

*Prof. Dr. iur. Thorsten Kingreen*

*Agnes-Miegel-Weg 10, 93055 Regensburg Tel.: 0941-7040241 E-Mail: king@jura.uni-regensburg.de*

**Die Verträge zur Ausführung von medizinischen Rehabilitationsleistungen im  
Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung**

Rechtsgutachten

im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft Medizinische Rehabilitation SGB IX

von

Universitätsprofessor Dr. Thorsten Kingreen

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht

- Forschungsstelle für Medizinrecht und Gesundheitsrecht -

Universität Regensburg

Mai 2010

## Inhaltsübersicht

A. Fragestellung.....	3
B. Gutachten.....	5
I. Anspruch der Einrichtungen auf Führen von Vertragsverhandlungen.....	5
1. Kollektive oder individuelle Verhandlungen?.....	5
a) Grundstrukturen des Leistungserbringungsrechts in der Rehabilitation.....	5
b) Typologie der gesundheitsrechtlichen Steuerung zwischen Kollektiv- und Individualvertrag.....	7
c) Exkurs: Rechtspolitische Notwendigkeit der Stärkung der kollektivvertraglichen Akteure.....	11
2. Der Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages.....	11
3. Die Ausgestaltung der Verträge nach § 21 Abs. 1 SGB IX.....	14
a) Der rechtliche Rahmen für die Verhandlung der Vertragsinhalte.....	14
b) Einzelfälle gestörter Vertragsparität.....	18
aa) Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter, BVerfGE 81, 242.....	19
bb) Bürgschaft für Familienangehörige, BVerfGE 89, 214.....	21
cc) Unterhaltsverzicht in Eheverträgen, BVerfGE 103, 89.....	23
c) Anwendung auf das Leistungserbringungsverhältnis in der medizinischen Rehabilitation.....	24
aa) Verstärktes Schutzbedürfnis des privaten Vertragspartners bei öffentlich-rechtlichen Verträgen.....	24
bb) Machtasymmetrie zwischen Rentenversicherungsträgern und Einrichtungen.....	25
cc) Der Vertrag als allein zulässige Handlungsform.....	27
II. Rechtmäßigkeit einzelner Anforderungen im Basisvertrag.....	32
1. Offenlegung anderer Vergütungssätze, § 3 Abs. 3 BV-MedReha.....	32
a) Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG.....	33
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	34
2. Ausschluss von zusätzlichen Leistungen, § 4 Abs. 2 BV-MedReha.....	36
3. Zustimmungspflicht des Rentenversicherungsträgers bei eigenen Forschungen/Evaluationen, § 8 Abs. 3 BV-MedReha.....	37
a) Eingriff in die Schutzbereiche von Art. 5 Abs. 3 S. 1 und 12 Abs. 1 GG.....	37
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	38
4. Mitteilungs- und Kooperationspflichten der Rehabilitationseinrichtungen, § 10 BV-MedReha.....	39
C. Ergebnisse.....	41

## A. Fragestellung

Die Deutsche Rentenversicherung (DRV) hat einen „Basisvertrag zur Ausführung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation“ (nachfolgend: BV-MedReha) erarbeitet. Dieser beinhaltet Rechte und Pflichten der Rentenversicherungsträger und der privaten und freigemeinnützigen Rehabilitationseinrichtungen<sup>1</sup> zur Ausführung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation für die Deutsche Rentenversicherung. Vor der Verabschiedung des Basisvertrages wurde den Verbänden der Arbeitsgemeinschaft Medizinische Rehabilitation (AG MedReha) Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Der Basisvertrag dient als Grundlage für den Abschluss von Versorgungsverträgen mit den einzelnen Einrichtungen (§ 21 SGB IX). Die Rentenversicherungsträger reagieren damit auf die Beanstandung des Bundesrechnungshofes, dass die Träger „seit Jahrzehnten nur mit einer begrenzten Zahl privater Rehabilitationskliniken Verträge schlossen, neue Anbieter jedoch kaum berücksichtigten.“<sup>2</sup> Im Vorfeld des Vertragsschlusses legen die zuständigen Rentenversicherungsträger den einzelnen Einrichtungen Vertragsentwürfe vor.

Das nachfolgende Gutachten soll klären, ob die Rentenversicherungsträger verpflichtet sind, Verhandlungen über den Inhalt der Versorgungsverträge mit den einzelnen Einrichtungen zu führen; in diesem Rahmen wird auch die Frage der angemessenen Vergütung (§ 3 BV-MedReha) behandelt (B. I.). Darüber hinaus ist die Rechtmäßigkeit einzelner, im Basisvertrag enthaltener Bestimmungen zu überprüfen (B. II.). Im Einzelnen geht es um die Verpflichtung, die mit anderen Trägern vereinbarten Vergütungssätze offen zu legen (§ 3 Abs. 3 BV-MedReha), das Verbot, bestimmte Zusatzleistungen zu erbringen (§ 4 BV-MedReha), die Abhängigkeit eigener Forschungen und Evaluationen der Einrichtung von der Zustimmung

---

<sup>1</sup> Im Folgenden umfasst die Bezeichnung „private Einrichtungen“ stets auch die freigemeinnützigen Einrichtungen

<sup>2</sup> Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, S. 133.

des Rentenversicherungsträgers (§ 8 BV-MedReha) und um den Umfang der Mitteilungs- und Kooperationspflichten der Rehabilitationseinrichtungen (§ 10 BV-MedReha).

## **B. Gutachten**

### **I. Anspruch der Einrichtungen auf Führen von Vertragsverhandlungen**

#### **1. Kollektive oder individuelle Verhandlungen?**

Ein Anspruch der einzelnen Einrichtungen, Vertragsverhandlungen mit den zuständigen Rentenversicherungsträgern zu führen, wäre zweifelhaft, wenn die AG MedReha in den Verhandlungen über den Basisvertrag zugleich die Rechte der einzelnen Einrichtungen wahrgenommen hat. Ein solcher Ansatz, die fehlende Verhandlungsmöglichkeit des einzelnen Leistungserbringers durch kollektivvertragliche Verhandlungen zu kompensieren, wird indes den Strukturen des Leistungserbringungsrechts in der Rehabilitation nicht gerecht:

#### **a) Grundstrukturen des Leistungserbringungsrechts in der Rehabilitation**

Die einschlägigen leistungserbringungsrechtlichen Normen finden sich in den §§ 17-21a SGB IX. Zwar bestimmt § 7 S. 1 SGB IX, dass die Vorschriften dieses Buches für die Leistungen zur Teilhabe nur gelten, soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen nichts Abweichendes ergibt. Selbst wenn man unterstellt, dass die Vorschrift nicht nur für das Leistungs-, sondern auch für das Leistungserbringungsrecht gilt,<sup>3</sup> sind die §§ 17-21a SGB IX im Bereich der von den Rentenversicherungsträgern verantworteten Rehabilitation uneingeschränkt anwendbar. Denn es gibt dort keine abweichenden Regelungen i. S. v. § 7 S. 1 SGB IX; vielmehr verweist § 15 Abs. 2 S. 1 SGB VI ausdrücklich auf § 21 SGB IX.

§ 21 SGB IX etabliert ein zweistufiges Vertragsregime aus Individual- und Kollektivverträgen:

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu *R. Kessler*, Ausführung von Leistungen zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: O. Deinert/V. Neumann (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Handbuch SGB IX*, 2. Aufl. 2010, § 9 Rn. 24; *F. Welti*, in: K. Lachwitz/W. Schellhorn/F. Welti (Hrsg.), *Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX*, 3. Aufl. 2010, § 7 Rn. 10.

- Nach § 21 Abs. 1 SGB IX schließen die Rehabilitationsträger mit denjenigen Einrichtungen, die nicht in ihrer Trägerschaft stehen, Versorgungsverträge mit dem in der Vorschrift näher umschriebenen Inhalt. Zwar ergibt sich aus dem Wortlaut von § 21 Abs. 1 SGB IX nicht, dass diese Verträge abgeschlossen werden müssen, sondern nur, welche Vereinbarungen sie enthalten müssen. Doch dürfen nach § 15 Abs. 2 S. 1 SGB VI Leistungen der medizinischen Rehabilitation nur in Eigeneinrichtungen oder durch solche Einrichtungen erbracht werden, mit denen ein Vertrag nach § 21 SGB IX besteht. Nur dann können diese Leistungen wegen des sozialrechtlichen Parlamentsvorbehalts (§ 31 SGB I) von den Versicherten beansprucht und von den Leistungsträgern erbracht werden. Außerhalb von Eigeneinrichtungen ist daher eine Leistungserbringung ohne Vertrag nicht zulässig. Für Eigeneinrichtungen gelten zwar nach § 21 Abs. 4 SGB IX die in § 21 Abs. 1 Nr. 1, 3-6 SGB IX genannten Anforderungen entsprechend; mit ihnen müssen aber keine Verträge geschlossen werden.<sup>4</sup>

Der Vertrag begründet das grundsätzliche Recht der Einrichtungen zur Erbringung von Leistungen zu Lasten der Rentenversicherungsträger, beinhaltet aber noch nicht die konkrete Belegungsgarantie im Einzelfall.<sup>5</sup> Die Auswahl der Einrichtung/des Dienstes für den einzelnen Versicherten erfolgt vielmehr danach, welcher Dienst oder welche Einrichtung die Leistung in der am besten geeigneten Form ausführt, § 19 Abs. 4 SGB IX. Maßgebend sind insoweit vor allem der individuelle Bedarf (§ 10 Abs. 1 SGB IX) sowie das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten (§ 9 Abs. 1 SGB IX).

- Nach § 21 Abs. 2 SGB IX wirken die Rehabilitationsträger darauf hin, dass die Individualverträge nach einheitlichen Grundsätzen abgeschlossen werden. Zu diesem Zweck können sie über den Inhalt der Verträge gemeinsame Empfehlungen nach § 13 SGB IX sowie

---

<sup>4</sup> F. Welti, in: K. Lachwitz/W. Schellhorn/F. Welti (Hrsg.), Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 35b.

<sup>5</sup> F. Welti, in: K. Lachwitz/W. Schellhorn/F. Welti (Hrsg.), Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 35b.

Rahmenverträge mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen (§ 19 Abs. 6 SGB IX) vereinbaren. Diese Norm ist Rechtsgrundlage auch für den hier behandelten Basisvertrag.

## **b) Typologie der gesundheitsrechtlichen Steuerung zwischen Kollektiv- und Individualvertrag**

Für die Ausgangsfrage, welche Auswirkungen die tatsächlich stattgefundenen kollektivvertraglichen Verhandlungen auf den Anspruch auf Vertragsverhandlungen im Vorfeld des Abschlusses von Individualverträgen haben, kommt es entscheidend auf die gesetzliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen kollektiven Akteuren und den einzelnen Leistungserbringern an. Dieses ist in den einzelnen Versorgungsbereichen sehr unterschiedlich ausgestaltet; einige ausgewählte Beispiele ermöglichen es, das Leistungserbringungsrecht in der Rehabilitation insoweit typologisch einzuordnen:

Das Verhältnis zwischen Verbänden und den einzelnen Leistungserbringern ist etwa im *Vertragsarztrecht* mitgliederschaftlich ausgestaltet. Nach den §§ 77 Abs. 3 S. 1 und 95 Abs. 3 S. 1 SGB V werden zugelassene Vertragsärzte Mitglieder der für ihren Vertragsarztsitz zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung. Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind nach § 77 Abs. 5 SGB V Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie haben nach § 82 Abs. 2 SGB V u. a. die Aufgabe, mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen die Vergütung der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen zu regeln. Zu diesem Zweck installieren die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen nach § 87 Abs. 3 SGB V gemeinsam mit dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen einen Bewertungsausschuss, der dafür zuständig ist, einen Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) für die ärztlichen Leistungen zu vereinbaren (§ 87 Abs. 1 S. 1 SGB V). Der EBM ist ein Normsetzungs-

vertrag und mithin eine Rechtsnorm.<sup>6</sup> Er bestimmt gemäß § 87 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB V den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punktzahlen (also nicht in Geldbeträgen) ausgedrücktes Verhältnis zueinander. Jeder einzelnen ärztlichen Leistung wird eine Punktzahl zugeordnet, die den Zeitaufwand und die Kosten dieser Leistung im Verhältnis zu anderen Leistungen wiedergibt.<sup>7</sup> Der EBM ist das zentrale Steuerungsmedium im Vertragsarztrecht: Denn er ist nicht nur die Grundlage für die Berechnung der Vergütung des Arztes, sondern erfüllt zugleich die Funktion eines abschließenden Leistungskataloges.<sup>8</sup> Es ist damit jedenfalls im Rahmen des nach wie vor herrschenden Kollektivvertragssystems ausgeschlossen, dass einzelne Ärzte und Krankenkassen Vereinbarungen über den Umfang oder die Vergütung von Leistungen treffen; beide sind als Mitglieder ihrer öffentlich-rechtlich organisierten Verbände an die kollektivvertraglichen Vereinbarungen gebunden.

Auch im *Krankenhausrecht* wird das Versorgungsgeschehen durch Kollektivverträge beherrscht. Neben den zwei- und dreiseitigen Verträgen (§§ 112, 115 SGB V) sind insbesondere die Vergütungsvereinbarungen hervorzuheben. Nach § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KHEntgG vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Verband der privaten Krankenversicherung gemeinsam mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft einen Fallpauschalenkatalog. Zur Bestimmung von dessen Höhe legen die Vertragsparteien auf Landesebene (= Landeskrankenhausgesellschaft, Landesverbände der Krankenkassen, Ersatzkassen, Landesausschuss der Verbände der privaten Krankenversicherung, § 18 Abs. 1 S. 2 KHG) sodann nach § 10 Abs. 1 S. 1 KHEntgG einen landesweit geltenden Basisfallwert fest. Ebenso wie im Vertragsarztrecht werden diese Vereinbarungen mit Wirkung für die einzelnen Krankenkassen und Krankenhäuser getroffen (§ 9 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 11 KHEntgG), die sodann auf dieser Basis Pflegesatzverhandlungen (§§ 18 KHG, 11 KHEntgG) führen. Bereits im Krankenhaus-

---

<sup>6</sup> BSGE 81, 86 (89); 83, 218 (219); 88, 216 (233).

<sup>7</sup> K. Scholz, in: U. Becker/T. Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Aufl. 2010, § 87 Rn. 6.

<sup>8</sup> BSGE 79, 239 (242); 81, 86 (92); 84, 247 (248).

recht ist die Bindung der einzelnen Krankenhäuser an die Kollektivvereinbarungen auf Landes- und Bundesebene nicht unproblematisch. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Bindungswirkung wird bezweifelt,<sup>9</sup> weil die einzelnen Krankenhäuser, anders als im Vertragsarztrecht die Vertragsärzte, nicht Zwangsmitglieder einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft sind, sondern in den privatrechtlich organisierten Krankenhausgesellschaften (§ 108a SGB V) organisiert sind, in denen sie Mitglieder sein können, aber nicht müssen; die Krankenhausgesellschaften können Kollektivverträge also auch mit Wirkungen für Nichtmitglieder abschließen. Man kann hier die Erstreckung auf Mitglieder aber immerhin noch damit rechtfertigen, dass sie ausdrücklich gesetzlich angeordnet und insoweit legitimiert ist (§§ 9 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, 112 Abs. 2 S. 2, 115 Abs. 2 S. 2 SGB V).

Im *Rehabilitationsrecht* hingegen gibt es, vergleichbar mit allen anderen Leistungsbereichen des Gesundheitsrechts, weder mit dem Krankenhaus- oder gar Vertragsarztrecht vergleichbare Verbandsstrukturen noch Normen, die die Bindung der Parteien der Individualverträge an kollektivvertragliche Vereinbarungen vorsehen. Nach § 21 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 SGB IX können die Rehabilitationsträger mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen Kollektivvereinbarungen treffen, sie sind dazu aber nicht verpflichtet, sondern können die nach Hs. 1 aufzustellenden einheitlichen Grundsätze auch durch gemeinsame Empfehlungen nach § 13 SGB IX erreichen. Die damit nur schwache kollektivvertragliche Vorprägung des individualvertraglichen Geschehens wird auch dadurch unterstrichen, dass die Rehabilitationsträger nur darauf hinwirken sollen, dass die Verträge nach einheitlichen Grundsätzen abgeschlossen werden, d. h. es gibt keine ggfs. im Wege der Aufsicht durchzusetzende Rechtspflicht zur Aufstellung/Vereinbarung dieser Grundsätze. Insbesondere gibt es, anders als im Vertragsarzt- und Krankenhausrecht, keine an die Kollektivvertragsparteien gerichtete Verpflichtung, Vergütungsvereinbarungen zu treffen. Hinzu kommt, dass die kol-

---

<sup>9</sup> Vgl. zur Diskussion im Zusammenhang mit den zwei- und dreiseitigen Verträgen etwa U. Becker, in: U. Becker/T. Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Aufl. 2010, § 112 Rn. 13; T. Kingreen, in: Beck-OK SGB V, § 112 [2007] Rn. 16.

lektiven Vertragsparteien auf Seiten der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen nur unspezifisch als „Arbeitsgemeinschaften“ bezeichnet werden, die sie nach § 19 Abs. 6 SGB IX zudem nur bilden sollen, aber nicht müssen.<sup>10</sup> d. h. das Gesetz würde sogar den (für die Einrichtungen und Dienste allerdings strategisch ungünstigen) Zustand hinnehmen, dass es überhaupt keine für den Abschluss von Kollektivverträgen nach § 21 Abs. 2 SGB IX erforderlichen Arbeitsgemeinschaften gibt. Schließlich gibt es, anders als im Krankenhausrecht, keine Rechtsnormen, die eine verbindliche Erstreckung dieser Kollektivverträge auf die einzelnen Rehabilitationsträger und -einrichtungen anordnen.

Die Bedeutung des Kollektivvertrages für das Leistungserbringungsrecht in der Rehabilitation ist damit, verglichen mit anderen Bereichen, in denen medizinische Leistungen erbracht werden, ausgesprochen gering. Entscheidendes Steuerungsmedium ist der Individualvertrag; diesen müssen die Rehabilitationsträger aus Gründen ihrer Sicherstellungspflicht (§ 19 Abs. 1 SGB IX)<sup>11</sup> abschließen, und in ihm verwirklichen sich die Rechte der Leistungserbringer. Daraus folgt zugleich, dass ihre im Folgenden näher zu prüfenden Verhandlungsrechte jedenfalls nicht dadurch eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden, dass bereits Verhandlungen auf kollektivvertraglicher Ebene stattgefunden haben. Entscheidender Bezugspunkt der Prüfung des Anspruchs auf Vertragsverhandlungen ist daher der Individualvertrag nach § 21 Abs. 1 SGB IX.

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu und zur privatrechtlichen Rechtsnatur der Arbeitsgemeinschaften etwa *H. Haines*, in: D. H. Dau/F. J. Düwell (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar SGB IX, 2. Aufl. 2009, § 19 Rn. 18. Eine entsprechende Verpflichtung dürfte auch kaum mit der negativen Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) vereinbar sein, die gerade die Freiheit schützt, sich nicht zu privatrechtlichen Vereinigungen zusammenzuschließen, vgl. nur *B. Pie-roth/B. Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009, Rn. 789.

<sup>11</sup> Dazu *R. Kessler*, Ausführung von Leistungen zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: O. Deinert/V. Neumann (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Handbuch SGB IX, 2. Aufl. 2010, § 9 Rn. 38ff.

### **c) Exkurs: Rechtspolitische Notwendigkeit der Stärkung der kollektiven Akteure**

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass das derzeit geltende Vertragsrecht der medizinischen Rehabilitation primär Individualvertragsrecht ist und daher kollektivvertragliche Anhörungsrechte das Fehlen individualvertraglicher Verhandlungen nicht kompensieren können.

Dieses Verhältnis zwischen Kollektiv- und Individualvertragsrecht ist allerdings rechtspolitisch unbefriedigend. § 21 Abs. 2 S. 1 SGB IX bringt den Wunsch des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass die Verträge nach einheitlichen Grundsätzen abgeschlossen werden. Ein einheitliches Vertragsregime setzt aber voraus, dass das kollektivvertragliche gegenüber dem individualvertraglichen Vertragsregime und damit auch die kollektiven Akteure gestärkt werden, etwa indem die Arbeitsgemeinschaften (§ 19 Abs. 6 SGB IX) zu „maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene“ befördert werden, wie das etwa im Heil-, Hilfs- und Arzneimittelrecht (§ 125 Abs. 1, 127 Abs. 1a, 129 Abs. 2 und SGB V) der Fall ist. Nur so kann sichergestellt werden, dass bereits auf Verbandsebene die wesentlichen Vertragsinhalte mit verbindlicher Wirkung für die Individualvertragsparteien festgelegt werden. Eine solche Aufwertung würde nicht nur die Individualvertragsparteien von langwierigen Vertragsverhandlungen entlasten, sondern auch die problematische Asymmetrie zwischen Leistungsträgern und -erbringern in diesem Bereich nivellieren; insbesondere könnte im Kollektivvertragsrecht das längst überfällige Schiedsverfahren etabliert werden.<sup>12</sup>

## **2. Der Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages**

Für die Frage, ob die einzelnen Kliniken einen Anspruch darauf haben, Vertragsverhandlungen mit den Rehabilitationsträgern nach § 21 Abs. 1 SGB IX zu führen, kommt es wesentlich auf ihren Status im Vertragsrecht an sowie auf die Bindungen, denen die Leistungsträger insoweit unterliegen. Ein Anspruch auf den Einstieg in Vertragsverhandlungen wäre insbeson-

---

<sup>12</sup> Dazu unten 3. c) bb).

dere zu verneinen, wenn die Rentenversicherungsträger frei darüber entscheiden könnten, mit wem und unter welchen Bedingungen sie Verträge nach § 21 Abs. 1 SGB IX abschließen und mit wem sie diesbezügliche Verhandlungen führen. Im Privatrechtsverkehr werden diese Entscheidungsbefugnisse tatsächlich durch die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt.<sup>13</sup> Doch für die Leistungsträger verwirklicht sich im Abschluss von sozialrechtlichen Versorgungsverträgen nicht grundrechtliche Autonomie, sondern die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Sicherstellung der Versorgung mit Leistungen der medizinischen Rehabilitation (§ 19 Abs. 1 SGB IX). Die Sozialversicherungsträger sind nicht grundrechtsberechtigt,<sup>14</sup> sondern als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 29 Abs. 1 SGB IV) an die Grundrechte insbesondere der Versicherten und der Leistungserbringer gebunden.

Aus dieser Bindung folgt nach Ansicht des Bundessozialgerichts ein grundsätzlicher Anspruch auf Abschluss von Versorgungsverträgen zur medizinischen Rehabilitation mit den Krankenkassen (§ 111 SGB V).<sup>15</sup> Nach § 111 Abs. 2 SGB V schließen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen Versorgungsverträge über die Durchführung von medizinischen Rehabilitationsleistungen mit solchen Einrichtungen, die für eine bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten erforderlich sind. Die Voraussetzung der Bedarfsgerechtigkeit hat etwa im Krankenhausrecht zur Folge, dass *Krankenhäuser* (§ 107 Abs. 1 SGB V) keinen Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages haben, wenn ihr Bettenangebot den Bettenbedarf übersteigt.<sup>16</sup> Zwar liegt darin ein schwerwiegender Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der aber gerechtfertigt ist, weil ein zu großes Bettenangebot als eine der Hauptursachen für medizinisch nicht gebotene Krankenhausbehandlungen gilt.<sup>17</sup> Das Bundessozialgericht ist aber mit Recht der Ansicht, dass die für den Krankenhausbereich entwickelte Auslegung des Tatbestandsmerkmals „bedarfsgerecht“ auf *Reha-*

---

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 88, 384 (403); 89, 48 (61); 103, 197 (215).

<sup>14</sup> BVerfGE 39, 302 (313f.).

<sup>15</sup> BSGE 89, 294.

<sup>16</sup> Vgl. etwa BSGE 78, 233 (241).

<sup>17</sup> BVerfGE 82, 209 (231); BSGE 89, 294 (298f.).

*bilitationseinrichtungen* (§ 107 Abs. 2 SGB V) nicht übertragen werden kann. Das Betreiben einer Rehabilitationseinrichtung werde als berufliche Betätigung durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Die Weigerung, einen Versorgungsvertrag abzuschließen, stelle sich auch hier als Eingriff dar, der nur gerechtfertigt werden könne, wenn er verhältnismäßig sei. Im Gegensatz zur Krankenhausbehandlung handele es sich „bei der stationären medizinischen Rehabilitation um eine Ermessensleistung (§ 40 Abs. 2 SGB V), bei der die Krankenkassen nach den medizinischen Erfordernissen des Einzelfalls Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Leistungen sowie die zuständige Rehabilitationseinrichtung nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmen (§ 40 Abs. 3 Satz 1 SGB V) und die zudem auf in der Regel drei Wochen begrenzt ist (§ 40 Abs. 3 Satz 2 SGB V).“<sup>18</sup> Die Krankenkassen haben daher einen erheblichen Einfluss auf die Bewilligung und die Dauer von Rehabilitationsmaßnahmen und damit auch auf die Kostenentwicklung. Anders als im Vertragsarzt- und im Krankenhausrecht stellt sich folglich das Problem der sog. angebotsinduzierten Nachfrage nicht.

Das Bundessozialgericht begründet also die fehlende Notwendigkeit einer Bedarfsprüfung vor Abschluss des Versorgungsvertrages damit, dass die Krankenkassen die Leistungsanspruchnahme noch im Einzelfall steuern können. Diese zu § 111 SGB V ergangene Rechtsprechung lässt sich zwanglos auf die von den Rentenversicherungsträgern verantwortete Rehabilitation übertragen. Hier enthält das Vertragsrecht sogar noch nicht einmal die Voraussetzung der Bedarfsgerechtigkeit; es gibt daher, unabhängig von der Frage der Verhältnismäßigkeit einer Bedarfsplanung, keine gesetzliche Grundlage für den in einer Verweigerung des Vertragsschlusses liegenden Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Selbst wenn aber die Bedarfsgerechtigkeit im Vertragsrecht geregelt wäre, wäre der Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen, weil die Rehabilitationsträger die Leistungsanspruchnahme durch die

---

<sup>18</sup> BSGE 89, 294 (302).

allein ihnen obliegenden Belegungsentscheidungen im Einzelfall (§ 19 Abs. 4 SGB IX) steuern können.<sup>19</sup>

Obwohl die Leistungserbringer einen grundsätzlichen Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages haben, behalten die Rehabilitationsträger hinreichend Gestaltungsmöglichkeiten. So ist es nicht nur legitim, sondern zwingend, dass die Erfüllung der in § 21 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX niedergelegten und durch Vereinbarungen der Qualitätssicherung (§ 20 SGB IX) weiter konkretisierten qualitativen Anforderungen an die Leistungserbringung sichergestellt ist. Nur diejenigen Einrichtungen, die in diesem Sinne leistungsfähig sind, d. h. insbesondere über eine hinreichende personelle und sächliche Ausstattung verfügen, haben einen Anspruch auf den Abschluss von Versorgungsverträgen.<sup>20</sup> Das Risiko, im Einzelfall nicht in Anspruch genommen zu werden, tragen dann ohnehin sie selbst;<sup>21</sup> allerdings ist zu betonen, dass für das Belegungsverfahren (§ 19 Abs. 4 SGB IX) die Grundsätze der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit gelten.<sup>22</sup>

### **3. Die Ausgestaltung der Verträge nach § 21 Abs. 1 SGB IX**

#### **a) Der rechtliche Rahmen für die Verhandlung der Vertragsinhalte**

Der Anspruch auf Vertragsschluss ist die wesentliche Grundlage auch für den Anspruch auf das Führen von Vertragsverhandlungen. Denn die Träger dürfen das Ausgestaltungsrecht nicht dazu missbrauchen, den Einrichtungen Bedingungen aufzuerlegen, die so schwer wie-

---

<sup>19</sup> Ebenso die überwiegende Meinung im Schrifttum, vgl. etwa *R. Bieritz-Harder*, Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, in: O. Deinert/V. Neumann (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Handbuch SGB IX, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 360f.; *R. Kessler*, Ausführung von Leistungen zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: O. Deinert/V. Neumann (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Handbuch SGB IX, 2. Aufl. 2010, § 9 Rn. 65; *A. Kunte*, Marktförmige Leistungserbringung und öffentliche Verantwortung im Sozialrecht, 2007, S. 155ff.; *V. Neumann*, Wettbewerbsrecht oder Sozialrecht, RsDE 43 (1999), S. 1 (12); *M. Quaas/R. Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 26 Rn. 103; *F. Welti*, in: K. Lachwitz/W. Schellhorn/F. Welti (Hrsg.), Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 35b.

<sup>20</sup> So die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/5074, S. 104f.

<sup>21</sup> LSG Erfurt, Beschl. v. 30. 1. 2004 – L 6 RJ 914/03 ER.

<sup>22</sup> Vgl. zur Kritik an der bisherigen Praxis der Rentenversicherungsträger: Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, S. 133 sowie bereits *M. Gaßner*, Zur Notwendigkeit der Neustrukturierung der Kliniken der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Informationen der Regionalträger der Deutschen Rentenversicherung in Bayern 2006, S. 397ff.

gende Grundrechtseingriffe enthalten, dass der Anspruch auf Vertragsschluss faktisch leerläuft. Aus diesem Grunde ist im Folgenden der rechtliche Rahmen für die Verhandlung der Vertragsinhalte zu entwickeln.

Für die Ausgestaltung der Versorgungsverträge über die Erbringung medizinischer Rehabilitationsleistungen gelten primär die bereits erwähnten Bestimmungen des speziellen Vertragsrechts (insbesondere: §§ 20, 21 SGB IX). Sie enthalten aber keine Regelungen über das Zustandekommen eines Versorgungsvertrages, insbesondere zu der Frage einer Pflicht, Vertragsverhandlungen zu führen. Insoweit gilt daher allgemeines Vertragsrecht. Denn die Verträge nach § 21 Abs. 1 SGB IX sind, was lange Zeit umstritten war,<sup>23</sup> nach mittlerweile allgemeiner Meinung öffentlich-rechtliche Verträge.<sup>24</sup> Für sie gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 53-61 SGB X), wenn und soweit sich aus dem SGB IX oder anderen, die medizinische Rehabilitation betreffenden Bestimmungen keine speziellen Regelungen ergeben.<sup>25</sup> Damit gelten nach § 61 S. 2 SGB X ergänzend und entsprechend die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB).

Der Verweis auf die Vorschriften des BGB belegt, dass auch die Parteien eines öffentlich-rechtlichen Vertrages grundsätzlich befugt sind, die Bedingungen dieses Vertrages frei auszuhandeln. Das gilt auch für die Versorgungsverträge nach § 21 Abs. 1 SGB IX. Diese bilden die wesentliche Grundlage für die Belegung und die Abwicklung der erbrachten Leistungen. Die Rehabilitationsträger haben daher ein nachvollziehbares Interesse daran, attraktive Vertragsbedingungen zu erzielen. Es ist im Grundsatz auch nichts dagegen einzuwenden, dass sie

---

<sup>23</sup> Vgl. dazu ausführlich *E. Eichenhofer*, Das Rechtsverhältnis zwischen Rehabilitationsträger und Rehabilitationseinrichtungen, NZS 2002, S. 348ff.

<sup>24</sup> LSG Stuttgart, Urt. v. 22. 2. 2006, L 5 AL 4767/03 (= BeckRS 2006 43342); *E. Eichenhofer*, Das Rechtsverhältnis zwischen Rehabilitationsträger und Rehabilitationseinrichtungen, NZS 2002, S. 348 (349); *R. Kessler*, Ausführung von Leistungen zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: O. Deinert/V. Neumann (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Handbuch SGB IX, 2. Aufl. 2010, § 9 Rn. 64; *T. Kunze/R. Kreikebohm*, Sozialrecht versus Wettbewerbsrecht – dargestellt am Beispiel der Belegung von Rehabilitationseinrichtungen Teil 1, NZS 2003, S. 5 (6f.); *F. Welti*, in: K. Lachwitz/W. Schellhorn/F. Welti (Hrsg.), Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 17f.; vgl. auch BSG, Beschl. v. 22. 4. 2009, B 13 SF 1/08 R (= BeckRS 2009 63362), Rn. 16, allerdings bezogen auf den Rechtsweg.

<sup>25</sup> *F. Welti*, in: K. Lachwitz/W. Schellhorn/F. Welti (Hrsg.), Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 3. Aufl. 2010, § 21 Rn. 19.

den auf der Angebotsseite bestehenden Wettbewerb zu ihren Zwecken nutzen. Allerdings ist diese vertragliche Gestaltungsfreiheit nicht unbegrenzt. Nach § 58 Abs. 1 SGB X ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des BGB ergibt. Deshalb ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der gegen gesetzliche Vorschriften verstößt, nach § 134 BGB ebenso nichtig wie eine gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstoßende Vereinbarung. § 134 wie § 138 Abs. 1 BGB statuieren zwar eine eindeutige Rechtsfolge (= Nichtigkeit), verweisen aber hinsichtlich ihrer Voraussetzungen auf andere Tatbestände: Für § 134 BGB kommt es entscheidend auf die Prüfung der Verbotsnorm an und für § 138 Abs. 1 BGB auf die Frage, was unter „guten Sitten“ zu verstehen ist.

Für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verweigerung von Vertragsverhandlungen ist § 134 BGB unergiebig. Denn dieser bezieht sich auch beim öffentlich-rechtlichen Vertrag auf den Vertragsinhalt und nicht auf das Zustandekommen des Vertrages. Für die Qualifizierung als Verbotsnorm i. S. v. § 134 BGB kommt es also darauf an, dass gerade der vertraglich vereinbarte Erfolg verboten ist.<sup>26</sup> Verfahrensverstöße sind hingegen allenfalls relevant, wenn sich in ihnen gerade das inhaltliche Verbot verwirklicht,<sup>27</sup> wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen.

Als Anknüpfungspunkt kommt aber § 138 Abs. 1 BGB in Betracht. Die Sittenwidrigkeit eines Vertrages kann sich nämlich insbesondere aus den Umständen seines Zustandekommens ergeben, wobei hier der Missbrauch hoheitlicher Machtüberlegenheit durch Ausnutzung von Zwangssituationen des privaten Vertragspartners eine der wichtigsten Fallgruppen bildet.<sup>28</sup> Nun steht zwar die Vorstellung „eines zwischen gleich mächtigen Partnern in völlig autonomer Willensentscheidung ohne jeglichen Motivations- oder Problemdruck zustande gekom-

---

<sup>26</sup> Allg. Meinung, vgl. nur *M. Fehling*, in: *M. Fehling/B. Kastner* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2010, § 59 Rn. 14.

<sup>27</sup> *E. Gurlit*, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, 2000, S. 421f.

<sup>28</sup> *H.-J. Bonk*, in: *P. Stelkens/H.-J. Bonk/M. Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 59 Rn. 59; *M. Fehling*, in: *M. Fehling/B. Kastner* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2010, § 59 Rn. 18.

menen Vertrages [...] der Utopie weitaus näher als der Realität.“<sup>29</sup> Die Sittenwidrigkeit ergibt sich daher nicht allein aus der Ungleichheit der Vertragspartner. Allerdings bedarf es rechtlicher Schutzmechanismen, die verhindern, dass aus einem grundsätzlich hinzunehmenden Machtgefälle ein „einseitiges Vertragsdiktat“<sup>30</sup> wird. Für die Konkretisierung und Anwendung der Generalklauseln wie der „guten Sitten“ spielen die Grundrechte eine entscheidende Rolle,<sup>31</sup> und zwar vor allem beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, weil hier, anders als beim privatrechtlichen Vertrag, eine Vertragspartei (nämlich der Verwaltungsträger) unmittelbar an diese gebunden ist. In Betracht kommen hier Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG:

Art. 2 Abs. 1 GG schützt sowohl die Freiheit, einen Vertrag abzuschließen (Abschlussfreiheit), als auch, diesen inhaltlich zu gestalten (Inhaltsfreiheit).<sup>32</sup> Im Gegensatz zu einem einseitigen Hoheitsakt – wie beispielsweise dem Verwaltungsakt – basiert der öffentlich-rechtliche Vertrag auf dem Einverständnis der Vertragsparteien.<sup>33</sup> Die grundrechtlich geschützte vertragliche Gestaltungsfreiheit setzt allerdings voraus, „dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind.“<sup>34</sup> Daran fehlt es, wenn ein Vertragspartner im Verhältnis zu einem anderen in einer sozial oder ökonomisch übermächtigen Position ist und den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann.<sup>35</sup>

Wenn ein Hoheitsträger als Nachfrager von Leistungen auftritt, kann zudem Art. 12 Abs. 1 GG einschlägig sein. Zwar liegt noch kein Eingriff in das Grundrecht vor, wenn der Verwaltungsträger als ein Nachfrager unter vielen auftritt<sup>36</sup> und in diesem Rahmen die Möglichkeiten des Anbieterwettbewerbs nutzt. Denn auch aus Art. 12 Abs. 1 GG folgt für die Anbieter

---

<sup>29</sup> V. Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 373.

<sup>30</sup> K. Larenz/M. Wolf, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2004, § 42 Rn. 1; ferner H. Heinrichs, in: O. Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage 2005, § 138 Rn. 34.

<sup>31</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 198 (206).

<sup>32</sup> H.-W. Eckert, in: H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage 2008, § 145 Rn. 8.

<sup>33</sup> H. Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 33. Auflage 2009, § 8 Rn. 1.

<sup>34</sup> BVerfGE 103, 89 (100).

<sup>35</sup> BVerfGE 81, 242 (255); 89, 214 (232); 103, 89 (101); dazu gleich unter b).

<sup>36</sup> G. Manssen, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Begr./Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz Bd. I, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Abs. 1 Rn. 101.

kein „Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten [...]. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen.“<sup>37</sup> Wenn aber „die öffentliche Hand die Nachfragemacht ganz oder teilweise monopolisiert hat, hat sie auch für die grundrechtlichen Folgen dieser Entscheidung einzustehen.“<sup>38</sup> Deshalb ist insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG einschlägig, wenn der Staat, wie etwa bei den Hochschulen,<sup>39</sup> dem Referendardienst<sup>40</sup> und der Vergabe von Notarstellen<sup>41</sup>, ein faktisches Monopol besitzt.<sup>42</sup>

### **b) Einzelfälle gestörter Vertragsparität**

Zu der Frage der Rechtmäßigkeit von Verträgen bei gestörter Vertragsparität gibt es reichhaltige Rechtsprechung, die auch für die rechtliche Beurteilung des Verhaltens der Rentenversicherungsträger im Vorfeld des Abschlusses von Versorgungsverträgen nach § 21 Abs. 1 SGB IX relevant ist. Der typische Fall eines gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoßenden Machtmissbrauchs ist die Preisgestaltung durch Energieversorgungsunternehmen. So hat der Bundesgerichtshof noch vor der Liberalisierung der Energiemärkte und der Einführung spezieller kartellrechtlicher Bestimmungen gegen den Missbrauch von Marktmacht entschieden, dass ein Energieversorgungsvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist, wenn er „auf der Ausnutzung einer Monopolstellung gegenüber einem Partner beruht, der auf den Geschäftsverkehr mit dem Monopolisten angewiesen ist.“<sup>43</sup> Der verfassungsrechtliche Schutz der unterlegenen Partei für den Fall gestörter Vertragsparität ist aber vor allem durch drei Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts herausgearbeitet worden, die daher im Folgenden exemplarisch herausgegriffen werden:

---

<sup>37</sup> BVerfGE 105, 252 (265); 106, 275 (298f.).

<sup>38</sup> P. M. Huber, Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, 877 (879f.).

<sup>39</sup> BVerfGE 33, 303 (331f.); 85, 36 (54).

<sup>40</sup> BVerfGE 39, 334 (373).

<sup>41</sup> BVerfGE 73, 280 (296).

<sup>42</sup> R. Gaier, Verfassungsrecht – Fesseln und Freiheiten für das (Kartell-)Vergaberecht, NZBau 2008, 289 (291).

<sup>43</sup> BGH, NJW 1976, S. 710 (711).

**aa) Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter, BVerfGE 81, 242**

Gegenstand dieser Entscheidung war ein Wettbewerbsverbot in einem Handelsvertretervertrag. Danach war der Handelsvertreter verpflichtet, für die Dauer von 2 Jahren jede Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen zu unterlassen, gleichgültig, ob diese Tätigkeit in einem Angestelltenverhältnis, selbstständig oder durch eine Mittelsperson ausgeführt wurde. Nachdem er nach Beendigung des Vertragsverhältnisses für ein Konkurrenzunternehmen tätig geworden war, wurde er vor den Zivilgerichten erfolgreich auf Wettbewerbsunterlassung verklagt.

Das Bundesverfassungsgericht konkretisiert in dieser Entscheidung erstmals die grundrechtlichen Grenzen der ja ihrerseits grundrechtlich geschützten Privatautonomie. Zunächst stellt es fest, dass die Verurteilung zur Wettbewerbsunterlassung die berufliche Tätigkeit des Betroffenen in einem Ausmaß verschließe, das die Existenzgrundlage des Handelsvertreters berührt. Die Unterlassungspflicht sei räumlich und gegenständlich so weit gefasst, dass der Beschwerdeführer in seiner Branche zwei Jahre lang nicht mehr arbeiten könne.<sup>44</sup> Die auch für den vorliegenden Zusammenhang wesentliche Besonderheit bestand aber darin, dass der Betroffene selbst einer entsprechenden Verpflichtung vertraglich zugestimmt hatte. Eine solche rechtsgeschäftliche Selbstbindung führe zwar zu einer Beschränkung beruflicher Mobilität, sei aber zugleich Ausübung individueller Freiheit:

„Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang. Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren.“<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> BVerfGE 81, 242 (253).

<sup>45</sup> BVerfGE 81, 242 (254).

Die Privatautonomie sei allerdings nicht unbegrenzt. Denn Privatautonomie beruhe auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, setze also voraus, dass die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind:

„Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.“<sup>46</sup>

Dem Grundgesetz lasse sich zwar nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, dass die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden müsse. Das Bundesverfassungsgericht betont insoweit den weiten Gestaltungsspielraum bei der Konkretisierung dieses Schutzes und die Pflicht, dabei auch die Interessen der Gegenseite angemessen zu berücksichtigen. Allerdings dürfe er offensichtlichen Fehlentwicklungen nicht tatenlos zusehen. Entscheidend ist insoweit letztlich eine Analyse der Ausgangssituation bei Vertragsschluss. Wenn sich Handelsvertreter schon vor oder während der Vertragsbeziehungen für die Zeit nach deren Beendigung binden sollen, bestehe ein besonderes Schutzbedürfnis. Zu dieser Zeit könnten sie häufig weder die Entwicklung der vertraglichen Zusammenarbeit noch ihre künftigen beruflichen Chancen abschätzen und deshalb auch nicht wissen, wie sich die Konkurrenzklausel auswirken wird. Mache jedoch der Unternehmer den Abschluss eines Handelsvertretervertrages oder die Fortsetzung der Zusammenarbeit von der Unterwerfung unter eine Konkurrenzklausel abhängig, bleibe dem Handelsvertreter vielfach kaum ein Verhandlungsspielraum.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> BVerfGE 81, 242 (255).

<sup>47</sup> BVerfGE 81, 242 (257).

Im Ergebnis führten diese Überlegungen zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen, welche die den Wettbewerb verbietenden Abreden auch unter Hinweis auf die Privatautonomie für zulässig erklärt hatten.

#### **bb) Bürgschaften für Familienangehörige, BVerfGE 89, 214**

In dieser Entscheidung ging es um Bürgschaftsverträge mit Familienangehörigen, die Konsumenten- und Geschäftskredite bei mittelständischen Unternehmen absicherten. Es handelte sich jeweils um Fälle, in denen junge Erwachsene in ausweglose Überschuldung gerieten, weil sie für hohe Bankkredite ihrer Partner oder Eltern gebürgt hatten, obwohl sie nur über geringfügige Einkünfte verfügten. Bei diesen „Knebelungsverträgen“ mit nahen Angehörigen des Schuldners nutzt der Kreditgläubiger die emotionale Verbundenheit des Bürgen mit dem Kreditschuldner aus und schafft Vertragsbedingungen, denen der Angehörige unter normalen Umständen nicht zustimmen würde.<sup>48</sup>

Die Zivilgerichte hatten eine Inhaltskontrolle dieser Verträge weitgehend verworfen. Bürgschaftsverträge könnten nicht deshalb als sittenwidrig angesehen werden, weil sie voraussichtlich zu einer Überschuldung führten. Die Freiheit der Vertragsgestaltung umfasse für jeden voll Geschäftsfähigen die Rechtsmacht, Verpflichtungen zu übernehmen, die nur unter besonders günstigen Bedingungen erfüllbar seien. Die geschäftliche Unerfahrenheit eines Bürgen sei kein Grund, die Kreditinstitute mit Aufklärungs- und Beratungspflichten zu belasten. Ein Volljähriger wisse im Allgemeinen auch ohne besondere Hinweise, dass die Abgabe einer Bürgschaftserklärung ein riskantes Geschäft darstelle.<sup>49</sup>

Dem ist das Bundesverfassungsgericht entgegengetreten:

„Im Vertragsrecht ergibt sich der sachgerechte Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen damit zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr. Hat einer der Vertragsteile ein

---

<sup>48</sup> H.Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 33. Auflage 2009, § 13 Rn. 27.

<sup>49</sup> Vgl. die Darstellung dieser Rechtsprechung in BVerfGE 89, 214 (216f.).

so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung [...]. Allerdings kann die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt ist. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit darf ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muss die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG).<sup>50</sup>

Es bestehe daher heute weitgehende Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs tauge, und dass der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts gehöre:

„In diesem Zusammenhang haben die Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuchs zentrale Bedeutung. Der Wortlaut des § 138 Abs. 2 BGB bringt das besonders deutlich zum Ausdruck. Darin werden typische Umstände bezeichnet, die zwangsläufig zur Verhandlungsunterlegenheit des einen Vertragsteils führen und zu denen auch dessen Unerfahrenheit gerechnet wird. Nutzt der überlegene Vertragsteil diese Schwäche aus, um seine Interessen in auffälliger Weise einseitig durchzusetzen, so führt das zur Nichtigkeit des Vertrages.“<sup>51</sup>

Die Zivilgerichte könnten sich daher nicht mit der Feststellung „Vertrag ist Vertrag“ begnügen, sondern müssten klären, ob eine bestimmte vertragliche Regelung Folge „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ sei.<sup>52</sup> Im Ausgangsfall hat das Bundesverfassungsgericht das in einem Fall bejaht, im anderen verneint.

---

<sup>50</sup> BVerfGE 89, 214 (232).

<sup>51</sup> BVerfGE 89, 214 (233).

<sup>52</sup> BVerfGE 89, 214 (234).

**cc) Unterhaltsverzicht in Eheverträgen, BVerfGE 103, 89**

Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage, inwieweit Zivilgerichte verfassungsrechtlich verpflichtet sind, Eheverträge einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, soweit darin für den Fall der Scheidung auf gesetzliche Unterhaltsansprüche verzichtet und ein Ehegatte von der Unterhaltsleistung für gemeinsame Kinder freigestellt wird. Im konkreten Fall hatte der spätere Ehemann die Eheschließung unter Hinweis auf ein von ihm nicht gewünschtes Kind vom Abschluss eines solchen Unterhaltsverzichtsvertrages abhängig gemacht.

Auch in dieser Entscheidung betont das Bundesverfassungsgericht in Anlehnung an seine bisherige Rechtsprechung wiederum die Grenzen der Privatautonomie:

„Der Staat hat [...] der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen zu setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. Es ist Aufgabe der Gerichte, in solchen Fällen gestörter Vertragsparität über die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen eines Ehevertragspartners den Inhalt des Vertrages einer Kontrolle zu unterziehen und gegebenenfalls zu korrigieren.“<sup>53</sup>

Daran anknüpfend analysiert das Bundesverfassungsgericht die tatsächliche Ausgangssituation bei Vertragsschluss und kommt zu dem Ergebnis, dass sich die schwangere Frau in einer Zwangslage befunden habe, die ihr zukünftiger Ehemann ausgenutzt habe. Diese „Unterlegenheitsposition der nicht verheirateten Schwangeren“<sup>54</sup> hätten die Zivilgerichte unzureichend gewürdigt und damit gegen die Grundrechte der Frau und des Kindes verstoßen.

---

<sup>53</sup> BVerfGE 103, 89 (101).

<sup>54</sup> BVerfGE 103, 89 (104f.).

**c) Anwendung auf das Leistungsbringungsverhältnis zwischen Rentenversicherungsträgern und Leistungserbringern in der medizinischen Rehabilitation**

Im Folgenden ist zu untersuchen, welche Konsequenzen sich aus dieser Rechtsprechung für die Frage ergeben, ob die Rentenversicherungsträger verpflichtet sind, mit den Einrichtungen vor Abschluss der Versorgungsverträge Vertragsverhandlungen zu führen.

**aa) Verstärktes Schutzbedürfnis des privaten Vertragspartners bei öffentlich-rechtlichen Verträgen**

Dabei ist zunächst in Rechnung zu stellen, dass die dargestellten Referenzfälle jeweils die Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge betreffen. Das Verhältnis zwischen Verwaltung und Privaten ist aber wegen der stark ausgeprägten Angebots- und Nachfragemacht der öffentlichen Verwaltung eher noch anfälliger gegenüber dem Problem der Machtasymmetrie als Privatrechtsbeziehungen. Diese Tendenz wird noch dadurch verstärkt, dass Verwaltung und Private ihrer Art nach konträre Vertragspartner sind, die unterschiedlichen rechtlichen Bindungen unterworfen sind.<sup>55</sup> Dieser Unterschied kommt vor allem in der Wirkung der Grundrechte zum Ausdruck: Während die grundsätzliche Zurückhaltung der Gerichte bei der Kontrolle zivilrechtlicher Verträge damit begründet werden kann, dass der Abschluss von Verträgen Ausdruck der Privatautonomie ist und außerdem die Grundrechte Private nicht unmittelbar binden, ist an einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ein unmittelbar grundrechtsgebundener Hoheitsträger beteiligt, der Verträge zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, aber nicht zur grundrechtlichen Selbstverwirklichung abschließt. Der Hoheitsträger besitzt daher gerade keine im Rahmen der Inhaltskontrolle zu berücksichtigende Privatautonomie, die es ihm er-

---

<sup>55</sup> V. Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 372f.

lauben würde, „bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit und speziell des Wuchers um eine Gegenleistung zu feilschen.“<sup>56</sup>

### **bb) Machtasymmetrie zwischen Rentenversicherungsträgern und Einrichtungen**

Das Verhältnis zwischen Rentenversicherungsträgern und Einrichtungen im Bereich der medizinischen Rehabilitation steht paradigmatisch für das allgemeine Phänomen der Machtasymmetrie zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Akteuren.

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>57</sup> lassen sich zu der Aussage zusammenfassen, dass Vertragsparität nicht besteht, wenn sich eine Partei in einer (beruflich, emotional oder wirtschaftlich begründeten) Zwangssituation befindet, die dazu führt, dass sie ein erheblich größeres Interesse am Abschluss des Vertrages hat als die andere Seite. Das ist hier der Fall: Zwischen Rentenversicherungsträgern und den einzelnen Kliniken besteht eine Machtasymmetrie, die den Trägern eine besondere Marktstrukturverantwortung aufgibt, die sich u. a. in der Verpflichtung zu transparenten und diskriminierungsfreien Verhandlungen niederschlägt.

Die Machtstellung der Rentenversicherungsträger ruht auf mehreren Pfeilern. Anders als etwa im allgemeinen Krankenversicherungsrecht (§ 140 SGB V) kennt das Rehabilitationsrecht der Rentenversicherung nicht das Verbot, Eigeneinrichtungen zu betreiben. Die Rentenversicherungsträger halten dementsprechend in ihren 95 trägereigenen Rehabilitationskliniken mehr als 18000 Betten vor, womit sie fast ein Drittel des jährlichen Bedarfs zu decken in der Lage sind.<sup>58</sup> Sie sind also befugt, Leistungen in nicht unerheblichem Maße selbst zu erbringen, und sind daher in weitaus geringerem Maße von den Kliniken abhängig als etwa die Krankenkassen von den Vertragsärzten und den Krankenhäusern. Die Kliniken hingegen sind in doppelter Hinsicht abhängig von den Rentenversicherungsträgern. Sie schließen zwar auch Verträge mit

---

<sup>56</sup> M. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 255.

<sup>57</sup> Vgl. b).

<sup>58</sup> Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, S. 131.

den Trägern der Kranken- und Unfallversicherung (§ 111 SGB V, § 33 SGB VII). Der wichtigste Vertragspartner im Bereich der medizinischen Rehabilitation sind aber die Rentenversicherungsträger; die meisten Kliniken erbringen mehr als 50% der Leistungen zu Lasten der Rentenversicherung. Diese Abhängigkeit wird aber noch durch eine Besonderheit des Rehabilitationsrechts vertieft. Anders als in anderen Leistungsbereichen entscheidet nicht allein der Versicherte darüber, welche Einrichtung er in Anspruch nimmt, sondern der Träger im Rahmen des Belegungsverfahrens nach § 19 Abs. 4 SGB IX. Auch nach Abschluss des Versorgungsvertrages bleiben die Kliniken also abhängig vom Wohlwollen des zuständigen Trägers. Dieses ist zwar rechtlich begrenzt; die Vielzahl der für die Belegung relevanten Kriterien eröffnet den Trägern aber ein erhebliches Ermessen. Die Kliniken müssen daher zumindest befürchten, dass für diese Ermessensentscheidung auch vorvertragliches Wohlverhalten eine gewisse Rolle spielen kann. Deshalb nehmen die Einrichtungen auch keinen Rechtsschutz in Anspruch, weil sie befürchten müssen, gerade nach einem erfolgreichen Gerichtsverfahren nicht mehr belegt zu werden.

Diese für die Einrichtungen ausgesprochen missliche Situation wird noch dadurch verschärft, dass für den Fall der Nichteinigung kein Schiedsverfahren vorgesehen ist. Damit fehlt ein typisches Konfliktschlichtungsinstrument des sozialrechtlichen Vertragsrechts, ohne dass es dafür einen nachvollziehbaren Grund gibt. Schiedsverfahren sind zwar primär im Kollektivvertragsrecht vorzufinden,<sup>59</sup> haben aber ansatzweise auch im Selektivvertragsrecht Einzug gehalten (vgl. § 73b Abs. 4 S. 2, Abs. 4a SGB V). Sie dienen auch und gerade der Kontrolle von Marktmacht durch unabhängige Institutionen und haben damit eine der kartellrechtlichen Kontrolle vergleichbare Funktion. Sie führen den Parteien vor Augen, dass sie ihre Ziele nur durch Kooperation und Rücksichtnahme auf die legitimen Interessen der Gegenseite erreichen können. Allein die Option, unbeteiligte Dritte in Vertragsverhandlungen einzuschalten, wirkt

---

<sup>59</sup> Vgl. zur Typologie *T. Kingreen*, in: U. Becker/T. Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Aufl. 2010, § 89 Rn. 5f.

insoweit präventiv, als keine Partei im Rahmen eines Schiedsverfahrens unterliegen möchte und schon aus diesem Grunde die Interessen der Gegenseite berücksichtigt. Vor allem beugt das Schiedsverfahren dem Phänomen parteidiktierter Verträge vor, weil auch die Partei, die meint, Vertragsinhalte einheitlich festsetzen zu können, weiß, dass sie sich spätestens im Schiedsverfahren ohnehin vertraglichen Verhandlungen stellen muss.<sup>60</sup> Diese Gestaltungsmöglichkeiten haben weder die einzelnen Einrichtungen noch die für die kollektivvertraglichen Vereinbarungen zuständigen Arbeitsgemeinschaften (§ 19 Abs. 6 SGB IX); nur ihr Fehlen kann erklären, dass es sich die Träger erlauben können, den Einrichtungen Vertragsentwürfe als „maskierte Verwaltungsakte“ vorzulegen.

### **cc) Der Vertrag als allein zulässige Handlungsform**

Eine weitere Besonderheit gegenüber der jeweiligen Ausgangslage in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>61</sup> besteht darin, dass es noch nicht einmal darum geht, ob bestimmte Vertragsbedingungen so offensichtlich unangemessen sind, dass sie zu einer auch verfassungsrechtlich relevanten Benachteiligung eines Leistungserbringers führen. Vielmehr stellt sich die vorgelagerte Frage, ob der zuständige Rentenversicherungsträger frei darüber befinden kann, *überhaupt* in Vertragsverhandlungen einzusteigen.

Hier kommt die Gesetzesbindung zum Tragen: Der Träger kann erstens wegen des Sicherstellungsauftrages (§ 19 Abs. 1 SGB IX) nicht nach Belieben darüber entscheiden, ob er Versorgungsverträge abschließt. Zweitens steht es wegen der Bedeutung der Versorgungsverträge für die Berufsfreiheit der Anbieter und des daraus folgenden grundsätzlichen Kontrahierungszwanges<sup>62</sup> auch nicht in seinem Ermessen, wem er Zugang zur Versorgung seiner Versicherten gewährt. Drittens ist aber auch die Handlungsform vorgeschrieben: Die Sicherstel-

---

<sup>60</sup> Vgl. zur Bedeutung von Schiedsverfahren gerade bei gestörter Vertragsparität *J. Jousen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, S. 241ff.

<sup>61</sup> Vgl. oben b).

<sup>62</sup> Vgl. oben 2.

lung der Versorgung mit medizinischen Rehabilitationsleistungen muss durch einen Vertrag (§ 21 Abs. 1 SGB IX) erfolgen.

Der Vertrag ist die für den Zugang zur sozialrechtlichen Leistungserbringung typische Handlungsform.<sup>63</sup> Seine Bedeutung beruht vor allem darauf, dass sich der Gesetzgeber im Bereich der Sozialversicherung für ein korporatistisches System entschieden hat, das weniger durch hierarchische Steuerung in Gestalt von Gesetzen und Verwaltungsakten, als vielmehr durch arbeitsteilige Kooperationsstrukturen gekennzeichnet ist, die durch Selbstverwaltungsträger beherrscht werden.<sup>64</sup> Diese Strukturen sind historisch gewachsen; sie sind, insbesondere im Vertragsarztrecht, auch das Resultat aus Negativverfahren mit Machtasymmetrien zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern.<sup>65</sup> Das Gesetz nutzt damit in einem komplexen, durch die Notwendigkeit enger Kommunikation zwischen den Partnern geprägten Bereich die Vorteile einvernehmlichen Verwaltungshandelns.<sup>66</sup>

Die sozialrechtlichen Leistungserbringungsverträge sind koordinationsrechtliche, keine subordinationsrechtlichen Verträge. Während sich subordinationsrechtliche Verträge dadurch auszeichnen, dass die Verwaltung insoweit auch durch Verwaltungsakt handeln könnte (§ 53 Abs. 1 S. 2 SGB X), besteht bei den koordinationsrechtlichen Verträgen ein rechtlich angeordnetes Verhältnis der Gleichordnung zwischen Sozialleistungsträger und Leistungserbringer, das darin zum Ausdruck kommt, dass das materielle Recht eine einseitige Regelung durch Verwaltungsakt nicht vorsieht.<sup>67</sup> So liegt es bei § 21 Abs. 1 SGB IX, der davon ausgeht, dass zur Statusbegründung allein der Vertrag zulässig ist; eine Ermächtigung zum Erlass

<sup>63</sup> Vgl. etwa zur Typologie der Handlungsformen im Krankenversicherungsrecht U. Becker/T. Kingreen, in: U. Becker/T. Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Aufl. 2010, § 69 Rn. 10ff.

<sup>64</sup> H. Wißmann, Kooperation im Wettbewerb: Soziale Dienstleistungen als Herausforderung staatlicher Regulierung, in: A. von Arnould/A. Musil (Hrsg.), Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, 2009, S. 139 (149ff.).

<sup>65</sup> Vgl. zu dieser Problematik, die zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts zu Ärztestreiks und ähnlichen Auseinandersetzungen geführt hatte, etwa P. Axer, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: M. von Wulffen/O. E. Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339 (344ff.); D. Boerner, Normenverträge im Gesundheitswesen, 2003, S. 22ff.; F. E. Schnapp, Geschichtliche Entwicklung des Kassenzarztechts, in: F. E. Schnapp/P. Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 6ff.

<sup>66</sup> Dazu H. Grzwiotz, Vertragsgestaltung im Öffentlichen Recht, 2002, § 1 Rn. 12ff.

<sup>67</sup> Vgl. zur Unterscheidung zwischen subordinations- und koordinationsrechtlichen Verträgen etwa E. Gurlit, Begriff, Bedeutung und Arten des Verwaltungsvertrages, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, § 28 Rn. 6ff.

eines Verwaltungsaktes gibt es nicht. Die Sozialversicherungsträger sind daher nicht befugt, im Wege der hierarchischen Verwaltung durch Verwaltungsakt zu handeln; vielmehr ist der Vertrag die allein zulässige Handlungsform.

Indem die Rentenversicherungsträger aber den Einrichtungen Vertragsentwürfe vorlegen, über die Verhandlungen nicht stattfinden sollen, nehmen sie faktisch eine Kompetenz für sich in Anspruch, die ihnen das Recht nicht verleiht: Die einseitige Festlegung der Bedingungen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses. Die Leistungserbringer werden damit letztlich vor die Wahl gestellt, entweder den Vertrag mit dem hoheitlich vorgegebenen Inhalt zu vereinbaren oder auf den Abschluss zu verzichten. Es ist aber das Wesen des Vertrages, dass er nicht oktroyiert, sondern verhandelt wird.<sup>68</sup> Für diese faktische Anmaßung einer Verwaltungsaktkompetenz fehlt es nicht nur an einer gesetzlichen Grundlage, sondern sie untergräbt auch die vom Gesetz (§ 19 Abs. 1 SGB IX) vorausgesetzte Kooperation und Kommunikation zwischen Leistungsträgern und -erbringern.

Diese Missachtung des Kooperationsverbots verhindert insbesondere die Vereinbarung einer die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit berücksichtigenden *angemessenen Vergütung*. Die entsprechenden einfach-rechtlichen Bestimmungen (§ 19 Abs. 4 S. 2 i. V. m. § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB IX) beziehen sich zwar nur auf die Belegung und Ausführung im Einzelfall. Es ist aber nahe liegend, die Normen auch auf den Versorgungsvertrag anzuwenden, der ja gerade die Funktion hat, die Grundlagen für eine angemessene Vergütung zu legen. Ob aus diesen einfach-rechtlichen Bestimmungen auch ein subjektiver Anspruch der Einrichtungen auf angemessene Vergütung folgt, kann offen bleiben,<sup>69</sup> weil dieser jedenfalls grundrechtlich fundiert ist: „Die Freiheit, einen Beruf auszuüben, ist untrennbar verbunden

<sup>68</sup> Vgl. schon *O. Mayer*, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AöR 3 (1888), S. 1 (40): „Nicht der Eine soll die Rechtswirkung erzeugen und der Andere sich das gefallen lassen, sondern beide zusammen müssen sie geschaffen haben; dann ist es ein Vertrag.“

<sup>69</sup> *BSG*, NZS 1995, 377 (378f.) hat eine Subjektivierung des objektiven Gebots angemessener Vergütung für § 72 Abs. 2 SGB V zwar verneint, dies aber damit begründet, dass § 72 Abs. 2 SGB V an die Kollektivvertragsparteien adressiert ist und daher keine subjektiven Rechte des einzelnen Leistungserbringers begründe. Diese Begründung ist auf den Bereich der medizinischen Rehabilitation nicht übertragbar, weil die genannten Bestimmungen unmittelbar an die Vertragsparteien adressiert sind.

mit der Freiheit, eine angemessene Vergütung zu verlangen.“<sup>70</sup> Dementsprechend umfasst Art. 12 Abs. 1 GG das Recht, „das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit denen, die an diesen Leistungen interessiert sind, auszuhandeln.“<sup>71</sup> Die Verpflichtung, berufliche Leistungen für ein nicht angemessenes Entgelt zu erbringen, ist daher ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG,<sup>72</sup> der nur durch ausreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann.<sup>73</sup> Selbst dann bildet die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz die Untergrenze.<sup>74</sup>

Entscheidend ist nun, dass die Frage, ob ein Entgelt angemessen ist oder nicht, pauschal nicht beantwortet werden kann.<sup>75</sup> Es lässt sich nur sehr allgemein sagen, dass ein Entgelt angemessen ist, wenn es die Kosten für die mit dem jeweiligen Leistungsträger vereinbarten Leistungen in der vereinbarten Qualität decken kann<sup>76</sup>, und bei ordnungsgemäßer Führung der Einrichtung die Möglichkeit leistungsgerechter Gewinne eröffnet ist.<sup>77</sup> Die Angemessenheit des Entgelts wird damit letztlich durch den konkreten Versorgungsauftrag bestimmt, der sich wiederum nicht aus dem Gesetz ergibt, sondern zwischen den Parteien vereinbart werden muss. Dazu gehören im Rehabilitationsbereich etwa Vereinbarungen darüber, wie die Behandlung interkurrenter Erkrankungen abgerechnet wird. Diese sind nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 SGB VI grundsätzlich von den Rentenversicherungsträgern und nicht von den Krankenkassen zu erbringen.<sup>78</sup> § 3 Abs. 2 des Basisvertrages und die darauf aufbauenden Entwürfe von Versorgungsverträgen sehen indes nur vor, dass mit der Vergütung sämtliche während der Rehabilitationsmaßnahme anfallenden Kosten abgegolten sind. Das ist deshalb nicht an-

---

<sup>70</sup> BVerfGE 89, 145 (159).

<sup>71</sup> BVerfG, NJW 2005, 1036 (1036f.).

<sup>72</sup> BVerfGE 47, 285 (321).

<sup>73</sup> BVerfG, NJW 2005, 1036 (1037).

<sup>74</sup> BVerfGE 101, 331 (351).

<sup>75</sup> *J. Isensee*, Das Recht des Kassenarztes auf angemessene Vergütung, VSSR 1995, S. 321 (322).

<sup>76</sup> *R. Bieritz-Harder*, in: K. Lachwitz/W. Schellhorn/F. Welti (Hrsg.), Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 3. Aufl. 2010, § 35 Rn. 7.

<sup>77</sup> *M. Quaas/R. Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 26 Rn. 113; *F. Welti*, Leistung und Leistungserbringung in der Rehabilitation: Wettbewerbsordnung im Interesse der Selbstbestimmung, SGB 2009, S. 330 (334).

<sup>78</sup> Dazu BSG, Urt. v. 14. 3. 2002 – B 13 RJ 17/01 R (= BeckRS 2002, 30246893).

gemessen, weil damit den Einrichtungen einseitig das Risiko der in ihrem Ausmaß nicht vorhersehbaren interkurrenten Erkrankungen übertragen wird.

Leistung und Gegenleistung sind also nur sehr grobmaschig gesetzlich präeterminiert: Es gibt weder einen gesetzlich fixierten Leistungskatalog noch ein gesetzliches Preisrecht. Aus eben diesem Grunde setzt das Gesetz auf eine *prozedurale Lösung*, die eine unangemessene Lastenverteilung wie im Falle der interkurrenten Erkrankungen verhindern soll: Es überträgt, mit Tarifverhandlungen vergleichbar, den Vertragsparteien die Verantwortung dafür, Verfahren zu entwickeln, mit deren Hilfe sich eine die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit berücksichtigende Angemessenheit der Vergütung bestimmen lässt; mit anderen Worten: Gerade weil materiell-rechtliche Maßstäbe für die Fixierung der Angemessenheit der Vergütung weitgehend fehlen, setzt das Gesetz auf Verhandlungen, die verhindern, dass eine Partei die Unsicherheit über die Angemessenheit durch einseitige Festlegungen missbraucht. Die Verpflichtung, Verträge abzuschließen, und der Verzicht auf eine detailgenaue Steuerung des Leistungs- und des Preisrechts unterstreichen die Präferenz für Aushandlungsprozesse, also für ein gegenseitiges Geben und Nachgeben, aus dem sich dann ein angemessenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ergeben soll.<sup>79</sup>

Wegen der nur schwach ausgeprägten materiell-rechtlichen Steuerung ist gerade die Einhaltung eben dieses Verfahrens auch der Schwerpunkt der gerichtlichen Kontrolle. Umso schwerer wiegt es, dass die Rentenversicherungsträger mit der Weigerung, über die Inhalte der Verträge nach § 21 Abs. 1 SGB IX überhaupt zu verhandeln, bereits den Einstieg in ein Verfahren verhindern, das die jeweiligen Rechte und Pflichten im Wege der Aushandlung fixieren und damit auch eine angemessene Vergütung herbeiführen könnte. Sie beschneiden damit ohne Rechtsgrundlage und in unverhältnismäßiger Weise die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Anbieter.

---

<sup>79</sup> M. Quaas/R. Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 26 Rn. 115.

Es kann damit festgehalten werden, dass die Rentenversicherungsträger mit der Weigerung, Vertragsverhandlungen mit den Einrichtungen nach § 21 Abs. 1 SGB IX zu führen, ihre Machtposition in einer die Berufsfreiheit verletzenden Weise ausnutzen. Verträge, die unter diesen Bedingungen abgeschlossen werden, sind nach § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 138 Abs. 1, 2 BGB nichtig.

## **II. Rechtmäßigkeit einzelner Anforderungen im Basisvertrag**

Der Basisvertrag (BV-MedReha) und die daran angelehnten Entwürfe der einzelnen Versorgungsverträge enthalten einige verfassungsrechtlich problematische Verpflichtungen der Einrichtungen. Grundlage der nachfolgenden Ausführungen sind die Bestimmungen des Basisvertrages; sie gelten entsprechend, wenn und soweit die einzelnen Versorgungsverträge vergleichbare Bestimmungen enthalten. Außer den nachfolgend genannten Bestimmungen sind auch § 3 Abs. 1 und 2 BV-MedReha problematisch, auf die vorstehend<sup>80</sup> bereits eingegangen wurde.

### **1. Offenlegung anderer Vergütungssätze, § 3 Abs. 3 BV-MedReha**

Nach § 3 Abs. 3 BV-MedReha teilt die Rehabilitationseinrichtung dem Rentenversicherungsträger andere Kostensätze (Leistungspakete) unter Einschluss der Verträge nach § 140a SGB V mit. Daraus folgt vor allem die Pflicht der Einrichtungen, dem Rentenversicherungsträger die mit anderen Sozialversicherungsträgern (vor allem den Krankenkassen) vereinbarten Vergütungen mitzuteilen.

---

<sup>80</sup> Vgl. I. 3. c) cc).

### a) Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG

Diese Verpflichtung ist an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Dieser gewährleistet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen:<sup>81</sup>

„Wird exklusives wettbewerbserhebliches Wissen den Konkurrenten zugänglich, mindert dies die Möglichkeit, die Berufsausübung unter Rückgriff auf dieses Wissen erfolgreich zu gestalten. So können unternehmerische Strategien durchkreuzt werden. Auch kann ein Anreiz zu innovativem unternehmerischen Handeln entfallen, weil die Investitionskosten nicht eingebracht werden können, während gleichzeitig Dritte unter Einsparung solcher Kosten das innovativ erzeugte Wissen zur Grundlage ihres eigenen beruflichen Erfolgs in Konkurrenz mit dem Geheimnisträger nutzen.“<sup>82</sup>

Geschäftsgeheimnisse verkörpern also einen Wettbewerbsvorteil, der durch Offenlegungspflichten beseitigt wird, ohne dass der Begünstigte dafür eine Gegenleistung erbringen müsste.<sup>83</sup> Es besteht daher ein verfassungsrechtlich anerkanntes Interesse der Rehabilitationseinrichtungen daran, die mit anderen Vertragspartnern vereinbarten Konditionen den Rentenversicherungsträgern nicht mitteilen zu müssen.

Ob ein Eingriff vorliegt, kann fraglich sein, weil die Einrichtungen durch den Abschluss des Vertrages in die Beschränkung ihrer Freiheit einwilligen. Es handelte sich dann um einen sog. Grundrechtsverzicht.<sup>84</sup> Allerdings muss dieser Verzicht, soll er die Grundrechtsbeeinträchtigung ausschließen, freiwillig sein, woran es fehlt, wenn ohne die Zustimmung gewichtige Nachteile entstehen.<sup>85</sup> Das ist hier der Fall, weil die Einrichtungen vom Abschluss der Versorgungsverträge abhängig sind, und sie daher auch Konditionen akzeptieren, die ihren Inte-

---

<sup>81</sup> BVerfGE 115, 205 (229).

<sup>82</sup> BVerfGE 115, 205 (230).

<sup>83</sup> T. von Danwitz, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Recht der Regulierungsverwaltung, DVBl. 2005, S. 597 (600f.).

<sup>84</sup> Vgl. etwa B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009, Rn. 146ff.

<sup>85</sup> BVerwGE 119, 123 (127).

ressen entgegenstehen.<sup>86</sup> Das ist auch deshalb problematisch, weil die Einrichtungen einen grundsätzlichen Anspruch auf Abschluss des Versorgungsvertrages haben. Dieser Anspruch darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Träger den Einrichtungen Belastungen auferlegen, denen sie nur wegen ihrer Abhängigkeit von den Versorgungsverträgen zustimmen. Aus diesem Grunde ist die Figur des Grundrechtsverzichts für die grundrechtliche Prüfung der einzelnen Vertragsbedingungen unergiebig.

Die vertragliche Verpflichtung, die mit anderen Trägern vereinbarten Vergütungssätze offenlegen zu müssen, greift daher in Art. 12 Abs. 1 GG ein.

### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Art. 12 Abs. 1 GG steht unter einfachem Gesetzesvorbehalt: Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn er sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann (Parlamentsvorbehalt) und das Grundrecht in verhältnismäßiger Weise einschränkt.

Problematisch ist schon die Rechtsgrundlage für die Offenlegungspflicht. Die Anforderungen an den Parlamentsvorbehalt dürfen zwar beim Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht überspannt werden. Denn das Gesetz verzichtet auf eine Detailsteuerung gerade im Interesse der eigenverantwortlichen Ausgestaltung von Rechtsbeziehungen.<sup>87</sup> Grundsätzlich gilt daher, dass alle Vereinbarungen, die der Verwirklichung der in § 21 SGB IX genannten Ziele gelten, durch diese Norm gedeckt sind. Weitere mögliche Grundlagen sind die Verpflichtung zur Zusammenarbeit der Rehabilitationsträger (§ 12 SGB IX) und zum Erlass gemeinsamer Empfehlungen (§ 13 SGB IX). Es ist das nachvollziehbare Ziel dieser Bestimmungen, die Vertragspartner in die Lage zu versetzen, einheitliche Regelungen für die Ausführung von medizinischen Rehabilitationsleistungen zu vereinbaren.

---

<sup>86</sup> Vgl. dazu bereits oben I. 3.

<sup>87</sup> Vgl. zu der durch die unterschiedlichen Regelungsstrukturen der einzelnen Rechtgebiete bedingten „Entwicklungsoffenheit des Demokratieprinzips“ G. F. Schuppert, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, 2006, § 20 Rn. 61; ferner H. Dreier, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 133.

Ob diese Bestimmungen allerdings Offenlegungspflichten decken, ist gleichwohl zweifelhaft. Aus § 21 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX lässt sich nämlich nur ableiten, dass die Verträge die Grundsätze der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung von Vergütungen übernehmen sollen. Das ist nur möglich, wenn diese Grundsätze existieren. Aus § 21 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX kann man also nur entnehmen, dass die Vertragsparteien Vergütungsgrundsätze übernehmen müssen, wenn die Rehabilitationsträger sie aufgestellt haben. Was die Träger aber selbst beschlossen haben, muss ihnen gegenüber nicht mehr offen gelegt werden. Daraus kann man schließen, dass die Vorschrift eine Verpflichtung zur Mitteilung von individuellen Vergütungsvereinbarungen nicht deckt. Es spricht daher viel dafür, dass das Ansinnen der Rentenversicherungsträger auf Offenlegung der mit anderen Trägern vereinbarten Vertragskonditionen schon in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage verfassungswidrig ist.

Die Regelung ist auch in der Sache nicht zu rechtfertigen. Zwar haben die Rentenversicherungsträger ein legitimes Interesse daran, dass die Leistungen nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit erbracht werden. Dennoch kommt es auch insoweit auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im konkreten Einzelfall an. Aus diesem Grunde wäre das Wissen über die Vergütungssätze, die die Kliniken mit den Krankenkassen vereinbaren, unergiebig, denn Krankenkassen und Rentenversicherungsträger verfolgen mit medizinischen Rehabilitationsleistungen unterschiedliche, durch den jeweiligen Sozialversicherungszweig geprägte Ziele.<sup>88</sup> Die von den Krankenkassen verantwortete medizinische Rehabilitation dient nach § 11 Abs. 2 S. 1 SGB V dazu, eine Behinderung oder Pflegebedürftigkeit abzuwenden oder zu beseitigen, zu mindern, auszugleichen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern. Die in die Zuständigkeit der Rentenversicherungsträger fallenden medizinischen Rehabilitationsleistungen sind hingegen darüber hinausgehend auf Besserung oder Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit (§ 9 Abs. 1 S. 1 SGB VI) und damit auf ein

---

<sup>88</sup> Dazu A. Reimann, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, in: B. von Maydell/F. Ruland/U. Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, § 28 Rn. 173ff., 219ff.

wesentlich ambitionierteres Ziel gerichtet. Die mit den Krankenkassen vereinbarten Vergütungssätze sind daher kein geeigneter Maßstab für die in der Verantwortung der Rentenversicherungsträger liegenden Leistungen. Das Ansinnen der Rentenversicherungsträger ist auch deshalb unverständlich, weil sie die Pflegesätze für ihre Eigeneinrichtungen ohnehin kennen, und diese für einen Vergleich wesentlich ergiebiger sind als die mit den Krankenkassen vereinbarten Sätze. Dass diese seit Jahren über den Pflegesätzen für private Einrichtungen liegen,<sup>89</sup> belegt nur, dass die mit diesen vereinbarten Vergütungen in der Vergangenheit jedenfalls nicht ganz unrealistisch waren.

## **2. Ausschluss von zusätzlichen Leistungen, § 4 Abs. 2 BV-MedReha**

An Art. 12 Abs. 1 GG zu messen ist auch das in § 4 Abs. 2 BV-MedReha enthaltene Verbot, bestimmte zusätzliche Leistungen (Chefarztbehandlung, weitergehende Therapiemaßnahmen oder spezielle diagnostische Angebote) zu erbringen. Art. 12 Abs. 1 GG schützt alle im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehenden Entscheidungen, insbesondere Form, Mittel und Umfang sowie die gegenständliche Ausgestaltung der Betätigung.<sup>90</sup> Geschützt ist insbesondere auch der Abschluss von Verträgen, die im Zusammenhang mit der Berufsausübung stehen,<sup>91</sup> also auch der Abschluss von Dienstverträgen, die der medizinischen Rehabilitation dienen. § 4 Abs. 2 BV-MedReha hindert die Einrichtungen am Abschluss von derartigen Verträgen, die außerhalb des sozialrechtlichen Leistungsspektrums liegen. Darin liegt ein Grundrechtseingriff.<sup>92</sup>

Abgesehen davon, dass auch für diesen Eingriff keine rechtliche Grundlage vorhanden ist, ist nicht erkennbar, welchen legitimen Zielen diese Beschränkung dienen sollte. Der sozialrechtliche Parlamentsvorbehalt (§ 31 SGB I) ist jedenfalls nicht einschlägig. Denn dieser verbietet

---

<sup>89</sup> Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2009 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, S. 131.

<sup>90</sup> *H.-D. Jarass*, in: B. Pieroth/H. D. Jarass, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 8.

<sup>91</sup> BVerfGE 116, 202 (221).

<sup>92</sup> Vgl. zum fehlenden Grundrechtsverzicht bereits oben I. a).

lediglich den Kostenträgern, Leistungen zu erbringen und zu vergüten, die gesetzlich nicht vorgesehen sind. § 31 SGB I ist aber nicht an die Leistungserbringer adressiert, die selbstverständliche Leistungen außerhalb des gesetzlich fixierten und mit den Kostenträgern vereinbarten Leistungsspektrums erbringen dürfen. Deshalb haben Krankenhäuser selbstverständlich das Recht zur Erbringung von Wahlleistungen auch an gesetzlich Versicherte (vgl. § 17 KHEntgG)<sup>93</sup>, und auch Vertragsärzte erbringen etwa die auf der sog. IGeL-Liste (= Individuelle Gesundheitsleistungen) enthaltenen Leistungen, die zwar wünschenswert, aber nicht notwendig sind. Es ist unverständlich, warum private Rehabilitationseinrichtungen an der Erbringung dieser privatrechtlichen Leistungen gehindert werden können sollten.

Das Verbot der Erbringung von Zusatzleistungen in § 4 Abs. 2 BV-MedReha verletzt daher die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Einrichtungen.

### **3. Zustimmungspflicht des Rentenversicherungsträgers bei eigenen Forschungen/Evaluationen, § 8 Abs. 3 BV-MedReha**

Nach § 8 Abs. 3 BV-MedReha sind eigene Forschungen oder Evaluationen im Rahmen der datenschutzrechtlichen Vorschriften nur zulässig, sofern die Zustimmung des Rentenversicherungsträgers vorliegt.

#### **a) Eingriff in die Schutzbereiche von Art. 5 Abs. 3 S. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG**

Diese Verpflichtung berührt neben der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) auch die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistete Wissenschaftsfreiheit. Als Oberbegriff für Forschung und Lehre<sup>94</sup> beinhaltet Wissenschaft „die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen, ih-

---

<sup>93</sup> M. QuaaS/R. Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 25 Rn. 232ff.

<sup>94</sup> BVerfGE 35, 79 (113); M. Fehling, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattslg., Art. 5 Abs. 3 [2004] Rn. 57.

rer Deutung und Weitergabe.“<sup>95</sup> Zu den geschützten Verhaltensweisen gehört die gesamte Durchführung eines Forschungsprojekts,<sup>96</sup> von der Entscheidung zur Befassung mit einer bestimmten Fragestellung bis zur Auswertung und Nutzung der Ergebnisse.

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet „ein Recht auf Abwehr jeder staatlichen Einwirkung auf den Prozess der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse.“<sup>97</sup> § 8 Abs. 3 BV-MedReha stellt das Recht der Einrichtungen auf grundsätzlich unbeeinflusste Forschung unter einen Zustimmungsvorbehalt. Es ist erstens nicht ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung erteilt werden muss; nach dem Vertragstext scheint sie umfassend im Ermessen der Träger zu stehen. Zweitens wird nicht zwischen eigener Forschung der Einrichtungen und der ggfs. von den Trägern unterstützten Forschung unterschieden. Soweit die Träger die Forschung einzelner Einrichtungen fördern, ist die Zustimmungsbedürftigkeit zu den konkreten Projekten selbstverständlich und stellt keinen Eingriff dar. Es greift aber in die Forschungsfreiheit ein, wenn auch eigene, von den Einrichtungen organisierte und finanzierte Forschungen von der Zustimmung der Träger abhängig sind. Auch hier gilt wieder, dass die in dem Abschluss des Vertrages liegende Einwilligung wegen der fehlenden Freiwilligkeit irrelevant ist für die Frage des Eingriffs.<sup>98</sup>

## **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG steht nicht unter Gesetzesvorbehalt. Eingriffe sind daher nur zum Schutze kollidierender Verfassungsrechtsgüter zulässig; auch insoweit ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich.<sup>99</sup> An Beidem fehlt es auch hier. Es ist nicht erkennbar, auf welcher gesetzlichen Grundlage eine Zustimmungspflicht zur eigenen Forschung beruhen sollte. Auch

<sup>95</sup> BVerfGE 47, 327 (367); *H.-H. Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, Tübingen 1994, S. 54ff.

<sup>96</sup> Vgl. etwa *H.-D. Jarass*, in: B. Pieroth/H. D. Jarass, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 122a.

<sup>97</sup> BVerfGE 47, 327 (367).

<sup>98</sup> Vgl. vorstehend 1. a).

<sup>99</sup> Vgl. etwa *H.-D. Jarass*, in: B. Pieroth/H. D. Jarass, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 131; *I. Pernice*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Abs. 3 Rn. 39f.

bleibt unklar, welchen Verfassungsgütern sie dienen sollte. Denkbar ist allein der Schutz der informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) der Patienten. Aus diesem Grundrecht folgt, dass der Einzelne grundsätzlich selbst darüber entscheiden darf, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß.<sup>100</sup> Es handelt sich aber um ein Recht der Patienten, nicht der Rentenversicherungsträger. Diese gerieren sich in § 8 Abs. 3 BV-MedReha als Treuhänder der Daten ihrer Versicherten, nehmen damit aber eine Kompetenz in Anspruch, die ihnen nicht zusteht. Für die Weitergabe der Daten zum Zwecke der Genehmigung von Forschungen bedürfte es nämlich nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts einer gesetzlichen Grundlage,<sup>101</sup> die es nicht gibt. Mitteilungs- bzw. Genehmigungspflichten können nämlich dazu führen, dass die Gesundheitsdaten über die an der Leistungsabrechnung beteiligten Stellen bei den Leistungsträgern weiteren Personen zugänglich werden. Sie stärken den Datenschutz also nicht nur nicht, sondern sie schwächen ihn. Es ist daher gänzlich unverständlich, welchen Sinn § 8 Abs. 3 BV-MedReha haben sollte. Er verstößt gegen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und aus den gleichen Gründen auch gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

#### **4. Mitteilungs- und Kooperationspflichten der Rehabilitationseinrichtungen, § 10 BV-MedReha**

§ 10 BV-MedReha enthält schließlich eine Fülle von Mitteilungs- und Kooperationspflichten der Rehabilitationseinrichtungen. Diese müssen Änderungen ihrer Konzeption und außergewöhnliche Zwischenfälle melden (Abs. 1) und den Trägern Mitteilungen zum Personalstand machen (Abs. 2 und 3). Diese Pflichten sind durchweg durch § 21 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX gedeckt und daher auch grundrechtlich legitim.

---

<sup>100</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>101</sup> BSG, Urteil v. 10.12.2008 - B 6 KA 37/07 R, NJOZ 2009, 2959.

Problematisch ist allein § 10 Abs. 4 BV-MedReha. Danach muss die Rehabilitationseinrichtung die Besetzung der Chefarztstelle mit dem federführenden Rentenversicherungsträger abstimmen. Selbstverständlich sind die Einrichtungen gehalten, qualifiziertes ärztliches Führungspersonal in ihren Einrichtungen zu beschäftigen; diese Pflicht folgt aber schon aus dem Gesetz und aus § 2 BV-MedReha, der detaillierte Qualitäts- und Qualifikationsanforderungen für die Leistungserbringung aufstellt. Es stellt aber einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Berufsfreiheit der Einrichtungen dar, wenn diese in diesem Rahmen nicht frei über die Auswahl ihres Führungspersonals entscheiden können. Derartige grundlegende Personalentscheidungen hängen untrennbar mit der Unternehmensstrategie der einzelnen Einrichtung zusammen. Die Abstimmungspflicht würde die Träger in die Lage versetzen, diese Entscheidungen mit zu beeinflussen. Sie behandeln sie damit wie Eigeneinrichtungen; das ist mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht vereinbar.

## C. Ergebnisse

### (1) Anspruch der Einrichtungen auf das Führen von Vertragsverhandlungen

- Für die Anspruchsprüfung ist auf die einzelne Einrichtung und nicht auf die Arbeitsgemeinschaften (§ 19 Abs. 6 SGB IX) abzustellen. Im Rehabilitationsrecht gibt es nämlich kein mit dem Vertragsarzt- oder Krankenhausrecht vergleichbares Kollektivvertragsrecht, das die Individualverträge mit normativem Anspruch vorprägt. Die Tatsache, dass auf Verbandsebene Stellungnahmerechte eingeräumt werden, kann daher die fehlende Möglichkeit der einzelnen Einrichtung, über den Inhalt der Versorgungsverträge zu verhandeln, nicht kompensieren. Hinzuzufügen ist allerdings, dass dieser Rechtszustand im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel, ein einheitliches Vertragsrecht zu schaffen, kontraproduktiv ist; daher empfiehlt es sich, den Kollektivvertrag und die Kollektivvertragsparteien gegenüber dem bisherigen individualvertraglichen Regime zu stärken.
- Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, haben die Einrichtungen einen Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages nach § 21 Abs. 1 SGB IX. Eine Bedarfsprüfung ist verfassungsrechtlich unzulässig, zumal die Träger durch die Belegungsentscheidung im Einzelfall ausreichende Möglichkeiten haben, einer angebotsinduzierten Nachfrage durch die Versicherten entgegenzusteuern.
- Der Anspruch auf Vertragsschluss darf nicht durch die inhaltliche Ausgestaltung der vertraglichen Bedingungen der Leistungserbringung untergraben werden. Deshalb sind die rechtlichen Vorgaben für das vertragliche Handeln der Rentenversicherungsträger von erheblicher Bedeutung auch für die Realisierung dieses Anspruches. Die Versorgungsverträge nach § 21 Abs. 1 SGB IX sind öffentlich-rechtliche Verträge, auf die die §§ 53ff. SGB X anwendbar sind. Sie sind nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung der BGB-Vorschriften ergibt, u. a. bei einem Ver-

stoß gegen § 138 Abs. 1 (gute Sitten). Das Bundesverfassungsgericht hat den unbestimmten Rechtsbegriff „gute Sitten“ grundrechtlich konkretisiert und einen Missbrauch in diesem Sinne insbesondere für den Fall einer gestörten Vertragsparität und deren Ausnutzung bejaht. Mit Rücksicht auf die Privatautonomie auch der überlegenen Vertragspartei war es insoweit noch vergleichsweise zurückhaltend. Wenn die Rentenversicherungsträger aber Versorgungsverträge abschließen, handeln sie nicht als Grundrechtsträger, sondern in Ausübung ihrer gesetzlichen Sicherstellungsverpflichtung (§ 19 Abs. 1 SGB IX). Ihre Verträge unterliegen daher einer noch intensiveren Verfahrens- und Inhaltskontrolle als sie das Bundesverfassungsgericht schon bei privatrechtlichen Verträgen vornimmt.

- Zwischen Rentenversicherungsträgern und den einzelnen Kliniken besteht eine Machtasymmetrie, die den Trägern eine besondere Marktstrukturverantwortung aufträgt, die sich in der Verpflichtung zu transparenten und diskriminierungsfreien Verhandlungen niederschlägt. Diese Machtstellung beruht darauf, dass die Kliniken wegen der Existenz von Eigeneinrichtungen von den Trägern wesentlich stärker abhängig sind als diese von jenen. Einrichtungen, die keine Versorgungsverträge mit den Rentenversicherungsträgern haben, sind in ihrer Existenz bedroht. Sie bleiben zudem aufgrund der dem Versorgungsvertrag nachfolgenden Belegungsentscheidung des Trägers von diesem abhängig. Sie nehmen daher oftmals Belastungen in Kauf, die sie unter den Bedingungen der Vertragsparität nicht hinnehmen würden; das belegt etwa der Umstand, dass ihre Vergütungssätze in der Vergangenheit stets unterhalb der Sätze lagen, die die Träger für ihre eigenen Einrichtungen vorgesehen haben. Auch Rechtsschutz nehmen die Einrichtungen grundsätzlich nicht in Anspruch, um insbesondere im Hinblick auf die Belegungsentscheidungen die für sie notwendige Kooperation mit den Trägern nicht zu gefährden. Schließlich wirkt sich auch das Fehlen eines Schiedsverfahrens negativ auf ihren Status in den Verhandlungen aus.

- Die Kontrollmaßstäbe werden noch dadurch verschärft, dass es nicht um die Prüfung des Inhalts einer Vereinbarung geht, die auch bei Beteiligung von Hoheitsträgern stets das Ergebnis eines Aushandlungsprozesses sein kann. Vielmehr steht die Weigerung der Rentenversicherungsträger im Raum, überhaupt zu verhandeln. Zulässige Handlungsform ist aber nach § 21 Abs. 1 SGB IX allein der Vertrag. Indem die Rentenversicherungsträger den Einrichtungen Vertragsentwürfe vorlegen, über die Verhandlungen nicht stattfinden sollen, nehmen sie faktisch eine Kompetenz für sich in Anspruch, die ihnen das Recht nicht verleiht: die einseitige Festlegung der Bedingungen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses. Nicht verhandelbare Vertragsentwürfe sind maskierte Verwaltungsakte, zu deren Erlass die Träger nicht ermächtigt sind. Dieses Verhalten entspricht auch nicht dem auf Kooperation und Kommunikation angelegten sozialen Vertragsrecht.

(2) Einige Bestimmungen des BV-MedReha enthalten nicht zu rechtfertigende Eingriffe in die Grundrechte der Einrichtungen. Daran ändert die vertragliche Zustimmung grundsätzlich nichts. Denn ein den Eingriff ausschließender Grundrechtsverzicht setzt Freiwilligkeit voraus, woran es fehlt, wenn die Einrichtungen nur vor die Wahl gestellt werden, die betreffende Klausel hinzunehmen oder ganz auf den Vertrag zu verzichten. Grundrechtseingriffe sind nur zu rechtfertigen, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Parlamentsvorbehalt). Insoweit dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden. Denn die parlamentsgesetzliche Steuerung des Leistungserbringungsrechts ist gerade deshalb nur schwach ausgeprägt, um den Parteien ausreichende Gestaltungsmöglichkeiten zu belassen. Selbst bei Zugrundelegung dieses eher weitmaschigen Maßstabes fehlt aber für die folgenden Vertragsbestimmungen eine gesetzliche Grundlage; im Übrigen sind sie auch in der Sache durchweg nicht zu rechtfertigen:

- § 3 Abs. 3 BV-MedReha (Verpflichtung zur Offenlegung der mit anderen Trägern vereinbarten Vertragsbedingungen): Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG
- § 4 Abs. 2 BV-MedReha (Verbot, Zusatzleistungen zu erbringen): Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG
- § 8 Abs. 3 BV-MedReha (Abhängigkeit eigener Forschungen oder Evaluationen von der Zustimmung des Rentenversicherungsträgers): Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 S. 1 und 12 Abs. 1 GG
- § 10 Abs. 4 BV-MedReha (Abstimmungspflicht mit dem Rentenversicherungsträger bei der Besetzung der Chefarztstelle): Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG

Regensburg, 19. 5. 2010

Prof. Dr. Thorsten Kingreen