

Berlin, 8. September 2008
Stellungnahme Nr. 47/2008

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Sozialrecht

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des
Vergaberechts vom 13.08.2008**

- BT-Drs. 16/10117 -

hier: Rechtswegzuständigkeit, §§ 104, 116 GWB

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Plagemann, Frankfurt am Main
(Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwältin Dr. Astrid von Einem, Köln
Rechtsanwalt Reinhard Holterman, München
Rechtsanwalt Michael Klatt, Oldenburg
Rechtsanwalt Ronald Richter, Hamburg

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium der Finanzen
- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Deutscher Bundesrat - Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
- Deutscher Bundesrat - Wirtschaftsausschuss
- Deutscher Bundesrat - Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung
- Deutscher Bundesrat - Ausschuss für Frauen und Jugend
- Deutscher Bundesrat - Finanzausschuss
- Deutscher Bundesrat - Ausschuss für Innere Angelegenheiten
- Deutscher Bundesrat - Rechtsausschuss
- Deutscher Bundestag - Ausschuss Wirtschaft und Technologie
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Arbeit und Sozialpolitik
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
- Deutscher Bundestag - Finanzausschuss
- Deutscher Bundestag - Innenausschuss
- Deutscher Bundestag - Rechtsausschuss
- Arbeitsgruppe Arbeit und Soziales der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Arbeit und Soziales der Fraktion CDU/CSU im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Arbeit und Sozialordnung der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Wirtschaft, Arbeit und Soziales der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Arbeit und Soziales der Fraktion der Linkspartei/PDS im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppe Recht der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Recht der Fraktion CDU/CSU im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Recht der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Recht der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Recht der Fraktion der Linkspartei/PDS im Deutschen Bundestag
- Justizminister/Senatoren der Länder
- Präsident des Bundesverwaltungsgerichts
- Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe
- Bundesnotarkammer
- Bundessteuerberaterkammer
- Wirtschaftsprüferkammer
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband freier Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Steuerberaterverband
- Vorstand, Landesverbände des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht des DAV
- Mitglieder des DAV-Verwaltungsrechtsausschusses
- Mitglieder des DAV-Umweltrechtsausschusses
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
- ASR
- Redaktion NVwZ
- NJW
- NSZ

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Handlungsbedarf: Sozial- oder Zivilrechtsweg?

1. Ob und in welchem Umfang die Träger der Sozialversicherung Verträge mit Leistungserbringern unter den formellen Voraussetzungen der §§ 97 ff. GWB ausschreiben müssen und sie nur unter den Bedingungen des dort geregelten Vergaberechtes abschließen dürfen, ist höchst streitig und derzeit Gegenstand eines Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof. Einigkeit besteht darüber, dass die Sozialleistungsträger in den verschiedenen Bereichen (z.B. Eingliederungshilfen nach SGB XII, berufliche und medizinische Rehabilitation oder Gesundheitswesen) Verantwortung für die Sicherstellung der Versorgung tragen. Einigkeit besteht auch darüber, dass in diesem Rahmen die Auswahl und „Beauftragung“ geeigneter Leistungserbringer diskriminierungsfrei zu erfolgen hat – schon wegen des grundrechtlich garantierten Berufsschutzes und des Gleichbehandlungsgebotes.

2. Vor diesem Hintergrund taucht die Frage auf, ob und inwieweit die §§ 69 SGB V und 51 SGG der Sozialgerichtsbarkeit eine ausschließliche Zuständigkeit auch dann zuordnen, wenn Krankenkassen Ausschreibungen vorgenommen haben und Antragsteller dagegen Einwände ggf. auch im Wege der Nachprüfung durch Vergabekammern gem. § 104 GWB erheben:
 - Das **BSG** hat mit Beschluss vom 22.4.2008 – B 1 SF 1/08 R – den Rechtsweg zu den Sozialgerichten bejaht (in kritischer Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Auffassung des OLG Düsseldorf).

- Das **OLG Rostock** hat mit Beschluss vom 2.7.2008 – 17 Verg 4/07 – nun die Anwendung des Vergaberechts gemäß §§ 97 ff. GWB abgelehnt, zugleich aber die ausschließliche Zuständigkeit des Vergabesenats des OLG gem. § 116 GWB in den Fällen bejaht, in denen die Vergabekammer in Vergabeverfahren nach § 127 Abs. 1 SGB V zur Sache entschieden hat.
- Der **BGH** hat mit Beschluss v. 15.7.2008 – 10 ZB 17/08 – im Gegensatz zum BSG die ausschließliche Zuständigkeit der Zivilgerichte bejaht und dies auch mit dem vom Gesetzgeber betonten „Interesse der Öffentlichkeit an einem raschen Abschluss der Vergabeverfahren“ begründet.

Der Gesetzgeber hat bei der letzten Reform des § 69 SGB V durch das GKV-WSG (m. W. v. 1.4.2007) daran festgehalten, dass das SGB V die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern abschließend regelt und lediglich aus dem GWB die §§ 19 bis 21 anwendbar sind. Seit Jahren gibt es Ausschreibungen im Bereich des SGB XII und des SGB III, die ebenso spezifische Besonderheiten ihres sozialen Versorgungsauftrages zu implementieren haben. Auch hier erweist sich der Sozialrechtsweg als der sachlich zutreffende Rechtsweg. Die mit dem Vergaberecht verfolgten Ziele einer größeren Transparenz und Wirtschaftlichkeit werden durch die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit nicht beeinträchtigt.

3. Vor diesem Hintergrund schlägt der **Bundesrat** zu §§ 104, 116 GWB zwei klarstellende Ergänzungen vor, die die ausschließliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte im Falle der Beschwerde gegen Entscheidungen der Vergabekammern festlegen sollen, um eine „Rechtswegzersplitterung“ zu vermeiden. Die Bundesregierung lehnt beide Ergänzungen ab unter Bezugnahme auf § 104 Abs. 2 GWB („nur“ vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht). Vgl. Anlage 4 zur Nr. 16 BT-Drucks. 16/10117. Auch wenn diese Gegenäußerung in ihrer Tendenz wohl eher der Auffassung des BGH entspricht, ist **gesetzliches Handeln geboten**: Auch wenn der BGH auf die Vorlage des OLG Rostock bei seiner Auffassung verbleibt, ändert dies nichts an der gegensätzlichen Rechtsauffassung des BSG (gemäß Beschluss v. 22.4.2008), die von verschiedenen Landessozialgerichten auch geteilt wird.

Schlussendlich kann auf Basis des geltenden Rechtes eine Klärung nur durch die Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe herbeigeführt werden – vorausgesetzt dieser bejaht in dem beim BGH noch anhängigen Verfahren (aufgrund Vorlage OLG Rostock) seine Zuständigkeit. Dies wiederum ist wegen der unterschiedlichen Ausgangsverfahren (BSG: Rabattverträge gem. § 130a SGB V; OLG Rostock: Hilfsmittel-Ausschreibung gem. § 127 SGB V) zweifelhaft. Jedenfalls kostet dieses Verfahren viel Zeit. Das wiederum kann Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung beeinträchtigen, gleichermaßen aber auch das berechtigte Interesse der Leistungserbringer an effektivem Rechtsschutz.

II. Entscheidender Gesichtspunkt: Sachnähe

1. Die Konzentration auf die Zuständigkeit der Sozialgerichte macht Sinn, da das Recht der Leistungserbringung nicht nur in den Sozialgesetzbüchern umfassend geregelt ist, sondern Rechtsstreite darüber gemäß § 51 SGG ausdrücklich den Sozialgerichten zugewiesen sind. Mit der Reform der Grundsicherung für Erwerbsfähige gem. SGB II ist der Sozialgerichtsbarkeit auch der Bereich der Grundsicherung sowie der Sozialhilfe übertragen worden – eine Rechtswegzuordnung, die der engen Verknüpfung dieser verschiedenen Rechtsgebiete (monetäre Leistungen in Verbindung mit Rehabilitation, medizinischer Versorgung, Pflege und Rente) geschuldet ist.
2. Die Sozialgerichtsbarkeit hat über **Leistungsansprüche** der Versicherten/Hilfebedürftigen umfassend und abschließend zu entscheiden. Dies auch in einem „übergreifenden“ Sinne, etwa soweit aufgrund Beiladung gem. § 75 SGG auch ein anderer Leistungsträger verpflichtet werden kann.

Die Sozialgerichtsbarkeit entscheidet damit auch über den Inhalt dessen, was Gegenstand der Ausschreibungsverträge zwischen Leistungserbringern und Sozialleistungsträgern ist.

Die Sozialgerichtsbarkeit hat darüber zu entscheiden, ob die Leistungsträger ihren (Sachleistungs)Anspruch sachgerecht erfüllen. Sie hat im Streitfall zu klären, inwieweit den Leistungserbringern unter dem Gesichtspunkt der **Qualitätssicherung** Pflichten aufzuerlegen sind und welches die erforderlichen Qualifikationen sind, um als Leistungserbringer den Sachleistungsanspruch des jeweiligen Sozialleistungsbereiches erfüllen zu können.

Nach Abschluss des Vertrages mit dem Leistungserbringer (ggf. auch nach dessen Zulassung) hat die Sozialgerichtsbarkeit über Rechte und Pflichten der Parteien zu befinden, etwa soweit es um die Höhe der Vergütung, Abrechnungsmodalitäten, die Leistungserbringung im einzelnen, Vertragskündigungen, Verzinsung bei Verzug, ergänzende Beratungspflichten (Stichwort: „Versorgungsmanagement“) usw. geht.

3. Unabhängig davon, ob das Vergaberecht gemäß §§ 97 ff. GWB tatsächlich Anwendung findet (oder finden muss), ist es **Aufgabe der Sozialgerichte** zu prüfen, ob und inwieweit überhaupt eine Ausschreibung „zweckmäßig“ (gemäß § 127 SGB V) oder „geboten“ (nach § 130 a SGB V) ist oder nicht. Auch zu diesen Fragen der „diskriminierungsfreien Auswahl“ hat die Sozialgerichtsbarkeit bereits Entscheidungen getroffen, die sich an dem umfassenden Versorgungsauftrag der Sozialversicherung orientieren und damit die dem Vergaberecht zugrunde liegenden Ziele der Transparenz und Wirtschaftlichkeit realisieren.
4. Völlig unstrittig ist, dass jenseits des Vergaberechts gem. § 97 ff. GWB es Aufgabe der Sozialgerichte ist, auf entsprechenden Drittwiderspruch hin (dazu BVerfG v. 17.8.2004 – 1 BvR 378/00 – MedR 2004, 608; ausführlich u.a. *Steinhilper* MedR 2008, 498) darüber zu entscheiden, ob der „Zuschlag“ unter Berücksichtigung der rechtlich geschützten Interessen rechtmäßig war oder nicht. Längst hat sich hier auch ein effektiver vorläufiger Rechtsschutz etabliert.

Soweit der Bundesrat in seiner Stellungnahme zu § 116 GWB (Nr. 27) eine „Rechtswegzersplitterung“ durch die Entscheidung des BSG befürchtet und „damit verbundene extrem negative Folgen“ beklagt, überzeugt dies nicht: Die Sozialgerichte sind ausschließlich zuständig soweit es um die Leistungserbringung gemäß SGB V geht.

Hier sind „widersprechende Ergebnisse“ nicht zu befürchten. Schon gar nicht sind sich widersprechende und dennoch vollstreckbare Titel zu befürchten.

Das EU-Recht schreibt vor, dass Entscheidungen über die Vergabe einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Diese gerichtliche Kontrolle muss effektiv sein. Eine Konzentration bei einzelnen Senaten der Oberlandesgerichte ist aber durch das EU-Recht nicht geboten.

III. Vorschlag

1. Der BGH hebt – zu Recht – hervor, dass schon 1989 und erneut 1993 der Gesetzgeber langwierige, womöglich durch mehrere Instanzen geführte Gerichtsverfahren ... „als investitionshemmend und nachteilig für die Allgemeinheit“ abgelehnt hatte. Das gilt für den Bereich der sozialen Sicherung in noch höherem Maße und hat zum Teil auch durch konkrete Fristenregelungen (z.B. §§ 135 Abs. 2 Satz 4 SGB V, 14 SGB IX) seinen Niederschlag gefunden.

In diesem Sinne besonders **effektiv** ist die gerichtliche Kontrolle gerade dann, wenn sie den sachlichen Zusammenhang der Leistungserbringung mit in den Blick nimmt, also nicht nur die Vergabesituation isoliert betrachtet, sondern auch deren „Zweckmäßigkeit“ (z.B. gem. § 127 Abs. 1 SGB IV) und die sich aus der Vergabeentscheidung ergebenden Pflichten (einschließlich Qualitätssicherung). Auch in anderen Leistungsbereichen ergeben sich aus dem materiellen Leistungsrecht Besonderheiten, die Art und Durchführung der Vergabe berühren (vgl. dazu die zusammenfassenden Ausführungen bei *Pietzcker NVwZ* 2007,1255).

2. Es wird deshalb vorgeschlagen:

a) § 51 Abs. 1 Nr. 9 SGG erhält folgenden Wortlaut:

„Auch soweit ihnen Entscheidungen der Vergabekammern im Sinne § 104 GWB zugrunde liegen, nach Ausschreibungen durch Sozialleistungsträger betreffend die Leistungserbringung“.

b) § 29 SGG sollte um die erstinstanzliche Zuständigkeit der Landessozialgerichte in Streitigkeiten um Entscheidungen der Sozialleistungsträger aufgrund einer Ausschreibung ergänzt werden.

c) Zu prüfen ist, ob die der Beschleunigung dienenden Fristen (2 Wochen etc.) gem. §§ 117 f. GWB in den vor den Landessozialgerichten zu führenden Verfahren ebenfalls für anwendbar erklärt werden. Betroffen sind davon u.U. alle Rechtsstreitigkeiten, die einer Ausschreibung folgen, sei es die (sofortige) Beschwerde gegen eine Entscheidung der Vergabekammer oder die Klage gegen einen „freihändigen“ Zuschlag.