

3. Kapitel: Strukturen der Einbindung Dritter

A. Strukturen

Zu den Eigenheiten der Erbringung von Sozialleistungen durch Dritte zählen zum einen das Auseinanderfallen von Kostenträger und Empfänger der Leistung und zum anderen die oftmals bestehende Divergenz von Indikationsverantwortung und Finanzierungslast. Während der Leistungsträger Kostenträger ist, ist Begünstigter der Leistung der Leistungsberechtigte. Die Frage, ob ein Leistungserbringer für die Erbringung der Sozialleistung geeignet ist, bestimmt sich nicht wie bei einem Kauf zu privaten Zwecken rein aus der Sicht des Leistungsempfängers. Vielmehr sind bei der Frage nach der Geeignetheit des Leistungserbringers die Position des Leistungsträgers als Kostenträger und das staatliche Interesse am Erreichen des Sozialleistungsziels ebenfalls zu berücksichtigen. Hinzu kommen Herausforderungen an das Recht, die aus der Einbindung nichtstaatlicher Akteure resultieren. Dies ist kein sozialrechtsspezifisches Feld, sondern wird unter dem Titel Privatisierung, Deregulierung oder Governance im öffentlichen Recht intensiv diskutiert.⁵¹³ Verwaltungsrecht ist dabei Regelungsressource, die staatliche Steuerung und gesellschaftliche Selbstregelung miteinander verknüpft und dadurch die Ausdifferenzierung und Pluralisierung der Verwaltungsorganisation mit der Öffnung gegenüber gesellschaftlichen Kräften verarbeitet.⁵¹⁴

Das Zusammenwirken der an der Leistungserbringung beteiligten Personen bedarf struktureller Organisation. Das Recht muss Strukturen bereitstellen, die klarstellen, wer, wann, mit welcher Verantwortung, wie handeln kann und muss. Als Ausgangspunkt muss es klären, welche Aufgaben beim Leistungsträger verbleiben und welche an den Erbringer übertragen werden

513 Siehe statt vieler *Burgi*, Privatisierung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., § 75, Rn. 10 ff.; sowie *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 24 ff.

514 Siehe *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 115 und grundlegend *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource - Einleitende Problemskizze, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, S. 9.

können. Es geht dabei um Fragen der Verantwortungszuschreibung (I.). Das Recht muss Instrumente der Zusammenarbeit mit nichtstaatlichen Erbringern bereitstellen (III.). Dabei kann es auf den verwaltungsrechtlichen Fundus von Handlungsinstrumenten zurückgreifen und diejenigen auswählen, die sich für die sozialrechtliche Leistungserbringung am besten eignen und oder sie gegebenenfalls modifizieren.⁵¹⁵ Es hat Finanzierungswege zu eröffnen, auf denen Sozialleistungen vergütet werden (IV.). Zudem muss das Recht Kriterien normieren, die eine objektive Auswahl geeigneter Erbringer ermöglichen (V.). Zuletzt muss es ein Verfahren implementieren, das einerseits die Überprüfung dieser Kriterien erlaubt und für den Fall, dass die Strukturverantwortung eine Bedarfsplanung erforderlich macht, die Grundrechte der Leistungserbringer in ausreichendem Maße wahrt (VI.). Hierbei hat es die Schwierigkeiten zu meistern, die aus dem geringeren Informationsfluss zwischen Leitungsträgern und privatem Erbringer, fehlender verwaltungsrechtlicher Aufsichtsoptionen⁵¹⁶ und dem Wegfall von Erfahrungsgewissheiten und Verhaltenserwartungen,⁵¹⁷ also letztlich aus der Tatsache resultieren, dass der Staat unmittelbare Einflussnahme- und Steuerungsmöglichkeiten „zugunsten grösserer Flexibilität und unternehmerischer

515 So *ebd.*, S. 9.

516 Diese beiden Aspekte sind auch insofern miteinander verschränkt, als Aufsichtsformen von einem umfassenden Wissensbestand des Staates, in Form von Bereitstellungswissen, abhängen (vgl. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 615 f.). Somit sind Regelungen zum kommunikativen Austausch zwischen öffentlicher Hand und Privaten, hinsichtlich der Evaluierung und Kontrolle der Leistungserbringung und der daraus folgenden Konsequenzen notwendig. Staatliche und nichtstaatliche Aufgabenbeiträge müssen dauerhaft miteinander vernetzt werden (*Voßkuhle*, VVDStRL 2003, S. 266, 308). Solche Strukturen sind auch hinsichtlich des Informationsproblems des Staates notwendig (vgl. *Schmidt-Aßmann*, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, in: *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, S. 253, 263). Durch die Auslagerung öffentlicher Aufgaben kann der Staat seinen, für die Konkretisierung des Regelungsrahmens wie für die Beurteilung von Ergebnissen und die potenzielle Selbstvornahme im Falle einer Schlechterfüllung durch den privaten Leistungserbringer ebenso notwendigen Bedarf an Handlungswissen nicht mehr befriedigen (siehe *Voßkuhle*, VVDStRL 2003, S. 266, 308). Dies stellt das sog. Informationsdilemma dar (vgl. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 40 f.).

517 Vgl. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 104.

Selbständigkeit der Leistungserbringer“⁵¹⁸ zurückdrängt.⁵¹⁹ Dabei ist Einbindung Prozess (II). Er verläuft in verschiedenen Stufen, in denen die Instrumente angewendet, Finanzierungswege beschritten werden und die Auswahl der Erbringer anhand der vorgegebenen Kriterien vorgenommen wird.

Anhand dieses Schemas werden das Leistungserbringungsrecht des SGB IX (B.) und die Leistungserbringung durch Dritte bei der beruflichen Rehabilitation in der Schweiz (C.) untersucht. Schließlich werden die Strukturen durch Gegenüberstellung reflektiert (D. I.) und die Allgemeingültigkeit des Strukturmodells im deutschen Leistungserbringungsrechts überprüft (D. II.).

I. Verantwortungs(ver)teilung

Die Verteilung öffentlicher Aufgaben zwischen Staat und Dritten erfasst die Frage nach der Ausgestaltung der Aufgabenübertragung in Form der Verantwortungsverteilung ebenso, wie nach möglichen Verantwortungsformen und deren speziellen Ausformung und Zuordnung im Sozialleistungsrecht.

1. Verantwortungsformen

Die Formen der Aufgabenverantwortung reichen von einer vollen staatlichen Erfüllungs- über die staatliche Gewährleistungs-⁵²⁰ bis hin zur bloßen Auffangverantwortung.⁵²¹ Verantwortung im normativen Sinne ist dabei das Einstehenmüssen für einen normgemäßen Zustand bzw. für ein entspre-

518 *Achermann*, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, S. 213.

519 Die Darstellung fokussiert sich allein auf die Grundstrukturen, also das Gitternetz, das das Recht als Boden der Zusammenarbeit zwischen Trägern und Erbringern verlegt. Ob die Erbringung einer wirtschaftlichen und qualitativ hochwertigen Sozialleistung tatsächlich gesichert werden kann, ist ebenso wenig Erkenntnisziel der Arbeit wie die Frage wie und ob die Kosten der Sozialleistung durch die Einbindung gesteuert werden.

520 Vgl. *Vofkuhle*, VVDStRL 2003, S. 266, 285.

521 Siehe dazu auch *Butzer*, Sicherstellungsauftrag, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., § 74, Rn. 12.

chendes Verhalten.⁵²² Während der Staat bei der Erfüllungsverantwortung Verwaltungskompetenzen, -befugnisse und -pflichten selbst wahrnimmt,⁵²³ zieht er sich bei der Auffangverantwortung gänzlich von der Aufgabenwahrnehmung zurück. Nur bei völligem Versagen oder Nichtleistung fällt die Verantwortung wieder an den Staat. Als Gegenpol zur Erfüllungsverantwortung ist sie somit die Reservefunktion der Verwaltung im Falle einer privaten Schlecht- oder Nichterfüllung.⁵²⁴

Die Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Dritten kann an den unterschiedlichen Formen von Privatisierung, also der Übertragung von staatlichen Aufgaben auf Private, gezeigt werden.⁵²⁵ So ist die formelle Privatisierung (Organisationsprivatisierung), bei der die staatliche Aufgabe lediglich von einer privatrechtsförmig organisierten, aber staatlich beherrschten Organisationseinheit erfüllt wird und die Aufgabenverantwortung des Gemeinwesens bestehen bleibt, von der materiellen Privatisierung (Aufgabenprivatisierung) zu unterscheiden. Bei Letzterer wird eine öffentliche Aufgabe auf einen Privaten übertragen und von diesem erfüllt.⁵²⁶ Bei der Aufgabenprivatisierung kann unterschieden werden:

522 Vgl. *ebd.*, § 74, Rn. 11. Siehe zum Verantwortungsbegriff ausführlich *Quade*, Verantwortung und ihre Zuschreibung im Recht der Arbeitsförderung, S. 44 ff.

523 Vgl. *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241, 241. Der Sozialbereich obliegt dabei ganz staatlicher, insbesondere administrativer Regie (siehe *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., S. 171).

524 Vgl. *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241, 241 und *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., S. 171.

525 Privatisierung ist die Entstaatlichung bisheriger Verwaltungsaufgaben (vgl. *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 79).

526 Vgl. *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 80 f.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., S. 172 und *Hengstschläger*, VVDStRL 1995, S. 165, 170. Vgl. zu den verschiedenen Privatisierungsformen auch *Schuppert*, Verwaltungsorganisationsrecht und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, et al.* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl., § 16, Rn. 82 ff; *Burgi*, Privatisierung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., § 75, Rn. 6 ff. und *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., § 8. Daneben existieren die Kategorie der Vermögensprivatisierung und der Finanzierungsprivatisierung. Während bei Ersterer staatliches Vermögen oder vermögenswerte Rechte auf Private übertragen werden, gehen bei Zweiterer die Kostentragungslast auf Leistungsbezüger über (siehe *Remmert*, Private Dienstleistungen in staatlichen Ver-

Im Rahmen der funktionalen Privatisierung behält der Staat die Gewährleistungsverantwortung und überträgt von einer fortbestehenden Staatsaufgabe Teilbeiträge vorbereitenden und/oder durchführenden Charakters auf Private.⁵²⁷ Bei der materiellen Privatisierung im engeren Sinne wird die Aufgabe vollständig in den privaten Bereich verlagert. Der Staat behält lediglich eine Regulierungs- und/oder Auffangverantwortung.⁵²⁸

2. Verantwortungsformen und -zuordnungen im Sozialleistungsrecht

Bei der Einbindung Dritter in die Erbringung einer Sozialleistung können neben der Primär- und Auffangverantwortung für die Leistungserbringung weitere Verantwortungsstufen differenziert werden. So steht neben der Strukturverantwortung, also der Verantwortung der Herstellung einer ausreichenden Infrastruktur für die Leistungserbringung, die Verantwortung bei der Auswahl eines Leistungserbringers und die Vertragsinhaltsverantwortung für den Fall, dass Instrument der Einbindung der Abschluss eines Vertrages ist. Im Nachgang der Sozialleistung steht die Kontrollverantwortung.

Als Zuordnungsobjekte kommen der jeweilige Leistungserbringer, Leistungsträger und der Staat in Betracht.

II. Der Einbindungsprozess

Der Einbindungsprozess läuft in zwei Prozessen mit unterschiedlichen Ebenen ab. Im abstrakten Stadium wird der Leistungsträger seiner Strukturverantwortung gerecht, indem er eine Einbindungsentscheidung trifft, sich Leistungen bei qualifizierten Erbringern beschafft oder die Leistungserbrin-

waltungsverfahren, S. 190 und *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 80 f.). Es handelt sich also nicht um einen Fall der Verschiebung staatlicher Aufgaben.

527 Vgl. *Burgi*, Privatisierung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., § 75, Rn. 7.

528 Siehe *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., § 8, Rn. 1. Da der Staat weiterhin Verantwortung übernimmt, sind auch diese in die Kategorie der Teilprivatisierung einzuordnen, sofern man unter Vollprivatisierung den vollständigen Aufgabenverzicht ansieht. Siehe *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 80 f., der als Beispiel die Entscheidung eines Kantons anführt, künftig keine Kantonalkasse mehr zu führen.

gung durch diese bereitstellt und bei der Auswahl sowie im Nachgang der Erbringung die Kriterien der Geeignetheit der Erbringer überwacht.

Nimmt nun der Mensch mit Behinderung als Anspruchsinhaber die ihm zustehende Leistung auf Teilhabe am Arbeitsleben in Anspruch, läuft der konkrete Leistungserbringungsprozess ab. Der Träger hat für den konkreten Fall, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Wunsch- und Wahlrechten, über die Einbindung eines Dritten zu entscheiden. Er selbst oder der Mensch mit Behinderung ruft die Sozialleistung bei dem als qualifiziert eingestuften Erbringer ab. Hier knüpft die konkrete Ebene an der abstrakten an. Bei der Auswahl des Erbringers kommt es auf die Wünsche des Leistungsberechtigten ebenso an wie auf Qualität und Wirtschaftlichkeit der Erbringung im konkreten Fall. Im Nachgang der Erbringung erfolgt eine Kontrolle der Leistung.

Das Herzstück der Leistungserbringung läuft in den Ebenen der Qualifikation, Leistungsbereitstellung und dem Abruf der Leistung ab, da hier Auswahlkriterien konkretisiert und überprüft werden. Sie liegen somit im Zentrum der rechtlichen Regulierung.

1. Qualifikation

Auf der ersten Ebene, der Qualifikationsebene, werden gesetzliche Anforderungen an die Erbringer hinsichtlich ihrer Qualifikation zur Erbringung teils bereits geprüft, teils zunächst noch konkretisiert. In ihr werden Erfordernisse festgelegt, die zwar oftmals notwendige, aber noch nicht hinreichende Bedingungen für die Leistungserbringung sind und damit noch nicht für die Zugangseröffnung zum Sozialleistungsmarkt ausreichen. Dabei ist Qualifikation in einem weiten Sinne zu verstehen. Sie beinhaltet alle Anforderungen, die der Bereitstellungsebene vorgelagert sind. Sie können in der Person des Leistungsberechtigten in Form ihrer Ausbildung, Zuverlässigkeit oder dem Nachweis bestimmter Fachkenntnisse ebenso liegen wie sich auf die für die Leistungsbereitstellung notwendige Infrastruktur beziehen. Bereits auf dieser Ebene können die Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit und die Anerkennung bestimmter Finanzierungsregelungen normiert oder zwischen den Parteien vereinbart werden.

2. Leistungsbereitstellung

Es folgt die Leistungsbereitstellungsebene, auf der die Leistung für den Fall der Inanspruchnahme durch den Träger oder Erbringer, zusätzlich zur weiteren Prüfung und Konkretisierung von Anforderungen, bereitgestellt und den Leistungserbringern dabei der Zugang zum Sozialleistungsmarkt⁵²⁹ eröffnet wird. In diesem wird die Erbringung von Sozialleistungen an Berechtigte grundsätzlich durch den zuständigen Leistungsträger vergütet.⁵³⁰

3. Abruf der Leistung

Auf der dritten Ebene erfolgt der Abruf der Leistung. Dies bedeutet die Einbindung des Dritten in den konkreten Prozess der Leistungserbringung entweder durch Inanspruchnahme des Leistungsträgers oder durch den Berechtigten selbst.

III. Instrumente

Die Verwaltung kann bei der Einbindung Dritter entweder hoheitlich oder kooperativ tätig werden. Die Wahl des Handlungsmodus wirkt sich auf die Wahl der Handlungsform, also dem Instrument des Verwaltungshandelns, aus.⁵³¹

529 Dabei ist unter Markt das Allokationsfeld für die Interaktion der Wettbewerbsakteure zu verstehen. Diese kommen dort im Wege von Angebot und Nachfrage über den Tausch von Gütern überein (siehe *Grzeszick*, Hoheitskonzept - Wettbewerbskonzept, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., § 78, Rn. 9).

530 Von diesem Zugang hängt damit oftmals die gesamte Finanzierungsmöglichkeit des Leistungserbringers ab (vgl. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 581). Dafür spielt es auch keine Rolle, ob der Berechtigte die Leistung zunächst selbst bezahlt und im Wege der Kostenerstattung rückvergütet bekommt oder ob der Leistungserbringer die Kosten für die Sozialleistung unmittelbar dem zuständigen Leistungsträger in Rechnung stellt.

531 Die Unterscheidung zwischen Handlungsmodi und -formen findet sich auch bei *Schuler-Harms*, VSSR 2005, S. 135, 143.

1. Handlungsmodi

Der Staat handelt mit hoheitlicher Gewalt, wenn er zur Verwirklichung seiner Ziele kraft öffentlich-rechtlicher Überordnung tätig wird.⁵³² Dagegen besteht die kooperative Aufgabenerfüllung „im unmittelbaren Aushandeln von Problemlösungen und Leistungen zwischen Bürgern, Interessensgruppen oder auch Organisationen des öffentlichen Sektors einerseits und den für eine Aufgabe zuständigen staatlichen Organisationen andererseits“.⁵³³ Merkmal des kooperativen Verwaltungshandelns ist somit neben der Selbststeuerung der Beteiligten, die gegenseitige Anerkennung der Gleichberechtigung im jeweiligen Interaktionsprozess, der Verzicht auf einseitige Handlungen und die gemeinsame Beteiligung am Inhalt der Entscheidung.⁵³⁴ „Grundlage von Kooperation ist die wechselseitige, direkte, sprachliche Kommunikation über Ziele, Interessen, Problemdefinitionen, Situationseinschätzungen, Kenntnisse und Werthaltungen der Akteure mit der Absicht, diese aufeinander abzustimmen und in Einklang zu bringen.“⁵³⁵ Ziel ist damit eine freiwillige Einigung der Beteiligten, bei der eine gemeinsame Entscheidung getroffen wird, der alle Beteiligten zustimmen.⁵³⁶

532 Creifelds/Cassardt, Rechtswörterbuch, 20. Aufl., S. 609, Sp. 2.

533 Benz, Kooperative Verwaltung, S. 37.

534 Vgl. *ebd.*, S. 37 f.

535 *Ebd.*, S. 38.

536 Vgl. *ebd.*, S. 39. Der Einbezug von Privaten im Vorfeld einer staatlichen Entscheidung ist damit nicht vom Begriff des kooperativen Verwaltungshandelns umfasst. Hinsichtlich der Frage, warum sich Dritte an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beteiligen, kann die Unterscheidung *Vofkuhles* herangezogen werden. Er differenziert zwischen einer zwangsweisen Verpflichtung, der indirekten Veranlassung und der Möglichkeit einer Angebotsunterbreitung. Bei Letzterer nehmen die Leistungserbringer die öffentliche Aufgabe aus „wirtschaftlichem Kalkül“ wahr (siehe *Vofkuhle*, VVDStRL 2003, S. 266, 276 f.).

2. Handlungsinstrumente

Bei der Wahl der Handlungsinstrumente⁵³⁷ für die Einbindung Dritter ist zu differenzieren:⁵³⁸

Der Aspekt der Einbindung selbst, also der expliziten Statusbegründung, erfolgt durch eine *individuell-konkrete* Handlung. Hierfür existieren die *hoheitlichen (einseitigen)* verwaltungsrechtlichen Handlungsinstrumente des Verwaltungsaktes nach § 31 SGB X im deutschen bzw. der Verfügung nach Art. 5 I VwVG im Schweizer (Sozial-)Verwaltungsrecht. *Kooperativ* erfolgt die Einbindung mittels verwaltungsrechtlichen Vertrages. Die vertragliche Beziehung charakterisiert sich dabei durch die beiderseitige Möglichkeit der Verhandlungsparteien, ihre Interessen vor- und in den Inhalt von Vereinbarungen einzubringen.⁵³⁹

Die Ausgestaltung des durch die Einbindung begründeten Rechtsverhältnisses kann hingegen auch im Wege *genereller* Maßnahmen unternommen werden: *hoheitlich* durch das Setzen von Rechtsnormen, *kooperativ* im Wege kooperativer Rechtsnormen.⁵⁴⁰

537 Die verwaltungsrechtliche Bedeutung rechtlich geregelter Handlungsformen liegt einerseits in der Möglichkeit der Grob- und Feinststeuerung, die zur Optimierung von Verwaltungsrecht führt. Daneben dient sie der Rechtssicherheit, indem sowohl die Bürger als auch die Verwaltung auf einen vorgefertigten Rechtsrahmen zurückgreifen können. Somit bedarf es nicht jedes Mal erneut einer Lösung für bestimmte Grundsatzfragen, was eine gewisse Rationalisierung, Effektivierung und damit Entlastung der Verwaltung erlaubt. Diese Standardisierung eröffnet auch eine Schutzfunktion für den Bürger (vgl. *Wolff/Bachof, et al.*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., § 44, Rn. 3). Die typisierten Rechtsformen dienen somit als Speicher, die das Auffinden konkreter Lösungen und damit die konkrete Rechtsanwendung erleichtern (*Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., S. 4).

538 In jedem Fall ist die staatliche Handlung als Rechtshandlung zu klassifizieren, da sie in Abgrenzung zur reinen Tathandlung, die lediglich einen tatsächlichen Erfolg herbeiführt, gerade auf eine Rechtsfolge zielt.

539 Auch bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten ist das Handeln des Privaten notwendig. Eine Beeinflussung des Inhaltes des Verwaltungsaktes liegt in diesem Fall allerdings nicht vor. Es liegen übereinstimmende Willenserklärungen des Verwaltungsträgers und des Dritten vor. Vgl. *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 223.

540 Siehe auch *Becker/Meeßen, et al.*, VSSR 2011, S. 323, 339.

IV. Finanzierung

In Ausführung der Strukturverantwortung fördert der Leistungsträger zur Infrastruktursicherung die Angebotsseite sozialer Dienstleistungen.⁵⁴¹ So gewährleistet er Versorgungssicherheit, um den Zugang der Leistungsberechtigten zu den Sozialleistungen abzusichern.⁵⁴² Die Infrastrukturfinanzierung erfolgt in Form der Anschub-, Unterstützungs- oder Objektfinanzierung.⁵⁴³

Bei Erbringung der konkreten Sozialleistung muss der Träger der Leistung des Erbringers eine adäquate Leistung entgegensetzen und es bedarf Regelungen darüber, wie sich der Finanzfluss zwischen Träger und Erbringer vollzieht. In Betracht kommen die unmittelbare Vergütung zwischen Träger und Erbringer ebenso wie der Finanzierungsfluss im Dreieck.

V. Auswahlkriterien

Zentrale Auswahlkriterien sind Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistung.

1. Qualität

Qualität ist die Gesamtheit der Eigenschaften und der Merkmale eines Produkts oder einer Dienstleistung, die sich auf deren Eignung zur Erfüllung gegebener Erfordernisse bezieht.⁵⁴⁴ Dabei ist Qualität relativ. Ohne Maßstäbe lässt sie sich nicht denken. Sie bemisst sich anhand der Übereinstim-

541 Vgl. Norekian, Finanzierung und Steuerung öffentlicher Aufgabenwahrnehmung durch Gutscheinsysteme, S. 49.

542 Siehe hierzu auch Becker/Meeßen, et al., VSSR 2012, S. 1, 3 f.; Becker, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, in: Becker/Ross, et al. (Hrsg.), Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung, S. 11, 31 und Reimer, Der Staat als Türöffner, in: Arnould/Musil (Hrsg.), Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, S. 223, 233.

543 Siehe hierzu auch Becker/Meeßen, et al., VSSR 2012, S. 1, 4; sowie Franzius, Gewährleistung im Recht, S. 580 ff.

544 Abgeleitet von der Definition der European Organization for Quality Control (EOQC) wurde diese Definition in Deutschland in der DIN 55350, Teil 11 aus dem Jahr 1984 festgehalten. Vgl. auch die Definition des Deutschen Instituts für Normung e. V., DIN EN ISO 9004, S. 9 und des Deutschen Instituts für Qualität (siehe Kaltenbach, Qualitätsmanagement im Krankenhaus, 2. Aufl., S. 60 f.).

mung zwischen den Erwartungen an eine Leistung und der tatsächlich erbrachten.⁵⁴⁵ Mit anderen Worten bezeichnet Qualität die realisierte Beschaffenheit einer Einheit bezüglich der Qualitätsanforderungen.⁵⁴⁶ Bei der Bewertung spielen sowohl subjektive Komponenten, wie die Erfüllung bestimmter Erwartungen oder die Zufriedenheit, und objektive Aspekte, wie die Übereinstimmung mit rechtlichen Regelungen, eine Rolle.

Um Qualität rechtlich erfassen, messen und bewerten zu können, müssen zunächst normative Maßstäbe gefunden werden, die den Inhalt der Qualität beschreiben. Die bei der Einbindung Dritter relevanten Leistungen zur Eingliederung von Menschen mit Behinderungen in das Arbeitsleben stellen zum großen Teil Dienstleistungen dar.⁵⁴⁷ Es werden somit die Besonderheiten der Qualitätssicherung (QS) bei Dienstleistungen relevant.

a. Maßstäbe

aa. Ansatzpunkt

Normative Maßstäbe zur Bewertung der Qualität können an den Aspekten der Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität anknüpfen und Anforderungen

545 Dabei ist sie auch in zeitlicher Hinsicht prozesshaft-dynamisch und damit relativ (vgl. *Merchel*, Zum Stand der Diskussion über Effizienz und Qualität in der Produktion sozialer Dienstleistungen, in: *Möller* (Hrsg.), Effektivität und Qualität sozialer Dienstleistungen, S. 4, 8 f. und *Görres*, ZSR 2002, S. 425, 427). Eine andere Ansicht geht davon aus, dass Qualität nicht durch Eigenschaften oder Merkmale einer Sache bestimmt ist, sondern sich gerade als Ergebnis der Bewertung darstellt (vgl. *Heid*, Qualität. Überlegungen zur Begründung einer pädagogischen Beurteilungskategorie, in: *Helmke/Hornstein, et al.* (Hrsg.), Qualität und Qualitätssicherung im Bildungsbereich: Schule, Sozialpädagogik, Hochschule, S. 41). Gemeinsam ist beiden, dass sie zur Bewertung Maßstäbe bedürfen, an denen die Wirklichkeit (die tatsächliche Leistungserbringung) gemessen werden kann. Der erste, oben genannte, Ansatz misst dabei aber nur den Grad der Übereinstimmung und folgert daraus die Höhe der Qualität, während der zweite Ansatzpunkt das Ergebnis der Messung selbst als Qualität ansieht. Der eher zielorientierte erste Ansatz stimmt im Rahmen der vorliegenden Arbeit besser mit dem staatlichen Ziel überein, den Zweck der Sozialleistung zu sichern.

546 Vgl. *Bruhn*, Qualitätsmanagement für Dienstleistungen, 7. Aufl., S. 34.

547 Eine Ausnahme bilden die Erbringung technischer Arbeitshilfen, die gerade auf die Eingliederung in den Arbeitsmarkt abzielen und die Anpassung von Arbeitsplätzen, die auch mit einer Sachleistung verbunden sein kann.

an diese festlegen.⁵⁴⁸ Die Strukturqualität zeigt sich in den organisatorischen Rahmenbedingungen und der Ausstattung der die Leistung erbringenden Einrichtung. Die Prozessqualität bezieht sich auf den Ablauf einer Leistung, auf die Art und Anzahl der erbrachten Leistungen, deren Angemessenheit und zeitlichen Rahmen. Die Ergebnisqualität betrifft dagegen das Ergebnis der Leistung selbst.⁵⁴⁹ Problematisch an dieser Differenzierung ist, dass das Modell zwar von einer linearen Kausalität zwischen den jeweiligen Qualitäten hin zum Ergebnis ausgeht,⁵⁵⁰ diese jedoch selbst empirisch nur schwer nachweisbar ist.⁵⁵¹

Da das Modell die unterschiedlichen Ebenen ausdrückt, die für die QS von Relevanz sind, ist es zumindest als Ansatzpunkt verwertbar. Erweitert wird dieses Konzept teilweise um die der Strukturqualität vorausgehende Konzeptqualität. Diese formuliert auf der Konzeptionsebene ein Leitbild, wird auf der Konzeptebene durch eine Konzeption ergänzt und benennt die konkreten Alltagsregelungen.⁵⁵²

ab. Standards

Festgelegt werden die Maßstäbe in Standards. Diese sind Zielgrößen der Sozialleistungen.⁵⁵³ Mit Blick auf die obige Differenzierung können per-

548 Siehe *Donabedian*, The definition of quality and approaches to its assessment. Explorations in quality assessment and monitoring, S. 79 ff. Dabei ist die Pragmatik dieser Aufteilung nicht zu verkennen. Es kann also viele weitere Aufteilungsmöglichkeiten geben (vgl. *Merchel*, Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, 2. Aufl., S. 39 ff.). Vgl. auch die übersichtliche Darstellung bei *Burger/Johne*, Die Qualität sozialer Dienste im Spannungsfeld zwischen sozialpolitischen Anspruch und ökonomischer Rationalität, in: *Knappe/Burger* (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit und Qualitätssicherung in sozialen Diensten, S. 109, 117 ff.

549 Siehe *Mehrhoff/Weber-Falkensammer*, Die BG 2000, S. 104, 108 ff. und eine gute Übersicht bei *Bruhn*, Qualitätsmanagement für Dienstleistungen, 7. Aufl., S. 36.

550 Vgl. *Donabedian*, The definition of quality and approaches to its assessment. Explorations in quality assessment and monitoring, S. 79 ff.

551 Siehe *Hamel/Windisch*, QUOFHI - Qualitätssicherung offener Hilfen für Menschen mit Behinderung, S. 16. *Merchel*, Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, 2. Aufl., S. 50 lehnt einen linearen Zusammenhang völlig ab.

552 Vgl. *Wetzler*, Qualitätsmanagement in Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe, S. 88 ff.

553 Vgl. *Maelicke*, Qualitätsstandards, in: *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge* (Hrsg.), Fachlexikon der sozialen Arbeit, 6. Aufl., S. 747.

formance-Standards (zielorientierte), statische (niveaufestlegende) Standards und prozedurale, also verbindliche Verfahren absichernde Standards unterschieden werden.⁵⁵⁴

Inhalt der Standards, an denen die Qualität beurteilt wird, können personenbezogene Anforderungen sein. Sie schreiben beispielsweise eine bestimmte Aus- und Weiterbildung (des Personals) des Leistungserbringers vor und sichern so die fachliche Kompetenz. Sie können auch Normierungen über die Anforderungen an das Produkt⁵⁵⁵ oder die Dienstleistung selbst (den Ort und die Art der Erbringung) enthalten.

Erstellt werden Standards durch die unterschiedlichsten Akteure: durch den Gesetzgeber, die Leistungsträger und -erbringer, in Kooperation dieser beiden Akteure und auch durch private Akteure außerhalb des Leistungserbringungsverhältnisses, z. B. durch Norminstitute.

b. Messung

Für die Messbarkeit und Überprüfung der Qualität der Leistungserbringung, also der Überprüfung der Deckungsgleichheit der tatsächlichen Leistungserbringung und der Maßstäbe, müssen zunächst Strukturen geschaffen werden, die die Umsetzung und Dokumentation des Geschehens in darstellbaren Kategorien ermöglichen.⁵⁵⁶ Dabei werden Indikatoren gesucht, die in Kennzahlen⁵⁵⁷ oder beobachtbare Ereignisse übersetzt werden. Diese können einerseits die Wirklichkeit in quantitativen Größen erfassen und damit de-

554 Daneben werden Standards je nach Konkretisierungsgrad eingeordnet. Die Bandbreite reicht von allgemeinen Universalstandards über Richtlinienstandards und allgemeinen Handlungsstandards hin zu speziellen Handlungsstandards. Auch kann zwischen ablaufbezogenen Standards und problembezogenen Standards differenziert werden. Siehe *Klie*, Qualitätssicherung und Pflegeversicherung - Eine Einführung, in: *Klie* (Hrsg.), Pflegeversicherung und Qualitätssicherung in der Pflege, 2. Aufl., S. 1, 8 f.

555 Z. B. in Produktsicherheitsgesetzen.

556 Dadurch wird Transparenz und die Möglichkeit der intersubjektiven Verständigung hergestellt. Diese schafft die Grundlage für den Austausch über das Geschehen und die zielgerichtete Diskussion über Veränderungen (vgl. *Merchel*, Zum Stand der Diskussion über Effizienz und Qualität in der Produktion sozialer Dienstleistungen, in: *Möller* (Hrsg.), Effektivität und Qualität sozialer Dienstleistungen, S. 4, 12).

557 In Abgrenzung zu eher normativ-präskriptiv Richtwerten sind Kennzahlen deskriptiv (vgl. auch zur Notwendigkeit und Kritikpunkten *Merchel*, Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, 2. Aufl., S. 55.).

skriptiv darstellen und andererseits eine zielgerichtete Diskussion ermöglichen. Es wird also versucht, durch quantitative Größen qualitative Aussagen zu treffen.⁵⁵⁸

Anschließend bedarf es Kontrollmechanismen, die die Ermittlung der Übereinstimmung der tatsächlichen Leistungserbringung mit den normativen Maßstäben erlauben. Diese können sowohl inner- als auch außerbetrieblich (durch öffentliche Organisationen bzw. Institutionen oder private Institutionen)⁵⁵⁹ angelegt sein und zentral oder dezentral erfolgen. Daneben kann die Beurteilung Fachleuten sowie Berechtigten obliegen. Die sich anschließende Evaluation qualitätssichernder Maßnahmen soll die Standards optimieren und dabei veränderte Bedürfnisse der Betroffenen gleichermaßen erkennen und umsetzen wie neue fachliche Erkenntnisse hervorbringen.⁵⁶⁰

c. Qualität bei Dienstleistungen

Dienstleistungen haben einen immateriellen Charakter. Der eigentliche Kern der Leistung ist nicht greifbar. Zudem kann die Qualität von Dienstleistungen vor ihrer Auswahl nur bedingt sinnlich wahrgenommen werden, was wiederum mit der grundsätzlichen Gleichzeitigkeit der Herstellung und Verwertung, insbesondere bei personenbezogenen Dienstleistungen, einhergeht. Diese Gleichzeitigkeit kann die Frage der QS insoweit beeinflussen, als Dienstleistungen individuell verschieden und variabel sind, da sie für jeden Berechtigten wieder neu erstellt werden.⁵⁶¹

Eine große Herausforderung bei der Beurteilung von Dienstleistungsqualität ist somit die Erstellung von Dokumentationsmöglichkeiten, die das Ge-

558 Siehe *Merchel*, Zum Stand der Diskussion über Effizienz und Qualität in der Produktion sozialer Dienstleistungen, in: *Möller* (Hrsg.), Effektivität und Qualität sozialer Dienstleistungen, S. 4, 12. Dabei werden neben zielgerichteter Steuerungsmöglichkeiten auch Evaluationskriterien für intendierte Veränderungen gewonnen (vgl. *ebd.*, S. 12). Zu den grundsätzlichen Kritikpunkten an der Festlegung solcher Kriterien siehe *ebd.* S. 13.

559 In Betracht kommen z. B. Berufsstände und deren Verbände (vgl. *Klie*, Qualitätssicherung und Pflegeversicherung - Eine Einführung, in: *Klie* (Hrsg.), Pflegeversicherung und Qualitätssicherung in der Pflege, 2. Aufl., S. 1, 10).

560 Auch sie kann ex- wie intern angelegt sein und zentral wie dezentral gesteuert werden.

561 Siehe hierzu *Bruhn*, Qualitätsmanagement für Dienstleistungen, 7. Aufl., S. 20 ff.

schehen in darstellbare Kategorien bringen, um einerseits den immateriellen Charakter und andererseits die Gleichzeitigkeit der Herstellung und Konsumierung von Dienstleistungen zu überwinden. Diese Kategorisierung hängt eng mit der Erstellung von Standards zusammen, die ebenfalls auf diese Charakteristika Rücksicht nehmen. Die Individualität der Dienstleistungen führt zur Frage, wer die Übereinstimmung der Qualität der erbrachten Dienstleistung mit vorgegebenen Standards beurteilt. Um eine umfassende Bewertung zu erlangen, müssen zumindest auch die Berechtigten in diese Beurteilung einbezogen werden. Einer Beurteilung der Dienstleistungsqualität allein durch die Berechtigten, als Kunden, wie sie in der allgemeinen Qualitätsdiskussion über Dienstleistungen teils gefordert wird,⁵⁶² kann aufgrund des staatlichen Interesses an der Wirkung der Sozialleistung als Maßnahme zur Eingliederung von Menschen mit Behinderung nicht gefolgt werden. Auch ist wegen der Individualität der Leistung und der (grundsätzlich bestehenden) Nähe zwischen Leistungserbringer und Berechtigtem der Prozess der Leistung, unabhängig von dessen kausalen Wert für die Ergebnisqualität, für die Qualität der Dienstleistung entscheidend.

2. Wirtschaftlichkeit

a. Einführung

Unter Wirtschaftlichkeit ist eine Mittel-Zweck-Relation zu verstehen.⁵⁶³ Die Kosten der Sozialleistung werden ins Verhältnis zu dem zu erreichenden Ziel gesetzt.

Während die Wirtschaftlichkeit in einem engeren Sinne die auf der Mikroebene der einzelnen Sozialleistung untersuchte Qualität der Sozialleistung⁵⁶⁴ in ein Verhältnis zu ihren konkreten Kosten setzt, stellt die Wirtschaftlichkeit in einem weiteren Sinne auch die Frage nach der Wirksamkeit

562 Vgl. das GAP-Modell von *Parasuram/Zeithaml/Berry*, dargestellt bei *Bruhn*, Qualitätsmanagement für Dienstleistungen, 7. Aufl., S. 89 ff.

563 Siehe *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 55 und *Eichhorn*, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, 3. Aufl., S. 156.

564 Dabei wird der Ansatz verfolgt, eine gesicherte Qualität einer effektiven Leistung sichere das Leistungsziel.

der Sozialleistung, also ihrer Effektivität, in die Betrachtung ein.⁵⁶⁵ Diese weitere Betrachtung wird auch als Effizienz bezeichnet.⁵⁶⁶

a. Instrumente zur Sicherung der Wirtschaftlichkeit

Die Wirtschaftlichkeit einer Sozialleistung stellt sich gemäß obiger Definition als Verhältnis zwischen Qualität einer Leistung und deren Kosten dar. Es wird also das erreichte bzw. angestrebte Ziel der Sozialleistung in Relation zum Aufwand gesetzt. Um die bestehende Wirtschaftlichkeit von Sozialleistungen zu verbessern, müssen die jeweiligen Komponenten der Wirtschaftlichkeitsformel geändert werden. Je geringer die Kosten bei einem gleichbleibenden Qualitäts- und Wirksamkeitsniveau, desto höher die Wirtschaftlichkeit. Bei einem abnehmenden Qualitäts- und/oder Wirksamkeitsniveau sinkt die Wirtschaftlichkeit einer Leistung bei gleichbleibenden Kosten ebenso wie bei einem gleichbleibenden Qualitäts- und Wirksamkeitsniveau und steigenden Kosten.⁵⁶⁷

Bei einem festgelegten Qualitäts- und Wirksamkeitsniveau der Leistung muss zur Stabilität und Fortentwicklung der Wirtschaftlichkeit der Preis der Leistung gefestigt oder verringert werden. Als dafür im Rahmen des BBV eingesetzte Instrumente kommen Preisregulierungen in Betracht, wobei an bestimmte Vergütungsformen wie Fest- oder Höchstbeträge ebenso zu denken ist wie an Preisbindungsklauseln.⁵⁶⁸

565 Die Einbeziehung dieser Komponente in den Begriff der Wirtschaftlichkeit bedeutet nicht, dass sie unabhängig von der Frage der Wirtschaftlichkeit keine Rolle bei der Leistungserbringung spielt, sondern dass sie gerade auch bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme bedeutsam ist.

566 Siehe *Eichhorn*, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, 3. Aufl., S. 163. Siehe hierzu *Bieback*, Effizienzanforderungen an das sozialstaatliche Leistungsrecht, in: *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, S. 127.

567 Ebenso kann die Wirtschaftlichkeit gleich bleiben, wenn alle Komponenten in gleichem Ausmaß steigen oder fallen.

568 Des Weiteren können Leistungskürzungen im Sozialleistungsverhältnis vorgenommen werden. Diese spielen jedoch gerade bei der Erbringung einer konkreten Sozialleistung eine untergeordnete Rolle (so ist an Zuzahlungen ebenso zu denken wie an Einschränkung bestimmter Verfahren).

VI. Verfahren

1. Anforderungen an Auswahlverfahren

Auswahlverfahren bei der Einbindung Dritter in die Erbringung von Sozialleistungen müssen zunächst die Überprüfung der Auswahlkriterien operationalisieren. Sie müssen also ein System bereitstellen, in dem Qualität und Wirtschaftlichkeit als Auswahlfaktoren Berücksichtigung finden.

Zusätzliche Anforderungen sind an die Auswahlverfahren zu stellen, wenn die Träger in Ausübung ihrer Strukturverantwortung den Sozialleistungsmarkt beschränken, indem sie Bedarfsplanungsgesichtspunkte in die Auswahl einstellen, oder wenn der Staat durch seine Selbstverwaltungskörperschaften der Sozialleistungsträger zum Nachfrager der Sozialleistung wird.

2. Qualität und Wirtschaftlichkeit als Auswahlkriterien

Im abstrakten Einbindungsprozess sind die Kriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit die zentralen objektiven Kriterien für die Auswahl eines geeigneten Leistungserbringers. Auch im konkreten Einbindungsprozess, beim Abruf der Sozialleistung, spielen diese Faktoren eine Rolle. Hinzu kommen weitere Kriterien wie die Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts.

a. Entscheidung über die Einbindung Dritter

Sofern dem Leistungsträger bei der Entscheidung über die Einbindung Dritter vom Gesetzgeber ein Entscheidungsspielraum eingeräumt wird, finden die Kriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistung Beachtung. Der Träger hat zu entscheiden, ob seine Eigeneinrichtungen die Leistung wirtschaftlicher oder mit einem höheren Qualitätsstandard erbringen können. Entschließt sich der Leistungsträger zur Einbindung eines Dritten, wird die Qualität und Wirtschaftlichkeit des Erbringers im Rahmen der Untersuchung seiner Geeignetheit überprüft.

b. Qualifikation

Auf der Qualifikationsebene können Anforderungen an Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringer einseitig hoheitlich regulierend auf dem Wege exekutiv untergesetzlicher Normsetzung konkretisiert werden. Bezogen auf einzelne Leistungserbringer werden auf dieser Ebene bereits einzelne Anforderungen an diese einseitig hoheitlich überprüft, die außerhalb des eigentlichen Sozialleistungsrechts stehen, aber zur notwendigen Bedingung des Zugangs erklärt werden. So beispielsweise, wenn berufsrechtliche Anforderungen an die Leistungserbringer gestellt werden.

Teilweise binden sich die Leistungserbringer durch den Abschluss allgemeiner Verträge auf kooperativem Wege an vorgegebene oder zwischen den Parteien ausgehandelte Standards zur Qualität, Wirtschaftlichkeit und/oder Finanzierung. Diese Verträge haben, im Gegensatz zu denjenigen der Leistungsbereitstellung, noch nicht den Zugang zum Sozialleistungsmarkt zur Folge. Zudem kommt diesen Verträgen zum Teil eine erweiterte vertragliche Bindungswirkung, durch die Mitgliedschaft in einer den Vertrag schließenden Vereinigung bzw. Verbandes oder durch eine gesetzliche Regelung über eine erweiterte Bindungswirkung dieser Verträge, z. B. auf bestimmte Berufsgruppen, zu.

Die auf dieser Ebene überprüfte Qualität bezieht sich auf die Struktur- und Produktqualität der Sozialleistungserbringung. Die Verbindlichkeit von Standards wird zur Frage der Qualifikationsebene, wenn sie nicht allgemeingültig gesetzlich oder auch untergesetzlich verankert sind.

c. Leistungsbereitstellung

Auf der Ebene der Leistungsbereitstellung wird auf hoheitlichem Wege die Geeignetheit des Leistungswilligen als Leistungserbringer geprüft. Dabei kommt dem Anforderungskriterium der Wirtschaftlichkeit eine besondere Bedeutung zu, da es um den Zugang zum Sozialleistungsmarkt geht.

Erfolgt der Zugang zum Sozialleistungsmarkt kooperativ durch Abschluss von Verträgen, werden die geltenden Standards zwischen den Parteien ausgehandelt, oder die Leistungserbringer verpflichten sich, vertraglich bestimmte, bereits außerhalb des konkreten Vertragsverhältnisses normierte Standards zu beachten.

Als Folge des Marktzugangs kommt es häufig auch zur Verpflichtung einer begleitenden Kontrolle der Qualität und/oder Wirtschaftlichkeit. Dies bezieht sich auf die Prozessqualität.

d. Abruf der Leistung

Auf der Ebene der Inanspruchnahme der Sozialleistung kommt es auf den auswählenden Akteur an. Erlaubt das Recht dem Leistungsempfänger, insbesondere aus Selbstbestimmungsgesichtspunkten, sich seinen Erbringer auszuwählen, müssen alle staatlich gewollten Regelungen zur Wirtschaftlichkeit und Qualität im Vorfeld getroffen worden sein. Entscheidet der Leistungsträger, kann er wiederum den Leistungserbringer im Rahmen einer hoheitlichen Entscheidung oder auf kooperativem Wege die Bindung des Erbringers an gewisse Qualitätsstandards oder Wirtschaftlichkeitsregelungen bewirken.

Da erst auf dieser Ebene die Sozialleistungen bestimmt werden, sich die Vorgaben der Ergebnisqualität erst konkretisieren und die Leistung tatsächlich erbracht wird, kann es auch erst hier zu einer Bewertung der Ergebnisqualität kommen.

e. Kontrolle/Evaluierung

Auch nach der Einbindung der Dritten und dem Erbringen der Sozialleistung existieren Kontroll- und Evaluierungsinstrumente zur Überprüfung der Qualität, insbesondere der Ergebnisqualität und der Wirtschaftlichkeit. Bei der Kontrolle der Stabilität bzw. Reduzierung der Kosten ist das Instrument des Controllings zu nennen, das insbesondere für die Informationsbereithaltung sorgt.⁵⁶⁹ Stimmt dabei der Ist- nicht mit dem Sollstandard überein, kann der Leistungsträger Konsequenzen ziehen. Er kann seine Rückholoptionen⁵⁷⁰ geltend machen und damit die Leistung durch eigene Einrichtungen aus-

569 Siehe *Pitschas*, Die Modernisierung der sozialen Sicherung im Zeichen von Effektivität und Effizienz, in: *Butzer* (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht, S. 31, 43.

570 Dies können Widerrufsvorbehalte, Rückfallklauseln in Verwaltungsverträgen oder Kündigungsrechte sein. Siehe *Voßkuhle*, VVDStRL 2003, S. 266, 326; *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241, 245.

führen bzw. durch andere Leistungserbringer ausführen lassen oder die Zahlung der Leistung verweigern.

Grundsätzlich können zwei verschiedene Arten von Kontroll- und Evaluationsinstrumenten unterschieden werden:⁵⁷¹ die Initiierung eines selbst-organisierten Lernprozesses auf der einen Seite und die von außen an die Leistungserbringer herangetragenen Instrumente auf der anderen Seite. Zu Letzteren zählt z. B. das Qualitätsmanagementkonzept⁵⁷² der DIN EN ISO 9000 ff. oder die externe Evaluation.⁵⁷³ Unter Erstere sind tendenziell eher das Konzept der European Foundation for Quality Management (EFQM), das Modell des Benchmarkings und das Verfahren der internen Evaluation zu subsumieren.⁵⁷⁴ Daneben können diese Modelle in sich jeweils anhand

571 *Merchel*, Zum Stand der Diskussion über Effizienz und Qualität in der Produktion sozialer Dienstleistungen, in: *Möller* (Hrsg.), Effektivität und Qualität sozialer Dienstleistungen, S. 4, 15 f. Auch ist eine Unterscheidung zwischen umfassenden, also die gesamte Organisation erfassenden Verfahren, und den Konzepten möglich, die lediglich ausgewählte Kriterien und Bereiche betreffen (vgl. *Merchel*, Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, 2. Aufl., S. 114).

572 Dabei ist unter QM der Oberbegriff für alle qualitätsrelevanten Tätigkeiten zu verstehen (vgl. *ebd.*, S. 9).

573 Siehe zur in- wie externen Evaluation *Heiner*, Qualitätsentwicklung durch externe und interne Evaluation, in: *Peterander/Speck* (Hrsg.), Qualitätsmanagement in sozialen Einrichtungen, 2. Aufl., S. 132.

574 Siehe zu den Details der jeweiligen Umsetzung von Standards, Dokumentationspflichten des tatsächlichen Geschehens und der Maßnahmen der Messung, Überprüfung der Kongruenz und Evaluation *Merchel*, Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, 2. Aufl., S. 61 ff. In den DIN EN ISO 9000 ff. wird Qualität aufgrund des technokratischen Qualitätsmanagementansatzes sehr formalisiert betrachtet und damit auf Verfahren der Definition von Abläufen, Kontrollen und Dokumentationen der Dienstleistungsherstellung reduziert. Eine operationale Differenzierung der Prozess- und Ergebnisqualität besteht nicht (vgl. *Hamel/Windisch*, QUOFHI - Qualitätssicherung offener Hilfen für Menschen mit Behinderung, S. 17). Für personenbezogene Dienstleistungen ist dieser Ansatz aber aufgrund der hohen Verfahrenszentriertheit nur begrenzt nützlich. Die Notwendigkeit der Kooperation zwischen Erbringer und Berechtigtem kommt dabei gar nicht zum Tragen (vgl. *Schädler*, Qualitätssicherung und Organisationsentwicklung, S. 22). Dagegen liegt der Schwerpunkt des EFQM-Modells auf der Qualitätsbeurteilung durch eine Selbst- oder Fremdbeurteilung (vgl. *Roes/Mittnacht, et al.*, Grundlegende Kategorien im Qualitätsdiskurs, in: *BUKO-QS* (Hrsg.), Strategien der Qualitätsentwicklung in Pflege und Betreuung, S. 133, 143) aufgrund vorgegebener Kriterienbündel (vgl. *Merchel*, Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, 2. Aufl., S. 74). Im Gegensatz zum ISO-Modell spielen Verfahrensstandardisierungen keine Rolle. Dabei

der Messansätze differenziert werden, je nachdem ob die Beurteilung aus Sicht der Leistungsberechtigten oder der Mitglieder des Leistungserbringers erfolgt.⁵⁷⁵ Die Implementation dieser Verfahren entspricht der Setzung und Verbindlichmachung der Qualitätsstandards. Sie können gesetzlich festgelegt oder Teil des Einbindungsprozesses sein.

3. Besondere Regulierung des Auswahlprozesses

Die Frage nach einer – über die bloße Prüfung der Geeignetheit des Leistungserbringers hinausgehende – Regulierung des Auswahlprozesses stellt sich in zwei Fällen:

Zunächst, wenn der Staat Leistungserbringer „plätze“ im Sozialleistungsmarkt nach Bedarf vergibt und damit eine Mengensteuerung vornimmt. Dann hat er, wie in vielen Bereichen des öffentlichen Wirtschaftsrechts, Verteilungsentscheidungen zu treffen. „Die Einbindung der Leistungserbringer erfolgt unter Ausschluss konkurrierender Erbringer mit dem Hinweis auf einen bestehenden oder zu erwarteten Bedarf.“⁵⁷⁶ Die Zulassung hat also eine zeitlich und/oder örtlich beschränkte Vergabe einer Monopol-

stellt es ein analytisches Instrument zur Selbstbewertung dar, das innerhalb des Leistungserbringers eine prozessauslösende Wirkung haben kann (vgl. *ebd.*, S. 80). Unter Benchmarking versteht man ein Verfahren, das durch die Analyse der Unterschiede der eigenen Organisation mit einer anderen Organisation dazu beiträgt, die eigene Position im Konkurrenzgefüge besser beurteilen zu können und die Besten der Branche als Vorbild zu nehmen. Grundgedanke ist also das Lernen aus dem Vergleich (vgl. *ebd.*, S. 83 ff.). Bei der internen Evaluation handelt es sich um eine fremd- oder selbstperspektivische, strukturierte Bewertung von Mitgliedern der zu evaluierenden Institution auf empirischer Grundlage (vgl. *Merchel*, Qualitätsmanagement in der sozialen Arbeit, 2. Aufl., S. 97). Vgl. auch *Mittnacht*, Strukturen und Angebote in der Rehabilitation, in: *BUKO-QS* (Hrsg.), Strategien der Qualitätsentwicklung in Pflege und Betreuung, S. 91, 95. Siehe vertiefend zum Vergleich unterschiedlicher Evaluationsinstrumente *Hartfiel*, Qualitätsentwicklung und -kontrolle in sozialen Diensten, S. 225 ff.

⁵⁷⁵ Dabei kann bei der berechtigtenorientierten Messung wiederum zwischen objektiven Messungen, wie Expertenbeobachtungen, oder subjektiven Messungen, die merkmals-, ereignis- oder problemorientiert stattfinden können, unterschieden werden. Die leistungserbringerorientierte Messung ist sowohl auf Managerebene, z. B. durch Benchmarking, als auch auf Mitarbeiterebene, z. B. durch eine externe Qualitätsmessung durch Mitarbeiterbefragungen, durchführbar. Siehe dazu die Übersicht bei *Bruhn*, Qualitätsmanagement für Dienstleistungen, 7. Aufl., S. 130.

⁵⁷⁶ *Becker/Meeßen, et al.*, VSSR 2011, S. 323, 354 f.

stellung der Leistungserbringer im Markt zur Folge.⁵⁷⁷ Dies ist zwar keine Besonderheit des Sozialleistungsrechts.⁵⁷⁸ Im Unterschied zur Verteilung von „natürlich“ knappen Gütern stellt der Staat bzw. die Leistungsträger trotzdem eine künstliche Knappheit mit dem Ziel der Wirtschaftlichkeit der Leistung und der Infrastruktursicherheit her.⁵⁷⁹

Der zweite Fall liegt vor, wenn der Staat selbst durch seine Selbstverwaltungskörperschaften der Sozialleistungsträger zum Nachfrager der Sozialleistung wird. Dies kann mit der ersten Konstellation zusammenfallen, wenn der Träger beispielsweise große Leistungskontingente ausschreibt und damit auch auf eine Bedarfsplanung zielt. Der Sozialleistungsträger wird dennoch unabhängig von etwaigen Bedarfsplanungen immer dann zum Nachfrager der Sozialleistung, wenn er im Einbindungsprozess eine konkrete Sozialleistung bei einem Erbringer abrufen, um sie sich für die Erfüllung an den Berechtigten zu beschaffen.⁵⁸⁰

Die Frage nach speziellen Verteilungsverfahren ist somit zu stellen, wenn der Staat einem Leistungserbringer den Zugang zum Sozialleistungsmarkt gewährt und einen anderen (wenn auch nur zeitweise) von diesem aus-

577 Der Leistungserbringer wird durch diese Selektion für einen bestimmten Zeitraum von Wettbewerbsanforderungen geschützt (vgl. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 581).

578 Beispielsweise hat der Staat bei der Vergabe von Stellplätzen auf Volksfesten oder Märkten Verteilungsentscheidungen zu treffen.

579 Siehe zu den Fragen von „künstlicher“, „rechtlich bedingter“ oder „gewillkürter“ Knappheit *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, S. 17 ff.; sowie zur Einteilung unterschiedlicher Knappheitskonstellationen auch *Kupfer*, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 101 ff. Verteilungsverfahren haben sich „zu einem spezifischen Instrument der Marktzugangsregulierung entwickelt“ (so *Fuchs*, Instrumente und Verfahren staatlicher Verteilungsverwaltung, in: *Towfigh/Schmolke, et al.* (Hrsg.), Recht und Markt, S. 205, 211).

580 Eine ebenfalls die Erwerbssituation der Leistungserbringer beeinflussende Konstellation entsteht, wenn der Staat selbst durch eine Eigeneinrichtung – also als leistungserbringender – Akteur am Wettbewerb im Sozialleistungsmarkt teilnimmt. Er die Sozialleistung also durch Eigeneinrichtung vornehmen lässt. Im Gegensatz zu den oben aufgezeigten Situationen handelt es sich nicht um eine Frage des Zugangs zu einem Markt, indem Sozialleistungen bezahlt werden, sondern um das allgemeine Problem der wirtschaftlichen Betätigung des Staates und ihre Grenzen. Rechtliche Beschränkungen könnten auch hier das bestehende Marktungleichgewicht beseitigen.

schließt.⁵⁸¹ In beiden Konstellationen berührt die Entscheidung des Staates Rechte der Leistungserbringer. Tangiert werden dabei Freiheitsrechte der Leistungserbringer, insbesondere das in Art. 12 GG verankerte Recht auf Berufsfreiheit und das in Art. 27 und 94 BV normierte Recht der Wirtschaftsfreiheit, sowie das in Art. 3 GG und 8 I BV festgelegte Recht auf Gleichbehandlung.⁵⁸² Eine besondere Regulierung des Auswahlprozesses für beide Konstellationen bietet das Vergaberecht.⁵⁸³

B. Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX

Schlüsselnorm der Ausführung von Leistungen im SGB IX stellt § 17 I SGB IX dar.⁵⁸⁴ Dieser lautet:

„Der zuständige Rehabilitationsträger kann Leistungen zur Teilhabe

581 Siehe ausführlich zum Wettbewerb der Leistungserbringer „im Markt“ und „um den Markt“ *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 413 ff. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage des Zugangs des Berechtigten zur Versorgung mit Sozialleistungen. Vgl. hierzu *Reimer*, Der Staat als Türöffner, in: *Arnauld/Musil* (Hrsg.), Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, S. 223.

582 Die Berührung der Freiheitsrechte folgt insbesondere daraus, dass der Leistungserbringer selbst auf die Festlegung des Bedarfes, also auf diese Marktzugangsbeschränkung, keinen Einfluss hat.

583 Im Rahmen des Vergabeverfahrens bemühen sich also Bewerber um einen öffentlichen Auftrag (vgl. *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 24). Dabei sollen im Ausschreibungsmodell private Handlungsrationalitäten zugekauft werden (siehe *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 494). Hintergrund ist auch das Interesse der Leistungserbringer an Zugangstransparenz, Preissicherheit und Kontrolle (vgl. *ebd.*, S. 497). Das Vergaberecht ist hierbei Wettbewerbsmöglichkeitsrecht (siehe *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 36). Der Wettbewerb wird bei der Normierung staatlicher Auswahlentscheidungen als Instrument zur Verwirklichung des Gemeinwohls eingesetzt (vgl. *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241, 245). Er zielt gerade auch auf Verteilungsgerechtigkeit (vgl. *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl., S. 4). Dabei ist zu beachten, dass Wettbewerb nur insoweit als Organisationsprinzip eingesetzt werden darf, als er die Rechtsverwirklichung, für die er eingesetzt ist, nicht unmöglich macht (vgl. für Deutschland mit Blick auf das Sozialstaatsprinzip *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 405). Da das Vergaberecht ein von Menschen geschaffenes künstliches Instrument zur Gestaltung des Wettbewerbs ist, gibt es keine per se vergabefremden Zwecke (vgl. *Pietzcker*, NVwZ 2007, S. 1225, 1226 f.; so auch *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241, 245).

584 Diese Vorschrift konkretisiert die Vorschrift des § 97 SGB X für den Bereich des SGB IX.

1. *allein oder gemeinsam mit anderen Leistungsträgern,*
2. *durch andere Leistungsträger oder*
3. *unter Inanspruchnahme von geeigneten, insbesondere auch freien und gemeinnützigen oder privaten Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen (§ 19)*

ausführen. Er bleibt für die Ausführung der Leistungen verantwortlich. Satz 1 gilt insbesondere dann, wenn der Rehabilitationsträger die Leistung dadurch wirksamer oder wirtschaftlicher erbringen kann.“

Eine vierte Möglichkeit gibt § 17 II S. 1 SGB IX. Danach können auf Antrag Leistungen zur Teilhabe auch durch ein persönliches Budget erbracht werden.

Eine Rangfolge besteht durch diese Aufzählung nicht.⁵⁸⁵ Der Leistungsträger ist vielmehr verpflichtet, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.⁵⁸⁶ Entscheidet er sich für die Inanspruchnahme von Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen, nimmt er seine Leistungsverpflichtung durch die Begründung, Bewahrung und Überprüfung eines BBV (I. 1.) wahr. Die Leistung selbst wird von der Einrichtung oder dem Dienst an den Berechtigten erbracht (I. 2.) und vervollständigt so das leistungsrechtliche Dreieck (I. 3.). Da das SGB IX die Möglichkeit der Dritterbringung eröffnet, enthält es strukturelle Normierungen (II.). Die Regelungen des SGB IX als Querschnittsgesetzbuch gelten nur so weit, als in den Leistungsgesetzen nichts Abweichendes normiert ist (III.). Die einzelnen Regelungsbereiche in den Einbindungsstufen durchforstend (III. 2 bis III. 6) wird eine zusammenfassende Übersicht des Leistungserbringungsrechts der beruflichen Rehabilitation erarbeitet (IV.).

I. Die Rechtsverhältnisse

1. Das BBV

Das SGB IX spricht in § 17 I S. 1 Nr. 3 von freien und gemeinnützigen oder privaten Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen. Gem. § 19 IV SGB IX sind Rehabilitationsdienste und -einrichtungen besondere Dienste und Ein-

⁵⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 14/5074, S. 103.

⁵⁸⁶ Dieses Auswahlermessen ist auf Leistungen beschränkt, die der Träger nicht selbst zu erbringen hat. Dies sind ausschließlich Sach- und Dienstleistungen. Vgl. hierzu Kunze/Kreikebohm, SGB 2006, S. 284, 200.

richtungen, die von Rehabilitationsträgern zur Ausführung von Leistungen in Anspruch genommen werden. Sowohl Dienste als auch Einrichtungen sind für eine gewisse Dauer angelegte Institutionen, die über eine organisatorische Einheit von personellen und sachlichen Mitteln verfügen. Für Dienste ist ein geringerer Anteil an Sachmitteln kennzeichnend.⁵⁸⁷

a. Einrichtungen

Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation sind gem. § 35 SGB IX Berufsbildungswerke, Berufsförderungswerke und vergleichbare Einrichtungen.

aa. Berufsbildungswerke

Berufsbildungswerke sind dadurch gekennzeichnet, dass sie zur Erstausbildung junger behinderter Menschen dienen und sie mit ärztlichen, psychologischen und sonderpädagogischen Fachdiensten auf den Beruf vorbereiten.⁵⁸⁸ In ihnen werden Ausbildungen nach dem Berufsbildungsgesetz (BBiG) und der Handwerksordnung (HwO) durchgeführt. Zu beachten sind die §§ 64-67 BBiG, die Sonderregelungen für behinderte Menschen enthalten. So müssen z. B. gem. § 65 I BBiG die Prüfungsordnungen i. S. d. § 47 BBiG die besonderen Bedürfnisse der behinderten Menschen berücksichtigen. Die Zahl der Eintritte in Maßnahmen der Berufsbildungswerke

587 *Lilge*, SGB I, 3. Aufl., § 17, Rn. 30. Darüber hinaus werden Einrichtungen voll- oder teilstationär betrieben, während die Erbringung der Sozialleistung hauptsächlich durch einen sozialen Dienst ambulant erfolgt (vgl. *Mrozynski*, in: *Mrozynski* (Hrsg.), SGB I, § 17, Rn. 15; *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 9, Rn. 9; *Pöld-Krämer/Fahlbusch Jonathan*, Einrichtungen, in: *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge* (Hrsg.), Fachlexikon der sozialen Arbeit, 7. Aufl., S. 214, 214 f.). Dabei muss auch beachtet werden, dass es einer genauen terminologischen Abgrenzung aufgrund der gleichen Rechtsfolgen weder bedarf, noch hinsichtlich des fließenden Übergangs möglich ist.

588 Siehe *Vogt*, in: *Kossens/von der Heide, et al.* (Hrsg.), SGB IX, § 35, Rn. 3; sowie *Bieritz-Harder*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 35, Rn. 4.

lag in den Jahren 2005-2007 konstant bei 12.000 pro Jahr, dabei betrug der Anteil der Frauen mit rund 4.000 ungefähr ein Drittel.⁵⁸⁹

ab. Berufsförderungswerke

Berufsförderungswerke dagegen bieten Umschulungen und Fortbildungen für Menschen, die aufgrund ihrer Behinderung die bisherige Arbeitstätigkeit nicht mehr ausüben können. Sie führen außerdem Maßnahmen der Berufsfindung, Arbeitserprobung und Rehabilitationsvorbereitungslehrgänge durch.⁵⁹⁰ Für die berufliche Fortbildung und berufliche Umschulung gelten gem. § 67 BBiG die §§ 64-66 BBiG entsprechend.

ac. Vergleichbare Einrichtungen

Als dritte Kategorie der Einrichtung nennt § 35 SGB IX „vergleichbare Einrichtungen“. Notwendiges Element der Vergleichbarkeit ist eine vergleichbare Zielsetzung. Sie muss sich auf die Verbesserung der beruflichen Fähigkeiten des Rehabilitanden – mit Blick auf die arbeitsmarktliche Zweckmäßigkeit – richten. Das Erreichen einer beruflichen Fähigkeit als bloße Nebenfolge einer Leistung ist hierzu nicht ausreichend.⁵⁹¹ Weitere Voraussetzungen lassen sich aus der Vorschrift des § 35 SGB IX selbst ableiten. Dies sind insbesondere die fachlichen Anforderungen und die Einhaltung angemessener Teilnahmebedingungen gem. § 35 I S. 2 Nr. 1 und 2 SGB IX. Anhaltspunkte sind dabei Dauer,⁵⁹² Inhalt und Gestaltung der Leistung ebenso wie die Ausbildung und Berufserfahrung des Personals. Allgemein

589 Vgl. den aktuellsten Bericht des BMAS, Behindertenbericht 2009, S. 46.

590 Siehe *Vogt*, in: *Kossens/von der Heide, et al.* (Hrsg.), SGB IX, § 35, Rn. 4; *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*, 2. Aufl., § 9, Rn. 10; *Bieritz-Harder*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 35, Rn. 4.

591 Vgl. *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, S. 284, 201.

592 Hierbei ist die grundsätzliche Dauer der Leistungen zur beruflichen Weiterbildung von bis zu zwei Jahren gem. § 37 II SGB IX zu beachten.

dürfen an die Kriterien der Vergleichbarkeit keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.⁵⁹³

Vergleichbare Einrichtungen sind nach den dargelegten Voraussetzungen Berufstrainingszentren, in denen Menschen mit psychischen Behinderungen an berufsvorbereitenden Maßnahmen, an Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung oder an Anpassungsmaßnahmen teilnehmen können. Auch Rehabilitationseinrichtungen für psychisch Kranke und Behinderte (sog. RPK-Modell) und medizinisch-berufliche Rehabilitationseinrichtungen (sog. Einrichtungen der II.-Phase), sofern sie Leistungen stationär oder teilstationär ausführen, sind als vergleichbare Einrichtungen zu klassifizieren. Erstere arbeiten eng mit Krankenhäusern zusammen, um die enge zeitliche Vernetzung von Maßnahmen zur Teilhabe am Arbeitsleben mit der psychiatrischen Akutversorgung zu gewährleisten. Dies umfasst hauptsächlich Hilfen zur Stabilisierung, Hilfen zur Berufsfindung und die Arbeitserprobung, wobei die psychosoziale Betreuung sichergestellt wird. Auch die Einrichtungen der II.-Phase tragen für die möglichst frühzeitige Anknüpfung der Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation an Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation Sorge. Sie haben sich auf die Bedürfnisse behinderter Menschen mit Hirnverletzungen, Querschnittslähmungen und Herz-/Kreislaufleiden spezialisiert.⁵⁹⁴

ad. Werkstätten für behinderte Menschen

Keine klare Zuordnung trifft das Gesetz in § 35 SGB IX hinsichtlich der WfbM. Ob sich diese in den Kreis der „vergleichbaren Einrichtungen“ einbeziehen lassen und somit den in § 35 SGB IX normierten Voraussetzungen unterliegen, erscheint unter zwei Aspekten problematisch:

Zum einen scheint gerade die fehlende Nennung in § 35 I S. 1 SGB IX trotz ihrer Bedeutung darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber sie nicht als vergleichbare Einrichtungen klassifiziert wissen möchte. Zum anderen müsste es Ziel der Werkstätten sein, Menschen mit Behinderung auf dem Arbeitsmarkt eingliedern zu wollen. Diese Voraussetzung erfüllen die

593 Dies gilt beispielsweise aufgrund des Wandels von Bildungsinhalten insbesondere in der Erwachsenenbildung. Vgl. *Vogt*, in: *Kossens/von der Heide, et al.* (Hrsg.), SGB IX, § 35, Rn. 5; sowie *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, S. 284, 201.

594 *Vogt*, in: *Kossens/von der Heide, et al.* (Hrsg.), SGB IX, § 35, Rn. 6.

WfbM aber lediglich im Ausbildungsbetrieb. Im Arbeitsbereich der Werkstätten wird hingegen ein eigener, zweiter Arbeitsmarkt geschaffen.

§ 136 I S. 1 SGB IX bezeichnet Werkstätten als Einrichtungen zur Teilhabe am Arbeitsleben. Dies korreliert mit der Bedeutung des in den §§ 39 ff. SGB IX normierten Ausbildungsbetriebs, der gegenüber dem Arbeitsbereich im Vordergrund steht. Auch die Gesetzesbegründung geht ausdrücklich davon aus, dass es sich bei WfbM um vergleichbare Einrichtungen i. S. d. § 35 SGB IX handelt.⁵⁹⁵ Sie sind somit als solche anzusehen.⁵⁹⁶

ae. Weiterbildungsträger des SGB III

Die Weiterbildungsträger des Dritten Buches Sozialgesetzbuch dagegen erbringen Leistungen zur beruflichen Teilhabe lediglich ambulant. Damit scheitert die Einbeziehung in den Anwendungskreis des § 35 SGB IX bereits an der mangelnden Einrichtungseigenschaft.⁵⁹⁷

af. Integrationsprojekte

Bei Integrationsprojekten handelt es sich nach § 132 I SGB IX um rechtlich und wirtschaftlich selbstständige Unternehmen (Integrationsunternehmen) oder unternehmensinterne oder von öffentlichen Arbeitgebern i. S. d. § 71 III SGB IX geführte Betriebe (Integrationsbetriebe) oder Abteilungen (Integrationsabteilungen) zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. Diese Betriebe und Unternehmen un-

⁵⁹⁵ Siehe BT-Drs. 14/5074, S. 104. Damit knüpft der Gesetzgeber an die Rechtsprechung des BSG an (siehe BSGE 46, 244, 245; BSGE 52, 123, 130).

⁵⁹⁶ Vgl. Vater, in: Lachwitz/Schellhorn, et al. (Hrsg.), HK-SGB IX, § 136, Rn. 8; sowie Kunze/Kreikebohm, SGB 2006, S. 284, 202. Die Ansicht die WfbM in zwei unterschiedlich zu beurteilende Teile zu zerlegen und damit lediglich den Bereich der Teilhabeleistungen am Arbeitsleben und nicht den Arbeitsbereich unter Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation i. S. d. § 35 SGB IX zu subsumieren (so Großmann, in: Großmann (Hrsg.), GK-SGB IX, § 35, Rn. 33 und § 36, Rn. 6), widerspricht dem Grundsatz der einheitlichen Werkstatt. Ziel des Gesetzes ist es nicht mehrere Typen von WfbM zu schaffen. Es soll vielmehr ein einziger Werkstatttypus existieren, der beide oben erläuterte Zielsetzungen verfolgt (siehe Cramer, Werkstätten für behinderte Menschen, 5. Aufl., § 136, Rn. 16 f.; so auch Grimm, ZfS 2007, S. 193, 206).

⁵⁹⁷ Vogt, in: Kossens/von der Heide, et al. (Hrsg.), SGB IX, § 35, Rn. 11.

terscheiden sich von anderen dadurch, dass sie überdurchschnittlich viele besonders betroffene schwerbehinderte Menschen beschäftigen, nämlich gem. § 132 III S. 1 SGB IX mindestens 25 %.⁵⁹⁸ Die Anzahl der Projekte steigerte sich von 314 in 2002 auf 517 in 2007. Dabei waren 2007 13.694 Menschen in diesen Projekten beschäftigt, worunter 5.535 Personen besonders betroffene schwerbehinderte Menschen waren.⁵⁹⁹

Für die Klassifikation der Integrationsprojekte als Einrichtungen zur beruflichen Rehabilitation nach § 35 SGB IX ist die Zielsetzung dieser Projekte problematisch. Gem. § 133 SGB IX liegen ihre Aufgaben in der Beschäftigung und arbeitsbegleitenden Betreuung schwerbehinderter Menschen. Maßnahmen zur beruflichen Weiterbildung werden nur subsidiär erbracht. Eine Verbesserung der beruflichen Fähigkeiten der Rehabilitanden in den Integrationsprojekten, die für eine Vergleichbarkeit mit den Berufsbildungs- und Berufsförderungswerken spräche, erfolgt somit nur nebenbei. Die Anwendbarkeit des § 35 SGB IX ist somit zu verneinen.⁶⁰⁰ Hierfür spricht auch die Vorschrift des § 179 I SGB VI, der von einem Nebeneinander von Einrichtungen und Integrationsprojekten ausgeht.

b. Dienste

Rehabilitationsdienste stellen die organisatorische Form der sozialen Dienstleistungserbringung⁶⁰¹ dar. Unter ihnen finden sich neben Sozialstationen⁶⁰² auch ambulante Krankenpflegestationen, Nachbarschaftshilfen,

598 Vgl. *BMAS*, Behindertenbericht 2009, S. 52.

599 Dabei ist allerdings anzumerken, dass lediglich 8 % der Beschäftigten aus einer WfbM oder einer Schule mit dem Förderschwerpunkt stammen, obwohl gerade auch diese Personengruppe Zielgruppe der Integrationsprojekte sind. Die Integrationsämter haben fast 47 Mio. € für die Projekte aufgewendet. Vgl. *BMAS*, Behindertenbericht 2009, S. 52 f.

600 Siehe auch *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, S. 284, Rn. 202 f.

601 *Dahme/Schütter, et al.*, Lehrbuch Kommunale Sozialverwaltung und Soziale Dienste, S. 30.

602 Also die organisatorische und personelle Bündelung ambulanter sozialpflegerischer Dienste.

Mahlzeitendienste oder Sozialdienste,⁶⁰³ die eine beratende, informierende und organisierende Funktion einnehmen.⁶⁰⁴

aa. Integrationsfachdienste

Als Sozialdienste sind die in den §§ 109-115 SGB IX normierten IFG zu klassifizieren. Dabei sind nach § 109 I SGB IX IFG Dienste Dritter, die bei der Durchführung von Maßnahmen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Arbeitsleben beteiligt werden. Durch ihre Einbeziehung stehen für die Eingliederung von Schwerbehinderten nach § 109 II SGB IX arbeits- und berufsbegleitende Fachdienste zur Verfügung. Dadurch soll die Integration von schwerbehinderten Menschen mit bestimmten besonderen Bedürfnissen oder Bedarfen erleichtert werden.⁶⁰⁵ § 109 IV SGB IX erweitert den Anwendungsbereich der IFD darüber hinaus auf nichtschwerbehinderte Menschen. So wird den besonderen Bedürfnissen seelisch oder von einer seelischen Behinderung bedrohten Menschen Rechnung getragen. Im Jahr 2007 wurden 89.800 besonders betroffene Menschen mit Behinderung von den Fachdiensten unterstützt. Dabei genügte bei 30.400 Personen eine qualifizierte Beratung bzw. eine kurzfristige Intervention, bei knapp zwei Drittel der Klienten (59.400 Personen) wurde eine umfangreichere und längerfristige Betreuung notwendig. Der Großteil der betreuten Menschen war mit einem Anteil von 36 % körperbehindert, 26 % waren Klienten mit einer psychischen Behinderung, 12 % mit Lernschwierigkeiten, 9 % mit einer neurologisch bedingten Behinderung und 4 % mit einer Sehbehinderung. Die Vermittlung der Menschen mit Behinderung in Arbeit gelang in 6.635 Fällen, 1.600 mehr als im Jahr 2005. Darüber hinaus wurden im Bereich der Sicherung von Arbeitsplätzen 11.749 Fälle abgeschlossen, wobei in den

603 Vgl. Kessler, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*, 2. Aufl., § 9, Rn. 10.

604 Vgl. § 2 der gemeinsamen Empfehlung der Rehabilitationsträger i. S. d. § 13 II Nr. 10 SGB IX über die Zusammenarbeit mit Sozialdiensten und vergleichbaren Stellen (vgl. <http://www.bar-frankfurt.de/fileadmin/dateiliste/publikationen/gemeinsame-empfehlungen/downloads/GeEmIFD.pdf> (besucht am 05.07.2014)).

605 Siehe zu diesen Voraussetzungen *Bieritz-Harder*, Sozialrechtliches Schwerbehindertenrecht, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*, 2. Aufl., § 15, Rn. 37 ff.

Vorjahren in mehr als zwei Drittel der bearbeitenden Fälle der Arbeitsplatz erhalten werden konnte.⁶⁰⁶

ab. Weiterbildungsträger des SGB III

Auch die Weiterbildungsträger des SGB III, die gem. §§ 97 ff. SGB III ambulante Leistungen der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben erbringen, sind Rehabilitationsdienste in diesem Sinne.

c. Komplexeinrichtungen

Die Leistungserbringung durch Einrichtungen und Dienste der beruflichen Rehabilitation kann auch kombiniert unter dem Dach einer sog. Komplexeinrichtung erfolgen. Diese Zusammenarbeit wird sowohl von den Diensten als auch den Einrichtungen angestrebt.⁶⁰⁷

d. Träger der Erbringer

Hinter den Diensten und Einrichtungen als organisatorische Einheiten stehen natürliche oder juristische Personen, die diese errichten, betreiben, über sie bestimmen und somit für sie verantwortlich sind. Diese Träger können sowohl öffentlich als auch freigemeinnützig oder privatgewerblich sein. Öffentliche Träger sind alle Anstalten, Stiftungen und Körperschaften des öffentlichen Rechts.⁶⁰⁸ Freigemeinnützige Träger, auch freie Träger genannt, sind erstens nichtöffentlich, also nicht zur öffentlichen Verwaltung gehörend, und zweitens i. S. d. §§ 51 ff. der Abgabenordnung (AO) gemeinnützig.⁶⁰⁹ Privatgewerbliche Träger hingegen sind zwar ebenfalls nichtöffent-

606 Siehe zu den Daten *BMAS*, Behindertenbericht 2009, S. 51 f.

607 Siehe hierzu auch § 3 II der gemeinsamen Empfehlung der Rehabilitationsträger i. S. d. § 13 II Nr. 10 SGB IX, abrufbar unter http://www.bar-frankfurt.de/fileadmin/dateiliste/publikationen/gemeinsame-empfehlungen/downloads/Gemeinsame_Empfehlung_Sozialdienste.pdf (besucht am 05.07.2014).

608 Dazu zählen insbesondere die Bundesländer, kommunale Gebietskörperschaften und die Sozialversicherungsträger.

609 Die freigemeinnützigen Träger in ihrer Gesamtheit bilden die freie Wohlfahrtspflege.

lich, ihnen fehlt allerdings das Merkmal der Gemeinnützigkeit. Sie handeln gewinnorientiert.⁶¹⁰

e. Rechtsnatur

Entschließt sich der Sozialleistungsträger zur Ausführung der Sozialleistung durch Einbindung eines Rehabilitationsdienstes oder einer Rehabilitationseinrichtung, konkretisiert sich dies in einem Rechtsverhältnis zwischen den Parteien. Die Rechtsnatur dieses Verhältnisses war lange Zeit umstritten. In diesem Verhältnis abgeschlossene Verträge werden nunmehr überwiegend als öffentlich-rechtlich klassifiziert.⁶¹¹

2. Das Erfüllungsverhältnis

Nimmt der Leistungsberechtigte die soziale Leistung mit dem Ziel der beruflichen Rehabilitation bei einem Dritten in Anspruch, schließt er mit dem Erbringer einen Vertrag ab. Dieses Rechtsverhältnis, also das Erfüllungsverhältnis, wird als privatrechtlich klassifiziert.⁶¹²

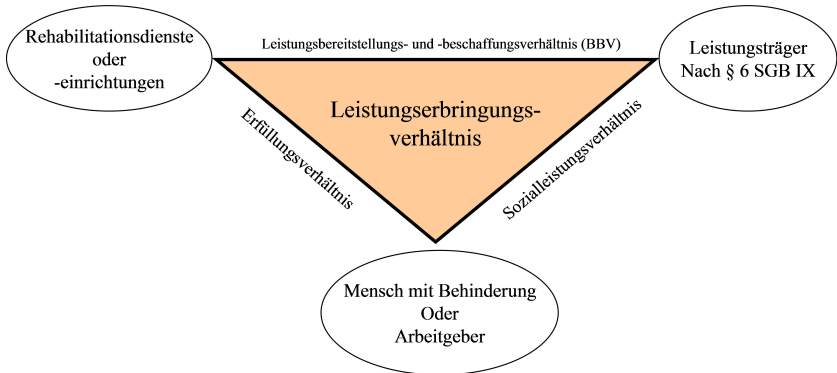
610 Von der Trägerschaft selbst ist die Rechtsform der Träger zu unterscheiden. Diese ist der Ausdruck der gesetzlich umschriebenen Form, durch welche die Rechtsbeziehungen der Einrichtung im Innen- und Außenverhältnis geregelt werden. So zählen zu den Rechtsformen des Privatrechts die natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts, z. B. ein eingetragener Verein oder eine GmbH, während die Rechtsformen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtsfähigkeit juristische Personen des öffentlichen Rechts darstellen. Siehe zum Ganzen *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*, 2. Aufl., § 9, Rn. 12 ff.

611 Siehe *ebd.*, Rn. 64; *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), *HK-SGB IX*, § 21, Rn. 17.

612 Siehe statt vieler *Eichenhofer*, NZS 2002, S. 348, 348. Siehe insbesondere zur GKV die Übersicht bei *Detting*, VSSR 2006, S. 1, 2 ff.

3. Das Leistungserbringungsverhältnis

Durch die Erfüllung schließt sich das Dreieck und sieht somit wie folgt aus:



II. Strukturen im SGB IX

Die zentralen Vorschriften zur Ausführung der Leistungen zur Teilhabe finden sich im Querschnittsgesetzbuch des SGB IX in den §§ 17-21 a. Darin enthalten sind Regelungen zur Aufgabenverteilung zwischen dem Leistungsträger und den Erbringern (1.), es werden Instrumente der Zusammenarbeit bereitgestellt, die im Einbindungsprozess zum Einsatz kommen (2.), und es wird ein strukturelles Grundraster normiert, das den Weg der Finanzierung der Sozialleistung (3.), der Konkretisierung, Implementierung und Überprüfung der Auswahlkriterien (4.) und darüber hinausgehender Bereitstellungsverfahren (5.) in diesem Prozess vorgibt.

1. Aufgaben(ver)teilung

Ist die Entscheidung für die Inanspruchnahme eines Rehabilitationsdienstes oder einer Rehabilitationseinrichtung gefallen, bleibt der Rehabilitationsträger nach der Vorschrift des § 17 I S. 2 SGB IX weiterhin für die Ausführung der Sozialleistung verantwortlich. Der Leistungsträger ist somit zwar

grundsätzlich „verantwortliches Rechtssubjekt“,⁶¹³ welche Komponenten der Leistungserbringung in seinem Verantwortungsbereich verbleiben, sagt die Vorschrift dagegen nicht.

a. Der Ausgangspunkt

Verfassungsrechtlich lässt sich aus dem Sozialstaatsprinzip ein Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag des Staates in Bezug auf soziale Rechte ableiten. Der Staat ist verfassungsrechtlich verpflichtet, eine qualitative und quantitative Unterversorgung (Mangel) zu verhindern und muss zumindest eine Sicherstellungs- und Auffangverantwortung übernehmen.⁶¹⁴ Dies bedeutet, dass der für die Sozialleistung zuständige Leistungsträger in negativer Hinsicht (Auffangverantwortung) erst eingreifen muss, wenn die Erbringung der öffentlichen Aufgabe durch den Dritten nicht oder nicht ausreichend gewährleistet wird. In positiver Hinsicht (Sicherstellung – aktives Tun) muss der Staat institutionell dafür Sorge tragen, dass die erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen.⁶¹⁵

Die Strukturverantwortungspflicht der zuständigen Leistungsträger ordnet einfachrechtlich § 17 I Nr. 2 SGB I an. Diese Vorschrift wird durch § 97 SGB X ergänzt und konkretisiert. Danach muss der Leistungsträger die Gewähr für eine sachgerechte Erfüllung⁶¹⁶ der Aufgaben übernehmen. Außerdem ist er verpflichtet sicherzustellen, dass dem Anspruchsberechtigten durch die Einbindung eines Dritten weder rechtliche noch tatsächliche Nachteile entstehen. Folglich hat der Leistungsträger bei der Auswahl die persönliche Eignung des Dritten, z. B. in Bezug auf Sachkunde oder Zuverlässigkeit, einzuschätzen und die tatsächlichen wirtschaftlichen und organisatorischen Grundlagen zu berücksichtigen. Um das Fortbestehen dieser Voraussetzungen zu überwachen, muss er periodische Nachweise und Kontrollen durchführen.⁶¹⁷

613 BSG SozR 3 – 5765 § 10 KfzHV Nr. 1, S. 6.

614 Vgl. *Butzer*, Sicherstellungsauftrag, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., § 74, Rn. 44.

615 So *Knecht*, in: *Becker* (Hrsg.), SGB I Allgemeiner Teil, § 17, Rn. 14.

616 Dabei ist die Sachgerechtigkeit an den Charakter und die sozialrechtliche und -politische Zielsetzung der jeweiligen Aufgabe gekoppelt.

617 Vgl. *Sehnert*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB X, § 97, Rn. 15; siehe hierzu auch *Roos*, in: von *Wulffen* (Hrsg.), SGB X, § 97, Rn. 5.

b. Strukturverantwortung

Das SGB IX normiert eine, an §§ 12, 17 I Nr. 2 SGB I angelegte, sozialrechtliche infrastrukturelle Gewährleistungspflicht der Sozialleistungsträger.⁶¹⁸ § 19 I S. 1 SGB IX präzisiert § 17 I S. 2 SGB IX, indem er eine gemeinsame Strukturverantwortung der Leistungsträger festlegt. Diese wirken gemeinsam, unter Beteiligung der Bundesregierung und der Landesregierungen, darauf hin, dass die fachlich und regional erforderlichen Rehabilitationsdienste und -einrichtungen in ausreichender Zahl und Qualität zur Verfügung stehen.⁶¹⁹ Dabei werden gem. § 19 I S. 3 SGB IX bestimmte Verbände beteiligt.⁶²⁰ Die Verantwortung hinsichtlich „der Funktionsfähigkeit des Versorgungssystems und der Vollständigkeit der Sozialinfrastruktur“ bleibt somit beim Leistungsträger.⁶²¹

Eine Möglichkeit, diese Strukturverantwortung wahrzunehmen, haben die Leistungsträger nach § 19 V SGB IX, indem sie Dienste und Einrichtungen nach den Vorschriften der jeweiligen Leistungsgesetze fördern, wenn dies zweckmäßig ist, und ihre Arbeit in anderer Weise nicht sichergestellt werden kann. Diese Art der Erfüllung des Sicherstellungsauftrages ist dem Einsatz von Eigenmitteln ebenso nachrangig wie der Existenzsicherung durch Verbesserung von Qualität und Wirtschaftlichkeit und der bestehenden Förderverpflichtung von Ländern und Kommunen. Den Erbringern steht ein Rechtsanspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Förderbegehren und nicht auf die Förderung selbst zu.⁶²² Im Rahmen der

618 Vgl. *Rixen*, VSSR 2005, S. 225, 232, Fn. 26.

619 Vgl. *Joussen*, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 19, Rn. 4.

620 Dies sind die Verbände behinderter Menschen einschließlich der Verbände der Freien Wohlfahrtspflege, der Selbsthilfegruppen und der Interessenvertretungen behinderter Frauen sowie die für die Wahrnehmung der Interessen der ambulanten und stationären Rehabilitationseinrichtungen auf Bundesebene maßgeblichen Spitzenverbände. Die Beteiligungspflicht erfordert die Informierung der genannten Verbände, der Ermöglichung der Stellungnahme und der inhaltlichen Auseinandersetzung mit dieser. Ein Einvernehmen ist hingegen nicht notwendig (vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 19, Rn. 7).

621 Siehe *Kunte*, Marktförmige Leistungserbringung und öffentliche Verantwortung im Sozialrecht, S. 37.

622 Vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 19, Rn. 29.

institutionellen (Objekt-)Förderung sind Zuwendungen⁶²³ durch Bescheid oder Vertrag und der Abschluss eines gegenseitigen Leistungsvertrages zu unterscheiden. Zwar zielen all diese Instrumente darauf, die Infrastruktur der Leistungserbringung zu finanzieren und damit abzusichern; sie unterscheiden sich dennoch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen stark voneinander.⁶²⁴ Je nachdem, ob die Zuwendung als Beihilfe oder Subvention zu klassifizieren ist,⁶²⁵ ob die Verwaltung dabei hoheitlich oder kooperativ handelt und ob die kooperative Handlung als gegenseitiger Leistungsvertrag eingeordnet werden kann,⁶²⁶ ist die Anwendbarkeit des Vergaberechts, des europäischen Beihilfenrechts oder auch die steuerliche Beurteilung der Zuwendung unterschiedlich zu beurteilen.

c. Auswahl- und Vertragsinhaltsverantwortung

Die Auswahl- und Vertragsinhaltsverantwortung ist den Leistungsträgern mit Blick auf die Regelungen zur Auswahl, Vertragsinhalten und dem Kündigungsrecht der §§ 19 IV, 20, 21 I-IV SGB IX und 97 I SGB X ebenso unproblematisch zuzuordnen. Damit ist die vereinzelt in der Literatur zu findende Ansicht, den Trägern obläge, aufgrund der Wahrung der Autono-

623 Zuwendungen sind gem. § 14 des Gesetzes über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz – HGrG) Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen an Stellen außerhalb der Verwaltung des Bundes oder eines Landes zur Erfüllung bestimmter Zwecke.

624 Siehe *Becker/Meeßen, et al.*, VSSR 2012, S. 1, 5.

625 Bei der Begriffsbestimmung ist zu beachten, dass weder der Begriff der Beihilfe noch der Subvention legal definiert ist. Allerdings ist der Begriff der Beihilfe i. S. d. Art. 87 I EGV durch die Rspr. des EuGH begrifflich ausgearbeitet. Demnach sind Beihilfen staatliche Maßnahmen oder Maßnahmen unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (siehe *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., § 6, Rn. 18). Der Begriff der Subvention ist dahingehend weiter, als dass er auf die Zweckbestimmung der Wettbewerbsverfälschung verzichtet und alle vermögenswerten Leistungen einer rechtsfähigen Einrichtung der öffentlichen Hand an eine natürliche Person, eine juristische Person des Privatrechts oder – unter bestimmten Voraussetzungen – des öffentlichen Rechts ohne marktmäßige Gegenleistung zur Verwirklichung im öffentlichen Interesse liegender Ziele umfasst (vgl. *ebd.*, § 6, Rn. 5).

626 Siehe hierzu *Freier*, Von der Zuwendung zum Leistungsvertrag - Zur kosten- und qualitätsorientierten Finanzierung sozialer Dienstleistungen, in: *Maelicke* (Hrsg.), Qualität und Kosten sozialer Dienstleistungen, S. 83, 88 ff.

mie der Leistungserbringer, lediglich die Regulierungs- und Auffangverantwortung, nicht haltbar.⁶²⁷

d. Erfüllungsverantwortung

Problematischer stellt sich dagegen die Frage nach der primären Erfüllungsverantwortung bei der Erbringung der konkreten Sozialleistung dar. Gibt der Leistungsträger mit der Einbeziehung eines Dritten lediglich die Erfüllung der konkreten Leistung ab oder ist die Grenze weiterhin zur bloßen staatlichen Regulierungs- und Auffangverantwortung und damit zur materiellen Privatisierung zu ziehen? Je stärker die Primärverantwortung des Leistungsträgers gewichtet wird, desto weniger Spielraum bleibt für vertragliche Vereinbarungen im Leistungsbereitstellungsverhältnis.⁶²⁸ Geht man davon aus, dass den Leistungsträgern auch nach Einbindung Dritter noch die volle Primärverantwortung obliegt, müssten sie die Erbringer fortwährend auf eine gesetzmäßige Leistungserbringung überprüfen.⁶²⁹ Dies ist nicht Intention der Vorschrift. Vielmehr ergibt sich aus einer Zusammenschau der Regelungen der §§ 19 IV, 20, 21 I-IV SGB IX und 97 I SGB X, die Vorgaben für das Vorfeld der Erbringung und im Nachgang Kontrollen und Möglichkeiten der Vertragskündigungen regeln, dass die primäre Erfüllungsverantwortung – also die Verantwortung für die Erfüllung selbst – den Erbringern zuzuordnen ist. So kann der Erbringer seine Selbstständigkeit und Unabhängigkeit als Träger eigener Aufgaben wahren.⁶³⁰ Für die Erfüllung haftet der Leistungserbringer dem Träger.

627 Diese Theorie findet ihre Anhänger hauptsächlich in der freien Wohlfahrtspflege. Siehe *Neumann*, Weder Markt noch Verwaltungshilfe, in: *Neumann/Schulin, et al.* (Hrsg.), Reform des Rehabilitationsrechts (Sozialgesetzbuch Band IX), S. 15, 57.

628 Vgl. *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 9, Rn. 50.

629 So *Frommann*, Sozialhilfe nach Vereinbarung, S. 139.

630 Siehe *Brünner*, Sozialrechtliches Schwerbehindertenrecht, in: *Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, § 15, Rn. 84. Dies setzt die Einbeziehung von freien Trägern in die Leistungserbringung voraus.

e. Kontroll- und Auffangverantwortung

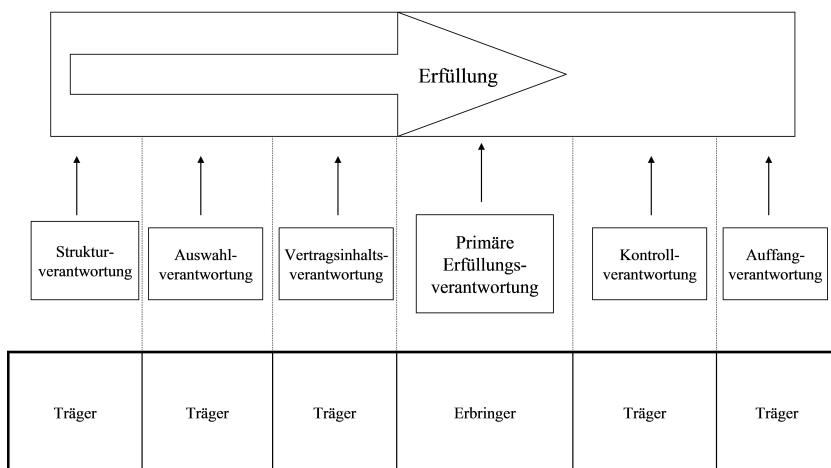
Die Kontroll- und Auffangverantwortung steht den Leistungsträgern zu. Diese bleiben nach §§ 97 SGB X, 17 I S. 2 SGB IX für die Ausführung der Leistung verantwortlich. Sie haben die Beachtung der Normierungen zur QS, wie dem Qualitätsmanagement (QM) nach § 20 II SGB IX, und zur Wirtschaftlichkeitssicherung zu überwachen, und ihnen steht das Kündigungsrecht aus § 21 III S. 1 SGB IX zu.

f. Übersicht

Der Leistungsträger hat die positive Pflicht, die strukturelle Versorgung mit ausreichenden und rechtzeitig zur Verfügung stehenden Diensten und Einrichtungen ebenso zu gewährleisten wie die Auswahl und Kontrolle eines geeigneten Leistungserbringers. Die primäre Erfüllungsverantwortung obliegt dem Leistungserbringer. Die Auffangverantwortung im Falle der Schlecht- oder Nichterfüllung durch den Dritten kommt dem Leistungsträger zu.⁶³¹

631 Die inhaltlichen Vorgaben hinsichtlich der Bemessung der Anzahl und Qualität der Dienste und Einrichtungen und der Ausgewogenheit der Fachlichkeit und regionalen Präsenz werden hierdurch nicht festgelegt. Diese bestimmen sich vielmehr aus den Bedürfnissen, die sich aus der konkreten Leistungserbringung ergeben (vgl. Joussem, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 19, Rn. 6).

Veranschaulicht man sich die Verantwortungsstufen im Erfüllungsprozess, kommt man zu folgendem Ergebnis:



2. Instrumente

Die zentrale Vorschrift über Instrumente, die den Leistungsträgern bei ihrer Zusammenarbeit mit den Leistungserbringern zur Verfügung stehen, ist § 21 SGB IX. Mit seiner Überschrift „Verträge mit Leistungserbringern“ macht er klar, dass Verträge bei der Einbindung Dritter das zentrale Mittel darstellen. Absatz eins umschreibt die notwendigen inhaltlichen Elemente der Verträge. Nach Absatz zwei haben die Leistungsträger die Pflicht, auf einheitliche Vertragsgrundsätze hinzuwirken. Hierzu können sie über den Inhalt der Verträge gemeinsame Empfehlungen nach § 13 SGB IX sowie Rahmenverträge mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen vereinbaren. Schließlich normiert Absatz drei eine Kündigungspflicht für Verträge mit fachlich nicht geeigneten Diensten oder Einrichtungen.

a. Qualifikationsebene

Als einseitig *hoheitliches*, *abstrakt-generelles* Instrument zur Konkretisierung der Anforderungen und Sicherung der Einheitlichkeit der Verträge

zwischen Trägern und Erbringern haben die Leistungsträger die Möglichkeit, gemeinsame Empfehlungen abzuschließen. Gemeinsame Empfehlungen sind Verwaltungsvorschriften, die sich nur an die beteiligten Sozialleistungsträger richten.⁶³² Sie erlangen ihre Geltung nach innen durch die Zustimmung der Rehabilitationsträger oder ihrer Spitzenverbände. Die Geltung nach außen erfolgt erst durch Anwendung im Rahmen der gleichmäßigen Rechtsanwendung und Ermessensausübung.⁶³³ Sie wirken damit im weitesten Sinne wie norminterpretierende, normkonkretisierende oder ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften.⁶³⁴

Nach § 13 I und II SGB IX⁶³⁵ vereinbaren die Rehabilitationsträger nach § 6 I Nr. 1-5 SGB IX⁶³⁶ zur Sicherung bestimmter festgelegter Ziele diese gemeinsamen Empfehlungen.⁶³⁷ Diese sind im Gegensatz zu den Rahmenverträgen insofern als hoheitliches Instrument zu sehen, als die Rehabilitationsträger untereinander ein Abkommen schließen und weitere betroffene Parteien, wie die Verbände behinderter Menschen oder die Spitzenverbände der Rehabilitationseinrichtungen nach § 13 VI SGB IX, lediglich beteiligt werden.

Hoheitlich ist auch das Zertifizierungsverfahren stationärer Rehabilitationseinrichtungen nach § 20 II a SGB IX. Im Rahmen dieses Verfahrens wird

632 Vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 13, Rn. 5.

633 So *Welti*, *Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat*, S. 363. Zur Vorgängervorschrift des § 5 VI RehaAnglG *Hänlein*, *Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht*, S. 250.

634 Siehe *Schoch/Wieland*, ZG 2005, S. 223, 227.

635 Darüber hinaus existieren einzelne Vorschriften, die auf die Vorschrift des § 13 SGB IX verweisen. So vereinbaren z. B. gem. § 38 a VI SGB IX die zuständigen Rehabilitationsträger sowie die BBIH im Rahmen der BAR eine gemeinsame Empfehlung zur Weiterentwicklung und Konkretisierung von Qualitätsanforderungen der unterstützten Beschäftigung. Diese wurde am 1. Dezember 2010 beschlossen und ist unter <http://www.bag-ub.de/ub/download/BAR%20GE%20Unterstuetzte%20Beschaeftigung%2001-12-2010.pdf> (besucht am 05.07.2014) abrufbar. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit siehe *Schoch/Wieland*, ZG 2005, S. 223.

636 Damit sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Sozialhilfe ausgeschlossen.

637 Alle gemeinsamen Empfehlungen finden sich auf der Homepage der BAR unter http://www.bar-frankfurt.de/Gemeinsame_Empfehlungen.bar_ (besucht am 05.07.2014). Für die vorliegende Arbeit von Interesse sind insbesondere die gemeinsame Empfehlung „Einrichtungen zur Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben“ vom 23. Februar 2012, zur Inanspruchnahme von IFD durch die Rehabilitationsträger vom 01. April 2005 und zur QS nach § 20 SGB IX vom 27. März 2003. Im Bereich der beruflichen Rehabilitation existieren bislang keine Rahmenverträge.

die Übereinstimmung der einzelnen Einrichtung, also *konkret-individuell*, mit den Vorschriften des § 20 II a SGB IX bestätigt. Dabei handelt es sich um ein Präqualifizierungsverfahren.

Kooperativ handeln die Akteure des BBV nach § 21 II S. 1 HS. 2 SGB IX, wenn sie Rahmenverträge schließen. Als Vertragspartei stehen auf der einen Seite die Rehabilitationsträger und auf der anderen Seite die Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen.⁶³⁸ Durch die Rahmenverträge werden „quasi die allgemeinen Geschäftsbedingungen“⁶³⁹ für die nachfolgenden Verträge festgelegt.

b. Ebene der Leistungsbereitstellung

Die Leistungsbereitstellung folgt den Vorgaben der §§ 19 IV, 21 I SGB IX und 97 SGB X.⁶⁴⁰ Diese Normierungen zielen auf eine kooperative Zusammenarbeit. Dies lässt sich insbesondere an § 21 SGB IX erkennen, der von einem Vertragsschluss bei der Erbringung einer Leistung nach dem SGB IX ausgeht.⁶⁴¹ Es werden also *kooperativ* Versorgungsverträge zwischen dem Leistungsträger und den -erbringern abgeschlossen.

638 Diese Arbeitsgemeinschaften sollen Rehabilitationsdienste und Rehabilitations-einrichtungen mit gleicher Aufgabenstellung nach § 19 VI SGB IX bilden. Dabei können sich die Erbringer an der Aufteilung des § 5 SGB IX, medizinische Rehabilitation, Teilhabe am Arbeitsleben, unterhaltssichernde und ergänzende Leistungen und Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, anlehnen. Dabei sind auch Überschneidungen möglich oder engere Zuschnitte nötig (vgl. *Welti/Fuchs, et al.*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 36). Für die Arbeitsgemeinschaften stellt § 94 II-IV SGB X allgemeine Handlungsgrundsätze auf und regelt unter anderem die Aufsicht über diese. Siehe zur Frage der Rechtsnatur und der verfassungsrechtlichen Bewertung hinsichtlich der negativen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG *ebd.*, S. 34 ff.

639 So *Griep/Renn*, RsDE 2001, S. 72, 77.

640 Vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 19, Rn. 1.

641 Siehe *Welti/Fuchs, et al.*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 14. Dies kann auch insofern aus § 17 SGB I abgeleitet werden, als dass es sich bei dieser Vorschrift nicht um eine Eingriffs-, sondern lediglich um eine Befugnisnorm handelt. Somit ist die für einen Eingriff in die Berufsausübung i. S. d. Art. 12 GG notwendige Kongruenz mit dem Bestimmtheitsgrundsatzes nicht gegeben und die Leistungsträger müssen ihrer Verantwortung durch Kooperation mit den Leistungserbringern nachkommen (vgl. *Kunte*,

§ 21 I SGB IX normiert die Anforderungen an den Inhalt dieser Verträge. Neben Qualitätsanforderungen und der Übernahme der Grundsätze der Träger zur Vereinbarung von Vergütungen sind die Rechte und Pflichten der Teilnehmer und deren angemessene Mitwirkungsregeln ebenso in den Verträgen festzuhalten wie die Geheimhaltung personenbezogener Daten und die Beschäftigung eines angemessenen Anteils behinderter, insbesondere schwerbehinderter Frauen. Je nachdem, ob der Leistungsträger einen konkreten Bedarf und die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos durch eine Inanspruchnahmeverpflichtung anstrebt, werden auch diese Fragen Inhalt des Vertrages. Mit dem Abschluss dieser Versorgungsverträge wird dem Leistungserbringer die grundsätzliche Geeignetheit durch den Leistungsträger zuerkannt und es werden bereits die für weitergehende Verträge grundlegende Vertragsbedingungen und -inhalte festgesetzt.

c. Abruf der Leistung

Im Falle des Abrufs der Leistung durch den Leistungsträger in Form des Abschlusses eines Leistungsvertrages werden auch hier die Vorgaben des § 21 I SGB IX zum Inhalt des Vertrages relevant. Es kann auf vorher abgeschlossene Verträge Bezug genommen und diese so zum Vertragsinhalt gemacht werden. Die Einzelverträge beinhalten, über den Inhalt der Versorgungsverträge hinaus, Einzelheiten zur Erbringung der konkreten Leistung.

3. Finanzierung

a. Einführung

In Deutschland herrscht das Sachleistungsprinzip vor.⁶⁴² Dabei werden die unmittelbaren Kosten einer Sozialleistung im BBV abgerechnet. Das Kostenerstattungsprinzip, bei dem der Leistungsempfänger selbst eine Leistungsbeziehung zum Leistungserbringer aufbaut, diese Leistung entlohnt

Marktförmige Leistungserbringung und öffentliche Verantwortung im Sozialrecht, S. 38). So auch *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, S. 284, 199.

642 Siehe *Fuchs*, Sachleistungs- und Kostenerstattungsprinzip - eine aktuelle Bestandsaufnahme, in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, S. 311, 312.

und anschließend die Erstattung der Kosten im Sozialleistungsverhältnis abgewickelt wird, bildet die Ausnahme.⁶⁴³ Zwischen diesen beiden Systemen stehen diejenigen Abwicklungsmodi, die sich zwar auch im Sozialleistungsverhältnis abspielen und somit dem Kostenerstattungsprinzip näherstehen, aber – im Gegensatz zur „klassischen“ Kostenerstattung – im Vorfeld der Erbringung ausgezahlt oder ausgegeben werden (wie etwa das persönliche Budget nach § 17 II-IV SGB IX) oder Auswirkungen auf das BBV haben, da sie zumindest für die Abwicklung der Auszahlung Regelungen notwendig machen (Gutscheinsysteme⁶⁴⁴). Dabei beinhalten die Gutscheine das Versprechen des Kostenträgers für die Erbringung der im Gutschein angegebenen Leistung, die dort angegebene oder in Rahmenverträgen vereinbarte Vergütung auszusahlen.⁶⁴⁵

b. Finanzierung im Einbindungsprozess

Die Finanzierung der konkreten Sozialleistung erfolgt zwischen dem Erbringer und dem Träger anhand der zwischen ihnen vertraglich festgelegten Vereinbarungen in den Versorgungs- oder Einzelverträgen. § 21 I Nr. 2 SGB IX normiert die Pflicht für die Vertragsparteien, in die Verträge die Grundsätze der Rehabilitationsträger zur Vereinbarung der Vergütung aufzunehmen. Diese Grundsätze können in gemeinsamen Empfehlungen oder Rahmenverträgen nach § 21 II SGB IX vereinbart sein.⁶⁴⁶ Bei der Finanzierung dieser Sozialleistung ist ein leistungsbezogenes Vergütungssystem anzustreben.⁶⁴⁷ Die Angemessenheit wird in Bezug zur Leistung gesetzt.⁶⁴⁸

643 Vgl. *Schuler-Harms*, VSSR 2005, S. 135, 140. Dies lässt sich zudem den – zur Grundform des Sachleistungsprinzips spezielleren Vorschriften – zu den Voraussetzungen der Kostenerstattung entnehmen. Siehe beispielsweise § 15 SGB IX.

644 In begründeten Fällen kann nach § 17 III S. 2 SGB IX auch das persönliche Budget als Gutschein ausgegeben werden.

645 Siehe *Becker/Meeßen, et al.*, VSSR 2012, S. 1, 8.

646 Siehe *Welti/Fuchs, et al.*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 57.

647 BT-Drs. 14/5074, S. 105.

648 Vgl. *Welti/Fuchs, et al.*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 58. Dies bedeutet allerdings nicht automatisch die Leistung des Marktwertes der Leistung.

Eine Ausnahme vom Sachleistungsprinzip legt § 15 I SGB IX fest. Nach Satz 3 hat der Leistungsberechtigte einen Anspruch auf Erstattung der Kosten selbstbeschaffter Leistungen durch den Leistungsträger nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, wenn die Leistung nicht in der von § 14 II SGB IX gesetzten Frist erbracht wird. Dies gilt nach § 15 I S. 4 SGB IX auch dann, wenn der Rehabilitationsträger eine unaufschiebbare Leistung nicht erbringen kann oder diese zu Unrecht ablehnt. Allerdings ist dieser Kostenerstattungsanspruch für die Sozialhilfe- und öffentlichen Jugendhilfeträger ebenso ausgeschlossen wie für die Träger der Kriegsopferfürsorge.⁶⁴⁹ Im Falle der Kostenerstattung wird nach den konkret für die beim Leistungsberechtigten angefallenen Kosten für die Sozialleistung mit dem Träger abgerechnet.

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des Sachleistungsprinzips regelt die im Jahr 2004 eingeführte Vorschrift des § 17 II-IV SGB IX zum persönlichen Budget.⁶⁵⁰ Demnach können auf Antrag Leistungen zur Teilhabe auch durch ein persönliches Budget ausgeführt werden, um den Leistungsberechtigten in eigener Verantwortung ein möglichst selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen. Bei der Ausführung des persönlichen Budgets sind nach Maßgabe des individuell festgestellten Bedarfes die Rehabilitationsträger, die Pflegekassen und die Integrationsämter beteiligt. Es wird trägerübergreifend als Komplexleistung erbracht. Wenn sich der Leistungsberechtigte für diese Art der Leistung entscheidet, ist er als Antragsteller für die Dauer

649 Die Leistungsträger teilen nach § 14 S. 1 und 2 SGB IX den Leistungsberechtigten unter der Darlegung von Gründen mit, wenn über den Antrag auf Leistungen zur Teilhabe nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist entschieden werden kann. Leistungsberechtigte können dem Träger eine angemessene Frist setzen, wenn die Mitteilung nicht erfolgt oder auch wenn ein zureichender Grund nicht vorliegt. Sie erklären dabei, dass sie sich nach Ablauf der Frist die erforderliche Leistung selbst beschaffen. Nach § 14 II SGB IX stellt der Träger den Rehabilitationsbedarf unverzüglich fest. Muss für diese Feststellung ein Gutachten nicht eingeholt werden, entscheidet der Rehabilitationsträger drei Wochen ab Antragseingang. Die dreiwöchige Frist beginnt dabei mit dem Eingang beim Träger. Ist hingegen ein Gutachten für diese Feststellung erforderlich, wird die Entscheidung zwei Wochen nach Vorliegen des Gutachtens getroffen. Für die Fristen der Weiterleitung und der Zuständigkeitserklärung gelten die Regeln des § 14 I SGB IX.

650 Siehe zum Wesen des persönlichen Budgets *Trenk-Hinterberger*, Das persönliche Budget - eine neue Leistungsform, in: *Becker* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, S. 327, 327 f. Für einen Überblick europäischer Modelle und Erfahrungen *Wacker/Wansing, et al.*, Personenbezogene Unterstützung und Lebensqualität, 2. Aufl., S. 41 ff.

von sechs Monaten daran gebunden. Diese Budgets werden in der Regel als Geldleistung ausgeführt; bei laufenden Leistungen handelt es sich um monatliche Zahlungen, wobei in begründeten Fällen auch Gutscheine ausgegeben werden können. Bemessen wird das Budget so, dass der individuell festgestellte Bedarf gedeckt ist und die erforderliche Beratung und Unterstützung erfolgen kann. Grundlage der Bemessung ist dabei die nach § 10 I SGB IX getroffene funktionsbezogene Feststellung der nach dem individuellen Bedarf voraussichtlich erforderlichen Leistungen.⁶⁵¹ Der Geldbetrag des persönlichen Budgets hat sich somit am tatsächlichen individuellen Rehabilitationsbedarf zu orientieren.⁶⁵² Dabei soll die Höhe des Budgets die Kosten aller bisher individuell festgestellten, ohne das persönliche Budget zu erbringende Leistungen nicht überschreiten. Den Verwaltungsakt erlässt der nach § 14 SGB IX zuständige Leistungsträger auch im Auftrag und im Namen der anderen beteiligten Träger, sofern das Budget Leistungen mehrerer Leistungsträger enthält.

4. Auswahlkriterien

„Nehmen Rehabilitationsträger zur Ausführung von Leistungen besondere Dienste (Rehabilitationsdienste) oder Einrichtungen (Rehabilitationseinrichtungen) in Anspruch, erfolgt die Auswahl danach, welcher Dienst oder welche Einrichtung die Leistung in der am besten geeigneten Form ausführt; dabei werden Dienste und Einrichtungen freier oder gemeinnütziger Träger entsprechend ihrer Bedeutung für die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen berücksichtigt und die Vielfalt der Träger von Rehabilitationsdiensten oder -einrichtungen gewahrt sowie deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit beachtet.“ So lautet § 19 IV S. 1 SGB IX. Er stellt dem Auswahlkriterium der „am besten geeigneten Form“ in Satz zwei ein weiteres zur Seite, indem er auf § 35 I S. 2 Nr. 4 SGB IX

651 Für diese Feststellung und ihrer schriftlichen Zusammenstellung ist der nach § 14 SGB IX leistenden Träger insoweit verantwortlich, als die beteiligten Leistungsträger im Benehmen miteinander und in Abstimmung mit den Leistungsberechtigten entscheiden sollen. Die Leistungen werden dem Verlauf der Rehabilitation entsprechend angepasst und unter Berücksichtigung des Einzelfalls nach den Zielen der Rehabilitation ausgerichtet. Die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft soll dabei zügig, wirksam, wirtschaftlich und auf Dauer ermöglicht werden.

652 Vgl. Neumann, Selbstbestimmung des Leistungsberechtigten, Deinert/Neumann (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 6, Rn. 38.

verweist. Dieser legt die Pflicht der Einrichtung, „die Leistung nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, insbesondere zu angemessenen Vergütungssätzen, auszuführen“ fest.

Mit der Nennung des Kriteriums „am besten geeignete Form“, das einen qualitativen Aspekt beinhaltet, und dem Kriterium „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ wird das allgemeine Tatbestandsmerkmal der Geeignetheit eines Erbringers, wie es sich in § 17 I S. 1 Nr. 3 SGB IX findet, konkretisiert. Der in § 19 IV S. 1 HS. 2 SGB IX genannte Aspekt – die Vielfalt der Träger zu wahren – ist kein primäres Auswahlkriterium. Es handelt sich vielmehr um ein Hilfskriterium, das bei gleicher Eignung von Einrichtungen und Diensten heranzuziehen ist.⁶⁵³ Der Verweis auf die Bedeutung der Erbringer der freien Wohlfahrtspflege stellt dagegen keinen Auswahlaspekt dar. Mit diesem wurde lediglich die Pflicht der Leistungsträger normiert, freige-meinnützige Träger antidiskriminierungsfrei in die Auswahl einzubeziehen.⁶⁵⁴ Ein Vorrang für Erbringer der freien Wohlfahrtspflege im Rahmen der Einbindungsentscheidung besteht somit nicht.⁶⁵⁵

Hauptkriterien der Auswahl eines Leistungserbringers sind somit Qualität und Wirtschaftlichkeit. Diese werden in den rechtlichen Normierungen zum Einbindungsprozess in allen Erbringungsstufen aufgegriffen und durch unterschiedliche Instrumentarien in den Fokus des Auswahlprozesses gestellt.

a. Einführung

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist in Deutschland Rechtsprinzip.⁶⁵⁶ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist dabei ein methodisches Prinzip, das Anleitungen gibt, welche Informationen man heranziehen und zwischen welchen Werten man abwägen muss, um möglichst zu richtigen Entscheidungen zu

653 So Welti, in: Lachwitz/Schellhorn, et al. (Hrsg.), HK-SGB IX, § 19, Rn. 26.

654 So auch *ebd.*, § 19, Rn. 25.

655 Vgl. statt vieler Kessler, in: Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: Deinert/Neumann (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 9, Rn. 82.

656 Im Unterschied zu Rechtsregeln, die nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können, können Rechtsprinzipien in unterschiedlichen Graden erfüllt werden (siehe dazu Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 71 ff.).

kommen.⁶⁵⁷ Es wird von den Bestandteilen des Minimal(Sparsamkeits)- und des Maximal(Ergiebigkeits)prinzips getragen.⁶⁵⁸ Während Ersteres vorschreibt, ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Mittelaufwand zu erzielen, verlangt Zweiteres, mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis zu erzielen.⁶⁵⁹

Bei der Erbringung von Sozialleistungen wird die alleinige Geltung des Minimalprinzips diskutiert. Eine Sozialleistung, die auf ein konkretes Ergebnis zielt, sei kein tauglicher Gegenstand des Maximalprinzips, da ihr Ziel gesetzlich durch § 31 SGB I vorgegeben sei und damit grundsätzlich außerhalb der Wirtschaftlichkeitsrechnung stehe. Gesetzlich vorgegebene Ziele ließen sich nicht durch Berufung auf das Wirtschaftlichkeitsprinzip verkleinern oder relativieren.⁶⁶⁰ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es geht bei der Anwendung des Maximalprinzips nicht darum, das konkrete Ziel der Sozialleistung abzuschwächen. Vielmehr umschreibt es das Ziel, ein bestmögliches Ergebnis zu erreichen. Auch bei der Erbringung von Sozialleis-

657 Da es sich um die Eignung von Entscheidungsalternativen für die Erreichung von Zwecken unter Einbeziehung der möglichen negativen Auswirkungen auf andere Zwecke geht, kann man diese Entscheidungsmethode auch als zielorientierte/finale Entscheidungsmethode bezeichnen (vgl. v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 33). Dabei handelt es sich um eine äußerst anspruchsvolle Methode. Bereits die Ermittlung der zu erwartenden Kosten stellt sich häufig als sehr schwierig dar (vgl. Burgi, Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Verwaltungsrecht, in: Butzer (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht, S. 53, 56 ff.). Vgl. zur Wirtschaftlichkeit als Handlungsprinzip auch Eichhorn, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, 3. Aufl., S. 153 ff.

658 Siehe hierzu Nr. 1 II VV-BHO zu § 7 BHO.

659 Interessant ist auch die in Nr. 1 I VV-BHO zu § 7 BHO vorgeschriebene Prüfung, ob eine Aufgabe durch die staatliche Stelle durchgeführt werden muss. Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit wird in der öffentlichen Verwaltung im Wesentlichen durch zwei Instrumente umgesetzt. Dies sind einerseits Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, also Einzeluntersuchungen für konkrete Vorhaben. Sie fungieren als Entscheidungshilfe, zur Erfolgskontrolle und als Mittel der Aufsichtsbehörde oder der Finanzkontrolle. Des Weiteren wird eine Kosten- und Leistungsrechnung als Informations- und Lenkungsinstrument der Verwaltungsführung durchgeführt. Ihre Aufgabe ist es, Kosten und Erlöse zu erfassen und zuzurechnen, die durch die Verwaltungstätigkeit entstehen (vgl. Schmidt, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 7. Aufl., S. 51 f.).

660 So Welti/Fuchs, et al., Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 51 f.

tungen geht es darum, mit einem bestimmten Geldeinsatz das qualitativ hochwertigste Produkt zu erhalten.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot schreibt die Anwendung dieses methodischen Prinzips vor.⁶⁶¹ Die rechtliche Verankerung des Wirtschaftlichkeitsgebotes findet sich in einer Vielzahl spezifischer Regelungen auf allen Ebenen der Normenpyramide.⁶⁶² So regelt Art. 114 II S. 1 GG auf verfassungsrechtlicher Ebene die Pflicht des Bundesrechnungshofes, die Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung zu überprüfen.⁶⁶³ Daneben existieren Normierungen im Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), z. B. in § 6 I, der die Pflicht zur Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans vorsieht, im einfachen Gesetzesrecht, z. B. im zu § 6 I HGrG wortgleichen § 7 BHO/LHO,⁶⁶⁴ und in Rechtsverordnungen.⁶⁶⁵ Für die Sozialversicherungsträger ist die dem § 6 I HGrG entsprechende Pflicht, bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sicherzustellen, in § 69 II SGB IV normiert. Diese beinhaltet, dass sie die ihnen obliegenden Aufgaben unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllen können. Die Anforderungen des Wirtschaftlichkeitsprinzips sind in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO)⁶⁶⁶ zu § 7 BHO näher konkretisiert.⁶⁶⁷

b. Einbindungsentscheidung

Grundlegende Kriterien der Entscheidung des Leistungsträgers über die Frage, in welcher Form er die Sozialleistung erbringt und ob er hierzu einen Rehabilitationsdienst oder eine -einrichtung heranzieht, sind gem. § 17 I S. 3 SGB IX insbesondere die Wirksam- bzw. Wirtschaftlichkeit

661 Siehe v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 33.

662 Vgl. zum Ganzen *ebd.*, S. 15.

663 Siehe zur Wirtschaftlichkeit als Verfassungsprinzip ausführlich *ebd.*, S. 67 ff.; zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen weiterhin Schmidt-Jortzig, Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit - Verfassungsrechtliche Determinanten, in: Butzer (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht, S. 17, 21 ff.

664 Bundes- bzw. Landeshaushaltsordnung.

665 Z. B. in kommunalen Haushaltsverordnungen der Länder.

666 Nach h. M. stellen diese keine Rechtsnormen dar.

667 Vgl. v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 18.

der Ausführung.⁶⁶⁸ Dies führt den für das Leistungsrecht in § 10 I S. 2 SGB IX verankerten Grundsatz der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit fort.⁶⁶⁹

c. Qualifikationsebene

Auf der Qualifikationsebene wird die Qualität der Leistungserbringung durch den Abschluss gemeinsamer Empfehlungen zur Qualitätssicherung (GEQ) nach § 20 I SGB IX⁶⁷⁰ und durch die Zertifizierung der stationären Rehabilitationseinrichtungen nach § 20 II a SGB IX gesichert.⁶⁷¹

Die Rahmenverträge nach § 19 IV S. 2 i. V. m. § 35 I S. 2 Nr. 4 SGB IX haben den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu folgen.

aa. GEQ

Diese Empfehlungen beinhalten neben Regelungen zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität der Leistungen, insbesondere zur barrierefreien Leistungserbringung, auch Normierungen für die Durchführung vergleichender Qualitätsanalysen als Grundlage für ein effektives QM der Leistungserbringer. Dabei wird Qualität von Leistungen zur Teilhabe gem. § 2 GEQ als wirksame und bedarfsgerechte, am Krankheitsfolgemodell der ICF orientierte fachlich qualifizierte, aber auch wirtschaftliche Leistungserbringung definiert. Die Wirksam- und Bedarfsgerechtigkeit ist insoweit für das Verhältnis des Leistungsträgers zum Erbringer irrelevant, als er selbst die

668 Diese Ermessensentscheidung wird außerdem unter anderem durch §§ 1, 4 I SGB I, 33 S. 1 SGB I, 17 I, II, 10 I, 19 II, IV SGB IX gebunden (siehe *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 17, Rn. 3). Siehe hier auch § 17 SGB I, der den Sozialleistungsträgern ein grundsätzliches Gestaltungsermessen gewährt (siehe *Rixen*, VSSR 2005, S. 225, 232).

669 Für das in Absatz zwei angesprochene persönliche Budget gilt diese Einschränkung nicht. Vgl. *Joussen*, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 17, Rn. 7.

670 Siehe http://www.bar-frankfurt.de/fileadmin/dateiliste/publikationen/gemeinsame-empfehlungen/downloads/Gemeinsame_Empfehlung_Qualitaetssicherung.pdf (besucht am 05.07.2014).

671 Siehe zur Entwicklung der Reha-QS den Überblick bei *Reimann*, SDSRV 2012, S. 55, 60 ff.

konkrete Sozialleistung festlegt. Auch sollte zwischen Wirtschaftlichkeit und Qualität unterschieden werden.

Bei der Entwicklung von Qualitätsstandards zur Festlegung von Maßstäben, an denen die konkrete Geeignetheit des Trägers bzw. die Erbringung der Sozialleistung bewertet werden, wird gem. § 4 GEQ zwischen Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität unterschieden.⁶⁷² Dadurch wird der Qualitätsbegriff operationalisiert. Die Strukturqualität benennt die Rahmenbedingungen, die notwendig sind, um die vereinbarte Leistung zur Teilhabe erbringen zu können. Zu den Strukturmerkmalen zählen insbesondere das Vorhandensein eines Konzeptes, räumliche und sächliche Ausstattung, personelle Ausstattung, Leistungsangebote, Qualifikation, Aus-, Fort- und Weiterbildung der Mitarbeiter, Einbindung in Versorgungsstrukturen einschließlich der Selbsthilfe und die interne Vernetzung (z. B. regelmäßige Teambesprechungen).⁶⁷³ Zur Erfassung und Sicherstellung der Strukturqualität erstellen die Rehabilitationsträger gegebenenfalls unter Beteiligung der Leistungserbringer Kriterienkataloge zur Ausstattung, zu Methoden und

672 Die Entwicklung von Qualitätsstandards ist allein deshalb bereits sehr schwer, da am Anfang die Erfassung des Hilfe- und Pflegebedarfes des Menschen mit Behinderung steht. Dazu bedarf es bestimmter Instrumente. Ein Ansatzpunkt zur Festlegung des Bedarfes ist die in der Wohlfahrtsforschung entwickelte Kategorisierung der Lebensstandards, die durch das Konzept der Lebensqualität angereichert werden (siehe Metzler/Wacker, Zum Qualitätsbegriff in der Behindertenhilfe, in: Schubert/Zink (Hrsg.), Qualitätsmanagement im Gesundheits- und Sozialwesen, 2. Aufl., S. 50, 52 ff.). Die so festgesetzten Standards müssen dann wiederum mit angemessenen Instrumenten überprüft werden. Dazu werden Rahmenbedingungen und konzeptionelle Leitlinien von Einrichtungen erfasst und beurteilt. Ein Beispiel dafür stellt die Qualitätsbeurteilung von Wohneinrichtungen der Bundesvereinigung der Lebenshilfe (QS-WFB) dar (vgl. dazu auch Frühauf, Chancen und Risiken neuerer gesetzlicher Entwicklungen für die Qualität der Dienstleistungen in Einrichtungen der Behindertenhilfe, in: Schubert/Zink (Hrsg.), Qualitätsmanagement im Gesundheits- und Sozialwesen, 2. Aufl., S. 11, 16 ff.). Auch mit LEWO (Lebensqualität in Wohnstätten für erwachsene Menschen mit geistiger Behinderung) wird versucht der Sicherung und Entwicklung der Qualität wohnbezogener Dienste durch fachlich begründete Standards nachzukommen. Darüber hinaus soll LEWO als Evaluations- und Bewertungsinstrument genutzt werden, in dem es inhaltliche Rahmenkategorien für Qualität und explizite Kriterien benennt, anhand derer die Einhaltung fachlicher Standards zu bewerten sind (vgl. Mittnacht, Strukturen und Angebote in der Rehabilitation, in: BUKO-QS (Hrsg.), Strategien der Qualitätsentwicklung in Pflege und Betreuung, S. 91, 106).

673 Bei der Strukturqualität wird davon ausgegangen, dass das Ziel nur erreicht wird, wenn die nötige Struktur, also die notwendige Ausstattung zur Verfügung steht und diese richtig angewandt wird (vgl. Eckmann, RsDE 1995, S. 14, 20).

Verfahren sowie zu konzeptionellen Merkmalen der Einrichtungen. So entstehen Standards, die aus Kriterien zusammengesetzt sind, in die auch die tatsächliche Leistungserbringung umgesetzt werden kann. Es entsteht also eine darstellbare Kategorie.

Die Prozessqualität bezieht sich hingegen auf die Planung, Strukturierung und den Ablauf der Leistungserbringung sowie die Beurteilung der sachgerechten Durchführung. Insbesondere werden hierunter die interdisziplinäre Feststellung des individuellen Rehabilitations-, Förder- bzw. Hilfebedarfes, die Vereinbarung individueller Rehabilitationsziele mit den Leistungsberechtigten, die Erstellung und Fortschreibung eines Rehabilitations-/Teilhabeplans unter genauen Angaben der jeweiligen Leistungen zur Teilhabe, die sachgerechte Durchführung der Leistung, die Dokumentation und Bewertung des Verlaufs, die interdisziplinäre Zusammenarbeit in den Einrichtungen sowie einrichtungsübergreifend und die Kooperation mit den vor- und nachbehandelnden Einrichtungen, Diensten und der Selbsthilfe gefasst. Dabei legen die Rehabilitationsträger gegebenenfalls unter Beteiligung der Leistungserbringer die Indikatoren und Kriterien fest, mit denen die Leistungserbringer die verschiedenen Merkmale der Prozessqualität erfassen, beschreiben und dokumentieren.

Die Ergebnisqualität beurteilt, in welchem Ausmaß die mit der Leistung angestrebten individuellen und generellen Ziele erreicht werden. Auch hierzu vereinbaren die Rehabilitationsträger, gegebenenfalls unter Beteiligung der Leistungserbringer, einheitliche Kriterien, mit denen sie das Ergebnis einer Leistung ermitteln und bewerten.

Während bei der Auswahl der Erbringer durch die Leistungsträger die qualitative Geeignetheit der Leistungserbringer lediglich anhand der theoretischen Vorgaben der Kriterienkataloge und Indikatoren der Struktur- und Ergebnisqualität überprüft werden kann, sind bei der Überprüfung der Qualität erbrachter Sozialleistungen weitergehende Verfahren zu implementieren. Diese müssen zunächst die Wirklichkeit in eine darstellbare Kategorie umsetzbar machen, um anschließend einen Weg der Beurteilung der Übereinstimmung der theoretischen Standards mit den Daten aus der Wirklichkeit der Leistungserbringung aufzuzeigen. Deshalb wirken die Rehabilitationsträger gem. § 5 Nr. 2, 3 GEQ darauf hin, dass die jeweiligen Leistungserbringer standardisierte Dokumentationen für alle Qualitätsdimensionen einsetzen. Die Dokumentation muss alle notwendigen Informationen enthalten, um eine Überprüfung der einzelnen Leistungsschritte und der Ergebnisse

anhand einheitlicher Verfahren (z. B. das sog. „Peer-Review-Verfahren“)⁶⁷⁴ zu ermöglichen.⁶⁷⁵ Strukturkriterien werden gem. § 5 Nr. 4 II GEQ in regelmäßigen Abständen anhand standardisierter Erhebungsbögen bei den Leistungserbringern abgefragt. Zur Prozessqualität werden dagegen die Leistungsberechtigten hinsichtlich der Leistungsbedingungen, Leistungsausführung und ihrer Beteiligung befragt.⁶⁷⁶ Zuvor erfassen die Leistungserbringer im Rahmen der einrichtungsinternen Dokumentation insbesondere die konkrete, operationalisierbare Leistungs- und Maßnahmeplanung bei Leistungsbeginn, die individuellen und generalisiert angewandten Leistungsmerkmale, den Prozess und dessen Auswertung sowie resultierende Anpassungs- und Beendigungskonsequenzen während des Leistungsverlaufs, die Beendigung einer Leistung oder Maßnahme sowie nachfolgende Leistungserfordernisse, bei vorzeitiger Beendigung einer Maßnahme die hierfür maßgeblichen Gründe. Die Ergebnisqualität soll gem. § 5 Nr. 6 GEQ v. a. mithilfe von Verfahren zur Einschätzung von Beteiligten, z. B. Ärzten, Therapeuten, Fachpersonal, Leistungsberechtigten (während und/oder nach einer Maßnahme), sowie zur Beurteilung der Zielerreichung anhand der Berichte erfolgen. Wichtig sind dabei Verfahren, die Veränderungen im Rehabilitationsstatus und der Lebensqualität der Leistungsberechtigten zu unterschiedlichen Messzeitpunkten aufzeigen. Relevant für die Bewertung der Ergebnisqualität sind insbesondere Soll-Ist-Vergleiche, die Leistungs- oder Maßnahmedauer, Komplikationen, Maßnahmeabbrüche etc., die Einschätzung z. B. durch Arzt, Therapeut, Berater, Fachpersonal, die Einschätzung der Leistungsberechtigten oder deren Vertrauenspersonen zur Veränderung der Lebensqualität und Nachhaltigkeit von Effekten und die Nachbefragungen hinsichtlich Integration in Arbeit, Beruf und Gesellschaft. Eine Hilfe zur Bewertung der Ergebnisqualität kann neben Verbleibsstatistiken der Be-

674 Ein Beispiel hierzu findet sich bei *Beckmann*, DAngVers 2000, S. 88, 94.

675 Auch muss die Dokumentation Aussagen darüber enthalten, ob und in welchem Rahmen die Leistungserbringung zügig und nahtlos durchgeführt werden konnte und inwieweit Vernetzungen mit anderen Leistungserbringern bestehen, um Übergänge zu organisieren und weitere Maßnahmen einzuleiten. Die Ergebnisse werden von den Rehabilitationsträgern oder durch von ihnen Beauftragte routinemäßig ausgewertet, strukturiert zusammengefasst und kommuniziert.

676 Die Rehabilitationsträger oder von ihnen Beauftragte werten mittels geeigneter Verfahren die vorliegende Prozessdokumentation und die Befragung der Leistungsberechtigten aus. Dies regelt § 5 III der Empfehlung.

rechtigten einer Teilhabeleistung und Zufriedenheitsbefragungen der Teilnehmer einer Maßnahme auch der Teilhabeplan sein.⁶⁷⁷

Zur Sicherung einer kontinuierlich hohen Qualität mit dem Ziel der Steigerung der Ergebnisqualität sollen die Leistungserbringer gem. § 3 Nr. 4 GEQ ein internes QM-Verfahren implementieren, wobei sie in der Wahl der Methoden und Verfahren frei sind. Diese Pflicht ist auch bereits in § 20 II S. 1 SGB IX festgelegt. Extern sollen durch die Rehabilitationsträger v. a. die Qualitätsstandards weiterentwickelt werden. Dazu werden den Leistungserbringern durch vergleichende Qualitätsanalysen Rückmeldungen als Grundlagen für interne Qualitätsentwicklung zur Verfügung gestellt.⁶⁷⁸

ab. Zertifizierung

Für stationäre Rehabilitationseinrichtungen gelten gem. § 21 III S. 2 SGB IX darüber hinaus die verschärften Qualitätssicherungsvoraussetzungen des § 20 II S. 2 SGB IX. Diese sind nur dann als geeignet anzusehen, wenn sie nach § 20 II S. 2 SGB IX zertifiziert sind.⁶⁷⁹

Die grundlegenden Inhalte des zu implementierenden einrichtungsinternen QM und des die erfolgreiche Umsetzung nachweisenden Zertifizierungsverfahrens werden gem. § 20 II a S. 1 SGB IX von den Rehabilitationsträgern nach § 6 Nr. 1 und Nr. 3-5 SGB IX festgelegt.⁶⁸⁰ Dabei muss das Verfahren einheitlich und unabhängig sein. Es wird von einer externen Stelle eine Bestätigung über die erfolgreiche Umsetzung eines QM vergeben. Unter QM ist die Führungsaufgabe zu verstehen, die alle qualitätsbezogenen Tätigkeiten und Ziele der Einrichtung unter Einbeziehung der Mitarbeiter

677 Siehe *Zelfel*, Qualitätssicherung bei der Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben. iqpr Forschungsbericht Nr. 4/2007, S. 67 ff.

678 Gem. § 3 Nr. 3 GEQ. Dabei müssen hohe methodische Anforderungen erfüllt werden. Siehe *Hehling*, Die BG 2003, S. 514, 516 f.

679 Diese besondere Voraussetzung wurde am 26. März 2007 eingefügt. Siehe ausführlich das Für und Wider der Notwendigkeit einer Zertifizierung zusammentragend, kritisch wertend und mit Skepsis gegenüberstehend *Merchel*, Zertifizierung und Qualitätssicherung: Risiken für den Prozess der Qualitätsentwicklung in der Sozialen Arbeit, in: *Peterander/Speck* (Hrsg.), Qualitätsmanagement in sozialen Einrichtungen, 2. Aufl., S. 44, 46 ff. Wobei die Kritik an der Nutzbarmachung von Zertifikaten hinsichtlich der nach außen gerichteten Motive mit der Einführung der Zertifizierungspflicht zum großen Teil hinfällig wird.

680 Keine Vereinbarungspartner sind somit die BA sowie die Träger der Jugend- und Sozialhilfe.

mit dem Ziel der Zufriedenheit der Abnehmer (Berechtigten) und der kontinuierlichen Verbesserung umfasst.⁶⁸¹ Problematisch sind dabei zwei Punkte: Erstens steht bereits infrage, welches QM überhaupt zur Sicherung der Qualität geeignet ist, und zweitens bedarf es Normierungen zum Anerkennungsverfahren.

Dazu werden in der eben genannten Vereinbarung zum internen Qualitätsmanagement (VIQ) Regelungen getroffen. So bestimmt § 3 VIQ die grundsätzlichen Anforderungen an ein einrichtungsinternes QM. Sie beziehen sich auf die Qualitätskriterien „Teilhabeorientiertes Leitbild, Einrichtungskonzept, Indikationsspezifische Rehabilitationskonzepte, Verantwortung für das Qualitätsmanagement in der Einrichtung, Basiselemente eines Qualitätsmanagement-Systems, Beziehungen zu Rehabilitanden/Bezugspersonen/Angehörigen, Behandlern, Leistungsträgern, Selbsthilfe, auf Systematisches Beschwerdemanagement, Externe Qualitätssicherung, Interne Ergebnismessung und -analyse (Verfahren), Fehlermanagement, Interne Kommunikation und Personalentwicklung“. Daneben muss das QM-Verfahren eine Dokumenten- und Vor-Ort-Prüfung durch die Zertifizierungsstelle vorsehen.⁶⁸² Eine Stelle, die ein rehabilitationsspezifisches QM-Verfahren herausgibt, kann dieses Verfahren gem. § 4 VIQ auf Antrag bei der Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (BAR) anerkennen lassen. Dabei wird die Übereinstimmung des vorgelegten QM-Verfahrens mit den

681 Vgl. *Peper*, Qualitätsmanagement, in: *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge* (Hrsg.), *Fachlexikon der sozialen Arbeit*, 6. Aufl., S. 745; *Müller-Fahrnow/Spyra, et al.*, Qualitätssicherung (QS) und Qualitätsmanagement (QM), in: *BAR* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe*, 3. Aufl., S. 33, 35. Qualitätssicherung (QS) hingegen wurde früher als Gesamtheit aller qualitätsbezogenen Aktivitäten gesehen. Nach obigem Verständnis des QM ist die QS hingegen lediglich der Teilaspekt des QM, der sich mit dem Nachweis der QM-Maßnahmen befasst. Nach neuerem Verständnis wird das QM eher dem Verantwortungsbereich des Erbringers zugeteilt, während die Träger für die QS zuständig sind und diese damit in den externen Bereich verlagert wird. QS und QM ergänzen sich somit gegenseitig (vgl. *Müller-Fahrnow/Spyra, et al.*, Qualitätssicherung (QS) und Qualitätsmanagement (QM), in: *BAR* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe*, 3. Aufl., S. 33, 35).

682 Zur Konkretisierung ist im Manual für ein einrichtungsinternes Qualitätsmanagement für stationäre Rehabilitationseinrichtungen nach § 20 SGB IX, als Anhang zur VIQ, eine Übersicht über die Qualitätskriterien und die genaue Darstellung ihrer Komponenten festgelegt. Dabei werden auch Indikatoren dargelegt, anhand deren die Qualität bemessen werden kann.

oben dargelegten Vorgaben überprüft.⁶⁸³ Anerkannte Verfahren werden von der BAR in einer Datenbank veröffentlicht.⁶⁸⁴ Dabei trägt die herausgebende Stelle (HGS) gem. § 4 VI VIQ die Verantwortung für die Auswahl geeigneter Zertifizierungsstellen. Sie erklärt gegenüber der BAR schriftlich,⁶⁸⁵ dass die von ihr benannten Zertifizierungsstellen die in Abschnitt D „Grundanforderungen an Zertifizierungsstellen nach § 20 SGB IX sowie an das Verfahren zur Bestätigung dieser Anforderungen durch die herausgebende Stelle“ des Manuals für ein einrichtungsinternes Qualitätsmanagement für stationäre Rehabilitationseinrichtungen nach § 20 SGB IX (MIQ) aufgeführten Grundanforderungen an Zertifizierungsstellen erfüllen. Diese Anforderungen sind neben Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, Kompetenz, Verantwortung auch Vertraulichkeit und die Offenheit für Beschwerden. Sie richten sich nach den DIN EN ISO/IEC 17021:2006 (Konformitätsbewertung – Anforderungen an Stellen, die Managementsysteme auditieren und zertifizieren).⁶⁸⁶ Darüber hinaus muss die HGS die Zertifizierungsstelle verpflichten, ihr die stationären Rehabilitationseinrichtungen zu melden, denen ein Zertifikat ausgestellt wurde. Die HGS selbst ist verpflichtet, diese Informationen an die BAR weiterzuleiten.⁶⁸⁷ Durch ein Zertifikat einer dieser genannten Stellen weisen die stationären Einrichtungen ihre gesetzliche Pflicht nach, an einem QM-Verfahren teilzunehmen.⁶⁸⁸

Allgemein bemerkenswert am Modell der QS im SGB IX ist die geringe Beteiligung der Leistungserbringer an den Entscheidungsprozessen.⁶⁸⁹ Sie

683 Die beantragenden Stellen können auf der Homepage der BAR eine Checkliste und den notwendigen Antrag abrufen. Nach positiver Entscheidung der BAR muss die HGS eine Erklärung zur Einhaltung der Pflichten nach § 4 VIQ (Meldung von Änderungen, u. ä.) unterschreiben.

684 Zu finden unter <http://www.bar-frankfurt.de> (besucht am 05.07.2014).

685 Das hierzu dienende Formular ist ebenfalls auf der Homepage der BAR unter <http://www.bar-frankfurt.de/Zertifizierung.bar> (besucht am 05.07.2014) abrufbar.

686 Siehe zur Konkretisierung dieser Vorgaben BAR, Vereinbarung zum internen Qualitätsmanagement nach § 20 Abs. 2a SGB IX, S. 39 ff.

687 Siehe dazu die gute Übersicht des Ablaufs *ebd.*, S. 37.

688 Siehe zum genauen Ablauf die Übersicht *ebd.*, S. 45. Dies erleichtert die Arbeit der Rehabilitationsträger. Davor nutzte z. B. die RV als Nachweis der Umsetzung des QM die Erfüllung der Bewertungskriterien der Strukturqualität zum internen QM, die Darlegung eines systematischen Umgangs mit Qualitätsmängeln und regelmäßige Visitationen zur Evaluation eines internen QM in den Einrichtungen (vgl. Müller-Fahrnow/Spyra, et al., Qualitätssicherung (QS) und Qualitätsmanagement (QM), in: BAR (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe, 3. Aufl., S. 33, 37).

689 Vgl. Bieback, Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, S. 59 f.

nehmen am Verfahren lediglich dadurch teil, dass ihre Stellungnahmen zur VIQ gem. § 20 II S. 2 SGB IX gehört werden und sie sich am Verfahren der Vorbereitung der GEQ durch die BAR gem. § 20 III S. 2, 3 SGB IX beteiligen. Dazu werden im ersten Verfahren die für die Wahrnehmung der Interessen der stationären Rehabilitationseinrichtungen maßgeblichen Spitzenverbände und im zweiten die nach § 19 VI SGB IX zu bildenden Arbeitsgemeinschaften von Rehabilitationseinrichtungen mit gleicher Aufgabenstellung beteiligt.

Fraglich ist, ob dieses komplexe Zertifizierungsverfahren auch für stationäre Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation anzuwenden ist oder lediglich für Einrichtungen der medizinischen und sozialen Rehabilitation gilt. Das Gesetz differenziert in § 20 II S. 2 SGB IX nicht zwischen beruflichen und medizinischen bzw. sozialen Einrichtungen. Es gibt zwei Anhaltspunkte, die für eine solche Unterscheidung sprechen:

Zum einen ist die BA als Rehabilitationsträger nach § 6 I Nr. 2 SGB IX nicht am Verfahren der Entwicklung der VIQ beteiligt. Zum anderen existieren für Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation in den §§ 35 und 136 SGB IX bereits qualifikationsorientierte Vorgaben. Insbesondere bei WfbM besteht mit dem Anerkennungsverfahren nach § 142 SGB IX bereits ein Präqualifizierungsverfahren, das die Notwendigkeit eines weiteren Verfahrens nach § 20 II a SGB IX infrage stellt.

Der Gesetzesbegründung lässt sich hierzu keine eindeutige Aussage entnehmen.⁶⁹⁰ Zudem beinhalten die Anforderungen für Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation nicht alle Voraussetzungen, die das Präqualifizierungsverfahren nach § 20 II a SGB IX vorschreiben. Eine kumulative Anwendung der Vorschriften wäre also durchaus denkbar. Am überzeugendsten ist es, die Anwendbarkeit der Vorschrift mit dem Hinweis darauf abzulehnen, dass die BA an der Ausarbeitung der VIQ nicht beteiligt ist. Eine Klarstellung der Vorschrift durch den Gesetzgeber wäre äußerst wünschenswert.⁶⁹¹

690 Zwar liegt mit *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 20, Rn. 23, aus dem Zusammenhang der Änderung des SGB V die Vermutung nahe, dass sich diese Verfahren nur auf Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation beziehen. Unmittelbar aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/3100, S. 183 f. und BT-Drs. 16/4247, S. 61) lässt sich dies indessen nicht entnehmen.

691 Wie hier auch *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 20, Rn. 23 und *Joussen*, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 20, Rn. 16.

d. Leistungsbereitstellung

Mindestinhalt der Versorgungsverträge nach § 21 I SGB IX⁶⁹² ist, dass Qualitätsanforderungen an die Ausführung der Leistungen, das beteiligte Personal und die beteiligten Fachdienste festgelegt werden müssen. Dabei sind die Rehabilitationsträger an die GEQ nach § 20 I SGB IX gebunden.⁶⁹³ Sie liegen den Verträgen somit zugrunde.

Die Wirtschaftlichkeit wird entweder bei Anwendung des Vergaberechts bereits bei Vertragsschluss oder bei Aushandlung eines Vertrages durch entsprechende Vergütungsmodelle sichergestellt.

e. Abruf der Leistung

Meldet der Berechtigte seinen Anspruch an der Sozialleistung an, schließt der Träger grundsätzlich einen Einzelvertrag mit einem Erbringer. Dieser hat den inhaltlichen Vorgaben des § 21 I SGB IX zu entsprechen. Die Auswahl des Erbringers hat neben den, durch den Vertrag für die konkrete Einzelleistung zwischen den Parteien festgeschriebenen, Vorgaben zu Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistung auch den speziellen Leistungserbringungsprinzipien des Rehabilitationsrechts zu genügen. Dies sind die Grundsätze der Individualisierung der Leistung, der ganzheitlichen Erbringung und der Grundsatz ambulant vor stationär.

Anders zumindest für Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation, die nicht in §§ 35, 136 SGB IX genannt sind – also für Wohngruppen und Heime, die auf Basis der Eingliederungshilfe finanziert werden – wohl *Schütte*, Sozialhilferecht (SGB XII), in: *Luthe* (Hrsg.), Rehabilitationsrecht, S. 526, Rn. 107. Die also nur für die stationären medizinischen Rehabilitationseinrichtungen relevanten HGS sind schon beim Institut für Qualitätsmanagement im Gesundheitswesen GmbH (IQMG) und der Deutschen Gesellschaft für medizinische Rehabilitation (DEGE-MED) vorhanden, die auch schon QM-Systeme entwickelt haben.

692 Weitere Inhaltvoraussetzungen der Verträge nach § 21 I SGB IX sind gem. Nr. 3, 4 die Rechte und Pflichten der Teilnehmer und angemessene Mitwirkungsmöglichkeiten der Teilnehmer an der Ausführung der Sozialleistungen. Darüber hinaus müssen nach § 21 I Nr. 5, 6 SGB IX Vereinbarungen zum Datenschutz und der Beschäftigung behinderter, insbesondere schwerbehinderter Frauen getroffen werden.

693 Zu beachten ist dabei allerdings, dass die Sozial- und Jugendhilfeträger dieser gemeinsamen Empfehlung zwar gem. § 20 I S. 3 SGB IX beitreten können, jedoch nicht per se dem Kreis der vereinbarenden Rehabilitationsträger angehören.

aa. Individualisierungsprinzip

Das Individualisierungsprinzip erfährt im Wunsch- und Wahlrecht der §§ 9 SGB IX und 33 SGB I eine besondere Ausprägung.⁶⁹⁴ Während die Regelung des § 33 SGB I ihrem Wortlaut nach auf der leistungsrechtlichen Ebene stehen bleibt, indem sie nur vom Inhalt des Rechts spricht, umfasst das Wunsch- und Wahlrecht des § 9 SGB IX ausdrücklich auch die Ausführung der Leistung. Es wirkt somit auf das Auswahlermessen des Trägers bei der Einbindung Dritter ein.

Bei der Entscheidung über die Ausführung der Leistung ist nach § 9 I S. 1 SGB IX den berechtigten Wünschen zu entsprechen. Explizit genannte Kriterien sind die persönliche Lebenssituation, das Alter, das Geschlecht, die Familie sowie die religiösen und weltanschaulichen Bedürfnisse des Leistungsberechtigten. Berechtigt ist ein Wunsch im Übrigen, „wenn er geeignet ist, einen rehabilitationsrechtlich erheblichen Bedarf zu decken [...] und dadurch den gesetzlichen Zweck zu fördern“.⁶⁹⁵ Ihm darf keine anderweitige Regelung, etwa das in § 69 SGB IV verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot, entgegenstehen.⁶⁹⁶ Der Leistungsanspruch selbst ist, nachdem seine Voraussetzungen festgestellt wurden, unter Beachtung des § 9 I SGB IX individualisiert zu konkretisieren.⁶⁹⁷ Auf der Ebene der Leistungserbringung wird die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung sodann relevant. Nimmt man das Wunsch- und Wahlrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts ernst, spielt es an zwei Stellen eine besondere Rolle: Zum einen ist eine unwirtschaftlichere Erbringung zulässig, wenn der Leistungsberechtigte die Mehrkosten übernimmt. Der Träger hat dann nur

694 Siehe zum dahinter stehenden Selbstbestimmungsprinzip ausführlich *Waldschmidt*, Selbstbestimmung als Konstruktion, S. 14 ff. Hintergrund des Selbstbestimmungsrechts ist die Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Anerkennung und Achtung der Menschenwürde ist verbindliches normatives Prinzip für alles staatliche Handeln und für das Zusammenleben in der Gesellschaft. Die Anerkennung und Achtung jedes Menschen als Subjekt, als Träger grundlegender Rechte und der Freiheit zu verantwortlichem Handeln, fähig ist vorgegeben und steht somit nicht zur Disposition (so *Böckenförde*, JZ 2003, S. 809, 810).

695 So *Neumann*, Selbstbestimmung des Leistungsberechtigten, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 6, Rn. 19.

696 Vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 9, Rn. 19.

697 Vgl. *Joussen*, in: *Dau/Düwell, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 9, Rn. 8; sowie *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 9, Rn. 20.

die „Sowiesokosten“ zu tragen.⁶⁹⁸ Zum anderen darf der Leistungsträger den Wunsch nach einem bestimmten Erbringer nicht pauschal mit der Begründung ablehnen, es existiere kein Vertrag nach § 21 SGB IX mit dieser Einrichtung.⁶⁹⁹ Er hat vielmehr im Einzelnen die Wirtschaftlichkeit der Leistung zu prüfen.

Die das Wunsch- und Wahlrecht ergänzende Vorschrift des § 9 III SGB IX bindet einerseits unmittelbar Dienste und Einrichtungen. Andererseits enthält sie ergänzend zu § 21 SGB IX Vorgaben für den Inhalt der Versorgungs- und Leistungsverträge, die zwischen den Erbringern und den Trägern abgeschlossen werden.⁷⁰⁰ Dienste und Einrichtungen haben demgemäß dem Leistungsberechtigten möglichst viel Raum zu eigenverantwortlicher Gestaltung seiner Lebensumstände zu geben und seine Selbstbestimmung zu fördern.

ab. Ambulant vor stationär

Der Grundsatz ambulant vor stationär ist in § 19 II SGB IX verankert.⁷⁰¹ Hintergrund ist der Gedanke, dass eine ambulante Erbringung in der Regel sachgerechter, menschenwürdiger und auch kostengünstiger ist.⁷⁰² Zur Dif-

698 Wie hier *Fuhrmann/Heine*, SGB 2009, S. 516, 517; *Joussen*, in: *Dau/Düwell*, et al. (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 9, Rn. 8.

699 Vgl. *Dau/Düwell*, et al. (Hrsg.), LPK-SGB IX, § 9, Rn. 6; *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn*, et al. (Hrsg.), HK-SGB IX, § 9, Rn. 23; *Götz*, in: *Kossens/von der Heide*, et al. (Hrsg.), SGB IX, § 9, Rn. 10. Anders noch das LSG Rheinland-Pfalz, das in einer Entscheidung vom 12. Januar 2004 (L2 RJ 160/03 – NZS 2004, 653) das Wunsch- und Wahlrecht eines Leistungsempfängers abgelehnt hat, da es an einer versorgungsvertraglichen Verbindung zwischen Klinik und Leistungsträger i. S. d. § 21 SGB IX fehlte.

700 Siehe *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn*, et al. (Hrsg.), HK-SGB IX, § 9, Rn. 6 und 46.

701 Dieser Grundsatz gilt in allen Bereichen des Rehabilitationsrechts. Siehe auch die §§ 40 I und II SGB V, 33 I SGB VII und 13 I SGB XII. Eine Sonderregel enthält § 13 I S. 3 SGB XII. Danach gilt der Vorrang der ambulanten Leistung dann nicht, wenn eine Leistung für eine geeignete stationäre Einrichtung zumutbar und eine ambulante Leistung mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist. Zunächst ist also nach Satz 4 die Zumutbarkeit der stationären Leistung zu prüfen, wobei nach Satz 5 die persönlichen, familiären und örtlichen Umstände angemessen zu berücksichtigen sind. Nach Satz 6 ist bei Vorliegen einer Unzumutbarkeit ein Kostenvergleich nicht anzustellen.

702 So *Luthe*, Grundprinzipien des Rehabilitationsrechts, in: *Luthe* (Hrsg.), Rehabilitationsrecht, S. 35, Rn. 12.

ferenzierung zwischen stationär, teilstationär und ambulant ist auf die Frage der Unterbringung, Unterkunft, Verpflegung und auf den Aspekt der Verantwortung des Leistungsträgers für die Lebensführung des Betroffenen abzustellen.

Stationäre Leistungen werden typischerweise als Gesamtleistungen erbracht, die Unterkunft und Verpflegung einschließen und im Einzelfall ein Gesamtkonzept an Hilfen anbieten.⁷⁰³ Der Leistungsträger übernimmt auch die Gesamtverantwortung für die tägliche Lebensführung der zu betreuenden Person. Bei teilstationären Leistungen ist die betroffene Person gegenüber einer stationären Leistung in einem geringeren Maß physisch und organisatorisch eingebunden. Ambulante Leistungen werden ohne durchgehende Unterkunft, Unterbringung und Verpflegung erbracht. Es wird nicht auf eine integrierte Aufnahme des Leistungsberechtigten abgezielt, sondern der Aufenthalt beim Dienst bzw. in der Einrichtung bezweckt nur die Entgegennahme der eigentlichen Leistung.⁷⁰⁴ Bei der Frage nach der Erbringung der Leistung zur Teilhabe in einer Einrichtung der beruflichen Rehabilitation i. S. d. § 35 SGB IX ist die Art oder Schwere der Behinderung oder die Sicherung des Erfolges, die die besonderen Hilfen dieser Einrichtungen erforderlich machen, entscheidend.

Dreh- und Angelpunkt der Erbringung von Leistungen in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation ist somit die Erforderlichkeit. Diese ist gegeben, wenn die Leistungen zur Teilhabe weder in Betrieben noch in allgemeinen Bildungseinrichtungen mit hinreichender Aussicht auf Erfolg durchgeführt werden können.⁷⁰⁵ Dies geht aus der Subsidiarität der Erbringung von außerbetrieblichen Rehabilitationsleistungen und der Notwendigkeit des Vorliegens einer weiteren Voraussetzung, der Art und Schwere der Behinderung oder der Sicherung des Erfolges hervor. Somit muss gerade das individuelle Maß der Behinderung die Erbringung der Leistung in der Einrichtung rechtfertigen. Daneben darf die betriebliche Erbringung der Leistung aufgrund z. B. betrieblicher oder produktionstechnischer Abläufe nicht Erfolg versprechend sein. Oder zur Sicherung des Erfolges ist gerade die

703 Vgl. *ebd.*, Rn. 12.

704 Siehe *ebd.*, Rn. 12. Gegebenenfalls können gem. § 19 II SGB IX daneben familienentlastende und -unterstützende Dienste einbezogen werden. Damit soll lediglich der Leistungsumfang in entsprechenden Konstellationen erweitert werden (vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 19, Rn. 19).

705 Siehe *Götze*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB IX, § 35, Rn. 7. In diesem Sinne auch *Vogt*, in: *Kossens/von der Heide, et al.* (Hrsg.), SGB IX, § 35, Rn. 12.

Leistungserbringung in der Einrichtung notwendig. Damit ergibt sich die grundsätzliche Reihenfolge der Rehabilitationsmaßnahmen: betrieblich – allgemeine Bildungseinrichtungen – Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation.⁷⁰⁶ Wird das Wunsch- und Wahlrecht jedoch in eine andere Richtung ausgeübt, sind im Einzelfall der Rehabilitationserfolg, die Wirtschaftlichkeit der Sozialleistung und das ausgeübte Selbstbestimmungsrecht gegeneinander abzuwägen.⁷⁰⁷

f. Kontrolle

aa. Nachsorge im BBV

Die Kontrolle *durch* die Verwaltung übernimmt der jeweilige Sozialleistungsträger, indem er die Qualität der Leistung, während und nach der Erbringung, durch Kontrolle der Übereinstimmung der tatsächlichen Leistungserbringung mit den festgelegten Standards im Rahmen eines QM-Systems überwacht.

Ein Instrument der QS ist beispielsweise das System der Leistungsbeschreibung, Qualitätsbeschreibungen, Qualitätsprüfungen und Entgeltberechnungen, auch SYLQUE genannt. Dabei handelt es sich um ein Selbstevaluierungsinstrument für den Wohn- und Weiterbildungsbereich, das als Grundlage für Leistungs- und Qualitätsbeschreibungen, Personalbemessung und Entgeltberechnung verwendet werden kann. Daneben werden Prüfkriterien bereitgestellt. Auch LEWO bietet für die Lebensqualität in Wohnstätten von erwachsenen Menschen mit geistiger Behinderung fachliche Kriterien, nach denen die Einhaltung der gegebenen fachlichen Kriterien zu beurteilen ist.⁷⁰⁸ Für den ambulanten Bereich steht neben den Instrumentarien der Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung in Werkstätten für

706 Besonders hier findet das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger gem. § 9 SGB IX Beachtung. Diese Reihenfolge ist somit nicht als starre Vorgabe zu betrachten, sondern flexibel zu handhaben (vgl. *Kunze/Kreikebohm*, SGB 2006, S. 284, 203 f.). Zur Flexibilität der Rehabilitationsmaßnahmen siehe auch BT-Drs. 14/5074, S. 96.

707 In diesem Sinne auch *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 19, Rn. 15.

708 Vgl. hierzu auch *Berns*, Selbstbestimmung als wesentliches Kriterium für Qualität in der Behindertenarbeit. Ergebnisse einer Bewohnerbefragung in einer Einrichtung für Menschen, die als geistig behindert bezeichnet werden, S. 19 ff.

Behinderte der Lebenshilfe (QS-WfB) durch die Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V. auch QUOFHI (Qualitätssicherung Offener Hilfen für Menschen mit Behinderungen) zur Verfügung.⁷⁰⁹ Beide Instrumente dienen hauptsächlich der Evaluation und Dokumentation.⁷¹⁰

Konsequenz eines Vertrages mit einem fachlich nicht (mehr) geeigneten Dienst oder einer nicht geeigneten Einrichtung ist gem. § 21 III S. 1 SGB IX dessen Kündigung.⁷¹¹ Positive Bewertungen der Leistungserbringung durch den Träger können sowohl bei der nächsten Vertragsverhandlung als auch als Kriterium der Zuverlässigkeit in den Entscheidungsprozess im Rahmen des Vergabeverfahrens eine Rolle spielen. Zuverlässig ist der Bieter dann, wenn er seine gesetzlichen Verpflichtungen fristgerecht erfüllt und aufgrund der Erfüllung früherer Verträge die einwandfreie Ausführung erwarten lässt.⁷¹²

ab. Aufsicht

Von der Kontrolle des Erbringers durch den Leistungsträger im BBV ist die staatliche Aufsicht über die rechtlich verselbstständigten Träger zu unterscheiden. Während Erstere in den eben skizzierten Verfahren die Ergebnis-sicherung gewährleistet, zielt das Aufsichtsverhältnis auf die Einhaltung gesetzlich normierter Vorgaben durch den Träger selbst. Durch die Aufsicht wird das Handeln der Sozialleistungsträger inhaltlich und personell in einen demokratischen Legitimationszusammenhang eingebunden.⁷¹³ Dabei ist die Rechtsaufsicht, also die Rechtskontrolle als umfassend im Sinne der Beachtung aller objektiven Rechtssätze, „die auf das zu kontrollierende Ver-

709 Vgl. *Hamel/Windisch*, QUOFHI - Qualitätssicherung offener Hilfen für Menschen mit Behinderung.

710 Siehe dazu *Mittnacht*, Strukturen und Angebote in der Rehabilitation, in: *BUKO-QS* (Hrsg.), Strategien der Qualitätsentwicklung in Pflege und Betreuung, S. 91, 106 f. Vgl. zum Aufbau eines QM auch *Krickhahn*, Strategisches Qualitätsmanagement und die Zertifizierung von Qualitätsmanagementsystemen nach ISO 9000 ff. in der beruflichen Weiterbildung, in: *Maelicke* (Hrsg.), Qualität und Kosten sozialer Dienstleistungen, S. 69, 76 ff. Siehe zum Ganzen auch *Wetzler*, Qualitätsmanagement in Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe, S. 19 ff.

711 Zur Kündigung der Vereinbarung im Sozialhilferecht siehe *Neumann*, RsDE 2006, S. 32.

712 Vgl. *Nielandt*, RsDE 2005, S. 44, 55 f.

713 So *Becker/Meeßen, et al.*, VSSR 2011, S. 323, 338.

waltungsrecht zur Anwendung kommen“, ⁷¹⁴ von der Zweckmäßigkeitskontrolle zu unterscheiden. Diese kommt v. a. in der Ermessensverwaltung zur Anwendung, da in diesem Bereich die rechtlichen Vorgaben auf der Rechtsfolgenseite unterschiedliche Entscheidungen zulassen. ⁷¹⁵

Aufsichtsrechtliche Vorschriften für Sozialversicherungsträger sind in den §§ 87 ff. SGB IV geregelt. Dabei unterstellt § 87 I S. 1 SGB IV die Versicherungsträger staatlicher Aufsicht, was sich gem. § 87 I S. 2 SGB IV grundsätzlich auf die Rechtsaufsicht bezieht. Auf den Gebieten der Prävention in der gesetzlichen UV erweitert sich die Aufsicht auf eine Fachaufsicht, die nach § 87 II SGB IV auch den Umfang und die Zweckmäßigkeit überprüfen kann. ⁷¹⁶ § 90 SGB IV bestimmt, wer Aufsichtsbehörde ist.

Die Kontrolle der Verwaltung, in Form der Überwachung der Pflichten der Rehabilitationsträger zur Übernahme der jeweiligen Verantwortungsbereiche, der Struktur-, Auswahl-, Vertragsinhalts-, Kontroll- und Auffangverantwortung, wird durch die zuständigen Aufsichtsorgane übernommen. Dabei bildet die Strukturverantwortung der Leistungsträger eine objektivrechtliche Pflicht, die von den zuständigen Aufsichtsbehörden durchgesetzt werden kann. ⁷¹⁷ Die subjektivrechtliche Komponente dieser Verpflichtung zeigt sich beispielsweise in der (Mehr-)Kostenerstattungspflicht des § 15 I S. 4 SGB IX. ⁷¹⁸ Der Leistungsträger hat dabei die Kosten zu übernehmen, die aus der Erschwerung bzw. Vereitelung von Ansprüchen auf Leistungen zur Teilhabe resultieren. Sofern der Grund der Erschwerung oder Vereitelung darin liegt, dass die erforderlichen Dienste und Einrichtungen

714 *Wolff/Bachof, et al.*, Verwaltungsrecht Band 3, 5. Aufl., § 101, Rn. 13.

715 Siehe *ebd.*, § 101, Rn. 13 ff.

716 Dabei erfüllen die mittelbare Staatsverwaltung der Staatsverwaltung und die unmittelbare Verwaltung der Aufsichtsbehörden gemeinsam die öffentliche Aufgabe der Sozialversicherung. Die Aufsichtstätigkeit ist somit von partnerschaftlicher Kooperation geprägt (vgl. *Schütte-Geffers*, in: *Kreikebohm* (Hrsg.), SGB IV, § 87, Rn. 6 f.).

717 Vgl. *Löschau*, in: *Großmann* (Hrsg.), GK-SGB IX, § 19, Rn. 26; *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 9, Rn. 47.

718 Der die Pflicht zur Kostenerstattung bei Selbstbeschaffung regelt.

nicht zur Verfügung stehen, steht der Leistungsträger unmittelbar für seine Strukturverantwortung ein.⁷¹⁹

5. Bereitstellungsverfahren

a. Einführung

Wie unter A.VI.3. dargestellt, existieren zwei Konstellationen, in denen es über die den objektiven Auswahlkriterien verschriebenen Verfahren besonderer Bereitstellungsverfahren bedarf: zum einen, wenn der Zugang zum Sozialleistungsmarkt für die Erbringer durch Bedarfsplanung beschränkt ist, zum anderen, wenn der Staat in Form der Sozialleistungsträger selbst als Nachfrager am Markt teilnimmt.

b. Allgemeine Bedarfsplanung

Die Leistungsträger schließen mit den Leistungserbringern Versorgungsverträge ab, um ihrer Strukturverantwortung gerecht zu werden. Das SGB IX enthält keine explizite Aussage darüber, ob der Träger bei der Auswahl der Erbringer allgemeine Bedarfsplanungsgesichtspunkte einstellen

719 Vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 19, Rn. 8. Dabei muss aber mit *Schneider*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB IX, § 19, Rn. 6 zugegeben werden, dass es sich lediglich um eine mittelbare Folge der oben genannten Pflicht handelt, weil sie lediglich an die unzureichende Versorgung im Einzelfall und nicht an die organisatorischen Vorgaben als solche anknüpft. Ein darüber hinausgehender Anspruch eines Berechtigten auf die Bereitstellung von Diensten und Einrichtungen existiert nicht (siehe *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*, 2. Aufl., § 9, Rn. 47). Auch der anzudenkende Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB oder der sozialrechtliche Herstellungsanspruch bei Verletzung der Strukturverantwortungspflicht (so *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 19, Rn. 8). bleibt meist bereits aufgrund der fehlenden schuldhaften Amtspflichtverletzung rein theoretisch (vgl. *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*, 2. Aufl., § 9, Rn. 47) und scheitert darüber hinaus wohl auch an der Drittbezogenheit der Amtspflicht bzw. an einer dem Leistungsberechtigten gegenüber bestehenden Verpflichtung, die verletzt sein könnte (siehe *Schneider*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB IX, § 19, Rn. 6).

darf oder ob er zum Vertragsschluss mit allen i. S. d. SGB IX geeigneten Leistungserbringern verpflichtet ist.⁷²⁰

aa. § 21 SGB IX und § 19 SGB IX

Eine solche Verpflichtung ist weder in § 21 SGB IX, noch in § 19 SGB IX vorgesehen. Zum Teil wird argumentiert, eine solche Pflicht sei dem Umkehrschluss aus § 19 IV SGB IX zu entnehmen. Diese Vorschrift, die alleinige Regelungen über die Auswahl von Leistungserbringern enthält, finde lediglich für den konkreten Einbindungsprozess bei einzelnen Sozialleistungen Anwendung. Eine dem Abruf der Leistung vorhergehende Auswahl sei somit nicht vorgesehen.⁷²¹ Diese Argumentation ist aus drei Gründen irreführend:

Erstens führt auch der Abschluss von der Sozialleistungserbringung vorhergehenden Versorgungsverträgen, den diese Ansicht nicht bestreitet, immer zu einer Auswahl. So werden geeignete von nicht geeigneten Erbringern selektiert, so beispielsweise nichtzertifizierte von nach § 20 II a SGB IX zertifizierten Einrichtungen. Am Tatbestandsmerkmal "Auswahl" lässt sich ein Umkehrschluss somit nicht festmachen. Zweitens beinhaltet § 19 IV SGB IX keine Aussage über die Frage, ob Bedarfsplanungsgesichtspunkte Teil des Tatbestandsmerkmals Geeignetheit sind. Insoweit ist es nicht relevant, ob die Vorschrift auf Verträge Anwendung findet, die der konkreten Sozialleistung vorhergehen. Und drittens ist der Ansatzpunkt unzutreffend. Das Wortlautargument, § 19 IV SGB IX spreche von Leistung im Singular und nicht von mehreren Leistungen, ist nicht überzeugend. Auch Verträge, die auf einer dem Abruf der Leistung vorhergehenden Einbindungsebene geschlossen werden, können die Bereitstellung einer Sozialleistung – im Singular – in mehreren potenziellen Fällen enthalten.

ab. Ziel und Auswirkung des Versorgungsvertrages

Da die systematische Auslegungsmethode nicht weiter führt, ist das Ziel der Versorgungsverträge zu untersuchen. Für den Träger sind die Abschlüsse

720 Siehe zu einem Beispiel sektoraler Bedarfsplanung etwa *Shirvani*, SDSRV 2012, S. 107, 108 ff.

721 So *Welti*, SGB 2009, S. 330, 333.

von Versorgungsverträgen Mittel und Weg, ihrer Strukturverantwortung zu entsprechen. Dabei sichern sie eine qualifizierte Leistungserbringung, indem sie eine Vorauswahl anhand der gesetzlichen und untergesetzlich konkretisierten Vorgaben zur Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung treffen bzw. diese Vorgaben in die Verträge aufnehmen und sie zu verbindlichen Maßstäben machen.

Der Vertrag ist die Grundlage für die Erbringung von Waren und Dienstleistungen, da der Erbringer als grundsätzlich geeignet anerkannt ist. Allerdings wirkt diese Anerkennung nur zwischen den Vertragsparteien. Eine darüber hinausgehende Wirksamkeit gegenüber allen Leistungsträgern⁷²² und damit eine gewisse Statusbegründung, wie sie in anderen Sozialleistungsbereichen üblich ist, mag zwar mit Blick auf gemeinsame Qualitätsanforderungen wünschenswert erscheinen, entspricht aber nicht geltendem Recht.

Eine rechtliche Norm, die wie beispielsweise § 75 IV SGB XII den Zwang zum Abschluss eines Versorgungsvertrages als Voraussetzung der Leistungserbringung vorsieht, existiert im SGB IX nicht.⁷²³ Wie oben dargestellt handelt es sich beim Versorgungsvertrag um das zentrale Element des SGB IX, mit dem die Leistungserbringer an die Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsstandards gebunden werden. Selbst wenn man basierend auf dem Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsberechtigten im Einzelfall einen Vertragsschluss zwischen Träger und Erbringer für eine konkrete Sozialleistung zur Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitssicherung als ausreichend ansieht,⁷²⁴ ist der Versorgungsvertrag die Basis für das Gros der Sozialleistungen. Für

⁷²² Wie sie *ebd.*, S. 334 folgt.

⁷²³ Entsprechende Vorschriften für Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation, die eine Pflicht zum Abschluss von Versorgungsverträgen begründen, finden sich in §§ 111 SGB V und 34 III SGB VII. Siehe zur Frage, ob es sich dabei um die Pflicht zum Abschluss von Rahmen- oder Einzelverträgen handelt für das SGB II *Münder*, in: *Münder/Armborst* (Hrsg.), LPK-SGB II, § 17, Rn. 47; *Rixen*, VSSR 2005, S. 225, 248; *Luthe*, in: *Hauck/Noftz, et al.* (Hrsg.), SGB II, Grundsicherung für Arbeitssuchende, § 17, Rn. 97 ff.

⁷²⁴ Die Rechtsprechung nimmt auch bei den Vertragsschlüssen nach § 77 SGB XI an, dass die Statusbegründung der Leistungsträger hinsichtlich der grundsätzlichen Geeignetheit und den daraus folgenden Konsequenzen der Vergütung auch durch Einzelverträge möglich ist (siehe dazu m. w. N. *Schuler-Harms*, VSSR 2005, S. 135, 149).

die Leistungserbringer bedeutet der Abschluss des Versorgungsvertrages die grundsätzliche Eintrittskarte für den Sozialleistungsmarkt.⁷²⁵

Verweigert der Träger dem Leistungserbringer den Abschluss des Vertrages, verliert der Erbringer den Zugang zu seinen Kunden. Der Leistungsträger hat als Entscheider über die Sozialleistung selbst und den Modus der Erbringung eine überragende Mittlerstellung inne.⁷²⁶ Ein selektiver Vertragsschluss aufgrund objektiver, nicht vom Leistungserbringer beeinflussbarer Kriterien wie dem Bedarf ist als Eingriff in die von Art. 12 I GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Leistungserbringer zu werten.⁷²⁷ Er kommt einer objektiv beschränkenden Berufszulassungsregel nahe. Für diesen Eingriff bedarf es einer gesetzlichen Eingriffsbefugnis.⁷²⁸ Diese ist dem SGB IX nicht zu entnehmen.⁷²⁹

Dies bedeutet, dass eine Bedarfsplanung im Vorfeld der Abschlüsse von Versorgungsverträgen nicht möglich ist. Die Ablehnung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages durch den Träger aus einem anderen Grund als der Ungeeignetheit des Erbringers, ist nicht zulässig. Eine Bedarfsplanung würde zu einer Verknappung des Angebotes im Sozialleistungsmarkt führen, die das SGB IX so nicht vorsieht. Ein geeigneter Leistungserbringer hat demnach einen Anspruch darauf, einen Versorgungsvertrag mit dem jeweiligen Leistungsträger abschließen zu dürfen.⁷³⁰

725 Wie hier *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 21, Rn. 35 b.

726 So *ebd.*, § 21, Rn. 35 b.

727 Vgl. BVerfGE 82, 209, 229 f.

728 So BSGE 89, 294, 302.

729 Wie hier *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 21, Rn. 35 b.

730 So auch *Welti*, SGB 2009, S. 330, 334; *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 9, Rn. 62; *Bieritz-Harder*, RsDE 2005, S. 42, 48; *Kunte*, Marktförmige Leistungserbringung und öffentliche Verantwortung im Sozialrecht, S. 154; *Löschau*, in: *Großmann* (Hrsg.), GK-SGB IX, § 21, Rn. 2. Anders *Mrozynski/Jabben*, SGB IX Teil 1, 2. Aufl., § 21, Rn. 4, die allerdings die Möglichkeit einer Pflicht zum Abschluss aus den Leistungsgesetzen diskutieren und weitere Punkte, wie z. B. die Strukturverantwortung der Leistungsträger nach dem SGB IX nicht ansprechen.

ac. Anwendbarkeit des Vergaberechts

Das Vergaberecht findet auf Versorgungsverträge keine Anwendung, da eine Belegungspflicht mit den Verträgen nicht verbunden ist und es deshalb an der Entgeltlichkeit der Verträge fehlt.

Öffentliche Aufträge i. S. d. § 99 I GWB sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.⁷³¹ Der Entgeltlichkeitsbegriff ist dahingehend weit auszulegen, als kein unmittelbarer Geldfluss vom Träger an den Erbringer gewährt werden muss. Die Gewährung eines geldwerten Vorteils reicht aus.⁷³² Erforderlich ist die definitive Entgeltzuordnung durch den öffentlichen Auftraggeber.⁷³³ Folge des öffentlichen Auftrages ist eine exklusive Konkurrentenauswahl. Wird der Vertrag mit dem ausgewählten Erbringer geschlossen, werden andere (zumindest für einen Zeitraum) von derselben Erbringung ausgeschlossen. Der Vergabe muss somit in einem gewissen Umfang immer eine Bedarfsplanung vorausgehen. Dies ist beim Abschluss der Versorgungsverträge ohne Belegungspflicht nicht der Fall. Das Vergaberecht findet keine Anwendung.

Ein anderes Ergebnis resultiert auch nicht aus der Betrachtung des Zusammenspiels zwischen dem Abschluss des Versorgungs- und des jeweili-

731 Daneben sind gem. § 99 I GWB auch Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen und Baukonzessionen vom Begriff des öffentlichen Auftrages umfasst. Vgl. zum Ganzen *Hausmann*, Der öffentliche Auftrag - neue und alte Grenzen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts, in: *Pünder/Prieß* (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, S. 67, 67 ff. Siehe auch *Burgi*, NZBau 2002, S. 57.

732 Vgl. EuGH Urteil vom 12. Juli 2001, Rs. C-399/98 (*Teatro alla Biccoca*) = NZBau 2001, S. 512. Demnach reichte die „Verzichtsmöglichkeit“ beim Entschließungsbeitrag als Entgeltlichkeit aus. Dem kann der Ausschluss der Konzessionsverträge nach Art. 17 der RL 2004/18/EG bzw. Art. 18 der RL 2004/17/EG aus dem Anwendungsbereich der Richtlinien entgegengehalten werden. Diese Verträge enthalten gerade Nutzungs- und Verwertungsrechte. Vgl. hierzu statt vieler *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., § 9, Rn. 16 f.

733 Zur Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaften von Leistungsträgern bejahend für die Krankenkassen EuGH, NJW 2009, 2427 (Fall Oymanns).

gen Einzelvertrages.⁷³⁴ Zwar ist der Abschluss dieser beiden Verträge insofern miteinander verknüpft, als dem Abschluss eines Einzelvertrages zwischen Träger und Erbringer in der Regel ein Abschluss eines Versorgungsvorganges vorausgeht. Da der Abschluss eines Versorgungsvorganges jedoch nur eine in der Regel notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für den Abschluss eines Einzelvertrages und damit einer entgeltlichen Zuordnung ist, kann der Versorgungsvorgang auch aus dieser Zusammenschau nicht als entgeltlich klassifiziert werden.⁷³⁵ Ein öffentlicher Auftrag liegt somit beim Abschluss eines Versorgungsvorganges nicht vor. Dem Leistungserbringer wird lediglich die Feststellung der grundsätzlichen Geeignetheit und kein Recht auf Inanspruchnahme zugesichert.⁷³⁶

734 Eine analoge Anwendbarkeit des Vergaberechts, wie sie von *Kunze*, NZS 2003, S. 5, 8 präferiert wird, ist nicht notwendig, da die folgende Diskussion die Beurteilung der für die Abgrenzung entscheidenden Risikoverteilung betrifft und damit Teil der Auslegung des Rechtsbegriffs der „Entgeltlichkeit“ ist. Die Problematik um eine planwidrige Regelungslücke (vgl. *Bieritz-Harder*, RsDE 2005, S. 42, 61 f.) braucht daher nicht geführt zu werden. Siehe zu dieser Diskussion ablehnend *Welti/Fuchs*, Die Rehabilitation 2007, S. 111, 104 f. und *Neumann*, VSSR 2005, S. 211, 219 f.

735 Anders *Kingreen*, SGB 2004, S. 659, 668 f., der von der Risikominimierung für den Leistungserbringer durch den Abschluss des Versorgungsvorganges ausgeht. Die Entgeltlichkeit sieht der Autor in den Vereinbarungen des Versorgungsvorganges, die den Einzelvertrag lediglich aufschiebend durch den konkreten Bewilligungsbescheid und der Inanspruchnahme durch den Berechtigten bedingen. Für eine Entgeltlichkeit aus der Verknüpfung zwischen Versorgungs- und Einzelvertrag mit Hinweis auf die maßgebliche Entscheidung auf der ersten Stufe auch *Mrozynski*, ZfSH/SGB 2004, S. 451, Nr. 453 f. Anders *Heinemann*, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, S. 254, die allein aufgrund der Tatsache der Verantwortung der Leistungsträger gem. § 17 I S. 2 SGB IX und der daraus resultierenden Entscheidungskompetenz, ohne weitere Diskussion der Grundannahmen, auf das fehlende wirtschaftliche Risiko des Leistungserbringers schließt. Auch die Ansicht, die leistungsberechtigte Person sei alleinige Nachfragerin der Leistung (vgl. *Bieritz-Harder*, RsDE 2005, S. 42, 60) mag aufgrund ihrer Absolutheit nicht zu überzeugen. Es kommt vielmehr darauf an, wer im konkreten Fall den Vertrag abschließt.

736 Ein öffentlicher Auftrag ist hingegen ein Vertrag, der Leistung und Gegenleistung synallagmatisch miteinander verbindet (vgl. *Neumann*, VSSR 2005, S. 211, 221).

c. Leistungsträger als Nachfrager von Sozialleistungen

Der Abschluss von Versorgungsverträgen ist dem Bereich des abstrakten Einbindungsprozesses zuzuordnen. Hiervon zu unterscheiden ist eine andere Sachlage, die in ihrer konkreten Ausgestaltung dem Abschluss von Versorgungsverträgen sehr ähnlich sieht, dennoch dem Bereich des konkreten Einbindungsprozesses zuzuordnen ist und ihr deshalb eine andere rechtliche Beurteilung zukommt. Dies betrifft den Fall, dass ein Leistungsträger nicht bloß eine Sozialleistung beim Erbringer nachfragt, sondern für eine Vielzahl von Leistungen das Belegungsrisiko übernimmt. Im Unterschied zur „normalen“ Sozialleistungserbringung im konkreten Einbindungsprozess wartet der Träger nicht darauf, bis der Leistungsadressat seinen Leistungsanspruch geltend macht, sondern er schließt im Vorfeld bereits entgeltliche Leistungsverträge über ein ganz konkretes Kontingent genau bestimmter Sozialleistungen ab. Diese Art der Verträge können somit als Kontingentverträge bezeichnet werden. Die Leistungen können vom Berechtigten im Einzelfall abgerufen werden. Im Gegensatz zu allgemeinen Versorgungsverträgen stellt der Träger nicht nur die grundsätzliche Geeignetheit der Erbringer fest, sondern er wählt sie für die vereinbarten Sozialleistungen bereits konkret aus. Selbst wenn er die Leistung im Einzelfall nicht in Anspruch nimmt, muss er die vereinbarte Gegenleistung erbringen.

Diese Verträge implementieren keine objektiven Berufszulassungsregeln und sind deshalb mit dem System des SGB IX konsistent. Die Grenzen zwischen der allgemeinen und der besonderen Bedarfsplanung verschwimmen, wenn Leistungserbringer trotz objektivem Marktzugang de facto keine Leistungen erbringen können. Dies ist der Fall, wenn die nachgefragten Kontingente so groß sind, dass für die restlichen im Markt verbleibenden Anbieter keine Nachfrager mehr existieren. Hierfür sind keine gesetzlichen Grenzen festgelegt. Es bleibt somit Aufgabe der Gerichte, die Rechtmäßigkeit solcher Verträge im Einzelfall zu überprüfen.

Da es sich hierbei um auf Exklusion gerichtete Verträge handelt, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts.

aa. Ausschluss des Vergaberechts im SGB IX

Als der kooperativen Natur des § 21 SGB IX entgegenstehend wird vielfach die Rechtsnatur des Auftrages, insbesondere das Über-/Unterordnungsverhältnis des Auftraggebers zum Auftragnehmer, bei der Auftragsvergabe dis-

kutiert.⁷³⁷ Es mag zwar zugegeben werden, dass der Auftraggeber die volle Verfügungsgewalt über die Leistung insoweit behält, als er den Inhalt des Vertrages in der Regel vorgibt und der Bieter diesen lediglich hinsichtlich der Preisbestimmung beeinflusst.⁷³⁸ Eine über den zum Abschluss des Vertrages notwendigen kooperativen Aktes der übereinstimmenden Willenserklärungen beider Parteien hinausgehende Gleichheit der Vertragspartner ist aus § 21 SGB IX aber nicht herauszulesen.⁷³⁹

Als weiterer Beleg für die Unanwendbarkeit des Vergaberechts wird die Vorschrift des § 19 I S. 1 SGB IX genannt, der die Beteiligung der Bundes- und Landesregierung sowie bestimmter Verbände und Gruppen bei der Erfüllung der Strukturverantwortung vorschreibt.⁷⁴⁰ Dieses Argument greift vorliegend nicht, da es sich bei den diskutierten Verträgen um Verträge beim konkreten Leistungsabruf handelt. Der Vorschrift des § 19 I S. 1 SGB IX ist bereits Genüge getan, wenn eine Beteiligung im Vorfeld durch den Abschluss von Rahmenverträgen oder gemeinsamen Empfehlungen stattfand.

Problematischer ist die Normierung des § 19 IV SGB IX, der die Berücksichtigung von Diensten und Einrichtungen freier oder gemeinnütziger Träger entsprechend ihrer Bedeutung für die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen bestimmt und die Wahrung der Vielfalt sowie der Selbstständigkeit, des Selbstverständnisses und der Unabhängigkeit der Träger von Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen vorgibt.⁷⁴¹ Während die besondere Bedeutung im Wege vergabefremder Kriterien gem. § 97 IV GWB auch im Vergabeverfahren Berücksichtigung finden kann und somit dem Gleichheitsgrundsatz des § 97 II GWB auch nicht grundsätzlich entgegensteht, steht die Wahrung der Trägervielfalt bei der Anwendung des Ver-

737 Vgl. *Kessler*, Ausführungen zur Leistung zur Teilhabe (Leistungserbringungsrecht), in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*, 2. Aufl., § 9, Rn. 67.

738 Bereits beim Verfahren des wettbewerblichen Dialogs nach § 101 IV GWB greift dieses Argument nicht mehr. In diesem Verfahren erfolgen eine Aufforderung zur Teilnahme und anschließend Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags. Siehe hierzu ausführlich *Schwabe*, Wettbewerbllicher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren, Rn. 30 f.

739 Zur Frage des kooperativen Handelns der Verwaltung siehe oben A. III. 1.

740 *Neumann*, VSSR 2005, S. 211, 220. Siehe zum Einfluss von Behindertenverbänden allgemein die interessante Studie von *Spörke*, Behindertenpolitik im aktivierenden Staat.

741 Das Beschaffung im Wege des Vergaberechts deshalb ablehnend *Neumann*, VSSR 2005, S. 211, 220.

gabeverfahrens infrage. Tatsächlich steht die Ausschreibung von Rehabilitationsleistungen der vielfältigen Ausprägung von Trägern dann entgegen, wenn sie zur alleinigen Erbringung der Sozialleistung durch einen Träger in diesem Bereich führt. Also etwa, wenn große regionale Lose gebildet werden. Den Schluss, das Vergaberecht deshalb als insgesamt unzulässig zu erklären, lassen diese Argumente nicht zu. Vielmehr bestimmen die Besonderheiten des § 19 IV SGB IX besondere Anforderungen, die im Einzelnen durch die Leistungsträger umzusetzen sind.⁷⁴²

Zuletzt wird eingewendet, die Leistungsträger müssten die Kriterien des § 9 I S. 2 und 3 SGB IX im Rahmen des Individualisierungsprinzips auch in die Ermessensentscheidung der Auswahl der Leistungserbringer, unabhängig vom Wunsch des Berechtigten, einbeziehen.⁷⁴³ Auch dieses Argument führt nicht dazu, die Anwendbarkeit des Vergaberechts gänzlich auszuschließen. Vielmehr müssen die Leistungen in Hinblick auf denkbare Bedürfnisse der Leistungsberechtigten i. S. d. § 9 SGB IX ausgeschrieben bzw. im Verfahren des wettbewerblichen Dialogs ergänzt werden. Die Tatsache, dass tatsächlich nicht jeder Umstand von vornherein beachtet werden kann, führt wiederum nicht zur grundsätzlichen Unanwendbarkeit des Vergaberechts, sondern muss im Rahmen der Ausführung Beachtung finden.⁷⁴⁴

ab. Öffentliche Auftraggeber

Da der Anwendbarkeit des Vergaberechts keine grundsätzlichen Argumente entgegenstehen, ist im Folgenden die Eröffnung des sachlichen Anwen-

742 Wie hier auch *Kingreen*, SGB 2004, S. 659, 667. *Bieritz-Harder*, RsDE 2005, S. 42, 63 f. hingegen schließt (in ihren Ausführungen konsequent) aus der Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts für Leistungserbringungsverträge (da sie bereits das Kriterium des öffentlichen Auftrages verneint) darauf, dass der Abschluss von Leistungsverträgen nicht statthaft ist, da der Leistungsträger sich ansonsten der gemeinsamen Strukturverantwortung der Träger entzieht. Siehe hierzu *Neumann*, VSSR 2005, S. 211, 220, *Bieritz-Harder*, RsDE 2005, S. 42, 58.

743 So *Bieritz-Harder*, RsDE 2005, S. 42, 67. Siehe zum Individualisierungsprinzip auch *Neumann* Selbstbestimmung des Leistungsberechtigten, in: *Neumann* (Hrsg.), *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*, § 6, Rn. 7.

744 Dies gilt auch hinsichtlich jeglicher anderer Informationsdefizite, die in Zusammenhang mit dem Ausschreibungsverfahren gebracht werden. So z. B. für die Notwendigkeit des gesicherten Wissens über Qualitäten (vgl. *Groser*, *Entgeltbestimmungen im Verhandlungs- und Ausschreibungsverfahren*, in: *Knappe/Burger* (Hrsg.), *Wirtschaftlichkeit und Qualitätssicherung in sozialen Diensten*, S. 31, 51).

dungsbereichs zu prüfen. Im Zentrum der Diskussion steht neben dem Tatbestandsmerkmal der Rehabilitationsträger als öffentlicher Auftraggeber insbesondere das Kriterium der Entgeltlichkeit.

Die Rehabilitationsträger müssen als öffentliche Auftraggeber gem. § 98 GWB zu klassifizieren sein. Diese sind gem. § 6 SGB IX im Bereich der beruflichen Rehabilitation neben der BA die Träger der gesetzlichen UV, der gesetzlichen RV und der Alterssicherung für Landwirte, die Träger der Kriegsopferversorgung, der Kriegsopferfürsorge im Rahmen des Rechts der sozialen Entschädigung bei Gesundheitsschäden, der öffentlichen Jugendhilfe und der Sozialhilfe. Kreise, kreisfreie Städte und kreisangehörige Gemeinden sind als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 1 GWB. Die unmittelbare Staatsverwaltung der Landesämter für Ausbildungsförderung, der Versorgungs- und Landesversorgungsämter und die Fürsorge- und Hauptfürsorgestellen sind als unmittelbarer Bestandteil des Verwaltungsapparates des Landes oder des Bundes ebenfalls institutionelle Auftraggeber in diesem Sinne.⁷⁴⁵ Die BA, die Träger der RV gem. § 125 SGB VI und die Träger der UV gem. § 114 I Nr. 1-9 SGB VII sind als Selbstverwaltungskörperschaften gem. § 367 I SGB III bzw. § 29 I SGB IV juristische Personen des öffentlichen Rechts i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB. Darüber hinaus müssen sie zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Interessen nichtgewerblicher Art zu erfüllen, und überwiegend staatlich finanziert oder beherrscht sein.

Während das erste Kriterium mit Blick auf die Zielsetzung des § 1 SGB I unproblematisch zu bejahen ist,⁷⁴⁶ teilen sich an der Frage der überwiegenden staatlichen Finanzierung oder Beherrschung die Meinungen. Die BA finanziert sich gem. § 340 i. V. m. § 346 I SGB III hauptsächlich durch die Beiträge der Arbeitgeber und Versicherten.⁷⁴⁷ Eine überwiegende Fi-

745 Siehe *Heinemann*, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, S. 198. Für die im Ergebnis ebenso zu bejahende Frage der Auftraggebereigenschaft von Kommunalverbänden als überörtlichen Sozialhilfeträger siehe *Heinemann*, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, S. 200.

746 Siehe hierzu ausführlich *Lange*, Sozialrecht und Vergaberecht, S. 61 ff.

747 Vgl. *Rolfs*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB II/SGB III, § 340, Rn. 6. Der Bund trägt gem. § 46 SGB II die Aufwendungen für die Grundsicherung für Arbeitssuchende einschließlich der Verwaltungskosten, gem. § 363 II SGB III die Ausgaben für die

finanzierung durch Beiträge findet sich gem. §§ 153 II SGB VI, 150 ff. SGB VII ebenso bei den Renten- und Unfallversicherungsträgern.⁷⁴⁸ Eine mehr als 50 %ige unmittelbar staatliche Finanzierung durch Beteiligung, wie sie der EuGH fordert,⁷⁴⁹ liegt somit nicht vor. Allerdings kommt eine mittelbare staatliche Finanzierung durch die Pflichtbeiträge der Mitglieder gem. §§ 24 SGB III, 1 ff. SGB VI und 2 SGB VII in Betracht, sofern dies vom funktionellen Verständnis der Finanzierung umfasst ist.⁷⁵⁰ Da es zu keiner unterschiedlichen Beurteilung führt, ob die Finanzmittel den öffentlichen Auftrag durchlaufen, also der Staat die Beiträge selbst einzieht oder er den Trägern das Recht des Beitragseinzugs überlässt,⁷⁵¹ ist eine überwiegende staatliche Beteiligung anzunehmen. Voraussetzung ist, dass der Staat die Abgabeverpflichtung und seine Höhe normiert, wie dies bei den Sozialversicherungsträgern der Fall ist.⁷⁵² Die zuständigen Träger sind somit mittelbar staatlich finanziert und damit öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB.⁷⁵³

Aufgaben, deren Durchführung die Bundesregierung aufgrund des SGB III oder sonst durch Gesetz der BA übertragen hat und er beteiligt sich gem. § 363 I SGB III an den Kosten der Arbeitsförderung. Daneben leistet er gem. § 364 SGB III Liquiditätshilfen als zinslose Darlehen, wenn die Mittel der BA zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen nicht ausreichen.

748 Siehe hierzu *Lange* (Hrsg.), Selbstverwaltung oder Selbstbedienung?, S. 89 f.

749 Siehe EuGH, Slg. 2000, I-8035 = C-380/98, Rn. 33 (University of Cambridge), EuGH C-337/06 vom 3. 12. 2007, Rn. 33 (Bayrischer Rundfunk).

750 Vgl. EuGH C-337/06 vom 3. Dezember 2007, Rn. 40 (Bayrischer Rundfunk).

751 Für die Pflichtabgaben an die Gebühreneinzugszentrale (GEZ) siehe EuGH C-337/06 vom 3. Dezember 2007, Rn. 47 ff. (Bayrischer Rundfunk).

752 Die Festsetzung der Beiträge ergibt sich aus den §§ 341 II SGB III. In Abgrenzung zu Honorarordnungen von Ärzten, Rechtsanwälten und Architekten tritt der Versicherte nicht freiwillig in die Vertragsbeziehung ein und erhält nicht immer eine konkrete Gegenleistung. Siehe EuGH C-337/06 vom 3. Dezember 2007, Rn. 46 (Bayrischer Rundfunk).

753 Dem steht auch die Entscheidung des EuGH in der Sache *PreussenElektra* (EuGH Slg. 2001 I-2099, C-379/98, Rn. 58 ff.) zum Beihilfenrecht nicht entgegen, wonach die Vorteile aus einer Verpflichtung Privater ohne Belastung des öffentlichen Haushalts nicht als staatliche Beihilfen zu sehen sind. Zwar erlangen die betroffenen Stromanbieter Vorteile aus der gesetzlichen Regelung, eine der Beitragspflicht entsprechende Verpflichtung besteht allerdings nicht. So auch *Heinemann*, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, Rn. 195.

ac. Entgeltlichkeit

Indem die Leistungsträger bestimmte Kontingente mit Belegungsverpflichtungen nachfragen, knüpfen sie an die Leistungen eine konkrete Gegenleistung. Es handelt sich somit um öffentliche Aufträge i. S. d. § 99 I GWB,⁷⁵⁴ also um zweiseitig verpflichtende Verträge.⁷⁵⁵

Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts nach den §§ 97 ff. GWB ist somit für die Vergabe von Leistungskontingenten sowie von Einzelverträgen eröffnet, sofern die Schwellenwerte der §§ 100 I, 127 I Nr. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV überschritten sind.⁷⁵⁶

ad. Erbringung von Sozialleistungen an Menschen mit Behinderung

Allerdings könnte das Vergabeverfahren für die Vergabe von Leistungen zur beruflichen Rehabilitation von Menschen mit Behinderung nicht sachgerecht sein. Dies wird insbesondere für die Bestimmung der Leistung bei der Ausschreibung angenommen. Aufgrund der Vielfältigkeit der Behinderungsarten und -grade und der daraus resultierenden unterschiedlichen Bedarfe für die berufliche Eingliederung von Menschen mit Behinderung in das Arbeitsleben sei es nicht möglich, die Leistungen im Vorfeld der Vergabe so zu typisieren, wie es für ein Vergabeverfahren notwendig erscheint.

754 Falls der Erbringer das wirtschaftliche Vermarktungsrisiko trägt, kann es sich um eine Dienstleistungskonzession handeln. Bei dieser findet das Vergaberecht keine Anwendung. Allerdings wird auch bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession teilweise die Notwendigkeit eines transparenten, diskriminierungsfreien Verfahrens unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gefordert (siehe *Pietzcker*, NVwZ 2007, S. 1225, 1232). Vgl. zur Frage der analogen Anwendungen vergaberechtlicher Vorschriften *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 194 f. Dabei erfüllt die statusbegründende Zulassung viele Kriterien einer Dienstleistungskonzession (vgl. *Schuler-Harms*, VSSR 2005, S. 135, 155). Entscheidend ist somit, dass durch den Vertragsschluss zwar kein wirtschaftliches Risiko übernommen wird, aber eine Position zugeteilt wird, die zahlenmäßig begrenzt ist und somit im weitesten Sinne ein Ausschließlichkeitsrecht zugeteilt wird. Sie dient der Verwaltung als Handlungsmittel in (natürlichen oder künstlich erzeugten) Knappheitssituationen (siehe *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 27).

755 Vgl. *Nielandt*, RsDE 2005, S. 44, 47.

756 Vgl. zur Kritik an der Anwendung des Vergabeverfahrens, das an sich nicht für die Vergabe sozialer Dienstleistungen geschaffen wurde und denkbarer Möglichkeiten der Umstrukturierung *Schierholz*, Perspektiven einer Reform des Vergaberechts, S. 37 ff.

Es bestehe die Gefahr, dass Menschen mit Behinderungen, die vom Typus der im Vorfeld der Vergabe formulierten Zielgruppe abweichen, aus dem Raster der Eingliederungsleistungen fallen.⁷⁵⁷ Diese Kritik ist hingegen nur dann zutreffend, wenn eine Typisierung tatsächlich nicht möglich erscheint. Eine Spezifizierung ist aber bei der Zusammenfassung verschiedenster Behinderungsarten in Behinderungsgruppen für die Durchführung bestimmter Leistungen durchaus denkbar.⁷⁵⁸ Dieses Verständnis beeinflusst lediglich die Art der Ausführung des Vergabeverfahrens.

ae. Ermessen

Ob und wann sich der Sozialleistungsträger für die Ausschreibung eines Kontingentvertrages entscheidet, steht in seinem Auswahlermessen.

Gem. § 17 I Nr. 2 SGB I müssen die Leistungsträger lediglich die Strukturverantwortung dahingehend erfüllen, dass die zur Ausführung der Sozialleistung erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen. Ein „Wie“ der Beschaffung ist nicht festgelegt.⁷⁵⁹ Damit gilt der Grundsatz der freien Wahl des Beschaffungsverfahrens nach pflichtgemäßem Ermessen, das von den haushaltsrechtlichen Kriterien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit geprägt ist.⁷⁶⁰ Für ein weites Beschaffungsermessen im SGB IX, das auch die Wahl des Beschaffungsweges umfasst, spricht die offene Finanzierungsregel des § 21 SGB IX.⁷⁶¹ Es existiert also im SGB IX keine vom allgemeinen Grundsatz der Beschaffungswahlfreiheit abweichende Normierung.⁷⁶²

757 So *Neumann*, VSSR 2005, S. 211, 220 und *Bieritz-Harder*, RsDE 2005, S. 42, 53.

758 So ist beispielsweise die Zusammenfassung einer Gruppe von Menschen mit Sehbehinderungen zur Durchführung eines Kurses zum Erlernen einer Blindenschrift durchaus denkbar.

759 Die Frage des „Ob“ wird in den Leistungsgesetzen beantwortet.

760 Vgl. *Rixen*, VSSR 2005, S. 225, 231 f.

761 So *Luthe*, in: *Hauck/Noftz, et al.* (Hrsg.), SGB II, Grundsicherung für Arbeitssuchende, § 17, Rn. 96, der dies für die Beschaffung von Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nach § 17 SGB II annimmt. Siehe auch *Rixen*, VSSR 2006, S. 333, 342.

762 Dieser steht auch die Regelung des § 37 S. 2 SGB I, der § 17 SGB I vom Vorbehalt des besonderen Teils des SGB ausnimmt, nicht entgegen. Es wird nicht die Grundentscheidung für ein Beschaffungsermessen ausgehebelt, sondern dieses lediglich konkretisiert. Wie hier *Rixen*, VSSR 2005, S. 225, 232, Fn. 31.

Dabei spielt auch die Frage, ob das GWB ein zu den Büchern des SGB spezielleres Gesetz darstellt,⁷⁶³ insofern keine Rolle, als der Leistungsträger also zunächst sein Ermessen hinsichtlich der Frage des Beschaffungsweges ausüben muss.⁷⁶⁴ Soweit er eine vergaberechtliche Gestaltung wählt, findet das Vergaberecht Anwendung.⁷⁶⁵ Das Ermessen selbst wird aber weder durch das GWB noch durch haushaltsrechtliche Bestimmungen beschränkt. Es besteht also keine Pflicht, Sozialleistungen durch Auftragsvergabe zu beschaffen.

Dem Leistungsträger steht somit insoweit ein Ermessen bei der Wahl des Beschaffungsweges zu, als er zwischen der vergabeneutralen Beschaffung durch den Abschluss von Einzelverträgen und der vergaberelevanten durch die Vergabe von Leistungskontingenten pflichtgemäß auszuwählen hat. Er muss sich also zunächst entscheiden, ob er ein Belegungsrisiko auf sich nimmt. Die Entscheidungskriterien sind sowohl die haushaltsrechtlichen Vorgaben der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als auch die Beachtung der Besonderheiten bei der Erbringung von Sozialleistungen an Menschen mit Behinderungen, die Wahrung der Trägervielfalt, der Bildung geeigneter Lose.⁷⁶⁶

III. Abweichungen in den Leistungsgesetzen

Die Regelungen des SGB IX als Querschnittsgesetzbuch gelten nach § 7 S. 1 SGB IX nur so weit, als in den Leistungsgesetzen nichts Abweichendes normiert ist. Dieses Prinzip und Ausnahmeverhältnis gilt auch für den Regelungsbereich der Leistungserbringung (1.).

763 Siehe zur Diskussion des Verhältnisses sozialhilferechtlicher Regelungen zum GWB *Luther Menold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*, Gutachten zur Ausschreibungspflicht des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe von Leistungen in ambulant betreuten Wohnformen, Nr. 1.2.2.3.

764 Er beurteilt also neben der Wirtschaftlichkeit, auch die Frage der „Vergabefähigkeit“ der Leistung.

765 Dies ist bei der vergaberelevanten Gestaltung in Form der Vergabe von Rahmenkontingenten und Leistungsverträgen der Fall.

766 So auch *Krohn*, Archiv 2005, S. 90, Rn. 104 f.; wobei mit *Rixen*, VSSR 2005, S. 225, 228 zugegeben werden muss, dass hinsichtlich der rechtsstaatlich gebotenen Normenklarheit eine übersichtlichere Normierung zu wünschen wäre.

Im Recht der RV und UV⁷⁶⁷ und im Recht der Versorgungsverwaltung existieren keine speziellen leistungserbringungsrechtlichen Regelungen zur beruflichen Rehabilitation. In den Leistungsgesetzen des SGB II, III, VIII und XII dagegen ist das Leistungserbringungsrecht teilweise umfassend, jedoch oftmals nicht abschließend, festgelegt.⁷⁶⁸

Im Folgenden werden Abweichungen und Modifikationen der leistungserbringungsrechtlichen Regelungen des SGB IX anhand der Stufen des Einbindungsprozesses – Einbindungsentscheidung (2.) – Qualifikationsebene (3.) – Leistungsbereitstellung (4.) – Abruf der Leistung (5.) – Kontrolle (6.) – nachvollzogen.

1. § 7 SGB IX bei leistungserbringungsrechtlichen Regelungen

a. Der Vorbehalt des § 7 SGB IX

§ 7 SGB IX stellt in Satz eins klar, dass sich Inhalt und Zielsetzung der Leistungen zur Teilhabe unmittelbar aus dem SGB IX ergeben, „soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen nichts Abweichendes“ ergibt.⁷⁶⁹ Damit wird die Verbindlichkeit des SGB IX insbesondere bezüglich Art und Umfang der Leistung hergestellt.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ Verweisungen im SGB VI und VII betreffen hauptsächlich das Leistungsrecht (§§ 16 SGB VI und 35 I, 39 I, 42, 43 I SGB VII). Auf leistungserbringungsrechtliche Regelungen des SGB IX wird lediglich bei Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation (§§ 15 II SGB VI und 26 IV, 34 VIII SGB VII) oder für das persönliche Budget (§§ 13 I S. 2 SGB VI und 26 I S. 2 SGB VII) verwiesen. Hieraus lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, die Regelungen des SGB IX fänden für die berufliche Rehabilitation keine Anwendung (wie hier auch *Welti*, SDSRV 2011, S. 93, 104). Vielmehr gilt der Grundsatz des § 7 SGB IX.

⁷⁶⁸ SGB V und SGB XI werden mangels Regelungen zur beruflichen Rehabilitation behinderter Menschen in diesem Zusammenhang nicht erörtert. Siehe hierzu ausführlich *Welti/Fuchs, et al.*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 6 ff.; *Welti*, SGB 2008, S. 321, Rn. 327.

⁷⁶⁹ Siehe BT-Drs. 15/4575, S. 21.

⁷⁷⁰ Vgl. *Welti/Fuchs, et al.*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 2. So auch *Neumann*, Gegliedertes System und Vereinheitlichung, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 4, Rn. 7 ff.

Fraglich ist hierbei, ob der Vorbehalt des § 7 SGB IX auch für das Leistungserbringungsrecht der Rehabilitationsleistungen gilt. Dies ist hinsichtlich des Aspekts „Rehabilitationsleistungen“ als Leistungen zur Teilhabe i. S. d. § 7 S. 1 SGB IX zu bejahen. Problematischer ist der Begriff des „Leistungsgesetzes“. Der Gesetzgeber des SGB IX unterscheidet nicht deutlich zwischen Leistungs- und Leistungserbringungsrecht. Er geht von einem Leistungsbereich aus, in dem die Sozialleistung in einem spezifischen Systemzusammenhang zu dem Sozialleistungsträger steht, von dem sie erbracht wird.⁷⁷¹ Die Begriffe Leistungsrecht und Leistungsgesetz sind nicht deckungsgleich. Leistungsbereich deutet darauf hin, dass ein Leistungsgesetz jedes Buch des Besonderen Teils des SGB ist, in dem Ansprüche auf Sozialleistungen begründet werden.⁷⁷² Der Verweis ist umfassend und richtet sich damit auf den gesamten Inhalt des Leistungsgesetzes, einschließlich des Leistungserbringungsrechts.⁷⁷³ Dieses Ergebnis ist mit Blick auf die Zielsetzung des SGB IX konsequent,⁷⁷⁴ das die Vereinheitlichung auch der Leistungserbringung anstrebt.⁷⁷⁵ Zudem führt eine Trennung ob der oft engen Verflechtung zwischen Leistungs- und Leistungserbringungsrecht zu sinnwidrigen Ergebnissen.⁷⁷⁶

Diese Einschränkung gilt zudem innerhalb des SGB IX, soweit dieses selbst Leistungsgesetz ist. Somit gehen Normierungen in den §§ 26 ff. SGB IX, die spezielle leistungserbringungsrechtliche Vorschriften enthalten, den §§ 17-21 a SGB IX ebenfalls vor.

771 Siehe BT-Drs. 14/5074, S. 100.

772 So *Mroczynski/Jabben*, SGB IX Teil 1, 2. Aufl., § 7, Rn. 8. Siehe auch *Neumann*, Gegliedertes System und Vereinheitlichung, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 4, Rn. 10.

773 So auch *Mroczynski/Jabben*, SGB IX Teil 1, 2. Aufl., § 7, Rn. 8. Daneben deutet die Gesetzesbegründung mit dem Hinweis auf die Geltung der §§ 93 ff. BSHG (heute §§ 75 ff. SGB XII) auf diese Auslegung hin (siehe BT-Drs. 14/5074, S. 100).

774 Siehe BT-Drs. 14/5074, S. 100, BT-Drs. 15/4575, S. 21.

775 So auch *Schneider*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB IX, § 21, Rn. 5; *Majerski-Pahlen*, in: *Neumann/Pahlen, et al.* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, § 21, Rn. 4; *Bieritz-Harder*, RsDE 2005, S. 42, 44. Anders wohl *Löschau*, in: *Großmann* (Hrsg.), GK-SGB IX, § 21, Rn. 11 ff., der nur von einem Normzusammenhang zwischen § 21 SGB IX und den Regelungen in den Leistungsgesetzen ausgeht.

776 So auch *Neumann*, Gegliedertes System und Vereinheitlichung, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 4, Rn. 10.

b. Reichweite des Vorbehalts

Fraglich ist allerdings, wie weit die Anwendung dieses *lex specialis*-Grundsatzes reicht. Einige Leistungsgesetze, wie etwa das SGB XII, beinhalten weitreichende Vorschriften zum Leistungserbringungsrecht. Versteht man diese als abgeschlossenes System, gehen sie als Ganzes den leistungserbringungsrechtlichen Vorschriften des SGB IX vor. Folglich ist die Überprüfung einer konkreten Abweichung lässig. Diese Auslegung entspricht der Rechtsfigur des „Vorbehalts der abweichenden Strukturprinzipien“,⁷⁷⁷ die vom BVerwG zum Verhältnis von allgemeinen zu besonderen Teilen eines Gesetzbuches entwickelt wurde. Nach dieser können auch im Falle des Fehlens explizit abweichender Normen normative Strukturprinzipien der Leistungsgesetze zu Abweichungen von allgemeinen Normen führen.⁷⁷⁸

Der Übernahme dieser Rechtsprechung auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 7 SGB IX stehen nicht nur rechtsstaatliche Bedenken gegenüber,⁷⁷⁹ sie widerspricht insbesondere dem mit der Einführung des SGB IX verfolgten Ziel der Harmonisierung der Rehabilitation.⁷⁸⁰

Deshalb müssen Abweichungen in den Leistungsgesetzen von den Vorgaben der §§ 17 ff. SGB IX im Wortlaut des Gesetzes klar erkennbar sein.⁷⁸¹ Finden sich abweichende, das Leistungserbringungsrecht des SGB IX ausschließende oder modifizierende Vorschriften in den Leistungsgesetzen, gelten diese prioritär. Ob die Vorschriften der Leistungsgesetze

777 Siehe BT-Drs. 7/868, S. 29 zu § 37 SGB I.

778 Siehe BVerwGE 58, 68, 69 f.; BVerwGE 68, 285, 289; BVerwGE 96, 18, 23; *Fastabend*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB I, Allgemeiner Teil, § 37, Rn. 9. Zur Vorrangigkeit des Leistungsrechts, insbesondere in der Sozialhilfe, siehe *Richter*, in: *Krahmer* (Hrsg.), LPK-SGB I, § 37, Rn. 6. Zum Ganzen *Rothkegel*, Die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts.

779 So *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 7, Rn. 9; anders *Mrozynski/Jabben*, SGB IX Teil 1, 2. Aufl., § 7, Rn. 4 ff., die von einer generellen Übernahme dieser Rechtsprechung für das Rehabilitationsrecht ausgehen.

780 Vgl. BT-Drs. 14/5074, S. 100, *Welti/Fuchs, et al.*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 5.

781 Eine Abweichung durch Regelungen in Rechtsverordnungen braucht neben der Ausdrücklichkeit der Abweichung auch die Ermächtigung zur Abweichung in der Ermächtigungsnorm (vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 7, Rn. 6).

für eine Ergänzung durch das SGB IX Raum lassen, ist eine Frage des Einzelfalles.⁷⁸²

2. Einbindungsentscheidung

Das Ermessen, das dem Träger der Rehabilitationsleistung nach der Regelung des § 17 I SGB IX bei der Entscheidung über die Art der Leistungserbringung zusteht, ist in den Leistungsgesetzen eingeschränkt.

a. SGB VIII und SGB XII

So haben gem. § 4 II SGB VIII im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe die Träger der freien Jugendhilfe Vorrang vor den Eigeneinrichtungen der Jugendhilfeträger. Auch die Träger der Sozialhilfe sollen gem. § 75 II S. 1 SGB XII eigene Einrichtungen und Dienste nicht neu schaffen, wenn geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können.⁷⁸³

b. SGB II und SGB III

Im Geltungsbereich des SGB II gilt nach § 17 I S. 1 SGB II für die BA ebenfalls ein eingeschränktes Auswahlermessen. Sie soll eigene Einrichtungen und Dienste nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter vorhanden sind, ausgebaut oder in Kürze geschaffen werden.

782 Siehe *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 21, Rn. 20. Insoweit steht auch die etwas missverständliche Gesetzesbegründung, die von einer Vorrangigkeit der Leistungsgesetze ausgeht, indem sie auf die allgemeine Geltung der §§ 93 ff. BSHG (heute §§ 75 ff. SGB XII) hinweist (siehe BT-Drs. 14/5074, S. 100) nicht entgegen.

783 Im Bereich der Krankenversicherung wird § 140 I SGB V relevant, der Eigeneinrichtungen von Krankenkassen nur einen Bestandsschutz gewährt, wenn sie vor dem 1.1.1989 bestanden haben. Neue Einrichtungen dürfen gem. § 140 II SGB V nur errichtet werden, wenn die Aufgaben auf andere Weise nicht sichergestellt werden können (vgl. *Welti*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 21, Rn. 10).

Zum 1. Januar 2009 wurde mit dem Gesetz zur Neuausrichtung arbeitspolitischer Instrumente⁷⁸⁴ § 250 SGB III außer Kraft gesetzt. Diese Vorschrift bestimmte für den Geltungsbereich des SGB III ebenfalls die Subsidiarität der Erbringung in Eigeneinrichtungen mit Ausnahme eines dringenden Bedarfsfalles. Eine Nachfolgevorschrift existiert nicht. Deshalb besteht für die BA nur im Geltungsbereich des SGB II eine Einschränkung des Auswahlermessens des § 17 I S. 1 SGB IX.

3. Qualifikationsebene

Auf der Qualifikationsebene kommen Abweichungen von bzw. Modifikation der Normierung des § 21 II SGB IX durch die Regelungen der §§ 113 II SGB IX, 79-81 SGB XII und 78 f, g SGB VIII in Betracht. Dabei handelt es sich um Bestimmungen, die den Inhalt und die Abschlussbedingungen von Rahmenverträgen beinhalten bzw. Regelungen zu gemeinsamen Empfehlungen treffen. In § 142 SGB IX existiert ein weiteres hoheitliches Präqualifizierungsverfahren.

a. § 142 SGB IX

Nach § 142 SGB IX bedürfen WfbM, die Vergünstigungen nach dem zwölften Kapitel des zweiten Teils des SGB IX in Anspruch nehmen möchten, also insbesondere die bevorzugte Vergabe von öffentlichen Aufträgen an diese Werkstätten nach § 141 SGB IX, die institutionelle Förderung durch die Rehabilitationsträger und durch die Ausgleichsabgabe und die individuelle Förderung bei beruflicher Bildung und Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen nach dem Leistungsrecht der Rehabilitationsträger,⁷⁸⁵ der Anerkennung. Diese Entscheidung trifft die BA auf Antrag im Einvernehmen mit dem überörtlichen Träger der Sozialhilfe.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ BGBl. I, 2008, 2917.

⁷⁸⁵ Siehe *Vater*, in: *Lachwitz/Schellhorn, et al.* (Hrsg.), HK-SGB IX, § 142, Rn. 3.

⁷⁸⁶ Die BA führt nach § 142 S. 2 und 3 SGB IX darüber hinaus ein Verzeichnis der anerkannten Werkstätten, in dem auch Zusammenschlüsse anerkannter WfbM aufgenommen werden.

Die aufgrund der in § 144 SGB IX normierten Verordnungsermächtigung erlassene Werkstättenverordnung (WVO)⁷⁸⁷ regelt das weitere Verfahren der Anerkennung in den §§ 17-20. So müssen nach § 17 I WVO die Vorschriften des § 136 SGB IX sowie des ersten Abschnitts der WVO eingehalten werden. In diesem finden sich neben dem Grundsatz der einheitlichen Werkstatt, der Vorschrift des Bildens eines Fachausschusses, Regelungen zum Eingangsverfahren, dem Berufsbildungs-, und Arbeitsbereich, Vorschriften zur Größe der Werkstatt, der baulichen Ausgestaltung, der Ausstattung, dem Standort, zum Werkstattleiter und dem Fachpersonal auch Normierungen über begleitende Dienste, Fortbildung, der Wirtschaftsführung sowie dem Abschluss von schriftlichen Verträgen mit den im Arbeitsbereich beschäftigten behinderten Menschen, der Mitwirkung der Menschen mit Behinderung und der Form der Werkstatt.

b. Gemeinsame Empfehlungen

Zusätzliche Vorschriften zu gemeinsamen Empfehlungen finden sich im leistungsrechtlichen Teil des SGB IX. So vereinbart nach § 113 II SGB IX die BIH mit den Rehabilitationsträgern nach § 6 I Nr. 2-5 SGB IX, also allen für die berufliche Rehabilitation relevanten Trägern, zur Inanspruchnahme von IFD, zur Zusammenarbeit und zur Finanzierung der beim IFD durch die Übernahme der Aufgaben des Trägers entstehenden Kosten eine gemeinsame Empfehlung.⁷⁸⁸

c. Rahmenverträge

§ 79 I S. 1 SGB XII legt fest, dass die überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die kommunalen Spitzenverbände auf Landesebene mit den Vereinigungen der Träger der Einrichtungen auf Landesebene gemeinsam und einheitlich Rahmenverträge zu den speziellen Aspekten der Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII und § 76 II SGB XII schließen. Diese haben nach

⁷⁸⁷ Verordnung vom 13. August 1980 (BGBl. I, 1980, 1365).

⁷⁸⁸ Dabei werden die maßgeblichen Verbände beteiligt. Darunter die Bundesarbeitsgemeinschaft, in der sich die IFD zusammengeschlossen haben.

§ 79 I S. 1 SGB XII Regelungen zur Vergütung, zur Preiszusammensetzung⁷⁸⁹ und den Inhalt und das Verfahren zur Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfung zum Gegenstand.

Kommen die Verträge nach § 79 I SGB IX innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Landesregierung schriftlich dazu aufgefordert hat, nicht zustande, können die Landesregierungen stattdessen durch Rechtsverordnung Vorschriften erlassen. Dies bestimmt § 80 I SGB IX. Die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe, die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und die Vereinigung der Träger der Einrichtungen auf Bundebene vereinbaren nach § 79 II SGB XII zudem gemeinsam und einheitlich Empfehlungen zum Inhalt der Rahmenverträge.⁷⁹⁰

Im Kinder- und Jugendhilferecht wird in den §§ 78 a-g SGB VIII das Leistungserbringungsrecht für bestimmte, in § 78 a SGB VIII normierte Leistungen festgelegt. Relevant für die berufliche Rehabilitation wird dies bei Eingliederungshilfen i. S. d. § 78 a I Nr. 5 SGB VIII für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche, die in anderen teilstationären Einrichtungen nach § 35 a II Nr. 2 Alt. 2 SGB VIII oder Einrichtungen über Tag und Nacht sowie sonstigen Wohnformen nach § 35 a II Nr. 4 SGB VIII erbracht werden. Dabei schließen nach § 78 f S. 1 SGB VIII die kommunalen Spitzenverbände auf Landesebene mit den Verbänden der Träger der freien Jugendhilfe und den Vereinigungen sonstiger Leistungserbringer auf Landesebene Rahmenverträge über den Inhalt der Vereinbarungen zur Übernahme des Leistungsentgeltes nach § 78 b I SGB VIII ab.⁷⁹¹ Diese Vereinbarung betrifft die Leistungsvereinbarung (über Inhalt, Umfang und Qualität des Leistungsangebotes), die Entgelt- und die Qualitätsentwicklungsvereinbarung.

789 Dies sind nach § 79 I S. 1 Nr. 1-3 SGB XII die nähere Abgrenzung der den Vergütungspauschalen und -beträgen zugrunde zu legenden Kostenarten und -bestandteile sowie die Zusammensetzung der Investitionsbeträge (Nr. 1), der Inhalt und die Kriterien der für die Ermittlung und Zusammensetzung der Maßnahmepauschalen, die Merkmale für die Bildung von Gruppen mit vergleichbarem Bedarf, sowie die Zahl dieser zu bildenden Gruppen (Nr. 2) und die Zuordnung der Kostenarten und Bestandteile nach § 41 SGB IX – der Kosten für Leistungen im Arbeitsbereich – (Nr. 3).

790 Diese Bundesempfehlungen traten am 22.06.1999 in Kraft. Siehe hierzu *Münder*: in: *Bieritz-Harder/Conradis, et al.* (Hrsg.), LPK-SGB XII, § 79, Rn. 16.

791 Dabei sind nach Satz 2 die nach den § 85 II Nr. 5 und 6 SGB VIII zuständigen Behörden zu beteiligen.

d. Zwischenergebnis

In den Leistungsgesetzen finden sich auf der Qualifikationsebene detaillierte Regelungen, die die Normierungen des SGB IX ergänzen. Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften der §§ 17-21 a SGB IX sind nicht festzustellen.

4. Leistungsbereitstellung

Bei der Leistungsbereitstellung gilt der dem SGB IX immanente Grundsatz der kooperativen Einbindung Dritter in die Erbringung der Sozialleistungen. Ergänzende und konkretisierende Regelungen lassen sich hierzu in den Bereichen der Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe finden. Insbesondere werden die Vorschriften zum notwendigen Inhalt von Verträgen (§ 21 SGB IX) zwischen Trägern und Erbringern modifiziert.

Eine Sonderstellung nehmen die, mit dem Gesetz der zur Verbesserung der Eingliederungschancen auf dem Arbeitsmarkt vom 20. Dezember 2011 neu gefassten, Anforderungen an Zulassungen von Trägern in den §§ 176 ff. SGB III ein.

a. Modifikation der Vertragsinhalte

aa. SGB XII

§ 75 III S. 1 SGB XII schreibt vor, dass bei Erbringung einer Leistung von einer Einrichtung der Träger der Sozialhilfe zur Übernahme der Vergütung nur verpflichtet ist, wenn mit dem Träger der Einrichtungen oder seinem Verband eine Vereinbarung mit bestimmten Inhalten geschlossen worden ist. So bedarf es einer Leistungsvereinbarung über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung, einer Vergütungsvereinbarung, also der Vergütung, die sich aus Pauschalen und Beiträgen für einzelne Leistungsbereiche zusammensetzt, und einer Prüfungsvereinbarung über die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistung. Nach § 75 III S. 2 und 3 SGB XII müssen die Vereinbarungen den Grundsätzen der Qualität und Wirtschaftlichkeit

entsprechen, und der Träger der Sozialhilfe kann die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistung überprüfen.⁷⁹²

Dabei müssen nach § 76 I SGB XII die Vereinbarungen über die Leistungen die wesentlichen Leistungsmerkmale festlegen, mindestens jedoch den Personenkreis, Art, Ziel und Qualität der Leistung, Qualifikation des Personals sowie die erforderliche sachliche und personelle Ausstattung. In diese Vereinbarung ist auch die Verpflichtung der Einrichtung einzufügen, im Rahmen des vereinbarten Leistungsangebotes Leistungsberechtigte aufzunehmen und zu betreuen.

Regelungen zur Vergütungsvereinbarung trifft § 76 II S. 1 SGB XII insofern, als Vergütungen für Leistungen i. S. d. ersten Absatzes mindestens aus den Pauschalen für Unterkunft und Verpflegung, also der Grundpauschale, der Pauschale für die Maßnahme,⁷⁹³ sowie aus dem Betrag für betriebsnotwendige Anlagen einschließlich ihrer Ausstattung, dem sog. Investitionsbeitrag bestehen.

Darüber hinaus vereinbaren die Träger der Sozialhilfe mit den Trägern der Einrichtungen nach § 76 III S. 1 SGB XII Grundsätze und Maßstäbe für die Wirtschaftlichkeit und die QS der Leistungen sowie für den Inhalt und das Verfahren zur Durchführung von Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfungen.⁷⁹⁴ Den Vereinbarungszeitraum regelt § 77 I S. 1 SGB XII. So sind die Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII für einen zukünftigen Zeitraum abzuschließen, wobei nachträgliche Ausgleichs nicht zulässig sind. Nach § 77 I S. 2 HS. 1 SGB XII sind die Vertragsparteien der Vereinbarung der Träger der Einrichtungen auf der einen Seite und der für den Sitz der Einrichtung zuständige Träger der Sozialhilfe auf der anderen Seite. Der zweite Halbsatz dieses Paragraphen beinhaltet noch eine weitere Besonderheit des Sozialhilferechts: Die geschlossenen Vereinbarungen sind für alle übrigen Träger der Sozialhilfe ebenfalls bindend.

792 Darüber hinaus muss der Dienst oder die Einrichtung gem. § 75 II S. 2 SGB XII einerseits leistungsfähig sein und andererseits den Anforderungen des § 9 SGB XII entsprechen. Er muss es dem Sozialhilfeträger ermöglichen, die individuell bedarfsdeckende Hilfe zu gewährleisten. Vgl. hierzu *Pöld-Krämer/Fahlbusch Jonathan I.*, RsDE 2000, S. 4, 28.

793 Die Maßnahmepauschale kann nach § 76 II S. 3 SGB XII nach Gruppen für Leistungsberechtigte mit vergleichbarem Bedarf kalkuliert werden.

794 Dieses Ergebnis der Prüfung ist festzuhalten und in geeigneter Form auch den Leistungsberechtigten der Einrichtung zugänglich zu machen.

ab. SGB VIII

Im Kinder- und Jugendhilferecht legt § 78 b I SGB VIII fest, dass es zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Einrichtung, in der die Sozialleistung erbracht werden soll, einer Vereinbarung über Inhalt, Umfang, Qualität (Leistungsvereinbarung), über differenzierte Entgelte für die Leistungsangebote und die betriebswirtschaftlichen Investitionen (Entgeltvereinbarungen) und über Grundsätze und Maßstäbe für die Bewertung der Qualität der Leistungsangebote sowie über geeignete Maßnahmen zu ihrer Gewährung (Qualitätsentwicklungsvereinbarungen) bedarf.⁷⁹⁵ Diese Vereinbarungen sind nach § 78 b II S. 1 SGB XII nur mit Trägern abzuschließen, die unter Berücksichtigung der Grundsätze der Leistungsfähigkeit, der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Erbringung der Leistung geeignet sind. Insoweit entspricht diese Regelung den Vorschriften im SGB IX.

In den §§ 78 c-e SGB VIII wird diese allgemeine Normierung konkretisiert. So muss die Leistungsvereinbarung nach § 78 c I SGB VIII die wesentlichen Leistungsmerkmale, insbesondere Art, Ziel und Qualität des Leistungsangebotes, den in der Einrichtung zu betreuenden Personenkreis, die erforderliche sachliche und personelle Ausstattung, die Qualifikation des Personals sowie die betriebsnotwendigen Anlagen der Einrichtung festlegen. Nach § 78 b II S. 1 SGB VIII sind die Vereinbarungen nur mit den Trägern abzuschließen, die unter Berücksichtigung der Grundsätze der Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Erbringung der Leistung geeignet sind. Ist eine Vereinbarung nach § 78 I SGB VIII nicht geschlossen, hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe das Leistungsentgelt nur zu übernehmen, wenn dies insbesondere nach Maßgabe der individuellen Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII geboten ist.⁷⁹⁶

ac. SGB II

Das SGB II enthält in § 17 II SGB II eine Regelung zu Vereinbarungen zwischen Leistungsträgern und Erbringern. Dabei handelt es sich um eine Vor-

⁷⁹⁵ Dies gilt wiederum lediglich für die bereits dargelegten bestimmten Eingliederungshilfen für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche nach § 78 a I Nr. 5 SGB VIII.

⁷⁹⁶ Dies bestimmt § 78 b III SGB VIII.

schrift über den notwendigen Inhalt von Leistungsverträgen, die keine zu den Regelungen des § 21 SGB IX abweichenden Normierungen enthält.

b. Zulassung nach dem SGB III

Nach § 176 SGB III bedürfen Träger von Maßnahmen der Arbeitsförderung (§ 178 SGB III) und bestimmte Maßnahmen (§ 179 SGB III) der staatlichen Zulassung durch fachkundige Stellen (§ 177 SGB III) in einem Zertifizierungsverfahren (§ 181 SGB III).⁷⁹⁷ Diese Zugangsvoraussetzung betrifft auch Träger, die von der BA mit Maßnahmen der beruflichen Eingliederung nach § 45 I SGB III beauftragt werden, und ist somit im Bereich der beruflichen Rehabilitation von Menschen mit Behinderungen von Relevanz.

Fachkundige Stellen sind durch einen Verwaltungsakt nach § 31 SGB X akkreditierte Unternehmen, die als private Sachverständige die Einhaltung des SGB III und der auf Grundlage des § 184 SGB III erlassenen Verordnung (AZAV)⁷⁹⁸ prüfen.⁷⁹⁹ Die Voraussetzungen der Akkreditierung regelt § 177 II SGB III. Maßstäbe sind hierbei insbesondere eine ausreichende Organisationsstruktur, die persönliche Qualifikation und Zuverlässigkeit der Mitarbeiter, die erforderliche Unabhängigkeit und die Anwendung eines Qualitätsmanagementsystems.

aa. Auswahlkriterien

Die Zulassungsvoraussetzungen des Trägers sind in § 178 SGB III festgelegt. Auch hier recurriert das Gesetz auf die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Trägers, bestimmte persönliche, durch Ausbildungen nachgewiesene, Voraussetzungen der mit der Maßnahme betrauten Personen und

797 Bis zum 31. März 2012 galt die Zulassungspflicht nur für Träger und Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung (§§ 84 ff. SGB III a. F.).

798 Verordnung über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Akkreditierung von fachkundigen Stellen und zur Zulassung von Trägern und Maßnahmen der Arbeitsförderung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch vom 2. April 2012 (BGBl. I, 2012, 504).

799 Siehe Scholz, in: *Mutschler/Schmidt-De Caluwe, et al.* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III, § 176, Rn. 31 und 34.

die Anwendung eines Systems zur Sicherung der Qualität.⁸⁰⁰ Zusätzlich ist erforderlich, dass der Träger in der Lage ist, durch eigene Bemühungen die berufliche Eingliederung von Teilnehmenden in den Arbeitsmarkt zu unterstützen und seine vertraglichen Vereinbarungen mit den Teilnehmenden angemessene Bedingungen insbesondere über Rücktritts- und Kündigungsrechte enthalten.

ab. Verfahren

Das Zulassungsverfahren von Trägern der beruflichen Eingliederung (§ 45 I SGB III) ist in § 181 SGB III festgelegt und enthält den genauen Ablauf von der Antragstellung, der Referenzauswahl, der Entscheidungsfrist, der Möglichkeit, die Zulassung maßnahmebezogen oder örtlich einzuschränken, sowie Regelungen zur Ausstellung des Zertifikates und zu dessen Inhalt.

Umstritten war die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen der fachkundigen Stelle und dem Erbringer. Das BSG sah die Rechtsbeziehung als öffentlich-rechtlich an, da die Zulassung der Erbringer anhand der Konsistenz mit den öffentlich-rechtlichen Normen des SGB III zu beurteilen sei.⁸⁰¹ Die Frage nach der Verwaltungsaktqualität der Zulassung hat das BSG dabei offengelassen.

In der Praxis schließen Erbringer und fachkundige Stellen Verträge ab, in denen sie auch die Höhe der Vergütung für das Zertifizierungsverfahren festlegen.⁸⁰² Diese wurden bereits früh, unter anderem von der BA, als privatrechtlich qualifiziert.⁸⁰³ Dieser Ansicht war entgegenzuhalten, dass sich eine vertragliche Kooperation zwischen Träger und Erbringer mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbaren lässt. Das Wort Vertrag wird vom Gesetzgeber in den §§ 176-184 SGB III nicht verwendet. Dieses Argument wird durch die Tatsache verstärkt, dass sich in leistungserbringungsrechtlichen Vorschriften anderer Sozialgesetzbücher der Terminus Vertrag sehr wohl findet, wenn der Gesetzgeber auf den Gebrauch dieses kooperativen Instru-

800 Ziel des Zertifizierungsverfahrens ist es einen Qualitätswettbewerb zwischen den Erbringern zu erzeugen. So *Voelzke*, NZA 2012, S. 177, Rn. 181.

801 BSG Beschluss vom 03.08.2011 – B 11 SF 1/10 R und Urteil vom 18.05.2010 – B 7 AL 22/09 R.

802 So *Scholz*, in: *Mutschler/Schmidt-De Caluwe, et al.* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III, § 176, Rn. 26.

803 Siehe *Hänlein*, SGB 2011, S. 330, 334.

mentariums zielt. Mit Einführung des § 177 I S. 2 SGB III durch das Gesetz zur Neuordnung der Altersversorgung der Bezirksschornsteinfegermeister und zur Änderung anderer Gesetze vom 5. Dezember 2012 (gültig ab 01.01.2013) hat der Gesetzgeber diese Frage entschieden. Er legte fest, dass mit der Akkreditierung als fachkundige Stelle keine Beleihung verbunden sei. Da ihre Behördeneigenschaft damit ausdrücklich ausgeschlossen wurde, fehlt es an einem für einen Verwaltungsakterlass i. S. d. § 31 SGB X ebenso notwendigen Kriterium wie für den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nach § 53 I S. 2 SGB X. Die fachkundige Stelle handelt bei der Akkreditierung somit privatrechtlich.

5. Abruf der Leistung

Auf der Ebene der konkreten Einbindung werden die bereits genannten Vorschriften zur Modifikation der Vertragsinhalte relevant.

Es steht darüber hinaus infrage, ob es den Sozialleistungsträger des SGB VIII und XII gestattet ist, Verträge mit Belegungsrisiko für eine Vielzahl von Sozialleistungen abzuschließen, und wenn ja, ob sie beim Abschluss dieser Verträge an das Vergaberecht gebunden sind. Bei dieser Frage handelt es sich um eine der meist diskutierten im Bereich der Leistungserbringung. In den §§ 75 ff. SGB XII bzw. 78 a. ff. SGB VIII finden sich detaillierte leistungserbringungsrechtliche Regelungen. Ein ausdrücklicher Verweis auf das Vergaberecht findet sich in diesen Normierungen ebenso wenig wie ein expliziter Ausschluss.

Die überzeugendsten Argumente finden sich für die Ansicht, die Übernahme von Verträgen mit Belegungsrisiko sind sowohl dem System der §§ 75 ff. SGB XII als auch der §§ 78 a ff. SGB VIII fremd und damit unzulässig. So stehen in diesen Vorschriften genaue Regelungen über den Inhalt der Verträge. Bedarfsüberlegungen stellen weder im Sozialhilferecht beim Abschluss von Verträgen nach § 75 III SGB XII noch im Kinder- und Jugendhilferecht nach § 78 b SGB VIII ein zulässiges Kriterium der Ermessensentscheidung dar.⁸⁰⁴

804 Siehe OVG Münster, ZfSH/SGB 2005, 79, 79 ff.; *Sormani-Bastian*, Vergaberecht und Sozialrecht, S. 213; *Mrozynski*, ZfSH/SGB 2004, S. 451, 451; *Heinemann*, Die

In der Konsequenz unterliegen die auf der abstrakten Einbindungsebene abgeschlossenen Versorgungsverträge mangels Entgeltlichkeit nicht dem Vergaberecht. Bei Abruf der Leistung im konkreten Fall überschreiten die Verträge die Erheblichkeitsschwelle des Vergaberechts nicht.⁸⁰⁵ Auch für Einzelverträge findet es somit keine Anwendung.⁸⁰⁶

Im SGB III hat sich der Gesetzgeber für das Zulassungsverfahren nach §§ 176 ff. SGB III entschieden. Mit der Einführung dieser Vorschriften im Dezember 2011 hat er gleichzeitig die Regelungen der §§ 46 IV und 61 IV SGB III abgeschafft, in denen ausdrücklich auf die Anwendung des Vergabeverfahrens verwiesen wurde.⁸⁰⁷ Der Gesetzgeber hatte das Ziel, ein einheitliches, dereguliertes Verfahren zu schaffen, um den Berechtigten die Auswahl zwischen geeigneten Erbringern und Maßnahmen zu ermöglichen.⁸⁰⁸ Die Ausschreibung und der Abruf gewisser Leistungskontingente seitens der Träger sind mit diesem Ziel und dem im SGB III nunmehr verankerten System nicht konsistent.

6. Kontrolle und Evaluierung

Ergänzende Regelungen zur Kontrolle und Evaluierung der Leistungserbringung durch das Qualitätssicherungsmanagement des § 20 I, II S. 1 SGB IX finden sich in den Leistungsgesetzen nicht.

Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, S. 227; *Neumann/Nielandt, et al.* (Hrsg.), Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, S. 58. Mit Zweifeln hingegen *Kingreen*, SGB 2004, S. 659, 668 f. Die Verträge nach §§ 78 a ff. SGB VIII als Dienstleistungskonzession klassifizierend *Banafsche*, Das Recht der Leistungserbringung in der Kinder- und Jugendhilfe zwischen Korporatismus und Wettbewerb, S. 194.

805 Sofern überhaupt ein Einzelvertrag zwischen Träger und Erbringer zustande kommt und der Berechtigte die Leistung nicht selbst beim Erbringer nachfragt.

806 Vgl. zu den weiteren Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Vergaberechts für die §§ 78a ff. SGB VIII *Banafsche*, Das Recht der Leistungserbringung in der Kinder- und Jugendhilfe zwischen Korporatismus und Wettbewerb, S. 174 ff.; sowie zu den §§ 75 ff. SGB XII *Engler*, Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht, S. 114.

807 Siehe zur alten Rechtslage *Storost*, NZS 2005, S. 82.

808 In diesem Sinne auch *Scholz*, in: *Mutschler/Schmidt-De Caluwe, et al.* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III, § 176, Rn. 9.

Im Geltungsbereich der Sozialhilfe wird die Kündigungsmöglichkeit von Verträgen mit fachlich ungeeigneten Leistungserbringern nach § 21 III S. 1 SGB IX in § 78 SGB XII inhaltlich ergänzt. So kann der Träger der Sozialhilfe die Vereinbarung nach § 75 III SGB XII ohne Einhaltung einer Frist kündigen, wenn wegen der groben Verletzung einer der gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung gegenüber den Leistungsberechtigten und deren Kostenträger durch die Einrichtung ein Festhalten an der Vereinbarung nicht zumutbar ist. Die Kündigung bedarf der Schriftform.

Einem Leistungserbringer beruflicher Eingliederung des SGB III ist von der fachkundigen Stelle nach § 181 VII SGB III die Zulassung zu entziehen, wenn der Erbringer die rechtlichen Anforderungen auch nach Ablauf einer von ihr gesetzten, drei Monate nicht überschreitenden Frist nicht erfüllt.

7. Errichtung einer Schiedsstelle

Im Kinder-, Jugendhilfe- sowie Sozialhilferecht existiert zudem eine Institution, die im SGB IX so nicht vorgesehen ist: die Schiedsstelle. Diese entscheidet bei Konflikten um Verträge zwischen Trägern und Erbringern. Genauer gesagt hat die Schiedsstelle im SGB XII ihre Entscheidungskompetenz nach § 77 I S. 3 SGB XII lediglich für Vereinbarungen nach § 76 II SGB IX, also im Bereich der Vergütungsvereinbarungen.⁸⁰⁹ Kommt eine solche Vereinbarung innerhalb von sechs Wochen nicht zustande, nachdem eine Partei schriftlich zu Verhandlungen aufgefordert hat, entscheidet die Schiedsstelle auf Antrag einer Partei unverzüglich über die Gegenstände, über die keine Einigung erreicht werden konnte. Die Schiedsstellen werden nach § 80 I SGB XII für jedes Land oder Teile eines Landes gebildet.⁸¹⁰ Ihre Ausgestaltung erfolgt durch Rechtsverordnungen, deren Ermächtigungs-

809 Die Schiedsstelle ist nicht befugt in Streitigkeiten im Bereich der Leistungs- oder Prüfungsvereinbarungen zu entscheiden. Angesichts der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung gilt diese Beschränkung auch für Streitigkeiten in diesem Bereich, die als Vorfrage zur Entscheidung im Bereich der Vergütungsvereinbarungen zu entscheiden sind. Siehe *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 80, Rn. 14.

810 Siehe zur Zusammensetzung der Schiedsstellen § 80 II SGB XII. Dabei handelt es sich für die Mitglieder der Schiedsstelle um ein Ehrenamt. Sie haben keine Weisung zu befolgen und jedes Mitglied hat eine Stimme. Bei Abstimmungen gilt das Mehrheitsprinzip, wobei die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt, wenn keine Mehrheit zustande kommt (§ 80 III SGB XII).

grundlage der Landesregierungen i. S. d. Art. 80 I S. 1 GG in § 81 II SGB XII liegt.⁸¹¹

Die Schiedsstelle im Kinder- und Jugendhilferecht hingegen entscheidet nach § 78 g II S. 1 SGB VIII zu allen Aspekten, die mit der Vereinbarung zur Übernahme des Entgeltes i. S. d. § 78 b I SGB VIII in Zusammenhang stehen, sofern eine solche Vereinbarung nicht innerhalb von sechs Wochen zustande kommt, nachdem eine Partei schriftlich zu Verhandlungen aufgefordert hat. Voraussetzung ist der Antrag einer Partei. Nach § 78 g I S. 1 SGB VIII sind in den Ländern Schiedsstellen für Streit- und Konfliktfälle zu errichten. Nach § 78 g IV SGB VIII werden wiederum die Landesregierungen ermächtigt, in Rechtsverordnungen das Nähere über die Errichtung der Schiedsstelle und deren Ausgestaltung zu erlassen.⁸¹²

IV. Zusammenfassung und zusammenfassende Übersicht

Das SGB IX gibt im Leistungserbringungsrecht eine Struktur vor, wie und auf welchem Wege die Einbindung von Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen vorstättengeht. Im Rahmen eines kooperativen Einbindungssystems wird eine qualitativ hochwertige und wirtschaftliche Leistungserbringung angestrebt.

Zwar führte die Einführung des SGB IX nicht zu einer vollständigen Vereinheitlichung des Leistungserbringungsrechts. Der hierauf bezogenen Kritik kann aber entgegengehalten werden, dass sich zumindest im Bereich der beruflichen Teilhabe die Unterschiede in weiten Bereichen nicht als gravierend darstellen. Selbst das neue Regelungswerk der §§ 176 ff. SGB III ist mit dem System des SGB IX insofern konsistent, als es sich ebenfalls auf eine kooperative Einbindung der Erbringer richtet.

811 Die Landesregierungen können die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer und Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder der Schiedsstelle, die Rechtsaufsicht, die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie über die Verteilung der Kosten bestimmen. Vgl. hierzu beispielhaft die Verordnung über die Schiedsstelle nach § 80 des Zwölften Sozialgesetzbuches für die Hansestadt Hamburg (HBgSGBXII SchVO).

812 Die Ausgestaltung betrifft die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer und die Amtsführung ihrer Mitglieder, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für ihren Zeitaufwand, die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie die Verteilung der Kosten und die Rechtsaufsicht.

3. Kapitel: Strukturen der Einbindung Dritter

Die Einordnung der Regelungen des SGB IX und abweichender Regelungen in den Leistungsgesetzen in die Stufen, die der Einbindungsprozess vorgibt, wird in nachfolgender Übersicht vorgenommen:

Stufen der Einbeziehung Dritter	Regelungen im SGB IX	Abweichungen in den Leistungsgesetzen
(1.) Entscheidung für die Einbindung eines Dritten	§ 17 I : Auswahlermessen - Nr. 1: Eigenerbringung oder gemeinsam mit anderen Leistungsträgern - Nr. 2: durch einen anderen Leistungsträger - Nr. 3: unter Inanspruchnahme von geeigneten Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen	Einschränkungen des Auswahlermessens § 4 SGB VIII § 75 II S. 1 SGB XII § 250 SGB III a. F. § 17 I S. 1 SGB II
(2.) Qualifikationsebene	Präqualifizierungsverfahren des § 20 II, II a § 21 II: gemeinsame Empfehlungen, Rahmenverträge	Präqualifizierungsverfahren für WfbM in § 142 SGB IX Modifikation der Regelungen zu Rahmenverträgen und gemeinsamen Empfehlungen in den §§ 113 II SGB IX, 79 SGB XII und 78 f SGB VIII
(3.) Leistungsbereitstellung	Leistungsbereitstellung durch den Abschluss von Versorgungsverträgen nach § 21 I Vertragsinhalt: § 21 I	Zertifizierung nach §§ 176 ff. SGB III Ergänzungen in den §§ 75 III, 76, 77 SGB XII und 78 c SGB VIII
(4.) Abruf der Leistung	§ 21 I: Einzelverträge Verfahren: Grundsätzlich freies Auswahlermessen, ob vergaberelevant oder -neutral beschafft werden soll	Zu Modifikation der Vertragsinhalte: siehe Leistungsbereitstellung Einschränkungen des Auswahlermessens: §§ 79-81 SGB XII §§ 78 ff. SGB VIII
(5.) Kontrolle	Kündigungsmöglichkeit als Konsequenz: § 21 III	§ 78 SGB XII und Entzug der Zulassung nach § 181 VII SGB III

C. Schweiz

Eine allgemeine Bestimmung über die Zusammenarbeit mit Dritten findet sich weder im VwVG⁸¹³ noch im ATSG. Dritte werden lediglich in Zusammenhang mit dem Regress der Versicherungsträger gegenüber anderweitig Haftenden nach Art. 72 ff. ATSG, im Rahmen der Gewährleistung zweckmäßiger Verwendung von Geldleistungen in Art. 20 ATSG und als Beauftragte bei Ersatzvornahmen nach Art. 41 I a VwVG erwähnt.

Dass das Schweizer Sozialversicherungsrecht die Einbindung Dritter in die Erbringung von Sozialleistungen dennoch erlaubt, ergibt sich aus der Zusammenschau verschiedener Vorschriften. So enthält die BV die Regelung des Art. 178 III. Danach können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz auch Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die außerhalb der Bundesverwaltung stehen. Dem entspricht die Vorschrift des Art. 1 II e VwVG, der im Rahmen der Behördendefinition die Möglichkeit der Verwaltung zur Zusammenarbeit mit anderen „Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen“, anspricht. Dementsprechend enthalten die Sozialversicherungsgesetze an einigen, teils versteckten Stellen die Option, die Erbringung der Sozialleistung auf nicht in der Trägerschaft der Sozialleistungsträger stehende Dritte zu übertragen. Die weitgehendsten Regelungen enthält das Krankenversicherungsrecht für die Zulassung und den Ausschluss von Leistungserbringern in den Art. 35-40 und 59 KVG.⁸¹⁴ Im UVG und im IVG hingegen fallen die Regelungen in Art. 53-57 UVG bzw. Art. 26-27bis IVG sehr viel knapper aus. Dementsprechend wird dem Phänomen der Leistungserbringung durch Dritte trotz des anerkannten großen Gewichts im Versicherungsrecht und dem Wunsch nach einheitlichen Regelungen in der Literatur⁸¹⁵ ebenfalls wenig Raum gewidmet.

Das Sozialversicherungsrecht überblickend lassen sich Normierungen zur Aufgabenverteilung (II.) und zu Handlungsinstrumenten (III.) sowie strukturelle Vorgaben zur Finanzierung (IV.), der Konkretisierung, Implementierung und Überprüfung der Auswahlkriterien (V.) und ein darüber hinausgehendes Bereitstellungsverfahren (VI.) im Einbindungsprozess

813 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968, Nr. 172.021.

814 Bundesgesetz über Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994, Nr. 832.10.

815 *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 520 f.

identifizieren. Die leistungserbringungsrechtlichen Regelungen bei der beruflichen Eingliederung werden jeweils im Kontext der (sozial-)verwaltungsrechtlichen Regelungen dargestellt.

Entscheidet sich der Leistungsträger für die Inanspruchnahme Dritter, nimmt er seine Leistungsverpflichtung durch die Begründung, Bewahrung und Überprüfung eines BBV (I. 1.) wahr. Die Leistung selbst wird von dem Dritten an den Berechtigten erbracht (I. 2.) und vervollständigt so das leistungrechtliche Dreieck (I. 3.).

I. Rechtsverhältnisse

1. Das BBV

Dritte Leistungserbringer der Maßnahmen der beruflichen Eingliederung sind Anstalten und Werkstätten, private Arbeitsvermittlungsagenturen und Abgabestellen für Hilfsmittel.⁸¹⁶

Im IVG werden Anstalten in die Maßnahmen der beruflichen Eingliederung in die Leistungserbringung eingebunden. Dies sind neben Beruflichen Abklärungsstellen (BEFAS),⁸¹⁷ Beratungsstellen für Menschen mit Behinderungen und Sozialdiensten in Kliniken auch sozialberufliche Eingliederungsstätten. Gestützt auf Art. 112 b III BV hat der Bund das Gesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen⁸¹⁸ erlassen und sich damit aus der Planung, Steuerung und Finanzierung im Bereich der Werkstätten zurückgezogen, indem er diese Aufgaben auf die Kantone übertrug.⁸¹⁹

Im AVIG findet die Einbindung Dritter bei der Beratung und Vermittlung von arbeitslosen Personen statt. So können gem. Art. 85 I a AVIG die kantonalen Amtsstellen Arbeitslose in Zusammenarbeit mit privaten Stellenvermittlern beraten und ihnen Arbeit vermitteln. Zudem können die RAV zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 85 b AVIG Private beiziehen.

816 Hinzu kommen die öffentlichen Sozialdienste, die als Teil der kommunalen Sozialhilfe in vorliegender Arbeit nicht behandelt werden.

817 Hiervon existieren in der Schweiz sechs Stück. Sie befinden sich in Männedorf (Appisberg), Basel, Horw, Yverdon und im Tessin.

818 Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG), Nr. 831.26.

819 In der Folge haben die Kantone Konzepte zur Förderung der Eingliederung invalider Personen erarbeitet.

Abgabestellen für Hilfsmittel sind die an der Erbringung von Hilfsmitteln an Menschen mit Behinderungen nach Art. 21 IVG, 43ter AHVG und 21 MVG beteiligten Leistungserbringer.

Grundsätzlich wird die Beziehung zwischen Leistungserbringern und Versicherung durch das öffentliche Recht geordnet.⁸²⁰

2. Das Erfüllungsverhältnis

Die Erfüllung der Leistung an den Berechtigten erfolgt im Rahmen eines zwischen Erbringer und Berechtigtem abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrages.

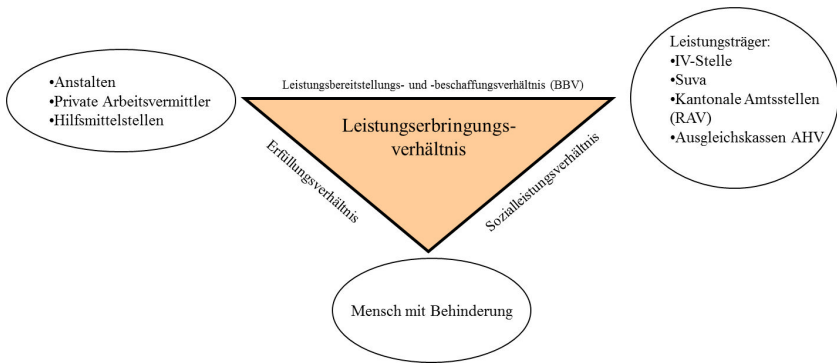
Nach schweizerischer Lehre und Praxis sind auch Private an die Grundrechte und Verfassungsprinzipien gebunden, wenn sie formell mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben betraut sind. Ziel ist es, die Rechtsstellung Privater durch die Einbindung privater Leistungserbringer nicht zu verschlechtern. Damit haben von der Leistungserbringung Betroffene Anspruch auf Verfahrensrechte und Rechtsschutz.⁸²¹

3. Das Leistungserbringungsverhältnis

Arbeiten die Leistungsträger mit den Anstalten, privaten Arbeitsvermittlern oder den Hilfsmittelstellen bei der Leistungserbringung zusammen, ergibt sich folgendes multipolares Rechtsverhältnis:

820 So *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 525; sowie *Eugster*, Krankenversicherung, in: *Meyer* (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 2. Aufl., S. 337, Rn. 786.

821 Vgl. *Jaag*, VVDStRL 1995, S. 287, 299.



II. Aufgabenteilung

1. Sozialverwaltungsrecht

Allgemeine Regelungen im Sozialverwaltungsrecht des ATSG oder den teils anwendbaren Regelungen des VwVG zur Frage der Aufgabenteilung und deren Voraussetzung existieren nicht. Allerdings liegt mit Art. 78 I ATSG eine Aussage über die Haftung für Schäden, die von Durchführungsorganen oder einzelnen Funktionären von Versicherungsträgern einer versicherten Person oder Dritten widerrechtlich zugefügt wurden, – und damit über eine Konsequenz der Übertragung einer Aufgabe auf Dritte – vor. Für diese Schäden haften die öffentlichen Körperschaften, privaten Trägerorganisationen oder Versicherungsträger, die für die genannten Organe verantwortlich sind. Versäumt es z. B. eine IV-Stelle, dem Ersuchen eines Arbeitgebers um Abgabe des besonderen Formulars zur Geltendmachung einer Drittauszahlung von Leistungsnachzahlungen stattzugeben, haftet sie für den daraus resultierenden Schaden.⁸²²

822 BGE 133 V, 14. Siehe hierzu auch *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 516 f. Dabei unterliegen nach Art. 78 V ATSG Personen, die als Organe oder Funktionäre eines Versicherungsträgers, einer Revisions- oder Kontrollstelle handeln oder denen durch die Einzelgesetze bestimmte Aufgaben übertragen wurden, der gleichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit wie Behördenmitglieder und Beamte nach dem Strafgesetzbuch.

2. Allgemeines Verwaltungsrecht

Im allgemeinen Verwaltungsrecht können Private mit einer öffentlichen Aufgabe beliehen werden; Privaten kann ein Recht durch eine Monopolkonzession eingeräumt werden oder es werden öffentliche Aufgaben auf privatrechtliche Stiftungen übertragen. Beliehene sind Private, „denen das Gemeinwesen die Erledigung bestimmter staatlicher Aufgaben überträgt“.⁸²³ Es kommt dabei zu einer gewissen dauerhaften Inpflichtnahme der Privaten durch den Staat.⁸²⁴ Ein Beispiel hierfür sind nach Art. 11 ff. KVG die Krankenkassen. Übertragen werden dabei meist Vollzugsaufgaben, für deren Ausführung sich in dem jeweiligen Beleihungserlass bzw. in den Leistungsvereinbarungen, also den mit ihnen abgeschlossenen Verträgen, Vorgaben finden.⁸²⁵ Auch eine Ermächtigung der Beliehenen zum Erlass von Verfügungen ist möglich. Dies setzt allerdings, wie die Übertragung der gesetzlichen Aufgabe selbst, eine hinreichend klare gesetzliche Grundlage⁸²⁶ voraus.⁸²⁷ Durch Monopolkonzessionen wird Privaten das Recht eingeräumt, eine an sich dem Staat obliegende wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben. Privaten Stiftungen können öffentliche Aufgaben über einen Er-

823 Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1512. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Staatsaufgaben vgl. Biaggini, Rapports suisses présentés au XVe Congrès international de droit comparé (Publications de l'Institut suisse de droit comparé) 1998, S. 67, 93 ff. und zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben *ebd.*, S. 101 ff.

824 Siehe zum Privatisierungsvorgang selbst Handschin, SJZ, S. 405, 410 ff.; zur Grenze der Finanzierungsprivatisierung Häner, ZBl 2001, S. 423, S. 441 f. und zu den Kriterien der Auslagerung einer staatlichen Tätigkeit auf einen rechtlich verselbstständigten Träger Poledna, Öffentliche Aufgaben und Kriterien für die Wahl der Organisationsform, in: Schaffhauser/Poledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, S. 9, 12 ff.; sowie Daeniker, Überführung staatlicher Aufgaben auf verwaltungs-externe Rechtsträger, in: Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 50, 55.

825 Vgl. Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1515.

826 Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2009, 2C_715/2008 E. 3.4., publiziert in ZBl 110 (2009) 503, 505 ff.

827 Siehe Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1515. Siehe zur Frage der Auslagerung von Rechtsetzungsbefugnissen, insbesondere nach der Verfassungsreform Biaggini, in: Ehrenzeller/Mastronardi, *et al.* (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Art. 178, Rn. 29.

richtungsakt übertragen werden. Sie erhalten wie Beliehene eine gewisse Selbstständigkeit.⁸²⁸

Erforderlich für die *Übertragungen* von Verwaltungsaufgaben auf Private ist erstens nach Art. 178 III BV, 2 IV RVOG,⁸²⁹ dass diese Delegation auf gesetzlicher Grundlage beruht, welche die Art der Aufgabenerfüllung in den Grundzügen regelt, um die ausreichende Wahrung öffentlicher Interessen zu sichern, zweitens, dass die Privaten der Aufsicht⁸³⁰ des Staates unterstehen,⁸³¹ und drittens die Gewährleistung nach Art 35 II BV, dass die Privaten bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten die Verfassung, insbesondere die Grundrechte, beachten.⁸³² Nach Art. 35 II BV ist derjenige, der staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Ver-

828 Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1512 und 1527.

829 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG), Bundesgesetz Nr. 172.010.

830 Eine verfassungsunmittelbare Aufsichtskompetenz wurde von Lehre und Rechtsprechung nur für die Bundeszentralverwaltung abgeleitet. Deshalb können außerhalb dieser aufsichtliche Maßnahmen nur auf aufgrund besonderer gesetzlicher

831 Dies folgt aus Art. 187 I a BV. Zur Privatisierung eines wichtigen Bereiches der Daseinsvorsorge, des öffentlichen Verkehrs, siehe ausführlich zu den Voraussetzungen und Grenzen *Achermann*, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, S. 69 ff.; zu den rechtlichen Grundlagen privater Sicherungstätigkeit *Rauber*, Rechtliche Grundlagen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, S. 184 ff.

Bestimmungen erfolgen. So *Gross*, Aufsicht und Verantwortlichkeit, in: *Schaffhauser/Poledna* (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, S. 125, 133.

832 Vgl. Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1509. Wobei die Voraussetzung dafür, dass Private der staatlichen Aufsicht unterliegen, die Festschreibung im jeweiligen Privatisierungserlass ist. Darin finden sich auch Regelungen über staatliche Restverantwortungen (siehe *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 83). Zudem können diejenigen Verwaltungsaufgaben, die den Kernbereich staatlichen Handelns betreffen, nicht ausgelagert werden (siehe hierzu *Biaggini*, in: *Ehrenzeller/Mastronardi, et al.* (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 178, Rn. 28 m. w. N.). Siehe hierzu auch *Häsler*, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, S. 65 ff.; sowie *Schlatter*, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, S. 86 ff.

wirklich beizutragen.⁸³³ Soweit sie eine staatliche Funktion übernehmen, können sich Private demnach nicht auf Privatautonomie berufen, selbst wenn sie in privatrechtlicher Form handeln. Insbesondere muss sich ihr Handeln am Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV und dem Willkürverbot nach Art. 9 BV messen lassen.⁸³⁴ Zudem muss viertens nach Art. 29 a BV der Rechtsschutz und fünftens die Funktionstauglichkeit des Aufgabenträgers gewährleistet sein.⁸³⁵ Der Staat selbst hat, indem er die Art und Weise der Ausführung der übertragenen Tätigkeiten kontrolliert,⁸³⁶ einen Mindestrechtsschutz für die Personen zu garantieren, die vom hoheitlichen Handeln Privater betroffen sind.⁸³⁷

Bei einer längeren intensiven Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten findet sich zudem der Begriff „Public Private Partnership“.⁸³⁸ Darunter wird keine eigenständige rechtliche Form der öffentlich-privaten Zusammenarbeit verstanden. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Methode bzw. ein Verfahren der staatlichen Aufgabenerfüllung durch eine Zusammenarbeit mit Privaten. Genutzt wird dies häufig bei der Umsetzung von Großprojekten, wenn Private nicht nur personelle und materielle Ressourcen und ihr Fachwissen einsetzen, sondern auch einen Teil der Finanzierung tragen. Dieser Zusammenarbeit können drei Modelle zugrunde liegen: der

833 *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 84 hingegen verlangen als Voraussetzung der Grundrechtsbindung Privater die gesetzliche Vermittlung. Damit Grundrechte auch im Verhältnis Leistungserbringer und Leistungsempfänger wirksam werden können, hätte der Gesetzgeber demnach im Privatisierungserlass die Gemeinwohlverpflichtungen der Leistungserbringer im Einzelnen sicherzustellen. Dies könne durch Festlegung zwingender Regeln für den Privatrechtsverkehr geschehen.

834 *Häfelin/Müller, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1530 f. Zur Frage der Wahrung der Grundrechte auch beim privatrechtlichen Handeln siehe die interessante Entscheidung BGE 127 I, 84, insbesondere S. 90.

835 *Biaggini*, in: *Ehrenzeller/Mastronardi, et al.* (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 178, Rn. 34.

836 Siehe *Häfelin/Müller, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1530 f.

837 BGE 133 I 49, 56. Siehe für kantonale Schranken der Übertragung öffentlicher Aufgaben *Thiébaud*, ZBl 2008, S. 509, 514 ff.

838 Vgl. zu den rechtlichen Grundlagen dieser Zusammenarbeit *Minini/Bolz, et al.*, Teil IV: Recht, in: *Bolz* (Hrsg.), Public private partnership in der Schweiz, S. 211; sowie *Lienhard/Locher*, PPP im Verfassungsrecht, in: *Lienhard/Pfisterer* (Hrsg.), PPP - Was fehlt zum Durchbruch?, S. 17.

Abschluss von Verträgen, die Vergabe von Konzessionen oder ein gemeinsam gewählter Rechtsträger in Form von Gesellschaften.⁸³⁹

Auch die *originäre Zuweisung* einer öffentlichen Aufgabe auf Private durch eine gesetzliche Vorschrift ist im Rahmen des oben Gesagten nach Art. 178 III BV zulässig.⁸⁴⁰ In diesem Sinne ist auch Art. 2 IV OG auszulegen.

3. Verantwortungsverteilung

Die Verantwortungsverteilung bei der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf nichtstaatliche Dritte hängt von der jeweiligen konkreten Ausgestaltung des Privatisierungserlasses und der dort festgehaltenen Restverantwortung des Staates ab.⁸⁴¹ So hat der Staat selbst bei Insolvenz oder Konkurs einer öffentlichen oder gesamtwirtschaftlichen Unternehmung nur dann eine Nachschusspflicht, wenn diese ausdrücklich gesetzlich hin zu einer Ausfallhaftung geregelt ist.⁸⁴²

4. Verantwortungsteilung im AVIG

Eine spezielle Regelung enthält Art. 119 cbis I AVIV, der Ausführungsrechtsverordnung zum AVIG. Danach dürfen den privaten Stellenvermittlern, die zur Erfüllung der Beratungs- und Vermittlungsaufgaben beigezogen werden, keine hoheitlichen Aufgaben wie die Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit oder die Verfügung von Sanktionen übertragen werden. Diese Aufgaben verbleiben beim zuständigen Leistungsträger. Die übertragungsfähigen Vermittlungs- und Beratungsaufgaben liegen in der Eigenverantwortung der Leistungserbringer.

839 Vgl. *Häfelin/Müller, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1252 a. Siehe ausführlich zu den staats- und verwaltungsrechtlichen Grundlage einer PPP *Bolz* (Hrsg.), Public private partnership in der Schweiz, S. 214 ff.

840 *Biaggini*, in: *Ehrenzeller/Mastronardi, et al.* (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 178, Rn. 30.

841 *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 83.

842 *Gross*, Aufsicht und Verantwortlichkeit, in: *Schaffhauser/Polledna* (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, S. 125, 139.

III. Instrumente

Das allgemeine Verwaltungsrecht (1.) der Schweiz stellt den Sozialleistungsträgern als öffentlich-rechtliche Handlungsformen hoheitlich die Verfügung und kooperativ den öffentlich-rechtlichen Vertrag zur Verfügung. Diese Handlungsformen finden im Einbindungsprozess der Sozialleistungserbringung (2.) und speziell bei der Einbindung von Einrichtungen (3.), privaten Arbeitsvermittlern (4.) und bei der Hilfsmittelerbringung (5.) in besonderen Ausprägungen Anwendung.

1. Handlungsformen der Verwaltung

Das ATSG beinhaltet die Rechtsgrundlagen des Verwaltungshandelns der Sozialversicherungsträger gegenüber der versicherten Person. In Art. 27 ff. ATSG sind verfahrensrechtliche Regelungen normiert. Dabei treffen die Art. 34-55 ATSG Bestimmungen zum Sozialversicherungsverfahren.⁸⁴³ Subsidiär gelten das Verwaltungsverfahrensgesetz bzw. die kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze.⁸⁴⁴ Das VwVG findet nach Art. 3 dbis⁸⁴⁵ i. V. m. Art. 55 I ATSG im Sozialversicherungsbereich Anwendung, sofern in den Art. 27-54 ATSG oder in Einzelgesetzen geregelte Verfahrensbereiche ge-

843 Damit soll gem. Art. 1 b ATSG dem Zweck der Festlegung eines einheitlichen Sozialversicherungsverfahrens entsprochen werden. Bei der Umsetzung dieser Zielsetzung ließ sich der Gesetzgeber von der „Ordnung des VwVG leiten“ (siehe *Kieser, ATSG-Kommentar*, Art. 55, Rn. 2).

844 Siehe beispielsweise das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kanton Berns (VRPG-BE) vom 23. Mai 1989, Nr. 155.21.

845 Primärer Geltungsbereich des VwVG sind nach Art. 1 I VwVG Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind. Verwaltungsbehörden sind nach Art. 1 II VwVG der Bundesrat, seine Departemente, die Bundeskanzlei und die ihnen unterstellten Dienstabteilungen, Betriebe, Anstalten und anderen Amtsstellen der Bundesverwaltung (a); Organe der Bundesversammlung und der eidgenössischen Gerichte für erstinstanzliche Verfügungen und Beschwerdeentscheide nach Beamtenengesetz (b); die autonomen eidgenössischen Anstalten oder Betriebe (c); das Bundesverwaltungsgericht (cbis); die eidgenössischen Kommissionen (d) und andere Instanzen oder Organisationen außerhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen (e).

rade nicht abschließend bestimmt werden.⁸⁴⁶ Ein vom ATSG, wie vom VwVG, bereitgestelltes Instrumentarium ist die hoheitliche Handlungsform der Verfügung. Da der Verfügungsbegriff im ATSG nicht selbstständig festgelegt ist, erlangt die Begriffsdefinition des Art. 5 I VwVG auch im Sozialverwaltungsverfahren subsidiäre Geltung.⁸⁴⁷ Im Übrigen legt das ATSG spezielle Vorschriften zum Erlass der Verfügung, wie beispielsweise die Vorgabe, wann diese schriftlich zu ergehen hat (Art. 49 ATSG), fest.⁸⁴⁸

Da das ATSG allerdings streng auf das Verhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungsberechtigtem ausgerichtet ist, findet es im BBV keine Anwendung. In diesem Verhältnis ist auf das VwVG und die einzelgesetzlichen Regelungen abzustellen.⁸⁴⁹ Das VwVG enthält keine Regelungen zu öffentlich-rechtlichen Verträgen. Für diese nimmt es keine Geltung in Anspruch. Dies lässt sich aus dem Umkehrschluss zu Art. 1 I VwVG ableiten, der lediglich für „Verfügungen“ die Anwendbarkeit des VwVG erklärt.⁸⁵⁰ Somit bedarf es bei verwaltungsrechtlichen Verträgen der Untersuchung der einzelgesetzlichen Vorgaben und der von der Rechtsprechung aufgestellten allgemeinen Grundsätze. Im Verhältnis zwischen Versicherungsträgern und Leistungserbringern ist auf die einzelgesetzlichen Regelungen abzustellen.⁸⁵¹

846 Das Verfahren vor einer Bundesbehörde richtet sich gem. Art. 55 II ATSG nach dem VwVG, sofern die Bundesbehörde nicht über sozialversicherungsrechtliche Leistungen, Forderungen und Anordnungen entscheidet.

847 BGE 120 V 346, 349. Des Weiteren gelten auch die Feststellung des Sachverhaltes gem. Art. 12 ff. VwVG, die Voraussetzung der Beschwerde gegen Zwischenverfügungen nach Art. 45 VwVG und die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes gem. Art. 65 V VwVG subsidiär (vgl. *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 46).

848 Nach Art. 49 I ATSG hat der Versicherungsträger über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, schriftlich Verfügungen zu erlassen. Zudem ist nach Art. 49 II ATSG dem Begehren nach dem Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn gesuchstellende Person ein schützenswertes Interesse glaubhaft macht. Nach Art. 51 ATSG können zudem Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die nicht unter Art. 49 I ATSG fallen, in einem formlosen Verfahren behandelt werden. Dies betrifft in der Regel Sachleistungen. Sobald eine Person mit der Leistung nicht einverstanden ist, kann sie den Erlass einer Verfügung verlangen.

849 Vgl. *Kieser*, *ATSG-Kommentar*, Art. 2, Rn. 12.

850 *Tschannen/Zimmerli, et al.*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., S. 335.

851 *Kieser*, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, S. 520.

a. Verfügung

Das Schweizer Verfahrensrecht stellt der Verwaltung mit der Verfügung eine hoheitliche Handlungsform bereit. Gem. Art. 5 I VwVG sind Verfügungen Anordnungen der Behörde im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Folgendes zum Gegenstand haben können: erstens eine positive, auch als gestaltend bezeichnete Verfügung,⁸⁵² durch die Rechte oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben werden; zweitens die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten im Rahmen einer Feststellungsverfügung i. S. d. Art. 25 VwVG, die die autoritative Klärung der Rechtslage im Einzelfall bezweckt, und drittens die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder das Nichteintreten auf solche Begehren durch eine negative (verweigernde)⁸⁵³ Verfügung. Mit der Verfügung wird demnach gestützt auf öffentliches Recht im Einzelfall in einseitiger und verbindlicher Weise ein Rechtsverhältnis geregelt. In der Sachgesetzgebung findet man statt des Begriffs der Verfügung häufig die Terminologie des „Ausweises“, „Scheins“ oder der „Bewilligung“.⁸⁵⁴

b. Verwaltungsrechtlicher Vertrag

Als Ausgestaltung der kooperativen Handlungsmöglichkeit steht der Verwaltung der verwaltungsrechtliche Vertrag zur Verfügung. Seine Voraussetzungen sind zwar nicht allgemein normiert, seine Existenz wird dennoch

852 Vgl. *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 242.

853 So bereits *Gossweiler*, Die Verfügung im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, S. 10.

854 Siehe *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 225.

inzwischen allgemein anerkannt.⁸⁵⁵ „Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist die auf übereinstimmenden Willenserklärungen von zwei oder mehr Rechtssubjekten beruhende Vereinbarung, welche die Regelung einer konkreten verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung, vor allem im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, zum Gegenstand hat.“⁸⁵⁶ Hauptabgrenzungsmerkmal zur Verfügung ist demnach die „Konsensualität im Zustandekommen“.⁸⁵⁷ Da das VwVG gerade keine Anwendung findet, spielt sich im „Gegensatz zum formalisierten Verwaltungsverfahren [...] das Verfahren auf Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages weitgehend formfrei ab“.⁸⁵⁸ So ist es auch umstritten, ob der verwaltungsrechtliche Vertrag der Schriftform bedarf.⁸⁵⁹ Er findet jedenfalls nur dann Anwendung, wenn „zur Regelung verwaltungsrechtlicher Rechte und Pflichten die Vertragsform geeigneter erscheint als der Erlass einer Verfügung [...]“; er hat somit ausgesprochen subsidiäre Funktion“.⁸⁶⁰ Dies ist zwar im Verwaltungsverfahren des Bundes nicht geregelt, findet aber in der herausragenden Funktion der Verfügung ihre Begründung.⁸⁶¹

Zudem kennen die jeweils einschlägigen Verfahrensrechte der Kantone als beschwerdefähigen Entscheid der Verwaltung oftmals nur die Verfü-

855 Vgl. Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1068 f.; Müller, Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, S. 25, 36; Müller, Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft, S. 189 ff.; zur historischen Herleitung zudem Abegg, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten; Rhinow, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: *Juristische Fakultät der Universität Basel* (Hrsg.), Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, S. 295, 296; zum einvernehmlichen Verwaltungshandeln allgemein Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, S. 111 ff.

856 Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1052; die gleichen Tatbestandsmerkmale aufführend Tschannen/Zimmerli, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 327.

857 *Ebd.*, S. 327.

858 *Ebd.*, S. 335.

859 Offen lassend BGE 99 Ib 115, 120 f. Die Schriftform mit Blick auf die Rechtssicherheit und das Schriftformerfordernis bei der Verfügung fördernd Tschannen/Zimmerli, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Rn. 335.

860 *Ebd.*, S. 327.

861 Vgl. *ebd.*, S. 223. So ist auch die Regelung des Art. 49 im Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG-BE) über den Vorrang der Verfügung zu erklären.

gung.⁸⁶² Zwar hat die zum deutschen Verwaltungsrecht entwickelte Zweistufentheorie auch im Schweizer Verwaltungsrecht Einzug gehalten.⁸⁶³ Dies ermöglicht das Vorgehen gegen die zugrunde liegende und vorangehende Verfügung. Zudem sind Streitigkeiten aus öffentlichen Verträgen des Bundes nach Art. 35 a VGG⁸⁶⁴ grundsätzlich mit einer Klage anzufechten.⁸⁶⁵ Insgesamt betrachtet ist der Rechtsschutz gegen Verfügungen einfacher zu erreichen.

Abgegrenzt werden verwaltungs- und privatrechtliche Verträge nach dem „Gegenstand der dadurch geregelten Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnisse“.⁸⁶⁶ Die Abgrenzung des öffentlichen zum privatrechtlichen Vertrag erfolgt anhand des Ziels des Vertrages.⁸⁶⁷ Bezweckt er die Verwirklichung öffentlicher Interessen, unterliegt er dem öffentlichen Recht.⁸⁶⁸ Ausgeformt wird der verwaltungsrechtliche Vertrag koordinationsrechtlich, sofern er „zwischen zwei oder mehreren öffentlich-rechtlichen Organisationen abgeschlossen“⁸⁶⁹ wird, oder als subordinationsrechtlicher Vertrag, wenn es sich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen öffentlich-rechtlichen Organisationen und Privaten handelt.⁸⁷⁰ Für den subordinati-

862 Siehe Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1131 b.

863 Anders noch 1987, siehe Fleiner-Gerster, VVDStRL 1987, S. 152, 157. Das Bundesgericht hatte lange Zeit in Ablehnung der Zweistufentheorie den Zuschlag bei der Vergabe von öffentlichen Aufgaben als Verwaltungshandlung klassifiziert, die zu einem privatrechtlichen Vertrag führe. In der Konsequenz fehle es an einer anfechtbaren Verfügung (siehe Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 290. Siehe auch die Darstellung bei Eichenberger, Verwaltungsprivatrecht, in: *Juristische Fakultät der Universität Basel* (Hrsg.), Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, S. 75, 81 ff.

864 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz - VGG) vom 17. Juni 2005, Nr. 173.32.

865 Siehe Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1131 b, zur Zweistufentheorie auch ausführlich Rn. 287 ff.

866 BGE 124 II 297, 300 ff.

867 Siehe Abegg, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, S. 45 ff.

868 Vgl. bereits BGE 99 Ib 120.

869 Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 239. Ein Beispiel hierfür ist der Tarifvertrag zwischen Krankenkassen und öffentlich-rechtlichen Spitälern nach Art. 43 IV KVG.

870 Diesen lehnte die frühere verwaltungsrechtliche Lehre aus Gründen der Rechtsgleichheit und dem zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts ab (siehe hierzu *ebd.*, Rn. 1068).

onsrechtlichen Vertrag müssen folgende drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

Erstens muss das Gesetz die Vertragsform ausdrücklich vorsehen oder dafür „Raum lassen“.⁸⁷¹ Das Gesetz darf den Vertragsschluss zwar nicht ausdrücklich ausschließen,⁸⁷² eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist hingegen nicht erforderlich. Zweitens müssen sachliche Gründe bestehen, welche den Vorrang des verwaltungsrechtlichen Vertrages vor der Verfügung als die angemessene Handlungsform begründen, und drittens muss der Vertragsinhalt selbst rechtmäßig sein.⁸⁷³

c. Handeln als Privatrechtssubjekt

Die Schweizer Verwaltung kann in beschränktem Rahmen als Privatrechtssubjekt auftreten. So bei administrativen Hilfstätigkeiten bzw. der Bedarfsverwaltung wie der Büromittelbeschaffung, der Verwaltung des Finanzvermögens und privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit. Dabei gilt eine Grenze: Wird die Tätigkeit abschließend öffentlich-rechtlich geregelt, bleibt aufgrund der Gebundenheit an das Legalitätsprinzip kein Raum mehr für das Handeln als Privatrechtssubjekt.⁸⁷⁴

Abzugrenzen ist das öffentliche vom privatrechtlichen Handeln nach den eben dargestellten Vorgaben der Subordinations- und der Interessenstheorie. Darüber hinaus wird das Handeln nach der – der Interessenstheorie ähnlichen – Funktionstheorie oder der modalen Theorie beurteilt. Die Funktionstheorie fragt danach, ob eine Rechtsnorm die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regelt. Falls dies zu bejahen ist, wird die Norm dem öffentlichen Recht zugeordnet. Die modale Theorie zielt dagegen auf die Sanktion der infrage stehenden Norm ab. So ist eine Norm „dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn die damit verbundene Sanktion öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist“.⁸⁷⁵ Im Unterschied zum deutschen Verwaltungsrecht, in dem die modifizierte Sub-

871 BGE 103 I a 31, 34.

872 BGE 105 I a 207, 209; 103 I a 505, 512.

873 So *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 331. Siehe ausführlich zudem *Häfelin/Müller, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1071 ff.

874 Vgl. *ebd.*, Rn. 272 ff.

875 *Ebd.*, Rn. 261.

jektstheorie allgemein als abgrenzungstauglich angesehen wird und damit allgemein anerkannt ist, werden die Kriterien im Schweizer Verwaltungsrecht von Lehre und Praxis „im Sinne eines Methodenpluralismus“⁸⁷⁶ angewendet. So prüft das Bundesgericht „in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Begebenheiten am besten gerecht wird. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, je nach den Regelungsbedürfnissen und insbesondere den Rechtsfolgen, die im Einzelfall in Frage stehen“.⁸⁷⁷

Zudem können in der Schweiz auch Private verwaltungsrechtliche Verträge abschließen. Dies muss das Gesetz jedoch ausdrücklich vorsehen. Darunter werden die Tarifverträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern über die Taxen für die Leistungen nach Art. 43 IV und 46 ff. KVG gefasst.⁸⁷⁸

2. Instrumente im Leistungserbringungsrecht

a. Qualifikation

Auf der Ebene der Qualifikation steht auf *einseitig hoheitlicher* Seite das *konkret-individuelle* Instrument der polizeilichen Zulassung bereit. Diese zielt auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit und ist somit als Polizeibewilligung anzusehen.⁸⁷⁹ Als Beispiel ist die Zulassung zur ärztlichen Tätigkeit nach dem Medizinalberufegesetz (MedBG)⁸⁸⁰ anzusehen.⁸⁸¹ So bedarf es nach Art. 34 MedBG für die selbstständige Ausübung eines universitären Medizinalberufs einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird.⁸⁸² Ein weiteres Instrument in dieser Ka-

876 *Ebd.*, Rn. 264.

877 BGE 132 I 270, 273; 120 II 412, 414.

878 *Häfelin/Müller, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1101.

879 *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 522.

880 Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG) vom 23. Juni 2006, Bundesgesetz Nr. 811.11.

881 *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 522.

882 Die Voraussetzung der Bewilligung regelt dabei Art. 36 MedBG. Siehe zur Ausbildung *Spoerri*, Medizinalpersonen, in: *Poledna/Kieser* (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII, S. 43, 62 ff.

tegorie stellt die Genehmigung privater Arbeitsvermittler nach Art. 2 AVG⁸⁸³ dar.

Abstrakt-generell enthalten die Verordnungen des Bundesrates zu den Versicherungsgesetzen, IVV, AHVV, AVIV, MVV und KVV,⁸⁸⁴ Regelungen zur Zusammenarbeit mit Dritten. Zudem existieren im Bereich des Hilfsmittelrechts die AVI und die HVA, die vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) erlassen wurden, auf das die Zuständigkeit im Rahmen der Subdelegation vom Bundesrat übertragen wurde.

Kooperativ handeln die Beteiligten beim Abschluss von Zusammenarbeits- und Tarifverträgen, die die Grundlagen der Leistungsbereitstellung zwischen den Vertragsparteien festlegen.⁸⁸⁵ In den Tarifverträgen wird die Berechnung der Vergütung festgelegt.⁸⁸⁶ Es handelt sich gemäß der Rechtsprechung bei den Tarifverträgen nicht um eigene Rechtsregeln, sondern lediglich um die „Konkretisierung und Umschreibung der gesetzlichen und verordnungsmässigen Bestimmungen; insoweit stellen sie den Standpunkt der Vertragspartei dar, der im Rahmen der Vertragsverhandlung durchgesetzt wurde“.⁸⁸⁷ So nimmt beispielsweise die HVI im Anhang (Liste der Hilfsmittel) hinsichtlich der Vergütung auf den Tarifvertrag mit dem Schweizerischen Verband der Orthopädie-Techniker (SVOT), dem Schweizerischen Verband Fuss & Schuh (SSOMV) und dem Dachverband der Schweizerischen Handels- und Industrievereinigungen der Medizinaltechnik (FASMED) Bezug. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass diese Verträge den sozialversicherungsrechtlichen Leistungsanspruch auf Erbringung einer Eingliederungsmaßnahme nicht rechtswirksam beschränken

883 Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989, Nr. 832.11.

884 Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995, Nr. 832.102.

885 Siehe zur Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung privater Normen *Marti*, AJP/PJA 2002, S. 1154, Rn. 1159 f.

886 Vgl. *Meyer* Allgemeine Einführung, in: *Meyer* (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 2. Aufl., S. 27, Rn. 124; siehe auch *Bucher*, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Rn. 409 ff.

887 *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 526. Siehe beispielsweise den Tarifvertrag zwischen den Spitälern der Schweiz (H+), der Schweizerischen Vereinigung der Neuropsychologinnen und Neuropsychologen (SVNP) und der IV (vertreten durch das BSV), den Versicherern gemäß UVG (vertreten durch die Medizinaltarif-Kommission UVG [MTK]) und dem Bundesamt für Militärversicherung (BAMV), abrufbar unter http://www.zmt.ch/ambulante_tarife_neuro_tarifvertrag_dfi.pdf (besucht am 05.07.2014).

können.⁸⁸⁸ Maßgeblich bleibt das „spezifische Eingliederungsbedürfnis der betreffenden Person“.⁸⁸⁹

Der Bundesrat ist nach Art. 27 I IVG befugt, mit der Ärzteschaft, den Berufsverbänden der Medizinalpersonen und der medizinischen Hilfspersonen, den Anstalten, die Eingliederungsmaßnahmen durchführen, sowie den Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge zu schließen. Gem. Art. 24 II IVV werden diese Verträge mit den Leistungserbringern vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) abgeschlossen. Inhalt der Verträge ist neben der Regelung der Zusammenarbeit mit den Organen der Versicherung auch die Festlegung von Tarifen.

Die Befugnis zum Abschluss von Zusammenarbeits- und Tarifverträgen steht nach Art. 56 I UVG auch den Unfallversicherern zu. So können die Versicherer mit den Medizinalpersonen sowie den Heil- und Kuranstalten vertraglich die Zusammenarbeit regeln und die Tarife festlegen. Sie können die Behandlung der Versicherten auch ausschließlich den am Vertrag Beteiligten anvertrauen. Zudem bestimmt Art. 56 I S. 3 UVG, dass jedermann, der die Bedingungen erfüllt, dem Vertrag beitreten kann. Besteht kein Vertrag, erlässt der Bundesrat nach Anhörung der Parteien gem. Art. 56 III UVG die erforderlichen Vorschriften. Die Versicherer sind zudem nach Art. 3 I HVUV befugt, mit den Abgabestellen für Hilfsmittel Zusammenarbeits- und Tarifverträge abzuschließen. Soweit keine Verträge bestehen, kann das EDI für die Vergütung von Hilfsmitteln Höchstbeträge festlegen.

Art. 5 HVA regelt lapidar die Möglichkeit für das BSV, mit Institutionen der Altershilfe oder mit Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge über die Abgabe von Hilfsmitteln abzuschließen. Zwar ist in dieser Verordnung im Gegensatz zur HVUV nicht ausdrücklich vom Abschluss eines Zusammenarbeits- und Tarifvertrages die Rede. Eine Zusammenschau der Verordnungen lässt allerdings darauf schließen, dass gerade ein solcher Vertrag gewollt ist.

Die nach Art. 26 I MVV möglichen Zusammenarbeits- und Tarifverträge zwischen der MV und den Medizinalpersonen, Anstalten, Institutionen für teilstationären Aufenthalt, Abklärungsstellen und Laboratorien sind nach Art. 13 I MVV auf gesamtschweizerischer Ebene abzuschließen. Die MV kann die Behandlung der Versicherten auch ausschließlich den am Vertrag Beteiligten anvertrauen. Zudem bestimmt Art. 26 I S. 3, ebenso wie 56 I

888 Siehe BGE 130 V 163, 172 f.; vgl. auch *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 526.

889 *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 526. Vgl. auch BGE 130 V 163, 172.

S. 3 UVG, dass jedermann, der die Bedingungen erfüllt, dem Vertrag beitreten kann.

Zusätzlich können die Leistungsträger und -erbringer bezogen auf *einzelne* Leistungserbringer Rahmenverträge vereinbaren. Rahmenverträge sind dabei mehrjährige Leistungsverträge.⁸⁹⁰ „Sie legen den Rahmen, innerhalb dessen zusätzliche Leistungsverträge von kürzerer Vertragsdauer ausgehandelt werden“,⁸⁹¹ fest. Sie „können dann sinnvoll sein, wenn damit eine verpflichtende Willenserklärung zu einer mittel- oder langfristigen Zusammenarbeit festgelegt wird, die konkreten Dienstleistungen über die gesamte Vertragsperiode aber noch nicht (vollumfänglich) definiert sind respektive werden können“.⁸⁹²

b. Leistungsbereitstellung

Einseitig hoheitlich erfolgt die Leistungsbereitstellung bezogen auf *einzelne Leistungserbringer* durch die sozialversicherungsrechtliche Zulassung. Erlangt der Leistungserbringer diese, ist sichergestellt, dass die den weiteren gesetzlichen Vorgaben entsprechende Leistung durch die betreffende Versicherung auch vergütet wird.⁸⁹³ Zugelassen werden nach Art. 35 I KVG zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung die Leistungserbringer, die die Voraussetzungen der Art. 36-40 KVG erfüllen. Leistungserbringer in diesem Sinne sind nach Art. 35 II KVG Ärzte und Ärztinnen (a), Apotheker und Apothekerinnen (b), Chiropraktoren und Chiropraktorinnen (c), Hebammen (d), Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen (e), Laboratorien (f), Abgabestellen für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienen (g), Spitäler (h), Geburtshäuser (i), Pflegeheime (k), Heilbäder (l), Transport- und Rettungsunternehmen (m) und Einrichtungen, die der ambulanten Kran-

890 Diese Rahmenverträge weisen eine unterschiedlich lange Gültigkeitsdauer auf. Oftmals wird mit mehrjährigen Rahmenkontrakten gearbeitet (so *Ruflin*, Leistungsverträge im Schweizer Sozial-, Gesundheits- und Bildungswesen: Konkrete Erfahrungen und feststellbare Wirkungen, in: *Schauer* (Hrsg.), *Neue Formen der Steuerung und Rechnungslegung in öffentlichen Haushalten*, 66).

891 *Dvorak/Ruflin*, *Der Leistungsvertrag*, S. 79.

892 *Dvorak/Ruflin*, *Der Leistungsvertrag*, S. 79. Siehe für das Praxisbeispiel eines Rahmenvertragsmusters *ebd.*, S. 78.

893 *Kieser*, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, S. 521 ff.

kenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen (n). Hierbei besteht in Art. 55 a KVG für den Bundesrat die Ermächtigung, eine bedarfsabhängige Zulassung einzuführen.

Im Bereich des IVG kann der Bundesrat gem. Art. 26bis II IVG nach Anhören der Kantone und der zuständigen Organisationen Vorschriften für die Zulassung von medizinischen Hilfspersonen - den Anstalten, die Eingliederungsmaßnahmen durchführen, sowie den Abgabestellen für Hilfsmittel - erlassen. Nach Art. 24 I IVV wurde der Erlass dieser Zulassungsvorschriften weiter an das Departement übertragen. Das BSV ist dem EDI zugeordnet.

Das MVG stellt in Art. 22 I bei der Zulassung von Medizinpersonal unmittelbar auf die bereits angesprochene kantonale Bewilligung zur Ausübung des ärztlichen oder zahnärztlichen Berufs ab. Darüber hinaus legt Art. 11 MVV, beruhend auf Art. 22 III MVG, die Voraussetzungen für die Zulassung der Heil-, Kur- und Pflegeanstalten sowie der Abklärungsstellen fest.

Eine weitere Möglichkeit der Einbindung Dritter in die Sozialleistungserbringung stellt die Konzessionserteilung dar. Durch sie wird ein Recht auf Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache verliehen. Dabei ist umstritten, ob dies als vertragliche Vereinbarung zwischen dem Konzessionär und dem Konzedenten oder als hoheitliche staatliche Maßnahme zu klassifizieren ist.⁸⁹⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei einer Konzession um einen einseitigen staatlichen Hoheitsakt, „dessen Inhalt Konzedent und Konzessionär unter Vorbehalt zwingenden öffentlichen Rechts frei vereinbaren könnten; damit werde die Konzession einem vertraglich begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar“.⁸⁹⁵ Mit anderen Worten ist das Konzessionsverfahren zweiaktig: Durch Verfügung werden die Regelungen aufgenommen, die besonders schwerwiegende öffentliche Interessen betreffen. Diese erkennt man daran, dass die Pflichten des Konzessionärs in einem Rechtssatz festgelegt sind.⁸⁹⁶ Im vertraglichen Teil der Konzession finden die verbleibenden, zur Ausübung der Konzession notwendigen Bestimmun-

894 Vgl. Häfelin/Müller, et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1091.

895 BGE 109 II 76, 77.

896 BGE 127 II, 69, 77.

gen, wie die Dauer der Konzession oder bestimmte Rechte des Konzessionärs,⁸⁹⁷ ihren Niederschlag.⁸⁹⁸

Kooperativ handeln die Parteien beim Abschluss von Leistungsverträgen. Dabei ist ein Leistungsvertrag eine „bindende Vereinbarung über Art, Umfang, Qualität, Kosten und Evaluation zu erbringender staatlicher Leistungen“.⁸⁹⁹ Er ist öffentlich-rechtlicher Natur.⁹⁰⁰

Den Begriff Leistungsvertrag nennt das AHVG nicht ausdrücklich. So erfolgt nach Art. 101bis II S. 1 AHVG die Beitragsgewährung zur Förderung der Altershilfe mittels Leistungsverträgen. Dabei kann die Versicherung gesamtschweizerisch tätigen gemeinnützigen privaten Institutionen Beiträge an die Personal- und Organisationskosten für die Durchführung folgender Aufgaben zugunsten Betagter gewähren: (a) Beratung, Betreuung und Beschäftigung; (b) Kurse, die der Erhaltung oder Verbesserung der geistigen oder körperlichen Fähigkeiten, der Selbstsorge sowie der Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt dienen; (c) Koordinations- und Entwicklungsaufgaben und (d) Weiterbildung von Hilfspersonal. Der Bundesrat bestimmt dabei die Subventionskriterien und setzt die Höchstgrenzen der Beiträge fest. Er kann deren Ausrichtung von weiteren Voraussetzungen abhängig machen oder mit Auflagen verbinden. Das zuständige Bundesamt schließt die Leistungsverträge ab und regelt die Berechnung der Beiträge sowie die Einzelheiten der Anspruchsvoraussetzungen.⁹⁰¹

Über diesen gesetzlich geregelten Fall hinaus können die Sozialleistungsträger auch in den anderen Sozialleistungsbereichen in den allgemeinen, bereits dargestellten Grenzen des öffentlich-rechtlichen Vertrages Leistungsverträge abschließen.

897 So BGE 127 II, 69 ff. zur Frage des Erwerbs eines Sondernutzungsrechts eines Gewässers auf Dauer. Dabei nennt es das Gericht als für die Anerkennung eines wohlverworbenen Rechts als maßgeblich, „dass die Konzessionserteilung vertragsähnlicher Natur ist: Innerhalb einer Konzession sind gerade diejenigen Rechte als wohlverworfen einzustufen, welche nicht durch einen Rechtssatz, sondern aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden sind (BGE 113 I a 357 E. 6a/cc S. 361, mit Hinweis)“ (BGE 127 II, 69, 77).

898 So Häfelin/Müller, *et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1092.

899 Dvorak/Ruflin, Der Leistungsvertrag, S. 3.

900 Vgl. Kieser, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 525.

901 Die Einzelheiten legen die Art. 222-225 AHVV fest.

c. Abruf der Leistung

Der Abruf der Leistung erfolgt durch den Berechtigten selbst.⁹⁰²

3. Der Einbindungsprozess bei Anstalten des IVG

a. Qualifikationsebene

Auf *kooperativem* Wege werden Vorgaben der Qualifikation der Anstalten, die Eingliederungsmaßnahmen durchführen, nach Art. 27 IVG durch den Abschluss eines Zusammenarbeits- und Tarifvertrages zwischen diesen Erbringern und dem Bundesrat festgelegt. Diese Zuständigkeit hat der Bundesrat in Art. 24 II IVV an das BSV subdelegiert. Die Wirkung dieser Verträge geht über die reine inter-partes-Wirkung dergestalt hinaus, als nach Art. 24 III IVV die vertraglich festgelegten beruflichen Bedingungen als Mindestanforderungen der Versicherung i. S. d. Art. 26bis I IVG und die festgesetzten Tarife als Höchstsätze i. S. d. Art. 27 III IVG für die Personen und Stellen gelten, die Eingliederungsmaßnahmen durchführen, ohne einem bestehenden Vertrag beizutreten.⁹⁰³

Einseitlich hoheitlich kann der Bundesrat die versicherungsrechtlichen Zulassungsvorschriften, anders als bei Ärzten, Zahnärzten und Apothekern,⁹⁰⁴ nach Art. 26bis II IVG selbst nach Anhörung der Kantone und der zuständigen Organisationen erlassen. Der Bundesrat hat in Art. 24 I IVV den Erlass dieser Zulassungsvorschriften wiederum dem Departement im Wege der Subdelegation übertragen. Das BSV ist dem EDI zugeordnet. Nachdem die Verordnung über die Zulassung von Sonderschulen in der Invalidenversicherung (SZV)⁹⁰⁵ mit Wirkung zum 1. April 2011 aufgehoben wurde, besteht auf bundesrechtlicher Ebene allein die Verordnung des EDI über die Zulassung von Pädakustikern und Pädakustikerinnen.⁹⁰⁶ Darin werden fachliche Anforderungen an die Personen im Wege der Ausbildung (Art. 3 der

902 Abhängig von der Erbringung als Natural- oder Kostenvergütungsleistung kommt es zu einer unmittelbaren Leistung an den Berechtigten oder zu einer Kostenerstattung (siehe hierzu Meyer, Allgemeine Einführung, in: Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 2. Aufl., S. 27, Rn. 120 ff.).

903 Siehe Bucher, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Rn. 412 ff.

904 Meyer/Murer, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, 2. Aufl., Art. 27.

905 Verordnung vom 11. September 1972.

906 Vom 25. Mai 2011, Nr. 831.201.26.

Verordnung) und an die Infrastruktur hinsichtlich der Räumlichkeiten (Art. 4 der Verordnung) und der technischen Einrichtung (Art. 5 der Verordnung) gestellt. Die Zulassung erfolgt auf Antrag der Gesuchsteller durch das BSV nach Art. 6 der VO. Die Zulassung kann dem Pädakustiker nach Art. 7 I der VO entzogen werden, wenn er die erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt oder die Frist des BSV zur Erfüllung der Voraussetzungen nicht einhält.

b. Ebene der Leistungsbereitstellung

Die Leistungsbereitstellung erfolgt im Rahmen des IVG durch *hoheitliche* Zulassung der Anstalten gemäß den kantonalen Vorschriften und den Anforderungen der Versicherung. Nur unter den zugelassenen Erbringern steht den Leistungsberechtigten das Wahlrecht des Art. 26bis I IVG zu.

c. Abruf der Leistung

Gem. Art. 26bis I IVG steht dem Versicherten die Wahl unter den zugelassenen Anstalten, die Eingliederungsmaßnahmen durchführen, frei. Der Berechtigte schließt damit selbst einen privatrechtlichen Vertrag mit der jeweiligen Anstalt ab.

4. Der Einbindungsprozess bei privaten Arbeitsvermittlern im AVIG

a. Qualifikationsebene

Außerhalb des Sozialversicherungsrechts werden im Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG),⁹⁰⁷ der darauf beruhenden (siehe Art. 41 AVG) bundesrätlichen Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV)⁹⁰⁸ und in der Gebührenverord-

907 Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989, Nr. 832.11.

908 Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991, Nr. 832.111.

nung zum Arbeitsvermittlungsgesetz (GebV-AVG)⁹⁰⁹ *hoheitliche, allgemein-generelle* Vorgaben zu Vermittlungs- und Beratungsleistungen durch private Arbeitsvermittler gesetzt. Dabei werden im AVG und der AVV in erster Linie qualitätssichernde Vorgaben personen- oder organisationsbezogener Art normiert. Betriebliche Voraussetzung ist nach Art. 3 I AVG, dass der Betrieb (a) im Schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, (b) über ein zweckmäßiges Geschäftslokal verfügt und (c) kein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen von Stellensuchenden oder von Arbeitgebern gefährden könnte. Die verantwortlichen Personen müssen nach Art. 3 II AVG (a) Schweizer Bürger oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung sein, (b) für eine fachgerechte Vermittlung Gewähr bieten und (c) einen guten Leumund genießen.⁹¹⁰ Art. 5 I AVG regelt die Möglichkeit des Bewilligungsentzugs für den Fall, dass er die Voraussetzung zur Bewilligung nicht mehr erfüllt, diese selbst durch unrichtige oder irreführende Angaben oder durch das Verschweigen von Angaben erwirkt hat, oder ihm ein wiederholter oder schwerwiegender Gesetzesverstoß gegen das AVG oder die Ausführungsvorschriften oder ausländerrechtliche Bestimmungen vorzuwerfen ist. Zuvor hat ihm nach Art. 5 II AVG die Bewilligungsbehörde eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes zu setzen.

Die GebV-AVG enthält die gebührenrechtlichen Vorgaben, die den Vermittlungsverträgen mit den betroffenen Personen zugrunde zu legen sind. Die Vergütung wird anhand der festgeschriebenen Gebühren (Einschreibgebühr für Stellensuchende nach Art. 2) und Provisionen (Art. 3-5) abgerechnet. Zusätzlich enthält die Verordnung Regelungen über Kautionen (Art. 6) zulasten von Verleihbetrieben und Gebührenregelungen über die Bewilligung für Arbeitsvermittlungsstellen (Art. 1) und für Personalverleihbetriebe (Art. 7). Hintergrund der Bewilligungsgebühren ist, dass, wer die Absicht hat, als Arbeitsvermittler zu arbeiten und in die Bewilligungspflicht des Art. 2 AVG⁹¹¹ fällt, einer *individuell-konkreten hoheitlichen* kantonalen Bewilligung seitens der kantonalen Amtsstellen bedarf. Eine Bedarfsprüfung findet dabei nicht statt. Die Antragsteller haben lediglich die personalen

909 Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes (Gebührenverordnung AVG) vom 16. Januar 1991, Nr. 832.113.

910 Diese personellen und organisatorischen Voraussetzungen werden in den Art. 8 und 9 der AVV näher ausgeführt.

911 Die Tatbestandsmerkmale des Art. 2 AVG werden in Art. 1-3 AVV näher konkretisiert.

und organisatorischen Vorgaben nachzuweisen und die Verwaltungsgebühr einzuzahlen.⁹¹² Die Bewilligung wird nach Art. 4 I AVG unbefristet erteilt und berechtigt zur Ermittlung in der ganzen Schweiz. Wollen die Arbeitsvermittler grenzüberschreitend tätig werden, können sie eine Eidgenössische Bewilligung beim Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) beantragen, deren Voraussetzung die jeweiligen kantonalen Bewilligungen sind. Beim seco existiert eine Liste der bewilligten, privaten Arbeitsvermittlungs- und Personalverleihbetriebe, die im Internet abrufbar ist.⁹¹³

Vorgaben für die im Rahmen des AVIG betrauten Personen und die Zusammenarbeit mit diesen regeln die Art. 119 b und c bis AVIV. Diese Vorschriften werden *einseitlich hoheitlich* durch eine Rechtsverordnung des Bundesrates *abstrakt-generell* festgelegt. So schreibt Art. 119 b I AVIV besondere fachliche Anforderungen an die mit der öffentlichen Arbeitsvermittlung betrauten Personen vor. Sie müssen innerhalb von fünf Jahren nach ihrer Einstellung im Besitz des Eidgenössischen Fachausweises Personalberatung sein oder eine vom Verband Schweizer Arbeitsmarktbörden (VSAA) als gleichwertig anerkannte Ausbildung oder Berufserfahrung vorweisen. Verantwortlich für die Qualifikationen sind nach Art. 119 b II AVIV die Kantone. Sie haben für eine spezifische Grundausbildung und eine adäquate Weiterbildung zu sorgen. In besonderen Fällen kann auch die Ausgleichsstelle selbst nach Art. 119 b III S. 2 AVIV Ausbildungskurse anbieten oder solche als obligatorisch erklären. Hinzu kommen verwaltungsinterne hoheitliche Richtlinien der Kantone zur Regelung der Zusammenarbeit.⁹¹⁴

Auf Grundlage von Art. 119 c bis II AVIV können die zuständigen kantonalen Stellen darüber hinaus mit den privaten Stellenvermittlern auf *kooperativem* Wege Verträge über die Zusammenarbeit abschließen. Darin verpflichten sich die privaten Stellenvermittler, das RAV (a) über den Ausgang der Vermittlungsbemühungen zu orientieren und ihm fehlbares Verhalten von Versicherten zu melden und (b) mit den nötigen Informationen zu versehen, damit dieses seine Aufgaben in der Arbeitsmarktbeobachtung

912 Ein Beispiel für einen Bewilligungsantrags des Kantons Freiburg findet sich unter http://www.fr.ch/spe/de/pub/employeurs/placement_prive.htm (besucht am 05.07.2014).

913 Siehe <http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis> (besucht am 05.07.2014).

914 Siehe beispielsweise für den Kanton St. Gallen die Richtlinien des Amtes für Arbeit „für die Zusammenarbeit zwischen dem Amt für Arbeit St. Gallen, Personalverleihbetrieben und privaten Arbeitsvermittlern“.

über das Datenbanksystem AVAM (Arbeitsvermittlung und Arbeitsmarktstatistik) wahrnehmen kann. Diesen Verträgen liegt eine zwischen dem seco und dem Verband der Personaldienstleister der Schweiz geschlossene Vereinbarung über die Rahmenbedingungen für die technische Zusammenarbeit zwischen den RAV und den privaten Arbeitsvermittlern vom März 2004 zugrunde.

b. Ebene der Leistungsbereitstellung

Da die Dienste der privaten Arbeitsvermittler für die RAV in der Regel kostenfrei sind, besteht kein Bedarf für eine über die allgemeine Bewilligung hinausgehende Regulierung auf der Ebene der Leistungserbringung. Die RAV weisen den Arbeitsvermittlungszentren einen privaten Arbeitsvermittler zu, sofern sie ihn als „geeigneten Kandidaten“⁹¹⁵ betrachten. Die Abrechnung der Leistung erfolgt durch den Arbeitsvermittler anhand der dem Vermittlungsvertrag zugrunde gelegten Gebühren in eigener Verantwortung.

c. Abruf der Leistung

Der Abruf der Leistung erfolgt wiederum durch den Berechtigten im Rahmen eines privatrechtlichen Vermittlungsvertrages.

5. Der Einbindungsprozess im Hilfsmittelrecht

a. Qualifikationsebene

Hoheitlich und allgemein-generell finden sich Vorschriften über die Hilfsmittelstellen und die mögliche Zusammenarbeit in vom Bundesrat erlassenen Rechtsverordnungen der IVV, AHVV und der MVV. Im IVG und im AHVG existiert wiederum die Subdelegation auf das EDI, das dieses durch den Erlass der HVI und der HVA wahrgenommen hat.

915 Siehe Nr. 2.2 I der Richtlinien des Amtes für Arbeit „für die Zusammenarbeit zwischen dem Amt für Arbeit St. Gallen, Personalverleihbetrieben und privaten Arbeitsvermittlern“.

Aufgrund Art. 27 I IVG i. V. m. Art. 24 II IVV und nach Art. 5 HVA kann das BSV *kooperativ* mit den Abgabestellen für Hilfsmittel Zusammenarbeits- und Tarifverträge über die Abgabe von Hilfsmitteln schließen.⁹¹⁶

b. Leistungsbereitstellung

Im Rahmen des IVG kann sich die Versicherung nach Art. 14bis I IVV die Hilfsmittel zwecks Ausschreibung beschaffen. Die Vergaberegeln des BöB sind dabei so weit wie möglich zu berücksichtigen. Dies gilt nach Art. 66ter II AHVV auch im Rahmen der AHV. Im Anschluss schließen die Versicherungen mit den Hilfsmittelherstellern Leistungsverträge ab. Dabei müssen die Verträge nicht notwendigerweise einen exklusiven Charakter haben. So können die Versicherer nach Art. 14bis II IVV Verträge auch mit mehreren Hilfsmittelherstellern abschließen. Die Versicherer haben somit ein Auswahlmessen hinsichtlich der Wahl des Verfahrens.

Diese Möglichkeiten sind im MVG nicht normiert. Diese fehlende Regelung passt insoweit in das System des MVG, als in diesem Versicherungszweig auch keine Listenvorgabe, wonach die Hilfsmittelerbringung beschränkt wird, existiert. Allerdings beteiligt sich die MV tatsächlich auch im Hilfsmittelbereich an den Tarifverträgen und tritt zudem zum Teil den Verträgen zwischen der IV und den im Vergabeverfahren gewählten Partnern bei.⁹¹⁷ Auf diesem Wege kann auch sie kooperativ Leistungen bereitstellen.

c. Abruf der Leistung

Die betroffene Person schließt einen eigenen privatrechtlichen Vertrag mit der Abgabestelle ab und ruft so die Leistung ab.

916 Eine ähnliche Regelung findet sich für den, bei der beruflichen Teilhabe nicht relevanten, Fall der Hilfsmittelabgabe im Rahmen der UV in Art. 3 der HVUV. Danach sind die Versicherer befugt, mit den Abgabestellen für Hilfsmittel vertraglich die Zusammenarbeit zu regeln und die Tarife festzulegen. Soweit keine Verträge bestehen, kann das EDI für die Vergütung von Hilfsmitteln Höchstbeträge festlegen.

917 Siehe die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (6. IV-Revision, erstes Massnahmepaket) vom 24. Februar 2010, S. 1930.

IV. Finanzierung

1. Finanzierungsstrukturen im Einbindungsprozess

a. Instrumente

Möglichkeiten der institutionellen Finanzierung sind zunächst Subventionen und Zuwendungen.⁹¹⁸ Diese stellen finanzielle Beiträge der öffentlichen Hand zu einem bestimmten Zweck dar und sind in der Regel Objektfinanzierungen. Hierbei fehlen jedoch oftmals Regelungen zu Quantität, Qualität und Preis. Sie werden vielmals als Pauschalbeträge erbracht.⁹¹⁹ Daneben besteht eine öffentliche Fördermöglichkeit in der Übernahme einer Defizitgarantie.⁹²⁰ Dabei verbürgt sich eine Instanz der öffentlichen Hand für die Deckung eines Rechnungsfehlbetrages.⁹²¹ Die Garantie ist durch ihre passive Unterstützung eine Risikoabsicherung. Bei Direktzahlungen (auch Direktabgeltungen) der öffentlichen Hand werden mit der Zahlung bestimmte Bedingungen vorgeschrieben.⁹²² Sie werden häufig im Agrarbereich angewendet, wobei z. B. hinsichtlich der Produktionsart oder der Bodennutzungen Bedingungen formuliert werden. Sofern aus staatlichen Fonds zur Förderung bestimmter Angebote zeitlich befristete Vorhaben unterstützt werden, handelt es sich um eine Projektförderung.⁹²³

Die Entgeltung der unmittelbaren Leistung der Erbringer erfolgt durch die Zahlung der mit den Leistungserbringern vereinbarten Entgelte oder im Wege der Kostenerstattung anhand tatsächlicher (vollständiger oder anteiliger) Kosten oder pauschalierter Beträge.

918 Siehe zum Begriff der Subventionen *Vallender/Hettich, et al.*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., S. 314 ff.

919 Vgl. *Dvorak/Ruflin*, Der Leistungsvertrag, S. 13 f. So bestimmt beispielsweise Art. 223 AHVV die Subventionskriterien für Beiträge zur Förderung der Altershilfe. Art. 224 AHVV regelt die Höhe der Beiträge, während Art. 225 AHVV das Verfahren festlegt.

920 Diese ist im Rahmen einer institutionellen Förderung ein eigenständiges Instrument.

921 Siehe *ebd.*, S. 14.

922 Sie sind jedoch nicht an Produktpreise gebunden.

923 Vgl. *ebd.*, S. 13 ff.

b. Finanzierungsregelungen in Verträgen

In den Zusammenarbeits- und Tarifverträgen werden die Berechnungsgrundlagen der Tarife der Leistungserbringer festgelegt. Dabei können neben Zeittarifen auch Einzelleistungs- oder Pauschaltarife vereinbart werden. Einem darüber hinausgehenden Vergütungsverlangen des Leistungserbringers muss eine „echte Mehrleistung“ zugrunde liegen. Es darf sich dabei also nicht um eine Leistung handeln, die vom Tarifvertrag abgedeckt ist.⁹²⁴

In den Leistungsverträgen werden ebenfalls Grundlagen der Finanzierung festgelegt. Dabei bieten sich Leistungsvereinbarungen als Handlungsformen gerade dann an, „wenn die Höhe der Abgeltung im Gesetz nicht genau festgelegt ist und zusammen mit der Abgeltung die Aufgabe an eine bestimmte Person übertragen und dabei näher konkretisiert werden kann“.⁹²⁵

c. Wege der Finanzierung

Sofern der Versicherer selbst Sachleistungen zur Verfügung stellen muss, wird vom Naturalleistungsprinzip gesprochen. Dann ist Schuldner des Leistungserbringers der Versicherer selbst und nicht der Leistungsempfänger. Dies ist beispielsweise bei Leistungen der Pflege grundsätzlich festgesetzt.⁹²⁶

Das Kostenvergütungssystem ist dann einschlägig, wenn der Versicherte dem Leistungserbringer gegenüber Schuldner der Leistung wird. Der Versicherte hat dann einen (teilweisen) Rückerstattungsanspruch gegen seinen Versicherer. Dies ist z. B. in Art. 42 I KVG normiert und wird auch als System des Tiers garant bezeichnet. In Art. 42 II KVG ist noch ein weiterer Weg genannt, das sog. System des Tiers payant. In diesen Systemen werden in den Verträgen zwischen Krankenversicherer und Leistungserbringer die Versicherer als Schuldner festgelegt.⁹²⁷

Einen Mittelweg, wie er sich auch in Deutschland mit dem persönlichen Budget des § 17 II-IV SGB IX findet, bildet die Erbringung der Sozialleistung mittels des Assistenzbudgets. Die Rechtsgrundlage des momentan in

924 Siehe *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 526 f.

925 *Mächler*, AJP/PJA 2002, S. 1175, 1184.

926 Eine Ausnahme besteht beispielsweise in Art. 10 UVG. Siehe hierzu *Scartazzini/Hürzeler*, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., § 11, Rn. 33.

927 Siehe *ebd.*, § 11, Rn. 33.

den Kantonen Basel-Stadt, St. Gallen und Wallis vom BSV zusammen mit der Stiftung Assistenz Schweiz (SAssiS) und den IV-Stellen der beteiligten Kantone durchgeführten Pilotversuches stellt die Verordnung über den Pilotversuch „Assistenzbudget“ des Schweizerischen Bundesrates vom 10. Juni 2005⁹²⁸ dar. Mit dem Ziel der Förderung der Selbstbestimmung wird den assistenzberechtigten Personen der Bedarf an persönlicher Hilfe in Form eines persönlichen Budgets in Geld ausbezahlt.⁹²⁹

2. Finanzierung im AVIG, IVG und im Hilfsmittelrecht

a. AVIG

Nach § 119 cbis III AVIV werden private Stellenvermittler für die erbrachten Dienstleistungen aus dem Ausgleichsfonds der ALV entschädigt. Dabei legt die Ausgleichsstelle die zu Entschädigungen berechtigenden Dienstleistungen und die Höhe der Entschädigung *einseitig hoheitlich* fest.

b. IVG

Im Bereich des IVG werden die Tarife und die Art der Finanzierung in der einzelfallbezogenen Finanzierung in den Zusammenarbeits- und Tarifverträgen festgelegt. Soweit kein Vertrag besteht, kann der Bundesrat gem. Art. 27 III IVG die Höchstbeträge festsetzen, bis zu denen den Versicherten die Kosten der Eingliederungsmaßnahmen vergütet werden.

Auf der Ebene der Strukturfinanzierung werden nach Art. 74, 75 IVG i. V. m. Art. 108-110 IVV an sprachregional oder national tätige Dachorganisationen der privaten Invalidenfachhilfe oder der Invalidenselbsthilfe von der IV Beiträge an die Kosten der Beratung und Betreuung Invaliden und ihrer Angehöriger geleistet. Dies gilt insbesondere für Beiträge an das be-

928 Nr. 831.203. Diese stützt sich auf den Buchstaben b der Schlussbestimmungen der Änderung vom 21. März 2003 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG).

929 Vgl. Baumgartner/Wacker, *et al.*, Pilotversuch Assistenzbudget. Assistenzmodelle im internationalen Vergleich, S. 4. Siehe zu den Teilnehmenden und der Evaluierung des Versuches im Einzelnen Latzel/Andermatt, Pilotversuch Assistenzbudget: Abklärung des Assistenzbedarfs; Balthasar/Müller, CHSS 2008, S. 50; sowie Lory/Eberhard, CHSS 2006, S. 278.

gleitete Wohnen sowie an Kurse zur Ertüchtigung Invalider nach Art. 74 I IVG, 108-109 IVV.

c. Hilfsmittelerbringung

Stellt der Leistungsberechtigte einen Antrag auf Erbringung eines im Anhang der HVI aufgeführten Hilfsmittels, so hat die IV nach Art. 3bis HVI mehrere Möglichkeiten:

Sie kann (a) dem Versicherten einmalige oder periodische Beiträge an ein von ihm angeschafftes Hilfsmittel zahlen, (b) dem Versicherten eine Pauschale für die Anschaffung eines Hilfsmittels zahlen oder (c) die Mietkosten für ein gemietetes Hilfsmittel übernehmen. Die genaue Höhe der Vergütung für das jeweilige Hilfsmittel ist, wie die Hilfsmittelliste selbst, im Anhang zur HVI zu finden. Diese Kosten können unmittelbar an den Hilfsmittelerbringer fließen. Schafft sich der Leistungsberechtigte das in der Liste aufgeführte Mittel selbst an, hat er nach Art. 8 HVI einen Kostenerstattungsanspruch in der Höhe, die der Versicherung bei eigener Anschaffung oder Kostenübernahme entstanden wäre. Wichtig für die berufliche Eingliederung von Menschen mit Behinderungen ist zudem Art. 9 I a und b HVI. Danach hat der Versicherte einen Anspruch auf die Vergütung der ausgewiesenen invaliditätsbedingten Kosten für besondere Dienstleistungen, die von Dritten erbracht werden und anstelle eines Hilfsmittels notwendig sind, um entweder den Arbeitsweg zu überwinden oder den Beruf auszuüben. Begrenzt sind diese Kosten durch Art. 9 II HVI. Danach dürfen die Kosten der Dienstleistung (monatlich) weder den Betrag des monatlichen Erwerbseinkommens der versicherten Person noch den anderthalbfachen Mindestbetrag der ordentlichen Altersrente übersteigen.

Nach Art. 2 II HVA leistet die AHV grundsätzlich 75 % des Nettopreises der im Anhang zur HVA existierenden Liste (Perücken, Hörgeräte für ein Ohr, Lupenbrillen, Sprechhilfegeräte für Kehlkopferoperierte, Gesichtsepithesen, Orthopädische Mass-Schuhe und orthopädische Serien-Schuhe sowie Rollstühle ohne Motor). Eine Ausnahme besteht, wenn sich der Bestandschutz aus der IV nach Art. 4 HVA durchsetzt.

Im MVG hat der Versicherte, der sich das Hilfsmittel selbst beschafft, ebenfalls einen Kostenerstattungsanspruch in Form eines Beitrages nach Art. 21 III MVG für ein einfaches und zweckmäßiges Hilfsmittel. Dies gilt nach Art. 21 IV MVG auch dann, wenn statt des Hilfsmittels die Dienstleistung eines Dritten benötigt wird. Zudem hat der Versicherte nach Art. 21 VI

MVG einen Anspruch auf Ersatz von erheblichen Kosten, die bei ihm durch den Betrieb, das Gebrauchstraining und Reparaturen eines Hilfsmittels angefallen sind. Eine höhenmäßige Beschränkung des Hilfsmittelanspruchs durch Höchstbeträge und Pauschalen (IVG) oder prozentuale Erstattung (AHVG) existiert im MVG nicht.

V. Auswahlkriterien

1. Qualität

Eine allgemeine sozialrechtszweigübergreifende Regelung zur QS gibt es nicht. Auch in der BV taucht der Terminus Qualität lediglich im Bereich des Bildungswesens in Art. 61 a I und 63 a III BV auf.

a. KVG

Im Bereich der Sozialversicherungsgesetze enthält allein das KVG in Art. 58 i. V. m. Art. 77 KVV ausführliche Regelungen zur QS in der Krankenversicherung. So kann der Bundesrat nach Art. 58 I KVG systematische wissenschaftliche Kontrollen zur Sicherung der Qualität oder des zweckmäßigen Einsatzes der Leistungen vorsehen, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen werden. Dazu hat er im Vorfeld die interessierten Organisationen anzuhören. Die Durchführung dieser Kontrollen kann er nach Art. 58 II KVG den Berufsverbänden oder anderen Einrichtungen übertragen. In Art. 77 I KVV verpflichtet der Bundesrat die Leistungserbringer und ihre Verbände, Konzepte und Programme über die Anforderungen an die Qualität der Leistungen und die Förderung der Qualität zu erarbeiten. Dabei werden die Art und Weise der Durchführung, also die Kontrolle der Durchführung und die Folgen der Nichterfüllung der Qualitätsanforderungen, sowie die Finanzierung in den Tarifverträgen oder auch in besonderen Qualitätssicherungsverträgen mit den Versicherern oder deren Verbänden vereinbart. Die vertraglichen Bestimmungen haben den allgemein anerkannten Standards, unter besonderer Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen, zu entsprechen. Die Leistungserbringer werden somit Akteur der QS, indem sie zur Mitwirkung herangezogen wer-

den.⁹³⁰ Sie sind nach Art. 77 II KVV zudem verpflichtet, das Bundesamt für Gesundheit (BAG) über die jeweils gültigen Vertragsbestimmungen zu informieren. Das BAG selbst kann dann über die Durchführung dieser Bestimmungen von den Erbringern Berichterstattung verlangen. Es wird durch diese Bestimmungen in die Lage versetzt, den jeweils aktuellen Stand zwischen den Vertragsparteien zu überblicken und zu kontrollieren.⁹³¹ In den Bereichen, in denen (noch) kein Vertrag abgeschlossen ist oder der Vertrag nicht mit den eben dargelegten Vorschriften des Art. 77 I KVV übereinstimmt, hat der Bundesrat selbst nach Art. 77 III KVV die erforderlichen Bestimmungen zu erlassen.

Nach Art. 58 III S. 1 KVG regelt der Bundesrat, mit welchen Maßnahmen die Qualität oder der zweckmäßige Einsatz der Leistung dabei zu sichern bzw. wiederherzustellen ist. Er kann dabei bestimmte Maßnahmen festlegen. Dies sind nach Art. 58 III S. 2 KVG insbesondere die Normierung (a) der Notwendigkeit, die Zustimmung des Vertrauensarztes oder der Vertrauensärztin vor der Durchführung bestimmter, insbesondere besonders kostspieliger Diagnose- oder Behandlungsverfahren zu wiederholen, und (b) die Vergütung besonders kostspieliger oder schwieriger Untersuchungen oder Behandlungen davon abhängig zu machen, dass sie besonders qualifizierte Leistungserbringer durchführen. Der Bundesrat kann diese Erbringer selbst näher bezeichnen. Die Befugnisse nach Art. 58 III KVG übertrug der Bundesrat in Art. 77 IV KVV an das EDI. Dieses setzt die Maßnahmen nach Anhörung der zuständigen Kommission fest. Im Anhang 1 der Krankenpflegeleistungsverordnung, (KLV)⁹³² werden mehrere Sachverhalte „besonders kostspieliger oder schwieriger Untersuchungen oder Behandlungen“ i. S. d. Art. 58 III S. 2 b KVG umschrieben, deren Durchführung qualifizierten Leistungserbringern obliegt. Diese einseitig hoheitliche Festlegung von Qualitätsstandards und ihrer Kontrolle durch die Exekutive ergänzt die bereits in Art. 43 II d KVG normierte Möglichkeit, die QS auf kooperativem Wege zwischen den Tarifpartnern festzulegen. In den Verträgen zwischen Erbringern und Versicherern kann damit ebenfalls bestimmt werden, dass die Vergütung bestimmter Leistungen ausnahmsweise von Bedingungen abhängig machen, welche über die Voraussetzungen der allgemeinen

930 Vgl. *Scartazzini/Hürzeler*, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., § 16, Rn. 210.

931 Siehe auch *ebd.*, § 16, Rn. 210.

932 Verordnung des EDI über Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV) vom 29. September 1995, Nr. 832.112.31.

Zulassungsvoraussetzungen der Art. 36-40 KVG hinausgehen. So kann die Vergütung vom Vorliegen der notwendigen Infrastruktur oder notwendigen Aus-, Weiter- oder Fortbildung eines Leistungserbringers abhängig gemacht werden. Diese Vorschrift korreliert insofern mit der Vorgabe des Art. 58 III S. 2 b KVG, als der Leistungserbringer, der sich auf den Abschluss eines solchen Vertrages einlässt, gerade zu einem „besonders qualifizierten Leistungserbringer“ wird. Andere Leistungserbringer werden durch den Abschluss eines solchen Vertrages von der Erbringung der explizit bestimmten Leistungen ausgeschlossen. Sowohl die hoheitliche Festlegung wie die kooperative Einigung über diese besonderen Qualitätsstandards schränken somit das Wahlrecht des Versicherten nach Art. 41 I, II KVG ein.

b. IVG

Im IVG regelt Art. 64 a, dass das Bundesamt die administrative Aufsicht über die IV-Stellen einschließlich der regionalen ärztlichen Dienste ausübt. Es gibt dabei insbesondere Kriterien vor, um die Wirksamkeit, Qualität und Einheitlichkeit der Erfüllung der Aufgaben nach den Art. 57 und 59 II bis IVG zu gewährleisten, und überprüft die Einhaltung dieser Kriterien.

c. AVIG

Im AVIG kann nach Art. 59 c V S. 2 der Bundesrat Richtlinien für die Qualitätsprüfung bei den Bildungsmaßnahmen aufstellen. Dies steht im Zusammenhang mit der Möglichkeit des Bundesrates, nach Art. 59 c V S. 2 AVIG Ausgleichsstellen zu ermächtigen, die Entscheidungskompetenz über Beitragsgesuche für kollektive Bildungs- und für Beschäftigungsmaßnahmen bis zu einem von ihm bestimmten Höchstbetrag den zuständigen Amtsstellen zu übertragen.

Die Normierung von Qualitätssicherungsregeln wird also sowohl im Bereich des IVG wie des AVIG auf die exekutive Ebene verlagert. Auch im Bereich des KVG werden in der KVV, also durch exekutive Normsetzung, detaillierte Regelungen zur QS getroffen.

2. Wirtschaftlichkeit

Im Grundsatz der in Art. 183 II BV verankerten ordnungsgemäßen Haushaltsführung kommt das Wirtschaftlichkeitsprinzip als allgemeinem Verfassungsgrundsatz zum Ausdruck, obwohl sich der Terminus „Wirtschaftlichkeit“ in der BV nicht findet.⁹³³ Dieser Grundsatz zeichnet sich auch im Ziel des Art. 1 II b FGH⁹³⁴ ab, wonach die Verwaltungsführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen unterstützt sowie der wirtschaftliche und wirksame Einsatz der öffentlichen Mittel mit dem FGH gefördert werden soll. Folge des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit ist die Anwendung des Minimal- und des Maximalprinzips bei der Verwendung öffentlicher Gelder.⁹³⁵

Somit haben auch im Sozialrecht die Leistungserbringer grundsätzlich eine kostengünstige Leistungserbringung sicherzustellen.⁹³⁶ Die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit einer Sozialleistung kann im Vorfeld erfolgen, wird aber meist im Nachgang durchgeführt. Dabei steht neben der Methode der Einzelfallkontrolle die Möglichkeit des Durchschnittskostenvergleichs zur Verfügung.⁹³⁷ Hierzu „werden die durchschnittlichen Kosten, welche ein Leistungserbringer ausgelöst hat, verglichen mit dem Fallkostendurchschnitt einer Gruppe von Leistungserbringern, denen der betreffende Leistungserbringer zugehört“.⁹³⁸

Eine umfassende Regelung zur Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung trifft wiederum nur das KVG in Art. 56. Nach Art. 56 I KVG muss sich der Leistungserbringer in seinen Leistungen auf das Maß beschränken, das erstens im Interesse der Versicherten liegt und zweitens für den Behand-

933 So *Stauffer*, in: *Ehrenzeller/Mastronardi, et al.* (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 183, Rn. 41.

934 Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz - FGH), Nr. 611.0.

935 Vgl. *Stauffer*, in: *Ehrenzeller/Mastronardi, et al.* (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 183, Rn. 41.

936 *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 527. In der Invalidenversicherung ist der Gedanke der Wirtschaftlichkeit an den Tatbestandsmerkmalen der Erforderlichkeit, Notwendigkeit und Geeignetheit der Leistung festzumachen (siehe *Mosimann*, Wirtschaftlichkeit in der Invalidenversicherung: Berufliche Maßnahmen, in: *Riemer-Kafka* (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Sozialversicherung, S. 67, 72 ff.).

937 Siehe *Kieser*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 528.

938 *Ebd.*, S. 528. Dabei werden neben den direkten Kosten auch die veranlassten Kosten in die Berechnung eingestellt.

lungszweck erforderlich ist.⁹³⁹ Nach Art. 56 II S. 1 KVG kann für Leistungen, die über dieses Maß hinausgehen, die Vergütung verweigert werden. Eine zu viel bezahlte Leistung kann nach Art. 56 II S. 2 KVG zurückgefordert werden.

3. Qualität und Wirtschaftlichkeit im Einbindungsprozess

Die Konkretisierung, Implementierung und Überwachung der Auswahlkriterien Qualität und Wirtschaftlichkeit erfolgt auf der Ebene der Qualifikation und der Leistungsbereitstellung. Im Nachgang erfolgt sowohl im BBV eine Nachsorge als auch aufsichtsrechtliche Kontrollen. Da der Abruf der Leistung jeweils durch privatrechtlichen Vertrag zwischen Berechtigtem und Erbringer erfolgt, müssen die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistung in den vorhergehenden Ebenen gesichert sein.

a. Qualifikations- und Leistungsbereitstellungsebene

Die polizeiliche Zulassung ist ein außerhalb des Sozialversicherungsrechts stehendes Instrument, auf das sich das Sozialrecht bezieht, um die Qualität der Leistungserbringung sicherzustellen. Indem die Zulassung auf der Ebene der Leistungsbereitstellung zur Voraussetzung der Erbringung von Sozialleistungen gemacht wird, wird sie in den Einbindungsprozess implementiert. Dies geschieht etwa in Art. 35 I für Medizinpersonal. In Zusammenarbeits- und Tarifverträgen sowie in Rahmenverträgen werden Qualitäts- sowie Wirtschaftlichkeitsstandards zwischen Trägern und Erbringern ausgehandelt. Durch ihre inter-partes-Wirkung erhalten sie Geltungswirkung.⁹⁴⁰ Die Leistungsträger können die festgelegten Standards prüfen und durchsetzen. Auf diesen aufbauend werden auf der Leistungsbereitstellungsebene Leistungsverträge abgeschlossen.

939 Der Normbefehl des Art. 56 I KVG trifft neben dem Leistungserbringer selbst auch den Leistungsträger (so *Eugster* Krankenversicherung, in: *Meyer* (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band XIV, 2. Aufl., S. 337, Rn. 789).

940 Abweichend hiervon erlangen die Zusammenarbeits- und Tarifverträge mit Werkstätten inter-omnes-Wirkung, indem sie nach Art. 26 I, III IVG die Mindestanforderungen der Versicherung und die Höchstsätze festlegen.

Die Qualitätsanforderungen beziehen sich hauptsächlich auf persönliche Voraussetzungen, wie fachliche Nachweise der erbringenden Personen, sowie auf strukturelle Erfordernisse. Diese betreffen hauptsächlich räumliche wie technische Einrichtungen.

Die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung wird bei Anstalten der IV durch Festlegung von Höchstsätzen gesichert, die grundsätzlich kooperativ in Zusammenarbeits- und Tarifverträgen festgelegt werden. Im Hilfsmittelrecht der IV und der AHV werden die Kosten durch Festsetzung von Hilfsmittellisten gesteuert. In der HVI ist die Höhe der Vergütung für das jeweilige Hilfsmittel mit aufgeführt und durch den Betrag des monatlichen Erwerbseinkommens der versicherten Person bzw. den Mindestbetrag der ordentlichen Altersgrenze gedeckelt. Die HVA setzt die Zahlung von pauschal 75 % des Nettopreises der gelisteten Hilfsmittel fest. In der MV werden keine Maßnahmen der Kostensteuerung unternommen. Es kommt allein auf die Zweckmäßigkeit des Hilfsmittels an.

b. Kontrolle im BBV

Die Einhaltung der zwischen Trägern und Erbringern festgelegten Standards wird im BBV kontrolliert. Ausdrückliche Sanktionsmöglichkeiten normiert allerdings nur das KVG in Art. 59 I. Diese richten sich gegen Leistungserbringer, die gegen gesetzlich, insbesondere in Art. 58 KVG, vorgesehene oder gegen vertragliche Abmachungen verstoßen. Diese umfassen (a) die Verwarnung, (b) die gänzliche oder teilweise Rückerstattung der Honorare, welche für nicht angemessene Leistungen bezogen wurden, (c) eine Buße und (d) im Wiederholungsfalle den vorübergehenden oder definitiven Ausschluss von der Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung. Entscheidungsbefugt über die Sanktion ist auf Antrag eines Versicherers oder Versicherungsverbandes ein kantonales Schiedsgericht nach Art. 89 KVG.⁹⁴¹ Dabei sind unter Verstößen i. S. d. Art. 59 I nach Art. 59 III KVG insbesondere die Nichtbeachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes nach Art. 56 KVG, die nicht erfolgte oder mangelhafte Erfüllung der Informationspflicht nach Art. 57 VI KVG, die Weigerung, sich an Qualitätssiche-

941 Zuständig ist dabei nach Art. 89 II KVG das Schiedsgericht desjenigen Kantons, dessen Tarif zur Anwendung gelangt oder in dem die ständige Einrichtung des Leistungserbringers liegt. Zur Zusammensetzung siehe Art. 89 III KVG. Das Verfahren wird nach Art. 89 IV KVG kantonal geregelt. Es muss einfach und rasch sein.

rungsmaßnahmen nach Art. 58 KVG zu beteiligen, die Nichtbeachtung des Tarifschutzes nach Art. 44 KVG, die unterlassene Weitergabe von Vergünstigungen nach Art. 56 III KVG sowie betrügerische Manipulation von Abrechnungen oder die Ausstellung von unwahren Bestätigungen zu verstehen.

c. Aufsichtliche Kontrolle

aa. Im Allgemeinen Verwaltungsrecht

Die aufsichtliche Kontrolle im allgemeinen Verwaltungsrecht betrifft nicht die Organisations- oder Dienstaufsicht, also das „Verhältnis im Gemeinwesen zu den Trägern seiner dezentralen Verwaltung“.⁹⁴² Vielmehr ist Adressat der Maßnahmen der dezentrale Verwaltungsträger als solcher. Die Aufsicht beschränkt sich auf Weisungen, die nicht dem Autonomiebereich des beaufsichtigten Verwaltungsträgers zuzuordnen sind. Dabei ist Autonomie dann anzunehmen, wenn dem Träger eine erhebliche Entscheidungsfreiheit zusteht. Ihr Maß orientiert sich an den einschlägigen Sachgesetzen.⁹⁴³

ab. In der Sozialverwaltung

Die Aufsicht in der Sozialversicherung richtet sich zwar nach Art. 76 ATSG, wonach der Bundesrat die Durchführung der Sozialversicherung überwacht, hierüber regelmäßig Bericht erstattet und in den Fällen des Art. 76 II ATSG die Kompetenz zur Anordnung von Maßnahmen zur Wiederherstellung der gesetzmäßigen Verwaltung innehat. Da der Gesetzgeber dennoch bei Einführung der Vorschrift davon ausging, dass die einzelgesetzlichen Vorschriften erhalten bleiben sollen,⁹⁴⁴ ist die Aufsicht nicht einheitlich geregelt, und zwar weder inhaltlich noch organisatorisch.⁹⁴⁵

942 Tschannen/Zimmerli, et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 39. Die Dienstaufsicht spielt sich hingegen innerhalb der einzelnen Verwaltungsträger ab.

943 Vgl. Ebd., § 5, Rn. 33 f.

944 Vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 76, Rn. 14.

945 Siehe Scartazzini/Hürzeler, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., § 11, Rn. 7. Zudem meint Aufsicht i. S. d. Art. 76 ATSG nur die Oberaufsicht. Dies schließt die Wahrnehmung der Aufsicht durch eine andere Behörde nicht aus (so Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 76, Rn. 5).

Die Aufsicht über die ALV hat das *seco* und für die Erhebung der Beiträge das BSV inne. Die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge ist zweistufig aufgebaut: Sie wird von einer kantonalen Behörde ausgeübt, die ihrerseits der Oberaufsicht des Bundesrates bzw. dem BSV unterliegt. Über Kranken-, Unfall- und Militärversicherung obliegt dem BAG die Aufsicht.⁹⁴⁶

Genauer betrachtet bedeutet das, dass der Bund den Vollzug des IVG durch die IV-Stellen überwacht. Dabei hat er nach Art. 64 I IVG für die einheitliche Anwendung zu sorgen. Über die IV-Stellen wiederum (und die regionalen ärztlichen Dienste) übt das BSV die fachliche, administrative und finanzielle Aufsicht aus. Inhalt der Aufsicht ist die Überprüfung, ob die IV-Stellen die ihnen zugewiesenen Aufgaben gehörig erfüllen. Als Aufsichtsmittel, um die Wirksamkeit, Einheitlichkeit und Qualität der Aufgabenerfüllung zu garantieren, steht dem BSV das Weisungsrecht zu. Hinzu kommt die Möglichkeit, Kriterien vorzugeben. Die Aufsicht über die Träger der ALV obliegt dem Bundesrat (Art. 76 ATSG) und wird vom *seco* und im Bereich der Beiträge vom BSV übernommen.⁹⁴⁷ Nach Art. 110 AVIG ist es insbesondere ihre Aufgabe, für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Die Aufsicht über die Träger der AHV hat der nach Art. 76 I AHVG zuständige Bundesrat i. S. d. Art. 72 AHVG in Art. 176 AHVV dem EDI übertragen. Dieses hat es im Wege der Subdelegation im Schwerpunkt an das BSV weiterübertragen.⁹⁴⁸ Die Aufsicht über die Träger der MV steht dem Bundesamt für Gesundheit zu.⁹⁴⁹

ac. Bei der Auslagerung öffentlicher Aufgaben auf Dritte

Die Reichweite der Aufsicht bei der Auslagerung auf Private richtet sich nach dem jeweiligen Privatisierungserlass und der darin niedergelegten Restverantwortung des Staates.⁹⁵⁰ Öffentliche Unternehmen und beliebene Dritte stehen hingegen unmittelbar unter der Organisationsaufsicht des Gemeindewesens.⁹⁵¹ Sofern der Bund einer nichtstaatlichen Organisation mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auch ein höheres Maß an Fle-

946 Vgl. *Scartazzini/Hürzeler*, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., § 11, Rn. 7.

947 Dabei erlässt der Bundesrat i. S. d. Art. 109 AVIG die Ausführungsbestimmungen.

948 Vgl. auch *ebd.*, § 20, Rn. 19.

949 *Ebd.*, § 18, Rn. 5.

950 Vgl. *Tschannen/Zimmerli, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 83.

951 Siehe *ebd.*, § 10, Rn. 20.

xibilität zubilligt, ist ein verfassungsrechtliches Aufsichts- und Interventionsrecht ausgeschlossen.⁹⁵² „Inhalt und Schranke bildet der öffentliche Leistungsauftrag durch Gesetz oder Vertrag, dessen Erfüllung stets in der Aufsichtskompetenz des delegierenden Gemeinwesens liegen muss.“⁹⁵³

VI. Verfahren

An die Auswahlverfahren sind zusätzliche Anforderungen zu stellen, wenn die Träger in Ausübung ihrer Strukturverantwortung den Sozialleistungsmarkt beschränken, indem sie Bedarfsplanungsgesichtspunkte in die Auswahl einstellen.

1. Öffentliches Beschaffungsrecht

Normierungen zur Beschaffung durch öffentliche Stellen unter Berücksichtigung von Bedarfsplanungen finden sich im öffentlichen Beschaffungsrecht. Dabei wird im Schweizer Recht unter öffentlichem Beschaffungsweisen der rechtsgeschäftliche „Erwerb von Mittel des Staates, die dieser zu seiner Aufgabenerfüllung benötigt“, ⁹⁵⁴ verstanden. Synonym werden die Termini „Submission“, „öffentliche Auftragsvergabe“ oder „Vergabe“ verwendet. Die Konzessionsvergabe wird dagegen nicht als öffentliche Beschaffung verstanden, da Privaten eine Leistung verkauft wird, nicht aber eine Leistung vom Staat eingekauft.⁹⁵⁵ Nach der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts finden jedoch auch auf die Vergabe von Konzessionen die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung zumindest sinngemäß Anwendung.⁹⁵⁶

Die Rechtsquellen des öffentlichen Beschaffungsrechts finden sich in den Staatsverträgen GPA (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungs-

952 Siehe Gross, Aufsicht und Verantwortlichkeit, in: *Schaffhauser/Polledna* (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, S. 125, 133.

953 *Ebd.*, S. 133.

954 *Rhinow/Schmid, et al.*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., S. 254.

955 Siehe *ebd.*, S. 234.

956 So entschieden für die Frage der Anwendung von Beschaffungsrecht auf das Monopol zum Plakatanschlag auf öffentlichem Grund in BGE 125 I, 209 ff.

wesen),⁹⁵⁷ das auch für die Kantone gilt, dem bilateralen Abkommen CH/EG,⁹⁵⁸ das die bilaterale Liberalisierung des Binnenmarktes zum Ziel hat, und im EFTA-Übereinkommen,⁹⁵⁹ das in Art. 37 auch das öffentliche Beschaffungswesen der Vertragsparteien erfasst.⁹⁶⁰ Das GPA, „das die Ordnung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in grundsätzlich neue Bahnen gelenkt“⁹⁶¹ hat, wurde vom Bund und den Kantonen getrennt umgesetzt:⁹⁶² auf Bundesebene durch das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen,⁹⁶³ die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen⁹⁶⁴ und Art. 13 des Alpentransit-Beschlusses⁹⁶⁵,⁹⁶⁶ auf kantonaler Ebene durch Vergabeerlasse und interkantonal durch die Interkantonale Vereinba-

957 GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Nr. 0632.231.422, dem die Schweiz mit Wirkung zum 1. Januar 1996 beiträt.

958 Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999, Nr. 0.172.052.68.

959 Abkommen über die Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 4. Januar 1960, Nr. 0.632.31.

960 Siehe *Stöckli*, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl., S. 6; sowie den Überblick bei *Gauch*, RdJB 1997, S. 165, Rn. 165 ff.

961 *Galli/Lehmann, et al.*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, S. 1 f.

962 Dabei lässt sich das Recht der EU als „Auslegungshilfe heranziehen“ (BGE 125 II, 293, 307). Dies beruht auf der Tatsache, dass sowohl die Umsetzungsnormen im Schweizer Recht als auch das EU-Recht die internationalen Vorgaben zum Vergaberecht des GPA umsetzen. Siehe *Stöckli*, NZBau 2002, S. 7, 9.

963 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994, Nr. 172.056.1.

964 (VöB) vom 11. Dezember 1995, Nr. 172.056.11. Die Verordnung regelt grundsätzlich alle öffentlichen Beschaffungen des Bundes. Sofern die Vergabe bereits unter die Regelungen des BöB fällt, stellt die Verordnung die einschlägigen Ausführungsbestimmungen bereit. Siehe *Stöckli*, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl., S. 9 f. Zur Beschaffung als Reaktion auf ein Beschaffungsproblem siehe *Beyeler*, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, S. 11 ff.

965 (ATB/AltraV) vom 4. Oktober 1991.

966 Weitere Vorschriften auf Bundesebene, die wiederum Wirkungen auf das Vergaberecht der Kantone entfalten, finden sich in den Art. 44 ff. der Nationalstrassenverordnung vom 18. Dezember 1995, Nr. 725.111 und dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995, Nr. 943.02. Das Wettbewerbsrecht des Bundes ist in dem Wettbewerbsgesetz des Bundes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, Nr. 241 und dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995, Nr. 251 geregelt.

rung über das öffentliche Beschaffungswesen,⁹⁶⁷ der inzwischen alle Kantone beigetreten sind.

Da im Schweizer Bundesrecht der Begriff der öffentlichen Vergabe nicht legal definiert ist, war die Begriffsbildung den Gerichten überlassen. So hat das Schweizer Bundesgericht in der eben genannten Entscheidung über die Konzessionsvergabe fünf Begriffselemente herausgearbeitet: (1.) die öffentliche Hand als Nachfragerin, (2.) die Nachfrage auf dem freien Markt, (3.) ein privates Unternehmen als Anbieter, (4.) die Bezahlung einer Vergütung durch die öffentliche Hand und (5.) die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe.⁹⁶⁸

2. Anwendbarkeit im Sozialleistungsrecht

Fraglich ist dabei, ob das Vergaberecht auch bei der Einbindung Dritter im Sozialleistungsrecht Anwendung findet. Da die hoheitliche Einbindung bereits aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt und es sich bei den Zusammenarbeits- und Tarifverträgen mangels Entgeltlichkeit nicht um öffentliche Aufträge handelt, fokussiert sich die Frage auch im Schweizer Recht auf die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts auf Leistungsverträge. Infrage steht ihre Eigenschaft als öffentliche Aufträge. Eine Bereichsausnahme für Aufträge an Behinderteninstitutionen normiert Art. 10 I a IvöB. Die Anwendungsfrage konzentriert sich somit auf nicht in Einrichtungen für Menschen mit Behinderung erbrachte Dienst- und Sachleistungen.

a. Leistungsverträge als öffentliche Aufträge

Grundsätzlich ist anerkannt, dass dem Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages ein Vergabeverfahren vorausgehen kann.⁹⁶⁹ Allerdings untersteht die Einbindung Dritter zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf der

967 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994, revidiert am 15. März 2001, Nr. 172.056.5.

968 Vgl. auch *Stöckli*, NZBau 2002, S. 7, 8.

969 BGE 134 II 297, 301; siehe *Häfelin/Müller, et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1102; vgl. auch *Gauch*, Zuschlag und Verfügung: Ein Beitrag zum öffentlichen Vergaberecht, in: *Hänni* (Hrsg.), Mensch und Staat, S. 595, Rn. 89.

Basis eines Leistungsvertrages nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Zürich zur IVöB nicht den Regeln für öffentliche Beschaffungen.⁹⁷⁰ In der konkreten Entscheidung ging es um die Frage, ob es sich bei dem Beschluss des Gesundheits- und Umweltsportaments der Stadt Zürich, die Leistungsaufträge über alle Sparten der Spitex (Spitalexterne Kranken- und Gesundheitspflege) an die bestehenden Spitex-Vereine zu verteilen, um einen öffentlichen Auftrag handle. Ziel des Beschlusses war es, einerseits alle Spitex-Leistungen aus einer Trägerschaft anzubieten und andererseits das Prinzip der „Quartierverwurzelung“ beizubehalten. In der Stadt Zürich werden die Leistungen der Spitex zum einen von den Spitex-Vereinen des Quartiers oder der Region (in Form der Gemeindekrankenpflege, Hauspflege und teilweise der Haushilfe) und zum anderen von einem weiteren Erbringer – der A – erbracht (nur in Form der Haushilfe). Geklagt hatte die A. Infrage stand also, ob die Stadt Zürich im Vorfeld der Entscheidung nicht das offene oder selektive Verfahren des Art. 12 a, b IVöB anzuwenden gehabt hätte. Das Verwaltungsgericht Zürich verneinte dies. Es argumentierte, unter öffentlichem Beschaffungswesen verstehe „man den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Mitteln durch den Staat, die dieser zur Auftragserfüllung“ benötige. Konsument der Leistung sei dabei das Gemeinwesen. Bei öffentlichen Aufträgen handle es sich „stets um Rechtsgeschäfte, mit denen die öffentliche Hand sich gegen entsprechende Bezahlung die für ihre Tätigkeit nötigen Sachmittel und Leistungen beschafft, d. h. um ‚Einkäufe‘ des Staates. [...] Honorarschuldner der erbrachten Leistung sind die Versicherten. Diese haben den Leistungserbringern die Leistung zu vergüten und besitzen einen Rückerstattungsanspruch gegen den Versicherer. Ein direkter Anspruch des Leistungsträgers gegenüber dem Versicherer besteht nur, wenn diese eine entsprechende Vereinbarung treffen“. Das Gericht folgert daraus, dass die Stadt Zürich somit „nicht ‚Konsument‘ einer Dienstleistung im Sinne des öffentlichen Beschaffungswesens“ sei. Die Dienstleistungen würden „von Gesetz wegen dem Patienten/Versicherten erbracht und nicht – auch nicht mittelbar – der Stadt Zürich“. Daran ändert nach Meinung des Gerichts auch die Tatsache nichts, dass die Leistungen der Spitex subventioniert werden. Die Entscheidung über die Voraussetzung der Rückvergütung, der Zulassung (in diesem Fall nach Art. 51 KVV), stelle ebenfalls keine öffentliche Beschaffung dar. Dabei verweist das Gericht auf die Ähnlichkeit

970 Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 24. August 2000, ZBl 2001, 97 ff. Siehe hierzu auch Mächler, AJP/PJA 2002, S. 1175, 1184.

der sozialversicherungsrechtlichen Zulassung mit der Erteilung einer Konzession, für die das Bundesgericht – wie bereits erläutert – die Kategorisierung als öffentliche Beschaffung abgelehnt hat.⁹⁷¹

Gerichtlich geklärt ist deshalb nicht die Frage, ob das Beschaffungsrecht dann Anwendung fände, wenn ein direkter Anspruch des Leistungserbringers gegen den Versicherer vereinbart ist. Zudem findet auch der Aspekt keine Beachtung, ob nicht allein die Tatsache, dass die Spitex-Vereine zur Leistungserbringung zur Verfügung stehen, eine Leistungsbeschaffung für den Staat darstellt. Der Anspruch auf die jeweilige Sozialleistung des Leistungsempfängers richtet sich gegen den Versicherer und nicht gegen den Leistungserbringer.

b. Bewertung

Auf Grund der Vergleichbarkeit der Normen des Schweizer und des deutschen Rechts, kann die Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts entlang der für das deutsche Recht gezogenen Linie entschieden werden: Übernehmen demnach die Leistungsträger in den Leistungsverträgen eine Belegungspflicht, handelt es sich um entgeltliche Verträge. Dies wird aufgrund der im Schweizer Recht üblichen Konstruktion des Abrufs der Leistung durch privatrechtlichen Vertrag mit dem Berechtigten selten vorkommen, ist aber nicht undenkbar.

Zudem findet das Vergaberecht Anwendung, sobald sich das Sozialversicherungsrecht freiwillig seinen Vorgaben unterwirft. So verweist Art. 14-bis I IVV auf das Vergaberecht. Die Versicherung kann demnach Hilfsmittel durch Ausschreibungen beschaffen. Diese Anwendbarkeit wird jedoch insoweit modifiziert, als die Versicherung die vergaberechtlichen Vorschriften nur „so weit als möglich“ anzuwenden braucht.

VII. Zusammenfassung

Obwohl dem Sozialversicherungsrecht der Schweiz eine deutlich geringere Regulierungsdichte im Vergleich zum deutschen Recht zu bescheinigen ist,

971 BGE 125 I, 209, 212.

steht es der Erbringung von Sozialleistungen zur beruflichen Eingliederung offen gegenüber.

1. Instrumente

Diese geringere Regulierungsdichte hat zur Folge, dass das Sozialversicherungsrecht, sofern es Leistungserbringer hoheitlich zulässt, an allgemeine, außerhalb des Sozialversicherungsrechts stehende Zulassungen anknüpft. Mit diesen hoheitlichen Instrumenten wird v. a. die Qualität der Leistungserbringer beim Zutritt in den Sozialleistungsmarkt überprüft.

Regelungen, wie sich die konkrete Zusammenarbeit gestaltet, welche Anforderungen die Erbringer zu erfüllen haben und welche Tarife sie für die Sozialleistungen berechnen können, werden im Schweizer Sozialversicherungsrecht vorwiegend über das kooperative Instrument des Vertrages in Form des Zusammenarbeits- und Tarifvertrages bzw. des Leistungsvertrages gestaltet.

Verwaltungs- handeln Ebene	Hoheitlich		Kooperativ	
	Individuell-konkret	generell	Individuell-konkret	generell
Qualifikation	•Polizeiliche Zulassung •Approbation •Genehmigung	•Rechtsverordnungen	•Zusammenarbeits- und Tarifvertrag •Rahmenvertrag	
Leistungsbereitstellung	•Sozialversicherungs- rechtliche Zulassung		•Leistungsvertrag	
Abruf der Leistung			•Leistungsvertrag	

2. Ebenen

Ordnet man die in den Leistungsgesetzen und ihren Ausführungsverordnungen verstreuten Regelungen über die Einbindung Dritter anhand der Stufen, die der Einbindungsprozess vorgibt, kommt man zu folgendem Ergebnis:

Stufen der Einbindung Dritter	Regelungen in den Leistungsgesetzen und ihren Ausführungsverordnungen
(1.) Möglichkeit der Einbindung Dritter	• Anstalten: Art. 27 I IVG • private Arbeitsvermittler: Art. 85 b AVIG • Hilfsmittelerbringer: Art. 21 IVG, 43ter AHVG, 21 MVG
(2.) Qualifikationsebene	• außersozialversicherungsrechtliche Normen, wie z. B. Art. 34 MedBG, 2 AVG • Zusammenarbeits- und Tarifverträge nach Art. 27 I IVG/24 I IVV, 56 I UVG/3 I HVUV, 5 HVA, Art. 26 I MVG/13 I MVV
(3.) Leistungsbereitstellung	• sozialversicherungsrechtliche Zulassung: Art. 26bis II IVG/24 I IVV, 22 I MVG • Leistungsverträge (genannt in Art. 101bis II S. 1 AHVG)
(4.) Abruf der Leistung	aufgrund privatrechtlicher Verträge
(5.) Kontrolle	• aufgrund der in den Verträgen verankerten Grundsätze • gesetzliche Sanktionsmöglichkeiten nach Art. 59 I KVG

D. Reflexion der Strukturen

I. Strukturen der Einbindung Dritter

Die gewählte systematisch-strukturelle Unterscheidung hat sich bestätigt. Es fanden sich in Deutschland wie in der Schweiz Normierungen über Verantwortungszuschreibungen, Finanzierungswege und der Sicherung einer qualitativ hochwertigen und wirtschaftlichen Leistungserbringung bei der Einbindung Dritter.

Dabei ist Einbindung als Prozess zu verstehen. Dieser ist sowohl in Deutschland wie in der Schweiz kooperativ geprägt. Es lässt sich keine allgemeine Regel dafür finden, wann ein Vertrag abgeschlossen wird und wann eine hoheitliche Zulassung zur Leistungserbringung erfolgt. Es ist einzig die Tendenz feststellbar, dass zumindest auf einer der Ebenen kooperativ gehandelt wird. Auf eine hoheitliche Festlegung der Zulassungskriterien auf der Qualifikationsebene folgt grundsätzlich keine ebenfalls hoheitliche Zulassung auf der Leistungsbereitstellungsebene. Werden qualifikatorische Anforderungen rein hoheitlich festgelegt, werden sie auf der Leistungsbereitstellungsebene per Vertrag in das BBV einbezogen.

II. Rückbindung im deutschen Recht

1. Überprüfung der Strukturen

Diese für die Einbindung Dritter bei der Erbringung von Maßnahmen zur beruflichen Teilhabe erarbeiteten Strukturen können auf die anderen Leistungserbringungsbereiche im deutschen Recht übertragen werden. Sie stellen damit formelle Prinzipien der Leistungserbringung durch Dritte, also allgemeine Aussagen über eine Vielzahl von Rechtsnormen,⁹⁷² dar.

a. Qualifikation

aa. Hoheitlich

Auf der Ebene der Qualifikation wird das Leistungserbringungsrecht *einseitig* hoheitlich *abstrakt-generell* mit den Instrumenten der Rechtsverordnung (Rechtsverordnung der Bundesregierung über die Vergütung der Leistungserbringer⁹⁷³ und Ministerverordnungen wie den Zulassungsverordnungen⁹⁷⁴), der Verwaltungsvorschriften der Verbände von Sozialleistungsträgern⁹⁷⁵ (Empfehlungen des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen nach § 126 I S. 2 SGB V⁹⁷⁶ und die Festlegungen der Unfallversicherungsträger nach § 34 I S. 2 SGB VII⁹⁷⁷) und *individuell-generell* mit Verwaltungsvereinbarungen dieser Träger (beispielsweise GEQ nach § 20 SGB IX)

972 So *Canaris*, JZ 1993, S. 377, 386.

973 So die Rechtsverordnungen über die Vergütung von Krankenhausleistungen aufgrund § 16 KHG und über die Vergütung stationärer Pflegeeinrichtungen aufgrund § 83 SGB XI.

974 Wie über die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nach § 98 SGB V.

975 Die ohne ein Zustimmungsrecht der Leistungserbringer oder der ihnen übergeordneten Verbände oder Vereinigungen erlassen werden. Zum Teil werden die Leistungserbringer allerdings am Verfahren beteiligt, so beispielsweise nach § 13 VI SGB IX.

976 Für eine einheitliche Anwendung der Anforderungen an Leistungserbringer von Hilfsmitteln.

977 Über die persönlichen und sachlichen Anforderungen an Ärzte zur Beteiligung am Eingangsarztverfahren und die personellen und sachlichen Ausstattungen der Krankenhäuser zur Beteiligung an der besonderen stationären Behandlung von Schwer-Unfallverletzten. Siehe zu den Festlegungen der Unfallversicherungsträger als Verwaltungsvorschriften *Benz*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB VII, § 34, Rn. 9.

untergesetzlich hinsichtlich der Anforderungen an eine *Vielzahl* von Leistungserbringern konkretisiert. Die Rechts- und Ministerverordnungen sind unmittelbar rechtlich verbindlich, während sich die Bindungswirkung der Verwaltungsvorschriften und -vereinbarungen für die Verwaltung erst bei Gebrauch aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG ergibt.

Konkret-individuell, also bezogen auf *einzelne* Leistungserbringer, werden qualifikatorische Anforderungen bereits auf dieser Ebene überprüft. Eine positive Beurteilung wird dann auf der folgenden Leistungsbereitstellungsebene vorausgesetzt. Die Vorgaben finden auf diesem Wege in den Leistungserbringungsprozess Eingang. Für die Überprüfung stehen den dazu zuständigen staatlichen Stellen im Sozialleistungsrecht die Instrumente der Zertifizierung oder der Betriebserlaubnis zu. Die Zertifizierung ist im Hilfsmittelrecht nach § 126 I a SGB V und bei stationären Rehabilitationseinrichtungen nach § 20 II und II a SGB IX⁹⁷⁸ üblich und meint die Bestätigung eines externen oder unabhängigen Dritten, dass etwas vorher definierten Anforderungen entspricht.⁹⁷⁹ Es wird also auf eine hoheitliche Präventivkontrolle verzichtet und der Dritte durch einen privaten Unternehmer in einem Konformitätsbewertungsverfahren beurteilt. Die Betriebserlaubnis ist nach § 45 SGB VIII Voraussetzung für Einrichtungen, in denen Kinder und Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten. Außerhalb des Sozialrechts werden die Anforderungen im Bereich des allgemeinen Gewährleistungsverwaltungsrechts geregelt und betreffen – eingeordnet in das Schema der Rechtsverhältnisse – die das Regulierungsverhältnis ausfüllenden Normierungen. Vorschriften finden sich v. a. im Bereich des Berufs- und Verbraucherschutzrechts, so beispielsweise die Approbation zum Apotheker nach § 2 ApoG, die Erlaubnis zum Tragen der Berufsbezeichnung „Hebamme“ oder „Entbindungspfleger“ in § 2 HebG oder die Genehmigung für Rettungsdienste nach den Rettungsdienstgesetzen der Länder.⁹⁸⁰

978 Dies gilt über § 137 d I S. 3 SGB V auch im Bereich des SGB V.

979 Siehe Bieback, Zertifizierung und Akkreditierung, S. 33.

980 Siehe beispielsweise Art. 21 ff. Bayerisches Rettungsdienstgesetz. Siehe hierzu auch EuGH vom 10. März 2011 = EuZW 2011, 353-356 (Krankentransport Stadler).

ab. Kooperativ

Auf kooperativem Wege handeln die Beteiligten des BBV beim Abschluss von öffentlich-rechtlichen⁹⁸¹ Rahmenverträgen. Diese kollektiven Verträge werden zwischen den (Verbänden der) Leistungsträger und den Vereinigungen oder Arbeitsgemeinschaften von Leistungserbringern abgeschlossen und gelten damit im BBV für eine Vielzahl von Fällen. Die Erbringungsvereinbarungen konkretisieren zum einen die gesetzlichen Normierungen zur Ergebnissicherung und legen zum anderen grundsätzliche Inhalte nachfolgender Verträge fest. Ziel ist die Einheitlichkeit der konkreteren Verträge in grundlegenden Punkten wie Qualität, Finanzierung, Wirtschaftlichkeit, Inhalt und Umfang von Sozialleistungen. Rahmenverträge können nach § 34 III und VIII SGB VII die Durchführung der Heilbehandlung im Rahmen der gesetzlichen UV,⁹⁸² nach § 78 f SGB VIII die Erbringung von Leistungen i. S. d. § 78 a SGB VIII,⁹⁸³ gem. § 21 II SGB IX die Ausführung von Leistungen durch Rehabilitationseinrichtungen und -dienste,⁹⁸⁴ gem. § 75

981 Auch wenn eine dem § 69 SGB V entsprechende allgemeine explizite Regelung für die Öffentlich-Rechtlichkeit der Rahmenverträge in den anderen Sozialleistungsbereichen fehlt, sind diese nach den Regeln der Interessens- Subordinations- und Zuordnungstheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Speziell zu § 21 II SGB IX vgl. *Welti/Fuchs, et al.*, Das Leistungserbringungsrecht des SGB IX: Rechtlicher Rahmen für Verträge zwischen Diensten und Einrichtungen und Rehabilitationsträgern (§ 21 SGB IX), S. 83 ff. Zum Rechtsverhältnis zwischen Rehabilitationsträgern und Einrichtungen vgl. *Eichenhofer*, NZS 2002, S. 348, 348 f. Teils wird die Pflicht der Sozialverwaltung als besonderer Leistungsverwaltung begründet, das öffentliche Sozialrecht auch mit den Handlungsformen des öffentlichen Rechts umzusetzen (vgl. *Dörr/Francke*, Sozialverwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 137. Anders für die allgemeine Verwaltung siehe *Wolff/Bachof, et al.*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., § 54, Rn. 10).

982 Abs. 3 regelt dabei die Beziehung zu Ärzten und Krankenhäusern, Abs. 8 die Beziehung zu weiteren Leistungserbringern, wie Rehabilitationskliniken, für die die Geltung des § 21 SGB IX in § 34 VIII S. 2 SGB VII noch einmal hervorgehoben wird. Zwar wird hier nicht explizit von Rahmenvertrag gesprochen. Es handelt es sich dennoch um Verträge, die allgemeine Regelungen zur Qualität (Durchführung der Heilbehandlungen unter Berücksichtigung der Festlegungen der Unfallversicherungsträger) und Finanzierung (Vergütung der Ärzte und Zahnärzte und Art und Weise der Abrechnung) enthalten, ohne bereits die Leistungsbereitstellung zu regeln und damit um Rahmenverträge i. S. d. Arbeit.

983 Gemeinsam ist den dort genannten Leistungen, dass es sich um stationäre oder teilstationäre Leistungen handelt.

984 Hierauf wird für die medizinische Rehabilitation im Rahmen der gesetzlichen RV in § 15 II 2 S. 1 SGB VI explizit verwiesen.

SGB XI die pflegerische Versorgung in Pflegeeinrichtungen und nach § 79 SGB XII Regelungen für Einrichtungen, die Leistungen der Sozialhilfe erbringen, beinhalten. Die Verbindlichkeit der Verträge wird grundsätzlich durch die Mitgliedschaft der Leistungserbringer in den aushandelnden Verbänden oder Vereinigungen und damit über Satzungsrecht erreicht,⁹⁸⁵ sofern dies, wie in den §§ 129 III SGB V, 75 I S. 4 SGB XI, gesetzlich bestimmt oder die räumliche und verbindliche Geltung im Vertrag festgelegt ist.⁹⁸⁶

Wird die Verbindlichkeit hingegen, wie beispielsweise im Falle der Bundesmantel- und Gesamtverträge nach §§ 82, 83 SGB V, durch gesetzliche Regelung erreicht, handelt es sich um Normverträge. Sie haben die Stellung untergesetzlicher Rechtsquellen mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen.⁹⁸⁷ Sie sind damit als Kollektivverträge mit Normsetzungscharakter zu klassifizieren, die gegenüber Dritten Rechtsnormen darstellen.⁹⁸⁸

b. Leistungsbereitstellung

Die einseitig hoheitliche Leistungsbereitstellung, also die hoheitliche Erlaubnis, am Sozialleistungsmarkt Leistungen zu erbringen, erfolgt im Wege der Zulassung und der Akkreditierung durch die zuständige Stelle.⁹⁸⁹ Dabei werden zur Leistungserbringung nach § 95 SGB V Vertragsärzte, nach

985 Für die Mitglieder entfalten die Verträge unmittelbare Rechtswirkung als autonome Normsetzungsverträge (vgl. *Schuler-Harms*, VSSR 2005, S. 135, 143).

986 Dabei kann es insoweit einen Unterschied machen, ob die Vertragspartner die jeweiligen Spitzen- oder Landesverbände der Sozialleistungsträger sind, als sich dann auch eine verwaltungsinterne Rechtswirkung entfaltet.

987 Siehe zu dieser Thematik ausführlich *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, S. 52, 56 ff.

988 In der Folge findet das Drittschutzgebot des § 57 I SGB X keine Anwendung. Siehe BSGE 76, 48, 51 f. Vgl. auch *Schoch/Wieland*, ZG 2005, S. 223, 234.

989 Zulassung zu einem bestimmten Markt findet sich in Form von Konzessionen und Genehmigungen außerhalb des Sozialrechts hauptsächlich im Gewerberecht. Hintergrund dieser präventiven Verbote mit hoheitlichem Erlaubnisvorbehalt ist ein Überwachungsverhältnis mit dem Ziel des abwehrenden oder vorbeugenden Schutzes bestimmter Güter (siehe *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, S. 28 f.).

§ 108 Nr. 1 und 2 SGB V Hochschul- und Plankrankenhäuser⁹⁹⁰ und gem. § 124 II SGB V Leistungserbringer von Heilmitteln zugelassen. Akkreditiert werden gem. §§ 176 ff. SGB III⁹⁹¹ Träger der Maßnahmen beruflicher Weiterbildungen. Akkreditierung bedeutet die Bestätigung mindestens einer besonderen Eigenschaft durch eine anerkannte Instanz.⁹⁹²

Kooperativ wird die Leistung durch den Abschluss von Versorgungsverträgen bereitgestellt. Darunter ist ein Vertrag zwischen Leistungsträgern und -erbringern oder deren jeweils übergeordneten Vereinigungen bzw. Verbänden zu verstehen,⁹⁹³ in dem die grundsätzliche Leistungsbereitschaft des

990 Die Anerkennung als Hochschulklinik durch Aufnahme in das Hochschulverzeichnis erfolgt nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften. Die Aufnahme in den Krankenhausplan vollzieht sich in zwei Stufen: Der Planaufstellungsstufe und der Planvollziehungsstufe, auf der das Krankenhaus als Leistungserbringer durch einen sog. Feststellungsbescheid in den Krankenhausplan aufgenommen wird. Rechtsgrundlage ist zum einen das KHG und zum anderen die Krankenhausgesetze der Länder. Siehe hierzu *Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 108, Rn. 6 und 7.

991 Außerhalb des Sozialrechts finden sich solche Bewertungsverfahren auch im Umwelt- und Technikrecht. Siehe dazu ausführlich *Roos*, Die Akkreditierung fachkundiger Stellen und Zertifizierung für Träger von Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung im System der Qualitätssicherung nach den §§ 77 ff. SGB III, S. 49 ff.

992 Siehe *Bieback*, Zertifizierung und Akkreditierung, S. 34.

993 Aufseiten der Leistungsträger stehen dabei entweder der Spitzenverband Bund der Krankenkassen (§ 134 a SGB V), die Landesverbände der Krankenkassen (§§ 109, 111 II, 111 a I, 127 I, 132 b, 132 c, 132 e, 133 SGB V) oder der Pflegekassen (§ 72 II SGB XI) oder die Leistungsträger selbst: die Krankenkassen (§§ 127 I, 132 I, 132 a II, 132 b, 132 c, 132 d, 132 e, 133 SGB V) oder ihre Arbeitsgemeinschaften (§ 127 I SGB V), die Träger der Jugendhilfe (§ 78 b SGB VIII), die Rehabilitationsträger (§ 21 I SGB IX) oder die Träger der Sozialhilfe

Leistungserbringers und die grundsätzliche Zahlungsverpflichtung der Leistungsträger geregelt werden. Auch in diesen Verträgen werden grundlegende Vereinbarungen zur Leistungserbringung, wie Vergütungsgrundsätze, Leistungsbeschreibungen oder Bestimmungen zu Qualität und Wirtschaftlichkeit, festgelegt. Ausdrücklich genannt werden Versorgungsverträge in den §§ 109 SGB V (mit Krankenhäusern),⁹⁹⁴ 111 II SGB V (mit Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen), 111 a I S. 1 SGB V (mit Einrichtungen des Muttergenesungswerkes und gleichartigen Einrichtungen), 127 I und II SGB V (mit Hilfsmittelerbringern), 132 I S. 2 SGB V (mit geeigneten Personen, Einrichtungen oder Unternehmen zur Versorgung mit Haushaltshilfen), 132 a II SGB V (Versorgung mit häuslicher Krankenpflege durch einen Vertrag mit den Spitzenorganisationen der Pflegedienste), 132 b SGB V (mit geeigneten Personen oder Einrichtungen zur Versorgung mit Sozialtherapie), 132 c I SGB V (mit geeigneten Personen oder Einrichtungen zur Versorgung mit sozialmedizinischen Nachsorgemaßnahmen über die Durchführung mit Schutzimpfungen), 132 d SGB V (mit geeigneten Personen oder Einrich-

(§ 75 III SGB XII). Auf der Seite der Leistungserbringer stehen zum Teil die einzelnen Leistungserbringer selbst (Krankenhäuser nach § 109 SGB V, Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen nach § 111 II SGB V, Einrichtungen des Muttergenesungswerkes und gleichartigen Einrichtungen nach § 111 a I SGB V, Leistungserbringer von Hilfsmitteln nach § 127 I SGB V, geeignete Personen, Einrichtungen oder Unternehmen zur Versorgung mit Haushaltshilfen nach § 132 I SGB V, Leistungserbringer häuslicher Krankenpflege nach § 132 a II SGB V, geeignete Personen oder Einrichtungen zur Versorgung mit Sozialtherapie nach § 132 b SGB V, geeignete Personen oder Einrichtungen zur Versorgung mit sozialmedizinischen Nachsorgemaßnahmen nach § 132 d SGB V, Einrichtungen, die Leistungen i. S. d. § 78 a SGB VIII erbringen, Rehabilitationsdienste und -einrichtungen nach § 21 I SGB IX, Pflegeeinrichtungen nach § 72 II SGB XI und Einrichtungen, die Sozialhilfeleistungen erbringen nach § 75 III SGB XII) oder die Verbände der Leistungserbringer (Gemeinschaft der Ärzte nach § 132 e SGB V, der Berufsverband der Hebammen und der Verband der von Hebammen geleiteten Einrichtungen auf Bundesebene nach § 134 a SGB V, der vertretungsberechtigten Vereinigung gleicher Träger von Pflegeeinrichtungen nach § 72 II SGB XI) oder zum Zwecke des Vertragsschlusses gebildete Zusammenschlüsse der Leistungserbringer (§ 127 I SGB V). Es handelt sich demnach um Kollektiv- oder Individualverträge, je nachdem ob auf einer Vertragsseite ein Verband/eine Vereinigung oder ein einzelner Leistungserbringer oder -träger beteiligt ist.

994 Entgegen der gesetzlichen Bezeichnungen ist die tatsächliche Regel die Versorgung durch Aufnahme von Krankenhäusern in den Krankenhausplan. Vgl. *Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 69, Rn. 12.

tungen zur Versorgung mit spezialisierter ambulanter Palliativbehandlung), 132 e I SGB V (mit geeigneten Ärzten, Einrichtungen mit geeignetem ärztlichen Personal oder dem Gesundheitsdienst), 133 (mit geeigneten Einrichtungen oder Unternehmen zur Versorgung mit Krankentransporten, soweit dies nicht durch landesrechtliche oder kommunale Bestimmungen festgelegt ist) und 134 a SGB V (mit Hebammenverbänden über die Versorgung mit Hebammenhilfe). Weitere Regelungen finden sich in § 78 b SGB VIII (mit Einrichtungen, die Leistungen i. S. d. § 78 a SGB VIII ausführen), in den §§ 72-74 SGB XI (mit Pflegeeinrichtungen) und in § 75 III SGB XII (mit Einrichtungen, die Sozialhilfeleistungen erbringen). Daneben können Verträge solchen Inhaltes nach § 21 I i. V. m. § 19 IV SGB IX mit Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen geschlossen werden, auch wenn sich hier der Ausdruck Versorgungsvertrag nicht ausdrücklich findet.

Eine Besonderheit bildet insofern § 34 I S. 2 und II SGB VII, der für die Leistungsbereitstellung von Ärzten und Krankenhäusern zur besonderen unfallmedizinischen Behandlung sowohl das verwaltungsrechtliche Instrumentarium des Verwaltungsaktes (als Regel) als auch den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Versorgungsvertrages zulässt.⁹⁹⁵ Dieses Beispiel zeigt, dass sich die verwaltungsrechtlichen Instrumentarien der Leistungsbereitstellung nicht gegenseitig kategorisch ausschließen. Dies gilt auch innerhalb der einzelnen Leistungsbereiche.

c. Abruf der Leistung

Der Abruf der Leistung erfolgt aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung. Diesen Vertrag kann der Berechtigte selbst mit dem Erbringer abschließen. Für die Klassifikation des Erfüllungsverhältnisses als kooperativ, und damit der rechtlichen Einordnung der Absprache zwischen den Parteien im Erfül-

995 So Krasney, in: *Becker/Brackmann, et al.* (Hrsg.), *Gesetzliche Unfallversicherung*, SGB VII, § 34, Rn. 15; Benz, in: *Schulin* (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Band 2, § 44, Rn. 76; Benz, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB VII, § 34, Rn. 8; Ricke, in: *Kater/Leube*, *Gesetzliche Unfallversicherung* SGB VII, § 34 SGB VII, Rn. 21. Andere Ansicht mit wenig überzeugender Begründung das BSG, das einzig den Verwaltungsakt als mögliches Zulassungsinstrument sieht: Für eine vertragliche Gestaltung sei kein Spielraum, da „es sich um eine durch normative Vorgaben festgelegte, gebundene Entscheidung“ handle (BSGE 97, 47, 49). § 34 II SGB VII räumt allen geeigneten Leistungserbringern den Rechtsanspruch auf Zulassung zur Beteiligung an der besonderen Heilbehandlung ein.

lungsverhältnis als Vertrag, spielt es keine Rolle, ob der Berechtigte sich seinen Erbringer selbst aussucht oder ob der Träger dem Berechtigten vorher einen Erbringer vorschlägt oder ihn sogar einem Erbringer zuweist. Der Vertrag zwischen Erbringer und Berechtigtem ist als privatrechtlich einzuordnen und kann auch konkludent abgeschlossen werden.⁹⁹⁶

Darüber hinaus wird ein zusätzlicher Vertrag zwischen Leistungserbringer und -träger für den konkreten Einzelfall nur dann abgeschlossen, wenn es der Zweck der Sozialleistung oder ihre hohen Kosten⁹⁹⁷ speziell erfordern. So kann hinsichtlich einer langwierigen und teuren Umschulungsmaßnahme, an der der Träger auch hinsichtlich ansonsten auf ihn zukommender Rentenzahlungen ein besonderes Interesse hat, ein Einzelvertrag zwischen Träger und Erbringer zusätzlich zum Vertrag Erbringer-Berechtigter abgeschlossen werden. Folgt man der Rechtsprechung des BSG zur Kategorisierung des Rechtsverhältnisses zwischen Apotheken und Leistungsberechtigtem, existiert noch eine weitere Möglichkeit der Einbindung Dritter. Durch die Abgabe eines Arzneimittels soll danach ein öffentlich-rechtlicher Kaufvertrag gem. § 433 BGB analog zwischen der Krankenkasse und der Apotheke zustande kommen. Begründet wird dies v. a. mit der besonderen Bedeutung des in § 2 II S. 1 SGB V verankerten Sachleistungsprinzips im Gesundheitswesen.⁹⁹⁸

996 Siehe *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 493 ff. und *Axer/Heinze*, SDSRV 2004, S. 111, 142. Für die GKV *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 195 ff. und das Recht der Rehabilitation *Eichenhofer*, NZS 2002, S. 348, 349 f. Sehr strittig ist die Klassifikation des Patient-Arzt-Verhältnisses selbst nach der Einführung des § 76 IV SGB V. So geht das BSG in st. Rspr. von einem gesetzlichen Schuldverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur aus, BSGE 59, 172; dazu *Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 76, Rn. 22 f. Auch das Verhältnis zwischen Patient und Krankenhaus wird als öffentlich-rechtlich klassifiziert, so BSGE 51, 108, 111. Hauptargument ist die Einbindung in das öffentlich-rechtliche System der GKV und damit die öffentlich-rechtliche Überformung des Rechtsverhältnisses. Anders die Rspr. der Zivilgerichte, vgl. zum Behandlungsvertrag zwischen Ärzten und Kassenpatienten *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 70 BGB, §§ 611, 613, 631, Rn. 9 m. w. N.

997 Etwa aufgrund der Dauer der Leistung oder einer notwendigen stationären Erbringung.

998 Der Versicherte übermittelt als Bote das im Kassenrezept verkörperte Vertragsangebot der Krankenkasse an den Apotheker und ist Begünstigter des Kaufvertrages zugunsten Dritter i. S. d. § 328 BGB analog. Er handelt bei der Auswahl der Apotheke als Vertreter der Krankenkasse (BSG SozR 4-2500, § 129 Nr. 2, Rn. 20). Anderer Ansicht zuletzt ausführlich *Dettling*, VSSR 2006, S. 1, der einen modifizierten Behandlungs- und Versorgungsvertrag annimmt.

2. Zusammenfassung

Das Recht gestaltet die Einbindung Dritter in die Erbringung von Sozialleistungen in unterschiedlichen Ausprägungen. Es versucht, durch die Bereitstellung unterschiedlicher Instrumente den Anforderungen an die Sicherung qualitativ hochwertiger und wirtschaftlicher Leistungserbringung auch und mit der Einbindung Dritter gerecht zu werden.

Verwaltungs- handeln Ebene	Hoheitlich		Kooperativ	
	Individuell-konkret	generell	Individuell-konkret	generell
Qualifikation	•Zertifizierung •Betriebslaubnis •Approbation	•Rechtsverordnungen •Ministerverordnungen •Verwaltungsvorschriften der Verbände der Träger •Verwaltungsvereinbarungen	•Rahmenverträge •Rahmenempfehlungen	•Bundesmantel- und Gesamtverträge
Leistungsbereitstellung	•Zulassung •Akkreditierung		•Versorgungsverträge	
Abruf der Leistung			•Einzelvertrag	