hat das Bundessozialgericht zunächst entschieden, dass als leistungsgerechte Vergütung i.S.d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI in erster Linie der für vergleichbare Leistungen verlangte Marktpreis anzusehen ist (sog. externer Vergleich). Die Gestehungskosten sollten nach Auffassung des Bundessozialgerichts nur dann Berücksichtigung finden, wenn ein üblicher Marktpreis nicht ermittelt werden kann, weil entweder eine hinreichend große Zahl vergleichbarer Angebote nicht existiert oder die zu vergleichenden Einrichtungen der Qualität nach Unterschieden aufweisen. Das Bundessozialgericht begründete dies damit, dass

¹⁸⁰ BSGE 87, 199.

der Gesetzgeber mit dem Pflege-Versicherungsgesetz¹⁸¹ eine Abkehr vom Selbstkostendeckungsprinzip und einen freien Wettbewerb der Einrichtungen angestrebt habe. Zwar sah das Bundessozialgericht die Kassen als „Nachfragekartell“ an, weil sie gegenüber den Leistungserbringern gemeinsam und einheitlich auftreten und die Pflegesatzvereinbarung abschließen (§ 85 Abs. 1 und 2 SGB XI). Gleichwohl würden der Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen und das natürliche Gewinnstreben der Unternehmer dafür sorgen, dass die Pflegeleistungen unter dem Blickwinkel ihrer Gestehungskosten möglichst kostengünstig angeboten würden. Kontrollinteressen der Kassen könnten nur dahingehend bestehen, dass die erbrachten Leistungen dem Angebot und den zu stellenden Qualitätsanforderungen entsprächen. Es sei deshalb regelmäßig ausreichend, zur Bestimmung der leistungsgerechten Vergütung den für vergleichbare Leistungen verlangten jeweiligen Marktpreis zu ermitteln (externer Vergleich)¹⁸².

2. Kritik im Schrifttum an der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum auf erhebliche Kritik gestoßen. Kritisiert wurde insbesondere, dass das Bundessozialgericht das bestehende Kräfteungleichgewicht zwischen Pflegeeinrichtungen und Pflegekassen außer Acht gelassen habe¹⁸³. In Ermangelung eines funktionierenden Pflegemarkts lasse sich die Vergütung nicht nach Angebot und Nachfrage bestimmen¹⁸⁴. Unvereinbar mit der Annahme eines rein wirtschaftlich agierenden Pflegemarkts seien auch die weitgehende Ermächtigung der Pflegekassen zu Wirtschaftlichkeitsprüfungen (§ 79 SGB XI) und zur Einholung von Kostennachweisen (§ 85 Abs 3 SGB XI) sowie die Kartellierung der

¹⁸¹ Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit vom 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014, 2797.

¹⁸² BSGE 87, 199 (203).

¹⁸³ Neumann, SGB 2007, 521 (524 f.); ferner Brünner, Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, 2001, S. 166 f.

¹⁸⁴ Vgl. Igl, in: Igl/Klie (Hrsg.), Pflegeversicherung auf dem Prüfstand, 2000, S. 29 (54); Pezina, PKR 2002, 23 (25); Riege, SozVers 2001, 292 (293); Bröcheler, in: Köbl/Brünner (Hrsg.), Die Vergütung von Einrichtungen und Diensten nach SGB XI und BSHG, 2001, S. 61 (72 f.).

Pflegekassen beim Vertragsabschluss (§ 85 Abs. 2 Satz 1 SGB XI)¹⁸⁵. Schließlich sei nicht geklärt, welches die leistungsbezogenen Vergleichsmerkmale sein sollen¹⁸⁶.

3. Neue Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: Zwei-Stufen-Verfahren zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung

Eingedenk dieser Kritik im Schrifttum und vor dem Hintergrund, dass das Marktmodell entgegen der Erwartungen nicht zur Kostensenkung, sondern zur Kostensteigerung geführt hatte, hat das Bundessozialgericht seine Rechtsprechung korrigiert¹⁸⁷. Es entschied, dass zwar weiterhin keine Vergütung nach einem reinen Selbstkostendeckungsprinzip beansprucht werden könne. Doch solle nunmehr auch den Gestehungskosten bei der Vergütungsbemessung Bedeutung zukommen. Da die Vergütung jeweils vor Beginn einer Wirtschaftsperiode für einen zukünftigen Zeitraum zu vereinbaren und ein nachträglicher Ausgleich nicht zulässig sei (vgl. § 85 Abs. 6 SGB XI, § 77 Abs. 1 Satz 1 SGB XII), könne es nur um die voraussichtlichen Gestehungskosten gehen. Die Überprüfung der geltend gemachten Kosten müsse sich dementsprechend auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken.

Die vom Einrichtungsträger verlangte Vergütung ist nach dieser neuen Rechtsprechung in einem zweistufigen Verfahren zu prüfen: Zunächst müssen die vom Träger zugrunde gelegten voraussichtlichen Gestehungskosten nachvollziehbar und plausibel sein (Kostenkontrolle). Sodann ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sie in einer angemessenen und nachprüfbaren Relation zu den Sätzen anderer Einrichtungen für vergleichbare Leistungen stehen (externer Vergleich).

¹⁸⁵ Vgl. *Mayer*, NZS 2008, 639 (642); *Neumann*, SGB 2001, 405 (409); *Neumann*, SGB 2007, 521 (524 f.); *Neumann*, in: Köbl/Brünner (Hrsg.), Die Vergütung von Einrichtungen und Diensten nach SGB XI und BSHG, 2001, S. 25 (33); *Neumann/Bieritz-Harder*, Die leistungsgerechte Pflegevergütung, 2002, S. 33 f.; *Riege*, ZfS 2001, 268 (273).

¹⁸⁶ *Planholz*, Sozialrecht aktuell 2008, 163 (164 f.).

¹⁸⁷ Grundlegend BSGE 102, 227 (235 ff.).

a) Ermittlung der angemessenen Vergütung durch Kostenprüfung und Vergütungsvergleich

aa) Erste Stufe: Kostenprüfung des einzelnen Leistungserbringers

In einem ersten Prüfungsschritt sind nach der Judikatur des Bundessozialgerichts die (voraussichtlichen) Ist-Kosten für die von der jeweiligen Einrichtung erbrachten Leistungen darzulegen. Es muss eine auf die konkrete Einrichtung bezogene Kostenprüfung erfolgen. Hierzu bedarf es einer plausiblen und nachvollziehbaren Darlegung der voraussichtlichen Gestehungskosten. Anderenfalls ist die Vergütungsforderung nicht hinreichend belegt. Die voraussichtlichen Gestehungskosten müssten plausibel und nachvollziehbar sein, also die Kostenstruktur der Einrichtung erkennen lassen und eine Beurteilung seiner Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit im Einzelfall zulassen. Deshalb hat die Einrichtung zunächst geeignete Nachweise beizubringen; die Vorlage einer reinen Kostenkalkulation ohne weitere Angaben reicht in aller Regel nicht aus. Die Kostenkalkulation ist vielmehr hinreichend zu belegen und muss tatsächlich nachvollziehbar sein¹⁸⁸.

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 entstehen¹⁸⁹, insbesondere Personal- und Sachkosten¹⁹⁰ sowie Betriebs- und Investitionskosten.

Hinzu tritt die kalkulierte Verzinsung des eingesetzten Kapitals unter Berücksichtigung des Unternehmensrisikos¹⁹¹. Ebenso wie andere privatwirtschaftlich agierende Unternehmen muss für Erbringer sozialversicherungsrechtlicher Leistungen die Möglichkeit bestehen, Gewinne zu erzielen.

¹⁸⁸ Hierzu insgesamt grundlegend BSGE 102, 227 (238 f.).

¹⁸⁹ Vgl. LSG Hamburg, BeckRS 2016, 74390 Rn. 55.

¹⁹⁰ Vgl. LSG Hamburg, BeckRS 2016, 74390 Rn. 55.

¹⁹¹ BSGE 87, 199 (202); 102, 227 (238); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 52; BSG, B 3 P 2/12 R vom 16.5. 2013, Rn. 25, 26, 27 (juris); LSG Hamburg, BeckRS 2016, 74390 Rn. 55.

Diese kalkulierten Kosten sind von den Leistungsträgern auf Schlüssigkeit und Plausibilität zu prüfen; wenn dies anhand der Unterlagen des Einrichtungsträgers nicht möglich ist, muss dem Einrichtungsträger die Möglichkeit der Nachbesserung eingeräumt werden. Das Gleiche gilt für (im SGB VI nicht vorgesehene) Schiedsstellenverfahren¹⁹².

Die hiermit einhergehenden weitreichenden Offenbarungspflichten des Leistungserbringers sind nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sozialrechtlich legitimiert¹⁹³. Aufgrund der sozialrechtlichen Bindung aller Beteiligten können Angaben über Kostenstrukturen und betriebswirtschaftliche Kennzahlen verlangt werden, die im allgemeinen Geschäftsverkehr üblicherweise nicht zu offenbaren sind. Die Herausgabe dieser Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist geboten, um die im Interesse der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Systems, aber auch im Interesse der Funktionsfähigkeit der Leistungserbringer erforderliche Kostenprüfung vornehmen zu können. Das Bundessozialgericht betont jedoch, dass mit Blick auf den „besonders intensiven Eingriff in die Rechtssphäre“ des Leistungserbringers das Auskunftsverlangen der Leistungsträger bzw. der Schiedsstellen auf das erforderliche Maß zu begrenzen ist¹⁹⁴.

Die Verpflichtung der Leistungsträger zur Prüfung der kalkulierten Kosten folgt zum einen aus ihrer Bindung (Art. 1 Abs. 3 GG) an das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Leistungserbringers¹⁹⁵. Aufgrund des strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Leistungsträgern und einzelnen Leistungserbringern sind die Rehabilitationsträger verpflichtet, für eine

¹⁹² BSGE 102, 227 (246); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 65; siehe auch BSG, NJOZ 2016, 1417 (1420 f.).

¹⁹³ Grundlegend BSGE 102, 227 (239); s. auch BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 55.

¹⁹⁴ BSGE 102, 227 (240): „Zu beachten ist jedoch, dass die Anforderung solch weitgehender Auskünfte durch die Pflegekassen bzw. die Schiedsstellen einen besonders intensiven Eingriff in die Rechtssphäre einer Pflegeeinrichtung darstellt und deshalb auf Ausnahmen zu beschränken ist, in denen die prognostische Angemessenheit der geltend gemachten Kostenansätze anders nicht ermittelbar ist.“; ebenso BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 55.

¹⁹⁵ Vgl. BSG, NZS 2011, 704 (706 Rn. 13); *Welti/Fuchs/Köster*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 59 mit weiteren Nachweisen.

auskömmliche Vergütung der Leistungserbringer Sorge zu tragen¹⁹⁶. Zum anderen müssen die Rehabilitationsträger auch im Interesse der Versorgungsqualität der Versicherten die Auskömmlichkeit der Vergütung der Leistungserbringer sicherstellen. Der Schutz der wirtschaftlichen Grundlagen der Leistungserbringer dient damit zugleich den Interessen der Rehabilitationsträger. Wie bereits dargelegt, dient das gesetzliche Gebot angemessener Vergütung und der korrespondierende Anspruch der Leistungserbringer sowohl dem grundrechtlich gebotenen Schutz der Leistungserbringer als auch der Gewährleistung des Sicherstellungs- und Versorgungsauftrags der Rehabilitationsträger¹⁹⁷.

bb) Zweite Stufe: Externer Vergütungsvergleich

Die auf der ersten Stufe ermittelten Ist-Kosten einschließlich kalkuliertem Gewinn sind nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in einem zweiten Prüfungsschritt einem externen Vergleich zu unterziehen. Obergrenze der Vergütungsforderung ist das Maß des auch im Vergleich mit der Vergütung anderer Einrichtungen wirtschaftlich Angemessenen¹⁹⁸.

Dieser Vergütungsvergleich mit anderen Leistungserbringern ersetzt nicht die Kostenprüfung im ersten Schritt. Das Bundessozialgericht hat in der Entscheidung vom 29. Januar 2009 seine frühere Rechtsprechung, wonach die Angemessenheit der Vergütungen grundsätzlich ausschließlich durch einen Vergütungsvergleich zu ermitteln war, ausdrücklich aufgegeben¹⁹⁹.

Durch den Vergütungsvergleich soll sichergestellt werden, dass der Leistungserbringer nur die (erforderlichen) Kosten in Rechnung stellt, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung anfallen. Etwaige auf Ineffizienzen beruhende Kosten sind nicht umlagefähig und begründen keine be-

¹⁹⁶ Vgl. unter C. I. 4.

¹⁹⁷ Näher unter D. I.

¹⁹⁸ Grundlegend BSGE 102, 227 (240).

¹⁹⁹ BSGE 102, 227 (242); vgl. auch BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 39.

berechtigten Entgeltansprüche des Leistungserbringers. Der Vergütungsvergleich dient dem Interesse der Beitragssatzstabilität (s. § 71 SGB V)²⁰⁰ bzw. der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (s. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX)²⁰¹.

Der Vergütungsvergleich ist von den Leistungsträgern aufgrund ihrer „Sachwalterstellung im Verhältnis zu ihren Versicherten“ vorzunehmen²⁰². Das Bundessozialgericht weist zutreffend darauf hin, dass die Leistungsträger die notwendigen Informationen über die Leistungsvergütungen der vergleichbaren Einrichtungen besitzen und die Angaben unschwer von ihnen ausgewertet werden können²⁰³.

Ob die Vergütungsforderung eines Leistungserbringers dem externen Leistungsvergleich standhält und als angemessen, d.h. leistungsgerecht anzusehen ist, ist differenziert zu beurteilen. Das Bundessozialgericht unterscheidet insoweit zwischen drei verschiedenen Fallgruppen:

(1) Stets als leistungsgerecht anzusehen sind Leistungssätze und Entgelte, die über die günstigsten Eckwerte vergleichbarer Einrichtungen nicht hinausgehen. Mit dem niedrigsten Leistungssatz/Entgelt ist insofern derjenige Betrag bezeichnet, der zur Erfüllung des Versorgungsauftrags als noch ausreichend angesehen wird. Entspricht die vom Leistungserbringer geltend gemachte Vergütungsforderung dem günstigsten Leistungssatz vergleichbarer Einrichtungen oder bleibt sie gar darunter, kann der Einrichtung eine unwirtschaftliche Betriebsführung nicht entgegengehalten werden. Einer weiteren Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung und die Leistungsgerechtigkeit der Vergütung bedarf es in diesem Fall nicht²⁰⁴.

²⁰⁰ Bezogen auf den Krankenversicherungsbereich BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 29 ff.; BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 35 f.

²⁰¹ BSG, NJOZ 2016, 1417, 1420 mit weiteren Nachweisen.

²⁰² BSGE 102, 227 (246); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 66.

²⁰³ BSGE 102, 227 (246); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 66.

²⁰⁴ BSGE 102, 227 (243); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 56, 61; BSG, B 3 P 2/12 vom 16.5.2013, Rn. 23.

(2) Ebenfalls regelmäßig ohne weitere Prüfung als leistungsgerecht anzusehen sind Leistungssatz- und Entgeltforderungen im unteren Drittel der vergleichsweise ermittelten Pflegesätze/Entgelte²⁰⁵.

(3) Doch auch oberhalb des unteren Drittels vergleichbarer Leistungsvergütungen kann sich eine Vergütungsforderung nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts als leistungsgerecht erweisen, wenn sie auf einem – zuvor nachvollziehbar prognostizierten – höheren Aufwand der Einrichtung beruhe und dieser nach Prüfung im Einzelfall wirtschaftlich angemessen ist. Voraussetzung hierfür ist, dass der Leistungserbringer die Gründe für einen höheren Leistungssatz oder ein höheres Entgelt für die von ihm zu erbringende Leistung benennt und diese den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entsprechen. Ein notwendiger Mehraufwand kann sich nach Ansicht des Bundessozialgerichts insbesondere aus Besonderheiten des Versorgungsauftrags der Einrichtung ergeben, etwa im Fall besonders personalintensiver Betreuung, bei besonderen Leistungsangeboten zugunsten der Versicherten oder bei einem der Leistungsqualität geschuldeten höheren Personalschlüssel²⁰⁶. Rechtfertigende Gründe für einen höheren Leistungssatz können außerdem aus der Lage und der Größe einer Einrichtung folgen, wenn hieraus wirtschaftliche Nachteile gegenüber der Lage oder dem Zuschnitt anderer Einrichtungen resultieren und der Sicherstellungsauftrag der Leistungsträger ohne die vergleichsweise teure Einrichtung nicht erfüllt werden kann²⁰⁷. Schließlich genügen auch die Einhaltung einer Tarifbindung und ein deswegen höherer Personalkostenaufwand stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung²⁰⁸ (s. ab.

²⁰⁵ BSGE 102, 227 (243 f.); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 56, 62; BSG, B 3 P 2/12 vom 16.5.2013, Rn. 23.

²⁰⁶ BSGE 102, 227 (244); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 63; BSG, B 3 P 2/12 vom 16.5.2013, Rn. 23.

²⁰⁷ BSGE 102, 227 (244 f.); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 63; BSG, B 3 P 2/12 vom 16.5.2013, Rn. 23.

²⁰⁸ BSGE 102, 227 (245); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 63; BSG, B 3 P 2/12 vom 16.5.2013, Rn. 23. Dies verkennen *Luik*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), SGB IX, Juris-Praxiskommentar, 2. Aufl. 2015, § 35 Rn. 58 und *Knittel*, SGB IX, Kommentar, 10. Aufl. 2017, § 35 Rn. 35, denen zufolge es „objektive Maßstäbe wie tarifliche oder ortsübliche Entgelte ... im Bereich des § 35 SGB IX nicht“ gibt.

1. Januar 2018 auch § 38 Abs. 2 SGB IX)²⁰⁹. Es kommt jeweils entscheidend in einer Gesamtbewertung darauf an, ob der von der Einrichtung geforderte Leistungssatz im Vergleich mit günstigeren Leistungssätzen und Entgelten anderer Einrichtungen im Hinblick auf die Leistung der Einrichtung und die Gründe für ihren höheren Kostenaufwand (dennoch) als angemessen und deshalb leistungsgerecht anzusehen ist. Sofern dies zu bejahen ist, sind Leistungssatz- und Entgeltforderungen auch oberhalb des unteren Vergleichsdrittels wirtschaftlich angemessen²¹⁰.

Das Bundessozialgericht geht dabei davon aus, dass im Rahmen des externen Vergleichs grundsätzlich alle Leistungserbringer eines bestimmten Bezirks (Stadt, Landkreis etc.) einzubeziehen sind, ohne dass es auf deren Größe oder sonstige äußere Beschaffenheit ankommt. Das Bundessozialgericht hat aber ausdrücklich offengelassen, „ob sich nicht im Einzelfall abweichende Kriterien ergeben können, die die Vergleichbarkeit lokal oder regional benachbarter Einrichtungen gleichwohl beeinträchtigen und denen durch Differenzierungen Rechnung zu tragen ist. Dies könnten etwa Besonderheiten im Versorgungsauftrag einer Einrichtung sein, aber auch sehr personalintensive Betreuungserfordernisse oder besondere Leistungsangebote; fehlende oder bestehende Tarifbindungen, die religiöse, weltanschauliche und sozialpolitische Ausrichtung der Trägerinstitutionen oder deren Organisationsform gehören jedenfalls nicht dazu“²¹¹.

In räumlicher Hinsicht hält das Bundessozialgericht es für ausreichend, wenn sich der externe Vergleich auf den jeweiligen lokalen Markt bezieht. Einen weiteren räumlichen Anknüpfungspunkt – Land oder sogar Bund – hält das Bundessozialgericht nicht für erforderlich²¹². Ob dies auch dann gilt, wenn es in einem Bezirk oder einem Bundesland nur einen Leistungserbringer gibt, bleibt offen. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb im Sozialversicherungsrecht andere Maßstäbe Platz greifen sollen als im Kartellrecht, in dem

²⁰⁹ Zum Inhalt des § 38 Abs. 2 SGB IX s. bereits unter A.

²¹⁰ BSGE 102, 227 (245); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 63; BSG, B 3 P 2/12 vom 16.5.2013, Rn. 23.

²¹¹ BSGE 102, 227 (245).

²¹² BSGE 102, 227 (245: „bestimmter Bezirk“); BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 40, 41 und insbesondere 42.

ein landes- bzw. bundesweiter Vergleich vorzunehmen ist, solange und soweit Vergleichbarkeit besteht²¹³. Dementsprechend sind auch Stimmen zu vernehmen, die im Hinblick auf den räumlichen Anknüpfungspunkt für den externen Vergleich differenzieren und im Einzelfall insoweit auf das „ganze Land“ abstellen²¹⁴.

b) Übertragung des für den stationären Pflegebereich entwickelten Zwei-Stufen-Verfahrens auf die Vergütung ambulanter Pflegeleistungen und weitere Bereiche des Sozialversicherungsrechts

Dieses für den Bereich stationärer Pflegeeinrichtungen²¹⁵ entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren hat das Bundessozialgericht später auf die Vergütung ambulanter Pflegeleistungen (§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI) übertragen²¹⁶. Ebenso gilt das Zwei-Stufen-Verfahren nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts für die Vergütung der Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V in den Fällen, in denen Einzelverträge nach § 132a SGB V geschlossen werden²¹⁷. Schließlich hat das Bundessozialgericht das zweistufige Verfahren auf Kostenprüfung und Vergütungsvergleich auch angewendet auf die Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen nach § 120 Abs. 2 SGB V²¹⁸.

Demgegenüber zeigt sich das Bundessozialgericht in Bezug auf eine Übertragbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens auf Vergütungen nach dem Sozialhilferecht des SGB XII zurückhaltender. Zwar ist es nach Ansicht des Bundessozialgerichts grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn eine sozi-

²¹³ S. nur *Wiedmann*, in: *Wiedmann* (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 34; *Busche*, in: *Busche/Röhling* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, 1. Band, 2017, § 18 GWB Rn. 34.

²¹⁴ LSG Mecklenburg-Vorpommern, L 9 SO 1/10 vom 30.8.2012, Rn. 63 (juris); LSG Mecklenburg-Vorpommern, L 9 SO 11/10 vom 6.9.2012, Rn. 51 (juris).

²¹⁵ BSGE 102, 227 (235 ff.); BSGE 113, 258 (262); ebenso LSG Baden-Württemberg, L 4 P 1629/10 vom 11.11.2011, Rn. 47 (juris).

²¹⁶ BSGE 105, 126 (141 f.).

²¹⁷ Vgl. BSGE 107, 123 (136); BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 33 f.; BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 40, 42.

²¹⁸ BSG, BeckRS 2015, 71872.

alihilferechtliche Schiedsstelle sich bei der von ihr zu bestimmenden Vergütungshöhe an der Rechtsprechung zum Zwei-Stufen-Verfahren für das Recht der Sozialen Pflegeversicherung orientiert. „Im Hinblick auf die anders geartete Struktur des SGB XII und die geringere Normdichte, insbesondere die fehlenden ausdrücklichen Regelungen über die Mitwirkungspflichten im Schiedsstellenverfahren, ... (bestehe) indes keine Veranlassung, diese Rechtsprechung in der Form zu übertragen, dass die Schiedsstellen zu einem entsprechenden Vorgehen vollumfänglich und in jedem Fall gezwungen wären, wenn nicht anderes in den Verträgen oder Verordnungen der §§ 75 ff. SGB XII vorgeschrieben ist“.²¹⁹

Die Landesozialgerichte sind einen Schritt weiter gegangen und haben die vom Bundessozialgericht entwickelten Maßstäbe zur Prüfung von Vergütungsverlangen im Bereich der sozialen Pflegeversicherung auf Vergütungsverlangen von Leistungserbringern nach dem SGB XII übertragen²²⁰. Das Zwei-Stufen-Verfahren sei in besonderer Weise geeignet, sowohl die Leistungsfähigkeit des Leistungserbringers zu gewährleisten als auch den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu entsprechen²²¹.

c) Bundessozialgericht: Differenzierung zwischen Einzel- und Kollektivverträgen auf der Leistungserbringerseite

Wie bereits dargelegt, gilt das Zwei-Stufen-Verfahren nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch für die Vergütung der Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V in den Fällen, in denen

²¹⁹ BSG, NJOZ 2016, 1417 (1419 f.).

²²⁰ Vgl. z.B. LSG Hamburg, BeckRS 2016, 74390 Rn. 50 ff.; LSG Hamburg, L 4 SO 60/11 KL vom 13.9.2012 (unveröffentlicht); LSG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2016, 114055 Rn. 64; Sächs. LSG, L 8 SO 87/12 KL vom 1.4.2015, Rn. 34 ff., insbesondere 36 f. (juris); Thüringer LSG, L 8 SO 1034/13 KL vom 12.3.2014, Rn. 45 (juris); Bayerisches LSG, L 8 SO 18/12 KL vom 24.4.2013, Rn. 51 (juris); LSG Nordrhein-Westfalen, L 9 SO 417/13 KL vom 28.5.2015, Rn. 52 (juris); LSG Niedersachsen-Bremen, L 8 SO 395/10 KL vom 26.6.2014, Rn. 46 ff. (juris); LSG Mecklenburg-Vorpommern, L 9 SO 1/10 vom 30.8.2012, Rn. 58 ff. (juris); LSG Mecklenburg-Vorpommern, L 9 SO 11/10 vom 6.9.2012, Rn. 47 ff. (juris).

²²¹ Nachweise in Fn. 220.

Einzelverträge nach § 132a SGB V geschlossen werden²²². Im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens differenziert das Bundessozialgericht also danach, ob auf der Seite der Leistungserbringer Einzel- oder Kollektivverträge geschlossen werden. Für Kollektivverträge könnten die Grundsätze des Zwei-Stufen-Verfahrens „naturgemäß“ nicht herangezogen²²³ bzw. „nicht unmittelbar übernommen“²²⁴ werden. Bei Kollektivverträgen „kann nicht auf die Gestehungskosten eines einzelnen Pflegedienstes abgestellt werden, sondern es bedarf eines generellen, vom einzelnen Pflegedienst losgelösten Maßstabes“²²⁵. Das Bundessozialgericht stellt insoweit auf eine „repräsentative Anzahl“ von Leistungserbringern ab²²⁶. Dadurch entfällt die Grundlage für einen externen Vergleich auf der zweiten Stufe. Wörtlich führt das Bundessozialgericht aus:

„Als Grundlage der Vergütungsbemessungen bei Kollektivverträgen ist eine repräsentative Anzahl der den klagenden Verbänden zugehörigen privat-gewerblichen Pflegeeinrichtungen in Hessen auszuwählen, die für die Ermittlung einer nachvollziehbaren und plausiblen Kostenstruktur dieser Betriebe zugrunde zu legen ist. Hierbei sind nicht nur regionale Unterschiede zu berücksichtigen, sondern es ist auch die Vielfalt der privat-gewerblichen Pflegedienste im Hinblick auf ihre unterschiedlichen Versorgungs- und Einsatzbereiche, Betriebsgrößen und Personalstrukturen zu beachten. Entscheidend ist, dass die getroffene Auswahl der den Verbänden zugehörigen Pflegedienste ein möglichst repräsentatives Bild ergibt, damit die Vergütung auf der Basis einer realitätsnahen durchschnittlichen Betriebs- und Kostenstruktur der privat-gewerblichen Pflegedienste – in anonymisierter Form – vereinbart werden kann. Eine nur repräsentative Anzahl von Einrichtungen trägt auch dem Umstand Rechnung, dass dem Kollektivvertrag noch zu einem späteren Zeitpunkt Einrichtungen beitreten,

²²² Vgl. BSGE 107, 123 (136); BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 33 f.; BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 40, 42.

²²³ BSGE 107, 123 (136).

²²⁴ BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 40.

²²⁵ BSGE 107, 123 (136); BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 42.

²²⁶ BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 42.

aber auch aus ihm ausscheiden können. Eine nach diesen Vorgaben ermittelte Datenbasis lässt eine realistische leistungsgerechte Vergütungsprognose zu. Der bei Einzelverträgen notwendige „externe Preisvergleich“ auf der zweiten Stufe lässt sich auf Kollektivverträge nicht gleichermaßen übertragen, weil die Ermittlung und Auswahl von Betrieben mit einer durchschnittlichen Betriebs- und Kostenstruktur ein vergleichendes Element bereits enthält.²²⁷

4. Analyse der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: Gründe für das Zwei-Stufen-Verfahren

a) Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 13. Mai 2015: Erforderlichkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens zur Verwirklichung sozialversicherungsrechtlicher Ziele

Das Bundessozialgericht begründet das von ihm entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung von Leistungserbringern im Pflege- und Krankenversicherungsbereich ausschließlich damit, dass es zur Gewährleistung einer angemessenen und leistungsgerechten Vergütung sowie zur Erfüllung der Ansprüche der Versicherten erforderlich sei. Dies wird deutlich in der jüngsten Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 13. Mai 2015, in der das Gericht die für den Bereich der Pflegesatzverfahren nach § 84 SGB XI entwickelten Grundsätze auf die Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen gem. § 120 Abs. 2 SGB V übertragen hat. In dieser Entscheidung heißt es wörtlich²²⁸:

„In Übereinstimmung mit dem LSG geht der Senat davon aus, dass die Beurteilung der Leistungsgerechtigkeit der Vergütung nach § 120 Abs. 2 SGB V in Anlehnung an das ... für den Bereich der Pflegesatzverfahren nach § 84 SGB XI entwickelte Prüfungsprogramm zu erfolgen hat. Dies ist aufgrund der bestehenden Parallelen sachgerecht. § 120 Abs. 2 SGB V weist insoweit deutliche Übereinstimmungen zur Bemessung der Pflegesätze nach § 84 SGB XI auf, als

²²⁷ BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 42.

²²⁸ BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 33.

dort vorgegeben wird, dass die Pflegesätze leistungsgerecht sein müssen (§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI) und es dem Pflegeheim ermöglichen müssen, bei wirtschaftlicher Betriebsführung seine Aufwendungen zu finanzieren und seinem Versorgungsauftrag nachzukommen (§ 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI). In beiden Bereichen sind also zum einen die Leistungen zu berücksichtigen, die die Einrichtung zu erbringen hat ..., zum anderen ist die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zu gewährleisten Ebenso wie in § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI vorgegeben, muss den Einrichtungen nach § 120 Abs. 2 SGB V durch die Vergütung die Erfüllung der Ansprüche der Versicherten ermöglicht werden“

Das Bundessozialgericht benennt damit die sozialversicherungsrechtlichen Ziele der angemessenen, d.h. leistungsgerechten Vergütung von Leistungserbringern. Damit die Leistungserbringer auskömmlich finanziert sind, der gesetzliche Sicherstellungs- und Versorgungsauftrag erfüllt werden kann und die Ansprüche der Versicherten auf Versorgung mit medizinischen Rehabilitationsleistungen befriedigt werden können, ist die Ermittlung der angemessenen Vergütung der Leistungserbringer im Zwei-Stufen-Verfahren geboten.

Weshalb aber diese Ziele der angemessenen Vergütung nicht wettbewerbsorientiert, also durch freies Aushandeln zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern erreicht werden können, beantwortet das Bundessozialgericht nicht. Es bleibt unklar, warum das vom Gesetzgeber gewollte Wettbewerbskonzept durch Vereinbarung einer angemessenen, leistungsgerechten Vergütung²²⁹ Probleme bereitet bzw. versagt.

²²⁹ Vgl. unter C. I.

**b) Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 29. Januar 2009:
Fehlen funktionsfähigen Wettbewerbs in Leistungserbringermärkten; Gründe hierfür bleiben im Dunkeln**

Demgegenüber hat sich das Bundessozialgericht in seiner früheren grundlegenden Entscheidung vom 29. Januar 2009 mit dem gesetzgeberisch intendierten Wettbewerbskonzept zur Ermittlung einer angemessenen, leistungsgerechten Vergütung beschäftigt.

Das Bundessozialgericht hat in der Entscheidung vom 29. Januar 2009 deutlich gemacht, dass sich die Angemessenheit einer leistungsgerechten Vergütung im Leistungserbringungsrecht nicht nach dem reinen Selbstkostenprinzip richte, sondern auf einem „marktorientierten Versorgungskonzept“ beruhen müsse²³⁰. Gleichwohl hält das Gericht an seiner ursprünglichen Rechtsprechung nicht fest²³¹, nach der die Höhe der Gestehungskosten für die zu vereinbarende Vergütung grundsätzlich bedeutungslos war und es regelmäßig nur auf die „Feststellung von Marktpreisen“ ankam²³². Das Bundessozialgericht begründet dies damit, dass sich die Erwartungen an ein wettbewerbsorientiertes Leistungserbringungsrecht nicht erfüllt hätten. Wörtlich heißt es in dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 29. Januar 2009:

„Hierin kommt zum Ausdruck, dass sich die ursprünglichen Erwartungen des Gesetzgebers an ein wettbewerbsorientiertes Leistungserbringungsrecht nicht wie gewünscht bestätigt haben. Unter diesen Umständen kann auch der Senat nicht unverändert von der – früheren – Einschätzung ausgehen, dass der Markt überhöhten Vergütungsforderungen und mangelhafter Pflegequalität hinreichend entgegenwirken wird und es deshalb – ohne Berücksichtigung der prognostischen Gestehungskosten nach Maßgabe von § 85

²³⁰ BSGE 102, 227 (236).

²³¹ BSGE 102, 227 (236).

²³² So BSGE 87, 199 (203).

Abs 3 Satz 2 bis 4 SGB XI – in erster Linie auf die Feststellung von Marktpreisen ankommen kann.²³³

Das Bundessozialgericht widmet sich aber nicht (näher) den Gründen dafür, dass funktionsfähiger Wettbewerb im Leistungserbringungsrecht fehlt. Es verweist zwar auf das Schrifttum zum Pflegeversicherungsrecht, demzufolge einem funktionsfähigen Pflegemarkt das Kräfteungleichgewicht zwischen Pflegeeinrichtungen und Pflegekassen entgegenstehe²³⁴, macht sich dieses aber nicht zu Eigen und macht es nicht zur Grundlage des Zwei-Stufen-Verfahrens²³⁵. Die strukturellen Gründe für das Fehlen funktionsfähigen Wettbewerbs als Voraussetzung für die Entstehung von Wettbewerbspreisen für die Leistungserbringung nennt das Bundessozialgericht nicht. In seinem Urteil vom 14. Dezember 2000 betont das Gericht zwar, dass Sozialversicherungsträger ein „Nachfragekartell“ bilden, wenn sie – kraft gesetzlicher Ermächtigung – gemeinsam und einheitlich auftreten und Vergütungsvereinbarungen mit einzelnen Leistungserbringern schließen²³⁶. Im Urteil vom 29. Januar 2009 greift das Bundessozialgericht diese strukturelle Disparität der Vertragsparteien, die ein faires, chancengleiches Aushandeln der Leistungsvergütung nicht erwarten lässt, aber nicht mehr auf.

Dies gilt auch für die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Vergütung der Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach §§ 37, 132a SGB V, die – wie gezeigt – im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens danach differenziert, ob auf der Seite der Leistungserbringer Einzel- oder Kollektivverträge geschlossen werden²³⁷. Für Kollektivverträge gelten die Grundsätze des Zwei-Stufen-Verfahrens nicht unmittelbar. Das Bundessozialgericht begründet dies jedoch ausschließlich damit, dass bei Kollektivverträgen nicht auf die Gestehungskosten des einzelnen

²³³ BSGE 102, 227 (237).

²³⁴ Neumann, SGB 2007, 521 (524 f.); ferner Brünner, Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, 2001, S. 166 f.

²³⁵ BSGE 102, 227 (235, 237): „In der Literatur sind sie [scil.: die Erwartungen an funktionsfähigen Wettbewerb im Leistungserbringungsrecht] ohnehin skeptisch beurteilt worden.“

²³⁶ BSGE 87, 199 (203).

²³⁷ S. unter D. IV. 3. b) und c).

Leistungserbringers²³⁸, sondern auf eine „repräsentative Anzahl“ von Leistungserbringern abzustellen sei²³⁹. Dass im Fall von Kollektivverträgen auf Leistungserbringerseite keine (vergleichbare) strukturelle Vertragsdisparität vorliegt, die dem Aushandeln eines Wettbewerbspreises entgegensteht, findet keine Erwähnung. Demgegenüber ist der Leistungserbringer bei Einzelverträgen im Verhältnis zum „Nachfragekartell“ der gemeinschaftlich auftretenden Sozialversicherungsträger strukturell unterlegen. Ein solches Kräftegleichgewicht steht einem funktionsfähigen Wettbewerb als Voraussetzung für Wettbewerbspreise entgegen. In Ermangelung eines Wettbewerbspreises bedarf es der Bestimmung eines wettbewerbsanalogen Preises, der im Wege des Zwei-Stufen-Verfahrens zu ermitteln ist.

Fazit: Das Bundessozialgericht macht zwar deutlich, dass das Zwei-Stufen-Verfahren auf den nicht erfüllten Erwartungen des Gesetzgebers an ein wettbewerbsorientiertes Leistungserbringungsrecht beruht. Zu den Gründen, die Wettbewerbspreisen entgegenstehen, äußert sich das Gericht aber nicht. Die strukturelle Disparität der Vertragsparteien, die ein faires, chancengleiches Aushandeln der Vergütungen für die erbrachten Leistungen nicht erwarten lässt, findet in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts keine (hinreichende) Erwähnung. Das gesetzgeberische Konzept der freien Vereinbarung der Vergütung erweist sich als untauglich, wenn ein funktionsfähiger Wettbewerb auf dem Markt nicht existiert. In Ermangelung eines funktionsfähigen Wettbewerbs scheidet der Wettbewerbspreis als Maßstab aus. Kommt den Sozialversicherungsträgern bei der Verhandlung der Vergütung mit Leistungserbringern eine marktbeherrschende Stellung zu, bedarf es des vertraglichen Gleichgewichts wiederherstellender Maßnahmen. Ohne solche Maßnahmen lässt sich eine angemessene Vergütung nicht erreichen. In Anbetracht des Fehlens funktionsfähigen Wettbewerbs muss der *wettbewerbsanaloge Preis* für die Leistungen ermittelt werden. Die spezifische Funktion des Zwei-Stufen-Verfahrens besteht in der Bereitstellung der notwendigen Mittel für die Bestimmung einer angemessenen, leistungsgerechten Vergütung der Leistungserbringer.

²³⁸ BSGE 107, 123 (136); BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 42.

²³⁹ BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 42.

V. Verfassungs- und kartellrechtliche Einordnung des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung

1. Verfassungsrecht: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staats bei gestörter Vertragsautonomie

a) Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu gestörter Vertragsparität

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind in Fällen strukturell bedingter gestörter Vertragsparität korrigierende, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen erforderlich²⁴⁰.

Grundsätzlich hat sich der Staat aus den vertraglich geprägten Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien herauszuhalten, weil sich der Abschluss und die Ausgestaltung solcher Verträge als zweiseitige Selbstbestimmung und insofern als freies und eigenverantwortliches Handeln der Vertragspartner darstellen²⁴¹.

Die geschützte Privatautonomie setzt indes voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung auch tatsächlich gegeben sind²⁴². Wenn aufgrund erheblich ungleicher Verhandlungspositionen zwischen den Vertragspartnern einer von ihnen ein solches Gewicht besitzt, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen der beteiligten Parteien hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Teil oder mehrere Vertragsparteile die Selbstbestimmung in Fremdbestimmung verkehrt²⁴³. Befindet sich

²⁴⁰ Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); 84, 212 (229); 85, 191 (213); 89, 214 (232); 92, 365 (395); 97, 169 (176 f.); 103, 89 (100 f.); 114, 1 (34 f.); 114, 73 (90); 134, 204 (225 ff.).

²⁴¹ Vgl. BVerfGE 81, 242 (254); 114, 73 (89 f.); BVerfG, MMR 2007, 93.

²⁴² Vgl. BVerfGE 81, 242 (254 f.); 103, 89 (100); 114, 1 (34).

²⁴³ Vgl. BVerfGE 89, 214 (232); 103, 89 (101); 114, 1 (34 f.); 114, 73 (90); 134, 204 (225); BVerfG, MMR 2007, 93; BVerfG, NJW 2013, 3086 (3087); BVerfG, BeckRS 2017, 102380 Rn. 13.

ein Vertragspartner gegenüber einem anderen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit, die ihn daran hindert, seine grundrechtlich verbürgten Rechtspositionen auf Augenhöhe mit dem anderen Vertragspartner zu wahren und zu verteidigen, fällt dem Staat die Aufgabe des Ausgleichs der Disparitäten zu, die eine Beschränkung der Grundrechte des „überlegenen“ Vertragspartners rechtfertigen. In solchen Situationen gestörter Vertragsparität sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts korrigierende, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen erforderlich²⁴⁴.

Diese grundrechtliche Schutzpflicht bezieht sich auf den (grundrechtsgebundenen) Staat als Ganzes, d.h. auf den Gesetzgeber, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt²⁴⁵.

Die Verpflichtung des Staats zum Abbau struktureller Disparität betrifft nicht nur den Wirkungskreis des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Sie folgt auch aus anderen Freiheitsgrundrechten wie zum Beispiel aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG bei Versicherungsverträgen²⁴⁶, aus dem Ehegrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG bei Eheverträgen²⁴⁷ und aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG²⁴⁸. Soweit es um die Vertragsfreiheit im Bereich beruflicher Betätigung geht, findet die spezielle Gewährleistung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG Anwendung²⁴⁹, so dass die auf Freiheit durch Gleichheit gerichtete dogmatische Figur der

²⁴⁴ Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); 84, 212 (229); 85, 191 (213); 89, 214 (232); 92, 365 (395); 97, 169 (176 f.); 103, 89 (100 f.); 114, 1 (34 f.); 114, 73 (90); 134, 204 (225 ff.); BVerfG, MMR 2007, 93; BVerfG, NJW 2013, 3086 (3087); kritisch zu dem Konzept der gestörten Vertragsparität *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, S. 239 (262 ff.); *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 298 (339 ff.).

²⁴⁵ 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.

²⁴⁶ BVerfGE 114, 1 (33 ff.).

²⁴⁷ BVerfGE 103, 89 (101 ff.).

²⁴⁸ BVerfG, MMR 2007, 93 f.; BVerfG, NJW 2013, 3086 (3087).

²⁴⁹ Vgl. BVerfGE 68, 193 (223 f.); 77, 84 (118); 95, 173 (188); 117, 163 (181); 134, 204 (222 f.); BVerfG, NJW 2011, 1339 (1340); BVerfG, NJW-RR 2016, 1349 (1350).

strukturellen Disparität auch im Rahmen des Grundrechts der Berufsfreiheit zum Tragen kommt. In einem Ausschnitt des Geltungsbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Berufsfreiheit konkretisiert die Schutzpflicht des Staats bei struktureller Disparität zugleich den Auftrag des Staats aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Soweit Frauen aufgrund struktureller Zutrittschürden an dem Zugang zum und dem Aufstieg im Beruf gehindert sind, verlangt bereits das Grundrecht der Berufsfreiheit, diese Hürden abzubauen. Die Schutzziele des Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG stimmen insoweit überein.

b) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anspruch auf angemessene Vergütung im Urheberrecht

Eine solche Situation gestörter Vertragsautonomie und entsprechende Schutzpflichten des Staats hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 speziell für die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Urhebern und Verwertern nach dem Urhebergesetz angenommen. Seit einer Änderung des Urheberrechts im Jahr 2002 sieht § 32 Abs. 1 UrhG vor, dass der Urheber Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung hat (Satz 1), dass mangels bestimmter Vergütung die angemessene Vergütung als vereinbart gilt (Satz 2) und dass dann, wenn die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist, der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrags im Sinne einer angemessenen Vergütung verlangen kann (Satz 3).

Im seiner Entscheidung vom 23. Oktober 2013, in der das Bundesverfassungsgericht darüber zu befinden hatte, ob die in § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG vorgesehene gerichtliche Überprüfung von Vergütungsvereinbarungen in Werkverwertungsverträgen verfassungsrechtlich zulässig ist, stellte das Gericht klar, dass § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG die durch Art. 12 Abs. 1 GG

geschützte Berufsfreiheit „nicht unerheblich beeinträchtigt“²⁵⁰. Das Grundrecht der Berufsausübung erfasse die Freiheit, „das Entgelt für berufliche Leistungen verbindlich auszuhandeln“²⁵¹. Die Vereinbarung des geschuldeten Preises für eine Leistung gehöre zum „Kern der Privatautonomie“ und „wird in der Regel dem Marktmechanismus überlassen“²⁵². Das Bundesverfassungsgericht betonte jedoch, dass der Staat kraft seiner grundrechtlichen Schutzpflichten verpflichtet sei, strukturellen Disparitäten der Vertragspartner entgegenzuwirken. Die grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie verlange, „dass sich die in einem Vertragsschluss liegende Selbstbestimmung nicht aufgrund des starken Übergewichts einer Partei in Fremdbestimmung der anderen Partei verkehrt“²⁵³. Das Bundesverfassungsgericht bejaht eine solche strukturelle Disparität der Vertragsparteien mit den Worten:

„Urheber stellen nach der Begründung des Gesetzesentwurfs regelmäßig die schwächere Partei dar, ihre wirtschaftliche Lage sei häufig schwierig. Freiberufliche literarische Übersetzer erhielten zumeist nur kärgliche Pauschalhonorare. Manche freiberuflich tätigen Urheber befänden sich in einer arbeitnehmerähnlichen Abhängigkeit von ihren Auftraggebern. Auf der Seite der Verwerter agierten Unternehmen unterschiedlicher Größe, darunter auch global handelnde Großunternehmen. Die für eine mehrstufige Vermarktung erforderlichen Rechte übertrügen die Urheber häufig bereits im ersten Vertrag, um dessen Abschluss nicht zu gefährden; die Nebenrechte würden dann häufig ohne angemessene Beteiligung der Urheber verwertet (vgl. BT-Drucks 14/6433, S. 9 f.).“

Die durch § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG ermöglichte gerichtliche Kontrolle der Angemessenheit der Vergütung erachtet das Bundesverfassungsgericht auch als verhältnismäßig, weil es sich um eine Ausnahmeregelung für einen

²⁵⁰ BVerfGE 134, 204 (230).

²⁵¹ BVerfGE 134, 204 (222).

²⁵² BVerfGE 134, 204 (230).

²⁵³ BVerfGE 134, 204 (225) mit weiteren Nachweisen.

Bereich handele, „in dem der Gesetzgeber von einem typischerweise bestehenden Verhandlungsungleichgewicht der Parteien ausgehen durfte“²⁵⁴. Ebenso wenig sei zu beanstanden, dass nur der Urheber, nicht aber der Verwerter eine Angemessenheitskontrolle nach § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG erreichen könne. Die Vorschrift solle eine „typischerweise bestehende strukturelle Disparität korrigieren“²⁵⁵. Da diese Disparität typischerweise zu lasten der Urheber gehe, sei der Gesetzgeber nicht gehalten gewesen, auch Verwertern eine Preiskontrolle zu ermöglichen²⁵⁶. Schutzmechanismen, die nur eine Partei begünstigen, seien dem Zivilrecht nicht fremd (vgl. § 312d Abs. 1 Satz 1, § 495 Abs. 1 BGB)²⁵⁷.

Die Entscheidung bestätigt und bestärkt die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass den Staat in Fällen strukturell bedingter gestörter Vertragsparität eine besondere Schutzpflicht trifft und er das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen ergreifen muss. Der Gesetzgeber darf in Bereichen, die durch strukturelle Disparität der Vertragsparteien gekennzeichnet sind, das Aushandeln des geschuldeten Preises nicht den freien Marktprozessen überlassen. Vielmehr ist den Vertragsparteien gesetzlich aufzugeben, eine angemessene, leistungsgerechte Vergütung für die erbrachte Leistung zu vereinbaren. Solche Regelungen tragen regelmäßig dem Umstand Rechnung, dass sich die Vertragsparteien nicht auf Augenhöhe begegnen und der Marktmechanismus keine die Vertragsautonomie aller Beteiligten wahrenen Ergebnisse hervorbringt.

2. Kartellrecht: Ermittlung wettbewerbsanaloger Preise bei Fehlen funktionsfähigen Wettbewerbs

Unter den Bedingungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs stellen die von Unternehmen verlangten Preise regelmäßig einen (sachgerechten)

²⁵⁴ BVerfGE 134, 204 (231).

²⁵⁵ BVerfGE 134, 204 (231 f.).

²⁵⁶ BVerfGE 134, 204 (232).

²⁵⁷ BVerfGE 134, 204 (232).

Tauschwert für ihre Leistungen dar. Kraft des Wettbewerbs stehen die Unternehmen vor der Notwendigkeit, ihre Ressourcen möglichst effizient einzusetzen. Nur unter diesen Voraussetzungen sind sie in der Lage, den Kunden preislich bzw. qualitativ attraktive Angebote zu unterbreiten und ein „Abwandern“ zu konkurrierenden Unternehmen zu verhindern. Preisen kommt demnach im funktionsfähigen Wettbewerb eine zentrale Steuerungs- und Signalfunktion zu²⁵⁸.

Grundsätzlich anders liegen die Dinge, wenn Wettbewerb zwischen Unternehmen nur begrenzt wirksam ist oder aufgrund (natürlicher) Monopolsituationen nicht existiert. Verfügen Wirtschaftssubjekte über keine (hinreichenden) Ausweichmöglichkeiten, scheidet Wettbewerb als Medium für eine (sachgerechte) Preisermittlung aus²⁵⁹. Fehlt es an einem (wirksamen) Preis- und Qualitätswettbewerb, besteht die Gefahr von Wohlfahrtsverlusten. Unter den Bedingungen begrenzten bzw. fehlenden Wettbewerbs bedarf es einer Kontrolle bzw. Regulierung der von Unternehmen erhobenen Entgelte. Ein besonderer Kontroll- bzw. Regulierungsbedarf besteht dann, wenn es sich um (lebens-)wichtige Produkte oder Dienstleistungen handelt wie z.B. der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, der Müllentsorgung, der Energieversorgung²⁶⁰ und der Gesundheitsversorgung. Der Regulierungsbedarf beruht auf dem Fehlen von Wettbewerbspreisen. Die Aufgabe der Regulierung liegt in der Ermittlung wettbewerbsanaloger Preise²⁶¹.

Sowohl § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB als auch Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV bezwecken den Schutz der Marktgegenseite vor Ausbeutung durch marktbeherrschende Unternehmen. Marktmacht kann auf der Anbieter- und auf der Nachfragerseite bestehen. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV schützen vor Ausbeutungsmissbrauch durch erhöhte Verkaufspreise (s. a)] und Einkaufspreise (s. b]).

²⁵⁸ S. nur *Monopolkommission*, Hauptgutachten XX, Kapitel V, Rn. 1201.

²⁵⁹ S. auch *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (371 ff.).

²⁶⁰ S. auch *Reinhardt*, LKV 2010, 296.

²⁶¹ S. nur *Gersdorf*, ZWeR 2016, 113 (114 ff.).

a) Ausbeutungsmissbrauch durch erhöhte Verkaufspreise marktbeherrschender Anbieter (Angebotsmärkte)

Monopole neigen zur allokativen Ineffizienz, also zur künstlichen Verknappung des Guts mit dem Ziel der Gewinnmaximierung, was zu einer suboptimalen Verringerung der Bereitstellungsmenge des Guts und zu einem Preis oberhalb des gesamtwirtschaftlich optimalen Grenzkostenpreises führt. Sie neigen zur produktiven Ineffizienz, d.h. zu Ineffizienzen in der Aufbau- und Ablauforganisation der Produktionskette und damit zu höheren Produktionskosten im Vergleich zu Unternehmen, die im Wettbewerb stehen. Und sie neigen zur dynamischen Ineffizienz, d.h. zu geringeren Investitionen in Forschung sowie Entwicklung und damit zu geringeren Innovationen²⁶².

Es besteht die Gefahr, dass Unternehmen, die keinem oder nur begrenztem Wettbewerb ausgesetzt sind, entsprechende (allokative, produktive und dynamische) Ineffizienzen auf die Nutzer abwälzen, die über keine (hinreichenden) Ausweichmöglichkeiten verfügen. Die Aufgabe einer wohlfahrtsökonomisch, aber auch grundrechtlich gebotenen Regulierung besteht darin, eine solche Überwälzung von auf Ineffizienzen beruhenden Kosten zu verhindern und die Nutzer vor ausbeuterischen Entgelten (Monopolrenditen) wirksam zu schützen.

Liegen in Ermangelung funktionsfähigen Wettbewerbs wettbewerbskonforme Preise nicht vor, stellt sich die Frage, nach welchen Maßstäben die effiziente Entgelthöhe zu bestimmen ist. Nach dem allgemeinen Kartellrecht des GWB und AEUV kommt, wenn wegen des Fehlens eines funktionsfähigen Wettbewerbs wettbewerbskonforme Preise im Markt nicht vereinbart werden können, im Rahmen der Preishöhenkontrolle das Konzept des Als-Ob-Wettbewerbspreises zur Anwendung. Dieses Konzept des Als-Ob-Wettbewerbspreises liegt § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zugrunde, wonach ein Ausbeutungsmissbrauch vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denje-

²⁶² S. nur *Gersdorf*, ZWeR 2016, 113 (116).

nigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden²⁶³. Nach diesem Konzept wird in einem ersten Schritt der an sich nicht bestehende Wettbewerb simuliert (Als-Ob-Wettbewerb). In einem zweiten Schritt wird der wettbewerbsanaloge Preis ermittelt. Wettbewerbsanalog ist der Preis, den ein Unternehmen unter den Bedingungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs verlangen könnte²⁶⁴.

Kennzeichnend für den Als-Ob-Wettbewerbspreis ist die Differenzierung zwischen den tatsächlichen *Ist*- und den effizienten *Soll*-Kosten. Monopolbedingte (allokative, produktive und dynamische) Ineffizienzen dürfen nicht auf Benutzer der Einrichtung abgewälzt werden. Anderenfalls stünden sie schlechter als bei funktionsfähigem Wettbewerb, in dem aufgrund von Ausweichmöglichkeiten Kostenüberwälzungen regelmäßig nicht möglich sind. Nutzer von Einrichtungen dürfen nur mit solchen Preisen belastet werden, die auch im funktionsfähigen Wettbewerb bestünden.

Bestandteil des wettbewerbsanalogen Preises ist eine angemessene Verzinsung des vom Unternehmen eingesetzten Kapitals. Da auch im funktionsfähigen Wettbewerb eine solche Renditeerwartung besteht, gilt im simulierten Als-Ob-Wettbewerb nichts Anderes. Die angemessene Verzinsung wird gemeinhin nach dem Capital Asset Pricing Model (CAPM)²⁶⁵ zusätzlich eines Beta-Faktors für das mit einer Investitionsmaßnahme verbundene Risiko bestimmt²⁶⁶.

Neben den Als-Ob-Wettbewerbspreis tritt ein Sicherheits- bzw. Erheblichkeitszuschlag. Ein Erheblichkeitszuschlag ist nach der Rechtsprechung geboten, weil der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthält und es dafür eines erheblichen Abstands zwischen dem

²⁶³ S. nur *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 200.

²⁶⁴ Hierzu näher mit weiteren Nachweisen *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 2. Band, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 259, 266; *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 19 Rn. 74 ff.; *Kleinlein/Schubert*, NJW 2014, 3191 (3192, 3196).

²⁶⁵ Vgl. hierzu *Bundesnetzagentur*, Abschlussbericht der BNetzA zur Einführung einer Anreizregulierung im Eisenbahnsektor – revidierte Fassung vom 26.05.2008, S. 100 f.

²⁶⁶ Näher *Kleinlein/Schubert*, NJW 2014, 3191 (3196).

geforderten Preis und dem niedrigeren wettbewerbsanalogen Preis bedarf²⁶⁷. Bei der Beurteilung des Missbrauchstatbestands wird dem betroffenen Unternehmen also eine Bandbreite zwischen dem (idealtypischen) Als-Ob-Wettbewerbspreis und der Missbrauchsgrenze zugebilligt²⁶⁸. Durch diesen Erheblichkeitszuschlag unterscheidet sich der Missbrauchstatbestand von dem effizienzbezogenen Kostenmaßstab des sektorspezifischen Regulierungsrechts, bei dem der Als-Ob-Wettbewerbspreis den allein zulässigen Referenzpreis darstellt. Der Erheblichkeitszuschlag gilt nicht nur bei einem im Wege des Vergleichsmarktprinzips ermittelten wettbewerbsanalogen Preis, sondern auch dann, wenn dieser Preis mittels einer Nachprüfung der Preisbildungsfaktoren bestimmt worden ist²⁶⁹. Die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags richtet sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Sofern der sachliche Markt durch eine Monopolsituation geprägt ist, kann ggf. ein Missbrauch schon bei einem geringeren Zuschlag als unter normalen Marktgegebenheiten anzunehmen sein²⁷⁰.

Als Methode zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises sieht § 19 Abs. 2 Nr. 2 Halbsatz 2 GWB eine Vergleichsmarktanalyse vor. Daneben kommen weitere Methoden zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises in Betracht. Aus dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 2 Halbsatz 2 GWB („insbesondere“) und dem Willen des Gesetzgebers folgt, dass das Vergleichsmarktprinzip zwar eine besonders wichtige²⁷¹, aber nicht die einzige Möglichkeit zur Feststellung des wettbewerbsanalogen Preises darstellt²⁷². Zur Anwendung können auch andere Methoden kommen²⁷³ wie namentlich

²⁶⁷ BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 26 (juris) mit weiteren Nachweisen.

²⁶⁸ Vgl. statt vieler *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), TKG, Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 28 Rn. 22; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 202 ff.

²⁶⁹ BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 26 (juris).

²⁷⁰ BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 27 (juris) mit weiteren Nachweisen.

²⁷¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drs. 8/3690, S. 25.

²⁷² BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 13 (juris); aus dem Schrifttum s. nur *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 63; *Kuhn*, WuW 2006, 578 (584); *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 200.

²⁷³ BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 14 (juris) mit weiteren Nachweisen.

kostenbasierte Konzepte, welche auf der Überprüfung von Preisbildungsfaktoren beruhen²⁷⁴ und von der Preisregulierung nach Maßgabe sektorspezifischen Regulierungsrechts zu unterscheiden ist²⁷⁵.

b) Ausbeutungsmisbrauch durch niedrige Einkaufspreise marktbeherrschender Nachfrager (Nachfragemärkte)

Ein Ausbeutungsmisbrauch kann auch in Nachfragemärkten auftreten, wenn Unternehmen ihre Marktmacht ausnutzen, indem sie missbräuchlich niedrige Preise beim Anbieter der Marktgegenseite durchzusetzen suchen²⁷⁶. Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV (von „unangemessenen Verkaufspreisen“) regelt diesen Missbrauchstatbestand ausdrücklich. In Deutschland wurde ein solcher Ausbeutungsmisbrauch in Nachfragemärkten in Bereichen des Lebensmittelhandels²⁷⁷, der Beschaffung von Milch²⁷⁸ und des Zulieferwesens in der Autoindustrie²⁷⁹ diskutiert.

Die zur Lösung des Problems der Durchsetzung missbräuchlich hoher Preise marktbeherrschender Anbieter entwickelten Grundsätze sind prinzipiell auf die Nachfrageseite übertragbar²⁸⁰. Dementsprechend findet auch

²⁷⁴ BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 15 (juris) mit weiteren Nachweisen; aus dem Schrifttum s. nur *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 200.

²⁷⁵ BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 16 (juris).

²⁷⁶ S. EuGH Urt. v. 28.3.1985 – 298/83, Slg. 1985, 1105 (1123 f.) – *CICCE/TV France; Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 194; *Emmerich*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 42. EL 2017, § 3 Art. 102 AEUV Rn. 68; *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 19 ff., 119 ff.; *Schweitzer*, in: Mestmäcker/Schweitzer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 18 Rn. 3; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 201.

²⁷⁷ *Monopolkommission*, Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, 1977, S. 203 ff.; *Monopolkommission*, Hauptgutachten 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, 2012, Rn. 1154 f.; *Schulze*, Nachfragemacht im Lebensmittelhandel, Ökonomische und kartellrechtliche Aspekte, 1998, S. 231 ff.

²⁷⁸ *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2012, Rn. 108.

²⁷⁹ *Kessen*, Nachfragemacht der Automobilindustrie. Eine Analyse unter den Gesichtspunkten Kartellrecht, AGB-Recht und Konzernrecht, 1996, S. 75 ff.

²⁸⁰ *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 60; *Köhler*, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979, S. 51 ff.

auf Nachfragemärkten das Konzept des Als-Ob-Wettbewerbs Anwendung²⁸¹. Um einen Preismissbrauch festzustellen, wird die Abweichung des gezahlten Preises von dem zu ermittelnden wettbewerbsanalogen Preis festgestellt und untersucht, ob die Preisdifferenz sachlich gerechtfertigt ist oder allein auf der Ausübung von Marktmacht beruht²⁸².

Auch die Methoden zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises in Nachfragemärkten entsprechen denen der Angebotsmärkte. Grundsätzlich findet das Vergleichsmarktkonzept Anwendung. Zum Vergleich herangezogen werden können Preise desselben Unternehmens auf anderen, wettbewerblich geprägten Märkten oder auf demselben Markt zu einem anderen Zeitpunkt²⁸³. Ein solcher Vergleich ist jedoch oftmals nicht möglich. Während Angebotsmärkte häufig räumlich eng begrenzt sind, werden Beschaffungsmärkte regelmäßig bundesweit abgegrenzt, sodass sich im Bundesgebiet kein räumlicher Vergleichsmarkt finden lässt, welcher wettbewerblich geprägt ist²⁸⁴. Ebenso wenig zielführend ist der Vergleich mit Preisen anderer Unternehmen auf demselben oder einem vergleichbaren Markt²⁸⁵, wenn dieser Markt durch den Nachfrager beherrscht und folglich nicht wettbewerblich geprägt ist.

Da das gesetzlich geregelte Vergleichsmarktkonzept des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB – wie bereits dargelegt – andere Methoden zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises nicht ausschließt²⁸⁶, können weitere Instru-

²⁸¹ Jötten, *Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht*, 2014, S. 61; Wecker, *Marktbeherrschung, gemeinsamer Einkauf und vertikale Beschränkungen als kartellrechtliche Probleme im deutschen Einzelhandel*, 2010, S. 203.

²⁸² Jötten, *Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht*, 2014, S. 61

²⁸³ Jötten, *Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht*, 2014, S. 121.

²⁸⁴ Jötten, *Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht*, 2014, S. 61.

²⁸⁵ Vgl. zu dieser Möglichkeit Jötten, *Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht*, 2014, S. 121.

²⁸⁶ S. nochmals BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 13 (juris); aus dem Schrifttum s. nur Jötten, *Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-*

mente herangezogen werden. Erörtert wird ein Gewinnspannenmarktkonzept, bei dem der Wert des Wirtschaftsguts in Relation zum vom marktbeherrschenden Unternehmen gezahlten Preis gesetzt wird²⁸⁷. Dieser Methode wird allerdings mangelnde Praktikabilität und Insuffizienz insbesondere gegenüber konzernangehörigen Multiproduktionsunternehmen mit weltweitem Tätigkeitskreis attestiert²⁸⁸. Vor allem aber taugt diese Methode bei missbräuchlichen Einkaufspreisen regelmäßig nicht²⁸⁹. Gewinne des nachfragenden marktbeherrschenden Unternehmens lassen sich im Regelfall nicht dem Erwerb bestimmter Waren oder Dienstleistungen zurechnen. Dies gilt bereits beim Einkauf zum Zweck des Weiterverkaufs und erst recht beim Einkauf mit dem Ziel der Weiterverarbeitung²⁹⁰. Schließlich versagt das Gewinnspannenbegrenzungskonzept dann, wenn ein nicht gewinnorientiertes Unternehmen wie die öffentliche Hand als Nachfrager auftritt.

Missbräuchliche Einkaufspreise lassen sich jedoch aus einem Preis-Kosten-Vergleich aus Sicht des Lieferanten ermitteln. Ein diesem zugestandener Preis ist missbräuchlich, wenn er nicht ausreicht, um die Gestehungskosten der von dem beherrschenden Unternehmen erworbenen Waren oder in Anspruch genommenen Dienstleistungen sowie eine (marktübliche)

amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 63; *Kuhn*, WuW 2006, 578 (584); *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 200.

²⁸⁷ Hierzu *Dirksen*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 2. Band, 10. Aufl. 2006, Art. 82 EGV Rn. 93 ff.

²⁸⁸ Zur Kritik s. nur *Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 196 mit weiteren Nachweisen.

²⁸⁹ S. nur *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 63 f.

²⁹⁰ *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 175.

Gewinnmarge zu decken²⁹¹. Maßgeblich ist die Rentabilitätsgrenze des liefernden Unternehmens²⁹². Sofern der Anbieter nicht einmal seine Kapitalkosten vergütet erhält, liegt ein Preismissbrauch vor²⁹³.

Ebenso wie in Angebotsmärkten muss in Nachfragemärkten die Abweichung des ermittelten wettbewerbsanalogen Preises erheblich sein, weil der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthält²⁹⁴ und es dafür eines erheblichen Abstands zwischen dem vom nachfragenden marktbeherrschenden Unternehmen gezahlten Preis und dem höheren wettbewerbsanalogen Preis bedarf. Spiegelbildlich zum Missbrauchsaufschlag bei Verkaufspreisen ist bei Einkaufspreisen ein Missbrauchsabschlag erforderlich²⁹⁵. Die Bemessung des Erheblichkeitsabschlags richtet sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Sofern der sachliche Markt durch eine Monopolsituation geprägt ist, kann ggf. ein Missbrauch schon bei einem geringeren Abschlag als unter normalen Marktgegebenheiten anzunehmen sein²⁹⁶.

Gleichwohl erweist sich die Preishöhenkontrolle in Beschaffungsmärkten regelmäßig als stumpfes Schwert. Das strukturelle Problem besteht darin, dass in Nachfragemärkten ein marktbeherrschendes Unternehmen bei der Feststellung eines Preismissbrauchs über Ausweichmöglichkeiten verfügt. Es kann den Bezug der Ware oder Dienstleistung einstellen und damit die

²⁹¹ EuGH Urt. v. 28.3.1985 – 298/83, Slg. 1985, 1105 (1123 f.) – CICCE/TV France; *Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 194; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 2. Band, 12. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV Rn. 173; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Kartellrecht, 1. Band, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 222; vgl. auch *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 120 f. (mit kritischem Impetus).

²⁹² *Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 194.

²⁹³ *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Kartellrecht, 1. Band, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 222.

²⁹⁴ BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 26 (juris) mit weiteren Nachweisen.

²⁹⁵ S. nur *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 64; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 208.

²⁹⁶ BGH, KVR 51/11 vom 15.5.2013, Rn. 27 (juris) mit weiteren Nachweisen.

Marktgegenseite gegebenenfalls noch stärker schädigen als durch missbräuchliche Preise. Eine wirksame Preishöhenkontrolle in Beschaffungsmärkten setzt voraus, dass die Kartellbehörden nicht nur die Preise zulasten des Nachfragers anheben²⁹⁷, sondern zugleich einen Abnahmewang zum angeordneten Mindestpreisniveau anordnen²⁹⁸. Ein solcher Abnahmewang wirft verfassungsrechtliche Probleme auf und dürfte nur dann zulässig sein, wenn der von den Kartellbehörden festgelegte Preis von keinem Wettbewerber des Anbieters unterboten wird. Diese Voraussetzung dürfte wegen des Erheblichkeitsabschlags jedoch im Regelfall nicht erfüllt sein. Es dürften sich prinzipiell Anbieter mit Preisen finden, die dem wettbewerbsanalogen Preis entsprechen oder zumindest jenseits des wettbewerbsanalogen Preises zuzüglich eines Erheblichkeitsabschlags liegen. Dementsprechend wird der kartellrechtlichen Preishöhenkontrolle in Nachfragemärkten nur eine erheblich begrenzte Wirkungskraft bescheinigt²⁹⁹.

VI. Übertragbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts auf die angemessene Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX

1. Übertragbarkeit aufgrund von Parallelen zwischen § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX und § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI in Normtext und -struktur

Wie gezeigt, hat das Bundessozialgericht das für die Ermittlung der angemessenen Vergütung im stationären Pflegebereich (§ 84 Abs. 2 Satz 1

²⁹⁷ Zu den möglichen Konsequenzen einer solchen Preisanhebung s. nur *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 65.

²⁹⁸ *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 65; *Kirschner*, Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen. Eine Analyse der ökonomischen Beurteilungskriterien und der wettbewerbsrechtlichen Instrumente im Bereich der Verhaltenskontrolle, 1988, S. 198 f.

²⁹⁹ S. nur *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 65, 122; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 208.

SGB XI)³⁰⁰ entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren auf die Vergütung ambulanter Pflegeleistungen (§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI)³⁰¹, auf die Vergütung häuslicher Krankenpflegeleistungen nach § 37 SGB V in Fällen, in denen Einzelverträge nach § 132a SGB V geschlossen werden³⁰², sowie auf die Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen durch die Krankenkassen gem. § 120 Abs. 2 SGB V³⁰³ übertragen. Gegenüber einer Übertragbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens auf das Sozialhilferecht des SGB XII zeigt sich das Bundessozialgericht zurückhaltender³⁰⁴.

Das Bundessozialgericht begründet das von ihm entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren für die Ermittlung einer angemessenen Vergütung von Leistungserbringern im Pflege- und Krankenversicherungsbereich ausschließlich damit, dass es zur Gewährleistung einer angemessenen, d.h. leistungsgerechten Vergütung sowie zur Erfüllung der Ansprüche der Versicherten erforderlich sei. Es stützt sein Zwei-Stufen-Verfahren auf die sozialversicherungsrechtlichen Ziele der gesetzlichen Verpflichtung zur angemessenen, leistungsgerechten Vergütung von Leistungserbringern. Damit die Leistungserbringer auskömmlich finanziert sind, der gesetzliche Sicherstellungs- und Versorgungsauftrag der Sozialversicherungsträger erfüllt werden kann und die Ansprüche der Versicherten auf Versorgung mit medizi-

³⁰⁰ BSGE 102, 227 (235 ff.); BSGE 113, 258 (262); ebenso LSG Baden-Württemberg, L 4 P 1629/10 vom 11.11.2011, Rn. 47 (juris).

³⁰¹ BSGE 105, 126 (141 f.).

³⁰² Vgl. BSGE 107, 123 (136); BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 33 f.; BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 40, 42.

³⁰³ BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 33 ff.

³⁰⁴ BSG, NJOZ 2016, 1417 (1419 f.); demgegenüber sind nach der Rechtsprechung der Landesozialgerichte die zum Recht der Schiedsstellen in der gesetzlichen Pflegeversicherung entwickelten Maßstäbe auf die Schiedsstellen nach dem SGB XII übertragbar, vgl. z.B. LSG Hamburg, BeckRS 2016, 74390 Rn. 50 ff.; LSG Hamburg, L 4 SO 60/11 KL vom 13.9.2012 (unveröffentlicht); LSG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2016, 114055 Rn. 64; Sächs. LSG, L 8 SO 87/12 KL vom 1.4.2015, Rn. 34 ff. (juris); Thüringer LSG, L 8 SO 1034/13 KL vom 12.3.2014, Rn. 45 (juris); Bayerisches LSG, L 8 SO 18/12 KL vom 24.4.2013, Rn. 51 (juris); LSG NRW, L 9 SO 417/13 KL vom 28.5.2015, Rn. 52 (juris); LSG Niedersachsen-Bremen, L 8 SO 356/12 vom 26.6.2014, Rn. 46 ff. (juris); LSG Mecklenburg-Vorpommern, L 9 SO 1/10 vom 30.8.2012, Rn. 58 ff. (juris); LSG Mecklenburg-Vorpommern, L 9 SO 11/10 vom 6.9.2012, Rn. 47 ff. (juris).

nischen Leistungen befriedigt werden können, ist die Ermittlung der angemessenen Vergütung der Leistungserbringer im Zwei-Stufen-Verfahren geboten³⁰⁵.

Diese Gründe, die nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts das Zwei-Stufen-Verfahren zur Ermittlung der angemessenen Vergütung stationärer und ambulanter Pflegeleistungen, häuslicher Krankenpflegeleistungen und ambulanter Krankenhausleistungen tragen, erfordern die Anwendung des Zwei-Stufen-Verfahrens auch bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX. Die Gründe, die das Bundessozialgericht dazu bewogen haben, das Zwei-Stufen-Verfahren für das Pflegesatzverfahren nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI zu entwickeln und das Prüfungsprogramm auch für die Beurteilung der Leistungsgerechtigkeit der Vergütungen ambulanter Pflegeleistungen (§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI), häuslicher Krankenpflegeleistungen (§§ 37, 132a SGB V) und ambulanter Krankenhausleistungen (§ 120 Abs. 2 SGB V) anzuwenden, gelten auch für die Vergütung nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX.

§ 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX weist bereits im Text deutliche Parallelen zu § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI auf. Zwar ist in § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX von „angemessenen“ Vergütungssätzen die Rede, während § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI „leistungsgerechte“ Pflegesätze verlangt. Ungeachtet dieses textlichen Unterschieds besteht in der Sache jedoch Übereinstimmung, weil der Begriff „angemessene“ Vergütung in § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX Leistungsgerechtigkeit erfordert³⁰⁶. Die Begriffe „angemessene“ und „leistungsgerechte“ Vergütung stimmen überein. Die weitere Vorgabe des § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX, dass die Leistungserbringer die Leistung nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ausführen müssen, findet ihre Entsprechung in § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI, wonach die Pflegesätze es dem Pflegeheim ermöglichen müssen, bei wirtschaftlicher Betriebsführung seinem Versorgungsauftrag nachzukommen. Bei der Bestimmung einer „angemessenen“ bzw. „leistungsgerechten“ Vergütung sind also in beiden Bereichen zum einen die Leistungen zu berücksichtigen, die

³⁰⁵ S. unter D. IV. 4. a).

³⁰⁶ S. unter D. I.

die Einrichtung zu erbringen hat, und zum anderen ist die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zu gewährleisten. Dass § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX die schutzwürdigen Interessen der Leistungserbringer im Unterschied zu § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB XI („Aufwendungen zu finanzieren“, „unter Berücksichtigung einer angemessenen Vergütung des Unternehmerrisikos“) nicht ausdrücklich nennt, ist unschädlich. Ohne Kostendeckung zusätzlich eines angemessenen Gewinns ist es der Rehabilitationseinrichtung nicht möglich, die Leistung i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX auszuführen. Leistungserbringer können den dem Leistungsträger obliegenden Sicherstellungsauftrag nur dann erfüllen, wenn die Vergütungssätze ihre Kosten decken und ihnen ein angemessener Gewinn zusteht. Der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Leistungserbringer dient zugleich dem Versorgungsauftrag der Rehabilitationsträger (§ 19 Abs. 1 SGB IX), weil dieser nur erfüllt werden kann, wenn die wirtschaftlichen Grundlagen der Rehabilitationserbringer gesichert sind³⁰⁷.

Diese unverkennbaren Übereinstimmungen sowohl in der textlichen Fassung als auch in der Normstruktur des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI und des § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX verdeutlichen die Notwendigkeit, das vom Bundessozialgericht für das Pflegesatzverfahren nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren auch zur Bestimmung angemessener Vergütungssätze i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zur Anwendung zu bringen. Die Gründe, die das Zwei-Stufen-Verfahren bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung stationärer und ambulanter Pflegeleistungen, häuslicher Krankenpflegeleistungen und ambulanter Krankenhausleistungen tragen, liegen auch § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zugrunde und erfordern die Anwendung des Zwei-Stufen-Verfahrens auch bei der Bestimmung der nach dieser Vorschrift zu gewährleistenden angemessenen Vergütung.

³⁰⁷ S. unter D. I.

2. Übertragbarkeit aus verfassungsrechtlichen Gründen: Zwei-Stufen-Verfahren als Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten infolge gestörter Vertragsautonomie

Das vom Bundessozialgericht entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren für die Bestimmung angemessener Vergütungssätze für Leistungserbringer im SGB V und SGB XI konkretisiert den grundrechtlichen Schutzauftrag, der dem Staat aufgrund gestörter Vertragsautonomie zwischen den Leistungsträgern (Kranken- bzw. Pflegekassen) und den Leistungserbringern obliegt. Das gesetzgeberische Konzept der freien Vereinbarung der Vergütung erweist sich als untauglich, da ein funktionsfähiger Wettbewerb auf dem betreffenden Markt nicht existiert. In Ermangelung eines funktionsfähigen Wettbewerbs scheidet der Wettbewerbspreis als Maßstab aus. Da die Sozialversicherungsträger bei der Verhandlung der Vergütung mit den Leistungserbringern ein strukturelles Übergewicht besitzen, bedarf es des vertraglichen Gleichgewichts wiederherstellender Maßnahmen. Ohne solche Maßnahmen lässt sich das gesetzlich geregelte Ziel einer angemessenen Vergütung nicht verwirklichen. In Anbetracht des Fehlens eines funktionsfähigen Wettbewerbs muss der *wettbewerbsanaloge Preis* für die von den Leistungserbringern erbrachten Leistungen ermittelt werden. Die spezifische Funktion des Zwei-Stufen-Verfahrens besteht in der Bereitstellung der notwendigen Mittel für die Bestimmung einer wettbewerbsanalogen, d.h. angemessenen Vergütung der Leistungserbringer. Die vom Bundessozialgericht verlangte Kostenprüfung des Leistungserbringers findet ihre Parallele im Kartellrecht, das zur Bestimmung eines Preismissbrauchs durch einen marktbeherrschenden Nachfrager ebenfalls auf diese Methoden setzt. Im Einzelnen:

Das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG schützt das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am

Markt³⁰⁸. Art. 12 Abs. 1 GG umfasst auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen mit dem Interessenten auszuhandeln³⁰⁹. Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen³¹⁰. Das Grundrecht gewährleistet weder einen Anspruch auf gleichbleibende Wettbewerbsbedingungen noch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbschancen³¹¹.

Dementsprechend ist der Staat grundsätzlich nicht verpflichtet, für die Auskömmlichkeit der Marktteilnehmer zu sorgen. Art. 12 Abs. 1 GG schützt nur die Tätigkeit, die auf Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage gerichtet ist³¹². Das Grundrecht garantiert aber nicht, dass die berufliche Tätigkeit (hinreichend) auskömmlich ist und die Lebensgrundlage sichert. Die Bestimmung angemessener Preise für eine vertraglich geschuldete Leistung unterliegt dem freien Aushandeln der Vertragsparteien. Die Vereinbarung des geschuldeten Preises für eine Leistung gehört zum Kern der Privatautonomie und wird in der Regel dem Marktmechanismus überlassen. Es ist daher grundsätzlich nicht Aufgabe des Staates, vertraglich geregelte Bewertungs- und Preisfindungsmaßstäbe daraufhin zu überprüfen, ob sie zu einem angemessenen Preis führen³¹³.

Andere Maßstäbe gelten jedoch in Situationen struktureller Vertragsdisparität. Befindet sich ein Vertragspartner gegenüber einem anderen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit, die ihn daran hindert, seine grundrechtlich verbürgten Rechtspositionen auf Augenhöhe mit dem anderen Vertragspartner zu wahren und zu verteidigen, fällt dem Staat

³⁰⁸ Vgl. BVerfGE 32, 311 (317); 105, 252 (265 ff.); 106, 275 (298 f.), 113, 29 (48); 115, 205 (229); BVerfG, NVwZ 2012, 694 (698).

³⁰⁹ Vgl. BVerfGE 101, 331 (347); 117, 163 (181); 121, 317 (345); 134, 204 (222); BVerfG, NVwZ 2012, 694 (698 f.).

³¹⁰ Vgl. BVerfGE 105, 252 (265); 115, 205 (229); BVerfG, NVwZ 2012, 694 (698).

³¹¹ Vgl. BVerfGE 24, 236 (251); 34, 252 (256); 105, 252 (265); 106, 275 (299); 110, 274 (288); 116, 135 (152); 121, 317 (383); vgl. auch BVerfGE 143, 246 (343).

³¹² S. nur BVerfGE 116, 202 (226); 134, 204 (230).

³¹³ BVerfGE 134, 204 (230) mit Hinweis auf BGHZ 143, 128 (140).

die Aufgabe des Ausgleichs der Disparität zu, die eine Beschränkung der Grundrechte des „überlegenen“ Vertragspartners rechtfertigt. In einer solchen Situation gestörter Vertragsparität sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts korrigierende, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen erforderlich³¹⁴.

Ein solcher Fall gestörter Vertragsparität ist hier gegeben. Wie bereits dargelegt, besteht auf dem Markt der medizinischen Rehabilitation zwischen Rentenversicherungsträgern und Rehabilitationseinrichtungen ein strukturelles Ungleichgewicht³¹⁵. Auch das Bundessozialgericht geht von einem „Nachfragekartell“ aus, wenn die Leistungsträger – kraft gesetzlicher Ermächtigung – gemeinsam und einheitlich auftreten und Vergütungsvereinbarungen kollektiv mit einzelnen Leistungserbringern schließen³¹⁶. Die strukturelle Disparität der Vertragsparteien lässt ein faires, chancengleiches Aushandeln der Vergütung für die erbrachten Leistungen nicht erwarten. Das gesetzgeberische Konzept der freien Vereinbarung der Vergütung erweist sich als untauglich, weil ein funktionsfähiger Wettbewerb auf dem Markt nicht existiert. In Ermangelung eines funktionsfähigen Wettbewerbs scheidet der Wettbewerbspreis als Maßstab aus. In Anbetracht des Fehlens eines funktionsfähigen Wettbewerbs muss der *wettbewerbsanaloge Preis* für die Leistungen ermittelt werden. Die spezifische Funktion des Zwei-Stufen-Verfahrens besteht in der Bereitstellung der notwendigen Mittel für die Bestimmung des wettbewerbsanalogen Preises, d.h. einer angemessenen, leistungsgerechten Vergütung der Leistungserbringer.

Die vom Bundessozialgericht verlangte Prüfung der vom einzelnen Leistungserbringer veranschlagten Kosten dient der Sicherstellung seiner Auskömmlichkeit. Die Gewährleistung der Auskömmlichkeit des Leistungserbringers ist Folge der strukturellen Überlegenheit der kollektiv agierenden Leistungsträger, die entsprechende Schutzpflichten nach sich zieht. Indem das Bundessozialgericht durch das Erfordernis einer individuellen Kostenprüfung die wirtschaftlichen Grundlagen der Leistungserbringer zu sichern

³¹⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen unter D. V. 1.

³¹⁵ S. unter C. I. 1.

³¹⁶ BSGE 87, 199 (203).

sucht, kommt es seiner grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG nach. Die Kostenprüfung ist eine das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahme, die vom Bundesverfassungsgericht für den – hier vorliegenden – Fall gestörter Vertragsautonomie verlangt wird.

Durch den auf der zweiten Stufe vorzunehmenden Vergütungsvergleich mit anderen Leistungserbringern werden dagegen zuvörderst andere Ziele als die des Art. 12 Abs. 1 GG verfolgt. Durch den Vergütungsvergleich soll sichergestellt werden, dass Leistungserbringer nur die (erforderlichen) Kosten in Rechnung stellen (dürfen), die im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung anfallen. Etwaig auf Ineffizienzen beruhende Kosten sind nicht umlagefähig. Dies dient dem Interesse der Beitragssatzstabilität (s. im Bereich der Krankenversicherung § 71 SGB V)³¹⁷ bzw. der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (s. nur § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX)³¹⁸. Damit wird zugleich dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG entsprochen, der die Teilhabe am Wettbewerb nur nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen schützt.

Die nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts für die Bestimmung einer angemessenen, d.h. leistungsgerechten Vergütung gebotene Kostenprüfung des einzelnen Leistungserbringers entspricht kartellrechtlichen Grundsätzen. Wie bereits dargelegt, schützt das Kartellrecht vor dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowohl auf Angebots- als auch auf Nachfragemärkten. Auf Nachfragemärkten liegt ein Preismissbrauch vor, wenn die dem Lieferanten zugestandenen Preise nicht genügen, um seine Gestehungskosten für die von dem beherrschenden Unternehmen erworbenen Waren oder in Anspruch genommenen Dienstleistungen sowie eine (marktübliche) Gewinnmarge zu decken. Die Rentabilitätsgrenze des liefernden Unternehmens, die den zentralen Maßstab der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle bildet³¹⁹, findet ihre Entsprechung im

³¹⁷ Vgl. BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 35 f.

³¹⁸ Vgl. BSG, NJOZ 2016, 1417, 1420 mit weiteren Nachweisen.

³¹⁹ Vgl. hierzu bei Fn. 292.

ersten Element des Zwei-Stufen-Verfahrens, das die Auskömmlichkeit der Leistungserbringer zu sichern sucht.

Die Probleme, die in der Praxis bei der kartellrechtlichen Preishöhenkontrolle in Beschaffungsmärkten aufgrund der Möglichkeit der Nichtabnahme von Waren oder Dienstleistungen durch das marktbeherrschende Unternehmen existieren³²⁰, können in dieser Form im vorliegenden Zusammenhang nicht auftreten. Sowohl für den Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX³²¹ als auch für die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX³²² gilt ein (einseitiger) Kontrahierungszwang zulasten der Rentenversicherungsträger. Weiter verpflichten die Grundrechte der Rehabilitationseinrichtungen die Rentenversicherungsträger, sämtliche zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen bei der Belegung mit Versicherten chancengleich nach Maßgabe der gesetzlichen Auswahlkriterien (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 SGB IX) zu berücksichtigen³²³.

3. Keine Einwände gegen die Übertragbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens

a) Doppelfunktion der Kostenprüfung: Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Leistungserbringer und des Versorgungsauftrags der Leistungsträger

Gegen eine dogmatische Ableitung des Zwei-Stufen-Verfahrens aus grundrechtlichen Schutzpflichten könnte man einwenden, dass diese allein dem Schutz des unterlegenen Vertragspartners diene und dessen wirtschaftliche Grundlagen zu sichern suche. Demgegenüber stehe im Sozialversicherungsrecht nicht die Existenzgrundlage der Leistungserbringer,

³²⁰ Vgl. hierzu bei Fn. 297.

³²¹ S. unter B. I. 1.

³²² S. unter C. III.

³²³ Vgl. hierzu unter B. I. 4.

sondern die Funktionsfähigkeit der Versorgung der Versicherten mit Sozialversicherungsleistungen im Vordergrund.

Ein solcher Einwand verkennte jedoch den inneren Zusammenhang zwischen der Gewährleistung der wirtschaftlichen Grundlagen des Leistungserbringers und der Erfüllung des Sicherstellungs- und Versorgungsauftrags der Leistungsträger. Diese beiden Ziele stehen nicht im Widerspruch, sondern bedingen einander. Wie im Einzelnen dargelegt³²⁴, dient die gesetzliche Verpflichtung zu angemessener Vergütung gem. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX nicht nur den Leistungserbringern, sondern auch den Rehabilitationsträgern, die zur Verwirklichung ihres Sicherstellungs- und Versorgungsauftrags die Existenz und Funktionsfähigkeit der Leistungserbringer gewährleisten müssen. Ist die Auskömmlichkeit der Leistungserbringer nicht sichergestellt, ist eine ausreichende Zahl an Rehabilitationseinrichtungen und eine angemessene Qualität der Rehabilitationsleistungen nicht garantiert. Der Schutz der wirtschaftlichen Grundlagen der Leistungserbringer dient nicht nur diesen, sondern zugleich unmittelbar den Interessen der Rehabilitationsträger, die Adressaten des Sicherstellungsauftrags aus § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB IX sind. Der Anspruch auf angemessene Vergütung zielt sowohl auf den grundrechtlich gebotenen Schutz der Leistungserbringer als auch auf die Gewährleistung des Versorgungsauftrags, der den Rehabilitationsträgern obliegt.

Hieraus folgt, dass der Sicherung der Auskömmlichkeit des Leistungserbringers, der die Kostenprüfung des Leistungserbringers im Rahmen des Zwei-Stufen-Verfahrens dient, eine doppelte Funktion zukommt. Zum einen schützt die Kostenprüfung die wirtschaftlichen Grundlagen des Leistungserbringers. Der Staat kommt damit seinen grundrechtlichen Schutzpflichten nach, die sich aus der strukturellen Überlegenheit der kollektiv agierenden Leistungsträger ergeben. Zum anderen dient eine auskömmliche Vergütung der Leistungserbringer dem Sicherstellungs- und Versorgungsauftrag der Leistungsträger (vgl. § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Nehmen Rehabilitations-

³²⁴ S. unter D. I.

träger zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben Rehabilitationseinrichtungen in Anspruch, müssen sie deren Funktionsfähigkeit garantieren. Die Existenz und Funktionsfähigkeit der Leistungserbringer ist Voraussetzung für die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags der Rehabilitationsträger aus § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Beide Ziele stehen in einem untrennbaren Zusammenhang. Die Sicherstellung angemessener, d.h. auskömmlicher Vergütungssätze dient beiden Zielen.

b) Keine Übertragbarkeit aufgrund Wettbewerbsprinzips im Bereich medizinischer Rehabilitation Abhängigkeitskranker?

Die Anwendbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts auf den hier relevanten Bereich des SGB VI und SGB IX lässt sich nicht mit dem Hinweis darauf verneinen, dass im Bereich der medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker das Wettbewerbsprinzip gilt. Dies folgt bereits daraus, dass der Gesetzgeber auch in den Bereichen, in denen das Bundessozialgericht das Zwei-Stufen-Verfahren anwendet, auf das Wettbewerbskonzept setzt. Im Bereich der medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker nach dem SGB VI und SGB IX bestehen insoweit keine Unterschiede gegenüber dem Pflegesatzverfahren nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI, für das das Bundessozialgericht das Zwei-Stufen-Verfahren entwickelt hat.

Im Übrigen greift auch hier: Da die zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen bestehende strukturelle Disparität nicht erwarten lässt, dass auf dem Verhandlungsweg angemessene Vergütungssätze vereinbart werden, muss an die Stelle eines Wettbewerbspreises ein wettbewerbsanaloger Preis treten. Das Zwei-Stufen-Verfahren dient der Bestimmung dieses wettbewerbsanalogen Preises, d.h. angemessener Vergütungssätze.

c) Keine Übertragbarkeit aufgrund fehlenden Kontrahierungszwangs?

Schließlich steht der Anwendbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens auf die Ermittlung der angemessenen Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m.

§ 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX nicht entgegen, dass bei der konkreten Inanspruchnahme der Rehabilitationseinrichtungen (Belegung mit Versicherten, 3. Verfahrensstufe) kein Anspruch der Einrichtungen auf Belegung besteht³²⁵. Wie bereits dargelegt³²⁶, stößt die kartellrechtliche Preishöhenkontrolle in Beschaffungsmärkten auf praktische Durchsetzungsprobleme, weil ein marktbeherrschender Nachfrager die Abnahme von Waren oder Dienstleistungen verweigern und dadurch den Anbieter noch stärker als durch Preissmissbrauch treffen kann. Anders liegen die Dinge indes im Bereich der medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker. Sowohl für den Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX³²⁷ als auch für die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX³²⁸ gilt ein (einseitiger) Kontrahierungszwang zulasten der Rentenversicherungsträger. Weiter sind die Rentenversicherungsträger verpflichtet, sämtliche zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen bei der Belegung mit Versicherten chancengleich nach Maßgabe der gesetzlichen Auswahlkriterien (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 SGB IX) zu berücksichtigen³²⁹. Die Rentenversicherungsträger sind bei ihrer Auswahlentscheidung rechtlich nicht vollständig ungebunden. Sie müssen eine rechtlich gebundene (Ermessens-)Entscheidung treffen. Die Bestimmung angemessener Vergütungssätze trägt zur Konturierung dieser Entscheidung maßgeblich bei und flankiert und sichert den Anspruch der Leistungserbringer auf chancengleiche Berücksichtigung bei der Belegung ab.

4. Fazit

Das vom Bundessozialgericht für das Pflegesatzverfahren nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren ist auch für die Bestimmung angemessener Vergütungssätze i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4

³²⁵ S. unter B. I. 4.

³²⁶ Vgl. hierzu bei Fn. 297.

³²⁷ S. unter B. I. 1.

³²⁸ S. unter C. III.

³²⁹ Näher unter B. I. 4.

SGB IX anzuwenden³³⁰. Dies ergibt sich bereits aus der Übereinstimmung von § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI und § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX im Normtext und in der Normstruktur. Vor allem aber ist die Anwendung des Zwei-Stufen-Verfahrens im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten geschuldet, da es den grundrechtlichen Schutzauftrag konkretisiert, die dem Staat aufgrund der strukturellen vertraglichen Disparität zwischen kollektiv auftretenden Rehabilitationsträgern und einzelnen Rehabilitationseinrichtungen obliegt. In Anbetracht des Fehlens eines funktionsfähigen Wettbewerbs muss der *wettbewerbsanaloge Preis* für die von den Rehabilitationseinrichtungen erbrachten Leistungen ermittelt werden. Die spezifische Funktion des Zwei-Stufen-Verfahrens besteht in der Bereitstellung der notwendigen Mittel für die Bestimmung einer wettbewerbsanalogen, d.h. angemessenen Vergütung der Leistungserbringer. Die Kostenprüfung ist eine das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahme, die vom Bundesverfassungsgericht in Situationen gestörter Vertragsautonomie verlangt wird.

E. Ermittlung der angemessenen Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts

Nach dem vom Bundessozialgericht zur Ermittlung der angemessenen Vergütung stationärer und ambulanter Pflegeleistungen (§§ 84 Abs. 2 Satz 1, § 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI), für die Vergütung von Leistungen der häuslichen Krankenpflege (§§ 37, 132a SGB V) und für die Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen (§ 120 Abs. 2 SGB V) entwickelten Zwei-Stufen-Verfahren, das auch auf die Ermittlung der angemessenen Vergütungssätze i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation anzuwenden ist³³¹, ist die

³³⁰ Für eine Übertragung der vom BSG für den Bereich der Pflegeversicherung entwickelten Grundsätze auf die Ermittlung der Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Ergebnis auch *Kater*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB VI, 95. EL Juli 2017, § 15 Rn. 46, allerdings unter Rekurs auf die frühere Rechtsprechung des BSG (s. zu ihr unter D. IV. 1.).

³³¹ S. im Einzelnen unter D. IV. bis VI.

Vergütung durch eine Kostenprüfung (1. Stufe) und einen externen Vergütungsvergleich (2. Stufe) festzustellen³³². Auf der ersten Stufe sind die Kosten der Einrichtung für die erbachten Leistungen zu bestimmen (II.), die auf der zweiten Stufe einem externen Vergleich mit den Vergütungssätzen und Kosten anderer Einrichtungen zu unterziehen sind (III.). Die Durchführung des Zwei-Stufen-Verfahrens ist notwendig, bevor die ermittelte Vergütung jährlich fortgeschrieben werden kann (IV.). Voraussetzung sowohl für die Kostenprüfung als auch für den Kosten- und Vergütungsvergleich ist, dass die von der Rehabilitationseinrichtung zu erbringenden Leistungen in quantitativer und qualitativer Hinsicht feststehen (I.).

Hinter diesen Anforderungen des Zwei-Stufen-Verfahrens bleibt die Vergütungspraxis der Rehabilitationsträger sowohl im Hinblick auf die formellen Anforderungen (Kostenprüfung sowie Kosten- und Vergütungsvergleich) als auch in materiell-inhaltlicher Hinsicht (Vergütungshöhe) regelmäßig deutlich zurück³³³.

³³² Näher unter D. IV. 3. a).

³³³ Zur Vergütungspolitik der Rehabilitationsträger s. nur *CRBE/BDO*, Reha-Kliniken in Deutschland. Immobilien- und Investmentmarktbericht, 2015, S. 17 und 26: insbesondere zur intransparenten Ermittlungssystematik der Vergütungssätze der Rentenversicherungsträger; zur Überwälzung von Fahrtkosten durch die Krankenkassen auf die Leistungsträger entgegen § 60 Abs. 5 SGB V i.V.m. § 53 SGB IX; zu Vergütungssatzsteigerungen seitens der Krankenkassen und Rentenversicherungsträger unterhalb der Kostensteigerungsrate der Rehabilitationseinrichtungen; sowie generell zur Unterschreitung der notwendigen Kosten der Rehabilitationseinrichtungen durch die Vergütungssätze der Rehabilitationsträger; zur unzulässigen Überwälzung von Fahrtkosten der Versicherten durch die Krankenkassen auf die Rehabilitationseinrichtungen auch *Brosius-Gersdorf*, Übernahme von Fahrtkosten durch Rehakliniken – Zulässigkeit und Grenzen, Teil 1 und Teil 2, Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht, abrufbar unter <http://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-e1-2016/> und unter <http://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-e2-2016/>; eine Analyse der Vergütungssätze verschiedener Rentenversicherungsträger für das Jahr 2014 für Leistungen zur Rehabilitation Abhängigkeitskranker findet sich bei *Koch/Wessel*, Ein Gespenst geht um in Deutschland, 19.10.2016, S. 8 f. (abrufbar unter: <https://www.konturen.de/titelthema/titelthema-2-2016-suchtrehabilitation/ein-gespenst-geht-um-in-deutschland/>).

I. Konkrete Leistungsbeschreibung ist Voraussetzung für Kostenprüfung und Vergütungsvergleich

Sowohl die Kostenprüfung als auch der externe Kosten- und Vergütungsvergleich setzen voraus, dass die von der Rehabilitationseinrichtung zu erbringende Leistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht feststeht. Damit die Rehabilitationseinrichtung die mit der Leistung verbundenen Ist-Kosten differenziert nach Investitions-, Personal-, Sach- und Betriebskosten (sowie dem Unternehmergewinn) plausibel und nachvollziehbar dargulegen und nachweisen kann und die Rentenversicherungsträger diese Gestehungskosten der Einrichtung auf Schlüssigkeit und Plausibilität prüfen können (Kostenprüfung, 1. Stufe), muss die zu erbringende Leistung nach Inhalt, Umfang und Dauer bestimmt sein. Ebenso erfordert der auf der zweiten Stufe gebotene externe Vergleich der Ist-Kosten zzgl. kalkuliertem Gewinn der Einrichtung mit den Leistungsvergütungen vergleichbarer Einrichtungen (Vergütungsvergleich), dass die zu erbringende Leistung genau bestimmt ist; der gebotene Vergütungsvergleich setzt die Vergleichbarkeit der Leistung voraus.

1. Gesetzliche Anforderungen an die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation

Welche Anforderungen die nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu vergütenden Leistungen zur medizinischen Rehabilitation erfüllen müssen, ergibt sich in erster Linie aus dem Gesetz, d.h., aus den Bestimmungen des SGB VI und SGB IX über die Ziele, den Gegenstand und den Umfang der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Bereich der Rentenversicherung³³⁴.

Gem. § 9 Abs. 1 SGB VI müssen die Träger der Rentenversicherung die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation mit dem Ziel erbringen, den

³³⁴ Vgl. nur Köster, Das Leistungserbringungsrecht der medizinischen Rehabilitation, 2013, S. 178; Welti/Fuchs/Köster, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), Rechtsgutachten, 2007, S. 65.

Auswirkungen einer Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung auf die Erwerbsfähigkeit der Versicherten vorzubeugen, entgegenzuwirken oder sie zu überwinden (Nr. 1) und dadurch Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit der Versicherten oder ihr vorzeitiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben zu verhindern oder sie möglichst dauerhaft in das Erwerbsleben wiederinzugliedern (Nr. 2) (s. ergänzend [§ 7 Satz 1 SGB IX] die Teilhabe- bzw. Rehabilitationsziele der §§ 1, 4 Abs. 1, 26 Abs. 1 und 28 SGB IX).

Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI umfassen stationäre Leistungen zur medizinischen Rehabilitation die erforderliche Unterkunft und Verpflegung. Sie müssen in Einrichtungen erbracht werden, die unter ständiger ärztlicher Verantwortung und unter Mitwirkung von besonders geschultem Personal betrieben werden (Ausnahme in § 15 Abs. 2 Satz 2 SGB VI). Gem. § 15 Abs. 3 Satz 1 SGB VI sollen stationäre Leistungen zur medizinischen Rehabilitation für längstens drei Wochen erbracht werden (Satz 1). Wenn es erforderlich ist, um das Rehabilitationsziel zu erreichen, ist auch ein längerer Zeitraum erlaubt (§ 15 Abs. 3 Satz 2 SGB VI). § 15a SGB VI normiert spezielle Anforderungen an Leistungen zur Kinderrehabilitation. § 17 SGB VI regelt Nachsorgeleistungen der Rentenversicherungsträger im Anschluss an von ihnen erbrachte Teilhabeleistungen. Leistungsausschlüsse enthalten §§ 13 Abs. 2 und 3 und 15 Abs. 1 Satz 2 SGB VI.

Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB VI erbringen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation Leistungen nach den §§ 26 bis 31 SGB IX, mit Ausnahme von Leistungen nach § 26 Abs. 2 Nr. 2 und § 30 SGB IX (Früherkennung und Frühförderung). Gem. § 26 Abs. 2 SGB IX (s. auch § 29 Abs. 1 SGB I) umfassen die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation insbesondere: eine Behandlung durch Ärzte, Zahnärzte und Angehörige anderer Heilberufe, soweit deren Leistungen unter ärztlicher Aufsicht oder auf ärztliche Anordnung ausgeführt werden, einschließlich der Anleitung, eigene Heilungskräfte zu entwickeln (Nr. 1); Arznei- und Verbandmittel (Nr. 3); Heilmittel einschließlich physikalischer, Sprach- und Beschäftigungstherapie (Nr. 4); Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung (Nr. 5); Hilfsmittel (Nr. 6); sowie Belastungserprobung und Arbeitstherapie (Nr. 7). Bestandteil

der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sind dabei auch medizinische, psychologische und pädagogische Hilfen, soweit sie im Einzelfall erforderlich sind, um die Ziele des § 26 Abs. 1 SGB IX zu erreichen oder zu sichern und Krankheitsfolgen zu vermeiden, zu überwinden, zu mindern oder ihre Verschlimmerung zu verhüten (§ 26 Abs. 3 SGB IX). Hierzu zählen nach § 26 Abs. 3 SGB IX insbesondere Hilfen zur Unterstützung bei der Krankheits- und Behinderungsverarbeitung (Nr. 1); Aktivierung von Selbsthilfepotentialen (Nr. 2); mit Zustimmung der Leistungsberechtigten Information und Beratung von Partnern und Angehörigen sowie von Vorgesetzten und Kollegen (Nr. 3); Vermittlung von Kontakten zu örtlichen Selbsthilfe- und Beratungsmöglichkeiten (Nr. 4); Hilfen zur seelischen Stabilisierung und zur Förderung der sozialen Kompetenz, unter anderem durch Training sozialer und kommunikativer Fähigkeiten und im Umgang mit Krisensituationen (Nr. 5); Training lebenspraktischer Fähigkeiten (Nr. 6); sowie Anleitung und Motivation zur Inanspruchnahme von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (Nr. 7).

Aus § 9 Abs. 1 SGB IX ergibt sich, dass Leistungen zur medizinischen Rehabilitation so erbracht werden müssen, dass berechtigten Wünschen der Leistungsberechtigten entsprochen werden kann, die sich insbesondere aus ihrer persönlichen Lebenssituation, ihrem Alter, ihrem Geschlecht, ihrer familiären Situation und ihrer religiösen und weltanschaulichen Bedürfnisse ergeben können (s. auch § 33 SGB I). Nach § 9 Abs. 3 SGB IX müssen die Rehabilitationsleistungen und -einrichtungen so beschaffen sein, dass sie den Leistungsberechtigten möglichst viel Raum zu eigenverantwortlicher Gestaltung ihrer Lebensumstände lassen und ihre Selbstbestimmung fördern. Ergänzend sind nach § 33 Satz 1 SGB I bei der Leistungserbringung der Bedarf und die Leistungsfähigkeit des Leistungsberechtigten zu berücksichtigen.

Die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags der Rentenversicherungsträger aus § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB IX erfordert, dass eine ausreichende Zahl an Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen keine Zugangs- und Kommunikationsbarrieren aufweisen (s. auch § 20 Abs. 1 SGB IX). Zudem müssen neben ambulanten und stationären Rehabilitationseinrichtungen und -diensten auch teilstationäre und betriebliche Angebote bereitstehen

(s. § 15 Abs. 2 und 3 SGB VI, §§ 19 Abs. 2, 21 Abs. 3 Satz 2 SGB IX). Rehabilitationseinrichtungen müssen nach ihrer sächlichen und personellen Ausstattung die gemeinsame Betreuung behinderter und nichtbehinderter Kinder ermöglichen (§ 19 Abs. 3 SGB IX).

§ 20 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet sämtliche Rehabilitationseinrichtungen zu einem Qualitätsmanagement; stationäre Einrichtungen müssen sich an dem Zertifizierungsverfahren nach § 20 Abs. 2a SGB IX beteiligen (§ 20 Abs. 2 Satz 2 SGB IX).

Sämtliche Kosten für die Erfüllung dieser gesetzlichen Anforderungen an Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sind im Rahmen der angemessenen Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu berücksichtigen.

2. Vertragliche Anforderungen an die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation

Mit diesen gesetzlichen Regelungen über die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sind deren Art und Umfang allerdings nur rahmenartig definiert. Zudem hat der Gesetzgeber die zur medizinischen Rehabilitation zu erbringenden Leistungen nicht abschließend festgelegt³³⁵, sondern nur beispielhaft aufgezählt (s. § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB VI i.V.m. § 26 Abs. 2 SGB IX: „insbesondere“). Gesetzliche Bestimmungen, aus denen hervorgeht, welche konkreten Leistungen in welchem Maße für welche Patientengruppen mit welchen Krankheitsbildern, Indikationen (z.B. Abhängigkeitserkrankungen)³³⁶ sowie besonderen medizinischen und persönlichen Bedarfen zu erbringen sind, fehlen.

³³⁵ S. nur *Günniker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, SGB VI, Kommentar, 1. Band, Lfg. 4/12 – X/12, § 13 Rn. 3; *Kater*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB VI, 95. EL Juli 2017, § 15 Rn. 5, 21.

³³⁶ Zu den Indikationen, die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation erfordern können, detailliert *Wurm*, in: Jahn (Hrsg.), SGB IX, Kommentar, Bearbeitungsstand: 30.12.2015, § 15 Rn. 4b.

Es bedarf daher einer näheren Leistungsbeschreibung durch die Rentenversicherungsträger, damit feststeht, welche konkreten Leistungen die Rehabilitationseinrichtungen in quantitativer und qualitativer Hinsicht zu erbringen haben. Die Rentenversicherungsträger müssen wesentliche Leistungsmerkmale wie den zu versorgenden Personenkreis, Ziel, Art, Umfang und Qualität der Rehabilitationsleistungen, Eckpunkte der erforderlichen sächlichen und personellen Ausstattung der Einrichtung sowie ggf. Anforderungen an die betriebsnotwendigen Anlagen des Leistungserbringers festlegen³³⁷. Die Notwendigkeit einer die gesetzlichen Vorgaben konkretisierenden Leistungsbestimmung durch die Rentenversicherungsträger ergibt sich nicht nur aus § 21 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB IX, der die Rehabilitationsträger verpflichtet, in den Versorgungsverträgen mit den Leistungserbringern insbesondere einheitliche Regelungen über Qualitätsanforderungen an die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal und die begleitenden Fachdienste vorzusehen³³⁸. Die Erforderlichkeit der näheren Leistungsbeschreibung ergibt sich auch aus dem vom Bundessozialgericht geforderten Zwei-Stufen-Verfahren zur Ermittlung der angemessenen Vergütung, das nicht durchgeführt werden kann, ohne dass die zu erbringende Leistung konkret feststeht. Sowohl die Kostenprüfung als auch der Vergütungsvergleich setzen voraus, dass die von der Rehabilitationseinrichtung zu erbringende Leistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht im Einzelnen bestimmt ist³³⁹. Eine Konkretisierung der gesetzlichen Leistungsanforderungen ist erforderlich, damit die angemessene Vergütung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX im Wege des Zwei-Stufen-Verfahrens ermittelt werden kann³⁴⁰.

³³⁷ Entsprechende Anforderungen sieht § 76 Abs. 1 SGB XII vor; s. auch das zum 1.1.2018 in Kraft tretende Vertragsrecht für die Eingliederungshilfe, insbesondere §§ 124 Abs. 2, 125 Abs. 2 BTHG.

³³⁸ Diesen Anforderungen sind die Rehabilitationsträger bislang nicht nachgekommen, s. unter B. I. 2.

³³⁹ S. bereits unter E. I.

³⁴⁰ Von der Notwendigkeit einer Konkretisierung der gesetzlichen Leistungsbeschreibung durch die Rehabilitationsträger im Versorgungsvertrag gehen im Ergebnis auch aus *Fuchs*, in: *Fuchs/Hirsch/Ritz* (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 32; *Kingreen*, *Die Verträge zur Ausführung von medizinischen Rehabilitationsleistungen im Bereich der*

Ob die gesamte Leistungsbeschreibung in den Versorgungsvertrag nach § 21 Abs. 1 SGB IX gehört oder Einzelheiten der Leistungsbestimmung im Vergütungsvertrag stehen können, soll dahinstehen. Für die Aufnahme der wesentlichen Leistungsmerkmale in den Versorgungsvertrag spricht, dass die zu erbringende Leistung feststehen muss, um die angemessene Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ermitteln zu können.

In welcher Form und Dichte die Rentenversicherungsträger die gesetzlichen Leistungsanforderungen konkretisieren, liegt – innerhalb des gesetzlichen Rahmens – grundsätzlich in ihrer Gestaltungsfreiheit. Ihnen kommt bei der Spezifizierung der gesetzlichen Rehabilitationsziele und -leistungsanforderungen ein großer Gestaltungsspielraum zu. Denkbar ist eine erfolgsbezogene Festlegung der von den Rehabilitationseinrichtungen zu erbringenden Rehabilitationsleistungen anhand der zu erreichenden Rehabilitationsziele (s. § 9 Abs. 1 SGB VI, §§ 1, 4 Abs. 1, 26 Abs. 1 und 28 SGB IX), die die hierfür im Einzelnen notwendigen Leistungen sowie entsprechenden Personal- und Sachmittel im Detail offen lässt. Ebenso möglich erscheint aber auch eine leistungsbezogene Bestimmung des Rehabilitationsauftrags der Leistungserbringer, die die einzelnen Rehabilitationsleistungen und hierfür notwendigen Personal- und Sachaufwendungen detailliert festlegt. Fest steht: Je präziser die Rentenversicherungsträger die zu erbringenden Leistungen nach Art, Inhalt, Umfang und Dauer festlegen, desto leichter gelingt die Kostendarstellung und -prüfung auf der ersten Stufe des Zwei-Stufen-Verfahrens und desto besser gelingt der auf der zweiten Stufe gebotene externe Vergleich der Ist-Kosten der Rehabilitationseinrichtungen mit den Kosten vergleichbarer Einrichtungen.

Die Träger der Rentenversicherung haben die gesetzlichen Anforderungen an die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation – anders als die Krankenkassen – in einer Vielzahl von Vereinbarungen, Rahmenkonzepten, Leitfäden, Empfehlungen und Standards konkretisiert. Für

gesetzlichen Rentenversicherung, Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft Medizinische Rehabilitation SGB IX, Mai 2010, S. 30; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Gutachten 2014, S. 81 f.

den Bereich der Leistungen zur stationären medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker sind insbesondere zu nennen:

- die Vereinbarung „Abhängigkeitserkrankungen“ vom 4. Mai 2001 über die Zusammenarbeit der Krankenkassen und Rentenversicherungsträger bei der medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker³⁴¹. Deren Anlagen 1 bis 4 beinhalten detaillierte Anforderungen an Einrichtungen, die (ambulante bzw.) stationäre Entwöhnungsbehandlungen durchführen. Zu diesen Anforderungen gehören für die Durchführung stationärer medizinischer Leistungen zur Rehabilitation (Anlage 2) u.a. ein wissenschaftlich begründetes Therapiekonzept; die Beteiligung an Qualitätssicherungsprogrammen; die Beschäftigung von qualifizierten und erfahrenen Ärzten, Psychotherapeuten oder Psychologen, Sozialarbeitern bzw. -pädagogen sowie Ergotherapeuten, Arbeitserziehern oder anderen Mitarbeiter mit vergleichbarer Qualifikation; die Beschäftigung eines ärztlichen Leiters; regelmäßige Fortbildungen und Supervisionen; sowie die Durchführung von Gruppen- und Einzeltherapien mit bestimmter Gruppenstärke in Abhängigkeit von der Art der Abhängigkeitserkrankung.
- Gemeinsamer Leitfaden der Deutschen Rentenversicherung und der Gesetzlichen Krankenversicherung zur Erstellung und Prüfung von Konzepten ambulanter, ganztägig ambulanter und stationärer Einrichtungen zur medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker vom 23. September 2011³⁴². Der Leitfaden konkretisiert die Rehabilitationsziele für Entwöhnungs- und Entzugsbehandlungen und verlangt für die Durchführung medizinischer Rehabilitation u.a., dass die jeweilige Rehabilitationseinrichtung ein wissenschaftlich begründetes Rehabilitationskonzept vorlegt, eine bestimmte personelle und räumliche Ausstat-

³⁴¹ Abrufbar unter: http://www.deutsche-rentenversicherung.de/cae/servlet/contentblob/265920/publicationFile/62744/vereinbarungen_im_suchtbereich.pdf

³⁴² Abrufbar unter: http://www.deutsche-rentenversicherung.de/cae/servlet/contentblob/265920/publicationFile/62744/vereinbarungen_im_suchtbereich.pdf

tung vorhält, Qualitätssicherungsmaßnahmen ergreift, über ein Notfallmanagement verfügt und regelmäßige Fortbildungen sowie Supervisionen durchführt.

- Gemeinsame Rahmenkonzepte der Deutschen Rentenversicherung und der Gesetzlichen Krankenversicherung³⁴³. Sie formulieren konzeptionelle und organisatorische sowie teilweise personelle und strukturelle Anforderungen an unterschiedliche Leistungsformen und Behandlungsmodule in der medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker, u.a. für die ganztägig-ambulante Rehabilitation, die ambulante Rehabilitation, die ambulante Nachsorge, die Kombinationsbehandlung sowie die ambulante bzw. ganztägig ambulante Fortführung der Rehabilitation mit und ohne Verkürzung der stationären Phase.
- Anforderungen der Deutschen Rentenversicherung an die Strukturqualität von Reha-Einrichtungen (Stand: 2. Aufl. Juli 2014), welche die Einrichtungen erfüllen müssen (belegungsrelevante Merkmale), sollen (strukturelevante Merkmale) oder können (zuweisungsrelevante Merkmale). Für die Indikation Abhängigkeitserkrankungen sind differenziert nach Alkohol-, Medikamenten- und Drogensucht u.a. detaillierte Vorgaben für die Zahl der zu beschäftigenden Ärzte, Therapeuten, Pflegekräfte, Sozialarbeiter und weiteren Mitarbeiter vorgesehen. Außerdem werden Anforderungen an Barrierearmut, interne Kommunikation, Qualitätsmanagement und Personalentwicklung definiert, räumliche sowie medizinisch-technische Vorkehrungen verlangt und die Verpflegung der Rehabilitanden spezifiziert.

³⁴³ Jeweils abrufbar unter: http://www.deutsche-rentenversicherung.de/cae/servlet/contentblob/265920/publicationFile/62744/vereinbarungen_im_suchtbereich.pdf

- Empfehlungen zur Stärkung des Erwerbsbezugs in der medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker vom 14. November 2014, erarbeitet von der gemeinsamen Arbeitsgruppe Berufliche Orientierung in der medizinischen Rehabilitation Abhängigkeitskranker (BORA)³⁴⁴.
- Instrumente und Verfahren zur Reha-Qualitätssicherung (QS)³⁴⁵, welche die Deutsche Rentenversicherung zur ständigen Verbesserung der Leistungen zur medizinischen und beruflichen Rehabilitation einsetzt; dazu zählen das Peer Review-Verfahren, die Rehabilitandenbefragung, die Strukturerhebung, die indikationsbezogenen Reha-Therapiestandards, die Klassifikation therapeutischer Leistungen (KTL) sowie Visitationen. Bei Unterschreitung bestimmter Schwellenwerte zu den einzelnen Indikatoren kann ein strukturierter Qualitätsdialog in Gang gesetzt werden, in dem Rehabilitationseinrichtungen und Rentenversicherungsträger auffällige Qualitätsergebnisse klären und ggf. Vereinbarungen treffen, um Verbesserungen zu erzielen.

Fest steht: Die Kosten, die mit der Erbringung der gesetzlich festgeschriebenen und von den Rentenversicherungsträgern näher beschriebenen Leistungen zur medizinischen Rehabilitation bei Abhängigkeitserkrankungen verbunden sind, müssen die Rentenversicherungsträger nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts vollständig vergüten³⁴⁶. Die Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2

³⁴⁴ Abrufbar unter: https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/3_Infos_fuer_Experten/01_sozialmedizin_forschung/downloads/konzepte_systemfragen/konzepte/gemeinsame_empfehlung_BORA_2014.html

³⁴⁵ Abrufbar unter: https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Navigation/3_Infos_fuer_Experten/01_Sozialmedizin_Forschung/02_reha_qualitaetssicherung/reha_qualitaetssicherung_index_node.html

³⁴⁶ Im Ergebnis ebenso, allerdings ohne Rekurs auf das Zwei-Stufen-Verfahren des BSG, *Isensee*, VSSR 1995, 321 (341), der bezogen auf die Vergütung nach § 111 Abs. 5 SGB V annimmt, dass die Vergütung nur dann angemessen ist, wenn sie bei einer ordnungsgemäß geführten Einrichtung die Kosten der Leistungen deckt und die Möglichkeit des Gewinns offenhält; *Quaas*, in: *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2014, § 27 Rn. 127. Anderer Ansicht *Schneider*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch, SGB IX, Kommentar*, 1. Band, 16. EL VIII/07, § 21 Rn. 10, dessen Meinung nach sich die angemessene Vergütung für Teilhabeleistungen nicht nach den Aufwendungen des Leistungserbringers, sondern nach dem Marktpreis bestimmt, was der früheren Rechtsprechung des BSG entspricht (s. zu dieser unter D. IV. 1.). Dazu, dass Maßstab für die Angemessenheit der Ver-

Nr. 4 SGB IX muss sämtliche gesetzlich und vertraglich bedingten notwendigen Kosten (zzgl. eines angemessenen Gewinns) decken. Eine angemessene Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX erfordert, dass die Rentenversicherungsträger sämtliche Gesteuerungskosten der Rehabilitationseinrichtungen für die von ihnen erbrachten Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zzgl. Gewinn vergüten, die sich im Vergleich mit der Vergütung anderer Einrichtungen, die gleiche Leistungen erbringen, als wirtschaftlich angemessen erweisen.

II. Erste Stufe: Kostenprüfung

1. Gesteuerungskosten

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. Hierzu bedarf es einer plausiblen und nachvollziehbaren Darlegung der voraussichtlichen Gesteuerungskosten durch die Einrichtung. Die voraussichtlichen Gesteuerungskosten müssten plausibel und nachvollziehbar sein, also die Kostenstruktur der Einrichtung erkennen lassen und eine Beurteilung seiner Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit im Einzelfall zulassen. Anderenfalls ist die Vergütungsforderung nicht hinreichend belegt. Deshalb hat die Einrichtung zunächst geeignete Nachweise beizubringen; die Vorlage einer reinen Kostenkalkulation ohne weitere An-

gütung die gesetzlichen und versorgungsvertraglich definierten Leistungsziele, Leistungsinhalte und qualitativen Anforderungen an die Leistungsausführung sind, *Fuchs*, in: *Fuchs/Hirsch/Ritz* (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 21 Rn. 32; ebenso *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. 30; gleichsinnig *Busch*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol* (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar*, 3. Aufl. 2015, § 35 Rn. 20.

gaben reicht in aller Regel nicht aus. Die Kostenkalkulation ist vielmehr hinreichend zu belegen und muss tatsächlich nachvollziehbar sein³⁴⁷. Die weitreichenden Offenbarungspflichten des Leistungserbringers sind nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sozialrechtlich legitimiert³⁴⁸.

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 entstehen³⁴⁹, insbesondere Personal- und Sachkosten³⁵⁰ sowie Betriebs- und Investitionskosten³⁵¹.

Diese kalkulierten Kosten sind von dem Leistungsträger auf Schlüssigkeit und Plausibilität zu prüfen; ist dies anhand der vom Einrichtungsträger eingereichten Unterlagen nicht möglich, ist dem Einrichtungsträger die Möglichkeit der Nachbesserung einzuräumen. Das Gleiche gilt für (im SGB VI nicht vorgesehene) Schiedsstellenverfahren³⁵².

Eine Kostenprüfung durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer trägt zur Transparenz und damit zur Nachvollziehbarkeit der Kostenkalkulation bei und reduziert zudem den Prüfungsaufwand im Rahmen des Vergütungsvergleichs mit anderen Rehabilitationseinrichtungen³⁵³.

³⁴⁷ Hierzu insgesamt grundlegend BSGE 102, 227 (238 f.).

³⁴⁸ Grundlegend BSGE 102, 227 (239); s. auch BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 55; vgl. hierzu bereits bei und in Fn. 193.

³⁴⁹ Vgl. LSG Hamburg, BeckRS 2016, 74390 Rn. 55.

³⁵⁰ Vgl. LSG Hamburg, BeckRS 2016, 74390 Rn. 55.

³⁵¹ Zu den Personal- und Sachkosten von Rehabilitationseinrichtungen bezogen auf die Jahre 2017 und (prognostisch) 2018 *Borges/Zimolong/Radtke/Werner*, Gutachten zur aktuellen und perspektivischen Situation der Einrichtungen im Bereich der medizinischen Rehabilitation, Neuauflage 2017, S. 6 ff.

³⁵² BSGE 102, 227 (246); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 65; siehe auch BSG, NJOZ 2016, 1417 (1420 f.).

³⁵³ S. dazu noch unter E. III.

2. Hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung als Grundlage und Voraussetzung für Kostenprüfung

Eine wirksame Kostenprüfung setzt ebenso wie der Vergütungsvergleich³⁵⁴ voraus, dass die von der Rehabilitationseinrichtung zu erbringende Leistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht feststeht. Die Kostenprüfung erfolgt nach Maßgabe der gesetzlichen und vertraglichen Anforderungen an die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation³⁵⁵. Rehabilitationseinrichtungen dürfen daher sämtliche Kosten in Rechnung stellen, die zur Erfüllung der gesetzlichen und vertraglichen Pflichten erforderlich sind. Der den Leistungsträgern obliegenden Leistungsbeschreibung kommt für die Kostenprüfung eine Schlüsselfunktion zu. Nur wenn die Rentenversicherungsträger die wesentlichen Leistungsmerkmale wie den zu versorgenden Personenkreis, Ziel, Art, Umfang und Qualität der Rehabilitationsleistungen, Eckpunkte der erforderlichen sächlichen und personellen Ausstattung der Einrichtung soweit ggf. Anforderungen an die betriebsnotwendigen Anlagen des Leistungserbringers (z.B. vertraglich) fixieren³⁵⁶, ist eine wirksame Kostenprüfung der Rehabilitationseinrichtung möglich.

3. Wirtschaftlichkeitsprüfung bei der Bestimmung notwendiger Ist-Kosten

Die auf der ersten Stufe zu leistende Kostenprüfung dient zunächst der Ermittlung der Ist-Kosten der mit der Durchführung der Rehabilitationsleistung betrauten Einrichtung. Da die Leistungen der Rehabilitationseinrichtungen aus öffentlichen Mitteln finanziert werden und deshalb nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auszuführen sind (s. nur § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX), unterliegen die Ist-Kosten dem Wirtschaftlichkeitsvorbehalt. Sie müssen vor dem Gebot der Wirtschaftlichkeit Bestand haben. Die Ist-Kosten der jeweiligen Einrichtung bilden daher

³⁵⁴ S. noch unter E. III.

³⁵⁵ Hierzu im Einzelnen unter E. I.

³⁵⁶ Dazu im Einzelnen unter E. I.

nicht die Untergrenze der Vergütung³⁵⁷. Sie dürfen nur dann als Grundlage für die Berechnung angemessener Vergütungssätze herangezogen werden, wenn sie dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX genügen³⁵⁸. Nur dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechende Kosten sind berücksichtigungsfähig.

Dem Wirtschaftlichkeitsgebot ist bei der Prüfung beider Stufen im Rahmen des Zwei-Stufen-Verfahrens Rechnung zu tragen. In erster Linie ist es Aufgabe des externen (Vergütungs- und Kosten-)Vergleichs, die Unwirtschaftlichkeit einzelner Leistungserbringer zu ermitteln. Der Nachweis unwirtschaftlicher Betriebsführung lässt sich jedoch nicht nur im Wege des Vergleichs mit anderen Rehabilitationseinrichtungen erbringen. Auch bei der Prüfung der einzelnen Einrichtung können sich Anhaltspunkte für eine unwirtschaftliche Betriebsführung ergeben³⁵⁹. Kosten, die bei wirtschaftlichem Betrieb der Einrichtung nicht angefallen wären, dürfen bei der Bestimmung angemessener Vergütungssätze keine Berücksichtigung finden. Ein gegebenenfalls auf der zweiten Stufe vorzunehmender externer Vergleich bestätigt dann nur noch das auf der ersten Stufe gefundene Prüfungsergebnis.

4. Notwendigkeit der Ermittlung der Gestehungskosten aller Leistungserbringer

Das vom Bundessozialgericht entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren bezieht sich auf konkrete Leistungserbringer, deren verlangte Vergütungssätze durch Kostenprüfung der einzelnen Einrichtung und durch externen Vergütungs- bzw. Kostenvergleich mit anderen Einrichtungen zu verifizieren sind. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bezieht sich auf Vergütungssätze bestimmter Leistungserbringer. Dementsprechend verlangt das

³⁵⁷ Schiedsstelle zur Festsetzung der Entgelte für Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen im Land Nordrhein-Westfalen nach § 111b SGB V, Festsetzungsbeschluss vom 14.07.2016 – Verf.-Nr. 01/2015, KrV 2016, 164, 166.

³⁵⁸ Vgl. bereits *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (371, 373).

³⁵⁹ Vgl. hierzu Schiedsstelle zur Festsetzung der Entgelte für Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen im Land Nordrhein-Westfalen nach § 111b SGB V, Festsetzungsbeschluss vom 14.07.2016 – Verf.-Nr. 01/2015, KrV 2016, 164 (166 f.).

Gericht auf der ersten Stufe nur die Prüfung der Gestehungskosten der einzelnen Einrichtung.

Bei Lichte betrachtet bedarf es indes einer Ermittlung der Gestehungskosten aller Leistungserbringer. Dies folgt daraus, dass nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in Fällen, in denen sich Leistungserbringer und Leistungsträger über die angemessene Vergütung nicht einigen können, die Vergütung nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Verfahrens zu ermitteln ist. Da es dem Leistungsträger obliegt sicherzustellen, dass der Leistungserbringer eine auskömmliche Vergütung erhält, weil nur dann der Versorgungsauftrag des Trägers (§ 19 Abs. 1 SGB IX) erfüllt werden kann, muss der Träger das Zwei-Stufen-Verfahren für jeden einzelnen Leistungserbringer anwenden. Das Zwei-Stufen-Verfahren ist daher unabhängig von Konflikten zwischen Leistungsträger und -erbringer durchzuführen.

Darüber hinaus bezieht sich auch der auf der zweiten Stufe vorzunehmende externe Vergleich auf die Kosten der einzelnen Leistungserbringer. Der vom Bundessozialgericht geforderte Vergütungsvergleich erfordert bei näherer Betrachtung einen Vergleich der Kosten der verschiedenen Rehabilitationseinrichtungen³⁶⁰.

5. Berücksichtigungsfähigkeit des Risikos der Nicht-Belegung

Ungeklärt ist bislang, ob und inwieweit das Risiko der Rehabilitationseinrichtungen, von den Rentenversicherungsträgern nicht mit Versicherten belegt zu werden (Risiko der Nicht-Inanspruchnahme auf der dritten Verfahrensstufe³⁶¹) im Rahmen der Kostenprüfung zu berücksichtigen ist. Die Kosten der Einrichtungen werden maßgeblich durch die Auslastungsquote bestimmt. Einrichtungen, die über eine hohe Auslastung verfügen, haben insbesondere wegen geringerer Überkapazitäten (Personal, Räume, Sachmittel etc.) sowie wegen des Skaleneffekts geringere Kosten (je Versichertem) als Einrichtungen mit geringerer Auslastung. Während die Kliniken der Rentenversicherungsträger regelmäßig eine hohe Auslastung aufweisen, sind

³⁶⁰ S. näher unter E. III.

³⁶¹ Hierzu im Einzelnen unter B. I. 4. und B. II. 1.

die privaten Rehabilitationseinrichtungen im geringeren Maße ausgelastet³⁶².

Fraglich ist, ob und inwieweit das Risiko der Nicht-Inanspruchnahme der Leistungsträger bei der Kostenprüfung zu berücksichtigen ist. Die Antwort auf diese Frage wird man aus den Zielen ableiten müssen, die der gesetzlichen Verpflichtung zur angemessenen Vergütung der Rehabilitationseinrichtungen (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX) zugrunde liegen. Zentrales Anliegen der gesetzlichen Vergütungsverpflichtung ist die Gewährleistung des Versorgungs- und Sicherstellungsauftrags der Rentenversicherungsträger (§ 19 Abs. 1 SGB IX). Die ebenfalls zu garantierende Auskömmlichkeit der Leistungserbringer ist funktional auf die Verwirklichung dieses Auftrags bezogen und begrenzt. Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Leistungserbringer bietet keinen weitergehenden Schutz, weil es die Teilhabe am Wettbewerb nur nach Maßgabe der Funktionsbedingungen des Markts schützt. Der Markt besteht aus dem jeweils anfallenden Versorgungsbedarf. Die Auskömmlichkeit der Leistungserbringer ist nur so weit zu gewährleisten, als es zur Erfüllung des Versorgungsauftrags der Leistungsträger erforderlich ist.

Dies gilt umso mehr, als die Rehabilitationseinrichtungen einen Anspruch auf Zulassung zur Versorgung durch Vertrag nach § 21 SGB IX haben (Kontrahierungszwang zulasten der Rentenversicherungsträger), und zwar unabhängig von dem bestehenden Versorgungsbedarf³⁶³. Es kann daher zu einem Überangebot an Leistungserbringern kommen, ohne dass die Ren-

³⁶² *Bundesrechnungshof*, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2009, S. 131: Die privat betriebenen Rehabilitationskliniken waren im Jahr 2007 durchschnittlich zu weniger als 80% ausgelastet. Die Reha-Zentren der Deutschen Rentenversicherung Bund waren dagegen im Jahr 2007 durchschnittlich zu 97,5% ausgelastet. S. 132: Die trägereigenen Kliniken der Deutschen Rentenversicherung Bund haben den Wettbewerbsvorteil, infolge der vorrangigen Belegung besser ausgelastet zu sein.

³⁶³ S. unter B. I. 1.

tenversicherungsträger hierauf Einfluss nehmen können. Das Fehlbelegungsrisiko ist deswegen prinzipiell von den Leistungserbringern und nicht von den Leistungsträgern zu tragen.

Aus diesen Gründen ist das Risiko der Nicht-Inanspruchnahme bei der Kostenprüfung nur in dem Maße zu berücksichtigen, als zur Sicherstellung des Versorgungsauftrags der Leistungsträger Überkapazitäten notwendig sind. Das zu berücksichtigende Fehlbelegungsrisiko bestimmt sich aus der Perspektive des Systems, also des gesamten Versorgungsbedarfs, und nicht aus der Sicht des einzelnen Leistungserbringers. Ein gewisses Überangebot an Rehabilitationseinrichtungen bzw. -plätzen dürfte angesichts der Volatilität, Variabilität und Flexibilität des Rehabilitationsbedarfs (z.B. wegen nur bedingt prognostizierbarem Fallaufkommen, der Nichtantritts- und der Abbruchquote insbesondere im Bereich der Suchterkrankungen) erforderlich sein. Das konkret erforderliche Überangebot muss der Leistungsträger benennen, damit es als Vergütungsfaktor im Rahmen der Kostenprüfung berücksichtigt werden kann. Bei der Bemessung des notwendigen Überangebots an Rehabilitationseinrichtungen muss der Leistungsträger insbesondere sicherstellen, dass mittels der vorhandenen Einrichtungen berechtigten Wünschen der Leistungsberechtigten (§ 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX; § 33 Satz 2 SGB I) und den Vorgaben des § 19 Abs. 4 SGB IX im Hinblick auf die zu wahrende Vielfalt der Träger von Rehabilitationsdiensten oder -einrichtungen entsprochen werden kann. Zur Abdeckung des entsprechenden Fehlbelegungsrisikos kann ein Wagniszuschlag als Teil der Kapitalverzinsung zur Anwendung kommen³⁶⁴.

6. Kapitalverzinsung

Zu den Gestehungskosten gehört auch die kalkulierte Verzinsung des eingesetzten Kapitals unter Berücksichtigung des Unternehmensrisikos³⁶⁵. Ebenso wie für andere privatwirtschaftlich agierende Unternehmen muss

³⁶⁴ Näher bei Fn. 366.

³⁶⁵ BSGE 87, 199 (202); 102, 227 (238); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 52; BSG, B 3 P 2/12 R vom 16.5.2013, Rn. 25, 26, 27 (juris); LSG Hamburg, BeckRS 2016, 74390 Rn. 55.

für Rehabilitationseinrichtungen die Möglichkeit bestehen, Gewinne zu erzielen. Jedes Unternehmen erwartet eine wettbewerbsfähige und dem Branchenrisiko entsprechende Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Üblicherweise bleibt die Verzinsung dem Wettbewerbsmechanismus in der jeweiligen Branche und dem allgemeinen Zinsniveau überlassen.

Sofern hingegen der Marktmechanismus in Ermangelung eines funktionsfähigen Wettbewerbs ausscheidet, bedarf die Verzinsung des vom (Monopol-)Unternehmen eingesetzten Kapitals der Regulierung. Im Bereich der Netzindustrien, die ein natürliches Monopol darstellen und der Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterliegen, wird der Eigenkapitalzinssatz durch Regulierung vorgegeben. Die Bundesnetzagentur ermittelt für jede Regulierungsperiode eine risiko- und finanzmarktadäquate Verzinsung für das eingesetzte Eigenkapital. Hierbei wird zwischen dem risikolosen Basiszins und dem Risiko- bzw. Wagniszuschlag unterschieden. Im Bereich der Energieversorgung geht die Bundesnetzagentur von einem risikolosen Basiszins in Höhe von 2,49% aus, der sich anhand eines Zehnjahresdurchschnitts der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere ergibt. Der Risiko- bzw. Wagniszuschlag wird mit 3,15% berechnet; dieser Zuschlag wird zur Abdeckung netzspezifischer unternehmerischer Wagnisse nach wissenschaftlichen Methoden ermittelt³⁶⁶. Solche unternehmerischen Wagnisse können für die Rehabilitationseinrichtungen in dem Risiko der Nicht-Inanspruchnahme durch die Träger der Rentenversicherung bestehen³⁶⁷.

Im Gegensatz zu dem durch Monopolstrukturen geprägten Bereich der Netzindustrien existiert in dem hier relevanten Feld der Rehabilitationseinrichtungen funktionsfähiger Wettbewerb. Vermachtungsstrukturen beste-

³⁶⁶ Zur Kapitalverzinsung der der Regulierung unterfallenden Verteilnetzbetreiber vgl. BNetzA, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Anreizregulierung/WesentlicheElemente/Netzkosten/Netzkostenermittlung_node.html#doc718534bodyText5 .

³⁶⁷ Näher unter E. II. 5.

hen nicht auf der Leistungserbringerseite, sondern auf der Marktgegen-
seite, d.h. bei den Rentenversicherungsträgern³⁶⁸. Gleichwohl ist auch inso-
weit eine Regulierung der Gewinnerwartungen erforderlich, weil die Leis-
tungen der Rehabilitationseinrichtungen aus öffentlichen Mitteln finanziert
werden. Dementsprechend schreibt § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX vor,
dass die Rehabilitationsleistungen nach den Grundsätzen der Wirtschaft-
lichkeit und Sparsamkeit auszuführen sind.

Im Bereich der Krankenversicherung wird in der Spruchpraxis der
Schiedsstellen der Verzinssatz teilweise unter Heranziehung der nach
§ 71 Abs. 3 SGB V ministeriell festgelegten Veränderungsrate bestimmt³⁶⁹.
Dies erscheint anfechtbar, weil die Veränderungsrate des § 71 Abs. 3
SGB V nicht das Erfordernis der Bestimmung der Gestehungskosten ein-
schließlich eines angemessenen Gewinns ersetzt. § 71 Abs. 3 SGB V dis-
pensiert nicht von der Notwendigkeit der Durchführung des Zwei-Stufen-
Verfahrens zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung. Die im Wege
des Zwei-Stufen-Verfahrens ermittelte angemessene Vergütung bildet die
Grundlage für eine Anpassung der Vergütungssätze nach Maßgabe des
§ 71 Abs. 3 SGB V. Das bedeutet: Zunächst gilt es, angemessene Vergü-
tungssätze bezogen auf ein bestimmtes Basisjahr mittels des Zwei-Stufen-
Verfahrens zu ermitteln. Erst danach kommt eine automatische Anpassung
der Vergütung nach Maßgabe von § 71 Abs. 3 SGB V oder vergleichbarer
Instrumente in Betracht.

III. Zweite Stufe: Externer Vergütungs- bzw. Kostenvergleich

1. Gegenstand des Vergleichs: Kosten, nicht Vergütungen

Die auf der ersten Stufe ermittelten Ist-Kosten einschließlich kalkuliertem
Gewinn sind in einem zweiten Prüfungsschritt einem externen Vergleich mit

³⁶⁸ Zur strukturellen Überlegenheit der Rentenversicherungsträger im Verhältnis zu den
Leistungserbringern unter C. I. 4.

³⁶⁹ Vgl. Schiedsstelle zur Festsetzung der Entgelte für Vorsorge- und Rehabilitationsein-
richtungen im Land Nordrhein-Westfalen nach § 111b SGB V, Festsetzungsbeschluss vom
14.07.2016 – Verf.-Nr. 01/2015, KrV 2016, 164, 167, wonach den Leistungserbringern ein
Gewinnzuschlag von 2,53% gewährt wird.

Vergütungen anderer Einrichtungen zu unterziehen. Durch den Vergütungsvergleich soll sichergestellt werden, dass der Leistungserbringer nur die (erforderlichen) Kosten in Rechnung stellen darf, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung anfallen. Etwaige auf Ineffizienzen beruhende Kosten sind demnach nicht umlagefähig und begründen keine berechtigten Entgeltansprüche des Leistungserbringers. Der Vergütungsvergleich dient dem Interesse der Beitragssatzstabilität (s. § 71 SGB V)³⁷⁰ bzw. der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (s. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX)³⁷¹. Dieser Vergütungsvergleich mit anderen Leistungserbringern ersetzt nicht die Kostenprüfung im ersten Schritt. Wie bereits dargelegt, hat das Bundessozialgericht mit Entscheidung vom 29. Januar 2009 seine frühere Rechtsprechung, wonach die Angemessenheit der Vergütung von Leistungserbringern grundsätzlich ausschließlich durch einen Vergütungsvergleich zu ermitteln ist, ausdrücklich aufgegeben³⁷².

Es ist allerdings fraglich, ob der vom Bundessozialgericht geforderte Vergütungsvergleich zur Ermittlung angemessener Vergütungssätze auf der zweiten Stufe des Zwei-Stufen-Verfahrens den alleinigen Anknüpfungspunkt bildet. Zweifel bestehen deshalb, weil wegen der strukturellen Disparität zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern die Vergütungssätze nicht „auf Augenhöhe“ gleichberechtigt ausgehandelt werden, sondern die Leistungsträger die Vergütung für die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation faktisch einseitig bestimmen können³⁷³. Mit Blick auf die strukturelle Überlegenheit der Leistungserbringer erscheint es widersprüchlich, auf der ersten Stufe des Zwei-Stufen-Verfahrens eine Kostenprüfung zu fordern, auf der zweiten Stufe hingegen einen externen Vergütungsvergleich vorzunehmen. Vergütungen, die auf der Grundlage struktureller Disparitäten zustande gekommen sind, dürfen nicht Gegenstand des externen Vergleichs sein. Anderenfalls würde ein von Verfassung wegen nicht hinnehmbarer Zustand perpetuiert. Das Verfassungsrecht gebietet im

³⁷⁰ BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 29 ff.; BSG, BeckRS 2016, 73373 Rn. 35 f.

³⁷¹ BSG, NJOZ 2016, 1417, 1420 mit weiteren Nachweisen.

³⁷² BSGE 102, 227 (242); vgl. auch BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 39.

³⁷³ Näher nach Fn. 103.

Fall gestörter Vertragsparität korrigierende, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen³⁷⁴.

Dementsprechend ist auf der zweiten Stufe ein externer Vergleich der Kosten der jeweiligen Leistungserbringer geboten. Nicht die von anderen Leistungsträgern – unter den Bedingungen struktureller Disparität – verlangten Vergütungen, sondern die den einzelnen Leistungserbringern entstehenden Kosten müssen den Gegenstand des externen Vergleichs bilden. Da bereits auf der ersten Stufe die Gestehungskosten aller Leistungserbringer zu ermitteln sind³⁷⁵, liegt die Datenbasis für den externen Vergleich auf der zweiten Stufe vor.

2. Hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung als Grundlage und Voraussetzung für externen Kostenvergleich

Sowohl die Kostenprüfung als auch der externe (Kosten-)Vergleich setzen voraus, dass die von der Rehabilitationseinrichtung zu erbringende Leistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht feststeht. Ohne eine hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung des Rehabilitationsträgers lässt sich ein externer Vergleich der Kosten der Rehabilitationseinrichtungen nicht durchführen. Insoweit gilt nichts Anderes als auf der ersten Stufe der Kostenprüfung³⁷⁶.

3. Drittel-Modell des Bundessozialgerichts

Ob eine Vergütungsforderung eines Leistungserbringers vor dem externen Vergütungsvergleich (genauer: Kostenvergleich) Bestand hat, beurteilt das Bundessozialgericht, wie gezeigt, differenzierend³⁷⁷: Stets als leistungsgerecht anzusehen sind Leistungssätze und Entgelte, die über die günstigsten Eckwerte vergleichbarer Einrichtungen nicht hinausreichen³⁷⁸. Ebenfalls

³⁷⁴ Näher unter D. V. 1.

³⁷⁵ S. unter E. II. 4.

³⁷⁶ Dazu unter E. II. 2.

³⁷⁷ S. unter D. IV. 3. a) bb).

³⁷⁸ BSGE 102, 227 (243); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 56, 61; BSG, B 3 P 2/12 vom 16.5.2013, Rn. 23.

regelmäßig ohne weitere Prüfung als leistungsgerecht anzusehen sind Leistungssatz- und Entgeltforderungen im unteren Drittel der vergleichsweise ermittelten Pflegesätze/Entgelte³⁷⁹. Und auch oberhalb des unteren Drittels vergleichbarer Leistungsvergütungen kann sich eine Forderung nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts als leistungsgerecht erweisen, wenn sie auf einem (zuvor nachvollziehbar prognostizierten) höheren Aufwand der Pflegeeinrichtung beruht, der nach Prüfung im Einzelfall wirtschaftlich angemessen ist³⁸⁰.

4. Räumlich relevanter Markt

In räumlicher Hinsicht erklärt das Bundessozialgericht es für ausreichend, wenn sich der externe Vergleich auf den jeweiligen lokalen Markt bezieht. Einen weiteren räumlichen Anknüpfungspunkt – Land oder sogar Bund – hält das Bundessozialgericht nicht für erforderlich³⁸¹. Diese Einengung erscheint bereits dann nicht sachgerecht, wenn es in einem Bezirk oder Land nur einen Leistungserbringer gibt. Auch ist kein sachlicher Grund erkennbar, weshalb im Sozialversicherungsrecht andere Maßstäbe Platz greifen sollen als im Kartellrecht, in dem ein landes- bzw. bundesweiter Vergleich vorzunehmen ist, solange und soweit die funktionale Austauschbarkeit von Waren bzw. Dienstleistungen gegeben ist³⁸². Dementsprechend wird in der Rechtsprechung der Sozialgerichte teilweise im Hinblick auf den räumlichen Anknüpfungspunkt für den externen Vergleich differenziert und im Einzelfall auf das „ganze Land“ abgestellt³⁸³. In räumlicher Hinsicht dürfte daher für den externen Kostenvergleich keine Begrenzung bestehen. Entscheidend

³⁷⁹ BSGE 102, 227 (243 f.); BSG, BeckRS 2010, 69469 Rn. 56, 62; BSG, B 3 P 2/12 vom 16.5.2013, Rn. 23.

³⁸⁰ S. unter D. IV. 3. a) bb).

³⁸¹ BSGE 102, 227 (245: „bestimmter Bezirk“); BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 40, 41 und insbesondere 42.

³⁸² Vgl. nur *Wiedmann*, in: *Wiedmann* (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 34; *Busche*, in: *Busche/Röhling* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, 1. Band, 2017, § 18 GWB Rn. 34.

³⁸³ LSG Mecklenburg-Vorpommern, L 9 SO 1/10 vom 30.8.2012, Rn. 63 (juris); LSG Mecklenburg-Vorpommern, L 9 SO 11/10 vom 6.9.2012, Rn. 51 (juris).

ist allein die Vergleichbarkeit der Leistungen, die von den Rehabilitationseinrichtungen erbracht werden.

5. Vergütungsniveau der Kliniken der gesetzlichen Rentenversicherung als Referenzmaßstab

Als Referenzmaßstab für die Bestimmung angemessener Vergütungssätze i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX scheidet das Vergütungsniveau in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) bezogen auf Vergütungsverträge zwischen den Krankenkassen und Rehabilitationseinrichtungen (s. §§ 111 Abs. 5 Satz 1, 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V) aus (externer Vergleich auf der zweiten Stufe). Einem solchen Referenzmaßstab steht Verfassungsrecht entgegen. Zwischen Krankenkassen und Rehabilitationseinrichtungen bestehen identische oder vergleichbare Vermachtungsstrukturen wie zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen³⁸⁴. Die strukturelle Überlegenheit der Leistungsträger gegenüber den Rehabilitationseinrichtungen ist für den Markt der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation prägend. Diese strukturelle Überlegenheit im Verhältnis zu den Leistungserbringern besteht auch und gerade zugunsten der Krankenkassen³⁸⁵. Die strukturelle Überlegenheit der Krankenkassen ermöglicht keine Vergütungssätze, die das Ergebnis eines die Vertragsautonomie beider Beteiligten währenden fairen Aushandelns sind. Vielmehr sind die Leistungserbringer im Verhältnis zu den Krankenkassen ebenso schutzwürdig wie im Verhältnis zu den Rentenversicherungsträgern. Aus diesem Grund kann das Vergütungsniveau in der Gesetzlichen Krankenversicherung bezogen auf Vergütungsverträge zwischen den Krankenkassen und den Trägern der Rehabilitationseinrichtungen (s. §§ 111 Abs. 5 Satz 1, 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V) nicht als Referenzmaßstab herangezogen werden.

³⁸⁴ Zu den Vermachtungsstrukturen zwischen den Rentenversicherungsträgern und Rehabilitationseinrichtungen s. unter C. I. 4.

³⁸⁵ Zu diesen Vermachtungsstrukturen im Bereich der Krankenversicherung *Brosius-Gersdorf*, NZS 2016, 367 (371 ff.).

Für den Vergütungsvergleich auf der zweiten Stufe ist vielmehr in erster Linie das Vergütungsniveau in der Gesetzlichen Rentenversicherung maßgeblich. Rentenversicherungsträger sind (im Gegensatz zu den Krankenkassen) nicht nur auf dem Nachfragemarkt tätig, sondern betreiben selbst Rehabilitationseinrichtungen u.a. für Abhängigkeitskranke. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Rentenversicherungsträger ihren Rehabilitationseinrichtungen nur die Vergütungen gewähren, die zur Leistungserbringung erforderlich sind und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen. Dieses Vergütungsniveau bietet daher grundsätzlich einen tauglichen Vergleichsmaßstab, wobei im Einzelnen zu prüfen ist, ob zwischen den Leistungen der Rehabilitationseinrichtungen der Rentenversicherungsträger und den Leistungen anderer (privater) Rehabilitationseinrichtungen (kostenwirksame) Unterschiede bestehen. Zudem sind die Rentenversicherungsträger gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI, § 19 i.V.m. § 21 SGB IX sowie Art. 3 Abs. 1 GG prinzipiell verpflichtet, die Vergütungssätze, die für ihre eigenen Rehabilitationseinrichtungen gelten, auch anderen Trägern von Rehabilitationseinrichtungen anzubieten. Auch deshalb bestehen für die Rentenversicherungsträger Anreize für einen effizienten, wirtschaftlichen Betrieb ihrer eigenen Rehabilitationseinrichtungen.

Dies entspricht allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen. Wie bereits dargelegt³⁸⁶, werden im Rahmen der kartellrechtlichen Preismisbrauchskontrolle die Preise von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb berücksichtigt (Vergleichsmarktkonzept). Sofern das marktbeherrschende Unternehmen auf demselben oder einem vergleichbaren Markt selbst als Anbieter oder Nachfrager tätig wird, dienen diese Preise als Vergleichsmaßstab³⁸⁷. Eine solche Konstellation ist hier gegeben, weil die Rentenversicherungsträger nicht nur als Nachfrager, sondern auch als Anbieter von Rehabilitationsleistungen auftreten. Die Vergütungen, die die Rentenversicherungsträger ihren eigenen Rehabilitationseinrichtungen ge-

³⁸⁶ S. unter D. V. 2.

³⁸⁷ Vgl. nur *Emmerich*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 42. EL 2017, § 3 Art. 102 AEUV Rn. 70; *Jötten*, Missbräuchliche Einkaufspreise im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014, S. 121.

währen, sind nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen als Vergleichsmaßstab für die Ermittlung der angemessenen Vergütung anderer (privater) Rehabilitationseinrichtungen heranzuziehen.

Auch im sektorspezifischen Regulierungsrecht ist anerkannt, dass vertikal integrierte Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung (auf einem vorgelagerten Markt) Dritte so behandeln müssen wie ihre Tochter- oder Partnerunternehmen. Dementsprechend verpflichtet § 19 Abs. 2 TKG marktbeherrschende Unternehmen, anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitzustellen wie für eigene Produkte oder die seiner Tochter- bzw. Partnerunternehmen. Die Verpflichtung, Dienste und Informationen für Dritte „intern wie extern“ gleich zu behandeln, erstreckt sich ausdrücklich auf „Tochter- oder Partnerunternehmen“³⁸⁸. Aufgrund dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes dürfen vertikal integrierte Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung Dritte nicht schlechter behandeln als eigene Tochterunternehmen. Die Unternehmen sind insbesondere in preislicher Hinsicht zur strikten Gleichbehandlung verpflichtet. Es ist ihnen untersagt, von Dritten andere Preise zu verlangen, als sie ihren Tochterunternehmen zugestehen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass für den Vergütungsvergleich auf der zweiten Stufe des Zwei-Stufen-Verfahrens in erster Linie das Vergütungsniveau in der Gesetzlichen Rentenversicherung maßgeblich ist. Da Rentenversicherungsträger nicht nur auf dem Nachfragemarkt tätig sind, sondern selbst Rehabilitationseinrichtungen u.a. für Abhängigkeitskranke betreiben, bilden die Vergütungssätze, die die Rentenversicherungsträger ihren eigenen Rehabilitationseinrichtungen zugestehen, grundsätzlich einen geeigneten Vergleichsmaßstab. Dies folgt bereits aus der gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Rentenversicherungsträger zur Gleichbehandlung (§ 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI, § 19 i.V.m. § 21 SGB IX, Art. 3

³⁸⁸ Vgl. hierzu nur *Nolte*, in: Säcker (Hrsg.), TKG, Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 19 Rn. 42.

Abs. 1 GG). Es ergibt sich aber auch aus der Überlegung, dass die Rentenversicherungsträger ihren eigenen Rehabilitationseinrichtungen nur die Vergütungen gewähren dürfen, die zur Leistungserbringung erforderlich sind und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit genügen. Aus diesen Gründen bietet das Vergütungsniveau der Rehabilitationseinrichtungen, die die Rentenversicherung selbst betreibt, einen tauglichen Vergleichsmaßstab. Ob die in der Praxis festzustellenden unterschiedlichen Vergütungssätze von Rehabilitationszentren der Deutschen Rentenversicherung und von privaten Rehabilitationseinrichtungen³⁸⁹ – bei gleicher Leistungserbringung – gerechtfertigt sind, gilt es daher zu überprüfen.

IV. Notwendigkeit der Durchführung eines Zwei-Stufen-Verfahrens vor jährlichen Vergütungsanpassungen

Die Durchführung des Zwei-Stufen-Verfahrens zur Ermittlung angemessener Vergütungssätze i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ist erforderlich, *bevor* die ermittelte Vergütung jährlich durch Veränderungsraten fortgeschrieben wird. Die ministeriell festgelegte Veränderungsrate des § 71 Abs. 3 SGB V für den Bereich der Krankenversicherung³⁹⁰ oder andere Änderungsmechanismen dispensieren nicht von der Notwendigkeit der Durchführung des Zwei-Stufen-Verfahrens zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung. Die im Wege des Zwei-Stufen-Verfahrens ermittelte angemessene Vergütung bildet die Grundlage für eine Anpassung der Vergütungssätze. Kurzum: Zunächst sind angemessene Vergütungssätze bezogen auf

³⁸⁹ Vgl. *Bundesrechnungshof*, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2009, S. S. 131: Die durchschnittlichen Vergütungssätze der Reha-Zentren der Deutschen Rentenversicherung Bund liegen seit Jahren über denen privater Rehabilitationskliniken; anders *Rahlf/Schmidt*, in: Timmreck (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions im Krankenhaussektor. Privatisierung und Konsolidierung*, 2016, S. 429, 434: Die Deutsche Rentenversicherung ist selbst „ein eher hochpreisiger Anbieter“. Nicht trügereigenen Rehabilitationskliniken räumt sie vergleichbare Vergütungskonditionen ein wie ihren eigenen Kliniken.

³⁹⁰ Zu den Problemen einer Anwendung der Veränderungsrate des § 71 Abs. 3 SGB V auf Vergütungsverträge mit Rehabilitationseinrichtungen außerhalb des Bereichs der Krankenversicherung *Borges/Zimolong/Radtke/Werner*, Gutachten zur aktuellen und perspektivischen Situation der Einrichtungen im Bereich der medizinischen Rehabilitation, Neuauflage 2017, S. 21 ff.

ein Basisjahr mittels des Zwei-Stufen-Verfahrens zu bestimmen. Erst anschließend kann die ermittelte Vergütung nach Maßgabe des § 71 Abs. 3 SGB V oder vergleichbarer Instrumente angepasst werden. Anderenfalls würde der mangels Durchführung des Zwei-Stufen-Verfahrens entstandene rechtswidrige Zustand perpetuiert. Dies hat auch das Bundessozialgericht für den Fall der Kündigung einer Vergütungsvereinbarung entschieden³⁹¹.

Das gilt unabhängig davon, ob angemessene Vergütungssätze zwischen den Leistungsträgern und Leistungserbringern erstmalig vereinbart werden, ob eine bestehende Vergütungsvereinbarung gekündigt³⁹² und neu verhandelt oder ob sie fortgeschrieben wird. In sämtlichen Fällen ist zunächst das Zwei-Stufen-Verfahren durchzuführen, bevor Änderungsinstrumente Platz greifen können.

³⁹¹ Vgl. BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 4.

³⁹² Vgl. BSG, BeckRS 2015, 71872 Rn. 4.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Dreistufiges Verfahren der Erbringung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation in Vertragseinrichtungen nach § 21 SGB IX

- (1) Das Verfahren zur Erbringung stationärer Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Träger der Rentenversicherung in Einrichtungen, mit denen ein Vertrag nach § 21 SGB IX besteht (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGB VI), gestaltet sich dreistufig³⁹³.
- (2) Die Rentenversicherungsträger müssen Rehabilitationseinrichtungen, die die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, durch Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX zulassen (1. Stufe). Es besteht ein gesetzlicher und verfassungsrechtlicher Kontrahierungszwang. Der Kontrahierungszwang wird durch das Reha-Budget nach § 220 SGB VI nicht durchbrochen³⁹⁴.
- (3) Der Inhalt der Versorgungsverträge bleibt in der Praxis hinter § 21 SGB IX zurück. Die Vertragspartner des Versorgungsvertrags sind gesetzlich nicht geregelt und werden daher von den Beteiligten autonom bestimmt. Aus dem Versorgungsvertrag folgt für die Rehabilitationseinrichtung kein Anspruch auf Belegung mit Versicherten (keine Belegungsgarantie), aber ein Anspruch auf chancengleiche Berücksichtigung bei der Belegung (Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG)³⁹⁵.
- (4) Auf der zweiten Stufe steht die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung für die Erbringung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX³⁹⁶.

³⁹³ B.

³⁹⁴ B. I. 1.

³⁹⁵ B. I. 2 bis 4.

³⁹⁶ C. bis E.

- (5) Die Inanspruchnahme der durch Versorgungsvertrag zugelassenen Rehabilitationseinrichtungen durch die Rentenversicherungsträger (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI, § 19 Abs. 4 Satz 1 SGB IX) bildet die dritte Verfahrensstufe. Ermessenskriterien für die Auswahl der Einrichtungen im Einzelfall (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI) sind die Ausführung der Leistung in der am besten geeigneten Form (§ 19 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IX); die Berücksichtigung von Diensten und Einrichtungen freier oder gemeinnütziger Träger entsprechend ihrer Bedeutung für die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen und die Wahrung der Vielfalt der Träger von Rehabilitationsdiensten oder -einrichtungen sowie deren Selbstständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit (§ 19 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB IX); die Wahrung der Grundsätze der Wirksamkeit (§ 10 Abs. 1 Satz 3 SGB IX), Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI; § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX; s. auch §§ 10 Abs. 1 Satz 3, 17 Abs. 1 Satz 3 SGB IX); und die Leistungserbringung zu angemessenen Vergütungssätzen (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX); berechtigten Wünschen der Leistungsberechtigten ist zu entsprechen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX; § 33 SGB I). Das Verhältnis dieser gesetzlichen Auswahlkriterien zueinander ist ungeklärt³⁹⁷.
- (6) Die Rentenversicherungsträger dürfen Leistungen zur medizinischen Rehabilitation grundsätzlich nur im Rahmen des Reha-Budgets (§ 220 SGB VI) erbringen. Zur Einhaltung des Reha-Budgets können sie verpflichtet sein, ihr Ermessen bei der Festlegung von Art, Dauer, Umfang und Beginn der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI) leistungsbegrenzend auszuüben. Die Verantwortung für diese Ausgaben- und Leistungsbegrenzung trägt der Gesetzgeber. Eine Ausnahme gilt, soweit die Gewährung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zur Sicherung des medizinischen Existenzminimums der Versicherten (Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1

³⁹⁷ B. II. 1.

GG) geboten ist. Insoweit sind die Rentenversicherungsträger 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. Eine grundsätzlich andere Interpretation des § 220 SGB V ließe sich nur vertreten, wenn man die Norm als Gebot nachhaltiger Kostenersparnis deutete, weil Leistungen zur medizinischen Rehabilitation zwar kurzfristig Ausgaben der Rentenversicherungsträger verursachen, mittel- und langfristig aber Kosten einsparen³⁹⁸.

II. Vergütungsvereinbarung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (2. Stufe)

- (7) Die angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX) ist vertraglich zwischen den Rentenversicherungsträgern und den Rehabilitationseinrichtungen zu vereinbaren. Eine einseitig hoheitliche Festsetzung der Vergütung durch die Rentenversicherungsträger ist unzulässig. Dies folgt erstens aus dem Wortlaut („zur Vereinbarung“) sowie dem Sinn und Zweck des § 21 SGB IX. Es wird zweitens durch die Parallele zu §§ 111 Abs. 5 Satz 1, 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V belegt. Drittens verstieße eine einseitig hoheitliche Festsetzung der Vergütung gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes. Viertens ist ein Vergütungsvertrag erforderlich, weil die Rentenversicherungsträger als Nachfrager der Rehabilitationsleistungen eine marktbeherrschende Stellung besitzen (Nachfragekartell). Es besteht eine erhebliche Verhandlungsasymmetrie zugunsten der Rentenversicherungsträger und zulasten der Rehabilitationseinrichtungen. In einer solchen Situation gestörter Vertragsparität ist eine vertragliche Vereinbarung der Vergütung zwingend erforderlich, um angemessene Vergütungssätze i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX

³⁹⁸ B. II. 2.

zu gewährleisten. Im Übrigen wäre eine einseitig hoheitliche Festsetzung der Vergütung durch die Rentenversicherungsträger ein „Pyrrhussieg“. Es käme § 315 BGB zur Anwendung, wonach die Vergütung bei Unbilligkeit durch das Zivilgericht bestimmt wird³⁹⁹.

- (8) Die Vergütungsvereinbarung muss dem Versorgungsvertrag grundsätzlich zeitlich nachfolgen, also separat geschlossen werden. Andernfalls liefe der Zweck des § 21 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 SGB IX leer und würden der Anspruch der Rehabilitationseinrichtungen auf Zulassung durch Versorgungsvertrag sowie der Sicherstellungsauftrag des § 19 Abs. 1 SGB IX gefährdet⁴⁰⁰.
- (9) Ebenso wie für den Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX gilt für die Vereinbarung der angemessenen Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ein Kontrahierungszwang zu lasten der Rentenversicherungsträger. Dem korrespondiert ein subjektiver Anspruch der Einrichtungsträger auf Vereinbarung einer angemessenen Vergütung. Dies folgt erstens aus dem Wortlaut und Zweck des § 21 SGB IX. Zweitens ergibt sich der Kontrahierungszwang aus dem Sicherstellungsauftrag des § 19 Abs. 1 SGB IX, der angemessene Vergütungssätze für die Leistungserbringer voraussetzt. Drittens steht den (privaten) Rehabilitationseinrichtungen aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch auf Abschluss von Vergütungsverträgen zu. Viertens ist auch in anderen Leistungsbereichen ein Kontrahierungszwang bei dem Abschluss von Vergütungsverträgen mit Leistungserbringern anerkannt (s. nur §§ 111 Abs. 5 Satz 1, § 111c Abs. 3 Satz 1 SGB V)⁴⁰¹.
- (10) Die Vertragspartner des Vergütungsvertrags werden von den Beteiligten mangels gesetzlicher Regelung autonom bestimmt⁴⁰².
- (11) Vergütungsverträge sind gem. § 56 SGB X schriftlich zu schließen, wenn man sie als öffentlich-rechtliche Verträge qualifiziert. Ordnet

³⁹⁹ C. I.

⁴⁰⁰ C. II.

⁴⁰¹ C. III.

⁴⁰² C. IV.

man die Vergütungsvereinbarungen als privatrechtliche Verträge ein, kommt ein Schriftformerfordernis nicht zum Tragen (vgl. § 126 Abs. 1 BGB)⁴⁰³.

III. Vergütungshöhe: Ausführung der Leistung nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, insbesondere zu angemessenen Vergütungssätzen (§ 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX)

1. Normative Vorgaben

- (12) Unter angemessenen Vergütungssätzen i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ist eine leistungsbezogene und leistungsgerechte Vergütung zu verstehen. Das ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zu § 21 Abs. 2 SGB IX und zu § 111 Abs. 5 Satz 1 SGB V. Das Gebot angemessener, d.h. leistungsbezogener und -gerechter Vergütungssätze dient sowohl dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Rehabilitationseinrichtungen (Art. 12 Abs. 1 GG) als auch der Erfüllung des Sicherstellungsauftrags der Rehabilitationsträger aus § 19 Abs. 1 SGB IX. Zugleich werden durch die Festsetzung einer leistungsbezogenen und -gerechten Vergütung die grundrechtlich fundierten (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) Ansprüche der Versicherten auf Versorgung mit medizinischen Rehabilitationsleistungen erfüllt. Zwischen den Interessen der Leistungserbringer und der Rehabilitationsträger besteht kein rechtlicher Konflikt⁴⁰⁴.
- (13) Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist im Kontext der Vereinbarung „angemessener Vergütungssätze“ i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX als Minimalprinzip zu deuten. Dem Begriff der Sparsamkeit kommt keine eigenständige Bedeutung zu⁴⁰⁵.

⁴⁰³ C. V.

⁴⁰⁴ D. I.

⁴⁰⁵ D. II.

(14) Aus § 220 SGB VI ergibt sich keine über das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX hinausgehende Begrenzung der Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation⁴⁰⁶.

2. Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Angemessenheit der Vergütung von Leistungserbringern im Pflege- und Krankenversicherungsbereich

(15) Das Bundessozialgericht hat bezogen auf einzelne Bereiche der Pflege- und Krankenversicherung in einer Reihe jüngerer Entscheidungen Maßstäbe für die Angemessenheit der Vergütung von Leistungserbringern aufgestellt. Zunächst hat das Bundessozialgericht die leistungsgerechte Vergütung i.S.d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI im Wege eines externen Vergleichs des für vergleichbare Leistungen verlangten Marktpreises ermittelt⁴⁰⁷. Diese Rechtsprechung hat das Bundessozialgericht nach beständiger Kritik des Schrifttums aufgegeben⁴⁰⁸.

(16) Das Bundessozialgericht ermittelt nunmehr die „leistungsgerechte Vergütung“ in einem Zwei-Stufen-Verfahren. In einem ersten Schritt müssen die vom Träger zugrunde gelegten voraussichtlichen Gesteuerungskosten nachvollziehbar und plausibel sein (Kostenprüfung). In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob sie in einer angemessenen und nachprüfaren Relation zu den Vergütungssätzen anderer Einrichtungen für vergleichbare Leistungen stehen (externer Vergleich)⁴⁰⁹.

(17) Dieses für den stationären Pflegebereich (§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI) entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren hat das Bundessozialgericht später auf die Vergütung ambulanter Pflegeleistungen (§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI), häuslicher Krankenpflegeleistungen (§§ 37, 132a SGB V)

⁴⁰⁶ D. III.

⁴⁰⁷ D. IV. 1.

⁴⁰⁸ D. IV. 2.

⁴⁰⁹ D. IV. 3. a).

und ambulanter Krankenhausleistungen (§ 120 Abs. 2 SGB V) übertragen⁴¹⁰.

- (18) Die Analyse der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zeigt, dass das Zwei-Stufen-Verfahren auf den nicht erfüllten Erwartungen des Gesetzgebers an ein wettbewerbsorientiertes Leistungserbringungsrecht beruht. Die strukturellen Gründe hierfür bleiben im Dunkeln⁴¹¹.

3. Verfassungs- und kartellrechtliche Einordnung des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts

- (19) Grundsätzlich hat sich der Staat aus den vertraglich geprägten Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien herauszuhalten, weil sich der Abschluss und die Ausgestaltung der Verträge als zweiseitige Selbstbestimmung und insofern als freies und eigenverantwortliches Handeln der Vertragspartner darstellen. Befindet sich jedoch ein Vertragspartner gegenüber einem anderen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit, die ihn daran hindert, seine grundrechtlich verbürgten Rechtspositionen auf Augenhöhe mit dem anderen Vertragspartner zu wahren, fällt dem Staat die Aufgabe des Ausgleichs der Disparität zu, die eine Beschränkung der Grundrechte des „überlegenen“ Vertragspartners rechtfertigt. In solchen Situationen gestörter Vertragsparität sind wegen der grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates korrigierende, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen erforderlich⁴¹².

- (20) Kartellrecht gewährt Schutz vor dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Unternehmen sowohl auf Angebots- als auch auf Nachfragemärkten. Auf Nachfragemärkten liegt ein Preismissbrauch vor, wenn die dem Lieferanten zugestandenen Preise nicht genügen, um seine Gestehungskosten für die von dem beherrschenden Unternehmen erworbenen Waren oder in Anspruch genommenen

⁴¹⁰ D. IV. 3. b).

⁴¹¹ D. IV. 4.

⁴¹² C. V. 1.

Dienstleistungen sowie eine (marktübliche) Gewinnmarge zu decken. Die Rentabilitätsgrenze des liefernden Unternehmens bildet den zentralen Maßstab der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle⁴¹³.

4. Übertragbarkeit des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts auf die angemessene Vergütung nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX

- (21) Das vom Bundessozialgericht für das Pflegesatzverfahren nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI entwickelte Zwei-Stufen-Verfahren ist auch für die Bestimmung angemessener Vergütungssätze i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX anzuwenden. Dies ergibt sich bereits aus der Übereinstimmung von § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI und § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX im Normtext und in der Normstruktur⁴¹⁴. Vor allem aber ist die Anwendung des Zwei-Stufen-Verfahrens im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten geschuldet, da es den grundrechtlichen Schutzauftrag konkretisiert, der dem Staat aufgrund der strukturellen vertraglichen Disparität zwischen kollektiv auftretenden Rehabilitationsträgern und einzelnen Rehabilitationseinrichtungen obliegt. In Anbetracht des Fehlens eines funktionsfähigen Wettbewerbs muss der *wettbewerbsanaloge Preis* für die von den Rehabilitationseinrichtungen erbrachten Leistungen ermittelt werden. Die Funktion des Zwei-Stufen-Verfahrens besteht in der Bereitstellung der notwendigen Mittel für die Bestimmung einer wettbewerbsanalogen, d.h. angemessenen Vergütung der Leistungserbringer. Die Kostenprüfung ist eine das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahme, die vom Bundesverfassungsgericht in Situationen gestörter Vertragsautonomie verlangt wird⁴¹⁵.

⁴¹³ D. V. 2. b).

⁴¹⁴ D. VI. 1.

⁴¹⁵ D. VI. 2.

IV. Ermittlung der angemessenen Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts

1. Konkrete Leistungsbeschreibung als Voraussetzung für Kostenprüfung und Vergütungsvergleich

- (22) Das Zwei-Stufen-Verfahren des Bundessozialgerichts setzt auf beiden Stufen voraus, dass die von der Rehabilitationseinrichtung zu erbringende Leistung quantitativ und qualitativ feststeht. Eine Kostenprüfung und ein externer Vergütungsvergleich sind nur möglich, wenn die Leistung nach Inhalt, Umfang und Dauer bestimmt ist⁴¹⁶.
- (23) Die gesetzlichen Anforderungen an die nach § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zu vergütenden Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ergeben sich insbesondere aus §§ 9 Abs. 1, 15 und 17 SGB VI sowie aus §§ 9 Abs. 1 und 3, 19, 20, 26 bis 31 SGB IX sowie § 33 SGB I⁴¹⁷.
- (24) Diese rahmenartigen gesetzlichen Vorgaben für die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sind von den Leistungsträgern zu konkretisieren. Die Träger der Rentenversicherung müssen wesentliche Leistungsmerkmale wie den zu versorgenden Personenkreis, Ziel, Art, Umfang und Qualität der Rehabilitationsleistungen sowie Eckpunkte der erforderlichen sächlichen und personellen Ausstattung der Einrichtung bestimmen. Diese Verpflichtung ergibt sich erstens aus § 21 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB IX. Zweitens folgt sie aus dem vom Bundessozialgericht geforderten Zwei-Stufen-Verfahren zur Ermittlung der angemessenen Vergütung, das ohne konkrete Leistungsbeschreibung nicht durchgeführt werden kann⁴¹⁸. Konkrete Anforderungen an die Erbringung von Leistungen zur stationären medizinischen Rehabi-

⁴¹⁶ E. I.

⁴¹⁷ E. I. 1.

⁴¹⁸ E. I. 2.

litation Abhängigkeitskranker finden sich in einer Vielzahl von Vereinbarungen, Rahmenkonzepten, Leitfäden und Standards der Rentenversicherungsträger.

- (25) Die Kosten, die mit der Erbringung der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation verbunden sind, sind von den Rentenversicherungsträgern nach Maßgabe des Zwei-Stufen-Verfahrens des Bundessozialgerichts vollständig zu vergüten. Die Vergütung i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX muss sämtliche gesetzlich und durch Vorgaben der Rentenversicherungsträger bedingten notwendigen Kosten (zzgl. eines angemessenen Gewinns) decken⁴¹⁹.

2. Erste Stufe: Kostenprüfung

- (26) 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. Diese kalkulierten Kosten sind von dem Leistungsträger auf Schlüssigkeit und Plausibilität zu prüfen⁴²⁰.
- (27) Eine wirksame Kostenprüfung setzt voraus, dass die von der Rehabilitationseinrichtung zu erbringende Leistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht feststeht⁴²¹.
- (28) Auch im Rahmen der Kostenprüfung auf der ersten Stufe ist dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu entsprechen. Nur dem

⁴¹⁹ E. I. 2.

⁴²⁰ E. II. 1.

⁴²¹ E. II. 2.

Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechende Kosten sind berücksichtigungsfähig⁴²².

- (29) Im Rahmen der ersten Stufe sind die Gestehungskosten aller Leistungserbringer zu ermitteln⁴²³.
- (30) Das Risiko der Nicht-Inanspruchnahme einzelner Leistungserbringer ist bei der Kostenprüfung nur in dem Maße zu berücksichtigen, wie zur Sicherstellung des Versorgungsauftrags der Leistungsträger Überkapazitäten notwendig sind. Das zu berücksichtigende Fehlbelegungsrisiko bestimmt sich aus der Perspektive des Systems, also des gesamten Versorgungsbedarfs, nicht aus der Sicht des einzelnen Leistungserbringers⁴²⁴.
- (31) Zu den Gestehungskosten gehört die kalkulierte Verzinsung des eingesetzten Kapitals unter Berücksichtigung des Unternehmensrisikos⁴²⁵.

3. Zweite Stufe: Externer Vergütungs- bzw. Kostenvergleich

- (32) 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. Durch den Vergütungsvergleich soll sichergestellt werden, dass der Leistungserbringer nur die (erforderlichen) Kosten in Rechnung stellen darf, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung anfallen⁴²⁶.
- (33) Auf der zweiten Stufe ist ein externer Vergleich der Kosten der jeweiligen Leistungserbringer geboten⁴²⁷.

⁴²² E. II. 3.

⁴²³ E. II. 4.

⁴²⁴ E. II. 5.

⁴²⁵ E. II. 6.

⁴²⁶ E. III. 1.

⁴²⁷ E. III. 1.

- (34) Ein wirksamer externer (Vergütungs- bzw. Kosten-)Vergleich setzt voraus, dass die von der Rehabilitationseinrichtung zu erbringende Leistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht feststeht⁴²⁸.
- (35) Ob eine Vergütungsforderung eines Leistungserbringers vor dem externen Vergütungsvergleich (genauer: Kostenvergleich) Bestand hat, beurteilt das Bundessozialgericht differenzierend (Drittel-Modell)⁴²⁹.
- (36) In räumlicher Hinsicht besteht für den externen Kostenvergleich keine Begrenzung. Entscheidend ist allein die Vergleichbarkeit der Leistungen, die von den Rehabilitationseinrichtungen erbracht werden⁴³⁰.
- (37) 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. Ob die in der Praxis festzustellenden unterschiedlichen Vergütungssätze von Rehabilitationszentren der Deutschen Rentenversicherung und von privaten Rehabilitationseinrichtungen – bei gleicher Leistungserbringung – gerechtfertigt sind, ist zu überprüfen⁴³¹.

4. Notwendigkeit der Durchführung eines Zwei-Stufen-Verfahrens vor jährlichen Vergütungsanpassungen

- (38) Die Durchführung des Zwei-Stufen-Verfahrens zur Ermittlung angemessener Vergütungssätze i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB IX ist erforderlich, bevor die ermittelte Vergütung jährlich durch Veränderungsraten fortgeschrieben wird⁴³².

⁴²⁸ E. III. 2.

⁴²⁹ E. III. 3.

⁴³⁰ E. III. 4.

⁴³¹ E. III. 5.

⁴³² E. IV.